



NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

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

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Michele Marchesiello, Vito Piergiovanni, Adriano Sansa, Stefano Savi

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, Corrado Marvasi, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento

Alessandro Barca

sezione di diritto civile:

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.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Paolo Gaggero, Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Roberto Negro (RO.NE.), Annamaria Seganti (A.SE.), Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

sezione famiglia e minori:

Rossella Atzeni, Cinzia Miniotti

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Cesare Bruzzone, Enrico Righetti

sezione di diritto amministrativo:

Francesca Bailo (F.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Chiara Cocchi, Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), Sarah Garabello (SAR.G.), Barbara Lelli (B.L.), Andrea Mozzati, Francesca Paderno (F.P.), Gerolamo Francesco Taccogna, Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari, Alessia Fusco (A.FUS.), Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

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.), Filippo Gramatica di Bellagio, Emanuele Olcese (E.O.), Elisabetta Pagano (EL.PAG.), Andrea Scielo (A.SC.)

sezioni locali:

Albenga: Alberto Princiotta; **Chiavari:** Chiara Gianelli (C.GIA.), Francesca Maberino (F.MA.); **Imperia:** Maurizio Temesio (M.T.); **La Spezia:** Virginio Angelini, Luigi Pace (LU.PC.); **Massa Carrara:** Alessandro Fontana (A.F.), Angela Spiezzi (A.SP.); **Sanremo:** Giovanni Berrino, Enza Dedali; **Savona:** Lucio Colantuoni (L.CO.)

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Giovanni Adezati, Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (F.BART.), Alessio Basso (AL.BSS.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Elisa Bondi (E.BND.), Antonio Bisignani, Emanuela Boglione, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandì (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Alessandra Caldini, Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodieci, Valentina Carlini (V.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), 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.), Raffaela Demaria

(R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Paolo Donadoni, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Cesare Fossati, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Serafina Funaro (SE.F.), Giovanna Galione (G.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Oriana Guarina (OR.G.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), 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.), Dott. Federica Marchese (FE.MAR.), Cristina Marras, Alessandro Massa, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Alessandro Nicolini (A.NIC.), Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione, Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Nicola Orecchia, Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Raffaella Romoli (R.RO.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccmani (A.SAC.), 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, Federica Testini, Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (VVGN.), Jenny Verduci (J.V.), Maria Cristina Villa (M.C.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Francesca Cuomo Ulloa, Valentina Di Gregorio, Valeria Federici, Tommaso Galletto, Mario Riccomagno, Stefano Andrea Vignolo

sezione di diritto amministrativo:

Francesco Boetto (F.B.), Marcello Bolognesi (M.BO.), Monica Bussoli (MO.BS.), Marco Castagnola (M.C.), Paolo Gozzi, Aurelio Domenico Masuelli, Maria Paola Pessagno, Luca Saguato, Alessandro Salustri, Jenny Verduci (J.V.)

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Giovanna Cuzzola (G.CU.), Chiara Fatta (C.F.), Daniele Ferrari (D.F.), Alessia Fusco (A.FUS.), Veronica Gaffuri, Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Alessia Baldassarre (A.B.), Andrea Bodrilo, Fausto Cappello, 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.), Agnese Querci (A.Q.), Roberta Pera (R.P.)

sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Michele Ciravagna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, 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.), Chantal Torrigino (CH.T.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

De Ferrari Comunicazione S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova
Tel. 010 3621713 - Fax 010 3626830
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



NH MARINA

GENOVA | ITALIA

NH MARINA
Molo Ponte Calvi, 5
16124 Genova (Italia)
Tel.+39 010 25391
jhgenovamarina@nh-hotels.com
www.nh-hotels.it

NH Marina è un edificio moderno e funzionale aperto nel 2000, che si trova nell'area del Porto Antico di Genova ed è costruito in lunghezza su quattro piani. L'hotel riserva ai suoi ospiti uno stile unico negli ambienti eleganti e spaziosi della hall e in tutti gli spazi comuni, propone una perfetta combinazione di stile e comfort che si delinea in tutte le sue 140 camere tra cui 7 suite. Circondato dall'acqua il ristorante "Il Gozzo", si affaccia sull'incantevole spettacolo del Porto Antico lasciando intravedere la Lanterna simbolo di Genova. Il ristorante d'estate offre la possibilità di cenare e pranzare in terrazza coccolati dall'atmosfera magica del Porto.



NH HOTELES

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Cassazione, Sez. Unite Civili, 9 agosto 2010, n. 18477 - Pres. Carbone - Est. Triola - M.A.M. c. I.E.

COMUNIONE e condominio - condominio negli edifici - regolamento di condominio - determinazione del valore proporzionale delle singole proprietà (millesimazione) - tabelle millesimali condominiali - approvazione o revisione - atto di natura negoziale - esclusione - consenso unanime dei condomini - esclusione - maggioranza di cui all'art. 1136, secondo comma, c.c. - sufficienza.

(Artt. 1136, 1138, disp. att. art. 68, disp. att. art. 69 c.c.)

In tema di condominio, l'atto di approvazione delle tabelle millesimali, al pari di quello di revisione delle stesse, non ha natura negoziale; ne consegue che il medesimo non deve essere approvato con il consenso unanime dei condomini, essendo a tal fine sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1136, secondo comma, c.c. (Cassa con rinvio, App. Roma, 13/10/2004). (1)

(...Omissis...)

Svolgimento del processo

Con atto di citazione notificato il 2 novembre 1994 I. E. conveniva il condominio di (...omissis...), di cui faceva parte, davanti al Tribunale di Roma, chiedendo che venisse dichiarata la nullità o annullata la delibera dell'assemblea condominiale in data 30 settembre 1994, con la quale era stata approvata a maggioranza, e non all'unanimità, la nuova tabella per le spese di riscaldamento.

Il condominio si costituiva, resistendo alla domanda, Con sentenza n. 21737/2000 il Tribunale di Roma dichiarava la nullità della delibera in questione.

Contro tale decisione proponeva appello l'altra condoina M. A.M.; la Corte di appello di Roma, con sentenza in data 13 ottobre 2004, confermava la decisione di primo grado, in base alla seguente motivazione:

Deve, preliminarmente, esaminarsi l'eccezione di inammissibilità dell'appello sollevata dalla I.. Tale eccezione è priva di pregio.

Ed invero, la dichiarazione di nullità della deliberazione in questione incide non solo sulla gestione delle cose comuni, ma anche sul diritto soggettivo dell'appellante all'attribuzione di una quota millesimale corrispondente all'effettiva consistenza della sua proprietà esclusiva usufruente del servizio di riscaldamento.

Nel merito, l'appello non appare fondato e deve essere, pertanto, rigettato proprio per la considerazione sussposta ed in base alla quale esso deve ritenersi ammissibile. Infatti, le tabelle millesimali, comprese quelle relative a servizi dei quali i singoli condomini usufruiscono in maniera diversa quali il riscaldamento lo le scale e gli ascensori, sono pur sempre riferite alle esclusiva proprietà dei singoli partecipanti al condominio e costituiscono il presupposto per la concreta ripartizione delle relative spese. Sulla base di tale distinzione deve essere interpretato il combinato disposto dell'art 1138 c.c., commi 1 e 3 nel senso che, mentre il regolamento, riguardante la concreta ripartizione delle spese, può essere ap-

provato dalla maggioranza di cui all'art. 1136 c.c., comma 2, le tabelle millesimali devono essere approvate all'unanimità. La circostanza che la precedente tabella millesimale, che non risulta essere stata autonomamente impugnata, è stata approvata con la maggioranza di cui all'art. 1136 c.c., comma 2, non ha alcun rilievo nella presente fattispecie, perché non legittima l'approvazione di una nuova tabella con una votazione diversa da quella unanime.

Proprio tale influenza impedisce il rilievo di ufficio della nullità della delibera che ha approvato la precedente tabella nella presente controversia che riguarda soltanto la validità della deliberazione impugnata.

Contro tale decisione ha proposto ricorso per cassazione, con tre motivi, M.A.M..

Resiste con controricorso I.E., che ha anche proposto ricorso incidentale condizionato, con un unico motivo.

Motivi della decisione

Va preliminarmente disposta la riunione dei ricorsi.

Con il primo motivo M.A.M. si duole del fatto che i giudici di merito abbiano ritenuto che le tabelle millesimali vanno approvate all'unanimità, per cui non sarebbe sufficiente la maggioranza qualificata prevista dall'art. 1136 c.c., comma 2, al quale rinvia l'art. 1128 c.c., comma 3, in tema di approvazione del regolamento di condominio, al quale, in base al disposto dell'art. 68 disp. att. c.c., le tabelle millesimali devono essere allegate.

Ritiene il collegio che la doglanza sia fondata.

Per lungo tempo questa S.C. ha ritenuto che per l'approvazione o la revisione delle tabelle millesimali è necessario il consenso di tutti i condomini; ove tale consenso unanime manchi, alla formazione delle tabelle provvede il giudice su istanza degli interessati, in contraddittorio con tutti i condomini (cfr. in tal senso: sent. 5 giugno 2008 n. 14951; 19 ottobre 1988 n. 5686; 17 ottobre 1980 n. 5593; 18 aprile 1978 n. 1846; 8 novembre 1977 n. 4774; 6 marzo 1967 n. 520).

A sostegno di tale sono stati addotti vari argomenti.

Si è affermato che la determinazione dei valori della proprietà di ciascun condomino e la loro espressione in millesimi è regolata direttamente dalla legge, per cui non rientra nella competenza dell'assemblea (sent. 27 dicembre 1958 n. 3952; 9 agosto 1996 n. 7359) oppure si è fatto riferimento alla natura negoziale dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali, nel senso che, pur non potendo essere considerato come contratto, non avendo carattere dispositivo (in quanto con esso i condomini, almeno di solito, non intendono in alcun modo modificare la portata dei loro rispettivi diritti ed obblighi di partecipazione alla vita del condominio, ma intendono soltanto determinare quantitativamente tale portata), deve essere inquadrato nella categoria dei negozi di accertamento, con conseguente necessità del consenso di tutti i condomini (sent. 8 luglio 1964 n. 1801) oppure ancora si è fatto leva sul fatto che, essendo le tabelle millesimali predisposte anche al fine del computo della maggioranza dei condomini (quorum) nelle assemblee, hanno carattere pregiudiziale rispetto alla costituzione e alla validità delle deliberazioni assembleari, e quindi non possono for-

marne oggetto (sent. 6 marzo 1967, cit., per la quale il fatto che le tabelle siano contenute nel regolamento, a norma dell'art. 68 disp. att. c.c., sta semplicemente ad indicare una allegazione formale che non muta la natura intrinseca dell'istituto come innanzi descritta).

Secondo tale orientamento, in conseguenza della inesistenza di una norma la quale attribuisca all'assemblea la competenza a deliberare in tema di tabelle millesimali, la deliberazione di approvazione delle tabelle adottata a maggioranza è inefficace nei confronti del condomino assente o dissentiente per nullità radicale deducibile senza limitazione di tempo (sent. 9 agosto 1996 n. 7359).

La eventuale approvazione a maggioranza di una tabella millesimale non sarebbe, tuttavia, senza effetti.

Si è, in proposito, affermato che le deliberazioni in materia adottate dalla assemblea, sia a maggioranza sia ad unanimità dei soli condomini presenti, configurerebbero una ipotesi di nullità non assoluta, ma soltanto relativa, in quanto non opponibile dai condomini consenzienti, e non obbligherebbero i dissentienti e gli assenti, i quali potrebbero dedurne la inefficacia secondo i principi generali, senza essere tenuti all'osservanza del termine di decadenza di cui all'art. 1137 c.c. (sent. 6 marzo 1967, cit.; 23 dicembre 1967 n. 3012/6 maggio 1968 n. 1385; 6 marzo 1970 n. 561; 14 dicembre 1974 n. 4274; nel senso che gli assenti ed i dissentienti potrebbero far valere la nullità relativa dell'atto, ai sensi dell'art. 1421 c.c., costituita dalla loro mancata adesione, cfr. sent. 14 dicembre 1999 n. 14037).

La limitata efficacia da attribuire a tabelle millesimali approvate a maggioranza è stata giustificata con la considerazione che la determinazione dei valori viene attuata agli effetti degli art. 1123, 1124, 1126 e 1136 c.c.: essa riguarda, cioè, la ripartizione delle spese e il funzionamento delle assemblee, ma non incide sui diritti reali, e neppure sul valore reale dei beni; dato che, a norma dell'art. 68 cit., u.c., nell'accertamento dei valori in millesimi non si tiene conto del canone locatizio, dei miglioramenti e dello stato di manutenzione della cosa, ne consegue che la formazione o la modifica dei valori millesimali non può che dar luogo a un rapporto di natura personale, le cui diverse determinazioni ben possono avere efficacia limitatamente ai condomini che le posero in essere, senza che, al riguardo, debba dunque parlarsi di nullità assoluta (6 marzo 1967, cit.).

Si è anche ritenuto (sent. 6 marzo 1967, cit.) che la impugnazione non è consentita neppure al successore a titolo particolare nella proprietà dell'appartamento del condomino che ha dato il suo consenso alla approvazione a maggioranza delle tabelle millesimali:

posto, infatti, che gli obblighi dei condomini, relativi ai beni compresi nel condominio, come quello della partecipazione alle spese comuni, o del rispetto della maggioranza assembleare, rappresentano, nell'ambito del particolare istituto, vincoli di natura personale previsti dalla legge (e non dalla volontà delle parti) in diretta dipendenza del diritto reale, essi si trasferiscono automaticamente, anche per atto tra vivi, con il trasferimento di quel diritto, e indipendentemente dalle limitazioni che derivano dalla pubblicità per esso prevista, alla stregua di quanto avviene, a causa del loro carattere ambulatorio, per le obbligazioni propter rem o rei cohaerentes, non potrebbe negarsi che anche le determinazioni necessariamente connesse con quegli obblighi si trasferiscano contemporaneamente con essi nel successore a titolo particolare, in forza del principio per il quale l'oggetto del trasferimento perviene all'acquirente nella stessa misura

e con le stesse facoltà con cui esso appartiene al precedente titolare (*nemo plus iuris quam ipse habet transferre potest*). Tale conclusione troverebbe conferma nella considerazione che la stessa osservanza dei valori millesimali costituisce una obbligazione *ex lege*, si che, rappresentando i valori medesimi la valutazione proporzionale della parte rispetto al tutto, ed avendo funzione strumentale al fine precipuo della ripartizione delle spese comuni e della formazione del quorum della maggioranza assembleare, essi vengono, in sostanza, a realizzare la quantificazione e la determinazione concreta di quell'obbligo, con la conseguenza che, con il trasferimento di esso nel successore a titolo particolare, si trasferisce la determinazione concreta dei valori fatta in sede assembleare con il consenso del dante causa, in forza dei principi sopra enunciati.

Secondo altre decisioni la deliberazione assunta a maggioranza sarebbe affetta da nullità assoluta (e quindi inefficace anche per coloro che hanno votato a favore) ove non sia stata assunta con la maggioranza degli intervenuti che rappresentino anche la metà del valore dell'edificio, mentre sarebbe affetta da nullità relativa derivante dalla loro mancata adesione solo nei confronti degli assenti e dissentienti ove assunta con la maggioranza in questione (sent. 24 novembre 1983 n. 7040; 9 febbraio 1985 n. 1057).

È stata anche prospettata la semplice inefficacia della delibera di approvazione non all'unanimità dei condomini, da tenere condizionata al raggiungimento in epoca successiva del consenso unanime verificatosi in virtù dell'applicazione di fatto delle tabelle da parte dei condomini assenti (sent. 17 ottobre 1980 n. 5593).

È comunque costante l'affermazione che nel comportamento dei condomini assenti i quali abbiano pagato i contributi condominiali secondo la tabelle approvate a maggioranza è possibile individuare una accettazione delle tabelle stesse, non vertendosi in tema di effetti reali, per cui il consenso alla approvazione delle tabelle, non postulando il requisito di particolari requisiti formali, può ben manifestarsi per *facta concludentia* (sent. 8 novembre 1977 n. 4774; 19 ottobre 1988 n. 5686).

Principi analoghi sono stati affermati con riferimento alla modifica delle tabelle millesimali.

Si è, pertanto, ritenuto che la partecipazione con il voto favorevole alle reiterate delibere adottate dall'assemblea dei condomini di un edificio per ripartire le spese straordinarie secondo un valore delle quote dei singoli condomini diverso da quello espresso nelle tabelle millesimali, o l'acquiescenza rappresentata dalla concreta applicazione delle stesse tabelle per più anni (sent.

16 luglio 1991 n. 7884; 19 ottobre 1988 n. 5686), può assumere il valore di univoco comportamento rivelatore della volontà di parziale modifica delle tabelle millesimali da parte dei condomini che hanno partecipato alle votazioni o che hanno aderito o accettato la differente suddivisione e può dare luogo, quindi, ad una convenzione modificatrice della disciplina sulla ripartizione delle spese condominiali, che, avendo natura contrattuale e non incidendo su diritti reali, non richiede la forma scritta, ma solo il consenso anche tacito o per *facta concludentia*, purchè inequivoco di tutti i condomini (sent. 17 maggio 1994 n. 4814).

Il consenso non potrebbe, invece, dedursi dal comportamento tenuto da quei condomini che nella assemblea abbiano già espresso dissenso dalla approvazione delle tabelle millesimali, in quanto, in presenza della loro esplicita volontà, non è lecito ricercare una contraria volontà tacita o

presunta che sulla prima dovrebbe prevalere (sent. 9 febbraio 1985 n. 1057; nel senso che i condomini, partecipando alle assemblee per tre anni ed effettuando i pagamenti in conformità delle nuove tabelle, non manifestano per *facta concludentia* quel consenso che avevano espressamente negato in occasione della relativa delibera condominiale cfr. sent. 28 aprile 2005 n. 8863) o dal comportamento degli acquirenti (sent. 9 agosto 1996 n. 7359).

Si distacca implicitamente, ma immotivatamente, da tale orientamento la sentenza 11 febbraio 2000 n. 1520, secondo la cui "massima" la modifica delle tabelle millesimali già esistenti, ovvero la creazione di tali tabelle, costituisce facoltà riservata all'assemblea dei condomini, e non rientra i compiti dell'amministratore di condominio.

Rileva il collegio che gli argomenti addotti per sostenere la tesi della incompetenza della assemblea in ordine alla approvazione delle tabelle millesimali non sembrano convincenti.

In ordine all'argomento secondo il quale la determinazione dei valori della proprietà di ciascun condomino e la loro espressione in millesimi è regolata direttamente dalla legge, per cui non rientra nella competenza dell'assemblea, si può obiettare che: a) la legge non regola le concrete modalità di determinazione dei millesimi, ma si limita a stabilire che essi debbono essere espressione del valore di ogni piano o porzione di piano, escludendo l'incidenza di determinati fattori (art. 68 disp. att. c.c.); b) se la determinazione dei valori delle singole unità immobiliari e la loro espressione in millesimi fosse effettivamente regolata dalla legge, nel senso di escludere ogni margine di discrezionalità, non si comprenderebbe per quale motivo le tabelle millesimali dovrebbero essere necessariamente approvate all'unanimità o formate in un giudizio da svolgere nel contradditorio di tutti i condomini, potendo, in teoria, addirittura provvedere l'amministratore.

La affermazione che la necessità della unanimità dei consensi dipenderebbe dal fatto che la deliberazione di approvazione delle tabelle millesimali costituirebbe un negozio di accertamento del diritto di proprietà sulle singole unità immobiliari e sulle parti comuni è in contrasto con quanto ad altri fini sostenuto nella giurisprudenza di questa S.C. e cioè che la tabella millesimale serve solo ad esprimere in precisi termini aritmetici un già preesistente rapporto di valore tra i diritti dei vari condomini, senza incidere in alcun modo su tali diritti (sent. 25 gennaio 1990 n. 431; 20 gennaio 1977 n. 298; 3 gennaio 1977 n. 1; nel senso che non è richiesta la forma scritta per la rappresentanza di un condomino nell'assemblea nel caso in cui questa abbia per oggetto la approvazione delle tabelle millesimali, in quanto tale approvazione, quale atto di mera natura valutativa del patrimonio ai limitati effetti della distruzione del carico delle spese condominiali, nonché della misura del diritto di partecipazione alla formazione della volontà assembleare del condominio, non è idonea a incidere sulla consistenza dei diritti reali a ciascuno spettanti, cfr. sent.

28 giugno 1979 n. 3634).

Quando, poi, i condomini approvano la tabella che ha determinato il valore dei piani o delle porzioni di piano secondo i criteri stabiliti dalla legge non fanno altro che riconoscere l'esattezza delle operazioni di calcolo della proporzione tra il valore della quota e quello del fabbricato; in sintesi, la misura delle quote risulta determinata in forza di una precisa disposizione di legge.

L'approvazione del risultato di una operazione tecnica non importa la risoluzione o la preventiva eliminazione di controversie, di discussioni o di dubbi: il valore di una cosa è

quello che è e il suo accertamento non implica alcuna operazione volitiva, ragion per cui il semplice riconoscimento che le operazioni sono state compiute in conformità al preceitto legislativo non può qualificarsi attività negoziale.

Il fine dei condomini, quando approvano il calcolo delle quote, non è quello di rimuovere l'incertezza sulla proporzione del concorso nella gestione del condominio e nelle spese: incertezza che non esiste perché il rapporto non può formare oggetto di discussione, dovendo essere determinato sulla base di precise disposizioni; il fine dei condomini è solo di quello di prendere atto della traduzione in frazioni millesimali di un rapporto di valori preesistente e per conseguire questo scopo non occorre un negozio il cui schema contempla come intento tipico l'eliminazione dell'incertezza mediante accertamento e declaratoria della situazione preesistente.

In definitiva, la deliberazione che approva le tabelle millesimali non si pone come fonte diretta dell'obbligo contributivo del condominio, che è nella legge prevista, ma solo come parametro di quantificazione dell'obbligo, determinato in base ad un valutazione tecnica; caratteristica propria del negozio giuridico è la conformazione della realtà oggettiva alla volontà delle parti:

l'atto di approvazione della tabella, invece, fa capo ad una documentazione ricognitiva di tale realtà, donde il difetto di note negoziali.

Se si considera che in base all'art. 68 disp. att. c.c. le tabelle servono agli effetti di cui agli artt. 1123, 1124, 1126 e 1136 c.c., cioè ai fini della ripartizione delle spese e del computo dei quorum costitutivi e deliberativi in sede di assemblea, si avverte subito la difficoltà di supporre che una determinazione ad opera dell'assemblea possa incidere sul diritto di proprietà del singolo condominio. Una determinazione che non rispecchiasse il valore effettivo di un piano o di una porzione di piano rispetto all'intero edificio potrebbe risultare pregiudizievole per il condominio, nel senso che potrebbe costringerlo a pagare spese condominiali in misura non proporzionale al valore della parte di immobile di proprietà esclusiva, ma non inciderebbe sul diritto di proprietà come tale, ma piuttosto sulle obbligazioni che gravano a carico del condominio in funzione di tale diritto di proprietà, a cui si può porre riparo mediante la revisione della tabella ex art. 69 disp. att. c.c..

Un negozio di accertamento del diritto di proprietà sulle singole unità immobiliari e sulle parti comuni, poi, dovrebbe risultare per iscritto; non sembra possibile, pertanto, sostenere che il consenso dei condomini che non hanno partecipato alla delibera di approvazione delle tabelle millesimali potrebbe essere validamente manifestato per *facta concludentia* dal comportamento dagli stessi tenuto successivamente alla delibera stessa, a prescindere dal fatto che è difficile attribuire un valore negoziale alla manifestazione di volontà dei condomini diretta alla approvazione della delibera (cioè di assunzione di un impegno nei confronti di coloro che hanno votato nello stesso modo e di proposta contrattuale nei confronti degli altri condomini) sia al comportamento degli altri condomini successivo alla delibera (cioè di accettazione di una proposta).

Anche la affermazione secondo la quale le tabelle millesimali, essendo predisposte anche al fine del computo delle maggioranze nelle assemblee, hanno carattere pregiudiziale rispetto alla costituzione ed alla validità delle deliberazioni assembleari e non possono quindi formarne oggetto, sembra in contrasto con la giurisprudenza secondo la quale un cri-

terio di identificazione delle quote di partecipazione condominiale, dato dal rapporto tra il valore delle proprietà singole ed il valore dell'intero edificio, preesiste alla formazione delle tabelle millesimali e consente di valutare (ove occorre a posteriori ed in giudizio) se i quorum di costituzione dell'assemblea e di deliberazione sono stati raggiunti, per cui le tabelle agevolano, ma non condizionano addirittura lo svolgimento delle assemblee ed in genere la gestione del condominio (cfr., in tal senso, da ultimo: sent. 25 gennaio 1990, cit.; 20 gennaio 1977, cit.; 3 gennaio 1977, cit.).

In ordine alla affermazione che la deliberazione con la quale l'assemblea dovesse approvare non all'unanimità le tabelle millesimali sarebbe affetta da nullità assoluta (e quindi inefficace anche per coloro che hanno votato a favore) ove non assunta con la maggioranza degli intervenuti che rappresentino anche la metà del valore dell'edificio, mentre sarebbe affetta da nullità relativa solo nei confronti degli assenti e dissentienti, ove assunta con la maggioranza in questione, è agevole osservare che presuppone una distinzione tra nullità relativa e nullità assoluta di cui non vi traccia nella legge ed è affetta da una intima contraddizione, in quanto se si parte dalla premessa che l'assemblea non ha il potere di deliberare a maggioranza, non si riesce a comprendere come, a seconda della maggioranza raggiunta, il vizio sarebbe di maggiore o minore gravità.

Da un punto di vista pratico la tesi della natura negoziale dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali presenta, poi, degli inconvenienti.

Non va, infatti, dimenticato che i contratti vincolano solo le parti ed i loro successori a titolo universale. Il considerare una tabella millesimale vincolante per i condomini solo in virtù del consenso dagli stessi, espressamente o tacitamente manifestato, comporterebbe la inefficacia della tabella stessa nei confronti di eventuali avenuti causa a titolo particolare dai condomini, con la conseguenza che ad ogni alienazione di una unità immobiliare dovrebbe far seguito un nuovo atto di approvazione o un nuovo giudizio avente ad oggetto la formazione della tabella.

Una volta chiarito che a favore della tesi della natura negoziale dell'atto di approvazione delle tabelle millesimali non viene addotto alcun argomento convincente, se si tiene presente che tali tabelle, in base all'art. 68 disp. att. c.c., sono allegate al regolamento di condominio, il quale, in base all'art. 1138 c.c., viene approvato dall'assemblea a maggioranza, e che esse non accertano il diritto dei singoli condomini sulle unità immobiliari di proprietà esclusiva, ma soltanto il valore di tali unità rispetto all'intero edificio, ai soli fini della gestione del condominio, dovrebbe essere logico concludere che tali tabelle vanno approvate con la stessa maggioranza richiesta per il regolamento di condominio.

In senso contrario non sembra si possa sostenere (sent. 6 marzo 1967, cit.) che la allegazione delle tabelle al regolamento è puramente formale, ma non significa anche identità di disciplina in ordine alla approvazione.

In linea di principio, infatti, un atto allegato ad un altro, con il quale viene contestualmente formato, deve ritenersi sottoposto alla stessa disciplina, a meno che il contrario risulti espressamente.

Va, infine, rilevato che la approvazione a maggioranza delle tabelle millesimali non comporta inconvenienti di rilievo nei confronti dei condomini, in quanto nel caso di errori nella valutazione delle unità immobiliari di proprietà esclusiva, coloro i quali si sentono danneggiati possono chiedere, senza limiti di tempo, la revisione ex art. 69 disp. att. c.c..

Negli ultimi tempi si è affermato un orientamento il quale si distingue inconsapevolmente da quello "tradizionale" e secondo il quale in tema di condominio degli edifici, le tabelle millesimali indicate al regolamento condominiale, qualora abbiano natura convenzionale - in quanto predisposte dall'unico originario proprietario ed accettate dagli iniziali acquirenti delle singole unità ovvero abbiano formato oggetto di accordo da parte di tutti condomini - possono, nell'ambito dell'autonomia privata, fissare criteri di ripartizione delle spese comuni anche diversi da quelli stabiliti dalla legge ed essere modificate con il consenso unanime dei condomini o per atto dell'autorità giudiziaria ai sensi dell'art. 69 disp. att. c.c.; ove, invece, abbiano natura non convenzionale ma deliberativa perché approvate con deliberazione dell'assemblea condominiale - le tabelle millesimali, che devono necessariamente contenere criteri di ripartizione delle spese conformi a quelli legali e a tali criteri devono uniformarsi nei casi di revisione, possono essere modificate dall'assemblea con la maggioranza stabilita dall'art. 1136 c.c., comma 2 (in relazione all'art. 1138 c.c., comma 3) ovvero con atto dell'autorità giudiziaria ex art. 69 disp. att. citato. Ne consegue che, mentre è affetta da nullità la delibera che modifichi le tabelle millesimali convenzionali adottata dall'assemblea senza il consenso unanime dei condomini o se non siano stati convocati tutti i condomini, è valida la delibera modificativa della tabella millesimale di natura non convenzionale adottata dall'assemblea con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 c.c., comma 2 (sent. 28 giugno 2004 n. 11960; in senso conforme cfr.: sent. 23 febbraio 2007 n. 4219/25 agosto 2005 n. 17276; sembra operare un sintesi tra il nuovo ed il precedente orientamento la sentenza 28 aprile 2005 n. 8863, per la quale l'adozione di nuove tabelle millesimali a modifica di quelle indicate al regolamento contrattuale deve essere deliberata con il consenso di tutti i condomini e, in presenza di espresso dissenso, non può ritenersi prevalere una volontà diversa, tacita o presunta, essendo quest'ultima di per sé intrinsecamente equivoca; non è ben chiaro il pensiero della sentenza 22 novembre 2000 n. 15094, la cui "massima" afferma che la divergenza tra i valori, reali dei piani o delle porzioni di piano, rapportati al medesimo, e le tabelle millesimali derivata da innovazioni e ristrutturazioni successive all'atto che le approva giustifica la revisione delle stesse ad opera dell'assemblea condominiale, dei condomini per contratto, ovvero dell'autorità giudiziaria).

Tale nuovo orientamento, il quale è stato espressamente disatteso dalla sentenza 26 marzo 2010 n. 7300 però, non chiarisce, in primo luogo, come possano esservi tabelle millesimali approvate con deliberazione dell'assemblea condominiale, se la precedente giurisprudenza aveva escluso una competenza dell'assemblea in merito, e, in secondo luogo, sembra porsi in contrasto la precedente giurisprudenza in tema di c.d. regolamento condominiale di origine "contrattuale"; tale giurisprudenza, infatti, aveva chiarito che occorre distinguere tra disposizioni tipicamente regolamentari e disposizioni contrattuali e che solo per le seconde è necessario, ai fini della loro modifica, l'accordo di tutti i partecipanti, mentre le prime sono modificabili con le maggioranze previste dalla legge, precisando ulteriormente che: a) sulla diversa natura dei due gruppi di disposizioni e sul diverso loro regime di modificabilità non può incidere la loro comune inclusione nel regolamento (sent. 14 novembre 1991 n. 12173); b) hanno natura contrattuale solo le clausole limitatrici dei diritti dei condomini sulle proprietà esclusive o comuni attributive ad alcuni condomini di maggiori

diritti rispetto ad altri (sent. 30 dicembre 1999 n. 943); sulla base di tali premesse non sembra, in linea di principio, non sembra poter riconoscere natura contrattuale alle tabelle millesimali per il solo fatto che, ai sensi dell'art. 68 disp. att. c.c., siano indicate ad un regolamento di origine c.d. "contrattuale", ove non risulti espressamente che si sia inteso derogare al regime legale di ripartizione delle spese, si sia inteso, cioè, approvare quella "diversa convenzione" di cui all'art. 1123 c.c., comma 1, (in senso conforme cfr. implicitamente la sentenza 2 giugno 1999 n. 5399, la quale, con riferimento ad una ipotesi in cui le tabelle indicate al c.d. regolamento contrattuale non avevano rispettato il principio della proporzionalità di cui all'art. 68 disp. att. c.c., ha affermato che le tabelle millesimali indicate a regolamento contrattuale non possono essere modificate se non con il consenso unanime di tutti i condomini o per atto dell'autorità giudiziaria).

Alla luce di quanto esposto deve, quindi, affermarsi che le tabelle millesimali non devono essere approvate con il consenso unanime dei condomini, essendo sufficiente la maggioranza qualificata di cui all'art. 1139 c.c., comma 2, con conseguente fondatezza del primo motivo ricorso principale ed assorbimento degli altri motivi dello stesso ricorso. Occorre conseguentemente procedere all'esame dell'unico motivo del ricorso incidentale condizionato, con il quale si deduce testualmente: La eccezione che nel caso di specie si tratta di una tabella approvata a maggioranza, è stato dedotto e provato dalla M. solo in grado di appello, incorrendo così nel divieto di allegare nuove prove in secondo grado. Il motivo è infondato, in base alla decisiva considerazione che tutto il giudizio si è svolto sul presupposto pacifico che esso aveva ad oggetto la impugnazione di una delibera che aveva approvato a maggioranza e non all'unanimità le tabelle millesimali per le spese di riscaldamento.

In definitiva, va accolto il primo motivo del ricorso principale, con assorbimento degli altri motivi dello stesso ricorso e va rigettato il ricorso incidentale.

In relazione al motivo accolto la sentenza impugnata va cassata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

In considerazione della particolarità e complessità della questione, ritiene il collegio di compensare le spese del giudizio di legittimità.

P.Q.M.

La Corte riunisce i ricorsi; accoglie il primo motivo del ricorso principale, con assorbimento degli altri motivi dello stesso ricorso; rigetta il ricorso incidentale; cassa la sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

(...Omissis...)

(1) Approvazione o revisione delle tabelle millesimali: quando la dottrina fa (o meglio, diventa) giurisprudenza...

Il difensore dell'attore o attrice (per la protezione e tutela dei dati personali non è purtroppo dato conoscerlo!) che il 2 novembre dell'anno 1994 notificava la citazione con cui conveniva il condominio di... "Evviva la privacy!" davanti al Tribunale di Roma per fare annullare la delibera dell'assemblea con la quale era stata approvata a maggioranza, e non all'unanimità, la nuova tabella per le spese di riscaldamento, non poteva certo prevedere che la lite da lui instaurata avrebbe portato diritto, anche se dopo tre lustri, alla

solenne dichiarazione di morte civile del principio sul quale la sua difesa si fondava.

Anzi, è molto probabile che, consapevole di aver promosso una causa vinta in virtù del consolidato orientamento giurisprudenziale, abbia rassicurato la sua assistita (per comodità immaginiamola femmina) della fondatezza dell'impugnativa, dicendole pressappoco così : "Non si preoccupi, signora, il Tribunale ci darà ragione. Legga qui cosa dice la Cassazione n. 4274 del 1974, e cosa afferma la massima della sentenza n. 8863 del 2005: dopo 31 anni lo stesso principio! Unanimità, altro che maggioranza! Si metta l'animo in pace, è un caso banalissimo, tutto andrà per il verso giusto e la delibera sulla tabella del riscaldamento non potrà che essere annullata!".

È molto probabile che, date le premesse, il difensore non abbia sentito la necessità di andare a fare ulteriori ricerche sui repertori o sulle riviste giuridiche... Pochi mesi dopo, però, la sua assistita, che tanto tranquilla non si sentiva (del resto si dice da tempo *habent sua sidera lites* che per chiunque si imbarchi in un contenzioso può essere tradotto in "Attenzione! Non si sa mai") si presenta in studio. "Vede avvocato, mia nipote che studia giurisprudenza, senza nulla togliere, ovviamente, al suo lavoro di valido professionista... mia nipote sta facendo la tesi... è molto diligente, sa? Uhh, scrupolosa, fin da bambina... dicevo, avvocato, mi ha dato questa fotocopia... alla biblioteca, mi ha detto la mia... nipotina che hanno tanti volumi che non possono stare neppure nello studio del più grande avvocato... poi mi ha avvertito, stai attenta nonna, non è che se lo dice la cassazione ci si può fidare a occhi chiusi... e l'interpretazione! c'è anche la questione dell'interpretazione e cioè... come posso dirle... le sentenze le fanno dei giudici e i giudici sono anche uomini, e che se uno la vede in un modo, l'altro può vederla all'esatto opposto... mi ha detto persino che c'è l'album... nero... delle sentenze, la giurisprudenza digestiva... tante cose che io veramente... non ci capisco più nulla, tra l'altro c'è anche del latino di mezzo. Comunque guardi, abbia pazienza, legga qui... si chiama giustizia civile... gliela lascio, tanto mia nipote ne ha un'altra copia."

E passa al suo difensore le fotocopie di una massima della corte di cassazione tratta dalla rivista *Giustizia civile*, 1995, I, 529 con una nota di commento di un certo Roberto Triola.

L'avvocato, un po' seccato, dà una letta veloce alla massima e al titolo del commento: "Modifica di tabelle millesimali per facta concludentia": "Guardi, signora, dica a sua nipote, anzi... alla sua cara nipotina, che quando si sarà laureata e avrà fatto la pratica e superato l'esame di avvocato e affrontato giudici di tribunale e di corte, ne riparerò volentieri con lei. Per il momento le faccio solo notare che la questione dei condomini che attuano con il loro comportamento delle delibere che ripartiscono delle spese in modo diverso da quanto previsto dalla tabella, conferma indirettamente quello che le dicevo. Infatti, come può ben vedere, la sentenza annotata della seconda sezione (che è del 17 maggio 1994 e reca il numero 4814) dice che questo consenso implicito o tacito, perché possa valere come modifica delle tabelle millesimali, deve essere inequivoco e provenire da tutti i condomini... da tutti..., ha capito? Vedrà se non avremo ragione! E ora guardi, ho un altro cliente in attesa da mezz'ora. La fotocopia comunque la metto nel fascicolo di studio, sarà un buon precedente da citare nelle conclusioni." Mentre la nota a sentenza giace tra carte, lettere, atti e documenti vari... (del resto il titolo non faceva pensare ad una

tanto serrata quanto motivata critica alla tesi tradizionale secondo la quale l'approvazione o la revisione delle tabelle millesimali configura un negozio di accertamento che, come tale, richiede l'assenso di tutti i condomini il tempo scorre e dopo circa cinque anni (il caso, in effetti, appariva molto complesso...) il Tribunale capitolino dichiara la nullità della delibera.

La nipote della cliente, nel frattempo, si è brillantemente laureata in diritto processuale discutendo la tesi dal titolo *"La funzione nomofilattica della giurisprudenza e della dottrina. Aspetti storico-comparativi"* e ha già acquisito l'abilitazione all'esercizio della professione.

"Abbiamo vinto" comunica l'avvocato "e ci hanno riconosciuto pure le spese! Cosa le dicevo, si doveva fidare, altro che note e commenti! Quando vuole venire in studio, domani avrò già le copie della sentenza notificata alla controparte."

Passa qualche giorno, neppure il tempo di godersi una meritata vittoria dopo tanti anni: "E sì, signora, hanno pure avuto il coraggio di fare appello... Ma vedrà, la Corte ne sa quanto o più del Tribunale e confermerà la sentenza. Per ciò, nulla da temere, anzi, tutto di guadagnato. La delibera, per il momento, è stata annullata e quindi è *quam non esset!* E noi ci rifaremo delle spese anche del secondo grado!" "Si, si, va bene, d'accordo, ma l'ha letta la nota alla sentenza che le avevo dato tempo fa, quando la causa era appena iniziata? Mia nipote che adesso fa l'avvocato mi ha detto di dirle che quella nota è stata scritta da uno che se ne intende, che non solo scrive commenti, ma che ha anche pubblicato diverse monografie in materia di condominio! "Signora, le ho già ripetuto più volte di stare tranquilla... In più le confido che io le note e i commenti a sentenza li trovo veramente noiosi, più noiosi delle stesse sentenze e perciò difficilmente ho il tempo e la voglia di leggerli! Alcune volte non si comprende neppure se chi scrive riporti il suo pensiero o quello dei giudici, altre volte sono un collage di massime incastonate tra loro che formano un discorso senza né capo né coda!"

Dopo quattro anni la Corte d'Appello conferma la sentenza di primo grado. La nipote continua nella professione collaborando con uno studio di avvocati civili. L'autore di quella nota (sepolta tra le carte del fascicolo sempre più gonfio) ha fatto una brillante carriera giudiziaria. "Guardi signora, ci aspettiamo anche il ricorso in cassazione ma la corte d'Appello ha detto chiaramente che... mi ascolti bene, le leggo integralmente un passo della motivazione per essere più chiaro, così capisce che non lo dico io, ma la corte, ascolti qui: *"le tabelle millesimali, comprese quelle relative a servizi dei quali i singoli condomini usufruiscono in maniera diversa quali il riscaldamento, le scale e gli ascensori, sono pur sempre riferite alle esclusiva proprietà dei singoli partecipanti al condominio e costituiscono il presupposto per la concreta ripartizione delle relative spese. Sulla base di tale distinzione deve essere interpretato il combinato disposto dell'art 1138 c.c., commi 1 e 3 nel senso che, mentre il regolamento, riguardante la concreta ripartizione delle spese, può essere approvato dalla maggioranza di cui all'art. 1136 c.c., comma 2, le tabelle millesimali devono essere approvate all'unanimità."*

"Più di così... ci difenderemo anche in cassazione, se sarà il caso! E magari mi andrò a leggere quella benedetta nota, così la finirà una volta per tutte di importunarmi!"

Troppo tardi. Il caso vuole che la nipote della signora abbia iniziato una collaborazione proprio con lo studio di avvocati al quale si è rivolta la condonna intenzionata a proporre ri-

corso contro la sentenza che dava ragione alla nonna. E passerà al suo dominus la fotocopia che aveva tenuto per sé della Giustizia civile fin dai tempi della preparazione della tesi di laurea. In questo modo le principali argomentazioni in essa contenute verranno trasfuse nell'atto di ricorso insieme alla critica alla tesi tradizionale secondo la quale tabelle = negozio = unanimità.

Ma il caso (o le stelle) la sanno ancora più lunga e il ricorso finisce alla seconda sezione che è presieduta proprio dal dott. Triola Roberto Michele il quale, stante il contrasto in materia, rimette la questione al Primo Presidente per valutare l'opportunità di una pronuncia a Sezioni Unite. E il Primo Presidente dispone che la corte si pronunci in tal modo, affidando al rimettente stesso la stesura della motivazione. Con il risultato che la sentenza, prima ancora che venisse depositata, qualcuno l'aveva già interamente letta e studiata.

Subito dopo le ferie giudiziarie, all'indomani del deposito della pronuncia n. 18477/10, dopo uno scambio di telefonate e di missive, i due decidono finalmente di conoscersi e ragionare attorno ad una decisione che, dai primi commenti che circolano in rete, viene ritenuta altamente innovativa per non dire rivoluzionaria; da alcuni addirittura viene vista come una sorta di liberazione per quelle non infrequentissime situazioni condominiali letteralmente sotto scacco per la perniciosa di alcuni che da sempre pongono il voto a qualsiasi mutamento.

"Effettivamente", disse l'avvocato, "sono rimasto sorpreso. Non pensavo che la corte riuscisse a trovare dei validi argomenti per affermare che la delibera con la quale vengono approvate o modificate le tabelle millesimali non ha natura negoziale e che, pertanto, non è necessario il consenso unanime di tutti i condomini. Certo, se solo avessi almeno iniziato a leggere le prime due righe del commento del 1995 che sua nonna aveva così tanto insistito che leggessi, avrei saputo molto prima come sarebbe andata a finire! In effetti l'Autore, in quello scritto, è stato molto deciso fin da subito a manifestare il suo pensiero affermando a chiare lettere che *"il problema della rilevanza o meno del consenso successivo dei condomini che non hanno preso parte alla deliberazione di revisione delle tabelle millesimali, in realtà, non esiste, in quanto non può condividersi il presupposto dal quale muove la Suprema Corte e cioè che l'approvazione o la revisione delle tabelle millesimali si realizzerebbe mediante un negozio di accertamento, il quale richiede il consenso di tutti i condomini."*

"Questo periodo che mi ha appena citato", precisò l'avvocatessa, "è l'unico che non è entrato nella motivazione della sentenza in quanto riguardava la problematica diversa della modifica delle tabelle per *facta conscientia*. Per il resto, la pronuncia riprende pari pari tutta l'intera nota, salvo qualche interpolazione, qualche sostituzione di parola (come, ad esempio, "obiettare" con "replicare") e una parte finale dedicata alla critica della giurisprudenza più recente (Cass. 28.6.2004 n. 11960, Cass. 23.2.2007 n. 4219) che distingue (anzi, possiamo ormai dire, distingueva) tra tabelle millesimali aventi natura convenzionale e tabelle millesimali prive di tale carattere, altrimenti chiamate "tabelle deliberative": le prime sarebbero di due tipi: a) quelle indicate al regolamento condominiale e predisposte dall'originario costruttore che gli acquirenti accettano così come sono al momento dell'acquisto; b) quelle che abbiamo formato oggetto di accordo da parte di tutti i condomini; le seconde, per esclusione, tutte le altre." (1)

L'avvocato provò sincera ammirazione per la sua interlocu-

trice certamente più fresca di studi e non poté trattenere un sussulto di nostalgia per i bei tempi passati sui banchi dell'università: "Come spesso ripeteva il mio professore di diritto amministrativo, che aveva lasciato la magistratura per poi fare l'avvocato, le classificazioni non sono né vere, né false, ma utili o inutili. Ricordatevi sempre che la qualificazione di una fattispecie ha senso unicamente se ad essa si collegano effetti o conseguenze giuridiche." "E già", riprese la giovane e brillante avvocatessa, "secondo quell'indirizzo che ho appena richiamato e che viene criticato dalle sezioni unite, mentre le tabelle convenzionali (le quali potrebbero anche fissare criteri di ripartizione delle spese diversi da quelli previsti per legge) potrebbero essere modificate solo con il consenso unanime di tutti i condomini o per atto della autorità giudiziaria ex art. 69 disp. att. c.c., quelle c.d. "deliberative" richiederebbero per la loro approvazione o modifica la maggioranza di cui all'articolo 1136 secondo comma c.c. e sarebbero soggette al rispetto dei criteri legali per la ripartizione delle spese. E le implicazioni pratiche più rilevanti le ritroviamo in punto di deliberazione, come bene sottolinea il Triola... pardon, volevo dire, come ben mettono in luce le Sezioni Unite: *"Ne consegue che, mentre è affetta da nullità la delibera che modifichi le tabelle millesimali convenzionali adottata dall'assemblea senza il consenso unanime dei condomini o se non siano stati convocati tutti i condomini, è valida la delibera modificativa della tabella millesimale di natura non convenzionale adottata dall'assemblea con la maggioranza prescritta dall'art. 1136 c.c., comma 2."*

"Ora però", evidenziò l'avvocato, "tutto questo sembra venir meno per effetto della recente pronuncia, visto che in essa si viene conclusivamente affermando che, *"in linea di principio"*, la mera allegazione della tabella ad un regolamento di natura contrattuale ex art. 68 disp. att. c.c., a meno che non contenga un'espresa deroga al regime legale di ripartizione delle spese, non è sufficiente a farle acquisire la natura contrattuale." "D'altra parte", proseguì l'avvocatessa, "non tutto quello che è contenuto in un c.d. regolamento di origine contrattuale ha carattere dispositivo, nel senso che incide sul diritto di proprietà del condomino tanto sulle parti esclusive, quanto su quelle comuni. Molte clausole, infatti, hanno semplice valenza regolamentare nel senso che disciplinano l'organizzazione e il funzionamento dei servizi comuni e non sarebbe ragionevole pretendere che tutti diano il loro assenso per apportarvi delle semplici modifiche, come del resto affermato già da tempo dalla cassazione. Ricordo ad esempio un caso in cui una delibera, presa a maggioranza, era stata ritenuta valida, anche se modificativa del regolamento contrattuale, perché aveva per oggetto l'installazione di un sistema a gettoni per poter usufruire dell'ascensore, con ciò andando a toccare unicamente una modalità d'uso e/o funzionamento di una cosa e/o servizio comune. Il caso era stato deciso da Cass. 12.3.1976 n. 864, in *Foro it.* 1976, I, 1226. Allo stesso modo, Cass. 20.2.1974 n. 454, sempre nella stessa rivista, 1974, I, 2086 aveva invece considerato nulla quella delibera che, presa a maggioranza, vietava la sosta delle auto nel cortile, delibera che, evidentemente, era stata ritenuta capace di incidere in modo restrittivo sulle facoltà dei singoli condomini."

"Mi compiaccio di tanta scienza, ma torniamo alle tabelle millesimali. Se ho ben capito, le sezioni unite hanno intanto stabilito che le tabelle rappresentano la semplice fotografia di una realtà oggettiva che riguarda il rapporto di valore intercorrente tra proprietà esclusiva e beni e/o servizi comuni e che, pertanto, nulla hanno a che vedere con il negozio giu-

ridico di accertamento. Sicché, ad esclusione delle tabelle che contengono e fissano criteri diversi da quelli previsti dalla legge, con particolare riferimento al principio di proporzionalità di cui all'art. 1123 c.c., tutte le altre, anche se indicate ad un regolamento di origine contrattuale, possono essere adottate o modificate con le maggioranze previste dall'art. 1136 comma 2 c.c. e cioè con la maggioranza degli intervenuti che rappresenti almeno la metà del valore dell'edificio."

"Ebbene sì", riprese l'avvocatessa "Questa è la conclusione e questa è la precisazione che, per certi versi, da un lato pone un argine al principio di maggioranza laddove vengano in questione disposizioni o limitazioni *extra legem* del diritto dei singoli, dall'altro demanda all'operatore pratico il compito di verificare, caso per caso, se la tabella dia vita alla (ora presente una) c.d. 'diversa convenzione'".

"Insomma", concluse l'avvocato accompagnando la collega all'uscita, "sua nonna ha ancora qualche speranza nel giudizio di rinvio e a noi non mancheranno occasioni per rivederci!"

(1) Anche la parte finale della sentenza delle S.U. (che poi rappresenta l'aspetto maggiormente innovativo) riprende pressoché negli stessi termini i concetti già espressi in un'altra nota, questa volta a Cass. 28 giugno 2004, n. 11960, *Osservazioni in tema di modifica delle tabelle millesimali*, in *Giust. civ.*, 2005, p. 2730, dove l'Autore (Relatore) affermava: "non può riconoscere natura contrattuale alle tabelle millesimali per il solo fatto che (...) siano indicate ad un regolamento di origine contrattuale, ove non risultino espressamente che si sia inteso (...) approvare quella diversa convenzione di cui all'art. 1123, comma 1, c.c.".

Marco Tiby
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Tortona, 23 aprile 2011, n. 138 - Giudice Unico Bianchi - OMT (Avv. Caratti e Montanino) c. Banca Regionale Europea s.p.a. (Avv. Merli).

CONTRATTI bancari - conto corrente bancario - interessi dovuti dal correntista - pattuizioni anatocistiche - nullità - conseguenze - delibera CICR 9 febbraio 2000 - adeguamento - conseguenze.

(Art. 1283 c.c.; D. Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 120)

CONTRATTI bancari - commissione di massimo scoperto - calcolo sulla massima esposizione debitoria del periodo - nullità.

(Art. 1346 c.c.)

CONTRATTI bancari - azione di ripetizione di somme non dovute - termine di prescrizione - decorrenza.

(Artt. 2935 e 2946 c.c.; art. 2 comma 61 del decreto "milleproroghe 2011")

Le clausole di capitalizzazione trimestrale degli interessi bancari contenute in un contratto anteriore alla delibera CICR 9 febbraio 2000 sono nulle.

Se peraltro il contratto prevedeva la chiusura annuale del conto, per il periodo precedente all'adeguamento alla citata delibera va applicata la capitalizzazione annuale degli interessi bancari. Per il periodo successivo all'intervenuto adeguamento a quella delibera, la capitalizzazione degli interessi va calcolata trimestral-

mente se il contratto prevedeva quella periodicità di conteggio degli interessi passivi.

Se la commissione di massimo scoperto è un accessorio applicato in misura percentuale sulla massima esposizione debitoria del periodo, si appalesa priva di causa perché quel servizio trova già sufficiente ed adeguata remunerazione nella pattuizione degli interessi.

In caso di illegittimo anatocismo bancario, il termine di prescrizione per l'azione di ripetizione di somme non dovute alla banca decorre dalla data in cui è stato estinto il saldo di chiusura del conto.

L'art. 2 comma 61 del decreto "milleproroghe 2011" (D. L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con legge 26 febbraio 2011, n. 10) non può ritenersi riferibile al termine prescrizionale dei diritti restitutori derivanti dall'invalidità del titolo.

(... Omissis...)

Considerato in fatto e in diritto:

- che la domanda attoreva va accolta, per quanto di ragione;
- che infatti l'espletata CTU, i cui risultati sono condivisi e fatti propri da questo Giudice atteso il rigore metodologico adottato, ha chiarito che - nei rapporti di dare ed avere tra la società attrice OMT e la banca BRE, in relazione ai diversi c/c indicati in atto di citazione (nn. 2566 e 70/1712148/2) - quest'ultima ha indebitamente incassato l'importo di Euro 16.215,50;
- che il tasso debitario ultralegal risulta espressamente pattuito (doc. 2 e 4 BRE);
- che inoltre la CTU ha accertato - durante il corso del rapporto contrattuale - il ripetuto superamento del tasso soglia di usura ex L. 108/96, provvedendo - in conformità al quesito posto da questo Giudice - ad espungere ex art. 1815 II co. cc. - per il periodo di chiusura periodica contrattuale cui il superamento era avvenuto - "quanto addebitato a titolo di interessi, capitalizzazioni degli stessi, spese e CMS";
- che correttamente il CTU ha calcolato il TEG conformemente al disposto dell'art. 644 IV comma cp (includendovi quindi anche la CMS) e anche secondo la precisazione recentemente fornita dalla stessa Banca d'Italia, da intendersi di valore interpretativo e quindi di portata retroattiva;
- che non si deve dare rilievo all'integrazione di CTU depositata in data 9.02.2010 (il cui deposito è stato giustificato dal Consulente d'Ufficio con informazioni contabili fornite dai ctp successivamente al deposito della relazione definitiva) sia in quanto non sottoposta al pieno contraddittorio, sia perché detta relazione rimanda a documenti contabili (in particolare al fido concesso) non depositati in atti, neppure nel corso della CTU;
- che quanto alla capitalizzazione degli interessi sui conti correnti, è noto che da tempo la giurisprudenza della S.C. ha ritenuto la nullità delle pattuizioni anatocistiche (Cassazione civile, sez. I, 11 novembre 1999, n. 12507, in Giust. civ. Mass. 1999, 2222, idem Cassazione civile, sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096 Banca borsa tit. cred. 1999, II, 389);
- che tale orientamento è condiviso da questo Giudice, anche per la facile considerazione secondo cui, ove la capitalizzazione integrasse gli estremi della consuetudine normativa (e cioè reiterazione del comportamento connotata dalla "opinio iuris ac necessitatibus"), non vi sarebbe alcuna esigenza di specifica ed expressa pattuizione contrattuale dell'anatocismo;
- che nella fattispecie i contratti di conto corrente per cui è causa prevedono (art. 7) una chiusura trimestrale qualora il conto risulti "anche saltuariamente" debitario, mentre la scadenza della chiusura è annuale per ogni altro caso;
- che tale clausola ingiustificatamente differenzia la scadenza della chiusura del conto attivo (annuale) da quello passivo

(trimestrale) sul presupposto della presenza di uno scoperto "anche saltuario" del correntista;

- che di tale differenziata scadenza di chiusura non è rintracciabile altra causa giuridica diversa da quella volta a permettere un meccanismo anatocistico vietato dalla legge e in danno al correntista;
- che quindi la causa di tale specifica pattuizione è nulla per illecità della causa e comunque per violazione di norma imperativa (in tal senso cfr. Tribunale Brindisi, 13 maggio 2002 in Foro it. 2002, I, 188);

L'art. 2 comma 61 del decreto "milleproroghe 2011" (D. L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con legge 26 febbraio 2011, n. 10) non può ritenersi riferibile al termine prescrizionale dei diritti restitutori derivanti dall'invalidità del titolo.

(... Omissis...)

Considerato in fatto e in diritto:

- che la domanda attoreva va accolta, per quanto di ragione;
- che infatti l'espletata CTU, i cui risultati sono condivisi e fatti propri da questo Giudice atteso il rigore metodologico adottato, ha chiarito che - nei rapporti di dare ed avere tra la società attrice OMT e la banca BRE, in relazione ai diversi c/c indicati in atto di citazione (nn. 2566 e 70/1712148/2) - quest'ultima ha indebitamente incassato l'importo di Euro 16.215,50;
- che il tasso debitario ultralegal risulta espressamente pattuito (doc. 2 e 4 BRE);
- che inoltre la CTU ha accertato - durante il corso del rapporto contrattuale - il ripetuto superamento del tasso soglia di usura ex L. 108/96, provvedendo - in conformità al quesito posto da questo Giudice - ad espungere ex art. 1815 II co. cc. - per il periodo di chiusura periodica contrattuale cui il superamento era avvenuto - "quanto addebitato a titolo di interessi, capitalizzazioni degli stessi, spese e CMS";
- che correttamente il CTU ha calcolato il TEG conformemente al disposto dell'art. 644 IV comma cp (includendovi quindi anche la CMS) e anche secondo la precisazione recentemente fornita dalla stessa Banca d'Italia, da intendersi di valore interpretativo e quindi di portata retroattiva;
- che non si deve dare rilievo all'integrazione di CTU depositata in data 9.02.2010 (il cui deposito è stato giustificato dal Consulente d'Ufficio con informazioni contabili fornite dai ctp successivamente al deposito della relazione definitiva) sia in quanto non sottoposta al pieno contraddittorio, sia perché detta relazione rimanda a documenti contabili (in particolare al fido concesso) non depositati in atti, neppure nel corso della CTU;
- che quanto alla capitalizzazione degli interessi sui conti correnti, è noto che da tempo la giurisprudenza della S.C. ha ritenuto la nullità delle pattuizioni anatocistiche (Cassazione civile, sez. I, 11 novembre 1999, n. 12507, in Giust. civ. Mass. 1999, 2222, idem Cassazione civile, sez. III, 30 marzo 1999, n. 3096 Banca borsa tit. cred. 1999, II, 389);
- che tale orientamento è condiviso da questo Giudice, anche per la facile considerazione secondo cui, ove la capitalizzazione integrasse gli estremi della consuetudine normativa (e cioè reiterazione del comportamento connotata dalla "opinio iuris ac necessitatibus"), non vi sarebbe alcuna esigenza di specifica ed expressa pattuizione contrattuale dell'anatocismo;
- che nella fattispecie i contratti di conto corrente per cui è causa prevedono (art. 7) una chiusura trimestrale qualora il conto risulti "anche saltuariamente" debitario, mentre la scadenza della chiusura è annuale per ogni altro caso;
- che tale clausola ingiustificatamente differenzia la scadenza della chiusura del conto attivo (annuale) da quello passivo

(trimestrale) sul presupposto della presenza di uno scoperto "anche saltuario" del correntista;

- che di tale differenziata scadenza di chiusura non è rintracciabile altra causa giuridica diversa da quella volta a permettere un meccanismo anatocistico vietato dalla legge e in danno al correntista;
- che quindi la causa di tale specifica pattuizione è nulla per illecità della causa e comunque per violazione di norma imperativa (in tal senso cfr. Tribunale Brindisi, 13 maggio 2002 in Foro it. 2002, I, 188);

L'art. 2 comma 61 del decreto "milleproroghe 2011" (D. L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito con legge 26 febbraio 2011, n. 10) non può ritenersi riferibile al termine prescrizionale dei diritti restitutori derivanti dall'invalidità del titolo.

misura percentuale dell'esposizione debitoria massima raggiunta, e quindi sulle somme effettivamente utilizzate, nel periodo considerato - che solitamente è trimestrale - e dalla pattuizione della sua capitalizzazione trimestrale, come per gli interessi passivi - ed è il caso di specie - o ha una funzione remunerativa dell'obbligo della banca di tenere a disposizione dell'accreditato una determinata somma per un determinato periodo di tempo, indipendentemente dal suo utilizzo (...)"

- che è evidente che nella prima ipotesi (se cioè la natura della CMS è assimilabile a quella di interessi passivi su interessi passivi), ciò equivrebbe ad una clausola anatocistica nulla secondo la più recente giurisprudenza di legittimità;

- che nel secondo caso la giurisprudenza ha già osservato che "l'addebito della CMS dovrebbe verificarsi soltanto nel caso di non utilizzo del fido e dovrebbe, conseguentemente essere denominata commissione di massimo affidamento" (Tribunale Monza, 07 aprile 2006 in Redazione Giuffrè 2006, nello stesso senso, Tribunale di Tortona, G.U. Mariani, 13.10.06, inedita): nell'ipotesi invece di utilizzo del fido, "tale servizio reso dall'istituto di credito con l'apertura di credito trova già sufficiente ed adeguata remunerazione nella pattuizione degli interessi, che peraltro costituisce per volontà del legislatore la tipica remunerazione per le prestazioni consistenti nel prestito di denaro, ne consegue che la richiesta di ulteriori somme per tale prestazione si configura come priva di causa (cfr. Trib. Milano 4.7.2002; Corte D'Appello Lecce 27.6.2000)" ((Tribunale Monza, 07 aprile 2006, cit.);

- che quindi ogni pattuizione relativa alla CMS deve dichiararsi nulla per assenza di causa, salvo il caso di messa a disposizione di fondi senza effettiva erogazione degli stessi;

- che nel caso di specie il CTU ha rilevato che la CMS è stata calcolata non già alla messa a disposizione del fido, bensì all'utilizzo dello stesso (pag. 7 ctu), con conseguente non addebitabilità del relativo importo;

- che detto ciò, le risultanze della CTU hanno quantificato - in applicazione dei suesposti criteri e considerazioni - il credito attoreo in Euro 8.477,57 (in relazione al conto 1712148/2) e in Euro 7.737,93 (in relazione al conto 2566) per un totale di Euro 16.215,50 oltre interessi legali dalla data della domanda (26.06.08) al saldo;

- che l'eccezione di prescrizione va disattesa, in quanto è noto che la S.C. a Sezioni Unite ha recentemente statuito che in relazione al diritto alla ripetizione di somme indebitamente versate alla banca per effetto di illegittimo anatocismo "il termine di prescrizione decennale decorre dalla data in cui sia stato estinto il saldo di chiusura del conto" (cfr. Cassazione civile, sez. un., 02/12/2010, n. 24418 in Guida al diritto 2011, 1, 74);

- che neppure può invocarsi l'art. 2 comma 61 del decreto "milleproroghe 2011" (DL 29 dicembre 2010, n. 225 convertito con legge 26 febbraio 2011, n. 10) che recita: "In ordine alle operazioni bancarie regolate in conto corrente l'articolo 2935 del codice civile si interpreta nel senso che la prescrizione relativa ai diritti nascenti dall'annotazione in conto inizia a decorrere dal giorno dell'annotazione stessa";

- che a tal fine va ricordato il costante orientamento della giurisprudenza di legittimità la quale afferma che la mancata tempestiva contestazione dell'estratto conto da parte del correntista nel termine previsto dall'art. 1832 c.c. rende inoppugnabili gli addebiti solo sotto il profilo meramente contabile e non preclude, pertanto, "la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui essi derivino." (Cassazione civile, sez. I, 18/09/2008, n. 23807, in Guida al diritto 2008, 44, 60; nello stesso senso cfr. Cassazione ci-

vile, sez. I, 26/07/2001, n. 10186 Foro it. 2002, I, 459 e le sentenze della S.C. n. 6736 del 1995, n. 1978 del 1996, n. 8989 del 1997, n. 4788 del 1984);

- che il citato orientamento di legittimità sancisce quindi: - che la mancata contestazione dell'annotazione dell'estratto conto non preclude la contestazione dell'invalidità del titolo posto a base dell'annotazione stessa;

- che specularmente la contestazione dell'annotazione riguarda esclusivamente l'aspetto contabile della stessa e quindi non coinvolge la contestazione del titolo;

- che il fondamento sistematico di tale indiscusso orientamento giurisprudenziale consiste evidentemente nella affermata reciproca autonomia dell'annotazione su conto corrente rispetto al titolo giuridico del credito;

- che dalla citata autonomia discende che i diritti e le facoltà discendenti dall'annotazione sono diversi ed irriducibili rispetto a quelli scaturenti dal titolo: se così non fosse, la mancata contestazione dell'annotazione precluderebbe automaticamente alla contestazione del titolo (e viceversa), conseguenze queste espressamente escluse dalla S.C.;

- che le suesposte considerazioni risultano utili al fine di attribuire il significato normativo dell'enunciato legislativo del citato art. 2 comma 61 del decreto milleproroghe;

- che infatti l'affermata autonomia dell'annotazione rispetto al titolo impone di escludere che nei "diritti derivanti dall'annotazione" possano essere ricompresi i diritti restitutori del correntista derivanti dall'invalidità del titolo costituito - nel caso di specie - dalle clausole anatocistiche;

- che ben diversamente nei "diritti derivanti dall'annotazione" rientrano esclusivamente quei diritti che discendono dalla correttezza contabile dell'annotazione stessa (errori, duplicazioni) e cioè quei diritti che possono essere azionati dal correntista mediante la contestazione o impugnazione tempestiva dell'annotazione stessa, ex artt. 1832 cc. e 119 TUB; che quindi il significato normativo dell'intervenuta novella è quello di stabilire che il correntista che contesti o impugni tempestivamente le risultanze meramente contabili dell'annotazione debba richiedere le somme illegittimamente addebitategli nel termine prescrizionale del decennio decorrente dall'annotazione stessa;

- che conclusivamente quindi la citata disposizione legislativa non può ritenersi riferibile al termine prescrizionale dei diritti restitutori derivanti dall'invalidità del titolo;

- che nel caso in esame quindi - avendo il correntista richiesto la restituzione di somme discendenti dall'illegittimità del titolo (clausole anatocistiche), il termine prescrizionale deve intendersi decorrente dal giorno della chiusura definitiva del conto (30.09.2003) coerentemente con l'orientamento giurisprudenziale confermato da ultimo dalle Sezioni Unite (Cassazione civile, sez. un., 02/12/2010, n. 24418, cit.): ne deriva quindi il rigetto dell'eccezione di prescrizione;

- che non ha pregio la questione della contemporanea pendenza di altra causa relativa alla richiesta di revocazione ex art. 67 L.F. azionata da OMT in a.s. nei confronti della banca convenuta: infatti - come allegato dalla stessa convenuta - la decisione di prime cure su quella causa è attualmente oggetto di impugnazione presso la Corte distrettuale, cosicché la statuizione sul credito attoreo effettuata in quella sede non può ritenersi irreveribile: ne consegue quindi che detto credito non possa ritenersi - allo stato - come indubbiamente esistente e quindi comprensivo delle somme oggetto della presente causa;

- che le spese (comprese quelle di CTU) seguono la scommessa, come da dispositivo;

- che nella liquidazione delle spese processuali va fatta ap-

plicazione di quanto statuito da Cassazione civile, sez. un., 11 settembre 2007, n. 19014 (in Foro it. 2008, 5 1527) con riguardo alla mancata corrispondenza tra disputatum e decisum.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, così provvede:
condanna BRE Banca Regionale Europea al pagamento, in favore di OMT srl in Amministrazione Straordinaria di Euro 16.215,50 oltre interessi legali dal 26.06.08 al saldo;
condanna BRE Banca Regionale Europea al pagamento, alla rifusione in favore di OMT srl in Amministrazione Straordinaria, delle spese del presente procedimento (...Omissis...)

Tribunale di Genova, 26 febbraio 2011, n. 920 - Pres. Costanzo - Rel. Calcagno - F. (Avv.ti Ghigliotti e Rossi) c. Cassa di Risparmio di Alessandria s.p.a. (Avv.ti Volante e Ciuchi).

INTERMEDIAZIONE finanziaria - servizi di investimento - obblighi informativi in capo all'intermediario - tipologia.

(Art. 21 D. Lgs. 24.2.1998 n. 58; art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998)

INTERMEDIAZIONE finanziaria - servizi di investimento - obbligo di informazione - specificità - adeguatezza dell'operazione al profilo del cliente.

(Art. 21 D. Lgs. 24.2.1998 n. 58; artt. 28 e 29 Reg. Consob n. 11522/1998)

INTERMEDIAZIONE finanziaria - servizi di investimento - violazioni dell'intermediario - misura del risarcimento.

(Artt. 1218,1223 e 1224 c.c.)

L'art. 21 comma 1 lettera b) del T.U.F individua un obbligo di informazione "attiva" (che si sostanzia nel dovere per gli intermediari di comunicare ai clienti le informazioni in loro possesso relative alle caratteristiche dei prodotti offerti) e un obbligo di informazione "passiva" (che si sostanzia nel dovere per l'intermediario di acquisire tutti gli elementi necessari relativi agli strumenti finanziari offerti al cliente e di acquisire dallo stesso tutte le notizie relative alle sue caratteristiche di investitore e alla sua propensione al rischio).

L'intermediario deve fornire una completa informazione circa la natura ed i rischi connessi alla specifica operazione che il cliente intende porre in essere.

Se il prodotto è accompagnato da una offering circular, vanno segnalati al cliente gli elementi di allarme specifico emergenti dalla stessa.

In presenza di una profilatura del cliente da cui emergano una propensione medio-bassa al rischio ed obiettivi di difesa del capitale, non possono ritenersi compatibili alle sue caratteristiche gli investimenti a rischio anche se per ipotesi ne abbia già effettuati: in tal caso può solo concludersi che il cliente aveva già posto in essere operazioni non adeguate.

Per l'ipotesi di obbligazione andata in default, la misura del risarcimento va commisurata alla perdita dell'investimento ed alla conseguente impossibilità di investire: le voci di danno sono rappresentate dal capitale perduto (danno emergente) e dalla mancata ricezione dei frutti percepibili dall'investimento (lucro cessante).

Il danno emergente è pari all'importo impiegato per l'acquisto

dell'obbligazione, espresso in valori monetari correnti trattandosi di debito di valore. Per l'attualizzazione del capitale occorre procedere alla sua rivalutazione annuale in base agli indici ISTAT a far data dalla conclusione del contratto (se è posto in essere l'illecito da mancata informazione).

Quanto al lucro cessante, esso va provato dal creditore ma il giudice può ricorrere a criteri presuntivi ed equitativi.

Se il cliente ha un obiettivo di investimento improntato al risultato difensivo del potere di acquisto del capitale, l'ammontare può essere calcolato in misura pari al rendimento annuo della somma investita e non rivalutata ricorrendosi all'interesse medio ponderato annuale riconosciuto sui BOT di durata non superiore a 12 mesi.

(..Omissis...)

Motivi in fatto e diritto della decisione

Con atto di citazione del 22 maggio 2005 Carlo Feletti e Maria Rosa Feletti hanno convenuto in giudizio, nelle forme di cui al D. Lgs. 5/2003, la Cassa di Risparmio di Alessandria Spa, da ora la Banca, esponendo: di aver intrattenuto rapporti con l'Istituto, filiale di Ronco Scrivia, fin dal 1997; di aver acquistato nel dicembre 2001, su indicazione del Direttore della filiale Enrico Bisio, una obbligazione La Veggia Fin. 7,125% scadente al 14.11.2004 per un importo di euro 6.039,84, operazione eseguita "in contropartita diretta fuori dai mercati regolamentati"; di aver avuto notizie di difficoltà del "Gruppo La Veggia" a seguito di richiesta di informazioni presso la Banca nei primi mesi del 2004; di aver appreso dell'ammissione alla procedura di amministrazione controllata della La Veggia Spa nell'agosto 2004 con mancato rimborso del titolo alla scadenza, titolo andato tecnicamente in default. Esposto quanto sopra in fatto, in diritto gli attori hanno osservato come la Banca abbia omesso ogni informazione in merito al rischio connesso al titolo, rischio esistente al momento dell'acquisto, con conseguente violazione del dovere di informare e informarsi e come gli esponenti non fossero esperti di prodotti finanziari, come da prospetto contenente "informazioni dell'investitore" trasmesso alla Banca il 30.3.2001, con violazione dell'art. 21 D. Lgs. 58/1998 T.U.F. e dell'art. 29 Reg. Consob attuato con Delibera n. 11522 del 1.7.1998. Hanno concluso chiedendo l'accertamento della violazione in capo alla Banca degli obblighi di legge e di contratto, anche nelle forme della responsabilità precontrattuale, e la condanna al risarcimento del danno nella misura dell'investimento effettuato, dedotti gli importi già ricevuti allo scadere delle cedole nel 2002 e 2003.

Si è costituita la Banca ed ha contestato la presenza di alcuna violazione stante la qualità di investitori esperti dei conchiudenti e sostenuto che l'investimento è stato deciso in piena autonomia, come provato dal contemporaneo acquisto di titoli comportanti un "grado di rischio apprezzabile" e che ogni considerazione in merito alla inadeguatezza dell'investimento facesse riferimento ad elementi conoscitivi emersi solo ex post. Ha concluso per il rigetto della domanda e comunque in subordine ed anche in via riconvenzionale per la condanna alla restituzione del titolo.

Con memoria di replica ai sensi dell'art. 6 D. Lgs. 5/2003 gli attori hanno contestato la prospettazione di investitore esperto del Feletti ed hanno prodotto - sub 11 - l'offering circular 12.11.2001 relativa al titolo in contestazione, sottolineandone alcuni passaggi, in particolare il capitale (assai esiguo rispetto all'entità della somma da rimborsare agli obbligazionisti) della società emittente e la destinazione del titolo ad operatori professionali, e la relazione del Commissario Giudiziale - prod. sub 12 - nella procedura di

amministrazione controllata dalla quale emergeva in tutta evidenza il rischio dell'operazione.

Effettuato lo scambio successivo di memorie, in particolare con la contestazione da parte della Banca dell'applicazione dell'offering circular direttamente agli attori, riferendosi il documento unicamente alla cd. grey zone, anteriore alla libera circolazione sui mercati secondari del titolo, gli attori hanno presentato istanza di fissazione di udienza.

Il Giudice designato, respinte le istanze istruttorie, ha fissato udienza di discussione e le parti hanno depositato comparse conclusionali nei termini.

Gli attori hanno sostenuto la violazione da parte della Banca dell'obbligo di informarsi e di informare gli investitori; la venuta ha opposto la qualità di investitore esperto del Feletti. Appare utile richiamare la disciplina generale relativa agli obblighi facenti capo all'intermediario finanziario, disciplina, di carattere primario e secondario, caratterizzata da numerosi obblighi di condotta tra i quali quelli informativi rivestono un ruolo di assoluta preminenza, in ragione della obiettiva complessità dei beni oggetto di negoziazione, di difficile comprensione per il comune risparmiatore; gli obblighi informativi rispondono alla ratio di ridurre la asimmetria conoscitiva che caratterizza ogni rapporto tra l'intermediario finanziario ed il risparmiatore.

L'art. 21 c. 1 lett. b) del T.U.F. detta "Nella prestazione dei servizi di investimento e accessori i soggetti abilitati devono: b) acquisire le informazioni necessarie dai clienti e operare in modo che essi siano sempre adeguatamente informati": la disposizione individua un obbligo di informazione "attiva" (che si sostanzia nel dovere per gli intermediari di comunicare agli investitori le informazioni in loro possesso relative alle caratteristiche dei prodotti offerti) e "passiva" (in quanto l'intermediario deve acquisire tutti gli elementi necessari relativi agli strumenti finanziari offerti ai clienti - cd. "Know your merchandise rule" - ed acquisire dal cliente tutte le notizie relative alle sue caratteristiche di investitore e la sua propensione al rischio - cd. "Know your customer rule" -).

Naturalmente il dovere di informarsi è funzionale a quello di informare ed assume particolare rilevanza quando sono in gioco titoli non quotati, in assenza di rating, come nel caso in esame.

L'obbligo di acquisire le informazioni relative ai prodotti oggetto di offerta alla clientela, la cd. Know your merchandise rule, è disciplinato dall'art. 26 c. 1 lett. e) del Regolamento Consob 11522/1998 che detta: "Gli intermediari autorizzati, nell'interesse degli investitori e dell'integrità del patrimonio mobiliare, acquisiscono una conoscenza degli strumenti finanziari, dei servizi nonché dei prodotti diversi dai servizi di investimento, propri o di terzi, da essi stessi offerti, adeguata al tipo di prestazione da fornire": il giudizio di adeguatezza deve avere quale finalità la conoscenza da parte del cliente della natura e dei rischi dell'operazione e si sostanzia nel dovere di acquisire informazioni accurate relative alla solvibilità dell'emittente, alla garanzia di pagamento degli interessi ed al puntuale rimborso del capitale. Con riguardo alla fase successiva alla chiusura del cd. grey market, momento particolarmente delicato in quanto i titoli non sono ancora stati emessi, la giurisprudenza ha ritenuto importante l'acquisizione delle offering circulars (documenti dai quali si traggono informazioni sul livello di indebitamento del soggetto emittente i titoli verso il sistema bancario e finanziario) e le credit opinions (documenti dai quali si possono trarre elementi relativi alla criticità dei titoli ed alla rischiosità dell'investimento): così Trib. Rimini 21.11.2006.

Per quanto qui non applicabile, è interessante notare che il nuovo Regolamento Consob, n. 16190/2007, non fa più riferimento ad un generale dovere di informarsi ma elenca in modo dettagliato le informazioni sugli strumenti finanziari che l'intermediario deve fornire, così evidenziando il grado di approfondimento richiesto al professionista che opera sul mercato mobiliare.

L'obbligo generale sancito dall'art. 21 T.U.F. trova poi specificazione negli artt. 28 e 29 Reg. Consob 11522/1998: di particolare rilevanza il comma 2 dell'art. 28 il quale recita: "Gli intermediari autorizzati non possono effettuare o consigliare operazioni o prestare il servizio di gestione se non dopo aver fornito all'investitore informazioni adeguate sulla natura, sui rischi e sulle implicazioni della specifica operazione o del servizio, la cui conoscenza sia necessaria per effettuare consapevoli scelte di investimento o disinvestimento".

Fissati i principi generali in materia, emerge l'inadempimento della Banca ad entrambi i doveri di informazione, sia alla cd. "Know your merchandise rule" sia alla cd. "Know your customer rule".

In merito al primo aspetto, l'offering circular - doc. 11 fascicolo attoreo - evidenzia la presenza di elementi di allarme specifico con riferimento al titolo oggetto di acquisto, dati mai sottoposti al cliente.

Invero la Banca non ha neppure offerto di provare di aver formato l'attore circa gli elementi caratterizzanti l'obbligazione La Veggia, limitandosi ad affermare di aver eseguito la volontà del Feletti.

Ma, a tacere del fatto che dal documento generale "Informazioni dall'investitore" con riguardo ai contratti di cui al D. Lgs. 1998/58 - prodotto dagli attori sub 7 - emerge una propensione al rischio "Medio bassa" e un obiettivo di investimento "Difensivo del potere di acquisto del capitale", anche a fronte di un investitore dal profilo di rischio alto l'intermediario è vincolato agli obblighi informativi legali sopra ampiamente ricordati, così come ricordato dal Tribunale di Velletri nella sentenza n. 2624/2007 - prodotta sub 5 dagli attori ed avente ad oggetto il titolo in contestazione - e affermato anche in altre pronunce (vedi Tribunale di Alba, sentenza 4.7.2005).

Il richiamo effettuato dalla difesa della Banca alla presenza, nello stesso periodo temporale, di acquisto, unitamente all'obbligazione oggi in contestazione, di azioni KPN per euro 8.000,00 e Alcatel per euro 4.000,00, titoli definiti, a fronte del rating delle società emittenti, aventi "Grado di rischio apprezzabile", prova soltanto l'esistenza di altre operazioni non adeguate rispetto al profilo del cliente individuato nel prospetto a mani dell'intermediario nel quale, come già sopra ricordato, il profilo di rischio è medio basso e l'investimento ha finalità difensiva del capitale.

Dall'evidenziato inadempimento agli obblighi informativi deriva la responsabilità della Banca e l'accoglimento della domanda.

Per completezza si rileva la fondatezza dell'ulteriore difesa degli attori riguardante l'inadeguatezza dell'operazione ed il mancato rispetto, da parte dell'intermediario, della procedura di cui all'art. 29 Reg. Consob 11522/1998.

Tale difesa fa specifico riferimento al contenuto dell'offering circular, là dove si individua la destinazione del titolo "ad operatori professionali" - pag. 40 doc. 11 fascicolo attoreo - ; la venuta ha opposto che il documento inerisce alla disciplina della cd. grey zone ed il riferimento è limitato a tale periodo temporale, precedente la fase di effettiva collocazione dei titoli.

Se è vero che la grey zone precede il momento della collocazione, è però vero che proprio dal documento ricordato, l'offering circular, emergono altri elementi indicativi dell'inadeguatezza dell'operazione: le caratteristiche della società - una compagnia lussemburghese nata immediatamente prima del procedimento di emissione titoli -, la presenza di un capitale di 50.000 euro a fronte di emissione di obbligazioni per 100 milioni di euro, l'assenza di rating e dunque il mancato inserimento su un mercato regolamentato; inoltre, altro elemento afferente gli attori appare la misura dell'investimento a fronte dell'intero capitale a disposizione, 6.000 euro con un capitale disponibile di circa 20.000 - vedi informazioni dell'investitore doc. 7 fascicolo attoreo. Deve allora concludersi che anche sotto questo profilo l'azione risulta fondata.

In ultimo, sulla questione del possibile conflitto di interessi sollevata dagli attori a fronte della dicitura presente sull'ordine di acquisto - produzione 1 fascicolo attoreo - "operazione eseguita in contropartita diretta fuori dai mercati regolamentati" questo Tribunale ha già chiarito come la mera cessione in contropartita diretta non sia circostanza idonea a concretizzare la situazione di cui all'art. 1394 c.c., in relazione agli artt. 21 T.U.F. e 27 Reg. Consob, alla luce della risposta che la Commissione nazionale ha reso in data 9.7.1997, sulla cui scorta si è ritenuto che occorra la prova che l'intermediario persegua scopi ulteriori e diversi rispetto all'interesse del cliente quali l'obiettivo di disfarsi rapidamente di massicce sottoscrizioni precedenti, - così Tribunale di Genova sentenza 5.7.2006 n. 2641 e 9.3.2006 n. 1212 -, elementi assenti nella presente fattispecie.

In merito alla misura del risarcimento del danno, deve costituire oggetto di valutazione la perdita dell'investimento (pari ad euro 6.039,84) e la conseguente impossibilità di investirla: le considerazioni sopra indicate costituiscono le voci di danno che occorre esaminare, precisamente il danno emergente - capitale perduto - ed il lucro cessante - mancata ricezione dei frutti percepibili dall'investimento -.

Il danno emergente è dunque pari all'importo impiegato per l'acquisto delle obbligazioni, espresso in valori monetari correnti, trattandosi di debito di valore.

Per l'attualizzazione del capitale occorre procedere alla sua rivalutazione annuale in base agli indici ISTAT - indici nazionali dei prezzi al consumo per le famiglie di impiegati ed operai - dal 3.12.2001 ad oggi: la data di partenza deve coincidere con quella di conclusione del contratto, quando si è perfezionato l'illecito da mancata informazione. Per stimare l'effettivo danno, da tale somma deve essere sottratto quanto il Cliente ha percepito a titolo di cedole - euro 374,06 con valuta 15.11.2002 ed euro 374,06 con valuta 15.11.2003 (docc. 2 e 3 fascicolo attoreo) -, somme che, onde renderle omogenee rispetto al capitale, devono essere rivalutate dal momento della percezione ad oggi.

Conclusivamente, il danno emergente è dato dall'importo dell'investimento - euro 6.039,84 - rivalutato in base agli indici ISTAT dal 3.12.2001 ad oggi, sottratta la somma corrispondente alle cedole percepite - euro 374,06 per due - egualmente rivalutate dalle rispettive date di percezione, 14.11.2002 e 14.11.2003 - ad oggi.

Per quanto concerne il danno conseguente al mancato investimento alternativo della somma (il lucro cessante), si osserva che le S.U. della Corte di Cassazione, nella sentenza n. 1712 del 17.2.1995, hanno stabilito il principio per il quale il lucro cessante provocato dal ritardato conseguimento del risarcimento deve essere provato dal creditore e che la prova

possa essere data e riconosciuta dal giudice mediante criteri presuntivi ed equitativi, valutando tutte le circostanze oggettive e soggettive inerenti alla prova del pregiudizio subito per il mancato godimento - nel tempo - del bene o del suo equivalente in denaro.

Nel caso in esame, possono ricavarsi elementi di valutazione dalle "informazioni dall'investitore" (produzione 7 del fascicolo attoreo), dalle quali si evince come l'investimento dei signori Feletti fosse orientato soprattutto su Titoli di Stato e l'obiettivo fosse un "risultato difensivo del potere di acquisto del capitale": a fronte di tali elementi di valutazione, può concludersi per un plausibile utilizzo dell'importo investito nella La Veggia - e poi andato perduto con il default del titolo - quantomeno in BOT, nel periodo intercorso dall'illecito ad oggi.

L'ammontare deve essere calcolato in misura corrispondente al rendimento anno per anno sulla somma inizialmente investita e non rivalutata, pari all'interesse medio ponderato annuale riconosciuto sui BOT di durata non superiore ai 12 mesi, precisamente nelle seguenti misure percentuali: 4,928 (2001); 4,512 (2002); 3,672 (2003); 3,631 (2004); 3,244 (2005); 3,332 (2006); 4,167 (2007); 3,76 (2008); 1,15% (2009).

Poiché in oggi non consta la disponibilità - sul sito www.bancaitalia.it - della misura dell'interesse medio ponderato riferito al 2010, deve ritenersi applicabile la misura del 2009, pari all'1,15%.

Sulla somma così complessivamente determinata a titolo di danno sofferto dovranno decorrere gli interessi, nella misura legale, dalla data della presente pronuncia al saldo.

La Banca ha richiesto, in via subordinata ed anche riconvenzionale, la condanna alla restituzione del titolo; gli attori hanno, nella memoria immediatamente successiva ai sensi dell'art. 6 D. Lgs. 5/2003, chiesto che l'accoglimento di tale domanda fosse subordinato alla contemporaneità della restituzione rispetto al pagamento. La convenuta ha contestato un inammissibile mutamento della domanda: tale tesi non può condividersi in quanto si tratta di una modifica legittima a fronte della richiesta di restituzione, posto che gli attori hanno formulato esclusivamente domanda di risarcimento del danno. Devono dunque trovare accoglimento le richieste degli attori e statuirsi la contemporaneità del pagamento e della restituzione.

(...Omissis...)

Tribunale di Savona, 21 marzo 2011, Pres. La Mattina, Rel. Bruno - R.P. (Avv. Bonsignorio) c. R.S.F. (Avv. ti A. Barca e Scotto) e c. T.R. R.C. (Avv. Tissoni).

SUCCESSIONE ereditaria - legato in sostituzione di legittima avente ad oggetto diritti reali immobiliari - mancanza di rinuncia scritta - azione di riduzione - inammissibilità.

(Artt. 551 e 649 c.c.)

Il legato si acquista ipso iure all'apertura della successione. Il legatario in sostituzione di legittima che intenda proporre l'azione di riduzione, deve preventivamente rinunciare al legato con atto scritto.

La rinuncia al legato in sostituzione di legittima non può essere dedotta dalla proposizione dell'atto di citazione contenente la domanda di riduzione.

P.P.CU.

(...Omissis...)

In fatto ed in diritto

La domanda attore non appare ammissibile.

Invero, dall'esame del testamento di Ferraris Giuseppina risulta che questa abbia voluto disporre in favore del proprio marito Rubatto Pietro un legato in sostituzione di legittima, ai sensi dell'art. 551 c.c.

Ritiene il Collegio che la natura di legato in sostituzione di legittima del lascito in questione si evinca dall'interpretazione letterale della scheda testamentaria, nella quale si legge: "Lego e lascio la mia casa di Borgio Verezzi Via Trento Trieste 74/1 a Riolfo Fulvia Scognamiglio, il tutto con i seguenti vincoli e avvertenze. Rubatto Pietro, mio marito, avrà l'usufrutto generale vitalizio di tale casa, dell'arredamento e di tutto ciò che in essa si trova per tutto il tempo della sua vita. Questa disposizione deve valere anche ad integrazione totale e definitiva della di lui quota di legittima, quale mio coniuge superstite".

Orbene, per ammettersi che un legato sia in sostituzione di legittima è necessario che risulti una manifestazione certa ed univoca del testatore nel senso che determinati beni debbano essere attribuiti al legittimario e che tale attribuzione se accettata esaurisca le ragioni ereditarie del medesimo (Cass. 5232 del 1998).

Ciò è quanto avviene nel caso di specie, avendo la *de cuius* affermato che la disposizione in favore del marito deve valere ad integrazione totale e definitiva della quota di legittima allo stesso spettante.

L'attore, dal canto suo, ha inteso dare esecuzione a quanto stabilito nel testamento in oggetto poichè ha trasferito la propria residenza nell'immobile lasciatogli in usufrutto dalla moglie, come risulta dal documento n. 6 allegato alla memoria ex art. 183, comma 6, n. 1 c.p.c. della convenuta ed ha inoltre prelevato somme di denaro dai conti della defunta moglie dopo l'apertura della successione.

Tanto premesso, poiché il Rubatto non ha rinunziato al legato, egli non avrebbe potuto introdurre la presente causa, avente ad oggetto l'azione di riduzione.

Infatti, di fronte ad un legato in sostituzione di legittima, il legatario che intenda agire mediante l'azione di riduzione è tenuto preventivamente a rinunciare al legato con atto scritto e soltanto dopo avere compiuto detta rinuncia può agire in riduzione (Cass. 22/6/2010, n. 15124).

La rinuncia deve avvenire a motivo del fatto che il legato si acquista *ipso iure*, a norma dell'art. 649 c.c., e che, nel le-

gato di specie, l'effetto traslativo (dal testatore al beneficiario) si realizza all'atto dell'apertura della successione.

Nella fattispecie in esame la rinuncia, come si è detto, non è stata fatta e certamente essa non può essere desunta implicitamente dalla proposizione dell'atto di citazione contenente la domanda di riduzione.

Infatti, dalla lettura di tale atto non si ricava un chiaro intento dell'attore di rinunciare al legato in sostituzione di legittima.

Ne discende che la mancanza di un formale atto di rinunzia al legato prima dell'inizio della presente causa o, almeno, contemporaneamente ad esso ed anzi l'avere compiuto atti di implicita accettazione, produce la conseguenza dell'impossibilità per l'attore di scegliere tra la successione testamentaria e quella legittima (cfr. Cass. 15/3/2006, n. 5779; Id. 16/5/2007, n. 11288).

L'accoglimento dell'eccezione in questione, sollevata dalla convenuta, impedisce al Tribunale di esaminare il merito della vicenda ed impone di decidere la causa nel senso dell'inammissibilità della domanda attore, perché l'attore è decaduto dalla facoltà di esercitare l'azione di riduzione in quanto legatario che ha accettato il legato in sostituzione di legittima.

Quanto alle terze chiamate (sono state chiamate in causa, infatti, le signore Rosella Thea in Bianchi e Carla Rubatto, a seguito di specifica istanza di parte convenuta sul presupposto che si vertesse in un'ipotesi di litisconsorzio necessario), si rileva che esse si sono rimesse a giustizia sul merito della causa.

Ovviamente, l'accoglimento dell'eccezione sollevata dalla convenuta determina anche nei loro confronti la pronuncia di inammissibilità della domanda.

In considerazione della natura della causa, sussistono giusti motivi per dichiarare interamente compensate tra le parti le spese di giudizio, ivi comprese quelle di c.t.u. come liquideate con separati provvedimenti.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, ogni contraria istanza eccezione e deduzione disattesa, così provvede:

- dichiara l'inammissibilità della domanda attore;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese di giudizio, ivi comprese quelle di c.t.u. come liquidate con separati provvedimenti.

(...Omissis...)



**Professionalità ed esperienza
al servizio del cliente**

**Consigli adeguati alle
necessità individuali**

Presenza costante

**Proposte di assicurazioni
flessibili e moderne**

**Assistenza nella trattativa di
sinistri**

**Soddisfazione alle esigenze di
sicurezza e protezione del
singolo, della famiglia e del
gruppo**

**Coperture assicurative totali
per artigiani, professionisti,
aziende**

Mutui e prestiti personalizzati

**Pensioni integrative e
investimenti capitali**

in una parola ...

*Santi Marina
Assicurazioni*

Corso Europa, 353/B
16132 Genova

Tel/Fax 010-381349
Cel. 3392467049
mail genovad@groupama.it

Massime

Sezione di diritto civile

Massime

Tribunale di Albenga, 28 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - Comune di Albenga (Avv. Siccardi) c. B. (Avv.ti Folli e Tagliasacchi).

APPALTO (contratto di) - sottoscrizione dell'impresa esecutrice degli interventi oggetto del contratto d'appalto per approvazione del certificato di regolare esecuzione - valenza.

(Artt. 35 e 36 DPR 1063/62; art. 4 Legge 741/81)

La sottoscrizione apposta a suo tempo dall'impresa esecutrice degli interventi oggetto del contratto di appalto per approvazione del certificato di regolare esecuzione, costituisce un adempimento obbligatorio per l'esecutore dei lavori e non può, quindi, essere valutata alla stregua della rinuncia ad un credito all'epoca non ancora esistente e che, comunque, risulta autonomamente sussistente e determinato in base alla normativa di cui al DPR 1063/62 e della Legge 741/81.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., Giudice Unico Vinelli - F. (Avv. ti Zanoni e Pagliettini) c. Cond. Via Scaranto (Avv. Acconciariaoca).

COMUNIONE e condominio - spese per riparazione di ballatoio esterno e di scala esterna di accesso al condominio - criteri di ripartizione - norma relativa al lastrico solare di uso esclusivo - inapplicabilità.

(Artt. 1117, 1123 e 1126 c.c.)

La ratio della norma dell'art. 1126 c.c. va individuata nella "utilitas" di cui beneficiano le parti condominiali sottostanti, in termini di copertura, quale funzione prevalente riconosciuta ai lastrici solari; di conseguenza, quando un'area, come nella specie, non assolve la funzione prevalente e tipica di copertura, non sussiste l'eadem ratio necessaria per applicare, in via analogica, la previsione di cui all'art. 1126 c.c. e, pertanto, le spese relative sono ripartite in base al disposto degli artt. 1117 e 1123, comma 1, c.c.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 20 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - GEO (Avv.Allegri) c. Condominio Anemone (Avv. Russo).

COMUNIONE e condominio - richiesta di pagamento di oneri condominiali - condominio c. d. "apparente" - legittimazione passiva - non sussiste.

(Artt. 1117 e segg. c.c.; art. 63 disp. att. c.c.; artt. 633 e segg. c. p. c.)

COMUNIONE e condominio - decreto ingiuntivo per pagamento di oneri condominiali - opposizione - questioni attinenti alla validità della delibera condominiale approvativa dello stato di ripartizione - irrilevanza.

(Art. 63 disp. att. c.c.; artt. 633 e 645 c. p. c.)

Nel procedimento per decreto ingiuntivo introdotto dall'amministratore condominiale per il recupero delle quote di spesa di pertinenza di ciascuna unità immobiliare, la legittimazione passiva spetta soltanto al reale proprietario dell'immobile e non anche a colui che possa sembrare tale secondo il principio c. d. dell'apparenza, mancando nei rapporti tra l'ente di gestione ed i singoli condomini, le condizioni per l'operatività di tale principio, essenziale alla tutela dei terzi in buona fede. Di conseguenza, il criterio di individuazione del soggetto obbligato al pagamento delle spese condominiali è quello della titolarità del diritto di proprietà dell'immobile facente parte del condominio e non quello dell'apparenza.

In tema di opposizione a decreto ingiuntivo immediatamente esecutivo, emesso ai sensi dell'art. 63 disp. att. c.c., per la riscossione dei contributi in base allo stato di ripartizione approvato dall'assemblea, il condomino opponente non può far valere questioni attinenti alla validità della delibera condominiale, ma solo questioni riguardanti l'efficacia della medesima. Tale delibera, infatti, costituisce titolo di credito del condominio e, di per sé, prova l'esistenza di tale credito e legittima non solo la concessione del decreto ingiuntivo, ma anche la condanna del condomino a pagare le somme nel giudizio di opposizione che quest'ultimo proponga contro tale decreto ed il cui ambito, pertanto, è ristretto alla sola verifica della esistenza e delle efficacia della deliberazione assembleare di approvazione della spesa e di ripartizione del relativo onere.

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 20 ottobre 2010 (non def.) - Rel. Castiglione - Cond. di Via N. S. c. P.

COMUNIONE e condominio - domanda di acquisto della proprietà per usucapione - litisconsorzio dal lato attivo - non necessario.

(Artt. 1117 e segg. c.c.; artt. 1158 e seguenti c.c.)

COMUNIONE e condominio - fondo intercluso - domanda di costituzione di servitù coattiva - litisconsorzio dal lato attivo - non necessario.

(Artt. 1117 e segg. c.c.; artt. 1051 e segg. c.c.)

Nel giudizio avente per oggetto la domanda di acquisto della proprietà per usucapione, in caso di rapporto plurilaterale - come in presenza di una comunione - la necessità del litisconsorzio ricorre soltanto dal lato passivo e cioè dalla parte dei soggetti contro i quali la domanda è proposta e non dal lato attivo e cioè nei riguardi dei soggetti a favore dei quali l'usucapione produce i suoi effetti, compatibili con i diritti di tutti i condomini.

(Conforme: Cass., 20 marzo 2006, n. 6163).

Per quanto riguarda la domanda di costituzione coattiva di servitù di passo, in base al principio dell'autonomia del diritto di ciascuno dei partecipanti alla comunione, ogni partecipante alla comunione stessa può chiedere, senza la partecipazione al giudi-

zio degli altri condomini, la costituzione di una servitù di passaggio coattivo a favore del fondo comune intercluso.
(Conforme: Cass., 17 ottobre 2006, n. 2489).

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 23 novembre 2010 - Pres. Sangiolo - Rel. Castiglione - C. (Avv.ti Ghibellini, Busoni e Riggio) c. Condominio X (Avv.ti Romeo e Mancini).

COMUNIONE e condominio - impugnativa di delibera condominiale - termini - sospensione feriale dei termini - applicabilità.

(Art. 1137 c.c.; art. 1 Legge 7 ottobre 1969, n. 742)

COMUNIONE e condominio - avviso di convocazione assembleare - invio tramite lettera raccomandata - presunzione di conoscenza - sussiste.

(Artt. 1136 e 1335. c.c.)

COMUNIONE e condominio - assemblea in prima convocazione - assemblea deserta o mancanza del quorum costitutivo - verbalizzazione - non necessaria.

(Art. 1136 c.c.)

La sospensione feriale dei termini si applica anche al termine di trenta giorni per l'impugnazione di delibera di assemblea di condominio, previsto dall'art. 1137 c.c. Nella specie, la Corte ha richiamato il "decisum" della Corte Costituzionale in sentenza n. 49 del 2 febbraio 1990, che ha dichiarato la illegittimità costituzionale dello art. 1 della Legge 7 ottobre 1969, n. 742, nella parte in cui non dispone che la sospensione feriale dei termini si applichi anche al termine di trenta giorni di cui all'art. 1137 c.c.

All'avviso di convocazione di assemblea di condominio, come atto recettizio, si applica la presunzione di conoscenza ex art. 1335 c.c., onde esso si reputa conosciuto nel momento in cui giunge all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia.

Quando l'assemblea condominiale in prima convocazione, vada deserta o non si raggiunga il quorum costitutivo, non è necessario procedere alla relativa verbalizzazione, essendo sufficiente che nel verbale della seconda convocazione sia dato atto dell'esito negativo della prima convocazione.

RO.NE.

Tribunale di Genova, 3 Gennaio 2011 - Giudice Unico La Mantia - R.C. (Avv. Faure) c. Cond.Via Rio S.S. (Avv. Contegno).

COMUNIONE e condominio - parti comuni del condominio - spese di amministrazione ordinaria e straordinaria - poteri dell'amministratore - approvazione consuntivo e riparto- sindacato del giudice- inammissibilità.

L'assemblea del condominio in un edificio, in sede di approvazione del consuntivo dei lavori eseguiti su parti comuni del fabbricato e di ripartizione della relativa spesa, ben può riconoscere a posteriori opportunamente e vantaggiosamente realizzati detti

lavori, ancorché non previamente deliberati ed approvarne la relativa spesa, restando, in tal caso, la preventiva formale deliberazione dell'opera utilmente surrogata dall'approvazione del consuntivo della spesa e della conseguente ripartizione del relativo importo fra i condomini (conf. Cass. 24 Febbraio 1995 n. 2133).

L'analisi dell'acqua e la derattizzazione rispondono ad esigenze di salvaguardia dell'incolumità fisica dei condomini e di igiene, rientrando quindi in quelle spese di manutenzione ordinaria che l'amministratore dello stabile può effettuare (nell'ottica di una razionale gestione dei beni comuni) senza la preventiva approvazione assembleare, ferma restando la necessità di successiva approvazione in sede di rendiconto. (conf. Cass. 4 Giugno 1992 n. 6896).

La delibera delle spese di ordinaria gestione delle parti comuni del condominio, unitamente all'approvazione del consuntivo e del relativo riparto rientra tra i poteri discrezionali di cui dispone l'assemblea, poteri sottratti, per consolidata giurisprudenza, al sindacato dell'autorità giudiziaria. (conf. Ex multis Cass. 11 Febbraio 1999 n. 1165).

SI.CO.

Tribunale di Genova, 5 gennaio 2011 - Giudice Unico La Mantia - G. C. (Avv.ti Fera e Curti) c. F. Costruzioni s.r.l. (Avv. Inglese).

COMUNIONE e condominio - parti comuni del Condominio - legittimazione ad agire dei singoli condomini-ammissibilità-

Configurandosi il Condominio come un ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei singoli condomini, l'esistenza di un organo rappresentativo unitario, quale l'amministratore, non priva i singoli partecipanti della facoltà di agire a difesa dei diritti, esclusivi e comuni, inerenti l'edificio condominiale (conf. Ex multis Cass. 7 Agosto 2002 n. 11882).

Se si considera che ciascun condomino è legittimato ad impugnare personalmente la sentenza sfavorevole emessa nei confronti della collettività condominiale (conf. Cass. 7 Dicembre 1999 n. 13716), deve ritenersi, a maggior ragione, sussistente la legittimazione del singolo a proporre opposizione avverso un decreto ingiuntivo emesso nei confronti dell'intero caseggiato.

(Nel caso di specie il Tribunale ha rigettato l'eccezione di difetto di legittimazione attiva, sollevata dalla parte convenuta, sul presupposto che il decreto ingiuntivo sarebbe stato emesso nei confronti di un Condominio e non già dei Condomini che lo hanno impugnato.)

SI.CO.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 31 gennaio 2011 - Giudice Unico Vinelli - R. (Avv. Dalessio Clementi) c. Condominio di Via Ghirardelli (Avv. Buratti).

COMUNIONE e condominio - locale destinato ad ospitare impianto idrico condominiale - presunzione di condominalità - sussiste.

(Art. 1117 c.c.)

COMUNIONE e condominio - autoclave - immissioni sonore - risarcimento del danno - danno alla salute - requisiti.

(Artt. 2043 e segg. c.c.)

COMUNIONE e condominio - autoclave - immissioni sonore - risarcimento del danno - danno esistenziale - requisiti.

(Artt. 2043 e segg. c.c.)

In ambito di condominio negli edifici, il locale destinato ad ospitare l'impianto idrico condominiale, in assenza di titolo contrario da cui si possa evincere inequivocabilmente la natura privata di detto locale, rientra tra le parti comuni dell'edificio ex art. 1117, n. 2, c.c.

La accertata esposizione ad immissioni sonore intollerabili non costituisce, di per sé, prova dell'effettiva esistenza di un danno alla salute, la cui risarcibilità è subordinata all'accertamento dell'effettiva esistenza di una lesione fisica o psichica. Sul punto, la più recente giurisprudenza ritiene necessaria la prova in concreto della effettiva nocività delle immissioni e di danni derivati alla salute. Infatti, nel vigente ordinamento, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive pur nella ipotesi di danno "in re ipsa", in cui la presunzione si riferisce solo all'an debeat e non alla effettiva sussistenza del danno e della sua entità materiale, per cui permane la necessità della prova di un concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecuniario.

(Conformi: Cass., 10 dicembre 2009, n. 25820 e Cass., 12 giugno 2008, n. 15814).

La risarcibilità del danno esistenziale (così qualificato con espressione ormai risalente) è configurabile qualora sussistano i presupposti indicati dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con sentenza n. 26972/2008, che ha limitato tale voce di danno: a) all'ipotesi in cui il fatto illecito sia astrattamente definibile come reato; b) alle ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale espressamente previste dalla legge; c) all'ipotesi in cui il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 19 aprile 2011 - Pres. Sangiolo - Rel. Castiglione - B. (Avv. Rivara) c. G. e C. (Avv.ti Rocca e Longo).

COMUNIONE e condominio - balconi aggettanti - proprietà degli stessi.

I balconi aggettanti, costituendo un prolungamento della corrispondente unità immobiliare, appartengano in via esclusiva al proprietario di questa. Soltanto i rivestimenti e gli elementi decorativi della parte frontale e di quella inferiore si devono considerare beni comuni a tutti i condomini, quando si inseriscono nel prospetto dell'edificio e contribuiscono a renderlo esteticamente più gradevole.

(Conforme: Cass., 30 luglio 2004, n. 14576).

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 13 settembre 2010 (decreto motivato) - Giudice Unico Princiotta - Carbone c. Fiammetta srl.

IMMISSIONI - rapporti tra privati - limiti - criteri di valutazione.

(Art. 844 c. c.; artt. 669 sexies e 700 c. p. c.)

La disciplina delle immissioni moleste in alienum nei rapporti tra

privati va rinvenuta nell'art. 844 c.c., alla stregua delle cui disposizioni, quand'anche dette immissioni non superino i limiti fissati dalle norme di interesse generale, il giudizio in ordine alla loro tollerabilità va compiuto secondo il prudente apprezzamento del giudice che tenga conto delle particolarità della situazione concreta.

RO.NE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 25 gennaio 2011 - Pres. Maglione - Rel. Castiglione - X (Avv. Dalessio Clementi) c. Z srl (Avv. Galli Bunone) e c. Condominio XY (non cost.).

CONTRATTO in genere - "presupposizione" - nozione.
(Artt. 1321 e segg. c.c.)

La così detta "presupposizione", come istituto di matrice giurisprudenziale, riconosciuto anche dalla giurisprudenza di legittimità, consiste in una circostanza obiettiva di fatto o di diritto esterna al contenuto negoziale non dedotta specificamente ed espressamente come condizione del contratto, ma tenuta in considerazione dai contraenti nella formazione del contratto come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio (c. d. condizione non sviluppata o inespressa): e ciò nel senso che essa assume per entrambe le parti (o per una sola di esse con il riconoscimento dell'altra), valore determinante ai fini del mantenimento del vincolo contrattuale. Il suo verificarsi è indipendente dalla volontà o dall'attività dei contraenti e il suo venir meno fa "mancare gli effetti del contratto" o, come afferma la Suprema Corte, legittima l'esercizio del diritto di recesso .

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 24 febbraio 2011 - Giudice Unico Vinelli - C. (Avv. Camoirano) c. A. (Avv. Spasari).

LOCAZIONE (contratto di) - contratto verbale e non registrato - nullità.

(Art. 1, comma 346, Legge Finanziaria 2005)

Un contratto di locazione verbale e non registrato deve considerarsi nullo ai sensi dell'art. 1, comma 346, della cd. Legge Finanziaria del 2005.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 14 marzo 2011 - Giudice Unico Vinelli - GVA (Avv. Muscolo) c. L. (Avv. Brancati).

MEDIAZIONE (contratto di) - clausole abusive - previsione di pagamento della provvigione al momento dell'accettazione della proposta - validità della clausola.
(Art. 1755 c.c.)

La previsione del pagamento della provvigione al momento dell'accettazione della proposta non integra alcuna clausola abusive, essendo semplicemente una applicazione della previsione dell'art. 1755 c.c.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 8 aprile 2011 - Giudice Unico Vinelli - A. (Avv. Mazzucchi) c. S. (Avv. Repetto).

MEDIAZIONE (contratto di) - diritto alla provvigione - presupposti.

(Artt. 1754 e segg. c.c.)

MEDIAZIONE (contratto di) - provvigione - misura della stessa - criteri di determinazione.

(Artt. 1755 c.c.)

Il diritto alla provvigione consegue non alla conclusione per effetto dell'intervento del mediatore del negozio giuridico, ma dell'affare, inteso come qualsiasi operazione di natura economica generatrice di un rapporto obbligatorio tra le parti, anche se articolata in una concatenazione di più atti strumentali, purché diretti nel loro complesso alla realizzazione di un unico interesse economico, anche se con pluralità di soggetti; di conseguenza, la condizione perché il diritto alla provvigione sorga è l'identità dell'affare proposto con quello concluso, che non è esclusa quando le parti sostituiscono altri a sé nella stipulazione finale, sempre che vi sia "continuità" tra il soggetto che partecipa alle trattative e quello che ne prende il posto in sede di stipulazione negoziale, e la conclusione dell'affare sia riconlegabile al "contatto" determinato dal mediatore tra le parti originali, che sono tenute al pagamento della provvigione.

(Conforme: Cass., 9 aprile 2009, n. 8676)

La misura della provvigione (salvo diversa convenzione tra le parti e in mancanza di specifico accordo), è determinata in base agli usi di piazza.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 2 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - Nicolò Costruzioni Srl (Avv. De Palo) c. M. (Avv. Cardone).

PROCEDIMENTO civile - cessazione della materia del contendere - regime delle spese - principio della "soccombenza virtuale" - applicazione.

(Artt. 91 e segg. c. p. c.)

Nel caso di cessazione della materia del contendere va individuato il soggetto tenuto al pagamento delle spese processuali e che è individuabile in base al principio della "soccombenza virtuale". Ed infatti, il giudice può, in qualunque stato e grado del processo, dare atto d'ufficio della cessazione della materia del contendere intervenuta nel corso del giudizio se ne riscontri i presupposti e cioè se risulti ritualmente acquisita o concordemente ammessa una situazione dalla quale emerge che è venuta meno ogni ragione di contrasto tra le parti, a ciò non ostando la perdurante esistenza di una situazione di conflittualità in ordine alle spese, dovendosi provvedere sulle stesse secondo il principio della c.d. "soccombenza virtuale".

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 27 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - R. (Avv. ti Lucido, Pesce e Ghirardo) c. I. (Avv. Troccolo).

PROCEDIMENTO civile - oneri delle parti - onore di contestazione - sussiste.

(Art. 2697 c.c.; artt. 115 e 167 c. p. c.)

L'art. 167 c. p. c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preso dalla controparte, considera la "non contestazione" un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti rilevanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato acquisito al materiale processuale e dovrà, pertanto, ritenere sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 6 ottobre 2010 (ordinanza) - Giudice Unico Princiotta - Hotel M c. F srl.

PROCEDIMENTO civile - disapplicazione di atto amministrativo - necessità di integrazione del contraddirittorio nei confronti dell'Amministrazione da cui proviene l'atto - esclusione.

(Art. 5, L. n. 2248/1865, all. E)

La disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo ad opera del giudice ordinario, come prevista dall'art. 5 Legge 20 marzo 1865 n. 2248, all. E (legge sul contenzioso amministrativo), non presuppone la necessità di integrare il contraddirittorio nei confronti dell'Amministrazione da cui quell'atto proviene.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 13 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - F. (Avv. Selini) c. C.P. s. a. s. (Avv. Beckino).

PROCEDIMENTO civile - eccezione c. d. riconvenzionale - nozione.

(Art. 167 c. p. c.)

LOCAZIONE (contratto di) - locazione immobiliare - restituzione dell'immobile locato - diritti ed obblighi delle parti.

(Art. 1590 c. c.)

L'eccezione c. d. riconvenzionale consiste in una prospettazione difensiva che, pur ampliando il tema della controversia, è finalizzata, a differenza della domanda riconvenzionale, esclusivamente alla reiezione della domanda attrice, attraverso l'opposizione al diritto fatto valore dall'attore di un altro diritto idoneo a paralizzarlo.

In tema di locazione immobiliare, nell'ipotesi in cui l'immobile offerto in restituzione dal conduttore si trovi in stato non corrispondente a quello descritto dalle parti all'inizio della locazione, ovvero, in mancanza di descrizione, si trovi, comunque, in cattivo stato locativo, per accertare se il rifiuto del locatore di riceverlo sia o meno giustificato, occorre distinguere a seconda che la cosa locata risulti deteriorata per non avere il conduttore adempiuto all'obbligo di eseguire le opere di piccola manutenzione durante il corso della locazione, ovvero per avere il conduttore stesso effettuato trasformazioni e/o innovazioni, così che, nel primo caso (trattandosi di rimuovere defezioni che non alterano la consistenza e la struttura della cosa e non implicano l'esplicazione di una attività straordinaria e gravosa), l'esecuzione delle opere oc-

RO.NE.

correnti per il ripristino dello status quo ante rientra nel dovere di ordinaria diligenza cui il locatore è tenuto per non aggravare il danno, ed il suo rifiuto di ricevere la cosa è conseguentemente illegittimo, salvo il diritto al risarcimento dei danni, mentre, nel secondo caso (poiché l'esecuzione delle opere di ripristino implica il compimento di un'attività straordinaria e gravosa), il locatore può legittimamente rifiutare la restituzione della cosa locata nello stato in cui essa viene offerta.

(Conforme: Cass. civ., Sez. 3, 26 novembre 2002, n. 16685).

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. lav., ord. 12 maggio 2011 – Giudice Melandri – X (Avv. Ceriana) c. Y (Avv. Valvo).

PROCEDIMENTO civile – processo del lavoro – opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro – società di persone – nullità della procuram ad item – applicabilità del novellato art. 182, comma 2 c.p.c. – ammissibilità.

La formulazione dell'art. 182 comma 2 c.p.c., così come modificato dalla L. 69/09, prevede espressamente che la regolarizzazione della costituzione dell'opponente al decreto ingiuntivo (che può avvenire spontaneamente o a seguito dell'assegnazione di un termine perentorio da parte del giudice) sana i vizi e che gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono dal momento della prima notificazione (sanatoria ex tunc), anche qualora (come nel caso di specie) la nullità della procura ad opporre il decreto ingiuntivo sarebbe destinata a produrre un effetto decadenziale dell'opposizione, con conseguente conclusione della fase monitoria mediante un decreto divenuto definitivo ed incontrovertibile.

La nuova costituzione in giudizio della società mediante il legale rappresentante che ha rilasciato una seconda (nuova) procura sana, sin dall'origine, il difetto di rappresentanza, ratificando un atto processuale compiuto nei termini di legge.

(Principio affermato in materia di opposizione a decreto ingiuntivo per crediti di lavoro nei confronti di una società di persone.

Nella specie, la procura ad item per l'opposizione era stata rilasciata da un socio privo dei poteri di rappresentanza legale dell'ente. Il creditore opposto aveva eccepito la nullità della procura e la decadenza dall'opposizione, peraltro introdotta nei termini di legge.

La società si costituiva nuovamente in giudizio mediante rilascio di seconda (nuova) procura da parte dell'effettivo legale rappresentante, al fine di ratificare gli atti fino a quel momento compiuti.

Il Giudice ha considerato applicabile anche al processo del lavoro la nuova formulazione dell'art. 182 comma 2 c.p.c., come modificato dalla L. 69/09, ed ha quindi stabilito che la nuova costituzione della società per il tramite dell'effettivo legale rappresentante abbia efficacia sanante (ex tunc), così evitando la decadenza dall'opposizione ed il passaggio in giudicato del decreto opposto)

Tribunale di Albenga, 27 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - B. (Avv. Vazio e Cangiano) c. R. (Avv. Vassallo).

PROCEDIMENTO monitorio - opposizione a decreto ingiuntivo - oneri probatori delle parti.

(Artt. 645 e segg. c. p. c.)

Nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, solo da un punto di vista formale l'opponente assume la posizione di attore e l'opposto quella di convenuto, in quanto è il creditore ad avere veste sostanziale di attore ed a soggiacere ai conseguenti oneri probatori, mentre l'opponente è il convenuto cui compete di addurre e dimostrare eventuali fatti estintivi, impeditivi o modificativi del credito, di tal che le difese con le quali l'opponente mira ad evidenziare l'inesistenza, l'invalidità o, comunque, la non azionabilità del credito vantato ex adverso, non si collocano sul versante della domanda (che resta quella proposta dal creditore nel ricorso per ingiunzione), ma configurano altrettante eccezioni.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 12 agosto 2010 - Giudice Unico Princiotta - M. (Avv. Mastrogiovio) c. E. sas (Avv. Salvini).

PROPRIETÀ - proprietà edilizia - distanze nelle costruzioni - criteri applicativi.

(Artt. 873 e segg. c.c.)

La distanza minima tra edifici prevista dall'art. 9 D.M. n. 1444 del 1968, si applica esclusivamente tra edifici frontistanti.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 8 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - V. (Avv. Ramù) c. Azienda Ospedaliera Santa Corona oggi ASL 2 Savonese (Avv. Botta).

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità medica - diligenza nello svolgimento dell'attività professionale - obbligo della diligenza specifica - sussistenza.

(Art. 1176 c.c.)

Il medico chirurgo, nell'adempimento delle obbligazioni contrattuali inerenti alla propria attività professionale, è tenuto ad una diligenza che non è solo quella del buon padre di famiglia ex art. 1176, primo comma, c.c., ma è quella specifica del debitore qualificato, come prescritto dall'art. 1176, secondo comma, c.c., che comporta il rispetto di tutte le regole e gli accorgimenti che, nel loro insieme, costituiscono la conoscenza della professione medica, ivi compreso l'obbligo di sorveglianza sulla salute del soggetto operato, anche nella fase postoperatoria.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 16 settembre 2010 - Giudice Unico Princiotta - B. (Avv. Poggi) c. Comune di Finale Ligure (Avv. Negro).

RESPONSABILITÀ civile - strada pubblica - omessa rimozione di anomalie presenti nel manto stradale - evento lesivo cagionato a terzi - responsabilità dell'ente proprietario e gestore - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

Si ritiene ravvisabile ai sensi dell'art. 2051 c.c. la responsabilità dell'ente proprietario e gestore di strade pubbliche per l'evento lesivo cagionato a terzi per non aver provveduto a rimuovere le anomalie presenti nel manto stradale, giudicandosi superata la giurisprudenza che, in virtù della grande estensione del demanio stradale e della sua generalizzata utilizzazione, escludeva la responsabilità ex art. 2051 c.c. dell'ente gestore del demanio stesso, confinandola all'ipotesi di danno prodottosi per la presenza di insidia e trabocchetto ai sensi dell'art. 2043 c.c.; ed infatti, la più recente giurisprudenza della Suprema Corte ha affermato che la responsabilità del custode è responsabilità oggettiva ed il suo momento fondante risiede nel rapporto di causalità fra il dinamismo intrinseco della cosa e l'evento danno. Detta responsabilità va esclusa nell'ipotesi di caso fortuito, che si ha quando l'evento lesivo in luogo di essere "prodotto" dalla cosa, che ne diventa l'occasione, è cagionato da un elemento "estrinseco" alla cosa stessa, avente il duplice requisito della imprevedibilità e della inevitabilità.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 maggio 2011, n. 2052 – Giudice Unico Bonino – M. (Avv.ti G. e L. Buffa) c. A. (Avv. Soave) e c. P. (Avv.ti P. e C. Pizzorni).

RESPONSABILITÀ civile – responsabilità per cose in custodia – nozione di custodia – responsabilità del conduttore – sussiste - concorso del proprietario – esclusione nel caso di specie – concorso dell'infortunato nella causazione del danno – sussiste nel caso di specie.

(Art. 2051 c.c.)

La responsabilità da cose in custodia presuppone soltanto che il soggetto cui la si imputa abbia con la cosa un rapporto definibile come di custodia inteso come relazione intercorrente tra la cosa dannosa e colui il quale ha su di essa un effettivo potere di controllo, di sorveglianza, di modifica dello stato e di esclusione che altri vi apporti modifiche.

In tema di locazione il proprietario dell' immobile locato conservando le disponibilità giuridica, e quindi la custodia, delle strutture murarie e degli impianti in esse conglobati (come cornicioni, tetti, tubature idriche) su cui il conduttore non ha il potere-dovere di intervenire, è responsabile, in via esclusiva, ai sensi degli artt. 2051 e 2053 c.c. dei danni arrecati a terzi da dette strutture ed impianti (salvo eventuale rivalsa, nel rapporto intero contro il conduttore che abbia omesso di avvertire della situazione di pericolo).

Con riguardo invece alle altre parti ed accessori del bene locato, rispetto allo quali il conduttore acquista detta disponibilità con facoltà ed obbligo di intervenire onde evitare pregiudizio ad altri (come servizi dell'appartamento o parti esterne degli impianti), la responsabilità verso i terzi, secondo le previsioni del citato art. 2051 c.c. grava soltanto sul conduttore medesimo.

Sussiste un concorso di responsabilità dell'infortunato nella causazione dell'evento quando lo stesso, conoscendo la condizione di dissesto e degrado dei luoghi ed il proprio stato di salute, non ha adottato le cautele necessarie ad evitare l'evento dannoso, quali il procedere nel cortile con estrema cautela ed attenzione (anziché "entrare di fretta").

(Nel caso di specie il gestore del negozio, e del piazzale antistante il medesimo, è stato ritenuto responsabile (al 50%) delle lesioni subite da una propria cliente che cadeva a terra inciampando in un ferro che fungeva da "fermo" del cancello d'ingresso al piazzale).

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 4 giugno 2011, n. 2276 – Giudice Unico Albino – N. (Avv.ti G. e L. Buffa) c. Condominio Via Giglioli (Avv. S. Traverso) e c. R. (Avv. Castellano) e c. AXA Assicurazioni (Avv. S. Traverso).

RESPONSABILITÀ civile – danno da cose in custodia – criteri di imputazione della responsabilità.

(Art. 2051 c.c.)

COMUNIONE e condominio – balconi – onere di manutenzione – suddivisione tra condominio e condomino – criteri.

(Art. 1123 c.c.)

Il danno da cose in custodia ha carattere oggettivo e, perché possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia e il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o meno di un obbligo di vigilanza, in quanto la nozione di custodia nel caso rilevante non presuppone né implica uno specifico obbligo di custodire (analogo a quello del depositario) e funzione 'della norma è, d'altro canto, quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo portento considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione.

L'attore deve provare il danno, l'esistenza di una relazione causale/eziolegia tra la cosa in custodia e l'evento dannoso lamentato ed il potere fisico effettivo sulla cosa in custodia da parte del custode.

Il convenuto deve offrire lo prova contraria alla presunzione (iuris tantum) della sua responsabilità (esclusiva e/o concorrente), mediante la dimostrazione positiva del caso fortuito, cioè del fatto estraneo alla sua sfera di custodia, avente impulso causale autonomo e carattere di imprevedibilità e di assoluta eccezionalità.

(Cfr. Cass., n. 8229/2010)

I balconi svolgono una duplice funzione: concorrono ad un maggior godimento dell'alloggio, permettendo al proprietario di affacciarsi e comunque di beneficiare di uno sbocco all'esterno e costituiscono parte integrante e strutturale della facciate, in quanto vengono a porsi come elemento decorativo ed estetico dello stabile. In tale prospettiva le spese per la manutenzione e la ricostruzione del balcone vanno diversamente ripartite e seconda dal tipo e della finalità dei relativi lavori.

Gravano sul solo condominio le spese necessarie per la riparazione dal piano di calpestio, del piano di appoggio e di tutta la parte interna, in quanto afferenti il godimento esclusivo del singolo proprietario.

Fanno invece capo all'intero condominio e saranno ripartite con il criterio di cui al primo comma dell'art. 1123 c.c., le spese relative alle parti esterne dei balconi, tra cui la ricostruzione e l'intonacatura dei frontalini (oltre cornicioni e balaustre), in quanto tuttavia siano relativa ad elementi che concorrono a formare il decoro, l'armonia o l'aspetto ornamentale della facciata.

(Cfr. Cass. n. 14576/2004).

(Nel caso di specie nessuna delle parti ha specificamente e tempestivamente allegato la particolare natura decorativa dei prospetti di talché deve ritenersi che la riparazione dei frontalini del condominio e di quello da cui si sono staccati gli intonaci che hanno colpito l'attrice cagionandole lesioni, gravi sul privato condominio, tenuto a rispondere ex art. 2051 c.c. e non sulla assicurazione del condominio che copre le parti comuni e non quelle private)

A.B.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 1 agosto 2011, n. 3093 – Giudice Unico Casale – B. (Avv.ti G. e L. Buffa) c. Comune di Genova e Aster (Avv. Carassale) e c. Mediterranea Acque (Avv. Pennisi).

RESPONSABILITÀ civile – strada pubblica – insidie e trabocchetti - responsabilità solidale per danno da cose in custodia – sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

Il proprietario di un edificio o più in generale della cosa realizzata da altri, quale custode della stessa, risponde dei danni che ne sono provocati, ai sensi di arti 2051 c.c., ancorché i danni derivino da vizi costruttivi, comportanti la concorrente responsabilità di terzi, in quanto il proprietario custode di un bene immobile è responsabile per i danni cagionanti dal bene, anche se le caratteristiche dannose sono state create da altri, poiché è appunto lui che mantiene nella cosa le caratteristiche medesime del neminen laedere, sicché se il proprietario-possessore omette di adottare le misure necessarie per l'eliminazione delle caratteristiche dannose della cosa e questa produce danni, è nell'omissione da lui compiuta che consiste la condotta colpevole, la quale, indipendentemente dall'eventuale concorrente responsabilità del terzo, obbliga a norma dell'art. 2051 c.c., al risarcimento del danno cagionato.

La presunzione di responsabilità per danni da cose in custodia ex art. 2051 c.c. si applica anche ai danni subiti dagli utenti dei beni demaniali, tra i quali le strade, tutte le volte in cui sia possibile, da pane dell'ente proprietario o che abbia la disponibilità e il godimento della res, la custodia intesa come potere di fatto o signoria sul bene medesimo.

(Cfr. Cass., 15 marzo 2004, n. 5236)

L'obbligazione di risarcimento del danno extracontrattuale è solidale, essendo sufficiente la ricorrenza di un unico evento dannoso (nella specie la caduta) imputabile ad una pluralità di soggetti che

abbiano concorso a produrlo, non necessariamente attraverso un unico fatto illecito plurisoggettivo, ma anche mediante fatti illeciti distinti e costituenti violazione di norme giuridiche diverse, essendo sufficiente che gli stessi siano comunque collegati in modo da costituire un comune presupposto ai fini del sorgere del vincolo obbligatorio.

A.B.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 21 dicembre 2010, n. 1308 – Pres. Torti – Rel. Silva – B. (Avv. Amati) c. Provincia di X (Avv.ti Barbieri e Benvenuto).

SOCIETÀ – società avente ad oggetto il noleggio di imbarcazioni – possibilità di proporre itinerari turistici – sussiste – violazione della legge Regionale in tema di agenzie di viaggio – esclusione.

(Legge Regione Liguria 21 luglio 1986, n. 15)

Una società avente ad oggetto il noleggio d'imbarcazioni da diporto può, senza provvedere all'organizzazione dei viaggi medesimi, fornire ai propri clienti materiale illustrativo recante itinerari di viaggio che possono essere effettuati affittando le proprie imbarcazioni.

Il proporre ed illustrare itinerari di viaggio non costituisce un'attività propria dell'agenzia di viaggio o una attività di intermediazione di viaggio non autorizzata (e quindi esercizio di una seconda attività imprenditoriale), ma un'attività complementare o accessoria alla principale attività di noleggio di imbarcazioni.

Ne consegue che per tale attività (noleggio e illustrazione di itinerari turistici) deve essere esclusa la necessità di ottenere l'autorizzazione della Regione, ai sensi dell'art. 21, c. 2, della Legge Regionale (Liguria) n. 15 del 21 luglio 1986.

A.B.

Documenti

*La natura giuridica delle associazioni professionali nella giurisprudenza**

Andrea Fusaro

Professore Ordinario, Università di Genova

Sommario: 1. Liceità. 2. Qualificazione. 3. Rappresentanza e capacità di stare in giudizio. 4. Responsabilità. 5. Disciplina applicabile. 6. L'esclusione dell'associato. 7. Rapporti di lavoro dipendente. 8. Alcune riflessioni circa la soggettività. 9. Aggiornamento circa le sentenze della Cassazione depositate nel luglio 2011.

1. Liceità.

Il riconoscimento della liceità delle associazioni professionali è risalente ad opera dei Giudici di legittimità, i quali hanno presto consolidato un modello di massima secondo cui "sono validi gli accordi conclusi da professionisti legittimi - disciplinati dall'art. 1 l. 23 novembre 1939 n. 1815 - relativi all'esercizio congiunto di professioni cosiddette protette per la pratica delle quali è richiesto un titolo specifico di abilitazione ed un'apposita autorizzazione - al fine di consentire la ripartizione delle spese e dei compensi, a patto che non contengano clausole contrastanti con le prescrizioni della sudetta norma riguardanti la denominazione dell'ufficio e l'indicazione dei nomi e dei titoli professionali dei singoli associati". L'argomentazione appoggia sul rilievo che gli artt. 1 2 l. n. 1815/1939 non vietano qualsiasi forma associativa fra professionisti concernente l'esercizio della loro attività, escludendo dal proprio ambito preclusivo la forma prevista dall'art. 1 della stessa legge, il quale, a sua volta, si limita a subordinare al rispetto di determinate condizioni "l'esercizio associato delle professioni", riconoscendone implicitamente ma certamente l'ammissibilità, con la conseguenza che "sono validi, in base a tale norma, sempreché non contengano clausole contrastanti con le prescrizioni da essa fissate in ordine alla denominazione dell'"ufficio" e alle indicazioni dei nomi e dei titoli professionali dei singoli associati, gli accordi conclusi da professionisti legittimi e soltanto da essi per l'esercizio congiunto, che non si risolva nell'esercizio comune, di professioni tutelate" (Cass., 12/3/1987, n. 2555, Santonocito c. Tosto, in *Foro padano* 1989, I, 8, in *Riv. dir. comm.* 1988, II, 321, *Giur. it.* 1989, I, 1, 393). La fattispecie oggetto della pronuncia riguardava un'associazione in partecipazione, e cioè il caso in cui "un professionista associa nella propria attività, con il patto della ripartizione delle spese e dei compensi, un altro collega, che si obbliga a prestare la propria collaborazione tecnica nello svolgimento della detta attività", con la pattuizione che "ciascun contraente si obbliga a collaborare nella attività professionale dell'altro o degli altri colleghi, ripartendosi, poi, le spese complessive ed il totale degli onorari realizzati da ogni singolo

* Testo dell'intervento presentato al Convegno sul tema "L'esercizio in forma associata delle professioni intellettuali", organizzato a Genova il 6 aprile 2011 dal CSM- Formazione decentrata per il Distretto della Corte d'appello di Genova e dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Genova.

associato". In tali ipotesi si è esclusa alcuna violazione del principio della personalità della prestazione, in quanto "l'associante rimane l'unico titolare dell'attività affidatagli e l'esclusivo responsabile (oltre che il solo creditore del compenso) nei confronti del cliente, stabilisce l'impostazione e la linea dello svolgimento dell'opera, dirige ed indirizza il lavoro degli associati, i quali assumono la veste di sostituti o di ausiliari ai sensi dello art. 2232 c.c., ossia di collaboratori tecnici. Tutta l'attività, compresa quella svolta dagli associati, fa capo intellettualmente (e giuridicamente) all'associante e ne rivela l'impronta personale. Appunto perché l'associato riveste la qualifica di sostituto dell'associante nell'esercizio della attività professionale di quest'ultimo, egli, sempre sotto la direzione del medesimo, può intrattenere colloqui e rapporti con il cliente e svolgere anche quei compiti professionali che vanno eventualmente compiuti fuori dello studio (ad es. attività procuratoria e di difesa legale). Il cliente, che continua ad avere come controparte il suo professionista al quale ha affidato l'incarico, sa, d'altra parte, che il predetto professionista può avvalersi, nell'espletamento dell'incarico, di sostituti ed ausiliari e perciò anche di colleghi associati (indicati, peraltro, nell'intestazione dello studio), per cui egli non può pretendere, se non risulti diversamente dal contratto o dalla natura dell'opera, che all'esecuzione di questa provveda in via esclusiva, personalmente il professionista prescelto" (Cass., 12/3/1987, n. 2555, cit.).

L'orientamento è stato successivamente confermato, ribadendosi - a proposito di un gabinetto di analisi chimico-cliniche - che "è lecito a norma dell'art. 1322 c.c. il contratto atipico intercorso tra la società ed il professionista per effetto del quale la prima si obbliga a fornire al secondo tutti i beni strumentali e i servizi necessari all'espletamento dell'attività professionale, prestata personalmente dal professionista... e questi si impegna a pagare alla società un corrispettivo in misura fissa o in proporzione dei suoi proventi, a nulla rilevando poi che la società provveda materialmente, su incarico del professionista, a riscuotere i compensi, trattenendo quanto ad essa spettante e versando il resto al medesimo, o che quest'ultimo sia socio della società" (Cass., sez. I, 13/05/1992, n. 5656, Longo c. Trapanà e altro, in *Giust. civ.* 1993, I, 711, *Giur. it.* 1993, I, 1, 354, *Giur. comm.* 1994, II, 73).

Il tenore e lo spirito della norma impediscono l'uso del nome di un soggetto deceduto, nella specie un noto avvocato e professore di diritto (Cass., sez. un., 5/11/1993, n. 10942, Consiglio ord. avv. e procuratori Roma c. Incutti e altro, *Riv. cons. avv. e proc.* 1993, 18).

2. Qualificazione.

In sede di legittimità è parimenti risalente la qualificazione dell'associazione professionale come accordo di collaborazione, sfornito di soggettività. Dell'indirizzo si fece applicazione in un celebre caso riguardante un'associazione di studi notarili, costituita ai sensi dell'art. 82 della l. 16 febbraio 1913 n. 89, in relazione alla quale venne escluso che potesse configurarsi "né come ente collettivo o centro di imputazione di interessi, fornito di una personalità giuridica, né come azienda professionale, che rivesta una sua autonomia strutturale e funzionale", con la conseguenza che essa "non può

sostituire i singoli studi notarili, in persona dei relativi titolari, nei rapporti con i terzi, siano essi i clienti o i lavoratori dipendenti, ma delineandosi soltanto come un patto interno avente a contenuto anche la divisione delle spese, tra cui i compensi del personale, non ne assume la titolarità del relativo obbligo continuante a gravare sui notai associati, anche se tenuiti all'apporto contabile relativo". In applicazione di tale principio, fu cassata la sentenza che aveva ritenuto che un lavoratore, già dipendente da uno dei notai partecipi della costituita associazione di studi, pur continuando la precedente attività, senza interruzione, fosse stato legittimamente trasferito, previa risoluzione dell'anteriore rapporto, per effetto di novazione soggettiva del medesimo, alle dipendenze di tale associazione" (Cass., sez. lav., 9/9/1982, n. 4868, Cascone c. Silvestri). Tale qualificazione dell'associazione di studi notarili ha ricevuto conferme ulteriori a mente della stessa Cassazione, in fattispecie analoghe (Cass., sez. lav., 5/3/1997, n. 1933, Lomia c. Giubilato e altro, in *Giust. civ.* 1997, I, 2834, *Vita not.* 1997, 419).

Altrettanto è stato ritenuto a proposito dello studio legale associato (Cass., sez. II, 10/7/2006, n. 15633, Mele c. Soc. Ras e altro).

Questa uniformità sembrerebbe esser stata interrotta nella seconda metà degli anni novanta. Una pronuncia afferma che "nonostante che sia privo di personalità giuridica, lo studio professionale associato rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi (quali le società personali, le associazioni non riconosciute, i condomini edili, i consorzi con attività esterna e i gruppi europei di interesse economico di cui anche i liberi professionisti possono essere membri) cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, e che sono perciò dotati di capacità di stare in giudizio come tali, in persona dei loro componenti o di chi, comunque, ne abbia la legale rappresentanza secondo il paradigma indicato dall'art. 36 c.c.". La qualificazione della natura sarebbe irrilevante, dal momento che "vuoi che lo si qualifichi come una società semplice ..., vuoi che lo si configuri come un'associazione atipica o sui generis (segundo le indicazioni di Cass. n. 2555-87 e di Cass. n. 4032-91) o comunque come un contratto associativo con rilevanza esterna (come suggerito da Sez. un. n. 10942-93)", resta il fatto che "esso si presenta come un centro d'imputazione di rapporti giuridici distinto dai suoi componenti ed, appunto perciò, dotato di rilevanza esterna"; questo non già nel senso che uno studio professionale associato possa legittimamente sostituirsi ai singoli professionisti nei rapporti con la clientela, ove si tratti di prestazioni per l'espletamento delle quali la legge richiede particolari titoli di abilitazione di cui soltanto il singolo può essere in possesso, ma solo in quello che "allo studio associato, essendone riconosciuta dalla legge la configurabilità (sia pure a determinare condizioni ed in determinate forme), non può essere negata in termini generali la capacità di essere titolare di diritti ed obblighi, né di conseguenza, al capacità di stare in giudizio per quanto attiene a tali diritti ed a tali obblighi" (Cass., sez. I, 23/5/1997, n. 4628, Bassi e altro c. Petronio, in *Giur. it.* 1998, 88, *Società* 1997, 1144, con nota di G. Schiano di Pepe).

Un'altra decisione coeva afferma altrettanto a proposito di un contratto di locazione concluso con uno studio associato, mantenendolo sopravvivere all'avvicendamento dei membri, appoggiandosi alla medesima affermazione della "capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, perciò dotati di capacità di stare in giudizio in persona

dei loro componenti o di chi ne abbia la legale rappresentanza secondo l'art. 36 c.c.", cosicché "l'avvicendamento di persone diverse, quali rappresentanti dell'associazione professionale, non importa la sostituzione di soggetti diversi nella titolarità dei rapporti facenti capo all'associazione medesima". Sulla scorta di tali premesse, è stata confermata la sentenza impugnata che "in relazione ad una domanda di risoluzione per inadempimento di un contratto locativo, aveva ritenuto che, malgrado l'alternarsi di soggetti diversi nella posizione di rappresentanza dell'associazione professionale conduttrice, quest'ultima avesse comunque conservato la qualità di effettiva parte locataria, come originariamente rivestita, con la conseguenza che non poteva ravvisarsi alcuna cessione del contratto e, dunque, il lamentato inadempimento, anche in ordine al dedito mancato pagamento dei canoni, in quanto lo stesso era stato respinto dalla medesima locatrice ricorrente, la quale aveva la consapevolezza che il rapporto di locazione si era costituito a vantaggio dell'associazione professionale, rimasta identica pur nel mutamento delle persone che, rappresentandola, ne avevano curato nel tempo gli interessi" (Cass., sez. III, 13/4/2007, n. 8853, Soc. S. c. S. e altro, in *Il civilista*, 2008, 1, 6).

Il principio è stato ribadito in tempi più vicini a margine di un'azione revocatoria rivolta nei confronti di studio professionale associato relativa ad un pagamento eseguito con assegno intestato a professionista (Cass., 28/7/2010, n. 17683, Studio Notarile Associato Gilardoni c. Fall. fin. Imm. Emilia Romagna).

Presso le Corti di merito si trova spesso ripetuto che "l'esercizio di uno studio professionale nella forma di società semplice, per la ripartizione delle spese e dei compensi e per la collaborazione professionale nel rispetto della legge n. 1815 del 1939 e del principio della personalità della prestazione, è legittimo e si configura come contratto associativo atipico" (Trib. Milano, 14/2/1991, Di Molfetta c. Dè Lorenzi, in *Giur. it.* 1991, I, 2, 494; Trib. Milano, 21/9/1995, Dainotto c. Sala, in *Giur. it.* 1996, I, 2, 16), con il conseguente difetto di soggettività: "l'associazione di professionisti non è configurabile come ente collettivo dotato di soggettività giuridica, delineandosi come un patto con efficacia meramente interna avente ad oggetto la disciplina della comunione dei beni e la suddivisione degli oneri comuni" (Trib. Cagliari, 5/3/1993, Marchese e altro c. Studio dentistico Pulixi e altro, in *Riv. giur. Sarda*, 1994, 327).

3. Rappresentanza e capacità di stare in giudizio.

Il rapporto professionale si instaura tra il cliente e i singoli professionisti associati. Si è avuto occasione di chiarire che esso si differenzia, sia per i rapporti interni sia per quelli esterni, da "quello che si costituisce tra il cliente e più professionisti non associati, collegialmente ma separatamente incaricati di svolgere insieme la stessa prestazione, poiché in quest'ultimo caso si hanno tanti separati rapporti quanti sono i professionisti, laddove nel primo caso si ha un unico rapporto tra il cliente e i professionisti associati, di talché questi si presentano al cliente e per esso operano come un'unica parte contrattuale, hanno diritto ad un solo compenso". Da tale premessa si è derivato che "la prestazione ad essi unitariamente chiesta può essere disimpegnata dall'uno o dall'altro o da tutti congiuntamente" (Cass. 4/7/1974 n. 1936).

Nella prospettiva e sul piano della bilateralità del rapporto che si instaura tra il cliente e i professionisti associati in un unico studio è stato più volte affermato che "nell'ambito di tale rapporto ciascuno dei professionisti nell'espletamento

dell'incarico ricevuto insieme con i suoi colleghi, agisce oltre che per sé anche per gli altri secondo il principio della rappresentanza", che si presume, salve esplicite limitazioni o previsioni in contrario (Cass. 21/11/1979, n. 6065). Il principio è stato riaffermato per derivarne che nell'ambito del rapporto tra il cliente ed i professionisti associati si presume che ciascuno di costoro "sia legittimato a chiedere l'intero compenso per l'opera prestata pur nell'ipotesi di sopravvenuta morte di uno dei professionisti associati, trattandosi di rapporto di mandato e rappresentanza costituito anche nell'interesse del mandatario" (art. 1723, comma 2, c.c.)" (Cass., sez. II, 31/07/1987, n. 6636, Soc. Grand Hotel Astoria c. Del-pino, in *Giust. civ.* 1988, I, 115, *Giur. it.* 1988, I, 1, 598, *Nuova giur. civ. commentata*, 1988, I, 346, *Vita not.* 1988, 364).

Ne è stata fatta applicazione anche sul piano processuale, ancorché in termini ambigui, ammettendosi un ricorso proposto da uno studio legale sulla scorta della considerazione che "se è vero che potrebbero nutrirsi dei dubbi in ordine alla legittimazione sostanziale di tale studio associato a far valere un credito che (in quanto derivante da attività professionale) appare riferibile piuttosto al singolo professionista associato, occorre osservare che, proprio perché trattasi di una questione di legittimazione sostanziale, di essa la corte non può farsi carico in difetto di eccezione di parte ed in presenza di pronunce di primo e secondo grado, non impugnate sul punto, che hanno invece implicitamente riconosciuto l'esistenza di tale legittimazione" (Cass. sez. I, 23/5/1997, n. 4628, Bassi e altro c. Petronio, in *Giur. it.*, 1998, 88, *Società*, 1997, 1144, con nota di Schiano di Pepe).

Relativamente ad un'azione revocatoria rivolta nei confronti di uno studio professionale associato riguardante un pagamento eseguito con assegno intestato a professionista, pur ribadendosi la premessa che "...il suddetto studio professionale associato non può legittimamente sostituirsi ai singoli professionisti nei rapporti con la clientela, ove si tratti di prestazioni per l'espletamento delle quali la legge richiede particolari titoli di abilitazione di cui soltanto il singolo può essere in possesso", è stata nondimeno ammessa la legittimazione processuale passiva dello studio, che era stato convenuto da un fallimento per sentir dichiarare l'inefficacia ex art. 64, L. Fall. di un pagamento ricevuto a fronte delle prestazioni professionali effettuate dai notai associati. Invero, nonostante il pagamento fosse stato effettuato mediante assegno intestato unicamente al singolo notaio, è confermata la legittimazione passiva dello studio "non essendo revocato in dubbio che il fallimento attore abbia convenuto in giudizio lo Studio associato identificandolo quale beneficiario ultimo del pagamento revocando" (Cass., sez. I, 28/7/2010, n. 17683, Studio Notarile Associato Gilardoni c. Fall. fin. Imm. Emilia Romagna).

La Cassazione ha escluso la sussistenza di alcuna legittimazione attiva alternativa dei singoli professionisti e dello studio - che competerebbe solo al primo -, sottolineando come l'utilizzo dell'espressione "in proprio e quali titolari dello studio associato" assuma "un valore meramente descrittivo, senza alcuna incidenza sulla legittimazione dei singoli professionisti, atteso che non sussiste una legittimazione alternativa dei professionisti e dello studio professionale" (Cass., 11/12/2007, n. 25953, G.N. e altri c. I.S. e altri, in *Diritto & Giustizia*, 2007). Si trattava di un 'opposizione a decreto ingiuntivo emesso sul ricorso dello studio associato, col quale gli si ingiungeva il pagamento di una somma relativa ad attività di consulenza fiscale svolta dal suddetto studio asso-

cato in suo favore. Il ricorrente aveva lamentato che il giudice d'appello avesse erroneamente disatteso la sua eccezione di carenza di legittimazione degli appellanti in proprio, poiché in primo grado il giudizio era stato instaurato dalla Associazione Professionale dagli stessi istituita, concludendo che dovesse ritenersi, quindi, parte in giudizio il solo studio professionale e non gli appellanti in proprio. Consta che l'opposizione al decreto ingiuntivo fosse stata proposta nei confronti dei due professionisti, quali titolari dell'omonimo studio associato e che detti professionisti fossero stati condannati alla refusione delle spese in primo grado. La sentenza d'appello è confermata per aver applicato l'orientamento prevalente circa la conservazione della titolarità del rapporto di prestazione d'opera da parte dei singoli professionisti (Cass. 2007/69904; Cass. 2003/1342; Cass. 1989/1405).

4. Responsabilità.

Dalla premessa secondo cui "l'associazione di professionisti non è configurabile come ente collettivo dotato di soggettività giuridica, delineandosi come un patto con efficacia meramente interna avente ad oggetto la disciplina della comunione dei beni e la suddivisione degli oneri comuni", si deriva che "per le obbligazioni assunte contrattualmente in nome e per conto dello studio associato risponde, innanzitutto, il professionista che ha agito personalmente e poi gli altri componenti dello studio associato secondo le norme generali in materia di mandato e di rappresentanza" (Trib. Cagliari, 5/3/1993, Marchese e altro c. Studio dentistico Pulixi e altro, in *Riv. giur. Sarda*, 1994, 327).

Altrettanto ritiene la Suprema Corte, escludendo la responsabilità solidale degli altri professionisti associati per un'attività svolta da uno di loro, ribadendo che "la responsabilità nell'esecuzione di prestazioni per il cui svolgimento è necessario il titolo di abilitazione professionale è rigorosamente personale perché si fonda sul rapporto tra professionista e cliente, caratterizzato dall'*intuitus personae*". Perciò, "anche se il professionista è associato ad uno studio, ai sensi dell'art. 1 l. 23 novembre 1939 n. 1815, non sussiste alcun vincolo di solidarietà con i professionisti dello stesso studio né per l'adempimento della prestazione, né per la responsabilità nell'esecuzione della medesima" (Cass. 23/5/1997 n. 4628; Cass. 5/3/1997 n. 1933; Cass., 29/11/2004, n. 22404).

L'esclusione della responsabilità solidale è riaffermata anche nei confronti della tesi relativa all'attitudine degli studi associati a porsi quali autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, ribadendosi che "il rapporto tra il professionista e il cliente è caratterizzato dall'*intuitus personae*, di modo che anche quando il professionista sia associato ad uno studio...non può sussistere alcun vincolo di solidarietà tra i professionisti dello stesso studio, né per quanto riguarda l'adempimento della prestazione, né per ciò che attiene la responsabilità nell'esecuzione della medesima" (Trib. Milano, 2/11/2005, in *Giustizia a Milano*, 2005, 11, 75).

La Cassazione ha avuto modo di precisare l'irrilevanza della stipula di una polizza assicurativa da parte dello studio per la responsabilità professionale dei singoli professionisti, sempre in omaggio all'orientamento secondo cui l'associazione tra professionisti non può sostituirsi ai suoi aderenti e "non assume la titolarità dei rapporti con i clienti, che continua a gravare sugli associati (v. Cass 21/10/1997, n. 10354; Cass. 9/9/2003, n. 13142)" (Cass., 10/7/2006, n. 15633, Mele c. Soc. Ras e altro).

5. Disciplina applicabile.

Dalla qualificazione quale contratto atipico discende il riconoscimento di ampio spazio all'autonomia privata nella regolamentazione dei rapporti interni, potendosi attingere singole soluzioni anche dalla disciplina societaria: "nei contratti atipici, ove la disciplina del rapporto è dettata in primo luogo dalle parti, non è a queste inibito di improntare taluni patti ad istituti tipizzati dalla legge, pur senza recepirne integralmente la normativa". Pertanto "possono essere adottate regole pattizie organizzative tipiche dello schema della società di persone, senza che ciò implichi - da un lato - la susseguenze del contratto nella qualifica della società e - dall'altro - il contrasto con un divieto di legge. Non esiste, infatti, alcun principio ingeribile o imperativo che viet di recepire pattizialmente la disciplina legale di enti "soggettivizzati" (società) per i rapporti intersoggettivi interni dei partecipanti all'associazione. Il discorso potrebbe essere diverso per quanto riguarda i rapporti esterni, stante l'inesistenza di una soggettività del gruppo distinta da quella delle parti (professionisti)..."(Cass., 16/4/1991, n. 4032, Besana c. De Rienzo e altro, in *Giust. civ.*, 1991, I, 2699, *Dir. fall.*, 1991, II, 693, *Giur. it.* 1991, I, 1, 1329)

Dall'identità non societaria è stata ricavata l'inammissibilità - nello statuto - di "un rinvio recettizio alle norme del codice civile sulla società semplice; tale rinvio, infatti, snaturerebbe l'associazione e rischierebbe di violare il divieto di costituzione di società professionali" (Trib. Roma, 4/10/1995, Morrolli, in *Società*, 1996, 315, con nota di G. Schiano di Pepe) Nondimeno si è ritenuto che la liquidazione della quota agli eredi del partecipante ad una associazione professionale trovi il suo specifico referente normativo nell'art. 2284 c.c., dettato in tema di società semplice, la cui disciplina è stata applicata all'associazione tra professionisti in quanto "questa costituisce una delle più rilevanti concrete manifestazioni di detto tipo di società" (App. Milano, 19/4/1996, Bellini c. Barbato e altro, in *Vita not.*, 1997, 366).

6. L'esclusione dell'associato.

La decisione di una controversia è stata incentrata sulla possibilità per la maggioranza degli associati di escludere gli altri "per cause predeterminate le quali, nella comune disciplina dei contratti, danno luogo alla risoluzione per inadempimento". La soluzione positiva, argomentabile anche attraverso l'applicazione analogica delle norme su associazioni, consorzi e società, è stata privilegiata a margine di "una clausola che preveda l'esclusione, sulla base della "de-liberazione" di tutti gli altri associati all'unanimità, fatta eccezione dell'escludendo", negandone l'incompatibilità col "tipo" innominato in oggetto, "perché anzi rafforza il legame associativo, sottraendolo ai voleri della semplice maggioranza", inoltre essa "è anche possibile di attuazione pratica" (Cass., 16/4/1991, n. 4032, Besana c. De Rienzo e altro, in *Giust. Civ.*, 1991, I, 2699, *Dir. fall.*, 1991, II, 693, *Giur. it.*, 1991, I, 1, 1329).

7. Rapporti di lavoro dipendente.

Dall'esclusione della soggettività dello studio professionale la giurisprudenza, come s'è visto, fa discendere il difetto di attitudine a porsi quale parte del rapporto di lavoro dipendente, come fu affermato nella citata decisione relativa ad uno studio notarile, laddove un lavoratore, già dipendente da uno dei notai partecipi della costituita associazione di studi, continuando la precedente attività, senza interruzione, si negò "fosse stato legittimamente trasferito, previa risolu-

zione dell'anteriore rapporto, per effetto di novazione soggettiva del medesimo, alle dipendenze di tale associazione" (Cass., sez. lav., 9/9/1982, n. 4868, Cascone c. Silvestri). In consimile prospettiva, con riferimento a "prestazioni di lavoro subordinato svolte presso una cassa cambiaria gestita da tre notai", venne escluso che la "titolarità del rapporto di lavoro potesse essere riferita ad un'associazione di studi notarili" (Cass. sez. lav., 5/3/1997, n. 1933, Lomia c. Giubilato e altro, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 2834, *Vita not.*, 1997, 419) In senso conforme si è pronunciata la Cassazione confermando la sentenza impugnata "nella parte in cui, relativamente all'impugnativa di licenziamento proposta da un dipendente addetto alla Cassa cambiaria notarile ... costituita da tre notai, aveva ritenuto che l'azione era stata correttamente proposta nei confronti dei medesimi" (Cass. sez. lav., 21/10/1997, n. 10354, Lomia c. Giubilato e altro, in *Vita not.*, 1998, 1113).

8. Alcune riflessioni circa la soggettività.

La giurisprudenza non esita, dunque, ad inferire dalla prescrizione relativa alla personalità della prestazione il difetto di soggettività dello studio associato. La concessione che essi nondimeno integrano centri di imputazione di situazioni giuridiche, reiteratamente proclamata dalle sentenze degli ultimi anni, ma a quanto consta quale *obiter dictum* - ossia senza derivarne conseguenze operative -, dovrebbe essere riferita alle relazioni con soggetti diversi dai clienti, precisamente quelli coinvolti nelle attività ancillari rispetto alla prestazione professionale, con riguardo alle quali non opera la prescrizione relativa al carattere personale. In questo modo verrebbe replicato il modello della società strumentale o "di mezzi" che la giurisprudenza da tempo ammette in presenza del corrispondente impiego dello strumento societario, tra l'altro tollerando il perseguimento di uno scopo non coincidente con quello preteso dall'art. 2247 c.c., come "nel caso in cui la società abbia ad oggetto soltanto la realizzazione e la gestione di mezzi strumentali per l'esercizio di una attività professionale, ancorché protetta (immobili, arredamenti, macchinari, servizi ausiliari), che resti però nettamente separata e distinta dalla organizzazione dei beni di cui si serve, anche sul piano contabile" (Cass., sez. I, 13/5/1992, n. 5656, Longo c. Trapanà e altro, in *Giust. civ.*, 1993, I, 711, 1287, *Giur. it.*, 1993, I, 1, 354, *Giur. comm.*, 1994, II, 73) L'associazione non riconosciuta, il cui scopo è svincolato da tale previsione, ben potrebbe dar forma alla struttura allestita per l'appontamento dei mezzi necessari all'esercizio della professione. Occorre, inoltre, considerare che essa supera sicuramente il test della soggettività, che la giurisprudenza affida essenzialmente al palesamento, all'azione esterna congiunta (avevo approfondito il tema nella mia monografia "L'associazione non riconosciuta. Modelli normativi ed esperienze atipiche", Cedam, 1991, p.110 ss.), quale certamente ricorre in ordine appunto ai rapporti strumentali, laddove lo studio si presenta unitario e parla con una sola voce.

Ve ne è quanto basta, insomma, per considerare non definitive le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza in tema di rapporti di lavoro, poiché rispetto a collaboratori e dipendenti l'associazione si pone quale autonoma entità, così come - non a caso - è considerato anche in ambito burocratico, laddove risulta essere trattata quale datore.

Una volta consolidato questo diverso orientamento, risulterà agevolata anche l'intestazione immobiliare, facendosi applicazione della previsione testualmente rivolta alle associazioni non riconosciute (art. 2659, I co, n.1, c.c.), la quale è stata

introdotta dalla legge 52/1985 appunto per superare la pre vigente prassi in tema di acquisti dei gruppi sforniti di soggettività giuridica - quali erano ritenute le associazioni non riconosciute dalla giurisprudenza almeno sino agli anni sessanta - di ricorrere all'intestazione in capo al presidente, oppure all'acquisto in comunione, nel senso del suo perfezionamento da parte delle singole persone fisiche.

Il guadagno pratico non sarebbe piccolo dal momento che, sinché si dubita della soggettività dello studio, l'acquisto del bene (salvo non si opti per un'intestazione fiduciaria in capo ad uno solo, oppure ad una società appositamente costituita) dev'essere appunto compiuto da tutti i professionisti associati in comproprietà, attraverso il loro diretto intervento alla compravendita, mentre la pubblicità presso il registro pubblico evidenzierà poi questa condizione di contitolarietà, indicando i nominativi con i relativi dati anagrafici. Inoltre, dal momento che la circolazione giuridica del diritto obbedisce a regole sue proprie, agli avvicendamenti nella compagnie devono seguire cessioni dei diritti sull'immobile (dagli uscenti a favore degli altri oppure dei subentranti).

Inconvenienti tutti evitabili considerando lo studio un soggetto di diritto - ovviamente fatta eccezione per le relazioni attinenti all'espletamento dell'attività professionale - e perfezionando l'acquisto in capo all'associazione, la quale agirebbe unitariamente all'esterno, in persona di un rappresentante che spenderebbe il nome della stessa.

9.9. Aggiornamento circa le sentenze della Cassazione depositate nel luglio 2011.

Successivamente allo svolgimento del seminario durante il quale la presente relazione è stata presentata sono state depositate due sentenze della Cassazione riguardanti la legittimazione di uno studio professionale alla richiesta di pagamento, per le prestazioni svolte dai singoli professionisti in favore del cliente conferente l'incarico, delle quali appare opportuno dare conto.

Con la sentenza 15 luglio 2011, n. 15694 della prima sezione civile è stato inaugurato un orientamento più liberale, ribaltando l'esito conforme di due gradi di giudizio, con motivazione assai ampia, che merita attento esame. La Corte di Appello di Roma si era espressa in termini negativi, riproducendo la motivazione consueta secondo cui i professionisti possono associarsi per dividere le spese e gestire congiuntamente i proventi, ma ciò non vale a trasferire all'associazione la titolarità del rapporto di prestazione d'opera e non produce, conseguente-

mente, la perdita della legittimazione attiva dei singoli professionisti nei confronti del cliente.

La Cassazione critica il giudice del merito per aver "offerto un'interpretazione riduttiva del fenomeno associativo fra professionisti, configurandolo da un lato come univocamente finalizzato alla divisione delle spese ed alla gestione congiunta dei proventi e, dall'altro, come inidoneo ad attribuire all'associazione la titolarità di un rapporto professionale". Tale configurazione è ritenuta tradire sia l'art. 36 c.c., che valorizza gli accordi tra gli associati, sia l'esito degli accertamenti compiuti dal giudice del merito sul contenuto dei detti accordi, da cui si desume che "è ben possibile che nella fattispecie oggetto di esame l'accordo fra gli associati avesse un contenuto diverso da quello indicato dalla Corte territoriale e pertanto, per la parte di interesse, che gli associati possano aver negoziatamente attribuito all'associazione la legittimazione a stipulare contratti e ad acquisire la titolarità di rapporti, poi delegati ai singoli aderenti e da essi personalmente curati". Siffatta conclusione è riconosciuta in linea con la giurisprudenza di legittimità secondo cui "quantunque privo di personalità giuridica, lo studio professionale associato rientra a pieno titolo nel novero di quei fenomeni di aggregazione di interessi cui la legge attribuisce la capacità di porsi come autonomi centri di imputazione di rapporti giuridici, muniti di legale rappresentanza in conformità della disciplina dettata dall'art. 36 c.c. e segg. (C. 10/17683, C. 09/22439, C. 06/24410, C. 97/4628)". Di qui l'accoglimento del ricorso, e la raccomandazione al giudice del rinvio che "al fine della detta deliberazione il giudice del merito provvederà all'individuazione del soggetto cui è stato conferito l'incarico professionale (associazione o singolo professionista), nonché a verificare, sulla base del contenuto degli accordi intercorsi fra i singoli associati per la disciplina dell'attività comune, l'eventuale attribuzione all'associazione di poteri rappresentativi dei singoli associati". Una decisione depositata nel volgere di pochi giorni - Cass. 21 luglio 2011, n. 15952 - con una motivazione assai scarna ha, tuttavia, ribadito il tradizionale orientamento restrittivo, secondo cui allo studio associato è precluso sostituirsi ai singoli associati nei rapporti con la clientela, confermando la sentenza della Corte d'Appello (di Milano, depositata il 13 novembre 2009) che aveva escluso la legittimazione attiva dello studio associato di consulenza aziendale e tributaria a far valere il credito maturato da un membro, nella specie attraverso l'assistenza relativa ad una cessione di partecipazioni sociali.

Il ruolo della letteratura nella formazione e nell'educazione del giurista.

Il Progetto Libro per gli avvocati italiani

David Cerri

Avvocato, Foro di Pisa

Biblioteca Berio - Genova 8 febbraio 2011

"Ein Jurist, der nicht mehr ist denn ein Jurist, ist ein arm Ding"

Martin Lutero (1)

La Scuola Superiore dell'Avvocatura, come sapete, è la Fondazione del Consiglio Nazionale Forense per la formazione professionale e le attività culturali.

L'ultima iniziativa ha avuto - vivaddio... - una pronta eco sulla stampa: il 19 gennaio il Corriere della Sera ha dedicato una intera pagina (ed un richiamo nella prima) al Progetto Libro, un progetto di lettura nelle scuole forensi dedicato in primo luogo ai giovani frequentanti le Scuole Forensi, ma aperto anche a tutti gli avvocati (2); Guida al Diritto del 29 gennaio riporta l'editoriale di Alarico Mariani Marini sul "ritorno alla lettura" dei giovani avvocati.

Come si legge nel sito della Scuola, *"L'obiettivo è quello di fare delle scuole forensi dei centri di diffusione della cultura attraverso la lettura del libro, al fine di offrire ai giovani uno strumento di formazione come cittadini e come avvocati, ed ai meno giovani una occasione di approfondimento della conoscenza di realtà sociali e culturali di crescente complessità".*

È allora ponendo mente a questo ruolo "pubblico" che l'iniziativa può esser letta; come abbiamo già avuto occasione di notare altrove - e ci si perdoni l'autocitazione - le Scuole possono svolgere, oltre al compito istituzionale della formazione per l'accesso, anche *"quello di non minore importanza di 'biglietto da visita' di un ceto professionale tante volte maltrattato; a livello locale, in particolare, possono contribuire ad una valorizzazione dell'avvocatura tra quelle reti sociali di attività dei cittadini che costituiscono una essenziale componente del c.d. capitale sociale, costituito, secondo una nota definizione di Robert D. Putnam, da quegli 'aspetti della vita sociale - reti, norme e fiducia - che abilitano i partecipanti ad agire assieme in maniera più efficace nel perseguitamento di obiettivi comuni'"* (3).

La riflessione da cui si è partiti è quella, desolante, del forte regresso nella pratica della lettura.

Per l'ISTAT il 55 % degli italiani non ha mai letto un libro; tra i laureati (che sono soltanto l'8% della popolazione) 1 su 3 non ha più di 100 libri (che sono quelli usati negli studi, per lo più...); e la povertà del linguaggio, che ne è una delle conseguenze, risalta agli occhi di chi vuole accorgersene: il modello predominante è quello giornalistico/televisivo.

Il linguaggio registra anche altre derive, più insidiose del semplice impoverimento, e non senza legami con quel mondo dei media che ne è, se non sempre l'origine, assai spesso la cassa di risonanza.

Proprio di recente due giuristi come Gustavo Zagrebelsky, con *"Sulla lingua del tempo presente"* (4), e Gianrico Carofiglio, con *"La manomissione delle parole"* (5) hanno discusso di "lingua" e di "parole", sottolineando come la prima possa assurgere anche a strumento di manipolazione dell'ascoltatore. Zagrebelsky parla della cd. "LNAe" (*Lingua Nostrae Aetatis*), os-

sia del linguaggio comune, stereotipato, kitsch e *"proprio per questo largamente diffuso e bene accolto"*, farcito di stereotipi che con la loro acritica ripetizione provocano un vero e proprio mutamento del valore delle parole stesse, talora sfruttando parole già esistenti, talaltra "ricombinandole" in altri significati.

Non è senza importanza che entrambi questi autori richiamino l'opera di Viktor Klemperer, quando hanno sentito la necessità di indagare, sia pure con impostazioni diverse, sui mutamenti di significato che le parole spesso subiscono.

Klemperer era un filologo tedesco di origini ebraiche, costretto a lasciare l'insegnamento nel 1935 a causa delle leggi razziali; scampato al bombardamento di Dresda, dopo la guerra tornò ad insegnare in quell'università. Dal 1933 al 1945 egli annota l'imbarbarimento dell'ambiente sociale tedesco, evidenziando alcuni comportamenti di massa dal valore semantic; ed in particolare nel suo lavoro sulla LTI (*Lingua Tertiī Imperii*, acronimo cui Zagrebelsky rende evidente omaggio) (6), registra e denuncia i cambiamenti di significato (le "manomissioni", direbbe Carofiglio) delle parole e i nuovi usi verbali del regime autoritario.

Un capitolo, per esempio, che consente un immediato riferimento all'attualità è quello su "La maledizione del superlativo". Dicevamo del modello televisivo: siamo immersi continuamente in un bagno televisivo di *eccezionalità*, di *unicità*. Niente è *normale*, e se lo è, per tale motivo è disprezzato. Klemperer nota inoltre che, se il superlativo risultò la forma linguistica forse più frequentemente usata dal regime nazista, "*lo strumento propagandistico più ovvio per un oratore o un agitatore politico*", il partito provvide, con adeguati strumenti amministrativi, a riservarlo unicamente a sé; e cita il caso di imprenditori ebrei invitati a non usare superlativi negli annunci commerciali.

È un caso allora che proprio oggi si torni a parlare di superlativo e di iperboli?

Lo fa ad esempio Gillo Dorfles che, commentando una recente raccolta di saggi su questa figura *"in bilico tra geometria, retorica e pubblicità"* (7), sul Corriere della Sera del 5 febbraio, ci ammonisce ironicamente a evitare un uso eccessivo del superlativo, anche per le circostanze più modeste, "*se non vogliamo che «la vendetta dell'iperbole» ci colpisca con tutta la sua potenza iperbolica, metaforica e magari addirittura ellittica*".

Povertà; manipolazione più o meno scoperta; omologazione al livello più basso. Caratteristiche queste della lingua italiana oggi, che gli avvocati non possono ignorare, ed alle quali sommano i propri specifici difetti... stereotipi e "fossili lessicali" abbondano infatti nel legalese, ed a peggiorare le cose vi si ritrovano anche latinismi *d'antan* (8).

Del resto, se il quadro generale è quello delineato, perché attendersi qualcosa di diverso?

Nasce così l'idea di affrontare il problema, attraverso lo strumento maieutico di una serie di domande su alcune delle principali questioni che possono coinvolgere i giuristi (dagli effetti della globalizzazione, al rapporto tra linguaggio e conoscenza, alla deontologia) per suggerire non delle risposte, ma dei testi sui quali ognuno potrà cimentarsi nel tentativo di ricavarle.

E nella natura del progetto e dei destinatari (le Scuole forensi) che quei suggerimenti siano un punto di partenza, e non di arrivo, tenuto conto dell'autonomia sia delle singole istituzioni, che del singolo; l'iniziativa non dovrà essere interpretata come una di quelle meramente *culturali* (e qui usiamo il termine in senso chiaramente derisorio...) destinate

a non lasciare tracce, tanto meno a far perder tempo a chi è preoccupato soprattutto di superare l'esame di stato. Credo che la maggiore difficoltà possa trovarsi proprio qui: far capire come esistano, e siano utilizzabili da parte di tutti, validi strumenti per la comprensione della realtà, primo dei quali una lettura "appropriata" mirata a dotare il lettore dei mezzi indispensabili per decifrare la miriade di messaggi dei quali ciascuno è quotidianamente bombardato, e gestire i processi di cambiamento (dai quali altri vengono travolti). Un pericolo iniziale è che chi non è abituato a leggere - in linea generale - stenti ad affrontare testi di un qualche impegno, se pure più "vicini" alla professione (anche se non giuridici).

Vogliamo essere più chiari?

Non è troppo ottimistico pensare che se si è abituati a non aprire un libro, un *qualsiasi* libro - ciò che abbiamo visto è la realtà - ciò nonostante se ne possa aprire uno che tratti di diritto, di professione, di storia, di economia, di filosofia, ecc.? Forse l'accento va allora posto sulla necessità di attirare i giovani alla lettura *tout court*; sia ampliando i riferimenti offerti ad altri a testi più agevoli (come articoli pubblicati su riviste, che le Scuole potrebbero mettere a disposizione direttamente); sia sottolineando che la lettura deve essere in primo luogo un *piacere*.

Ed allora ci sia consentito dire che sul piacere della lettura hanno probabilmente scritto in troppi; la scelta migliore è leggere direttamente, dai grandi classici ai contemporanei, purché abbiano la capacità di coinvolgerci; poi, *da cosa nasce cosa* (e libro chiama libro...): unico criterio la qualità. Con l'amico Giovanni Vaglio, direttore della Scuola forense della Fondazione Alto Tirreno, abbiamo provato a redigere una serie di proposte di lettura, ad integrazione di quelle del Progetto Libro, individuandone alcune in due settori: la "grande letteratura", e la storia del novecento.

Alla base vi sono, come è ovvio, preferenze e convinzioni personali. Provo a precisarne alcune.

La prima è quella a favore della letteratura "alta", se non "altissima", per le motivazioni icasticamente riassunte da Céline, come ci ricorda Roberto Saviano nel brano che segue:

Fare letteratura.

Una risposta credo risolutiva la diede l'autore del *Viaggio al termine della notte* e di *Morte a credito*. Una giovane giornalista andò a trovare un ormai vecchio, isolato e sempre più accidioso Louis Ferdinand Céline. Andò a Meudon, a pochi chilometri da Parigi, dove lo scrittore si era rintanato con sua moglie e i suoi animali. La giornalista dopo le solite domande di circostanza trovò il coraggio e gli chiese, quasi come se stesse pretendendo che lo scrittore gli svelasse il segreto del suo mestiere: "Ma quanti modi ci sono di fare letteratura?".

Céline rispose, secco senza titubare:

"Ci sono solo due modi di fare letteratura".

La giornalista così si aspettava lo scibile umano delle lettere diverse in due correnti e Céline diede la sue sintesi insuperabile: "Fare letteratura o costruire spille per inculcare le mosche".(9)

La seconda è la predilezione per la qualità della "scrittura", per la cifra dello stile individuale (il che parzialmente spiega l'assenza di scrittori italiani, pur non intendendo nell'affermare ciò generalizzare una critica).

La terza è la considerazione della capacità di "commozione" della lettura; al di là delle ricadute auspicate in termini di qualità della scrittura e di abilità cognitive, la com-passione che i testi indicati dovrebbero suscitare nel lettore non dovrebbe rimanere estranea a chi esercita la professione che più di ogni

altra - con l'eccezione forse di quella medica - ha come caratteristica essenziale quella del rapporto con gli altri. Chi non si commuove a leggere dell'"urlo di lupo" di Rosa nello scialle di Magda, o la descrizione di sapore cinematografico della rivelazione di Aleksej alla tastiera, o lo svelamento di Diadorim, potrà anche fare lo stesso l'avvocato: ma c'è da tremare all'idea di *come* lo farà.

La quarta, e quella che più la avvicina al nostro mondo professionale - e sulla quale pertanto spendere qualche parola in più - concerne l'importanza *in sé* della letteratura per i giuristi, come dimostrata dal proliferare di corsi di studio e convegni, di associazioni, di siti e blog dedicati al tema dei contatti tra il mondo del diritto e quello delle *humanities* (conceitto che va esteso quindi anche alla musica, all'architettura, alla pittura, al cinema, alle altre arti). Basti qualche nome per far comprendere quale interesse vi si raccolga, come quelli di Ronald Dworkin (10), o di Richard A. Posner (11) (seppur critico), od un altro a noi più vicino, quello già ricordato di Gustavo Zagrebelsky.

Anche in Italia infatti non mancano né corsi universitari (due per tutti, quelli della facoltà di Giurisprudenza di Torino diretto da Pier Giuseppe Monateri, e quello di Roma Tre, che ha visto tra gli altri gli interventi - oltre che di Emanuele Conte che lo dirige - di Eligio Resta, di Vincenzo Zeno Zenovich, di Mario Aschieri) né associazioni (come l'AIDEL - Associazione Italiana Diritto e Letteratura, e la SIDL - Società Italiana di Diritto e Letteratura (12)) alle cui attività partecipano giuristi come Francesco Galgano, Luigi Lombardi Vallauri, Eugenio Ripepe, Umberto Breccia, e che si caratterizzano, tra l'altro, per una forte interazione con analoghe esperienze europee.

Un altro esempio, infine, è quello del ciclo di conferenze attivato per il 2011 presso la Corte di Cassazione francese, *La plume et le prétoire : les écrivains et la justice de leur temps*.

Una riflessione di carattere più ampio, e solo apparentemente settoriale, è quella di chi cerca di inquadrare in un contesto più generale - ideologico, politico, culturale - il lavoro del giurista, come ha fatto Michele Taruffo a proposito del diritto processuale (13).

Ancora diversa l'opera di uno dei maestri del movimento di *Law and Literature*, James Boyd White, che nel primo capitolo del suo volume forse più noto ne giustifica il titolo ("Quando le parole perdono il loro significato") richiamando le analoghe espressioni di Tucidide nella descrizione degli effetti della guerra del Peloponneso tra le città greche: "I termini greci per coraggio, virtù, fiducia, lealtà, - debolezza, moderazione, i termini di valore chiave in quella civiltà, cambiarono il loro significato ed il loro ruolo nel pensiero e nella vita"(14), ciò che ci riporta alle osservazioni già fatte parlando di Zagrebelsky e Carofiglio; ma forse ciò che è più interessante nell'opera del giurista americano è la costante collocazione dei suoi percorsi nel rapporto tra opera e lettore, che assume un carattere particolare quando quest'ultimo è uno studente di giurisprudenza, abituato, nell'esperienza degli States, ad apprendere secondo il metodo casistico: ed i *cases*, in fondo, non sono altro che "storie".

Se l'interesse quindi è certo, vediamo, per scendere al concreto, cosa propone un altro giurista statunitense - che, val la pena di sottolineare, è prima di tutto un avvocato impegnato nell'attività professionale - come Will Terpening nel suo corso di *Law and Humanities* alla Charlotte School of Law (15).

Riportiamo così qualche sua indicazione agli allievi in forma aforistica (ed in una traduzione alquanto libera).

Tra gli obiettivi del corso:

1) coltivare un'esperienza più ampia del diritto: un'educazione legale

completa non è limitata ai testi giuridici tecnici di base (16), allo studio dei casi e delle decisioni. Impareremo a guardare oltre le fatti specifici concrete, le norme, i trattati ecc. - e verso le humanities - per:

- una ulteriore prospettiva sul diritto, e, più ampiamente, i concetti collegati di giustizia, moralità, ed i bisogni umani che guidano il diritto...
- una migliore comprensione di ciò che la gente comune si attende... dal loro avvocato e dal sistema legale...
- capire che il diritto è un concetto malleabile che significa cose differenti e svolge differenti funzioni tra genti e culture diverse...
- 2) migliorare la pratica legale: idee pratiche per migliorare la scrittura giuridica, la prassi professionale e le altre abilità legali traendo ispirazione da diverse fonti, dalle biografie di avvocati agli strumenti di scrittura creativi/drammatici...
- 3) apprezzare l'interdisciplinarietà della materia...

Scrive Terpening (e lo riportiamo integralmente, in quanto lo sottoscriviamo):

È facilmente ignorato (specialmente nelle facoltà di giurisprudenza ed agli inizi della carriera, quando siamo concentrati sul mero apprendimento dei fondamentali del diritto), ma essere un avvocato ed un consulente legale valido è qualcosa di più che conoscere semplicemente il diritto - i "principi" affermati nei casi decisi e nelle norme - e imparare a pensare nel modo peculiare, ristretto e rigidamente avvocatesco che troviamo nelle facoltà. Quelle risorse (i casi pratici, le norme, e consolidate abilità argomentative) sono naturalmente i più importanti strumenti della nostra attività. Ma ci vuole chiaramente di più per essere un avvocato tenace ed efficace, ed un abile consulente. Essere il migliore avvocato possibile richiede di più che saper padroneggiare i testi di base e "ragionare come un avvocato", nel modo che consuetudinariamente viene insegnato nelle facoltà di giurisprudenza ed ai giovani avvocati. Essere un avvocato di alto livello richiede stile, passione, una forte "bussola etica", creatività, abilità argomentative maggiori di quelle che possono essere tratte dal mero studio dei casi; un'abilità di scrittura "stellare", compassione, ed ancor di più.

Se siamo d'accordo anche noi, come credo, su tali affermazioni, ecco allora perché l'indagine sulla letteratura è utile (e necessaria):

In un certo senso, noi ci inventiamo come avvocati. Non siamo nati avvocati. Abbiamo l'opportunità di configurarci secondo il nostro ideale "legale", e far sì che il nostro stile ed il nostro comportamento professionale lo rispecchino. Dalla prospettiva dei clienti, ed anche tra di noi, gli altri colleghi e i giudici, molto di quello che ci si aspetta essere il ruolo che si suppone dovremmo occupare - nel bene e nel male - è determinato da come gli avvocati sono creati e rappresentati nei libri, nei film, nei giornali, e altrove. Val quindi la pena di studiare tutte queste fonti, come esempi di come ci sviluppiamo, in positivo ed in negativo.

E, lo confessiamo, non ci dispiace vedere come tra i testi consigliati agli studenti i primi due (Dickens e Camus) siano gli stessi che anche noi, come vedremo più avanti, abbiamo segnalato (senza sapere, naturalmente, di quelle contemporanee scelte d'oltre oceano...).

Quanto scrive il giurista americano condurrebbe quindi quasi "naturalmente" a dover reperire, e proprio per un uditorio quale quello delle Scuole forensi, le fonti letterarie cui attingere, in modo agile ed antologico, giusto per iniziare un percorso educativo.

Michele Marchesiello e Roberto Negro ci hanno fatto allora proprio il dono necessario, con la loro antologia "Il diritto allo specchio della letteratura" che, con la modestia che li contraddistingue, ha per sottotitolo "materiali di lettura per giuristi e non"(17).

Definizione azzeccata ma ingiustamente limitativa.

Essa infatti non ci dice quale sia l'attenzione con la quale gli autori hanno curato la scelta dei brani, e soprattutto l'importanza "programmatica" di aver preposto al volume i versi di Wystan H. Auden su *Law like Love*, ed in calce la lezione di Claudio Magris; e non ci dice dei cenni per la migliore lettura che precedono i singoli testi che, oltre a rivelare le singolari capacità dei Nostri, costituiscono davvero agili chiavi interpretative, adatte per tutti ed ancor più adattissime qualora, come chi scrive auspica, fossero sottoposte ai giovani aspiranti colleghi. Basta, però, con gli elogi perché sono consapevole di dover seguire alcuni dei precetti che di recente un critico letterario come Felipe Fernández-Armesto ha dispensato ai potenziali recensori, tra i quali abbiamo ben presenti quello di "mai accettare di recensire il libro di un amico..." e soprattutto l'altro di "mai scrivere una recensione incensatoria che esageri i meriti o nasconde i difetti di un libro" (18).

È violato il primo? A giustificazione diremo che l'amicizia c'è, è vero, ma è una delle amicizie che seppur profonde sono pur *a distanza*, affidate più alla telematica ed a una consolidata collaborazione editoriale che - purtroppo - a rapporti personali.

È ignorato il secondo? Francamente sì, se significasse che per sembrare obiettivi si devono inventare difetti nell'opera recensita.

Cogliamo piuttosto alcune "chicche" del volume - dopo aver nuovamente constatato la condivisione di alcune scelte (ancora Dickens e Camus, naturalmente) - come la descrizione dei "cosiddetti tribunali distrettuali austriaci" dovuta alla amara penna di Thomas Bernhard; l'esilarante "poesia del codice" di Leo Longanesi; la straordinaria vocazione trasversale di Giovanni Tarello, professore per caso; le traversie legali di Luciano Bianciardi (la cui figura è collegata con sorprendente intuizione a Rino Gaetano, che non costituisce il solo richiamo al rock nel volume: si leggano i testi di Bob Dylan e Bruce Springsteen); infine la perfetta citazione per danni di Wile E. Coyote contro la ACME S.p.a., di Ian Frazier, tratta dal New Yorker.

Una simile antologia contiene già tutti i possibili spunti per una riflessione approfondita (ma anche divertita); ma è forse lecito, concludendo, dar conto anche delle ricerche di chi scrive e dell'amico Vaglio, cui in precedenza qua e là si è fatto richiamo. La nostra attenzione si è concentrata su due temi, tra gli infiniti che si potevano scegliere, certamente non assorbenti:

- la tragedia dei totalitarismi del novecento e della Shoah
- la sensibilità tipica dei "grandi russi" per l'uomo e la natura, che (oltre che nei classici come Tolstoï) si ritrova intatta in un contemporaneo russo che scrive in francese, come Andrei Makine, e in un modernissimo brasiliiano, Guimarães Rosa, volutamente escludendo opere che avessero ad oggetto o comunque trattassero esplicitamente sotto qualche riguardo temi attinenti al diritto od ai giuristi (ma non, evidentemente, alla giustizia ed alla storia), così che le indicazioni potrebbero essere benissimo viste integrare l'antologia di Marchesiello e Negro.

A chi interessano esse sono in calce all'intervento, con brevissimi commenti, e con la speranza che *cento fiori fioriscono, che cento scuole gareggino* (ma senza altre ambizioni maoiste, beninteso!).

LA GRANDE LETTERATURA:

Charles Dickens (1812-1870) - *Casa Desolata* (Einaudi)

Pubblicato a dispense tra il 1852 e il 1853, "Casa Desolata" narra, sovrapponendo molte vicende, di una pluriennale causa fra i componenti della famiglia Jarndyce, che dura da molti anni e che ha portato alla rovina quasi tutti coloro che ne sono stati coinvolti. La descrizione della società londinese dell'Ottocento è anche critica spietata del sistema dell'"equity". Considerato da Harold Bloom il "romanzo canonico"

dell'Età democratica, Nabokov vi ha individuato l'intreccio da libro giallo ed il tema "Corte di Giustizia-nebbia-follia".

Lev N. Tolstoi (1828 - 1910) - *La morte di Ivan Il'ic* (Garzanti)
Ivan Il'ic Golovin, giudice consigliere della Corte d'Appello di San Pietroburgo, ha vissuto una vita comune a molti suoi pari. Quello che si rivela un male incurabile lo colpisce improvvisamente e lo fa disperare, perché non sa affrontare l'idea della morte. Durante la malattia prende ad odiare i familiari e chi gli sta vicino, con l'eccezione del servo Gerasim, l'unico che gli mostra compassione. Ivan Il'ic negli ultimi giorni confronta la propria vita artificiale e quella del giovane contadino; alla fine prova pietà per chi lo circonda e spirà senza più paura della morte: nessuna sintesi può restituire la lettura del folgorante ultimo paragrafo del racconto.

Vasili Grossman (1905-1964) - *Vita e destino* (Adelphi)
Il grandioso affresco corale di Grossman, il più famoso reporter di guerra russo, bolscevico della prim'ora e progressivamente disilluso dallo stalinismo (ebbe a coglierne e provarne, anche per le sue ascendenze ebraiche, le affinità con il nazismo) ha in *Guerra e pace* un riferimento diretto. L'epopea della battaglia e dell'assedio di Stalingrado e la saga familiare dei Saposnikov vedono due totalitarismi in apparenza antagonisti, ma sostanzialmente speculari. L'opera ha rischiato di non veder mai la pubblicazione per l'irruzione del KGB che nel 1961 sequestra a Grossman il manoscritto, le brutte copie, la carta carbone, le carte veline, la macchina da scrivere ed anche i nastri. L'autore non ha visto in vita l'uscita del libro, che però riuscirà ad essere edito all'estero grazie alle copie custodite da amici fidati, ed apparire finalmente in Russia negli anni '90.

Josè Guimarães Rosa (1908-1967) - *Grande Sertão* (Feltrinelli)
Il "Joyce brasiliano", diplomatico di carriera, scrisse nel 1956 uno dei capolavori assoluti del '900, ambientato nelle *veredas*, le valli di terreno argilloso che si aprono tra gli altopiani dei Campos Gerais in Brasile e che costituiscono oasi naturali ricche di vita animale e vegetale, tra le cui forme si distingue la pianta simbolica del *buriti*, palma che dà anche il nome ad un altro famoso racconto della raccolta *Corpo di ballo*. Lo stile straordinariamente ricco ed originale si unisce in quest'opera ad un'avvincente narrazione con tanto di struggente finale a sorpresa.

Vladimir Nabokov (1899-1977) - *Lolita* (Adelphi)
Lo scrittore russo divenuto il maggior prosatore in lingua inglese del secolo scorso ebbe la sua notorietà principalmente per l'aria di scandalo che circondò il romanzo sin dall'uscita nel 1955. Il tema dell'amore senza limiti tra il maturo professore di letteratura francese e la ragazzina dodicenne (magistralmente rielaborato nel celebre film di Stanley Kubrick) sollecitò l'attenzione pruriginosa dei media, prima di esser riconosciuto come un'opera perfetta nello stile, nella impareggiabile descrizione dell'America degli anni cinquanta, e di un sentimento così profondo e totalizzante da non tollerare aggettivi. Il dato maggiore del testo è peraltro la maestria stilistica che lo avvicina, come altre opere nabokoviane, alla poesia.

Philip Roth (1933, vivente) - *L'animale morente* (Einaudi)
Protagonista David Kepesh, del ciclo di romanzi "Professor desiderio". Roth esplora l'avanzare della vecchiaia, tanto più potentemente perché a proposito di soggetto noto ai suoi lettori per una prorompente sessualità, e registra il declino di una simile personalità a confronto con la giovane cubana Consuelo, bellissima e sensuale, che dopo averlo trascinato alla gelosia, si rivela da un lato un fortissimo stimolo alla memoria del carismatico professore, e, dall'altro, lo disillude coinvolgendolo forzatamente nella propria tragedia personale. Roth anno dopo anno sforna opere sempre all'altezza della sua impareggiabile scrittura, che illustra probabilmente

meglio di qualsiasi trattato di sociologia la vita americana degli ultimi decenni.

Albert Camus (1913-1960) - *Lo straniero* (Bompiani)
Pubblicato nel 1940, quest'opera narra la vicenda di un uomo che, nel suo rifiuto di mentire trova la sua condanna: la verità diventa incomprensibile in un mondo governato dall'assurdo. Nicola Chiaromonte dice di Camus: "trae le ragioni di non cedere alla facilità di una logica negatrice e distruttiva, trovando proprio nel riconoscimento di quell'assurdità prima e non eliminabile il senso della misura ragionevole e dell'umano".

Henrik Ibsen (1828 - 1906) - *La donna del mare* (Einaudi)
Pubblicato nel 1888, questo dramma mette in luce la sospensione tra lo scorrere di una vita interiore e quello di una vita esteriore; due mondi paralleli, indipendenti che, allo stesso tempo, si incrociano nel tentativo di una comprensione reciproca. La storia di una donna che costruisce il proprio cammino verso la libertà.

Leo Perutz (1882 - 1957) - *Dalle nove alle nove* (Adelphi)
Pubblicato nel 1918, la trama, che si dipana nell'arco di dodici ore nella Vienna dell'immaginario collettivo, segue l'avventura dello studente Demba oggetto di una caccia al colpevole dal risultato inaspettato. Definito romanzo fantastico, come del resto gran parte dell'opera di Perutz, non per la creazione di entità soprannaturali, ma per la capacità di sviluppare la contraddizione tra verosimile e reale, *Dalle nove alle nove* mette in luce tutta l'abilità dell'autore nel creare quell'atmosfera di sospensione, di esitazione, fino a "l'ultimo fotogramma [che] decide il montaggio di una vita" (Pasolini).

LA GRANDE STORIA DEL '900 NELLA LETTERATURA: I TOTALITARISMI E LA SHOAH:

Varlam Šalamov (1907-1982) - *La resurrezione del larice* (da *I racconti di Kolyma*, Einaudi)
La Kolyma è la regione di paludi e di ghiacci dell'estremo nord siberiano, che ha ospitato i più temibili campi del gulag staliniano. L'esperienza personale di Šalamov, rimastovi prigioniero per lunghi anni, si condensa in una scrittura molto diversa da quella di Solzenicyn, nel registro oggettivo di uno studio antropologico di carnefici e carcerati, nel quadro di una natura incombente e terribile. La liricità in Šalamov stranamente tanto più emerge quanto più il linguaggio sembra cronachistico; il contrasto è meno forte nel singolare apologo che costituisce questo racconto, dove un prigioniero invia alla vedova del poeta Mandel'stam, morto nel gulag, un rametto di larice; rametto secco, posto nel barattolo riempito con "la morta acqua dei rubinetti di Mosca", sul quale però, miracolosamente, nel giro di pochi giorni appaiono i primi germogli.

"Il larice respirava nell'appartamento moscovita per ricordare a ognuno il proprio dovere, perché nessun uomo dimenticasse i milioni di cadaveri, i milioni di persone che avevano perso la vita nella Kolyma... Aiutare gli altri a ricordare, togliersi dall'anima questo peso così gravoso: vedere tutto quanto, trovare il coraggio non di raccontare ma di ricordare".

Il larice immortale di Šalamov è lo stimolo alla memoria.

Andrei Makine (1957, vivente) - *La musica di una vita* (Einaudi)
Makine, nato in Russia e naturalizzato francese, ha seguito un processo simile a quello di Nabokov. Introiettando, per così dire, le atmosfere del paese natale (nel periodo post-staliniano) ha acquisito una tale maestria con la lingua d'adozione da meritare (con *Il testamento francese*) il Premio Goncourt, e poi anche il Médicis. Il racconto ricostruisce con la tecnica del flash back la storia moscovita del giovane musicista Aleksej Berg, che alla vigilia del suo primo importante concerto assiste nel 1941 all'arresto dei suoi familiari da

parte della polizia segreta, cui riesce a sfuggire. Aleksej per salvarsi assume l'identità di un soldato morto. Autista di un generale ne viene accolto in casa, per avergli salvato la vita; Stella, la figlia del militare, se ne sentirà attratta nonostante l'enorme differenza "sociale" tra la nomenclatura di cui fa parte ed il giovane, e si cimerterà ad insegnargli (a lui!) la musica. Proprio la forza inarrestabile della musica tradirà Aleksej e lo trascinerà nel gulag.

Katherine Kressmann Taylor (1903-1995) - *Destinatario sconosciuto* (B.U.R.)

La Kressmann, scrittrice americana non professionista, pubblicò su una rivista nel 1938 questo epistolario tra Max e Martin, due amici fratelli e soci in affari negli Stati Uniti, l'uno ebreo e l'altro tedesco. Tornato il secondo in patria, lo scambio di lettere rivela la sua progressiva seduzione da parte del nazismo, al punto di rendersi indisponibile anche quando Max, disperato, gli raccomanda di vegliare sulla sorella Griselle, un'attrice che è stata amante di Martin e che va incontro da sola ad una tragica fine. La raffinata vendetta di Max è orchestrata come in un giallo fino al colpo di scena finale. Del breve romanzo è del tutto particolare lo scarno stile epistolare e il significato profetico (come ricordato, è scritto nel 1938, nella provincia americana).

Cynthia Ozick (1928, vivente) - *Lo scialle* (Feltrinelli)

Le quasi insopportabili sette pagine della prima parte riescono forse a "dire l'indicibile" sulla Shoah. Racconti "tutti al femminile" - nel primo dei quali appunto la breve storia della piccola Magda e del suo scialle, nel quale la madre, Rosa, la nasconde fino all'inevitabile destino - sono il prologo alla ricerca e ritrovamento di quello scialle, che Rosa perseguita nella sua nuova vita in Florida, nel dopoguerra.

Peter Weiss (1916-1982) - *L'istruttoria* (Einaudi)

Weiss assistette nel 1965 ad un processo contro un gruppo di SS e di funzionari del Lager di Auschwitz, a Francoforte. L'"oratorio in 11 canti" che ne è il frutto artistico usa letteralmente i verbali del processo, le deposizioni dei testimoni (anonimi) e le difese degli accusati (individuati invece nelle loro caratteristiche), in modo incalzante ed in un crescendo di orrore descrittivo che ricorda i gironi danteschi (e nel quale uno strumento importante è l'assenza di qualsiasi punteggiatura). Per la pubblica accusa la tesi difensiva dell'"obbedienza agli ordini superiori" è insufficiente, perché chi esegui il programma della soluzione finale lo fece perché "Al fronte/ avrebbero avuto la vita in pericolo/ Così rimasero/ dove avevano solo nemici inerti".

Dietrich Bonhoeffer (1906-1945) - *Chi resta saldo?* (da *Dieci anni dopo*, in *Resistenza e resa*, San Paolo)

Il teologo protestante impiccato dai nazisti a Flossenbürg alla fine della guerra, poco prima dell'arresto fa un bilancio della propria vita e dei tempi allora correnti. L'alta riflessione del cristiano che non si è tappati gli occhi all'ascesa del Fuhrer si ferma sulla "mascherata del male" che ha sconvolto la Germania e il mondo e sul fallimento delle "persone ragionevoli"; e soprattutto sulla presunta giustificazione del "dovere": "L'uomo del dovere alla fine dovrà compiere il proprio dovere anche nei confronti del diavolo", facile profezia, col senno di poi.

Art Spiegelmann (1948, vivente) - *Maus* (Einaudi) (*graphic novel*)

Il romanzo autobiografico a fumetti pubblicato tra il 1973 ed il 1991, meritando il Pulitzer, *Maus* narra la storia di Vladek, padre dello scrittore, ebreo polacco sopravvissuto alla Shoah, ed è composto da due parti: nella prima (*Mio padre sanguina storia*) si apprende del peggioramento della vita degli ebrei negli anni precedenti la guerra, e nella seconda - *E qui sono cominciati i miei guai* - si entra direttamente nella vita dei deportati nei lager. L'allegoria vede gli ebrei disegnati come topi, ed i nazisti come gatti; ma nel racconto c'è anche il rapporto tra padre e figlio, sempre con l'assenza di ogni espressione retorica come consentito da una grafica estremamente "oggettiva" contraria ad ogni emozione (ma capace di suscitarne di intense).

Note:

(1) "Un giurista, che non sia altro che un giurista, è una povera cosa".
(2) Lo si legge nel sito della Scuola, www.scuolasuperioreavvocatura.it.

(3) D. Cerri, *Le scuole forensi come centro di riferimento culturale*, in *Diritto e formazione*, Anteprima, 2007, 34.

(4) G. Zagrebelsky, *Sulla lingua del tempo presente*, Torino, Einaudi, 2010.

(5) G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, Milano, Rizzoli, 2010.

(6) V. Klemperer, *LTI. La lingua del terzo Reich*, Firenze, Giuntina, 1998.

(7) M. Barsi-G. Boccali, *Funzioni e finzioni dell'iperbole tra scienze e lettere*, Milano, Cisalpino, 2010.

(8) Basti il richiamo a B. Mortara Garavelli, *Le parole e la giustizia*, Torino, Einaudi, 2001.

(9) R. Saviano, *Se lo scrittore morde*, La Repubblica 3 maggio 2007.

(10) Di Dworkin si può godere su YouTube la lezione inaugurale del corso biennale Frederic R. and Molly S. Kellogg al Coolidge Auditorium della Libreria del Congresso (26.10.2009): *Is There Truth in Interpretation? Law, Literature and History*.

(11) R.A. Posner, *Law and Literature* (3a Ed), Harvard University Press, 2009.

(12) I rispettivi siti internet: www.aidel.it e www.lawandliterature.org.

(13) M. Taruffo, *Cultura e processo*, in *Riv.rim.dir.proc.civ.*, 2009, 1, 63 ss.

(14) J.B. White, ns. trad. da *When words lose their meaning*, The University of Chicago Press, 1985, 3. L'opera si legge ora in italiano, *Quando le parole perdono il loro significato. Linguaggio, individuo, comunità*, Milano, Giuffrè, 2010.

(15) www.terpeningonlawandliterature.com/wp-content/uploads/2010/11/10.10.10-Syllabus2.pdf.

(16) Cerchiamo così di tradurre "black letter'legal text" (virgolette nell'originale).

(17) M. Marchesiello - R. Negro, *Il diritto allo specchio della letteratura*, Genova, De Ferrari, 2010.

(18) F. Fernández-Armesto, *Tormenti da recensore*, Il Sole 24Ore Domenica 2.1.2011.

Sezione Famiglia e Minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i minorenni di Genova 19 maggio 2011 -
Pres. Sansa - Est. Tondina.

MINORI - abbinamento al minore di coppia aspirante all'adozione - gravidanza durante il periodo di conoscenza - contemporanea genitorialità adottiva e genitorialità biologica - preminente interesse del minore - contrarietà - interruzione del percorso di avvicinamento e selezione di altra coppia.

(Art. 22 comma 5 I. 184/83).

Il percorso di avvicinamento del bambino alla famiglia adottiva deve essere interrotto quando, nelle more, la signora che ha richiesto l'adozione si trova in gravidanza, non essendo percorribili contemporaneamente la maternità biologica e quella adottiva, considerato l'estremo bisogno di "esclusiva attenzione" da parte di entrambi i genitori in capo al bambino da adottare. (Nel caso di specie il bambino da adottare era stato in precedenza segnato da lutto abbandonico).

(...Omissis...)

Il Collegio,
rilevato:

- che la coppia, aspirante all'adozione nazionale con domanda presentata il - - - e positivamente valutata nella fase istruttoria della sua domanda, era stata selezionata il 18.4.2011 per l'abbinamento al minore M., bambino affidato al servizio sociale, per il quale è pendente una procedura di adattabilità;
- che, al fine di favorire un adeguato avvicinamento della coppia al bambino, la coppia lo ha visitato per alcuni giorni presso la struttura dove egli si trova da tempo;
- che il 2.5.2011, dopo pochi giorni dall'inizio degli incontri, la signora A. comunicava di essere incinta, e pertanto dal 3.5.2011 venivano sospese le visite della coppia al bimbo;
- che veniva svolto un colloquio della coppia con il giudice onorario, nel quale i signori A. hanno espresso un grande coinvolgimento affettivo e progettuale nei confronti del bimbo M. chiedendo di proseguire il percorso di inserimento nella loro famiglia, nonostante la gravidanza;
- che l'Equipe Adozioni che già aveva valutato nella fase istruttoria i signori A., richiesta di una relazione integrativa, confermava le ottime risorse emotive e pratiche della coppia, l'interiorizzazione della relazione con il bimbo M. fin dai primi contatti, e l'aspirazione e determinazione della coppia a portare avanti contemporaneamente i due progetti di genitorialità, adottiva e biologica;
- che il Pubblico Ministero chiedeva di interrompere il percorso di avvicinamento del bimbo alla famiglia A., e di selezionare altra coppia per l'affidamento di M., rilevando la non percorribilità di due maternità (biologica ed adottiva) nello stesso momento, e considerato l'estremo bisogno di "esclusiva attenzione" da parte di entrambi i genitori in capo al piccolo M., attenzioni che la cura per il nascituro ovviamente non può che limitare nonostante le ottime qualità della coppia.

Ritenuto:

che la richiesta del Pubblico Ministero debba essere accolta, in quanto l'inserimento di M. nella famiglia A., nell'attuale situazione, non potrebbe garantire al piccolo le condizioni che massi-

mizzino le possibilità di felice riuscita dell'abbinamento e minimizzino i rischi di possibili evoluzioni critiche:

- compito e dovere del Tribunale è garantire al piccolo M., già segnato da un lutto abbandonico che, nel corso della sua vita, sarà ripetutamente oggetto di rivisitazione ed elaborazione, le migliori condizioni possibili per avviare e costruire nel tempo una relazione con le figure destinate a sostituire le figure genitoriali carenti;
- proprio per questo il Tribunale deve procedere applicando valutazioni estremamente prudenziali ed escludendo tutti i fattori di rischio che sia in suo potere evitare;
- secondo opinioni pressoché unanimemente condivise fra gli operatori specializzati del settore, ogni bimbo nella situazione di M., per quanto piccolo, ha estremo bisogno di un congruo periodo di esclusività di attenzione da parte di entrambe le nuove figure genitoriali;
- in tale periodo successivo all'inserimento nella famiglia, parallelamente, si rivoluzionano e rimodellano le relazioni all'interno del nucleo accogliente, il cui assetto precedente viene scardinato dall'ingresso del bimbo accolto come figlio, mentre il nuovo assetto ha bisogno di un congruo periodo per sperimentarsi e stabilizzarsi, tanto che l'orientamento prevalente degli operatori è non dare corso a nuovo percorso adozionale prima di due o tre anni dal primo inserimento e sempreché le condizioni del primo bambino inserito e della famiglia appaiano favorevoli;
- nel caso di M. va anche considerato che, trattandosi di bimbo per il quale la procedura di adattabilità in corso non è ancora stata definita con sentenza, la sua situazione giuridica è già segnata da una componente di incertezza che deve essere ben tollerata nel lungo periodo dalla coppia accogliente, e a cui appare indispensabile non si aggiungano altri fattori di rischio di destabilizzazione;
- la giusta proiezione di sentimenti e aspettative verso il nascituro da parte dei genitori e della famiglia allargata, e successivamente la nascita dello stesso e la cura che i genitori dovranno rivolgergli, non possono che limitare obiettivamente la possibilità di offrire a M. quel congruo periodo di esclusive attenzioni e di concentrazione di cui egli necessita, mentre la nascita in tempi molto prossimi, e le cure ad essa connesse (comprensive dell'allattamento materno se ciò sarà possibile) proporrebbero a M. il senso di perdita delle figure genitoriali, e segnatamente di quella materna, prima che egli abbia potuto consolidare la sicurezza dell'appartenenza;
- le motivazioni sopra esposte controindicano perciò l'inserimento di M. nella famiglia A., per quanto questa risulti ricca di valide risorse emotivo-affettive e di capacità pratiche; e ciò anche a non voler prendere in considerazione le possibilità di pur possibili eventi avversi di qualsiasi tipo e del rischio di destabilizzazione dell'assetto familiare e delle risorse genitoriali ad essi connesso, tali da poter incidere negativamente sul preminente interesse di M. al felice esito dell'inserimento;

P.Q.M.

DISPONE:

procedersi a selezione di altra coppia per l'abbinamento con il minore M. Per fax all'Equipe Adozioni dell'ASL di - per ogni opportuno supporto alla coppia.

**bonino & C. s.r.l. Via XX Settembre 92R
Genova
Tel +39 010 580 382-570 5550**

Massime

I

Tribunale di Chiavari, 5 dicembre 2008, n. 536 - Pres. Rel. Maglione - C.C. (Avv. Dovico e Cuneo) c. M.M. (Avv. Lavatelli e Masera).

FAMIGLIA - assegno divorzile in favore del coniuge - an debeatur - inadeguatezza dei mezzi economici del coniuge richiedente - deterioramento delle condizioni economiche - quantum debeatur - criteri legali di determinazione - rilevanza delle dichiarazioni fiscali - derogabilità.

L'attribuzione dell'assegno di divorzio che ha natura esclusivamente assistenziale presuppone l'inadeguatezza dei mezzi economici del coniuge istante, da intendersi come insufficienza dei mezzi a conservargli un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che assuma rilievo uno stato di bisogno dell'avente diritto che può essere anche economicamente autosufficiente. Ciò che rileva è il deterioramento in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del coniuge richiedente che debbono essere bilanciate in modo da ristabilire - in virtù del principio di mutua solidarietà coniugale - un certo equilibrio tra le parti, stabilendo in via di massima, senza matematica precisione, le possibilità e potenzialità economiche di entrambi i coniugi attraverso un'attendibile ricostruzione delle situazioni complessive.(1)

In merito deve ritenersi che le dichiarazioni dei redditi a causa della natura e dello scopo precipuo per il quale sono state formulate (che è quello di normalizzare e porre su un terreno di reciproca fiducia i rapporti tra ufficio finanziario e contribuente), non sono riferibili con uguale valore a rapporti estranei al sistema tributario e non possono avere efficacia vincolante per il Giudice dell'assegno di divorzio, che può invece fondare il suo convincimento su altre risultanze che siano idonee a ricostruire le condizioni dei coniugi manente matrimonio ed al momento della decisione giudiziale (disponibilità di beni immobili improduttivi per libera scelta, proprietà di mezzi di trasporto, disponibilità di alloggi in locazione ed altro).(2)

(Art. 5 L. 898\1970)

II

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 8 maggio 2010, n. 36 - Pres. Rel. Realini - C.C. (Avv. Dovico e Cuneo) c. M.M. (Avv. Pattay).

FAMIGLIA - assegno divorzile in favore del coniuge - an debeatur - insufficienza dei mezzi ed impossibilità a procurarseli - età e mancata qualificazione professionale del richiedente - quantum debeatur - valore minimo ipotizzabile.

Premesso che l'assegno divorzile ha una valenza prevalentemente assistenziale, una volta valutata la mancanza di redditi adeguati in capo alla moglie casalinga di mezza età, valutato altresì lo squilibrio economico tra i due coniugi in danno della moglie ri-

chiedente l'assegno, valutato esistente il deterioramento, in conseguenza del divorzio, delle condizioni economiche della donna, stimata la durata del matrimonio ultra ventennale, ed infine tenuto conto della collaborazione che per molti anni la moglie aveva fornito all'attività del coniuge, la quantificazione dell'assegno divorzile in euro 200 mensili - ovvero in una somma piuttosto vicina al valore minimo ipotizzabile con riferimento all'attuale potere d'acquisto della moneta per un assegno divorzile - è da ritenersi sottostimata, pur considerato che la moglie è assegnataria della casa familiare.(3)

(Art. 5 L. 898\1970)

(1-3) Nota.

Il Tribunale civile di Chiavari, dopo aver emesso sentenza non definitiva relativamente alla cessazione degli effetti civili del matrimonio, con il provvedimento in massima, ha deciso il processo che era continuato per la determinazione dell'assegno post-matrimoniale e del mantenimento dei figli, riconoscendo in favore della moglie un assegno mensile di 200 euro, in unione a contributo di euro 1200 mensili per i figli maggiorenni con lei conviventi ed all'assegnazione in favore della medesima della casa familiare.

Il Tribunale ha ritenuto provato il deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche della coniuge richiedente l'assegno, sulla scorta dell'incontestato squilibrio fra le condizioni dei coniugi fin dal momento della separazione consensuale di dieci anni risalente (quando il marito si impegnò a versare 3.000 euro per il mantenimento dei figli e della moglie che beneficiò pure dell'assegnazione della casa coniugale) e sulla mancata deduzione ed allegazione di mutamenti *in peius* della situazione del coniuge obbligato.

Il Tribunale, in particolare, facendo proprio un orientamento della Suprema Corte (*ex plurimis* Cass. civ., Sez. I, 12/06/2006, n. 13592 in Mass. Giur. It., 2006 ed anche App. Milano, 19/06/2001 in Gius, 2002, 5, 563), ha ritenuto di svincolare il proprio convincimento dalle risultanze delle dichiarazioni dei redditi conferite in atto dall'obbligato, ritenendole - in quanto aventi funzione tipicamente fiscale - non vincolanti per il giudice del divorzio, il quale, in una controversia relativa a rapporti estranei al sistema tributario, nella sua valutazione discrezionale, rimane libero di fondare il suo convincimento su altre risultanze probatorie.

I Giudici chiavaresi hanno stimato che i redditi dichiarati dal coniuge obbligato fossero in realtà inferiori a quelli reali in quanto incompatibili con il tenore di vita "manente matrimonio" e pur con quello in atto al momento delle decisione, siccome emergente dall'istruttoria processuale.

Il marito ha appellato la sentenza dinanzi alla III Sezione civile della Corte d'Appello di Genova e ne è seguito il pronunciamento n. 36 dell'8 maggio 2010, con il quale è stato parzialmente riformato il provvedimento dei Giudici di prime cure. La sentenza della Corte genovese si rivela di indubbio interesse.

Nella prima fase la Corte, chiamata a verificare l'esistenza in astratto del diritto all'assegno post-matrimoniale, in relazione all'inadeguatezza dei mezzi ed all'impossibilità oggettiva di procurarseli, ha stimato esistente il diritto in capo ad una moglie, priva di specifica esperienza di lavoro dipen-

dente, casalinga cinquantaseienne (al momento della pronuncia divorzile) «di mezza età non più in grado di ripetere, nell'attuale situazione del mercato del lavoro, una attività lavorativa che le garantisca stabile reddito».

La Corte si avvale così in motivazione di un fatto notorio ovvero della circostanza di comune esperienza per cui nell'odierno mercato del lavoro sono ridotte ai minimi, le *chances* occupazionali per donne ultracinquantenni prive di qualificazione professionale e prive di comprovate esperienze lavorative. Come a dire: *notoria non egent probatione*.

Nella seconda fase dell'accertamento, la Corte genovese ha proceduto alla determinazione in concreto dell'assegno in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri di cui all'art. 5 L. 898\1970 considerando il reddito dei coniugi come emergente dalle dichiarazioni fiscali in atti, le condizioni personali dei coniugi, il contributo di ognuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno, valutati alla luce della durata ultraventennale del matrimonio (nella specie furono 18 gli anni di convivenza fino alla separazione a fine anni 90). La Corte nel libero apprezzamento delle prove e delle allegazioni documentali delle parti (dopo aver evidenziato come il progressivo depauperamento lamentato dal marito procedesse - a discapito delle ragioni della moglie divorziata e dei figli di primo letto - pari passo con l'iter del procedimento divorzile e con la formazione e consolidamento di un nuovo nucleo familiare e della nascita di altri due figli) ha stimato congruo determinare in euro 400 mensili l'importo da porsi a carico del marito in favore della moglie divorziata, giudicando la somma di 200 euro mensili indicati dal Tribunale di prime cure sottostimata in quanto somma "piuttosto vicina al valore minimo ipotizzabile per un assegno divorzile, con riferimento all'attuale potere di acquisto della moneta".

**Francesca Maberino
Avvocato, Foro di Chiavari**

Tribunale di Chiavari, 13 luglio 2011 - Giudice Del Nevo - S.S. c. C.S.

FAMIGLIA - famiglia di fatto - filiazione naturale - cessazione della convivenza tra i genitori - competenza del Tribunale ordinario a decidere sugli aspetti economici relativi contributo al mantenimento dei figli - sussiste.

Sussiste la competenza del Tribunale per i minorenni in ordine alla determinazione dell'assegno di mantenimento dei figli naturali nei casi in cui, in caso di controversia pendente di fronte al Giudice specializzato per la determinazione delle modalità di affidamento degli stessi, vengano anche avanzate richieste economiche. Resta invece salva, anche in esito all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8362/07, la possibilità di adire il Giudice Ordinario per le sole questioni economiche specialmente allorché quando le stesse avessero trovato una regolamentazione tra le parti attraverso un accordo scritto (accordo che sussiste nel caso all'esame di questo Giudice).(1)

(Art. 147 c.c. - 148 c.c. - 155 c.c.)

(1) Nota.

La decisione del Tribunale di Chiavari è stata emessa in procedimento rubricato a seguito di ricorso ex art. 148 c.c. da parte di una madre, convivente con la prole, nei confronti dell'ex convivente con il quale anni prima, al momento della

crisi genitoriale e della cessazione della convivenza, aveva stipulato un accordo scritto in ordine a mantenimento e cura del figlio. Il ricorso all'Autorità Giudiziaria si era reso necessario nel momento in cui il padre aveva omesso di onorare la scrittura privata di accordo, mancando di provvedere ad erogare il pattuito assegno mensile in favore del figlio minore e difettava un titolo esecutivo per procedere all'esecuzione nei di lui confronti. La ricorrente aveva domandato in ricorso che il Giudice, preso atto delle modalità di affidamento e dei tempi di cura del figlio concordate tra i genitori e del tempo che lo stesso trascorreva con l'uno e l'altro genitore, determinasse le conseguenze patrimoniali di tale intesa. Si è quindi costituito in giudizio il padre il quale ha formulato domanda riconvenzionale (specificamente domandando in via riconvenzionale che il figlio venisse collocato nel corso dei mesi a 15 giorni alterni presso l'uno e l'altro genitore ed chiedendo di essere esonerato dal pagamento di assegno mensile in favore della madre, fino a quel momento collocataria del minore) in merito alla definizione dei tempi di collocazione del minore presso l'uno e l'altro genitore e per l'effetto ha eccepito l'incompetenza funzionale del Tribunale Ordinario in favore del Giudice minore, in forza di alcuni pronunciamenti di merito (Trib. Bologna 24/1/2011; Trib. Macerata 17/4/2009; Trib. Minorenni Bari 1/7/2009; Trib. Minorenni di Catania 23/5/2008).

Il Giudice chiavarese ha dichiarato infondata l'eccezione di incompetenza per materia, ha rigettato la riconvenzionale e, preso atto della realtà di fatto che vedeva il minore collocato presso la madre e dei tempi degli incontri padre-figlio, ha posto a carico del resistente un assegno mensile di euro 400 mensili oltre al 50% delle spese straordinarie concordate e documentate.

La decisione in esame si mette sulla scia del pronunciamento della IV sezione del Tribunale civile di Genova del 16/7/2007 (pubblicata in questa rivista al n. 1/2010 pag. 60 e ss.) ladove veniva sentenziato "questo Tribunale ritiene dunque che rientri nella propria competenza tutte le disposizioni di ordine patrimoniale che conseguano ad accordi interventi tra genitori naturali, sia che essi siano formalizzati, sia che essi siano impliciti nella realtà di fatto che i genitori producono, decidendo con quali di essi i figli naturali debbano continuare a vivere ma che non rientrino nelle proprie competenze le disposizioni che siano invece conseguenza di decisioni assunte dal Tribunale per i minorenni a proposito della responsabilità genitoriale dei genitori naturali".

La questione trattata è dibattuta in dottrina e non trova univoca soluzioni in giurisprudenza (neppure all'interno del Distretto di Corte di appello genovese, cfr. la decisione del Tribunale di La Spezia in proc. n. 475/2011 P.S. c. N.M. del 30/5/2011 Pres. D'Avossa).

Ed infatti, se è da ritenersi pacifica la competenza del Tribunale Ordinario a decidere i soli aspetti patrimoniali non trattati congiuntamente a quelli di affidamento dei figli naturali (art. 38 comma 2 disp. att. c.c.) ed - in esito all'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8362/2007 - si è affermata la competenza complementare del T.M. a decidere su mantenimento ed assegnazione casa familiare quando le domande su affido del figlio naturale e quelle sulle questioni economiche siano proposte contestualmente, non altrettanto pacifica è la soluzione delle ulteriori ipotesi che quotidianamente si sperimentano nella pratica giudiziaria, quando le due domande vengano avanzate in tempi successivi (con ricorsi autonomi successivi o previa riconvenzionale nel medesimo procedimento).

Ed invero all'interprete si impone oggi - in assenza di una

indicazione legislativa - la ricerca della soluzione in maggior misura rispettosa del principio del giusto processo, della sua ragionevole durata ed anche della concentrazione delle tutele e ciò proprio sulla scorta delle indicazioni della Cassazione (sez I n. 8362/2007 ; sez. I n. 21754 e 1755 e 21756 del 2008) che ha considerato, nelle sue decisioni, prioritariamente l'esigenza di evitare ai figli di genitori non coniugati un trattamento diseguale rispetto ai figli di genitori coniugati ma pure l'esigenza di evitare le ricadute di un doppio procedimento sulla ragionevole durata del processo. E dunque, la contestualità tra le decisioni a contenuto patrimoniale e quelle inerenti la potestà è principio da interpretarsi nella pratica con ponderazione ed elasticità (Cfr. Trib. minorenni Campobasso 6/11/2008 in www.minoriefamiglia.it), con l'obiettivo di evitare il dispendio di tempi e costi relativi alla trattazione delle diverse questioni davanti ad organi giudiziari differenti ma soprattutto con l'obiettivo di assicurare in concreto al minore una maggior tutela.

La decisione del Tribunale di Chiavari è rispettosa del principio costituzionale della ragionevole durata del processo e realizza in tempi rapidi, con procedimento a cognizione sommaria, l'interesse del minore a ricevere da entrambi i genitori quanto di necessità per il proprio mantenimento. A sommesso avviso di chi scrive, infatti, specie laddove esiste

sta tra le parti un accordo scritto in merito all'affidamento ed ai tempi di cura dei figli naturali e sia sperimentata nella pratica la collocazione dei figli ed il calendario di incontri con il genitore non collocatario, fin dal momento della cessazione della convivenza, corrisponde all'interesse del minore ed è rispettoso del precezzo costituzionale della ragionevole durata del processo, ottenere un pronunciamento del T.O. sulle questioni economiche che siano rimaste irrisolte o inadempinte, garantendo in tempi certi un pronunciamento che sia titolo esecutivo. Nella pratica infatti si apprezzano sempre più come strumentali e dilatorie le richieste (non autonomamente azionate ma soltanto all'indomani della vocazione in giudizio...) avanzate in via riconvenzionale - in sede di procedimento ex art. 148 c.c. - ad aver ridefiniti da parte del T.M. i termini dell'accordo sull'affidamento in uno con i provvedimenti economici al fine malcelato di aver allontanata nel tempo l'ingiunzione di pagamento, in spregio - questa volta sì - del principio di responsabilità genitoriale e dei tempi e dei costi del processo per le parti e per l'Amministrazione della Giustizia.

Francesca Maberino
Avvocato, Foro di Chiavari

che il Regolamento si occupa dei soli procedimenti civili, a carattere giudiziario o non giudiziario, che ineriscono, da un lato, il vincolo matrimoniale, stabilendone la fine o l'affievolimento e, dall'altro, la potestà dei genitori sui figli (a condizione che i procedimenti inerenti la responsabilità genitoriale siano instaurati in occasione dei procedimenti inerenti lo scioglimento del vincolo coniugale); e, nel caso di specie, si tratta di una domanda di separazione/divorzio, accompagnata dalla richiesta di affidamento del figlio.⁽²⁾ Passando ad analizzare i limiti di carattere territoriale, il Regolamento si occupa dei soli procedimenti civili instaurati di fronte all'autorità di uno Stato membro⁽³⁾, sia essa un'autorità giudiziaria o non giudiziaria⁽⁴⁾. La previsione si giustifica considerando che se in Italia, così come nella gran parte dei Paesi comunitari, i provvedimenti che pongono fine all'unione matrimoniale o stabiliscono in ordine alla responsabilità genitoriale, hanno carattere giurisdizionale, così non accade in altri Stati pure appartenenti all'Unione europea. Ebbene, quand'anche detti provvedimenti abbiano natura amministrativa, essi rientrano nella nozione «procedimenti civili» di cui al Regolamento n. 1347/2000 e 2201/2003. Nessun dubbio che il Tribunale di Alessandria rientri tra le autorità giudiziarie appartenenti ad uno Stato membro e deputate a regolare le controversie in materia familiare.

Per quanto concerne il limite temporale, il Regolamento n. 1347/2000, entrato in vigore il 1° marzo 2001, è stato sostituito dal Regolamento n. 2201/2003, a far data dal 1° marzo 2005. Nel caso di specie, la domanda introduttiva del giudizio è stata depositata l'8 febbraio 2005, dunque rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento n. 1347/2000 che, in tema di criteri di competenza inerenti le cause matrimoniali, contiene disposizioni corrispondenti a quelle del Regolamento 2201/2003.⁽⁵⁾

Infine, in relazione alle cause in materia matrimoniale, vengono in considerazione i limiti *ratione personae*: due sono i titoli per l'applicazione del Regolamento per quanto riguarda la materia matrimoniale, ossia cittadinanza e residenza abituale del coniuge convenuto in giudizio (art. 7). Il primo requisito si inserisce nel solco della tradizione di diritto internazionale privato che caratterizza, in materia, la gran parte dei Paesi membri: per le questioni strettamente inerenti lo *status* delle persone, il criterio comunemente privilegiato è, infatti, quello della cittadinanza. La previsione del requisito della residenza, invece, è stato aggiunto con la finalità di consentire la realizzazione più ampia possibile dell'obiettivo perseguito con l'approvazione della disciplina in esame, ossia garantire la piena attuazione del principio della libera circolazione delle persone. Per questo, si è stabilito di estendere l'applicazione del Regolamento anche ai cittadini di Stati terzi che presentassero un legame sufficientemente stretto con il territorio comunitario, ossia la residenza. Nell'ambito del Regolamento non viene individuata la nozione di residenza abituale né attraverso una definizione diretta ed espressa né attraverso l'eventuale rinvio al diritto interno degli Stati interessati. Di fronte al silenzio del testo uniforme, la soluzione prospettata è quella di privilegiare una nozione autonoma del termine, resa sulla base del sistema e degli obiettivi dell'ordinamento comunitario. Al riguardo si fa, comunemente, riferimento alla sentenza della Corte di Giustizia CE, nel caso *Fernandez*, in cui si precisa che per residenza deve intendersi «il luogo in cui l'interessato ha fissato, con voluto carattere di stabilità, il centro permanente o abituale dei propri interessi».⁽⁶⁾

Nell'ambito del Regolamento non viene definita neppure la nozione di cittadinanza. Nessun dubbio, peraltro, che essa debba essere intesa facendo riferimento al diritto interno dello Stato di cui il soggetto si presume cittadino.⁽⁷⁾

Anche la condizione di carattere soggettivo risulta concretata nel caso di specie, dal momento che la residenza italiana del convenuto risulta attestata per quanto riguarda il diritto interno, dal relativo certificato depositato in atti e, per quanto riguarda la nozione comunitaria rilevante in sede di applicazione del Regolamento, dalla circostanza per cui non solo il marito ma l'intero nucleo familiare ha localizzato, con carattere di stabilità, il centro abituale dei propri interessi ad Alessandria, a partire dal dicembre 2001.

Assodata l'applicazione del Regolamento al caso di specie, occorre verificare la sussistenza della giurisdizione italiana. Al fine di individuare il giudice competente in materia di scioglimento del vincolo matrimoniale, il Regolamento, all'art. 2.8, impiega una serie di criteri di giurisdizione tra loro, alternativi, ossia posti sullo stesso piano, che attribuiscono competenza a giudicare dello scioglimento e dell'affievolimento del vincolo coniugale, tra l'altro, al giudice in cui è localizzata: (i) la residenza abituale dei coniugi o la loro ultima residenza abituale «comune» (da intendersi nel senso di residenza nell'ambito dello stesso Stato, anche laddove i coniugi vivano separatamente); (ii) la residenza abituale del convenuto; (iii) la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto da almeno un anno prima della presentazione della domanda.⁽⁹⁾

Dunque la giurisdizione italiana, nel caso di specie, si deve affermare sulla base di almeno tre distinti criteri di giurisdizione stabiliti nel Regolamento CE 1347/2000, ossia (i) residenza abituale dei coniugi; (ii) residenza abituale del marito convenuto; (iii) residenza abituale della moglie, ricorrente, prolungata da oltre un anno prima della presentazione della domanda.

Il giudice italiano è, peraltro, competente anche in relazione alla determinazione dell'affidamento del figlio, dal momento che, sulla base dell'art. 3 del Regolamento, «i giudici dello Stato membro in cui viene esercitata, a norma dell'articolo 2, la competenza a decidere sulle domande di divorzio, separazione personale dei coniugi o annullamento del matrimonio sono competenti per le domande relative alla potestà dei genitori sul figlio di entrambi i coniugi se questi risiede abitualmente in tale Stato membro». E detta competenza giurisdizionale, fondata sulla residenza del minore, non essendo, in alcun modo, legata alla sua nazionalità, né alla nazionalità dei genitori, resta in ogni caso attribuita ai giudici italiani dal momento che l'unico figlio della coppia, nato in Italia, risulta residente in Alessandria con la madre.⁽¹⁰⁾

Sulla base delle norme di diritto comune.

Peraltra, anche laddove si volesse negare che il marito, al tempo dell'introduzione della domanda, avesse mantenuto la propria residenza all'interno di un Paese comunitario, la giurisdizione italiana dovrebbe essere affermata sulla base dell'applicazione delle norme di diritto comune.

In difetto dei requisiti di applicazione del Regolamento, in particolare in mancanza del requisito soggettivo della residenza del convenuto nell'ambito di un Paese membro, vengono in considerazione le norme interne, le quali, nell'ambito dei differenti Stati membri, si preoccupano di disciplinare la competenza giurisdizionale in ordine ai procedimenti in materia matrimoniale.

Per quanto riguarda l'Italia, il riferimento alla «legge interna» deve intendersi come rinvio agli artt. 32 e 37 della

legge di riforma del diritto internazionale privato (legge n. 218/95), i quali prevedono, rispettivamente, i titoli di giurisdizione per le controversie relative a divorzio, separazione e annullamento del matrimonio nonché per le controversie relative a filiazione e rapporti personali fra genitori e figli. Nell'ambito della prima disposizione si precisa che la giurisdizione italiana sussiste «oltre che nei casi previsti dall'art. 3, anche quando uno dei coniugi è cittadino italiano o il matrimonio è stato celebrato in Italia».⁽¹¹⁾ Questo significa che la giurisdizione italiana, in materia matrimoniale, è quanto mai estesa, giacché si fonda su di una pluralità di criteri che operano in concorso tra loro, in modo da riportare alla conoscenza dei tribunali interni anche rapporti legati in maniera debolissima con l'ordinamento. I criteri presi in considerazione nell'ordinamento italiano si identificano con (i) la cittadinanza italiana di uno qualunque dei coniugi e (ii) la celebrazione del matrimonio nello Stato, sulla base degli elementi presi in considerazione nell'art. 32. Ma questi si aggiungono e non derogano quanto stabilito nell'art. 3 della stessa legge n. 218/95, cosicché sono in grado di fondare la giurisdizione italiana anche (iii) il domicilio o la residenza italiana del convenuto, nonché (iv) i criteri stabiliti per la competenza territoriale interna, tra i quali compare la residenza dell'attore.⁽¹²⁾ Il *forum actoris* è, d'altronde, previsto in relazione alle controversie di divorzio, anche nell'ambito dell'art. 4 della relativa legge n. 898/70.

Medesimo ragionamento può ripetersi in ordine alla domanda di affidamento del figlio minore, sulla base dell'art. 37 della legge n. 218/95, relativo alla competenza giurisdizionale in tema di rapporti tra genitori e figli.⁽¹³⁾ Quest'ultimo stabilisce, infatti, che la giurisdizione italiana sussiste, oltre che nei casi previsti dagli artt. 3 e 9 della legge di riforma, anche quando uno dei genitori o il figlio è cittadino italiano o risiede in Italia; circostanza, quest'ultima, che si verifica nel caso di specie.

B. Scioglimento di un matrimonio contratto all'estero e non registrato in Italia.

Il matrimonio celebrato all'estero tra cittadini stranieri, residenti in Italia, può essere trascritto nei registri di stato civile a norma del D.P.R. 3 novembre 2000, n. 396 contenente il Regolamento per la revisione e la semplificazione dell'ordinamento dello stato civile, in cui sono espressi i principi fondamentali in materia di trascrizione, iscrizione e annotazione degli atti di stato civile⁽¹⁴⁾. Secondo quanto espresso nel testo stabilito nell'art. 19 del D.P.R. n. 396/2000, il matrimonio può esser trascritto nei registri dello stato civile quando sia stato celebrato in Italia ovvero all'estero, se almeno uno degli sposi abbia cittadinanza italiana o se i coniugi entrambi cittadini stranieri abbiano residenza in Italia. Di conseguenza, può essere trascritto, su richiesta di cittadini marocchini residenti in Italia, il loro matrimonio contratto in Marocco, a condizione che i coniugi siano residenti in Italia.⁽¹⁵⁾

Peraltra, resta inteso che detto matrimonio, anche se non trascritto nei registri dello stato civile italiano, ha piena rilevanza nel nostro ordinamento. Secondo quanto espresso nel testo stabilito nell'art. 28 della legge n. 218/1995, il matrimonio è valido, quanto alla forma, se è considerato tale dalla legge del luogo di celebrazione o dalla legge nazionale di almeno uno dei coniugi o dalla legge dello Stato di comune residenza in tale momento. Il matrimonio celebrato in Marocco tra cittadini marocchini, secondo le norme locali, è, dunque, pienamente valido nello Stato in cui fu celebrato come risulta dalla copia dell'atto di matrimonio prodotta in giudizio. Per quanto riguarda la sostanza, invece,

viene in considerazione l'art. 27 della legge di riforma del diritto internazionale privato, secondo il quale la capacità matrimoniale, in particolare, e le condizioni per contrarre matrimonio, in generale, sono regolate dalla legge nazionale di ciascun soggetto che si accinge al matrimonio. Dunque, i cittadini marocchini rimangono soggetti, in ogni caso, alla legge nazionale in ordine a tutte le condizioni necessarie per contrarre matrimonio o unione ad esso assimilabili.

La mancata trascrizione del vincolo coniugale in Italia non è di per sé elemento ostativo a riconoscere il vincolo nel nostro ordinamento, in quanto la trascrizione non è un elemento costitutivo del matrimonio. Al riguardo basti ricordare la decisione della Corte di Cassazione che, in punto, ha precisato che «il matrimonio celebrato da cittadini italiani (o anche tra cittadini stranieri, in virtù dell'art. 50 ord. stat. civ.) all'estero secondo le forme ivi stabilite, (...) è immediatamente valido e rilevante nell'ordinamento italiano con la produzione del relativo atto»; questo «indipendentemente dall'osservanza delle norme italiane relative alla pubblicazione, che possono dar luogo solo ad irregolarità suscettibili di sanzioni amministrative, ed alla trascrizione nei registri dello stato civile, la quale (a differenza del caso del matrimonio concordatario) ha natura certificativa e di pubblicità, e non costitutiva».⁽¹⁶⁾ Né può sostenersi che, in relazione ad un matrimonio non trascritto, è elemento ostativo alla pronuncia di divorzio in Italia l'impossibilità di annotare detta decisione nei registri di stato civile italiani. Come affermato dalla Suprema Corte, infatti, «non vale ad escludere la giurisdizione del giudice italiano, in caso di domanda di divorzio tra cittadini stranieri, la circostanza che l'eventuale sentenza sarebbe improduttiva di effetti nel territorio della Repubblica, perché insuscettibile di annotazione nei registri dello stato civile nei quali il matrimonio non è stato mai trascritto».⁽¹⁷⁾

3. Individuazione della legge applicabile.

Verificata la sussistenza della giurisdizione italiana in merito ad entrambe le questioni prospettate, ossia scioglimento del vincolo coniugale ed affidamento del figlio minore, preme, ora, identificare la legge regolatrice.

A. Scioglimento del vincolo coniugale.

La legge n. 218/95, all'art. 31 prevede che separazione e divorzio siano disciplinati dalla «legge nazionale comune» dei coniugi nel momento in cui viene chiesto il divorzio o la separazione; nel caso in cui i coniugi non siano cittadini del medesimo Stato, viene in considerazione la legge del Paese in cui «la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata».⁽¹⁸⁾

I criteri di collegamento scelti dal legislatore nazionale per individuare la legge regolatrice della disciplina dell'affievolimento o dello scioglimento del vincolo matrimoniale riccalcano, dunque, quelli impiegati in tema di rapporti personali tra coniugi. Secondo quanto indicato nell'art. 29 della legge di riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, i rapporti personali tra coniugi sono sottoposti alla «legge nazionale comune»; solo in caso di cittadinanza differente, la disciplina di tali rapporti è demandata alla legge dello Stato nel quale «la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata».⁽¹⁹⁾ Si è ritenuto di impiegare i medesimi criteri di collegamento al fine di individuare la legge regolatrice dei rapporti tra coniugi, sia nella fase del loro svolgimento, sia nella fase della loro crisi.⁽²⁰⁾ L'unica differenza riscontrabile tra le norme di conflitto di cui agli artt. 29 e 31 è rappresentata dal momento in cui i criteri vanno presi in considerazione: nella loro fase dinamica, i rapporti personali tra coniugi sono regolati dalle diverse e mutevoli leggi che, di

volta in volta, sono individuate attraverso l'impiego dei criteri della cittadinanza comune e della prevalente localizzazione della vita matrimoniale; mentre nella fase patologica, separazione e divorzio sono soggetti alle leggi individuate grazie all'impiego dei medesimi fattori di connessione, il cui funzionamento va preso in considerazione al momento della presentazione della relativa domanda.

Nessun dubbio sul fatto che entrambi i coniugi, al momento della presentazione della domanda avessero cittadinanza marocchina, di conseguenza la legge regolatrice dello scioglimento del matrimonio va rintracciata nella legge nazionale comune.

Occorre, tuttavia, ricordare che la legge così richiamata non è destinata a venire in considerazione laddove non consenta la separazione e il divorzio; il *favor* nei confronti della dissolubilità del vincolo matrimoniale che, nell'ordinamento interno, è ormai assunto a principio fondamentale, conduce, in tale caso, all'applicazione della legge italiana. L'art. 31, della legge n. 218/95, al secondo comma, stabilisce che «*la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio, qualora non siano previsti dalla legge straniera applicabile, sono regolati dalla legge italiana*». Detta circostanza non ricorre, peraltro, nel caso di specie dal momento che il diritto marocchino prevede diverse modalità di scioglimento del vincolo coniugale.

B. Potestà dei genitori sui figli.

Anche per quanto riguarda il tema dell'affidamento dei figli in caso di divorzio e, più in generale, dei rapporti tra genitori e figli, il legislatore italiano individua la relativa disciplina nella legge nazionale del figlio (art. 36 legge n. 218/95). Il criterio della cittadinanza è largamente impiegato nel sistema italiano di diritto internazionale privato precedente l'approvazione della riforma del 1995(21); esso è fondato sull'idea mancianiana dell'esistenza di un *diritto privato necessario* riguardante il diritto di famiglia, lo statuto personale e la materia successoria, sottoposto alla legge della cittadinanza, alla quale i singoli non potrebbero derogare(22). Espunto da larga parte della legge di riforma, la nazionalità ha mantenuto un ampio margine di operatività proprio in relazione al settore personale, familiare e successorio, secondo una meditata scelta di politica legislativa in base alla quale il criterio in esame, rigettato in relazione ai rapporti a carattere squisitamente patrimoniale è largamente impiegata come migliore alternativa possibile, in relazione alle vicende giuridiche più strettamente legate alla vita personale e privata dell'individuo (come accade, appunto in relazione ai rapporti tra genitori e figli).

Dal momento che risulta la cittadinanza marocchina del figlio, ne consegue che sarà la legge marocchina ad occuparsi di disciplinare anche i rapporti tra quest'ultimo e i genitori in sede di separazione e divorzio.

Occorre, infatti, ricordare che l'acquisto della cittadinanza italiana per nascita (a norma degli artt. 1 e 4 della legge n. 91/1992(23) e degli artt. art. 1 e 2 DPR n. 572/199324) spetta:

al figlio di padre o madre con cittadinanza italiana (*jus sanguinis*);

a chi è nato nel territorio dello Stato italiano se entrambi i genitori sono ignoti o apolidi, ovvero se il figlio non segue la cittadinanza dei genitori secondo la legge del paese al quale appartengono (*jus solis*); per contro, se l'ordinamento del Paese di origine dei genitori prevede la trasmissione automatica della cittadinanza anche al figlio nato all'estero, quest'ultimo, anche se nato in Italia, non acquista la cittadinanza italiana per nascita;(25)

al figlio di ignoti trovato nel territorio dello Stato italiano, se non venga provato il possesso di altra cittadinanza; allo straniero nato in Italia, che vi abbia risieduto legalmente senza interruzioni fino al raggiungimento della maggiore età, il quale diviene cittadino se dichiara di voler acquistare la cittadinanza italiana. A tal fine si considera legalmente residente nel territorio dello Stato italiano chi vi risiede avendo soddisfatto le condizioni e gli adempimenti previsti dalle norme in materia di ingresso e soggiorno e da quelle in materia di iscrizione anagrafica.

Dunque, nel caso di specie, al minore nato in Italia, potrebbe essere attribuita la cittadinanza italiana nel caso in cui questi non avesse la cittadinanza dei genitori, in applicazione della legge del paese al quale appartengono. La circostanza non si verifica, dal momento che la legge marocchina, in punto, stabilisce che, a prescindere dal luogo di nascita, è cittadino marocchino (a) il figlio di padre marocchino e (b) il figlio di madre marocchino e padre sconosciuto. Questo secondo le espresse previsioni dell'art. 6 del Codice della nazionalità marocchino, approvato con Dahir n. 1-58-250, pubblicato, in lingua francese, sul *Bulletin Officiel* del 12 settembre 1958, p. 1492.

4. La disciplina marocchina in materia di famiglia.

Le norme di diritto internazionale privato, in vigore nell'ordinamento italiano, conducono all'applicazione della legge marocchina sia in ordine alla disciplina dello scioglimento del vincolo coniugale, sia in ordine alla disciplina della potestà dei genitori sul figlio e, in particolare, al suo affidamento in caso di divorzio. Pertanto, occorre verificare il contenuto della legge marocchina con riferimento ad entrambe le questioni; il testo da prendere in considerazione è rappresentato dal nuovo Codice della famiglia, contenuto nella legge n. 70/03 del 10 ottobre 2003, promulgata con Dahir n. 1-04-22, pubblicata sul *Bulletin Officiel* (serie generale) n. 5184 del 5 febbraio 2004, p. 418, in lingua araba (allegato n. 1) e sul *Bulletin Officiel* n. 5358 del 6 ottobre 2005, p. 667, in lingua francese (allegato n. 2).

Al fine di meglio comprendere la disciplina contenuta nella legge marocchina, da interpretare secondo i canoni propri del diritto straniero (secondo quanto espressamente indicato nell'art. 15 della legge n. 218/95, il quale dispone che la legge straniera è applicata secondo i propri criteri di interpretazione e di applicazione nel tempo), giova (a) premettere brevi cenni di inquadramento della disciplina previgente, per analizzare (b) l'impostazione innovativa accolta nel codice del 2003, con particolare riguardo alla disciplina del (c) divorzio e della (d) potestà dei genitori sui figli.

A. Dal Codice dello Statuto Personale (*Mudawana*) del 1957 alla riforma del 2003.

Preme ricordare che il primo Codice dello Statuto Personale (*Mudawana* che letteralmente significa «raccolta di leggi»), entrato in vigore nel 1957, era un testo di forte ispirazione religiosa, che trovava i propri fondamenti nella *Shari'a* (la legge religiosa islamica).(26) La *Mudawana* sanciva, in maniera inequivocabile, l'inferiorità della donna nella sfera dei rapporti privati: la donna, infatti, non poteva acconsentire liberamente al proprio matrimonio (abbisognando dell'approvazione di un *Wali*, tutore appartenente alla sua famiglia), né chiedere il divorzio (salvo la ricorrenza di alcuni casi eccezionali, debitamente comprovati).

In particolare se vero è che nella *Shari'a*, il matrimonio ha natura contrattuale, ed è fondato sul consenso delle parti, è altrettanto vero che la donna manifestava il suo consenso

esclusivamente attraverso un tutore matrimoniale musulmano che poteva essere il padre, un parente prossimo maschio o un giudice. Esisteva, inoltre, il matrimonio imposto (*Jabir*): il padre poteva decidere del matrimonio della figlia a sua discrezione; anche se, a dire il vero, tale potere, inizialmente senza limiti, nel corso del tempo ha subito una serie di limitazioni tanto da vedere la propria operatività limitata al caso in cui il padre temesse una «*cattiva condotta*» da parte della ragazza.

Per contro, è il marito il soggetto cui spettava il governo indiscusso sulla vita coniugale e, più in generale, familiare. Dopo aver corrisposto la dote (*Mahr*), senza la quale il matrimonio era viziato in origine, lui governava i beni della famiglia, dirigeva la vita della moglie, aveva il diritto esclusivo ed illimitato non solo di stipulare un successivo matrimonio, ma anche di ripudiare la moglie in qualunque momento e senza la sussistenza di un valido motivo.

Altrettanto discriminatorie nei confronti della donna, erano le norme della *Mudawana* riguardanti i rapporti tra genitori e figli. Il capo e il responsabile ultimo dell'educazione dei figli era solo e soltanto il padre. Esisteva, a dire il vero, una ripartizione dei compiti educativi: nel senso che alla madre spettava la cura del bambino in tenerissima età, fino ai cinque/sei anni, ma esclusivamente dentro le mura domestiche. Al padre, o in sua mancanza agli uomini della famiglia paterna, spettava l'affidamento del figlio che consiste nel sorvegliare l'istruzione del bambino. Disposizione ancora più emblematica è quella secondo la quale, in caso di ripudio, i figli erano affidati al padre.

Dati questi brevi cenni, non stupisce che la *Mudawana* sia stata oggetto di acese contestazioni fin dagli anni '70, a causa del suo crescente sfasamento rispetto alla realtà sociale ed ai principi di uguaglianza e non discriminazione sancti nello stesso diritto marocchino e promossi a livello internazionale per mezzo di convenzioni e patti sui diritti umani fondamentali.

Ma è dall'inizio degli anni Novanta che i movimenti femminili ottengono i primi successi. Una vittoria giudicata, peraltro, non soddisfacente, è stata ottenuta con l'approvazione della riforma del 1993, dovuta al re Hassan II, che decise di apportare alcune modifiche al Codice marocchino, con il fine di migliorare la condizione della donna. Infatti nel 1993 vennero adottati alcuni emendamenti: innanzitutto fu introdotto il diritto per la prima moglie di essere avvisata in caso di nuovo matrimonio del marito, nonché il diritto per la nuova sposa di essere informata del precedente matrimonio del marito; inoltre venne introdotta la cosiddetta clausola di monogamia, la quale attribuiva alla moglie il diritto di chiedere il divorzio nel caso in cui il marito avesse deciso di contrarre matrimonio con un'altra donna; venne poi introdotto un articolo (il 52bis), il quale stabiliva che, in caso di ripudio, il marito dovesse alla moglie un dono di consolazione (*mutah*), il quale veniva fissato tenendo conto non solo della situazione finanziaria del marito e della donna ripudiata, ma anche del pregiudizio subito dalla moglie, in caso di ripudio senza validi motivi.

La riforma non ha placato il movimento femminile, che in seno alla IV Conferenza Mondiale delle Nazioni Unite sulla donna (Pechino, 1995), stringeva una serie di alleanze strategiche che portavano le associazioni femminili marocchine, tunisine e algerine a presentare una proposta di Codice della famiglia alternativo che ha, ovviamente, incontrato una fortissima opposizione da parte dei gruppi islamici.

Di fronte all'impossibilità di arrivare ad una mediazione, il

Governo ha deciso di rimettere il dossier *Mudawana* nelle mani del nuovo re Mohamed VI che, fin dal suo discorso di insediamento nel 1999, ha palesato la sua intenzione di voler modificare radicalmente la posizione della donna nella società marocchina, sostenendo che non era possibile «*per sperare di assicurare progresso e prosperità quando le donne, che costituiscono la metà della società, vedono i loro diritti calpestati, subiscono ingiustizie e violenze e vengono emarginate, a dispetto del diritto alla dignità ed all'equità che viene conferito loro dalla nostra santa religione*».

La nuova legge n. 70/03, contenente il Codice della famiglia, viene approvata all'unanimità nelle due camere del Parlamento il 10 ottobre 2003, ed il testo viene pubblicato sul *Bulletin Officiel* (serie generale) n. 5184 del 5 febbraio 2004, data in cui entra in vigore.

B. Il Codice della famiglia del 2003.

Per quanto riguarda la disciplina del matrimonio preme sottolineare che il nuovo Codice della famiglia compie una vera e propria rivoluzione in materia di rapporti fra coniugi.(27) Al fine di apprezzare la portata dei cambiamenti introdotti, basta analizzare la definizione stessa di matrimonio fornita nell'art. 4 del codice in cui si precisa che «*il matrimonio è un contratto legale per il quale un uomo ed una donna acconsentono ad unirsi in vista di una vita coniugale comune e duratura. Esso ha come obiettivo la vita nella fedeltà, la purezza e la costituzione di una famiglia stabile, sotto la direzione dei due coniugi conformemente alle disposizioni di questo codice*». Dunque, con il matrimonio, l'uomo e la donna costituiscono una famiglia e la dirigono insieme.

Non stupisce, allora, che la donna maggiorenne possa concludere personalmente il contratto di matrimonio. Contrariamente, a quanto affermato nella *Moudawana*, in cui il legislatore aveva limitato questo diritto alla donna maggiorenne orfana di padre, l'articolo 25 del nuovo Codice della famiglia estende tale regola a tutte le donne maggiorenne. Non viene del tutto abolita la tutela matronale (*wilaya*), la quale, tuttavia, ora è diventata un vero e proprio «*diritto della donna*», ed è «*esercitato dalla donna maggiorenne a sua scelta e secondo il suo interesse*» (art. 24). Il Codice della famiglia introduce importanti innovazioni anche con riferimento a tale istituto. Se prima, infatti, il tutore era predeterminato per legge, ora, invece, questi viene scelto liberamente dalla donna senza che il Codice le imponga più la categoria dei parenti suscettibili di divenire tutori matrimoniai.

Anche per quanto concerne l'età per contrarre matrimonio il nuovo Codice della famiglia sancisce l'uguaglianza tra uomo e donna, fissandola per entrambi a 18 anni compiuti. Viceversa, la *Mudawana* prevedeva che l'uomo potesse contrarre matrimonio una volta compiuti 18 anni, mentre stabiliva che per la donna bastassero i 15 anni. Nell'attuale Codice della famiglia l'art. 20 prevede, in effetti, una dispensa d'età, di cui possono beneficiare sia i ragazzi sia le ragazze, per il matrimonio dei minorenni: al fine, però, di prevenire gli abusi, e soprattutto di prevenire i matrimoni precoci, la dispensa è subordinata all'autorizzazione del giudice competente.

Le nuove norme mostrano, dunque, la volontà di assicurare pari dignità a uomo e donna: la relazione matrimoniale produce, infatti, per entrambi analoghi effetti. La famiglia è posta sotto la direzione di entrambi i coniugi, e non più sotto quella esclusiva del marito; viene, così, meno il dovere di obbedienza della moglie nei confronti del marito, dal momento che nel rapporto quotidiano nessuno dei due coniugi può comandare l'altro, dovendo rispettarsi reciprocamente.

Per quanto concerne la gestione dei beni dei coniugi, pur mantenendo il principio della separazione degli stessi, il nuovo Codice ha introdotto la possibilità per marito e moglie di accordarsi, in un documento *ad hoc*, per quel che riguarda il modo di far fruttare e ripartire i beni acquisiti durante il matrimonio. In caso di disaccordo, si dovrà fare ricorso al giudice.

Con il nuovo Codice della famiglia, la monogamia diviene la regola, mentre la poligamia costituisce l'eccezione. Quest'ultima viene vietata dall'articolo 40 del Codice della famiglia sia «quando si teme un'ingiustizia tra le mogli» (disposizione presente anche nella *Moudawana*), sia quando viene inserita nel contratto di matrimonio una clausola di monogamia (disposizione introdotta nella *Moudawana* in seguito alle modifiche del 1993). Il nuovo Codice della famiglia ha poi introdotto importanti innovazioni: l'articolo 41 prevede, infatti, che il tribunale non autorizzi la poligamia «se non è stata dimostrata una giustificazione eccezionale ed oggettiva», ovvero «se il marito non dispone di risorse sufficienti per mantenere le due famiglie e garantire tutti i diritti, fra cui gli alimenti, l'alloggio e l'uguaglianza in tutti gli aspetti della vita». Il Codice ha, poi, confermato il diritto per la prima moglie di essere avvisata in caso di nuovo matrimonio del marito, nonché il diritto per la nuova sposa di essere informata del precedente matrimonio del marito.

Per quanto, infine, concerne la dissoluzione del vincolo coniugale, tre sono le cause espressamente indicate nel nuovo codice marocchino, all'art. 71, ossia (a) decesso di uno dei coniugi, (b) annullamento per vizio inerente l'atto di matrimonio (o per una delle altre cause previste dal codice stesso) oppure (c) divorzio, nelle sue quattro sottocategorie del divorzio/ripudio, divorzio giudiziale, divorzio per mutuo consenso, divorzio/ripudio dietro corrispettivo.

C. La disciplina del divorzio.

Nel complesso, il nuovo Codice della famiglia marocchino prevede quattro differenti tipologie di divorzio, ossia il (a) divorzio/ripudio, (b) il divorzio giudiziale, (c) il divorzio per mutuo consenso, (d) il divorzio/ripudio dietro corrispettivo.

(a) Il divorzio/ripudio.

Per quanto riguarda il divorzio, l'art. 78 lo definisce «la dissoluzione dei legami del matrimonio. Il diritto al divorzio è esercitato dallo sposo e dalla sposa secondo le condizioni alle quali ciascuno è sottoposto, sotto il controllo del giudice».

Ciò significa che in linea di principio è il marito, per sua esclusiva volontà, a poter chiedere il divorzio; la moglie potrà godere di questo diritto solo allorché il marito glielo abbia conferito, ad esempio acconsentendo che nell'atto di matrimonio sia scritta la formula «*Io sono padrona di me stessa*».

Questa tipologia di divorzio ha sostituito il ripudio (*Talaq*) che, precedentemente all'entrata in vigore della legge di riforma, veniva riconosciuto esclusivamente all'uomo, il quale non era vincolato da particolari prescrizioni e limiti in ordine al suo esercizio. Al riguardo basti ricordare che al marito era consentito di liberarsi dal vincolo coniugale semplicemente pronunciando per tre volte la formula di ripudio.

Oggi, a seguito dell'introduzione della legge di riforma, non solo tale diritto può essere eccezionalmente attribuito anche alla donna, ma il suo esercizio viene limitato e sottoposto al controllo della magistratura, tanto da divenire una sottocategoria del divorzio. Non a caso è stato abolito il ripudio verbale: il divorzio/ripudio è, infatti, sempre subordinato all'autorizzazione del giudice che esperisce il tentativo di conciliazione, verifica le condizioni degli sposi, approva le

clausole patrimoniali e garantisce il rispetto dei diritti dei figli. In sostanza esso si fonda su di un atto, ricevuto da due *adouls* (notai, competenti alla redazione dell'atto di matrimonio nonché alla ricezione dell'atto di divorzio), nel quale sia espressa la volontà del marito di sciogliere le relazioni coniugali ed in cui vengano fissate le condizioni economiche per detto scioglimento. Una volta redatto l'atto di divorzio/ripudio, il marito si presenta al giudice per chiedere la relativa autorizzazione, in modo che la competente autorità giudiziaria, da un lato, possa esperire il tentativo di conciliazione e, dall'altro, evitare gli abusi, garantendo i diritti tanto del coniuge divorziato quanto dei figli.

Secondo quanto precisato nell'art. 84, i diritti economici spettanti alla donna ripudiata comprendono:

il residuo della dote (*sadaq*), se necessario, l'assegno di mantenimento adeguato a soddisfare tutte le esigenze definite all'articolo 189 (*Idda*), ossia alimentazione, abbigliamento, cure mediche e tutto ciò che è considerato indispensabile come l'istruzione dei figli, considerando i redditi della persona obbligata e il tenore di vita cui la famiglia era abituata;

il cd. regalo di consolazione (*Mout'a*) che sarà quantificato prendendo in considerazione la durata del matrimonio, la situazione finanziaria dei coniugi, le ragioni del divorzio ed il grado di colpa imputato al coniuge.

Alla moglie spetta, di regola, continuare a risiedere nel domicilio coniugale; in caso contrario, spetterà al marito provvedere alla sistemazione in un alloggio adeguato, in funzione della sua situazione finanziaria.

Con riferimento al mantenimento dei figli, l'art. 85 precisa che gli importi spettanti a questi ultimi sono fissati ai sensi degli articoli 168 e 190, rimanendo, comunque, parametrati alla situazione precedente il divorzio, per quanto riguarda le condizioni di vita, l'istruzione e la salute.

(b) Il divorzio giudiziale

Medesimi compiti il tribunale svolge anche nel caso di divorzio giudiziario. La prima causa per cui può essere chiesto il divorzio giudiziario è la cd. *discorde*, ossia una situazione di contrapposizione così profonda e permanente tra i coniugi da rendere intollerabile la prosecuzione della vita coniugale. Come specificato nell'art. 94, se entrambi i coniugi, o uno di loro, chiedono al tribunale di regolare un contrasto così forte da mettere in pericolo la prosecuzione della vita matrimoniale, spetta al giudice adito intraprendere qualsiasi tentativo in previsione della loro riconciliazione. Solo in caso di impossibilità di riconciliazione, e allorché persista una situazione di grave conflitto, il tribunale pronuncia, entro sei mesi dalla data di presentazione della domanda, il divorzio e statuisce sui diritti dei coniugi, previa valutazione della responsabilità di ciascuno in ordine ai motivi della separazione (art. 97).

Per quanto riguarda la disciplina relativa ai rapporti patrimoniali tra i coniugi ed agli obblighi di mantenimento nei confronti dei figli, la disciplina è identica a quella prevista per il divorzio/ripudio agli artt. 83, 84 e 85 sopra citati.

A dire il vero, l'esistenza di una situazione conflittuale all'interno del nucleo familiare non rappresenta l'unico motivo di divorzio giudiziale. Ad esso se ne aggiungono altri sei, tutti invocabili esclusivamente dalla donna, ossia: 1. inadempimento del marito ad una delle condizioni stipulate nell'atto di matrimonio; 2. pregiudizio; 3. mancato rispetto degli obblighi di mantenimento; 4. assenza; 5. presenza di vizi redibitori; 6. l'abbandono del letto coniugale (art. 98). I primi due motivi vanno trattati congiuntamente dal mo-

mento che in realtà, il primo sembra costituire una sottocategoria del secondo, nel senso che qualsiasi inadempimento ad una delle condizioni espressamente inelusse nell'atto di matrimonio è, *ex lege*, considerato come *pregiudizio*, considerato ragione giustificatrice della richiesta di divorzio. Quest'ultimo comprende anche altre tipologie di atti o fatti, in particolare comprende qualsiasi comportamento che causi un pregiudizio materiale o morale alla moglie, tale da rendere impossibile o intollerabile la prosecuzione della vita coniugale. Il comportamento può essere sia materiale, ad esempio consistere in un atto di violenza, sia morale, ossia consistere in ingiurie, insulti o minacce. Secondo quanto espressamente indicato nell'art. 99, infatti, tutti gli atti o i comportamenti infamanti per la moglie o contrari ai buoni costumi e tali da provocarle un danno materiale o morale e da porla nell'impossibilità di proseguire la vita coniugale, rappresentano un pregiudizio in grado di giustificare la richiesta di divorzio.

Per quanto riguarda, invece, la violazione degli obblighi di mantenimento, la sposa può chiedere il divorzio giudiziario alle seguenti condizioni: 1. se il coniuge dispone di beni che permettono di assolvere detto obbligo di mantenimento, il tribunale decide il mezzo d'esecuzione più appropriato per garantire il sostentamento della famiglia (quale sequestro del conto corrente bancario o pignoramento dello stipendio) e non dà seguito alla domanda di divorzio; 2. in caso d'indigenza debitamente provata del marito, il tribunale gli assegna un termine che non superi i trenta giorni per garantire il sostentamento alla moglie: in caso contrario ed ecetto circostanze eccezionali, il divorzio viene, invece, pronunciato; 3. il tribunale pronuncia il divorzio, immediatamente se il marito rifiuta espressamente di assumere il mantenimento della moglie senza provare la sua incapacità a tale riguardo (art. 102).

Nella disposizione successiva si precisa che dette disposizioni si applicano anche quando il marito è assente (art. 103).

Inoltre, se il marito si assenta dall'abitazione coniugale per un periodo che eccede un anno, la moglie ha facoltà di chiedere il divorzio giudiziario (art. 104). In tal caso, ovviamente, prima di pronunciare il divorzio il tribunale è tenuto ad indagare le ragioni dell'assenza del marito, preoccupandosi di notificargli l'atto introduttivo del giudizio; peraltro, se l'indirizzo del marito è sconosciuto, il tribunale avvia, con il concorso del pubblico ministero, le procedure che giudica utili per fargli notificare il ricorso. In mancanza di costituzione del marito, il tribunale pronuncia il divorzio (art. 105). Passando al quinto motivo giustificativo della domanda di divorzio, l'art. 106 del nuovo codice marocchino, individua, come vizi redibitori del matrimonio, tali da mettere in pericolo la stabilità della vita coniugale e dunque giustificanti la domanda di porvi fine: (1) i difetti che impediscono le relazioni coniugali e (2) le malattie che costituiscono un pericolo per la vita dell'altro coniuge o per la sua salute e di cui non si può immaginare la guarigione entro il termine di un anno. L'ultimo motivo che giustifica la richiesta di divorzio avanzata dalla donna è il non compimento, da parte del marito, dei propri doveri coniugali. In tal caso, la donna può ricorrere al giudice che fisserà al marito un termine di quattro mesi: passato detto termine, se il marito non modifica il proprio comportamento, il divorzio viene pronunciato.

Occorre, a questo punto, sottolineare che il divorzio pronunciato dal tribunale è irrevocabile, salvo il divorzio per abbandono del letto coniugale e per difetto di mantenimento. Inoltre si precisa che le sentenze di divorzio pronunciate da

un tribunale marocchino non sono suscettibili di alcun ricorso nella parte in cui la decisione mette fine ai legami coniugali; mentre quelle pronunciate da giurisdizioni straniere sono riconosciute solo se rese da un tribunale competente e fondate su ragioni non incompatibili con quelle stabilite nel diritto marocchino quali ragioni giustificative della fine della relazione coniugale.

(c) Il divorzio per mutuo consenso

A norma dell'art. 114, i coniugi possono mettersi d'accordo sulla fine della loro unione senza stabilire condizione alcuna, ovvero prevedendo dettagliate condizioni economiche e personali che non siano incompatibili con le disposizioni del codice vigente o pregiudizievoli per gli interessi dei figli.

In tal caso, la domanda è presentata al tribunale dai coniugi o da uno di loro, accompagnata da un documento comprovante l'accordo di scioglimento del vincolo coniugale, al fine di ottenere l'autorizzazione indispensabile a renderlo efficace. Il tribunale esperisce, innanzitutto, il tentativo di riconciliazione e, solo quando la riconciliazione risulti impossibile, autorizza il divorzio, rendendolo efficace.

(d) Il divorzio mediante compensazione (*Khol'*).

L'art. 115 del Codice della famiglia disciplina l'istituto del *Khol'* dietro corrispettivo: attraverso tale istituto, la moglie può chiedere al marito di porre fine al matrimonio dietro pagamento di una somma di denaro. Se la determinazione dell'importo da versare da parte della moglie avviene di comune accordo tra i due coniugi, si applicano le disposizioni sul divorzio per mutuo consenso espresse nell'art. 114; nel caso in cui, invece, detto accordo manchi, il divorzio viene pronunciato dal giudice cui spetta di determinare l'importo del corrispettivo spettante all'uomo.

Peraltra, l'art. 117 precisa che la donna ha diritto alla restituzione della compensazione per la cessazione del matrimonio se prova che il suo *Khol'* sia il risultato di una costrizione o di una violenza fisica o morale inflitta dall'exconiuge. In ogni caso, il divorzio produce i suoi effetti.

D. La custodia dei figli.

Norma fondamentale del codice marocchino vigente in materia di rapporti genitori-figli è l'art. 54, a norma del quale, i genitori devono garantire ai loro bambini i seguenti diritti: 1. la protezione della vita e della salute dal momento del concepimento fino al raggiungimento della maggiore età; 2. la preservazione della identità, in particolare per quanto riguarda il nome ed il cognome, la nazionalità, e l'iscrizione nei registri di stato civile; 3. il riconoscimento della filiazione, la custodia e l'obbligo di mantenimento, conformemente alle disposizioni del libro III del vigente codice; 4. l'allattamento al seno da parte della madre, se possibile; 5. l'assunzione di tutte le misure possibili per garantire la crescita normale dei bambini preservando la loro integrità fisica e psicologica e vegliando sulla loro salute con la prevenzione e le cure; 6. l'orientamento religioso, l'istruzione, i valori morali e la preservazione dalla violenza che comporta danni corporali e morali, come pure la preservazione da ogni sfruttamento pregiudizievole agli interessi del bambino; 7. l' insegnamento e la formazione che lo aiutino ad accedere alla vita attiva ed essere un membro utile nella società.⁽²⁸⁾

Quando i coniugi si separano, questi doveri sono distribuiti tra loro conformemente a ciò che è previsto in materia di affidamento. Oltre ai diritti summenzionati, il bambino minorenne ha diritto ad una protezione specifica, tenuto conto del suo stato, in particolare in tema di istruzione e formazione che devono essere adattati al suo *handicap*, in vista di facilitarne l'inserimento nella società. Lo Stato è responsabile del

fatto che siano prese le misure necessarie alla protezione dei bambini, alla loro custodia ed alla preservazione dei loro diritti conformemente alla legge. Il pubblico ministero controlla l'esecuzione delle disposizioni sopra indicate. Secondo le espresse previsioni di cui all'art. 164 del Codice della famiglia, la custodia del bambino spetta congiuntamente al padre ed alla madre finché persistono i legami coniugali. La custodia si prolunga, tanto per il figlio che per la figlia, fino alla maggiore età legale, individuata nei 18 anni per entrambi i sessi.

Nel momento in cui viene sciolta la relazione coniugale, il figlio che abbia già compiuto i quindici anni di età, ha il diritto di scegliere quale sia il genitore affidatario. In mancanza del padre e della madre, il bambino può scegliere quale, tra i parenti dei suoi genitori, diventi il suo tutore, purché questa scelta non sia contraria ai suoi stessi interessi ed a condizione che il suo rappresentante legale sia d'accordo. In caso di rifiuto di quest'ultimo, il giudice è investito per deliberare secondo l'interesse del minore.

Per quanto riguarda, invece, i minori di anni quindici, soccorre l'art. 171, il quale prevede un rigoroso ordine di preferenza legale, secondo il quale la custodia dei figli è affidata in primo luogo alla madre, quindi al padre e, in via successiva, alla nonna materna del bambino. In difetto, il tribunale decide, al fine di proteggere il bambino, di attribuire la custodia a quello, tra i parenti dei genitori, che appaia il più adatto ad assumerla, garantendo al bambino un alloggio e un tenore di vita adeguato.

Resta salvo il principio per cui, anche in caso di divorzio, il padre deve provvedere alle necessità dei suoi figli fino alla maggiore età o fino a venticinque anni per quanto riguarda i figli che proseguono i loro studi. In ogni caso, la figlia perde il suo diritto al mantenimento allorché disponga di risorse proprie o quando si sia sposata ed il suo mantenimento spetti al marito. Il padre deve continuare a garantire il mantenimento dei bambini portatori di *handicap* ed incapaci di procurarsi risorse.

Peralterò, quando il padre è, completamente o parzialmente, incapace di provvedere al mantenimento dei propri figli, spetta alla madre garantirne il sostentamento per l'importo che il padre è nell'incapacità di garantire.

Infine, va precisato che la madre può ottenere e mantenere la custodia del figlio anche nel caso in cui contragga un nuovo matrimonio o in caso di trasferimento in altra città, a condizione di adempiere correttamente alle condizioni eventualmente stabilite dal giudice, in sede di divorzio o successivamente quando si realizzino le nuove condizioni di vita della donna.

5. Il rilievo dell'ordine pubblico.

Verificato il contenuto della legge marocchina, è opportuno analizzare alcune questioni che potrebbero porsi in ordine alla sua applicazione nel caso di specie.⁽²⁹⁾ In particolare, occorre chiedersi se, in punto, rilevi il limite dell'ordine pubblico, così come disciplinato all'art. 16 della legge n. 218/95, il quale dispone che la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico.⁽³⁰⁾

Non è questa la sede per approfondire la nozione in oggetto, ma è sufficiente ricordare che essa non va confusa con la differente nozione di ordine pubblico interno; quest'ultimo rappresenta un limite all'autonomia negoziale nel diritto privato interno senza rilevare a livello di diritto internazionale privato, ossia quale limite all'applicazione della legge straniera richiamata dalle norme di conflitto (o al riconosci-

mento delle decisioni pronunciate all'estero *ex art. 64 della legge n. 218/95*).

La nozione di ordine pubblico che viene in considerazione deve, infatti, essere identificata con il complesso dei principi fondamentali che caratterizzano la struttura etico-sociale della comunità nazionale e con i principi inderogabili immanenti nei più importanti istituti giuridici, non sacrificabili di fronte ad una legge straniera la cui applicazione porti a risultati, con essi, incompatibili; in questa prospettiva, si afferma comunemente che l'ordine pubblico ha lo scopo di difesa della coerenza del nostro ordinamento giuridico. Recentemente la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare che «non può ritenersi una coincidenza tra le norme inderogabili dell'ordinamento italiano ... e i principi di ordine pubblico, dovendo, di contro, questi ultimi ravvisarsi nei principi fondamentali della nostra Costituzione, o in quelle altre regole che, pur non trovando in essa collocazione, rispondono all'esigenza di carattere universale di tutelare i diritti fondamentali dell'uomo, o che informano l'intero ordinamento in modo tale che la loro lesione si traduce in uno stravolgimento dei valori fondanti dell'intero assetto ordinamentale».⁽³¹⁾

Nel caso di specie non sembra, peraltro, possa configurarsi una incompatibilità tra principi di ordine pubblico e norme relative alla custodia dei figli. È ben vero che dopo la riforma del diritto di famiglia, la legge marocchina sembra addirittura sbilanciata a favore della posizione della madre che è indicata, in caso di divorzio, come la persona cui devono essere affidati i figli minori di quindici anni. Ma è altrettanto vero che l'applicazione della legge marocchina, nel caso di specie, porta ad affidare il figlio al genitore che ne ha, da sempre, la cura, con esso convive e provvede al suo mantenimento.

A. Ordine pubblico e motivi di divorzio.

Neppure in materia di divorzio, la domanda della ricorrente sembra, peraltro, porre problemi di contrasto con i principi di ordine pubblico vigenti nell'ordinamento italiano, nonostante le profonde divergenze esistenti con la disciplina marocchina. In Italia, lo scioglimento del vincolo coniugale può essere pronunciato solo con una sentenza, dopo che il giudice abbia accertato sia l'esistenza di una delle cause tassativamente previste, sia la concreta impossibilità di mantenere o ricostituire la comunione di vita tra i coniugi; inoltre, le cause di divorzio previste dalla legge sono, come noto, la separazione legale protrattasi ininterrottamente per un triennio, l'esistenza di reati gravissimi a carico di un coniuge, la non consumazione del matrimonio, il mutamento di sesso di un coniuge, l'aver ottenuto il divorzio o un nuovo matrimonio all'estero da parte dell'altro coniuge che sia cittadino straniero.

Nel caso di specie, però, non è il diritto italiano ma il diritto marocchino a regolare lo scioglimento del legame esistente tra i coniugi. Si pone, quindi, il problema di verificare se le disposizioni contenute nel Codice della famiglia marocchino, astrattamente suscettibili di entrare in contrasto con principi fondamentali vigenti nell'ordinamento italiano, possano in concreto produrre effetti contrari all'ordine pubblico.

In proposito, si è osservato come il limite dell'ordine pubblico non si concretizzi più nel contrasto insanabile tra contenuto della legge straniera e contenuto della legge italiana⁽³²⁾, ma nel contrasto insanabile tra applicazione concreta della legge straniera e salvaguardia dei principi fondamentali sottesi agli istituti giuridici che caratterizzano l'ordinamento interno⁽³³⁾.

Sulla base di tale assunto, già a partire dagli anni Ottanta, la giu-

risprudenza ha ammesso il riconoscimento di sentenze di divorzio, pronunciate sulla base di leggi straniere che per lo scioglimento del vincolo matrimoniale richiedevano motivi analoghi, ma non coincidenti con quelli previsti dalla legge italiana⁽³⁴⁾. E, sul punto non può negarsi che un'influenza decisiva è destinato ad esercitare il Regolamento 2201/2003, il quale, analogamente a quanto previsto già nel previgente Regolamento 1347/2000, precisa che il riconoscimento di una decisione di divorzio, separazione o annullamento non potrà essere negato «perché la legge dello Stato membro richiesto non prevede per i medesimi fatti il divorzio, la separazione personale o l'annullamento del matrimonio» (art.25). La disposizione risponde proprio al timore, manifestato dagli Stati con disposizioni interne più flessibili relativamente alla concessione del divorzio, che le decisioni pronunciate dai propri tribunali non venissero riconosciute negli altri Stati membri; e, nell'ambito della nozione "legge interna", nessun dubbio che debba essere ricompresa tanto il diritto materiale quanto il diritto internazionale privato dello Stato in cui il riconoscimento viene fatto valere.⁽³⁵⁾

Con riferimento a detta previsione, non è in discussione il fatto che il Regolamento si riferisca esclusivamente all'impossibilità, per il giudice italiano, di negare il riconoscimento di sentenze provenienti da altri giudici comunitari adducendo che la legislazione interna non prevede la possibilità di pronunciare il divorzio per le medesime ragioni. Ma non può negarsi che il contenuto stesso e l'operatività dell'ordine pubblico è destinato a mutare se si ammette che decisioni straniere di divorzio provenienti da Paesi comunitari siano ammesse a circolare liberamente in Italia nonostante risultino fondate su motivazioni differenti da quelle prese in considerazione nel diritto interno. E', infatti, evidente l'influenza che detta normativa svolge anche al di fuori dell'ambito di applicazione del Regolamento, ossia anche in relazione a decisioni provenienti da Stati extracomunitari. Proprio in materia di motivi di divorzio, inoltre, la Corte di Cassazione ha avuto modo di precisare come non possa per sé essere ritenuta contraria all'ordine pubblico italiano una normativa o una decisione straniera laddove preveda che il matrimonio possa essere «sciolto con procedure e per ragioni e situazioni non iden-tiche a quelle contemplate dalla legge italiana, costituendo in realtà profilo di ordine pubblico solo la necessità che lo scioglimento del matrimonio venga pronunciato solo all'esito di un rigoroso accertamento - condotto nel rispetto dei diritti di difesa delle parti, e sulla base di prove non evidenzianti dolo o collusione delle parti - dell'irrimediabile disfacimento della comunione familiare il quale costituisce l'unico inderogabile presupposto delle varie ipotesi di divorzio previste dall'art. 3 della legge n. 898 del 1970».⁽³⁶⁾

Non a caso, diverse decisioni di Corti di merito hanno preso in considerazione proprio il caso del divorzio pronunciato in assenza di un precedente periodo di separazione tra i coniugi. Già prima dell'entrata in vigore della Legge n. 218/1995, in un caso di scioglimento del vincolo matrimoniale tra due cittadini rumeni, il Tribunale di Cosenza ha confermato l'applicabilità la legge rumena, anche se tale legge non prevede la separazione, ma solo il divorzio, precisando che tale circostanza non rende di per sé la legge contraria all'ordine pubblico⁽³⁷⁾. In tempi più recenti, il Tribunale di Tivoli non ha esitato a pronunciare lo scioglimento del matrimonio civile tra due cittadini albanesi, secondo la loro legge nazionale comune, in virtù dell'art. 31 della legge n. 218 del 1995. Secondo il Tribunale, infatti, «non contrasta con l'ordine pubblico l'art. 94 del codice della famiglia albanese, il quale prevede il divorzio per maltrattamenti, senza che sia necessario richiedere preventivamente la separazione».⁽³⁸⁾

Recentemente, il Tribunale di Pordenone si è trovato ad affrontare una questione del tutto simile a quella in discussione nel caso di specie presso il Tribunale di Alessandria⁽³⁹⁾. In particolare si trattava del ricorso promosso da una donna di cittadinanza marocchina, al fine di ottenere la separazione dal marito, anch'esso di cittadinanza marocchina, per il sopraggiungere di fatti tali da rendere intollerabile la prosecuzione della convivenza coniugale, addebitabili al marito. Nell'atto introduttivo la ricorrente precisava di aver contratto matrimonio in Marocco e di essersi, successivamente, trasferita in Italia dove nasceva la figlia e dove la famiglia stabiliva la propria residenza. Con memoria ex art. 183 c.p.c., la ricorrente modificava la domanda chiedendo la pronuncia del divorzio e non della separazione (secondo quanto stabilito dalla legge marocchina, comune ai coniugi e applicabile al merito della lite ex art. 31 della legge n. 218/1995) e, contestualmente, l'affidamento della figlia minorenne.

La domanda della ricorrente trovava fondamento, più specificamente, sull'art. 99 del nuovo codice della famiglia marocchino, il quale, come sottolineato, prevede la possibilità per la moglie di chiedere il divorzio giudiziario nel caso di pregiudizio, identificato in tutti quegli «atti o comportamenti infamanti per la moglie o contrari ai buoni costumi tali da provocare un danno materiale o morale alla moglie e da porla nell'impossibilità di proseguire la via coniugale».

Nel caso di specie, risultando accertato che nel corso del matrimonio il marito ha percosso la moglie, il Tribunale di Pordenone non ha esitato a pronunciare il divorzio sulla base delle norme del nuovo codice marocchino, senza preoccuparsi della mancanza di un precedente periodo di separazione personale e nonostante le resistenze del marito, che si opponeva al ricorso. Inoltre, anche in ordine alla richiesta di affidamento della figlia minore, l'istanza della ricorrente è stata accolta dal Tribunale di Pordenone, sulla base della motivazione per cui il nuovo codice della famiglia marocchino prevede che la custodia e l'affidamento dei figli minori siano concessi alla madre, anche nel caso in cui costei risieda in località diversa da quella del marito. Nel caso di specie, risultava provato che, dal momento della crisi e per tutta la durata del procedimento, la minore aveva continuato a convivere con la madre, e che il padre, oltre a non aver avanzato specifiche istanze di affidamento, non ha neppure provveduto a recarsi in visita alla figlia.

6. Conclusioni.

Premesse le considerazioni che precedono, la risposta al quesito postomi da Codesto Ill.mo Tribunale può essere sintetizzata come segue:

con riferimento al procedimento *de quo*, sussiste la giurisdizione italiana in applicazione delle norme contenute nel Regolamento (CE) 1347/2000 sia per quanto riguarda lo scioglimento del vincolo coniugale, sia per quanto riguarda l'affidamento del figlio minore, dal momento che il marito, convenuto, e il figlio sono residenti in Italia. Peralterò, anche nel caso in cui ci volesse localizzare la residenza del marito, al momento dell'instaurazione del giudizio, fuori dalla Comunità europea, la giurisdizione italiana sussisterebbe comunque, in base alle norme contenute nella legge n. 218/95, agli artt. 32 e 37; sulla base delle rilevanti disposizioni di diritto internazionale privato richiamate (artt. 31 e 36 della legge n. 218/95), trova applicazione il diritto marocchino e, in particolare, il Codice della famiglia, contenuto nella legge n. 70/03 del 10 ottobre 2003, che disciplina sia i rapporti tra coniugi sia i rapporti tra genitori e figli, nonché il loro affidamento in caso di divorzio;

per quanto riguarda i rapporti tra i coniugi, la suddetta disciplina attribuisce a marito e moglie una posizione di sostanziale parità dei diritti nella gestione della vita coniugale; ciò ha determinato, tra l'altro, la possibilità, per la donna, di chiedere ed ottenere lo scioglimento del vincolo matrimoniale per tutta una serie di motivi, espressamente codificati e non necessariamente connotati dal carattere dell'eccezionalità, come avveniva nel passato;

a differenza della legge italiana, la disciplina marocchina non prevede l'istituto della separazione, ma esclusivamente l'istituto del divorzio, che può assumere quattro diverse forme: (a) divorzio/ripudio, (b) divorzio giudiziale, (c) divorzio per mutuo consenso, (d) divorzio/ripudio dietro corrispettivo; per quanto riguarda il divorzio giudiziale, chiesto dalla ricorrente, quest'ultimo può essere concesso per una serie di motivi, tra cui spiccano, per la loro rilevanza nel caso di specie, (a) la cd. *discorde*, ossia una situazione di contrapposizione così profonda e permanente tra i coniugi da rendere intollerabile la prosecuzione della vita coniugale, (b) il *pregiudizio*, derivato da tutti gli atti o i comportamenti del marito tali da provocare alla moglie un danno materiale o morale e da porla nell'impossibilità di proseguire la vita coniugale nonché (c) il mancato rispetto degli obblighi di mantenimento;

in caso di divorzio giudiziale, alla moglie spettano una serie di diritti, tra i quali vanno menzionati il diritto di continuare a risiedere nella casa familiare e il diritto ad ottenere dall'ex marito un assegno di mantenimento adeguato a soddisfare tutte le esigenze di vita, da determinarsi in considerazione dei redditi della persona obbligata, dei redditi dell'altro coniuge e del tenore di vita cui la famiglia era abituata; con specifico riferimento ai rapporti di filiazione, la legge marocchina prevede che, in caso di scioglimento di matrimonio, il figlio minore di quindici anni sia affidato alla madre, con obbligo del padre di provvedere al mantenimento fino al raggiungimento della maggiore età o, per il caso che prosegua gli studi oltre i diciotto anni, fino al raggiungimento dei 25 anni di età, con modalità tali da garantire il godimento delle medesime condizioni di vita, istruzione e cure mediche godute in costanza di matrimonio. Peraltra, quando il padre è, completamente o parzialmente, incapace di provvedere al mantenimento dei propri figli, spetta alla madre garantirne il sostentamento per l'importo che il padre è nell'incapacità di garantire.

Note:

(1) Cfr. G.U.C.E., 23 dicembre 2003, n. L 338, 1 ss. Sul Regolamento cfr. CANNONE, *L'affidamento dei minori nel diritto internazionale privato e processuale*, Bari, 2000, 272 ss.; FINOCCHIARO, *Dopo l'entrata in vigore prevista il 1 marzo 2001 cadono i precedenti accordi internazionali*, in *Guida al diritto*, 5 agosto 2000, 113 ss.; HAUSSMANN, *Il nuovo diritto internazionale processuale in materia matrimoniale nell'Unione europea*, in *European Legal Forum*, 2000/01, 271 ss.; ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»*, in *Revue critique*, 2001, 403 ss.; BONOMI, *Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori*, in *Riv. dir. internaz.*, 2001, 298 ss.; BRUNEAU, *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne*, in *Juris Classeur Périodique*, 2001, 801 ss.; GAUDEMEL-TALLON, *Le Règlement n. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs*, in *Clunet*, 2001, 381 ss.; KOHLER, *Internationales Verfahrens-*

recht für Ehesachen in der Europäischen Union: die Verordnung «Brüssel II», in *NJW*, 2001, 10 ss.; MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, 2^a ed., Torino, 2001, 57 ss.; ID., *Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000*, in *Riv. dir. process.*, 2001, 376 ss.; ID., *Un confronto tra la disciplina del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni straniere nei recenti regolamenti comunitari*, in *Riv. dir. internaz. priv. e process.*, 2001, 545 ss.; PALAO MORENO, *La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural*, in *Actualidad civil*, 2001, 550 ss.; PUŠKAJLER, *Das internationale Scheidungs- und Sorgerecht nach Fallen*, in *IPRax*, 2001, 81 ss.; STURLESE, *Les nouvelles règles du droit international privé européen du divorce*, in *Juris Classeur Périodique*, 2001, 241 ss.; UCCELLA, *La prima pietra per la costruzione di un diritto europeo delle relazioni familiari: il Regolamento 1347 del 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi*, in *Giust. civ.*, 2001, II, 313 ss.; WAGNER, *Die Anerkennung und Völlstreckung von Entscheidungen nach der Brüssel II Verordnung*, *ibidem*, 2001, 73 ss.; LUPOI, *Brussels II: new rules for transnational matrimonial disputes*, in CARPI - LUPOI, *Essays on transnational and comparative procedure*, Torino, 2001; BARATTA, *Il Regolamento comunitario sulla giurisdizione e sul riconoscimento di decisioni in materia matrimoniale e di potestà dei genitori sui figli*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 455 ss.; ID., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia*, in *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, a cura di PICONE, 2004, 163; ID., *Separazione e divorzio nel diritto internazionale privato italiano*, in *Trattato del diritto di famiglia* (diretto da ZATTI), vol I, tomo 2, FAMIGLIA E MATRIMONIO, a cura di FERRANDO, FORTINO e RUSCELLO, Milano, 2002, 1523 ss.; ID., *Verso la «comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia*, in *Riv. dir. Internaz. e process.*, 2004, 573; CONTI, *Le Sezioni Unite tra passato e futuro sulla litispendenza internazionale in materia di separazione e divorzio*, in *Corr. giur.*, 2002, 1321 ss.; ID., *Il Regolamento CE «Bruxelles II» in tema di cause matrimoniali*, in *Fam. e dir.*, 2002, 653 ss.; DAVI, *Il diritto internazionale privato italiano della famiglia e le fonti di origine internazionale o comunitaria*, in *Riv. dir. internaz.*, 2002, 861 ss.; MC. ELEAVY, *The Brussels II Regulation: How the European Community Has Moved in the Family Law*, in *Int. Comp. L. Quart.*, 2002, 883 ss.; FIGONE, *Brevi note sul Regolamento del Consiglio CE n. 1347/2000*, in *Fam. e dir.*, 2002, 101 ss.; QUEIROLO, *Comunità europea e diritto di famiglia: i primi interventi «diretti» in tema di separazione e divorzio*, in *Familia*, 2002, 449 ss.; OBERTO, *Il regolamento del Consiglio (CE) n. 1347/2000 del 29 maggio 2000 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità parentale nei confronti dei figli comuni*, in *Contratto e impresa - Europa*, 2002, 361 ss.; DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, 82; RATTI, *Evoluzione e tendenze della cooperazione giudiziaria civile in Europa dopo il Trattato di Amsterdam (in particolare alla luce delle più recenti discipline sul riconoscimento e l'exequatur delle decisioni)*, in *Giust. civ.*, 2002, II, 241 ss.; P. BIGOT, *La responsabilité parentale après désunion du couple en Europe. Etude de droit international privé*, in *Rev. marché comm.*, 2003, 111 ss.; ESPINOSA CALABUIG, *La responsabilidad parental y el nuevo reglamento del "Bruselas II, bis": entre el interés del menor y la cooperación judicial interestatal (La responsabilidad parentale e il nuovo Regolamento "Bruxelles II, bis": tra l'interesse del minore e la cooperazione giudiziaria internazionale)*, in *Riv. dir. int. priv. e process.*, 2003, 735; BIAGIONI, *Il nuovo regolamento comunitario sulla giurisdizione e sull'efficacia delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità dei genitori*, *Commento al Reg. CE 2201/2003*, in *Riv. dir. internaz.*, 2004, 991; CARBONE, *Competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi: il Regolamento (CE) n.*

1347/2000

in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, 53; CONTI, *Il nuovo regolamento comunitario in materia matrimoniale e di potestà parentale*, in *Fam. e dir.*, 2004, 291; DI LIETO, *Il Regolamento n. 2201/2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale*, in *Dir. comunitario*, 2004, 117; MARONGIU BONAIUTI, *Obbligazioni alimentari, rapporti patrimoniali tra coniugi e litispendenza tra i regolamenti «Bruxelles I» e «Bruxelles II»*, in *Riv. dir. int. priv. e process.*, 2004, 699; MCELEAVY, *The Comunitarization of Divorce Rules: What Impact for English and Scottish Law*, in *Int. Comp. Law. Quart.*, 2004, 605 e ss.; ID., *Brussels II Bis: Matrimonial Matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition*, in *Int. Comp. Law Quarterly*, 2004, 503 e ss.; Mengozzi, *I problemi giuridici della famiglia a fronte del processo di integrazione europea*, in *Fam. e dir.*, 2004, 643 e ss.; DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, 2^a ed., Torino, 2005, 125., (2) QUEIROLO, *op. cit.*, 449.

(3) Con esclusione della Danimarca, secondo quanto accade in relazione alla totalità degli atti adottati sulla base del titolo IV del trattato CE.

(4) GAUDEMEL-TALLON, *op. cit.*, 388.

(5) In particolare, l'art. 8 della legge di riforma del diritto internazionale privato e processuale prescrive che «per la determinazione della giurisdizione italiana si applica l'art. 5 del codice di procedura civile. Tuttavia la giurisdizione sussiste se i fatti e le norme che la determinano sopravvengono nel corso del processo». L'art. 5 cod. proc. civ., a sua volta, dispone che «la giurisdizione e la competenza si determinano con riferimento alla legge vigente ed allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo».

(6) Decisione resa in causa C-452/93, del 15-9-1994, in Raccolta, 1994, I, 4295. Cfr. Cfr. HAUSMAN, *Il nuovo diritto internazionale processuale cit.*, 271; BONOMI, *Il Regolamento comunitario cit.*, 27.; ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne cit.*, 418.

(7) BONOMI, *Il Regolamento comunitario cit.*, 313 ritiene che il concetto di cittadinanza debba essere inteso nel senso precisato dalla legge dello Stato i cui giudici sono stati aditi.

(8) L'art. 2 del Regolamento 1347/2000 recita «sono competenti a decidere sulle questioni inerenti al divorzio, alla separazione personale dei coniugi e all'annullamento del matrimonio i giudici dello Stato membro:

- a) nel cui territorio si trova
- la residenza abituale dei coniugi, o
- l'ultima residenza abituale dei coniugi se uno di essi vi risiede ancora, o
- la residenza abituale del convenuto, o
- in caso di domanda coniuga, la residenza abituale di uno dei coniugi, o
- la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per un anno immediatamente prima della domanda, o
- la residenza abituale dell'attore se questi vi ha risieduto almeno per sei mesi immediatamente prima della domanda ed è cittadino dello Stato membro stesso o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, ha ivi il proprio "domicile";
- b) di cui i due coniugi sono cittadini o, nel caso del Regno Unito e dell'Irlanda, del "domicile" di entrambi i coniugi».

(9) I criteri impiegati nel Regolamento, oltre che alternativi, sono stati qualificati come obiettivi ed esclusivi. La cittadinanza e la residenza abituale dei coniugi possono qualificarsi come «oggettivi», non solo perché tesi ad individuare un legame effettivo tra soggetti in lite e foro chiamato a giudicarne, ma anche perché nessuno spazio viene lasciato alla volontà delle parti, in funzione di individuare espressamente o implicitamente il tribunale competente a disporre

divorzio, separazione o annullamento del matrimonio. L'autonomia privata nella scelta del giudice competente che, nello spazio giudiziario europeo disciplinato dal Regolamento 44/2001, rappresenta un principio generale capace di imporsi sugli altri criteri di competenza, non viene presa in considerazione nelle controversie in materia matrimoniale. La volontà comune dei coniugi può, infatti, esclusivamente confermare il criterio della residenza secondo quanto disposto nell'art. 3 del Regolamento 2201/2003, in cui si precisa che la presentazione di una domanda coniuga, può radicare la competenza del giudice adito solo se le parti si siano rivolte al foro in cui è localizzata la residenza abituale di almeno una di esse. I fori individuati nel Regolamento hanno carattere oltre che «oggettivo» anche «esclusivo», nel senso che prevalgono sui criteri di diritto comune, non lasciando loro alcun margine di operatività (ad eccezione dei casi individuati nell'art. 7). In altri termini, il coniuge che ha cittadinanza o residenza comunitaria può essere convinto in giudizio soltanto in forza dei criteri di competenza previsti nel Regolamento, senza che in senso contrario possa invocarsi il diritto interno dell'uno o dell'altro Stato comunitario.

Per un'analisi dei criteri cfr. BORRÀS, *Relazione cit.*, 37. Sui criteri di competenza v. ANCEL, MUIR WATT, *La désunion européenne cit.*, 410; GAUDEMEL-TALLON, *Le Règlement n° 1347/2000 cit.*, 391; QUEIROLO, *Comunità europea e diritto di famiglia cit.*, 449.

(10) A differenza di quanto previsto nel Regolamento 1347/2000, che non dettava criteri di competenza autonomi in relazione alle controversie inerenti la potestà dei genitori ma mirava a concentrare la conoscenza dei relativi giudici davanti al foro competente per le questioni matrimoniali, il Regolamento 2201/2003 dedica aposite norme all'individuazione del giudice chiamato a dirimere le liti sulla responsabilità genitoriale (che comprende, in particolare, diritto di affidamento e di visita, tutela, curatela e designazione dell'amministratore dei beni del minore, misure di protezione del minore). Il Regolamento 2201/2003 disciplina, infatti, la competenza giurisdizionale in materia di responsabilità dei genitori indipendentemente da qualsiasi nesso con un procedimento matrimoniale; l'unicità dello strumento in cui si sono dettate le norme sulla competenza relative alla materia della responsabilità genitoriale deriva elusivamente da ragioni di opportunità e di statica: sovente, le due questioni sono trattate congiuntamente. Con riferimento alle regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale, nel Regolamento 2201/2003 si sottolinea l'opportunità che le medesime «si informino all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza. Ciò significa che la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente», secondo quanto precisato nell'art. 8 che individua il foro generale nel Paese in cui il minore risiede abitualmente alla data di avvio del procedimento.

(11) Sull'art. 32 della legge di riforma cfr. CONETTI, *Art. 32*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 1182; CLERICI, *Art. 32*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, 174.

(12) L'art. 18, secondo comma, c.p.c. prevede infatti che nei casi in cui il convenuto sia residente o domiciliato all'estero, la competenza spetta al giudice del luogo in cui l'attore ha la propria residenza. E la Corte di Cassazione ha ritenuto di ritenere legittima la trasformazione del criterio individuato nell'art. 18 da criterio di competenza in criterio di giurisdizione secondo il meccanismo individuato nell'art. 3 della legge n. 218/95. Cfr. Cass., 9-12-1996, in *Riv. dir. internaz.*, 1997, 519; Cass., 27-9-1998, n. 12056, *ibidem*, 1999, 527. Recentemente, poi, la Cassazione a ribadito che «la domanda di separazione personale, quando nessuno dei coniugi sia cittadino italiano ed il matrimonio non sia stato celebrato in Italia, è devoluta alla cognizione del giudice italiano, nella disciplina del-

l'art. 3 della legge 31 maggio 1995, n. 218, in relazione al successivo art. 32, non solo se il convenuto sia residente o domiciliato in Italia (primo comma), ma, in difetto di tale situazione, anche se la parte attrice abbia residenza (anche di fatto) in Italia, tenendosi conto che l'ultima parte del secondo comma di detto art. 3, rendendo operanti ai fini della giurisdizione pure i criteri stabiliti per la competenza territoriale, con riguardo alle controversie non soggette alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (resa esecutiva con legge 21 giugno 1971, n. 804), comporta l'applicabilità dell'art. 18, secondo comma, c.p.c. sul foro della residenza dell'attore, ove il convenuto non abbia residenza o domicilio in Italia", ord., Sez. Un., 3 marzo 2004, n.1994, in *Arch. Civ.*, 2004, 1457

(13) G. CARELLA, *Art. 37, in Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1996, 1200 ss.

(14) Il D.P.R. è pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana supplemento ordinario n. 303 del 30 dicembre 2000 ed è entrato in vigore il 30 marzo 2001 (in tal senso, Circolare Miacel 2/2001). Cfr. SABEONE, *Revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, in *Le nuove leggi civi. commentate*, 2001, 24 ss.; AA.VV., *Il nuovo ordinamento dello stato civile*, a cura di STANZIONE, Milano, 2001; BENEDETTI, *Il nuovo regolamento di stato civile: le novità del d.P.R. 396/2000 in tema di matrimonio*, in *Familia*, 2001, 643 ss.; CALIENDO, *Regolamento per la revisione e semplificazione dell'ordinamento dello stato civile*, in *Famiglia e diritto*, 2001, 215 ss.

(15) Il testo dell'art. 19 precisa che "su richiesta dei cittadini stranieri residenti in Italia possono essere trascritti, nel comune dove essi risiedono, gli atti dello stato civile che li riguardano formati all'estero. Tali atti devono essere presentati unitamente alla traduzione in lingua italiana e alla legalizzazione, ove prescritta, da parte della competente autorità straniera. Possono altresì essere trascritti gli atti dei matrimoni celebrati fra cittadini stranieri dinanzi all'autorità diplomatica o consolare straniera in Italia, se ciò è consentito dalle convenzioni vigenti in materia con il Paese cui detta autorità appartiene. L'ufficiale dello stato civile può rilasciare copia integrale dell'atto trascritto a richiesta degli interessati.

(16) Cass. civ., sez. I, 28 aprile 1990, n.3599, in *Giur. It.*, 1991, I, 1072.

(17) Cass., s.u., 28 ottobre 1985 n. 5292, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, 92.

(18) In particolare, l'art. 31, primo comma, recita: «*la separazione personale e lo scioglimento del matrimonio sono regolati dalla legge nazionale comune dei coniugi al momento della domanda di separazione o di scioglimento del matrimonio; in mancanza si applica la legge dello Stato nel quale la vita matrimoniale risulta prevalentemente localizzata*». In effetti, ricorrere al criterio in esame per la disciplina della separazione e del divorzio può risultare non agevole dal momento che essi presuppongono proprio l'affievolimento della vita coniugale che, dunque, potrebbe già essere inesistente al momento della presentazione della domanda giudiziale».

(19) Cfr. ROSSI, *La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti fra coniugi: i paradossi del criterio della «localizzazione prevalente»*, in *Familia*, 2002, 161.

(20) Sugli artt. 29 e 30 della legge n. 218/95 v.: BALLARINO T., *Le obbligazioni in materia alimentare nella convenzione di Bruxelles, commento a Corte Giustizia CE, 20 marzo 1997 n. 295, e Corte Giustizia CE, 27 febbraio 1997, n. 220, in Fam. e dir.*, 1997, 209 ss.; CALÒ, *Rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato italiano*, in *Notariato*, 2001, 611 ss.; ID., *La Corte di Giustizia accerchiata dalle convivenza, commento a Corte Giustizia CE, 31 maggio 2001, cause riunite C-122/99 e C-125/99*, in *Riv. not.*, 2002, 1272 ss.; CONETTI, *Commento agli artt. 29 e 30, in BARIATTI (a cura di), Riforma del sistema italiano cit.*, 1172 ss.; PATTI, *Regime patrimoniale della famiglia e autonomia privata*, in *Familia*, 2002, 285 ss.; Rossi, *La disciplina internazionalprivatistica dei rapporti tra coniugi cit.*, 161;

SALERNO CARDILLO, *Rapporti patrimoniali tra coniugi nel nuovo diritto internazionale privato e riflessi sull'attività notarile*, in *Riv. not.*, 1996, 179 ss.; VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel diritto internazionale privato*, Padova, 1996.

(21) Sull'impiego del criterio prima dell'approvazione della riforma cfr., per tutti, VITTA, *Il principio di nazionalità nel diritto internazionale privato italiano*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1980, 345 ss.; CASTANGIA, *Il criterio della cittadinanza nel diritto internazionale privato*, Napoli, 1983.

(22) MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, 1851; e l'antologia *Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati, sotto la forma di uno o più trattati, alcune regole del diritto internazionale privato per assicurare la decisione uniforme dei conflitti tra le differenti legislazioni civili e criminali*, in *Dir. int.*, 1959, I, 367 ss. Sulla figura di Mancini v., da ultimo, JAYME, *Pasquale Stanislao Mancini. Il diritto internazionale privato Risorgimento e attività forse*, trad. RUINI, Padova, 1988, 17 ss. ed *ivi* ampi riferimenti.

(23) Legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante "Nuove norme sulla cittadinanza", in *Gazz. Uff.*, 15 febbraio, n. 38.

(24) Decreto del Presidente della Repubblica 12 ottobre 1993, n. 572, recante "Regolamento di esecuzione della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante nuove norme sulla cittadinanza", in *Gazz. Uff.*, 4 gennaio, n. 2.

(25) L'art. 2 del D.P.R. n. 572/1993 prevede infatti che «*Il figlio, nato in Italia da genitori stranieri, non acquista la cittadinanza italiana per nascita ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera b), della legge, qualora l'ordinamento del Paese di origine dei genitori preveda la trasmissione della cittadinanza al figlio nato all'estero, eventualmente anche subordinandola ad una dichiarazione di volontà da parte dei genitori o legali rappresentanti del minore, ovvero all'adempimento di formalità amministrative da parte degli stessi.*

(26) Per alcuni riferimenti bibliografici sulla civiltà marocchina, cfr. ARDESI: *Marocco, la modernità può attendere in Nigrizia*, giugno 2004, 33 ss.; BELAALA: *Miseria e Jihad in Marocco*, in *Le monde diplomatique*, novembre 2004, 10 ss.; BELAD: *Nationalisme, arabisme et islamisme dans l'idéologie politique du maghreb contemporain*, in *Annuaire de l'Afrique du Nord*, Tome XXIV, 1995, 35 ss.; STOCCHIERO, CUGUSI (A CURA DI), *Democrazia e decentramento nel Maghreb: il caso del Marocco* in Newsletter ASCOD (Club di analisi strategica sulla cooperazione decentrata) n. 2, 2004; EL AYADY: *La femme dans le Débat intellectuel au Maroc*, in *Se Comprendre*, Novembre 2003, 1 ss.

(27) In particolare, sulla riforma del diritto di famiglia marocchino, si veda altresì (i) il documento predisposto dal Ministero delle Pari Opportunità, recante *Punti essenziali del nuovo Codice della Famiglia il Marocco*, reperibile su www.retepariopportunita.it, (ii) il documento del Ligue Démocratique pour les Droits des Femmes, recante *Rapport annuel sur l'application du Code de la Famille*, 12 maggio 2005, reperibile su <http://www.mediterraneas.org>.

(28) Per alcuni spunti sulla condizione del minore in Marocco e nei Paesi magrebini, cfr. UCCELLA, *La filiazione nel diritto internazionale e italiano*, Padova, 2001.

(29) QUIÑONES ESCAMEZ, *La réception du nouveau code de la famille marocain (Moudawana, 2004) en Europe*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, 877 ss.; LAGARDE, *Differences culturelles te ordre public en droit international privé de la famille*, in *Annuaire Institut droit int.*, 2005; ALDEEB, BONOMI, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Zurich, 1999; CAMPIGLIO, *Matrimonio pèligamico e ripudio nell'esperienza dell'Occidente giuridico europeo*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1990, 855 ss..

(30) L'art. 16 della legge n. 218 del 31 maggio 1995 prevede che "la legge straniera non è applicata se i suoi effetti sono contrari all'ordine pubblico. In tale caso si applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana". Sul rilievo dell'ordine pubblico nell'ordinamento italiano

int. priv. proc., 1988, 311, Cass. civ., Sez. I, 21 maggio 1988, n.3537, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, 96, Cass. civ., Sez. I, 24 novembre 1989, n. 5074, in *Dir. fam.*, 1990, 424, App. Milano, 18 gennaio 1991, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, 786; App. Milano, 3 maggio 1994, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, 867.

(35) Come chiarito nella Relazione esplicativa relativa alla convenzione stabilita sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea concernente la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni nelle cause matrimoniali (testo approvato dal Consiglio il 28 maggio 1998), oggi sostituita dal Regolamento 2201/2003, elaborato dalla dott.ssa prof.ssa ALEGRIA BORRÀS, in *G.U.C.E.*, n. C 221 del 16/07/1998, 27 ss.

(36) Cass. civ., sez. I, 28 maggio 2004, n.10378, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, 129.

(37) Cfr. Trib. Cosenza, 27 marzo 1992, in *Dir. fam.*, 1992, 1170, secondo cui «non può essere pronunciata la separazione personale giudiziale, ai sensi della legge italiana, di una cittadina straniera (nella specie, romena) dal coniuge, cittadino romeno, che, dopo il matrimonio avvenuto all'estero, abbia ottenuto la cittadinanza italiana: è infatti applicabile, ai sensi dell'art. 18 delle preleggi, l'ultima legge comune agli sposi durante il matrimonio, vale a dire, nella specie, la legge romena, che non prevede la separazione ma solo il divorzio, pur se tale circostanza non rende la legge romena contraria, in se stessa, all'ordine pubblico italiano qualora sia accertato che la legge estera preveda vari ed efficaci mezzi di tutela dei diritti dei coniugi e della prole».

(38) Trib. Tivoli, 14 novembre 2002, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, 535.

(39) Trib. Pordenone, 14 settembre 2005, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, 181.



restaurant YUAN

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

Sezione Mediazione, Conciliazione, Arbitrato Documenti

Spunti di riflessione sull'applicazione della legge in materia di mediazione

Francesca Ricco
Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Introduzione - 2. Quando puo' dirsi soddisfatta la condizione di procedibilità? - 3. Rapporti tra mediazione e causa civile. - 4. La mediazione e particolari istituti processuali. - 5. Profili problematici dell'accordo di conciliazione. - 6. A cosa serve l'omologazione dell'accordo di conciliazione? - 7. Conseguenze dell'accettazione, del rifiuto e della mancata conciliazione. - 8. Il problema delle indennità di mediazione. - 9. Il problema della ripetibilità delle spese. - 10. È garantita l'indipendenza degli organismi di mediazione e del mediatore? - 11. Quali criteri per l'iscrizione nel registro del ministero? - 12. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, sulla mediazione in materia civile e commerciale, regola il procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie, vertenti su diritti disponibili, ad opera delle parti.

La mediazione può essere: a) facoltativa, cioè scelta dalle parti; b) demandata, quando il giudice, a cui le parti si siano già rivolte, invita le stesse a tentare la mediazione; c) obbligatoria, quando per poter procedere davanti al giudice, le parti devono aver tentato, senza successo, la mediazione(1).

L'introduzione della citata legge ha comportato una profonda "rivoluzione culturale", a cui gli operatori del diritto dovranno piano piano abituarsi: la mediazione, infatti, a modesto avviso della scrivente, è destinata ad avere sempre più un ruolo importante, nella gestione del sistema giustizia.

D'ora in poi, bisognerà, infatti, abbandonare l'idea radicata che l'unico soggetto preposto a poter amministrare la giustizia sia il giudice e abbracciare l'idea che il ricorso a questa figura professionale, dovrà essere considerato l'ipotesi estrema, a cui rivolgersi, quando le soluzioni alternative (mediazione, arbitrato) siano fallite.

Senza entrare troppo nel dettaglio, gli aspetti salienti della disciplina D.lgs. 28/10 sembrano poter essere individuati nei seguenti. Introduzione dell'obbligo, quale condizione di procedibilità dell'eventuale giudizio, del previo esperimento del tentativo di conciliazione stragiudiziale per una vastissima categoria di controversie riguardanti: i diritti reali, la divisione, le successioni ereditarie, i patti di famiglia, la locazione, il comodato, l'affitto di aziende, il risarcimento danni da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità. L'obbligatorietà per le numerosissime controversie in materia di condominio e risarcimento del danno, derivante dalla circolazione di veicoli e natanti è stata differita al marzo 2012, per consentire un graduale avvio della nuova procedura.

Previsione di una serie di agevolazioni fiscali: tutti gli atti, relativi al procedimento di mediazione, sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra spesa. Inoltre il verbale di conciliazione è esente dall'imposta di registro, sino all'importo di €. 50,000; l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente detto importo. In caso di

successo della mediazione, le parti avranno diritto ad un credito di imposta fino ad un massimo di €. 500,00 per il pagamento delle indennità complessivamente dovute all'organismo di mediazione; in caso di insuccesso, il credito d'imposta è ridotto alla metà. Resta tuttavia l'incertezza sull'importo effettivo del credito, che sarà riconosciuto alla parte, che richiede il beneficio, solo in base alle risorse stanziate, annualmente, dal Ministero dell'economia(2).

Obbligo di informativa: è quella prevista dall'art. 4 comma 3, D.lgs. 28/10, che impone a carico dell'avvocato l'obbligo di informare il proprio assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione e di documentare lo svolgimento di tale informativa, pena la nullità del contratto d'opera professionale, che lo stesso abbia stipulato con il proprio cliente.

L'introduzione, a carico del mediatore, di una serie di obblighi, (es. dovere di riservatezza) e garanzie (es. possibilità di opporre il segreto professionale a fronte dell'intimazione a testimoniare su circostanze apprese in ragione del proprio ufficio).

Tendenziale equiparazione, quanto all'efficacia giuridica della conciliazione, alla decisione giurisdizionale. All'uopo sono state introdotte delle sanzioni a carico delle parti, che ingiustificatamente non soltanto si sottraggano all'iniziativa della mediazione, ma anche rifiutino le eventuali proposte conciliative, che siano formulate dal mediatore, ove permesso dal regolamento dell'organismo.

Introduzione di una serie di deroghe al principio della soccombenza, in tema di liquidazione delle spese di giudizio(3).

Il D.lgs. 28/10 presenta, tuttavia, alcuni profili applicativi problematici, su cui tenterò, in queste poche righe, di avviare una riflessione, necessariamente da approfondire in successivi e più specifici dibattiti.

2. Quando può dirsi soddisfatta la condizione di procedibilità?

Nella mediazione obbligatoria, occorre chiedersi se, al fine di soddisfare la condizione di procedibilità, sia necessario dimostrare di aver proceduto all'effettivo esperimento del tentativo di mediazione o se sia sufficiente la mera allegazione della domanda, depositata, ai sensi dell'art. 4 e 8 D.lgs. 28/10, unitamente al decorso del termine dei quattro mesi, di cui all'art. 6 D.lgs. 28/10, anche a prescindere dall'effettivo svolgimento del tentativo(4).

Sulla scorta dell'art. 6 del citato D.lgs., sembrerebbe che l'impeditimento processuale, posto dall'art. 5, I comma, D.lgs. 28, venga meno, in ogni caso, una volta decorsi quattro mesi dal deposito della domanda.

Ma quali conseguenze comporta la mancata fissazione dell'incontro di mediazione, entro i quattro mesi?

L'art. 8 stabilisce che l'organismo di mediazione adito debba provvedere alla fissazione dell'incontro di mediazione, entro quindici giorni dalla presentazione della domanda.

Ma entro tale termine (di quindici giorni), l'organismo deve obbligatoriamente anche fissare l'incontro o può solo limitarsi a comunicare il provvedimento di fissazione dell'incontro, ben ponendo la riunione svolgersi, anche successivamente?

La soluzione che prevede il solo obbligo da parte dell'organismo di comunicare, entro i quindici giorni, unicamente la data

dell'incontro di mediazione, al di là dell'effettivo svolgimento dello stesso, sembra preferibile, in quanto la parte non vedrebbe pregiudicato il proprio diritto di difesa dall'inefficienza dell'organismo, che non dovesse fissare l'incontro entro i quattro mesi. Diversamente l'obbligo di esperire, effettivamente, l'incontro entro tale data, non sarebbe invece, conforme alla costituzione, in quanto la parte vedrebbe limitato il proprio diritto di agire in giudizio, per una causa (inefficienza dell'organismo), a lei non addebitabile.

Facendo una comparazione con la procedura davanti alla CO.RE.COM, in materia di telecomunicazioni, si sottolinea come il solo trascorrere del termine di 30 giorni, nanti detto organismo, soddisfi comunque la condizione di procedibilità, al di là dell'effettivo esperimento del tentativo di conciliazione.

L'art. 8, I comma, D.lgs. 28/10, inoltre, prevede che, pur essendo lasciata alla parte la facoltà di provvedere personalmente all'invio della domanda di mediazione all'altra parte, sia l'organismo, al fine di soddisfare gli effetti processuali e sostanziali della domanda, a dover evadere gli incombenti legati alla fissazione dell'incontro e alla nomina del mediatore.

Un'ulteriore conseguenza del mancato esperimento del tentativo di mediazione, entro i quattro mesi, al di là delle conseguenze che l'organismo potrebbe subire, in esito ad eventuali controlli ministeriali, sarebbe anche la perdita del diritto di percepire le indennità, che sono dovute, ai sensi dell'art. 16 D.M. 180/10, non al momento del deposito della domanda di mediazione, ma bensì in occasione dell'incontro di mediazione(5).

Sicuramente si può ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità nell'ipotesi, in cui l'incontro si svolga prima dei quattro mesi, senza che sia necessario attendere il decorso del termine, previsto dall'art. 6 D.lgs. 28.

Occorre, invece, chiedersi se si possa ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità anche prima dei quattro mesi, qualora l'incontro si svolga senza successo o non si svolga affatto, per mancata comparizione di una o entrambe le parti.(6)

E' evidente che in presenza di un verbale negativo di fallita conciliazione, il giudice non potrebbe che ritenere soddisfatta la condizione di procedibilità, senza imporre ulteriori dilazioni nella prosecuzione della causa(7).

Nel caso, invece, di mancata comparizione di una o entrambe le parti, nonostante la tempestiva fissazione dell'incontro da parte dell'organismo, ci si deve chiedere se la mancata partecipazione al tentativo impedisca o consenta il maturarsi della condizione di procedibilità e quindi se serva attendere il decorso dei quattro mesi dalla domanda, nel corso dei quali potrà essere eventualmente fissato un nuovo incontro.

La risposta positiva significherebbe uno svuotamento del regime di obbligatorietà e di aggiramento dell'obbligo di mediazione, a vantaggio, però, di una effettiva riduzione non solo dei tempi ma anche dei costi della procedura, in tutti i casi in cui, le parti non abbiano reale intenzione di tentare una conciliazione(8).

Nel senso di ridimensionare i costi della mediazione, soprattutto nei casi in cui questa è obbligatoria o ancor più quando al procedimento, destinato a concludersi con esito negativo, non partecipa la parte chiamata dall'istante, è il recente D.M. n° 145 del 6 luglio 2011, che analizzeremo successivamente nel dettaglio.

Ma tornando al nostro discorso si sottolinea come alcuni autori ritengono che sia possibile conferire un riconoscimento di efficacia processuale al comportamento omissivo della parte, consentendo al giudice di ritenerne assolta la condizione di procedibilità, anche prima dei quattro mesi, ove dal verbale risultì che, prima di tale termine, si è tenuto un incontro, al quale una delle parti o entrambe le parti non abbiano partecipato(9).

Questa conclusione sembra pacifica nel caso in cui a non com-

parire sia il convenuto; in tal caso l'attore può immediatamente agire in giudizio, allegando la domanda di mediazione ed il verbale di mancata partecipazione, senza che debba attendere il decorso dei quattro mesi.

Nel caso invece a disertare sia il proponente si dovrebbe ritenere che dalla sua mancata comparizione discenda anche la mancata soddisfazione della condizione di procedibilità(10).

Tuttavia, l'adesione a tale ultimo orientamento, comporterebbe una disparità di trattamento tra la parte istante e la parte aderente alla mediazione, in palese violazione dell'art. 3 della Costituzione.

Invece nel caso di mancata partecipazione di entrambe le parti, occorre chiedersi se la manifestazione bilaterale di disinteresse, rispetto alla mediazione, sia sufficiente a soddisfare la condizione di procedibilità o se l'attore debba comunque attendere i quattro mesi per poter agire in giudizio(11).

L'ultimo comma dell'art. 8 D.lgs. prevede che dalla mancata partecipazione della parte o delle parti al tentativo, senza giustificato motivo, il giudice possa desumerne argomenti di prova nel successivo giudizio, ai sensi dell'art. 116 c.p.c.

Ma sul punto si segnala un'autorevole dottrina che esclude che dal comportamento della parte, che abbia ingiustificatamente rifiutato di partecipare al tentativo di conciliazione, il giudice possa trarre argomenti a sostegno della fondatezza o meno della domanda giudiziale(12).

L'art. 8, V comma, del D.lgs. 28, prevede detta sanzione per l'ipotesi che sia il convenuto a non partecipare all'incontro.

Ma parte della dottrina sostiene che, per la sua generica formulazione, detta norma possa essere estesa a tutte le ipotesi di mancata partecipazione, o di entrambe le parti, o anche del solo proponente.

È vero che la legge prevede che, in caso di insuccesso della mediazione, nel successivo processo, il giudice possa verificare che la scelta dell'organismo non sia stata ragionevole, ad esempio per mancanza di qualsiasi collegamento tra la sede dell'organismo e i fatti della lite ovvero la residenza e il domicilio della controparte.

Ma la sola previsione del criterio temporale, quale criterio per dirimere i conflitti di competenza tra i vari organismi, in caso di elezione di un organismo lontano dalla residenza e/o domicilio di una o entrambe le parti, non esime quest'ultime dall'obbligo di presentazione nanti l'organismo adito.

Allora occorre chiedersi se la lontananza della sede dell'incontro, rispetto alle residenze delle parti, potrà essere considerato motivo sufficiente per giustificare, in sede processuale, la mancata presenza alla riunione, di una o entrambe le parti.

Soprattutto nell'ipotesi di particolare competenza dell'organismo prescelto.

Occorre, inoltre, chiedersi se nel caso di mancata partecipazione il verbale debba necessariamente essere redatto dal mediatore o possa essere predisposto dalla segreteria dell'organismo, cui le parti abbiano comunicato la volontà di non partecipare.

Quest'ultimo dubbio è stato risolto da una circolare del 4 aprile 2011, con cui il Ministero della Giustizia ha dato istruzione agli organismi di conciliazione, sia in merito al regolamento di procedura che in merito ai requisiti dei mediatori.

In particolare Via Arenula ha escluso che la segreteria dell'organismo possa rilasciare una dichiarazione di conclusione del procedimento per mancata adesione della parte invitata, in quanto detta dichiarazione non soddisfarebbe la condizione di procedibilità, prevista dall'art. 5 del D.lgs. 28/10.

La conseguenza è che l'unico soggetto legittimato secondo la legge, a redigere il verbale di esito negativo della mediazione è il mediatore, precedentemente designato, che dovrà essere, co-

munque, presente alla data fissata per l'incontro e, a cui la parte che, intende munirsi del verbale di mancata partecipazione, dovrà versare le indennità, che, prima del D.M. 145/11, erano ridotte di 1/3. E, complessivamente, di 2/3, se l'oggetto della mediazione riguardava una delle materie, ove la mediazione è prevista come condizione di procedibilità. Con il D.M. 145, come vedremo in seguito, i precedenti criteri di determinazione delle indennità sono stati modificati.

Infine, in merito agli effetti sostanziali della domanda di mediazione, il comma 6, dell'art. 5 D.lgs. 28, chiarisce che detti effetti maturano dal momento in cui la domanda è comunicata alle altre parti.

Da detto momento si producono sulla prescrizione i medesimi effetti, previsti per la domanda giudiziale, (effetto interruttivo permanente) e dal medesimo momento si produce anche l'effetto impeditivo (per una sola volta) della decadenza; il relativo termine ricomincerà a decorrere dalla data, in cui sarà redatto il verbale di mancato accordo, ex art 11 D.lgs. 28, comma 4(13).

In merito alla trascrizione della domanda giudiziale, l'art. 5, comma 3, afferma che la mediazione non preclude la trascrizione della domanda giudiziale, che dunque dovrà essere effettuata, nonostante l'esperimento del tentativo di mediazione, nei casi ove sia prevista *ex lege*.

3. Rapporti tra mediazione e causa civile.

La legge non indica un termine perentorio per instaurare la procedura conciliativa.

Unico parametro è dato dall'art. 5 D.lgs 28/10, che dice che l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale (nelle materie per cui lo è) e che l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza.

Inoltre il tentativo di mediazione ha una durata massima stabilita dalla legge di quattro mesi e non è soggetta a sospensione feriali.

Sulla base della disciplina contenuta nell'art. 5, I comma, D.lgs. 28/10, il termine di quattro mesi dovrà, dunque, essere trascorso al momento dell'udienza ex 183 c.p.c., potendo lo stesso decorrere anche in pendenza del termine di comparizione: con evidente vantaggio per l'attore, il quale potrà notificare l'atto di citazione anche prima dei quattro mesi, previsti dall'art. 6, avendo cura di fissare la prima udienza (scadente), in data successiva. Questa scelta di portare avanti parallelamente le due procedure comporta, però, la necessità di versare le spese di mediazione, unitamente al versamento del contributo unificato.

Ciò comporta il rischio professionale che se la mediazione riuscisse, l'avvocato avrebbe fatto spendere al proprio cliente dei denari (contributo unificato), che poteva fargli risparmiare, attendendo l'esito (positivo) della mediazione. Mi chiedo se tale condotta non integri una responsabilità professionale dell'avvocato, salvo manleva rilasciata dal proprio assistito.

Il fatto, poi, che la norma non preveda testualmente il differimento della prima udienza, in caso di mancato espletamento del tentativo di mediazione significa che, trascorsi i quattro mesi, il giudice debba e possa fissare la successiva udienza di 184 c.p.c., assegnando a norma dell'art. 183, VII comma, c.p.c., oltre al termine per la presentazione della domanda di mediazione, ai sensi dell'art. 5, I comma, D.lgs. 28/10, anche i termini previsti dall'art. 183, VI comma, c.p.c., i quali dunque potrebbero decorrere, parallelamente, allo svolgimento della mediazione.

Se invece il giudice ritenesse necessario disporre la prosecuzione dell'udienza di 183 c.p.c., il rinvio per espletare le incombenze di tale norma (il 183 c.p.c.) dovrà essere superiore ai quattro

mesi, onde consentire anche l'espletamento del tentativo di mediazione(14).

L'art. 5, poi, non affronta il problema delle conseguenze del mancato esperimento del tentativo a seguito del differimento di udienza.

Nel silenzio della legge, se la parte non provvede nei quindici giorni ad avviare il procedimento o vi provvede in ritardo, in modo tale da non consentire la conclusione, entro la nuova udienza fissata dal giudice, ai sensi dell'art. 5, cosa succede al processo?

Nel processo del lavoro, prima della riforma 15, il Giudice, se verificava il mancato tentativo di conciliazione, prima della radiazione della causa, dichiarava improcedibile il processo, a cui seguiva l'estinzione dello stesso.

Nella mediazione ci si deve chiedere se il mancato avveramento della condizione di procedibilità comporti la dichiarazione di estinzione del processo, che dovrebbe essere riavviato *ex novo*, o se il giudice debba ipotizzare soluzioni diverse, disponendo un ulteriore differimento dell'udienza, per il tempo necessario ad avviare e/o completare il procedimento di mediazione(16).

C'è anche una terza tesi, che si fonda sulla previsione contenuta nell'art. 6, II Comma, la quale con riferimento alla decorrenza del termine massimo di quattro mesi di durata del tentativo, individua quale *dies a quo*, alternativamente, la data del deposito della domanda o la scadenza del termine di quindici giorni fissato dal giudice per il deposito.

Con ciò sembrerebbe che si possa ritenere che il termine necessario a soddisfare la condizione di procedibilità, decorra utilmente da quel momento, anche a prescindere dall'effettivo avvio della procedura di mediazione.

Dunque, secondo tale tesi il giudice all'udienza successiva, rilevato il decorso del termine dei quattro mesi, decorrente (in assenza di domanda) dal termine che egli stesso aveva fissato per il deposito della stessa, potrebbe normalmente proseguire il giudizio, desumendo dal comportamento delle parti, che hanno omesso di provvedere in tal senso, l'assenza della volontà di conciliare(17). Non si può però escludere che i giudici decidano di seguire l'orientamento più rigoroso, emettendo una sentenza rito di non luogo a procedere, in caso venga disatteso il menzionato invito.

Sembra, dunque, che si possa escludere che, la mancata rilevazione da parte del giudice dell'improcedibilità o la fissazione di un termine inferiore a quello previsto dalla norma, comportino la nullità del procedimento, in assenza di norme che espressamente la prevedano(18).

Infatti l'art. 5 configura in capo al giudice il potere di rilevare d'ufficio l'improcedibilità e di differire l'udienza, ma non contempla alcuna conseguenza nel caso di omissione.

Nel caso, invece, sia la parte ad eccepire il mancato esperimento del tentativo e il giudice ometta di fissare la nuova udienza, a norma del I comma, dell'art. 5, ci si deve chiedere se detta eventuale nullità possa essere considerata motivo di appello.

In detta ipotesi quali provvedimenti dovrà assumere il Giudice di appello? E' esclusa in radice la possibilità di rimessione al primo giudice ai sensi dell'art. 354 c.p.c., che prevede ipotesi tassative di rimessione. Forse si può ipotizzare che possa essere lo stesso giudice di appello a differire l'udienza di trattazione, ai sensi dell'art. 350 c.p.c., ad almeno quattro mesi di distanza, onde consentire l'esperimento del tentativo di mediazione, inizialmente omesso(19).

Anche per il procedimento in Corte di appello a mio avviso, si possono fare le stesse considerazioni svolte per il procedimento di merito, tenuto conto che anche in questa sede, il giudice potrà valutare se formulare l'invito alle parti a ricorrere agli organismi di mediazione, in base allo stato

del processo, alla natura della causa e al comportamento della parte.

Infine, attesi i lunghi tempi di rinvio tra un udienza e l'altra, adottati dalle Corti di Appello, si auspica che il Collegio riunirà in un unico rinvio sia l'udienza di trattazione e il differimento per la mediazione.

4. La mediazione e particolari istituti processuali.

Non è chiaro se la legge sulla mediazione abbia abrogato la vecchia disciplina in materia di telecomunicazioni.

Quindi c'è da chiedersi se, per espletare la condizione di procedibilità, ci si debba rivolgere ai nuovi organismi o ancora al Co.re.com.

Allo stato sembra che il Co.re.com abbia mantenuto le sue vecchie prerogative, anche se si può ritenere che nulla vieti di rivolgersi anche ai nuovi organismi.

Per la materia di lavoro si veda il nuovo collegato al lavoro, che ha sostituito la procedura obbligatoria con una facoltativa e introdotto la disciplina dell'arbitrato.

Inoltre l'art. 5 D.lgs. 28/10 nulla dice, in ordine, all'operatività dell'obbligo di mediazione, in caso di domande riconvenzionali e chiamate di terzo(20).

Sembra che, in caso di domanda riconvenzionale, non sia necessario radicare un nuovo tentativo di mediazione, impregiudicato il potere del giudice di sollecitare la mediazione, nel caso in cui lo ritenga necessario.

Ma nel caso in cui si ritenesse assoggettata all'obbligatorietà anche la domanda riconvenzionale, ci si deve chiedere, entro quale termine il convenuto debba esperire il tentativo: prima di costituirsi in giudizio e comunque prima dell'udienza di 183 c.p.c., o attendere detta udienza, nella quale il giudice, preso atto della domanda riconvenzionale, disporrà il differimento, ai sensi dell'art. 5, onde consentire alle parti di effettuare il tentativo di mediazione?(21)

In caso di chiamata di terzo sembrerebbe necessario allargare il contraddittorio ai nuovi soggetti chiamati. Come? La legge sul punto nulla dice.

Alcuni autori sostengono che gli organismi di mediazione potranno prevedere nei loro regolamenti modalità di integrazioni del contraddittorio. Più facilmente riuniranno le domande di mediazione connesse.

Ma in assenza di indicazione da parte della legge, non mi pare che, allo stato, gli organismi da me esaminati(22), abbiano previsto la facoltà di estendere il contraddittorio della procedura di mediazione, a terzi.

In merito ai provvedimenti cautelari la legge dispone che lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione degli stessi da parte del giudice.

Il tentativo potrà essere iniziato anche successivamente alla richiesta della misura cautelare, che potrà essere concessa anche in pendenza della procedura di mediazione.

Il tentativo di mediazione, dunque, è solo differito e dovrà essere assolto, prima dell'instaurazione dell'eventuale successivo giudizio di merito, o dovrà essere concluso, nell'ipotesi che, fosse già stato radicato il merito.

Nel caso che nessuna parte intenda promuovere il giudizio di merito non vi sarà alcun onere di radicare la procedura di mediazione.

Nel caso invece una parte abbia interesse a promuovere il giudizio di merito, avrà l'onere di promuovere la domanda giudiziale nel termine dei 60 giorni, in ossequio all'art. 669 octies c.p.c., dalla pronuncia o dalla comunicazione del provvedimento cautelare, provvedendo al contestuale avvio della procedura conciliativa.

In detta fattispecie spetterà al giudice fissare la successiva udienza, ai sensi dell'art. 5 D.lgs. 28/10, nel rispetto della scadenza dei quattro mesi; in tal modo risulterà garantita anche la validità e l'efficacia della misura cautelare, sino all'esito del giudizio(23).

Più incerta la questione relativa al rapporto tra il tentativo obbligatorio di mediazione ed il procedimento di consulenza tecnica preventiva, ai fine della composizione della lite, disciplinato dall'art. 696 bis c.p.c.

I due istituti devono essere considerati funzionalmente alternativi l'uno all'altro?

Non è chiaro se si possa applicare anche a questo particolare tipo di procedimento cautelare, la clausola di esonero, prevista dall'art. 5, III comma, D.lgs. 28/10.

Alcuni autori ritengono che l'accertamento tecnico preventivo sia escluso dal procedimento di mediazione (obbligatorio), in ragione proprio della sua finalità conciliativa, in quanto, se previsto, il tentativo di conciliazione sarebbe comunque un doppione rispetto alla relazione che il consulente dovrebbe depositare, ai sensi dell'art. 696 bis c.p.c.

A ciò si aggiunga che verrebbe pregiudicato il ricorso a questo tipo di procedimento preventivo se la parte sapesse, che in caso di mancata conciliazione dovesse comunque esperire un nuovo tentativo obbligatorio, ai sensi dell'art. 5, I comma, D.lgs. 28, prima di poter agire in giudizio.

Altri ritengono che si possa prevedere che almeno nelle materie indicate nel I comma, dell'art. 5 D.lgs. 28, lo spazio applicativo del procedimento 669 bis c.p.c. risulti sostanzialmente annullato, mentre al di fuori delle materie indicate nell'art. 5, la mediazione e il procedimento 669 bis c.p.c. rappresentano una doppia alternativa al giudizio ordinario, che sarà facoltà delle parti scegliere dopo aver verificato quale dei due procedimenti alternativi, sia più adeguato alle loro specifiche esigenze conciliative o di strategia giudiziale(24).

Per quanto riguarda i procedimenti monitori, l'art. 4, I comma, D.lgs. 28, prevede che la condizione di procedibilità non si applichi, fino alla decisione sulla concessione o sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto. Ciò significa che il tentativo di mediazione dovrà essere avviato nel giudizio di opposizione, dopo la pronuncia dei provvedimenti ex art. 642 e 648 c.p.c., dovendo il giudice provvedere in tal senso – qualora la controversia rientri tra quelle indicate nell'art. 5, I comma D.lgs. 28, nel corso dell'udienza di 183, dopo aver deciso sulle istanze formulate dalle parti, fissando la successiva udienza (o comunque rinviando l'udienza di trattazione) di almeno quattro mesi, necessari a consentire l'espletamento del tentativo e contestualmente assegnando alle parti il termine per depositare la domanda di mediazione(25).

A norma del comma III, dell'art. 5, D.lgs. 28/10, non sono soggetti all'obbligo del preliminare espletamento del procedimento di mediazione i procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito, di cui all'art. 667 c.p.c.

Dunque dopo la pronuncia dei provvedimenti, previsti dagli artt. 665 e 666 c.p.c., la condizione di procedibilità, torna dunque ad applicarsi.

Il giudice, emanati i provvedimenti previsti dagli artt. 665 e 666 c.p.c., dovrà pronunciare l'ordinanza di mutamento del rito ex art. 426 c.p.c., fissando la successiva udienza ex 420, ad almeno quattro mesi, onde consentire alle parti di procedere alla mediazione, concedendo al contempo i termini per l'eventuale integrazione degli atti introduttivi e delle produzioni documentali(26).

Infine, con riferimento ai procedimenti possessori, il I comma

dell'art. 5 D.lgs. 28/10 non si applica sino alla pronuncia dei provvedimenti, di cui all'art. 703 c.p.c., III comma.

La condizione di procedibilità non opera nel caso che nessuna delle parti proponga l'istanza di fissazione dell'udienza 703, IV comma, c.p.c., anche se rimane l'obbligo di esperire il tentativo prima dell'instaurazione dell'eventuale giudizio petitorio, qualora la controversia rientri tra quelle indicate nell'art. 5, I comma D.lgs. 28/10.

Invece, la norma non chiarisce se il tentativo debba necessariamente essere proposto, prima, della presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di 703 c.p.c., IV comma, (che tuttavia per essere tempestiva, deve essere depositata entro 60 giorni dalla comunicazione del provvedimento possessorio) o successivamente, dovendo, in tal caso il giudice differire l'udienza per i quattro mesi necessari a consentire alle parti di effettuare il tentativo di mediazione(27).

5. Profili problematici dell'accordo di conciliazione.

L'art. 1 D.lgs. 28/10 distingue tra il verbale di conciliazione e l'accordo.

Da detta distinzione discende, sia la possibilità per le parti della contestuale redazione del verbale e dell'accordo, sia la possibilità che l'accordo sia redatto e concluso, anche prima della redazione del verbale e solo successivamente, allegato al verbale. L'art. 11 D.lgs. 28/10 richiede che il verbale di conciliazione sia sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale deve anche certificare l'autografia delle sottoscrizioni.

Nulla dice la norma con riferimento all'accordo, lasciando intendere che lo stesso possa essere sottoscritto dalle sole parti, le quali in tal modo se ne assumono la paternità e la responsabilità(28).

Da indagare sono gli ulteriori effetti previsti dall'art. 28 D.lgs. 28/10, con particolare riferimento alla possibilità di trascrizione, ai sensi del 2643 c.c., presso i registri immobiliari e alla conseguente idoneità a spiegare effetti nei confronti dei terzi.

Di particolare riguardo è l'ipotesi, in cui con l'accordo le parti concludano uno dei contratti o compiano uno degli atti previsti dal 2643 c.c., che elenca gli atti che devono, necessariamente, essere trascritti.(29)

In questo caso per procedere alla trascrizione dell'accordo, la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale, a ciò autorizzato.

La legge non chiarisce quali siano i pubblici ufficiali, *autorizzati*: allo stato, lo sono, sicuramente i notai.

Ma sarebbe il caso che venissero individuati anche altri pubblici ufficiali, che in alternativa ai notai, notoriamente a volte un po' esosi in fatto di parcelle, possano essere investiti di tale potere.

Ai fini della trascrizione non è sufficiente la mera certificazione che il mediatore appone al verbale di conciliazione, ai sensi dell'art. 11, ma occorre l'intervento di un pubblico ufficiale, il quale però, stando alla lettera della legge, parrebbe chiamato ad autenticare le sottoscrizioni sul verbale e non quelle sull'accordo, che contiene l'atto o il contratto.

In questo caso, essendo il verbale e l'allegato accordo un corpo unico, è sufficiente l'autenticazione delle sottoscrizioni del primo per consentire la trascrizione del secondo?

Nell'ipotesi che l'accordo contenga un trasferimento di beni immobili, non sembra sufficiente l'autenticazione da parte del notaio delle sottoscrizioni in calce al verbale; ma sembra necessario che lo stesso intervenga sull'accordo, sia per provvedere all'autentica delle sottoscrizioni, ai sensi del 2703 c.c. sia per compiere le attività per conseguire il risultato voluto dalle parti(30). Una soluzione potrebbe essere redigere l'accordo davanti al notaio con scrittura privata o atto pubblico e poi allegarlo al verbale,

che verrà redatto dal mediatore e da questo sottoscritto insieme alle parti.

Si ricorda che la procedura di mediazione vale unicamente ad aggiungere agli effetti contrattuali contenuti nell'accordo quelli esecutivi, eccezionalmente riconosciuti dal D.lgs. 28/10, dunque gli eventuali vizi dell'accordo costituiranno normali motivi di invalidità, rilevabili secondo le normali regole codistiche e processualistiche.

Infine, dovendosi ritenere coperta da pubblica fede la certificazione dell'autografo delle sottoscrizioni delle parti, operata dal mediatore, ci si deve chiedere se il verbale del mediatore abbia valore di pubblica fede. In caso di risposta positiva, se e come sia impugnabile.

Inoltre se abbia contenuto confessorio, ciò che la parte potrebbe verbalizzare, durante la mediazione, al di là della previsione di inutilizzabilità nel processo avente il medesimo oggetto, ma non in uno diverso, anche se connesso, stabilita dall'art. 10 D.lgs. 28/10.

Si ricorda che l'art. 3 prevede l'obbligo per gli organismi di mediazione, di stabilire nei rispettivi regolamenti regole idonee a garantire la riservatezza della procedura.

Dovere di riservatezza che non dovrebbe riguardare solo coloro "che prestano la loro opera o il proprio servizio nell'organismo o nell'ambito del procedimento di mediazione", ma anche le parti.

Altro problema è l'ammissibilità o meno dell'interrogatorio formale del mediatore in una futura causa tra le stesse parti.

Se l'inammissibilità potrebbe discendere dalla generale previsione di inutilizzabilità delle informazioni di cui, al I comma, art. 11 D.lgs. 28/10, è altrettanto vero, che il mancato richiamo a tale mezzo di prova, nella seconda parte della norma, potrebbe suggerire la soluzione opposta(31).

6. A cosa serve l'omologazione dell'accordo di conciliazione?

Ai sensi dell'art. 12 D.lgs. 28/10 e art. 8, II comma, D.M. 180/10, il verbale di raggiunta conciliazione contenente l'accordo, potrà essere richiesto dalla parte per essere depositato ai fini dell'omologazione.

Il verbale è omologato mediante istanza con decreto del Presidente del Tribunale, nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione e costituisce titolo esecutivo per espropriazione forzata, per esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale(32).

Il primo problema che si ci deve porre è quale sia il Tribunale competente a rilasciare l'omologa, se il verbale è stato redatto in una sede secondaria dell'organismo di mediazione.

Sarà competente il Tribunale del circondario della sede principale (legale) dell'organismo o quello ove le parti materialmente si sono accordate, che, in caso di sede secondaria, potrebbe essere una sede diversa dalla sede legale dell'organismo?

Il verbale di conciliazione omologato, poi, equivale ad una sentenza.

Pertanto il Presidente del Tribunale dovrà verificare la regolarità formale del verbale e la non contrarietà a norme di ordine pubblico e imperativo, dovendo quindi rifiutare l'omologazione qualora ravvisi l'esistenza di siffatta contrarietà(33).

Sembra che, dunque, che la valutazione del Tribunale non si limiti ad una sola valutazione formale, ma entri anche nel merito del provvedimento, con il rischio che detta ulteriore valutazione sostanziale violi il principio del contraddittorio.

Atteso che l'oggetto della mediazione possono essere solo diritti disponibili, ai sensi dell'art. 12 D.lgs 28/10, il giudice nel procedimento di omologazione sembra che debba e possa rilevare

anche d'ufficio la natura non disponibile dei diritti controversi, anche se la soluzione più ovvia sarebbe quella che fosse direttamente il mediatore a declinare l'incarico, ove ritenga che la lite riguardi diritti non disponibili.

Ma in relazione al rapporto del mediatore con l'organismo, forse potrebbe essere meno problematica la soluzione che, fosse direttamente l'organismo a vagliare, preventivamente, l'oggetto delle istanze, filtrando le richieste, aventi ad oggetto diritti indisponibili.

Inoltre in caso di rifiuto dell'omologazione che efficacia si deve attribuire al verbale di conciliazione? Nullo, ai sensi dell'art.1418, I comma, c.c. Devo e come devo impugnare detto rifiuto? Inoltre. Qual è l'organo giurisdizionale competente, a cui poter sottoporre la richiesta di verifica della legittimità o meno del rifiuto? La soluzione più condivisa è quella che, assimilando il procedimento di omologazione a quello di delibrazione, ritiene si possano utilizzare anche per la mediazione le regole proprie del procedimento di delibrazione.

Naturalmente l'omologazione non è prescritta *ex lege*, quando l'accordo ha valore di semplice scrittura privata tra le parti istanti e aderenti, che potranno riservarsene la richiesta per eventuali necessità future.

Inoltre il provvedimento del Trib. che concede l'*exequatur*, non impedisce eventuali future impugnazioni volte a far dichiarare la nullità dell'accordo e non preclude l'opposizione all'esecuzione avverso a titolo, asseritamente nullo(34).

7. Conseguenze dell'accettazione, del rifiuto e della mancata conciliazione.

Ai sensi dell'art 11, in caso di mancato accordo, su istanza congiunta delle parti o su determinazione del conciliatore, che potrebbe essere anche una persona diversa da quello che ha condotto la mediazione nella fase preliminare, formula una proposta, rispetto alla quale ciascuna parte indica la propria definitiva posizione.

Lo stesso articolo prevede che le parti abbiano un termine di sette giorni per decidere se accettare o meno.

Non è chiaro quali siano le conseguenze in cui: 1) la parte o le parti accettino tardivamente; 2) la parte inizialmente rifiuti e poi accetti; 3) la parte accetta e poi non si presenta all'incontro(35). Nel primo caso sembrerebbe che si debba consentire alle parti di raggiungere l'accordo, salva la possibilità, che una volta scaduto il termine di sette giorni, la parte che abbia manifestato la sua adesione sia libera di ritirarla. Lo stesso vale per il secondo caso.

Nel terzo caso, adesione della parte e mancata presentazione all'incontro, occorre chiedersi se l'accordo possa considerarsi concluso e quale debba essere il contenuto del verbale redatto dal mediatore.

Sembrerebbe che il mediatore si debba limitare nel verbale a dare atto sia dell'avvenuta comunicazione dell'adesione alla proposta, sia della mancata comparizione della parte.

Nel caso invece le parti abbiano rifiutato la proposta o non abbiano manifestato la propria adesione nel termine, il mediatore redigerà un verbale di mancata conciliazione.

Un verbale di mancata conciliazione dovrà essere redatto anche in tutti i casi in cui la mediazione sia fallita, senza che il mediatore abbia formulato la proposta(36).

Ci si deve chiedere altresì se questi verbali siano impugnabili e come. Radicando una causa di accertamento?

Di notevole interesse è la norma inserita anche nel codice etico della Union Camere che impone al mediatore al quale sia richiesto dalle parti di formulare una proposta conciliativa *di verificare con estrema attenzione l'esistenza di elementi sufficienti alla*

definizione della stessa, anche se il mediatore non potrà esimersi dalla proposta, qualora vi sia richiesta concorde delle parti, adducendo la carenza di elementi sufficienti. Il mediatore potrà far presente la necessità di acquisire ulteriori informazioni per poter utilmente procedere. Viceversa mi chiedo se si potrà impugnare la proposta fatta su iniziativa del mediatore che, manchi di elementi sufficienti(37).

8) Il problema delle indennità di mediazione.

L'importo delle spese dovute agli organismi pubblici è indicato nella tabella A del decreto ministeriale n° 180/2010.

Passando ad analizzare la menzionata tabella è doveroso sottolineare alcune criticità: si nota come la legge non abbia previsto un importo minimo delle indennità, lasciando ai singoli organismi libertà di scelta nella determinazione dell'importo minimo. Sul punto è intervenuta una recente modifica, introdotta dal D.M. 145/2011, che consente anche agli organismi costituiti da enti pubblici, la derogabilità dei minimi tabellari.

L'Organismo di Conciliazione dell'Ordine degli Avvocati di Genova, nel proprio regolamento (art 13), prevede che si considerano importi minimi quelli dovuti come massimi per il valore della lite, ricompreso nello scaglione immediatamente precedente a quello effettivamente applicabile. Ma nulla dice, allo stato, in merito al primo scaglione della tabella. Con la novella introdotta dal D.M. 145 si auspica una integrazione sul punto. Non è stato individuato, poi, il criterio di calcolo e le modalità di ripartizione tra le parti dell'indennità, né sono state stabilite le indennità degli esperti, di cui il mediatore potrebbe avvalersi, nella procedura conciliativa. La soluzione che più facilmente verrà impiegata sarà quella dell'adozione delle tariffe utilizzate per la liquidazione degli ausiliari del giudice.

Non vi è traccia di criteri per l'approvazione delle tabelle delle indennità proposte dagli organismi, costituiti da enti privati, (38) che hanno un loro tariffario, diverso da quello degli organismi pubblici. Detto tariffario è ,comunque, sempre approvato dal Ministero della Giustizia.

Non vi è traccia dei criteri delle maggiorazioni massime delle indennità dovute. Li stabiliranno i decreti di attuazione, di prossima emanazione? Per intanto dobbiamo prendere per buono, quanto stabilito dall'art. 16 D.lgs 28/10 e dall'art 5 del D.M. 145/11, che stabiliscono i criteri di determinazione degli importi massimi delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento.

In ordine alla prescritta riduzione delle indennità, il D.M. 145 del 6 luglio 2011 ha stabilito che in caso di mancata partecipazione la parte istante dovrà corrispondere all'organismo di mediazione un importo di €. 40,00, oltre IVA, qualora il valore della controversia sia inferiore a mille euro, ovvero di €. 50,00, oltre IVA, qualora il valore della controversia ecceda i mille euro.

Questa modifica riduce drasticamente i previsti introiti per gli organismi di mediazione, in quanto prima del D.M. 145/11 la mancata partecipazione comportava soltanto la riduzione di un terzo delle spese di mediazione, secondo i diversi scaglioni, quindi in base al valore della controversia (a questa riduzione si sommava quella di un ulteriore quota di un terzo, qualora ci si fosse trovati nel campo della mediazione obbligatoria). Ulteriore problema è la mancata previsione di una tabella di valore indeterminato.

Il D.M. 145 del 6 luglio 2011 ha affrontato il problema, stabilendo che quando il valore della controversia sia indeterminato o indeterminabile o vi sia tra le parti una notevole divergenza sulla stima, sarà l'organismo a decidere il valore di riferimento, ma sino al valore di €. 250mila, mentre se all'esito del procedimento, il valore risultasse diverso, l'im-

porto dell'indennità sarà dovuto secondo il corrispondente valore di riferimento.

In precedenza era comunque l'organismo a decidere il valore, ma non era posto alcun limite.

L'Organismo di Conciliazione dell'Ordine degli Avvocati di Genova, nel proprio regolamento (art 13), prevede che ove il valore risultò indeterminato, indeterminabile o vi sia una notevole divergenza sulla stima sia lo stesso organismo ad individuare lo scaglione da utilizzare e a comunicarlo alle parti. Ci si chiede se ciò sia legittimo, senza la previsione dell'utilizzo dello scaglione più basso, in caso di contestazione motivata da parte degli utenti del servizio di mediazione, sulla scelta operata dall'organismo. Altro problema che merita un approfondimento, è l'individuazione della tariffa forese applicabile, nel caso di assistenza alla parte di un difensore di fiducia, nella procedura di mediazione. Infine è bene sottolineare come la mediazione sia completamente gratuita per i soggetti che nel processo beneficiano del gratuito patrocinio. In tal caso all'organismo non è dovuta alcuna indennità.(39) Ma in detta ipotesi, la parte è tenuta a depositare dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, la cui sottoscrizione può essere autenticata dal mediatore e a produrre, se l'organismo lo richiede la documentazione necessaria a comprovare la veridicità di quanto dichiarato(40).

9. Il problema della ripetibilità delle spese.

Il costo complessivo che grava su ciascuna parte è definito *indennità di mediazione*.

L'indennità comprende le *spese di avvio* del procedimento e le *spese di mediazione*.

Per le spese di avvio, a valere sull'indennità complessiva, è dovuto da ciascuna parte un importo di €. 40,00, oltre IVA.

Detto importo è versato dall'istante al momento del deposito della domanda di mediazione e dalla parte chiamata alla mediazione, al momento della sua adesione al procedimento.

Per le spese di mediazione è dovuta per ciascuna parte l'importo indicato nella tabella A del D.M. 180/10. Dette spese sono corrisposte prima dell'inizio del primo incontro di mediazione in misura non inferiore alla metà.

Ma ci si deve domandare se le spese che si devono versare all'organismo per la procedura di mediazione siano ripetibili.

L'art 13 del D.lgs. 28/10 prevede che:

1) quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, ma solo di quelle riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e la condanna al pagamento delle spese processuali della parte soccombente, riferite al medesimo periodo e al versamento di una somma corrispondente al contributo unificato dovuto.

2) Se invece il provvedimento decisivo non corrisponde interamente, solo se ricorrono gravi motivi il giudice motivando la decisione, può escludere la ripetizione delle spese sostenute per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dell'esperto di cui all'art. 8, comma .

Dunque, nel primo caso, nel silenzio della legge, sembrerebbe che le spese di avvio del procedimento e le spese di mediazione, essendo antecedenti, siano ripetibili.

Nel secondo caso la ripetibilità si potrebbe evincere, in negativo, dalla locuzione: *il giudice può escludere la ripetizione....*, interpretando detta locuzione nel senso che, negli altri casi, le spese sono ripetibili?

Parte della dottrina sostiene che lo siano interamente. Ad avviso della scrivente non lo sono quelle antecedenti *il periodo successivo alla formulazione della proposta*.

Irrisolto allo stato la problematica dell'eventuale erronea individuazione dello scaglione tariffario da parte dell'organismo. Non è dato sapere cosa dovrebbero fare le parti, in caso di rifiuto dell'organismo di rivedere lo scaglione contestato.

Nel caso, poi, di mancato pagamento della quota di spesa di una delle parti, l'altra parte può avvalersi del verbale di mediazione, munito di efficacia esecutiva, per ripetere quanto le venisse richiesto dall'organismo, in via solidale?

Allo stato sembrerebbe che la parte diligente che abbia pagato anche per l'altra parte, inadempiente, abbia la sola possibilità di radicare una causa di merito per far accettare dal giudice l'avvenuto inadempimento. Sarebbe stato più agevole prevedere procedure più snelle e veloci per il recupero del versato, in via solidale.

Il D.M. 145/11 ha cercato di risolvere il problema stabilendo, che il regolamento di procedura dell'organismo possa prevedere che le indennità debbano essere corrisposte per intero, prima del rilascio del verbale di accordo, di cui all'art 11 del D.lgs. 28. La legge più che affrontare e cercare di risolvere detti dubbi si è più preoccupata di costruire un sistema sanzionatorio, punitivo per la parte che rifiuti la proposta conciliativa, senza peraltro approfondire l'ambito di applicazione e l'interconnessione con altre norme previste dal codice di procedura civile, in tema di spese. Nell'ambito dell'integrale o parziale corrispondenza tra il contenuto della proposta e il contenuto del provvedimento giudiziale, al fine di stabilire quale sanzione applicare alla parte che rifiuta, la legge distingue, a seconda che la mediazione sia avvenuta prima del giudizio (nel qual caso la sanzione varrà per tutte le spese) o nel corso di questo.

Nel primo caso, prevede a carico della parte che non abbia accettato la proposta conforme al risponso giudiziale la sanzione della corresponsione di una sanzione pari, al contributo unificato, oltre alla condanna al pagamento dell'indennità, dovuta al mediatore e al compenso dell'esperto(41).

Anche in questo caso non è dato sapere se possano essere ulteriormente applicate le sanzioni, previste dall'art 96 c.p.c., per l'ipotesi di lite temeraria.

10. Criteri di determinazione dell'importo massimo delle indennità.

Il D.M. 145 ha, poi, previsto alcuni ritocchi nella determinazione dell'importo massimo delle spese di mediazione per ciascun scaglione di riferimento, come determinato dalla tabella A del D.M. 180/10.

L'importo massimo potrà essere aumentato fino ad un quinto, in caso di particolare importanza, complessità o difficoltà dell'affare. Detto importo dovrà, invece, essere aumentato, in misura non superiore a un quarto, in caso di successo della mediazione. Dovrà essere aumentato di un quinto l'importo massimo nel caso di formulazione della proposta di mediazione, ai sensi dell'art 11 del D.lgs 28.

Nelle materie in cui la mediazione è obbligatoria ex lege, l'importo massimo, invece, deve essere ridotto di un terzo, per i primi sei scaglioni (dunque fino al valore di €. 250mila) e della metà per i restanti. In caso di contumacia o di mancata partecipazione l'importo massimo deve essere ridotto a €. 40,00 per il primo scaglione e a 50,00 per gli altri, restando l'aumento, in caso di formulazione della proposta.(42)

11. È garantita l'indipendenza degli Organismi di mediazione e del mediatore?

Il D.M. 180/10 prevede che gli organismi di mediazione devono solo garantire l'indipendenza nel *servizio di mediazione* (art 4, lett. e D.M. 180/2010), ma non essere indipendenti in assoluto.

Ciò trova ulteriore conferma nella lettera d articolo citato che consente la costituzione di un organismo quale mera articolazione interna di un diverso ente.

Detta previsione è in aperto contrasto con la legge delega (legge 69/09), secondo la quale l'organismo dovrebbe sempre garantire l'indipendenza, non soltanto nello svolgimento delle funzioni. Si sottolinea poi la mancanza di qualsiasi criterio di individuazione e selezione degli organismi che garantiscano l'imparzialità.

La legge richiede, infatti, solo il rispetto del parametro di serietà ed efficienza. (art 16).

Il D.M. poi non prevede né l'obbligo di astensione da parte del mediatore in conflitto di interessi né la facoltà di ricusazione del mediatore da parte di colui che eccepisca una eventuale incompatibilità, come, ad esempio, nel caso in cui il mediatore, fosse anche avvocato e si trovasse a dover conciliare nella mediazione, eventuali parti istanti o aderenti, presso lo stesso organismo, in cui svolga la funzione di mediatore (es. presso l'organismo dell'ordine, ove è iscritto).

La legge prevede solo l'obbligo del mediatore di informare l'organismo di un possibile pregiudizio nello svolgimento della mediazione, con facoltà dell'organismo di sostituire il mediatore (art. 14, III comma), salvo, la previsione, in caso di reiterata violazione degli obblighi di comunicazione da parte del mediatore, della sospensione o cancellazione dello stesso dal registro da parte del responsabile dell'organismo.

Detta elevata autonomia concessa agli organismi garantisce, dunque, la loro l'imparzialità?

Alcuni organismi sono corsi al riparo prevedendo nei loro regolamenti che, il mediatore non potrà svolgere in seguito tra le parti stesse e in merito alla stessa controversia funzioni di consulente, difensore o arbitro o ricevere alcun tipo di incarico professionale di qualunque natura per la durata di dodici mesi dalla conclusione della mediazione. Che il mediatore non possa in seguito svolgere per le stesse parti e per la stessa controversia il ruolo di arbitro è circostanza assolutamente pacifica, che trova testuale conferma nel divieto previsto dall'art 14 d.lgs. 28/10 di assumere diritti o obblighi, connessi con gli affari trattati in mediazione.

La ratio di tale divieto viene individuata nell'esigenza di garantire l'imparzialità e l'indipendenza del mediatore, ma anche nella necessità di preservarne il ruolo di mero promotore dell'accordo. Quel ruolo, infatti, verrebbe completamente alterato, ove in seguito al fallimento della mediazione, il terzo potesse in qualità di arbitro, formulare un giudizio vincolante per le parti(43).

12) Quali criteri per l'iscrizione nel Registro del Ministero?

La nuova disciplina non ha contribuito a fornire elementi sufficienti ad inquadrare e qualificare il rapporto tra gli attori della mediazione (parti, mediatore e organismo), né a qualificare le rispettive responsabilità professionali e deontologiche. Nessuna indicazione specifica si riviene, del resto, neanche nel D.M. 180/10, che si limita a richiedere agli organismi di specificare il tipo di rapporto con i mediatori, senza tuttavia imporre forme contrattuali predeterminate, stabilendo solo che il mediatore debba svolgere personalmente la prestazione.

Al mediatore viene precluso il diritto di percepire somme di denaro direttamente dalle parti, la quali sono obbligate in solido a versare le indennità stabilite dalla legge agli organismi, che poi provvederanno a compensare il mediatore, sulla base del rapporto giuridico (professionale, occasionale o lavorativo) esistente con lo stesso.

Sulla base dell'individuazione del tipo di rapporto che lega il

mediatore all'organismo, è possibile qualificare eventuali pretese risarcitorie che le parti dovessero vantare, in relazione a danni subiti in conseguenza dell'attività di mediazione, intesa tanto come attività organizzativa, tanto come prestazione intellettuale nei confronti dell'organismo di mediazione, contrattualmente responsabile nei confronti delle parti.

Per questo, alcuni organismi hanno fatto obbligo ai mediatori di dotarsi di una polizza assicurativa per la responsabilità, a qualsiasi titolo, derivante dall'attività di mediazione, con massimale fino a 500 mila euro.

Questo è un ulteriore parametro limitativo, oltre che innovativo rispetto alle previsioni legislative che hanno previsto, esclusivamente, l'obbligatorietà per l'organismo, di dotarsi di una assicurazione.

La ratio si fonda nella responsabilità dell'organismo, in caso di imperizia nello svolgimento della funzione da parte del mediatore, che autocertifica la propria esperienza e nell'abbattimento del premio assicurativo, che grava sull'organismo, se i propri mediatori sono assicurati in proprio.

Si ricorda, a tal proposito, che la legge permette di affidare la mediazione e quindi la trattazione di insorgende controversie legali, anche soggetti privi di qualsiasi formazione di tipo giuridico, non essendo previsto, allo stato, nessun parametro di valutazione delle competenze.

Di notevole interesse è la norma, introdotta dal D.M. 145/11, che impone agli organismi di mediazione di individuare criteri predeterminati e inderogabili in grado di consentire la designazione di mediatori in possesso delle *specifiche competenze professionali* all'uopo necessarie. A tal fine il decreto consente di desumere tali competenze anche dalla tipologia di laurea universitaria posseduta.(44)

In precedenza solo gli organismi, istituiti presso le Camere di Commercio, prevedevano che l'assegnazione delle mediazioni avvenisse, oltre che su base turnaria, anche in base alla competenza professionale del mediatore. L'ordine degli Avvocati di Genova, invece, aveva sin dall'inizio limitato l'accesso al registro ai soli iscritti all'albo degli Avvocati del Circondario.

Ma la sola previa verifica delle specifiche competenze professionali dei mediatori e l'accensione di una polizza assicurativa, sono sufficienti a mantenere indenne l'organismo dalle eventuali richieste danni da parte degli utenti? E' più facile ipotizzare che l'organismo risponda in solido con il proprio mediatore. E in questo caso è prevista la rivalsa dell'organismo sul mediatore in caso di condanna dell'ente al risarcimento del danno per negligente o imperita prestazione?

Parte della dottrina sostiene che, in virtù del "contatto sociale" che si crea tra il mediatore professionale e le parti nella controversia tra essi pendente, trovano applicazione le norme sui contratti con la conseguenza che, il mediatore per andare esente da responsabilità nei confronti dell'organismo e della parte, dovrà dimostrare di aver svolto con assoluta diligenza gli adempimenti suo carico. (45)

Altri autori dubitano di detta estensione, fondando la propria convinzione sul fatto che l'attività di mediazione non sia un'attività protetta, non necessitando per svolgerla, di una particolare abilitazione, ad es. come quella medica, ma solo di un percorso di abilitazione, allo stato di cinquanta ore.

Quanto al tirocinio, da più parti si era segnalato l'esigenza di prevedere una sorta di praticantato, che potesse consentire al mediatore di acquisire esperienze utili.

La modifica introdotta dal D.M. 145/11, pur accogliendo questa esigenza, non colloca il conseguente obbligo nella fase che precede l'esercizio dell'attività di mediazione, ma quale ulteriore dovere di aggiornamento biennale, che si affianca a quello for-

mativo di 18 ore. A tale obbligo del mediatore ne corrisponde uno ulteriore, a carico degli organismi di mediazione, i quali dovranno consentire gratuitamente e disciplinandolo nei propri regolamenti, il tirocinio assistito.(46)

Da un punto di vista deontologico, quale che sia il rapporto concretamente instaurato tra mediatori e organismi, sarebbe opportuno riconoscere il diritto degli organismi di prevedere sanzioni nei confronti dei mediatori che, si rendano responsabili della violazione degli obblighi, previsti nel regolamento dell'organismo, ove svolgono la funzione.

Sul punto si sottolinea come un passo in avanti sia stato fatto dal D.M. 145/11, con la previsione all'art 2 dell'obbligo, a carico del responsabile dell'organismo, di verificare il possesso, da parte dei mediatori, dei requisiti di onorabilità.

13. Conclusioni.

In attesa della decisione della Corte Cost. sui ricorsi, presentati dal TAR Lazio, contro il D.M. 180/10, attuativo del D.Lgs. 28/10(47), concludo con la seguente considerazione.

L'istituto della mediazione rappresenta un paradigma procedimentale, consolidato ed efficace, individuato come modello di riferimento, in molte altre legislazioni europee, ed è impensabile che proprio in Italia, dove la giustizia è allo stremo, si possa far a meno di procedure alternative di risoluzione del contenzioso (ADR).

Pertanto la mediazione civile deve essere, dunque, vista come un'opportunità da sfruttare, ma ciò dipenderà *in primis* dal legislatore che dovrà saper cogliere i rilievi migliorativi, che si spera verranno forniti dalla Corte Cost., investita della questione di costituzionalità e perfezionare ulteriormente, anche se apprezzabile in termini migliorativi è risultata la novella introdotta con il D.M. 145/11, l'attuale testo normativo, che così come è stato concepito rischia di far naufragare, nella prassi, la nuova procedura, che avrebbe come obiettivo principale quello di ridurre il flusso in ingresso di nuove cause nel sistema giustizia, offrendo al cittadino uno strumento più semplice e veloce con tempi e costi certi(48).

Bibliografia

Francesca Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, 2011.

Inserto 3, numero 13, 26 marzo 2011, *Guida al diritto, Mediazione civile: gli strumenti per capire*.

Note:

(1) Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg27521.wp>. Approfondimenti sulla mediazione.

(2) Disposizioni generali D.LGS 28/10, art. 20, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 51 ;

(3) 21 marzo 2011: per molte liti civili il processo diventa l'ultima carta, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 11 ;

(4) F. Cuomo Ulloa, La mediazione nel processo civile riformato,

Zanichelli, 2011, pag. 128;

(5) F. Cuomo Ulloa, cit, pag. 129;

(6) F. Cuomo Ulloa, cit.,pag. 130;

(7) F. Cuomo Ulloa, cit.,pag. 130;

(8) F. Cuomo Ulloa, cit.,pag. 131;

(9) F. Cuomo Ulloa, cit., pag 132;

(10) F. Cuomo Ulloa, cit., pag 133;

(11) F. Cuomo Ulloa, cit., pag 133 e 134;

(12) G. Finocchiaro, *Dal 2011 si parte con il tentativo obbligatorio*, in Guida Dir., 2010, 12, 67;

(13) Disposizioni generali D.LGS 28/10, art. 20, in Guida al diritto, Il Nuovo Codice della Mediazione Civile, aprile 2011, pag. 41;

(14) F. Cuomo Ulloa, cit., pag 114;

(15) Si veda Collegato al Lavoro 2011;

(16) F. Cuomo Ulloa, cit., pag .115;

(17) F. Cuomo Ulloa, cit., pag 118;

(18) Cass. n° 23044 del 15 novembre 2005, in *Impresa*, 2006, 149, vedi nota 58, F. Cuomo Ulloa, cit.;

(19) F. Cuomo Ulloa, cit. pag. 120,

(20) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 124;

(21) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 126 e ss;

(22) Regolamento Camera Commercio Genova; Regolamento Ordine Avvocati Genova. Detti regolamenti sono reperibili su internet nei siti dei rispettivi organismi;

(23) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 135 e ss;

(24) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 140 e ss;

(25) F. Cuomo Ulloa, 146 e ss;

(26) F. Cuomo Ulloa, 151 e ss;

(27) F. Cuomo Ulloa, 152 e ss;

(28) Cass. Sez. Un, n° 25032, del 28 novembre 2005, in Foro It, 2006, I, 1065;

(29) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 250 e ss;

(30) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 251 e ss;

(31) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 239 e ss;

(32) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 257 e ss;

(33) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 258 e ss;

(34) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 259 e ss;

(35) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 254 e ss;

(36) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 255 e ss;

(37) Unioncamere determinante per il Regolamento Unico, in Guida al diritto, Mediazione Civile, inserto 3, numero 13 del 26 marzo 2011,pag. 9;

(38) In vista della svolta del 21 marzo 2011 occhi puntati sui ricorsi presentati al TAR, in Guida al diritto, Mediazione Civile, inserto 3, numero 13 del 26 marzo 2011,pag.4;

(39) Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg27521.wp>. Approfondimenti sulla mediazione.

(40) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 219 e ss;

(41) F. Cuomo Ulloa, cit., pag. 175 e ss;

(42) F. Cuomo Ulloa, cit., nota 101 pag. 43 e ss;

(43) Ordinanza TAR Lazio, I sez. n° 3202/11, depositata il 12 aprile;

(44) Informazioni tratte da sito giustizia: <http://www.giustizia.it/it/mg27521.wp>. Approfondimenti sulla mediazione.

Pubbl ic it à bernardo Garcia Arti Grafiche Guercio

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale Sentenze e Ordinanze

Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale per la Liguria, 14 giugno 2011, n. 153 - Pres. f.f. Salamone - Rel. Maltese - P. G. ed altri - Bogetti Proc. reg.

DANNO erariale - giudizio di responsabilità - amministratori comunali - eventi dannosi cagionati ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza - giurisdizione della Corte dei Conti - sussistenza.

(art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20)

DANNO erariale - giudizio di responsabilità - eventi dannosi cagionati da amministratori o dipendenti - società a partecipazione pubblica totalitaria - gestione *in house* di attività di natura pubblicistica - esercizio di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi da parte dell'ente locale - giurisdizione della Corte dei Conti - sussistenza.

(art. 1 della l. 14 gennaio 1994, n. 20)

Nessun dubbio si pone sulla natura erariale del danno cagionato dagli amministratori comunali, sia che si consideri prodotto al patrimonio dell'ente pubblico, sia che si ritenga cagionato alla società a partecipazione pubblica, stante l'estensione della giurisdizione contabile anche alle ipotesi di responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per danni cagionati ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza (art. 1, comma 4, della L. 14 gennaio 1994, n. 20).

Spetta alla Corte dei Conti la giurisdizione in tema di risarcimento del danno cagionato alla A.M.I. S.p.A. da componenti del Consiglio d'Amministrazione. Nonostante la veste formale di società per azioni (peraltro partecipata totalitariamente dal Comune), infatti, essa si configura nella sostanza come ente pubblico, in quanto società a carattere meramente strumentale, costituita dal Comune per la gestione *in house* di attività di natura pubblicistica che, in assenza di detta società, avrebbero dovuto essere svolte direttamente dall'Amministrazione pubblica, sulla quale, peraltro, l'ente opera un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (nella specie, la società è sottoposta a penetranti poteri di direzione da parte dell'ente pubblico, che provvede alla nomina del C.d.A. e del suo Presidente; è soggetta all'attività di coordinamento da parte del Comune, che ne condiziona in modo determinante le scelte più importanti; beneficia di continui aumenti di capitali a copertura delle perdite d'esercizio, sottoscritti dall'ente proprietario). (2)

Motivi della decisione

(...Omissionis...)

1.3. Difetto di giurisdizione della Corte dei Conti.

Nel caso di specie, secondo la difesa dei convenuti, il danno ipotizzato dalla Procura contabile si sostanzierebbe in una diminuzione diretta del patrimonio della società A.M.I., partecipata dal Comune di Genova, e solo mediamente in un danno a quest'ultimo, socio della stessa. La personalità giuridica e la piena autonomia patrimoniale della società di capitali rispetto al patrimonio dei singoli soci non consentirebbero, secondo la difesa, di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che il comportamento degli organi sociali

abbia arrecato al patrimonio della società, che resta privato, con la conseguenza che la competenza in materia di responsabilità degli amministratori, in mancanza di specifiche norme derogatorie, deve ritenersi spettante al giudice ordinario.

A sostegno della tesi esposta la difesa richiama le ultime pronunce della Corte di Cassazione, in particolare la sentenza n. 26806/2009 e l'ordinanza n. 519 del 2010 che, nel caso di danno prodotto dagli amministratori direttamente al patrimonio della società partecipata dall'ente pubblico, hanno riconosciuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario, con esclusione di quella del giudice contabile.

Il Collegio non ritiene condivisibili le argomentazioni della difesa e ravvisa, invece, nel caso di specie la sussistenza della giurisdizione del giudice contabile.

Nessun dubbio sul fatto che sia erariale il danno cagionato dagli amministratori comunali, sia che questo si consideri prodotto al Comune, sia che si consideri prodotto all'A.M.I., stante l'estensione della giurisdizione contabile anche alle ipotesi di responsabilità di amministratori e dipendenti pubblici per danni cagionati ad amministrazioni o enti diversi da quelli di appartenenza (art. 1, comma 4, della L. 14 gennaio 1994, n. 20).

Per quanto, invece, attiene al danno prodotto dagli amministratori di A.M.I., valgono le seguenti considerazioni.

Come si legge anche nella stessa sentenza n. 26806 del 2009 citata dai convenuti, la giurisprudenza della Corte di Cassazione, ai fini dell'individuazione della giurisdizione della Corte dei Conti in materia di responsabilità amministrativa, ha da tempo abbandonato il criterio eminentemente soggettivo che identificava l'elemento fondante di detta giurisdizione nella condizione giuridica pubblica dell'agente, a favore di un approccio oggettivo che identifica l'ambito della responsabilità amministrativa con riferimento alla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Secondo la Corte, pertanto, quando si discute del riparto della giurisdizione tra Corte dei Conti e giudice ordinario, occorre avere riguardo al rapporto di servizio che intercorre tra l'agente e la P.A., tenendo conto che per tale può intendersi anche una relazione caratterizzata dal fatto di investire un soggetto altrimenti estraneo all'Amministrazione medesima del compito di porre in essere in sua vece un'attività. L'affidamento da parte di un ente pubblico ad un soggetto esterno da esso controllato della gestione di un servizio pubblico integra, infatti, una relazione funzionale incentrata sull'inserimento di quest'ultimo nell'organizzazione dell'ente pubblico ed "implica, conseguentemente, l'assoggettamento alla giurisdizione della Corte dei Conti per danno erariale, a prescindere dalla natura privatistica dello stesso soggetto e dello strumento contrattuale con il quale si sia costituito ed attuato il rapporto (Sez. un. 27 settembre 2006, n. 20886; 1 aprile 2008, n. 8409; 1 marzo 2006, n. 4511; 19 febbraio 2004, 2004, n. 3351)".

La Corte regolatrice ha, in sostanza, ritenuto che nell'attuale assetto normativo, caratterizzato dall'affidamento sempre più frequente a soggetti privati della realizzazione di finalità una volta ritenute di pertinenza esclusiva degli organi pub-

blici, si esercita attività amministrativa non solo quando si svolgono pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando si perseguitano finalità istituzionali proprie dell'amministrazione pubblica mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato (Sez. un., 22 dicembre 2003, n. 19667), con la conseguenza che il dato essenziale che radica tale giurisdizione è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dal quadro di riferimento - pubblico o privato - nel quale si colloca la condotta produttiva del danno (Cass. Sez. un., 25 maggio 2005, n. 10973; 20 giugno 2006, n. 14101; 1 marzo 2006, n. 4511; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3367).

I principi enunciati sono applicabili anche nell'ipotesi in cui venga in evidenza un danno cagionato ad una società per azioni partecipata da un ente pubblico. In tal caso il problema della giurisdizione va risolto esaminando se la società partecipata sia un soggetto privato, non solo formalmente ma anche sostanzialmente, oppure se la stessa sia un modello organizzatorio di cui la P.A. si avvale per il raggiungimento dei suoi fini.

Se il rapporto tra la società e l'ente pubblico è semplicemente di natura partecipativa, come nell'ipotesi esaminata dalla Corte nella citata sentenza n.26806 del 2009 (in quel caso, tra l'altro, trattavasi di un rapporto indiretto e di minoranza), il fatto che il capitale della stessa sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico, non fa perdere alla società la natura di ente privato, con la conseguenza che, non ravvisandosi in tale ipotesi un danno erariale, la responsabilità degli amministratori per i danni arrecati alla società resta disciplinata dalle norme del codice civile e la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Qualora, invece, si tratti di una società con partecipazione pubblica totalitaria costituita per lo svolgimento di servizi pubblici, o che si configuri quale "longa manus" dell'ente stesso, per il rapporto di vera e propria competenziatore organica che intercorre tra la società e l'ente pubblico, si è in presenza di un modello organizzatorio della stessa P.A. con la conseguenza che il danno prodotto dagli amministratori al patrimonio di quella società (pubblica) deve qualificarsi come erariale e la giurisdizione appartiene al giudice contabile.

La Corte di Cassazione ha già fatto applicazione di questi principi ritenendo sussistente la giurisdizione contabile nell'ipotesi di danno cagionato dagli amministratori alla R.A.I. S.p.a., alla quale è stata riconosciuta natura sostanziale di "ente assimilabile ad una pubblica amministrazione" (ord. n. 27092/09), nel caso di danno cagionato all'ENAV S.p.A. da propri dipendenti, qualificato erariale in quanto prodotto ad una società che svolge un servizio pubblico ed è partecipata al 100% dallo Stato (ordinanza n. 5032 del 3 marzo 2010) e nell'ipotesi di danno cagionato ad una Azienda regionale di Trasporto (COTRAL S.p.a.) "a totale capitale pubblico che svolge un servizio pubblico e le cui perdite patrimoniali sono destinate a risolversi in danno degli enti pubblici azionisti e quindi in danno erariale" (ordinanza 24672 del 24 novembre 2009).

Ad identica soluzione deve pervenirsi, secondo il Collegio, se il danno è cagionato dagli amministratori di società che, come quella che viene in evidenza nel presente giudizio, svolgono le cosiddette gestioni in house, vale a dire le gestioni dirette di servizi pubblici da parte dell'ente locale, mediante una propria impresa costituita in forma di società totalmente partecipata.

Il carattere strumentale delle società in house e le caratteri-

stiche emergenti dall'esame della disciplina comunitaria (capitale totalmente pubblico, controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di «contenuto analogo» a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici, svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante) escludono, infatti, che l'in house contract configuri, nella sostanza, un rapporto contrattuale intersoggettivo tra aggiudicante ed affidatario, perché quest'ultimo è, in realtà, solo la longa manus del primo che lo controlla pienamente e totalmente (vedi Corte Cost. sentenza n. 325/2010).

Le stesse operano, pertanto, in una situazione di vera e propria competenziatore organica con gli enti che le hanno costituite e sono da considerare articolazioni organizzative di questi ultimi, con la conseguenza che il danno causato dagli amministratori a tali società si configura come danno erariale.

Dall'applicazione di tali principi alla fatispecie in esame converge che la cognizione sulla domanda di risarcimento del danno avanzata dal Procuratore regionale appartiene alla giurisdizione di questo giudice.

L'A.M.I. S.p.a. è, infatti, una società costituita dal Comune di Genova, socio unico, per lo svolgimento delle attività di manutenzione dei mezzi adibiti al servizio di trasporto pubblico e di altre attività di rilevante interesse pubblico alla stessa direttamente affidate. La funzionalizzazione pubblica della gestione sociale risulta chiaramente dallo statuto, da cui emerge che l'oggetto sociale è "la gestione, la valorizzazione e la manutenzione dei mezzi di trasporto, di beni ed infrastrutture funzionali alla mobilità delle persone nelle aree urbane ed extraurbane, nonché lo svolgimento di servizi afferenti alla mobilità delle persone" tra cui (art. 4 dello statuto) la regolazione e controllo del traffico e della mobilità pubblica e privata, la progettazione, realizzazione e/o gestione di reti, infrastrutture e di sistemi di mobilità, la predisposizione degli atti propedeutici e necessari per l'affidamento della gestione del servizio di trasporto, la pianificazione, progettazione, realizzazione e gestione di servizi relativi alla viabilità, alla sosta, ai parcheggi, alla vigilanza delle corsie e delle fermate riservate al trasporto pubblico e alla rimozione dei veicoli in sosta d'intralcio.

Dalle suddette disposizioni risulta, con ogni evidenza, che la società è stata costituita per la gestione in house di attività di natura pubblica che, in assenza di detta società, avrebbero dovuto essere svolte direttamente dall'Amministrazione comunale.

I rapporti tra l'Amministrazione e la società sono, inoltre, caratterizzati da dipendenza formale con primazia dell'ente controllante. Per espressa previsione statutaria (art. 6), infatti, è riservata alla mano pubblica la totalità del capitale sociale ed al Comune di Genova appartiene il potere di nominare e di revocare direttamente la totalità degli amministratori, in caso di proprietà del 100% delle azioni da parte dello stesso e la maggioranza degli amministratori in caso di proprietà di una quota inferiore. Allo stesso Comune spetta, inoltre, il potere di nominare il presidente del consiglio di amministrazione (art. 16). L'AMI è, infine, soggetta ad attività di direzione e coordinamento da parte del Comune di Genova, da cui totalmente dipende anche finanziariamente, come evidenziato dal fatto che realizza sul piano funzionale la parte più importante della propria attività con l'ente pubblico che la controlla e ne condiziona in modo determinante le scelte più importanti, nonché dai continui aumenti di capitale a copertura perdite sottoscritte dall'ente proprietario.

Essa è, in conclusione, un soggetto soltanto formalmente privato, essendo in realtà una società pubblica sulla quale il Comune esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, come risulta anche dalle stesse vicende che hanno caratterizzato la procedura di gara per la scelta del socio privato di A.M.T.

In quella sede è stato, infatti, il Comune a fissare il corrispettivo annuo per i servizi intercompany tra A.M.I. e A.M.T., senza tenere conto della volontà degli organi gestionali di A.M.I. e degli accordi pregressi tra le due società. Il Comune ha considerato l'A.M.I. come un proprio servizio interno, garantendo a terzi (la cordata vincitrice della gara per la scelta del socio privato di A.M.T.) determinati comportamenti da parte degli organi di amministrazione di quest'ultima (approvazione da parte del C.d.A. dei corrispettivi relativi ai servizi intercompany fissati dal Comune) sui quali evidentemente poteva influire, ed esprimendo, di fatto, esso Comune la volontà degli organi sociali.

Nell'identico modo il Comune si è comportato nel momento in cui, con la sottoscrizione del "closing memorandum", ha modificato ulteriormente le condizioni economiche di erogazione del servizio da parte di A.M.I., senza tenere conto della volontà di quest'ultima i cui organi avevano evidenziato le notevoli ripercussioni negative che tali modifiche avrebbero avuto sulla situazione finanziaria della società.

Conseguente comportamento è stato adottato dall'azionista unico nell'assemblea dei soci in cui lo stesso è intervenuto, tramite i suoi rappresentanti, per chiedere al consiglio di amministrazione di A.M.I. la formale ratifica dei contratti precisando che essa costituiva specifica direttiva dell'azionista, espressione del potere di direzione e coordinamento esercitato sulla società.

Costituendo, pertanto, l'A.M.I. longa manus del Comune data l'insussistenza, per i motivi esposti, di un rapporto intersoggettivo tra la società partecipata e l'ente pubblico partecipante, i danni prodotti dagli amministratori di quella società devono considerarsi danni erariali e la conseguente responsabilità amministrativa appartiene alla giurisdizione di questo giudice. (...Omissis...)

P.Q.M

La Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale regionale per la Liguria, definitivamente pronunciando, assolve da ogni addebito i convenuti G. A., M. A., M. E., P. G.

Condanna, limitatamente al danno derivante dalle modifiche apportate con il closing memorandum agli accordi intercompany, i convenuti P. G., F. G., V. M., S. A., S. G. B. e C. M. D. al risarcimento a favore del Comune di Genova delle seguenti somme comprensive di rivalutazione monetaria: P. G. € 450.000,00 (quattrocentocinquemila); F. G. € 150.000,00 (centocinquemila); V. M., S. A., S. G. B. e C. M. D. € 35.000,00 (trentacinquemila)ciascuno.

Liquida gli onorari e i diritti di difesa relativi ai convenuti assolti da ogni addebito nella misura di € 3.000,00 (tre mila)ciascuno, oltre I.V.A. e C.P.A. nelle misure di legge. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in € 3.949,56 (tremilanovecentoquarantanove/56).

Le stesse sono poste a carico dei condannati in parti uguali. Sulle somme per cui è condanna sono dovuti gli interessi legali, dal deposito della sentenza fino al soddisfatto. Così deciso nelle camere di consiglio del 25 e 28 gennaio 2011.

(1-2) Responsabilità amministrativa degli amministratori di società a partecipazione pubblica e giuri-

sdizione della Corte dei Conti. Breve analisi per una sistematizzazione dei criteri di riparto.

Sommario: 1. Il fatto. - 2. L'evoluzione del riparto della giurisdizione nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione: dal binomio tra criterio «funzionale» e «del danno» a quello tra «appartenenza» e «rapporto di servizio». - 3. La recente rielaborazione del criterio «del danno». - 4. La recente giurisprudenza sul «rapporto di servizio». - 5. Il riparto di giurisdizione nella pronuncia in commento.

1. Il fatto.

La Sezione giurisdizionale per la Liguria della Corte dei Conti si è pronunciata, con la sentenza in commento, sulla responsabilità di alcuni pubblici amministratori e dei membri del Consiglio di Amministrazione di una società per azioni a capitale interamente pubblico, per i danni arrecati al patrimonio della stessa e, conseguentemente, dell'ente pubblico proprietario.

Per comprendere le motivazioni sostenute dal Giudice contabile è necessario ripercorrere brevemente la ricostruzione della fatispecie concreta operata nella pronuncia.

La società per azioni interessata è la A.M.I. S.p.A., partecipata al 100% dal Comune Genova e nata dalla scissione di un ramo aziendale della A.M.T. S.p.A., azienda di trasporto pubblico genovese, anch'essa a partecipazione integralmente comunale.

In seguito alla detta operazione di scissione, alla A.M.I. S.p.A. è stata affidata la titolarità di tutte le infrastrutture e degli impianti un tempo appartenenti ad A.M.T. S.p.A., nonché l'esercizio esclusivo del servizio di manutenzione dei mezzi di trasporto ed altri compiti in materia di mobilità urbana.

Realizzata la ristrutturazione aziendale, A.M.T. S.p.A. ha indetto una gara volta all'individuazione di un socio privato di minoranza, al quale affidare il 41% del capitale sociale, individuato a seguito della procedura in un raggruppamento d'impresi formato dalla Transdev S.A., per il 95%, e dalla Auto Guidovie Italiane S.p.A., per il restante 5%.

L'acquisto del pacchetto azionario è stato, però, subordinato alla sottoscrizione di accordi *intercompany* tra A.M.I. S.p.A. ed A.M.T. S.p.A., relativi alla retribuzione forfettaria annuale dei servizi prestati dalla prima a favore dell'azienda di trasporto pubblico, il cui montante è stato determinato dal Comune di Genova in sede di gara.

Secondo la Procura regionale, però, in conseguenza della determinazione eccessivamente ridotta dei corrispettivi, la A.M.I. S.p.A. avrebbe riportato ingenti perdite di esercizio nel triennio 2006/2008, pari a circa 6 milioni di euro.

Un diverso profilo di danno è stato poi riscontrato dal Procuratore nel contenuto del c.d. *closing memorandum*, approvato al dichiarato fine di chiarire, interpretandole, alcune ambigue previsioni dei contratti *intercompany*.

Nell'interpretazione dell'accusa, invece, tale documento, lungi dal contenere previsioni meramente interpretative, avrebbe introdotto una nuova regolamentazione dei rapporti di debito-credito tra le società pubbliche, cagionando ulteriori danni alla A.M.I. S.p.A. a causa della prevista ulteriore riduzione dei corrispettivi ad essa spettanti per i servizi prestati.

La sentenza in commento, nel pronunciarsi sulla responsabilità amministrativa per danno erariale dei membri del C.d.A. della A.M.I. S.p.A., per aver siglato i contratti *intercompany* ed il *closing memorandum*, entrambi forieri di ingenti danni al patrimonio sociale, offre lo spunto per una seppur

breve analisi dello stato dell'arte nell'individuazione dei confini della giurisdizione contabile.

Non stupisce la condanna dei vertici comunali, parimenti responsabili della conclusione dei predetti accordi, in quanto, sin dall'entrata in vigore della l. 14 gennaio 1994, n. 20, la dottrina e la giurisprudenza sono sempre state concordi nel sottoporre al giudizio della Corte dei Conti i dipendenti e gli amministratori di enti pubblici non economici anche per i danni arrecati ad amministrazioni od enti diversi da quelli di appartenenza(1).

Soluzioni ondavaghe sono state, invece, adottate quanto all'individuazione del giudice naturale dei danni cagionati dagli amministratori e dipendenti di enti pubblici economici (e.p.e.) e società a partecipazione pubblica.

La questione ha assunto crescente importanza con lo sviluppo, a partire dagli anni '90, dell'utilizzo di moduli organizzativi di natura privatistica da parte dell'Amministrazione, con particolare riguardo all'esercizio dei servizi pubblici, sempre più spesso affidati dagli enti territoriali competenti ad aziende municipalizzate ed in generale ad enti pubblici economici (e.p.e.).

Ai fini del riparto di giurisdizione, è di fondamentale importanza la trasformazione in società di capitali (S.r.l. e, più spesso, S.p.A.) che ha interessato i predetti e.p.e., introducendo uno iato tra l'elemento soggettivo, di natura privatistica, e quello oggettivo costituito dallo svolgimento di un'attività pubblicistica volta alla prestazione di beni o servizi alla collettività in un regime di prezzi "politici".

Tale trasformazione è stata attuata in modo graduale, procedendo, dapprima alla mera ripartizione del capitale sociale degli enti in quote od azioni (cd. privatizzazione formale) per poi procedere, in un secondo tempo, alla dismissione delle partecipazioni pubbliche (cd. privatizzazione sostanziale) che, però, com'è noto, non è stata ancora portata a compimento. È in questo quadro che si colloca la copiosa giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione sul riparto di giurisdizione in materia di responsabilità di dipendenti ed amministratori di enti pubblici economici e di società a partecipazione pubblica per i danni cagionati all'azienda e/o al socio pubblico.

2. L'evoluzione del riparto della giurisdizione nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione: dal binomio tra criterio «funzionale» e «del danno» a quello tra «appartenenza» e «rapporto di servizio».

Il primo spartiacque nella giurisprudenza delle Sezioni Unite Civili in tema di giurisdizione contabile è rappresentato dall'ordinanza n. 19667 del 2003(2), che ha compiuto un deciso *revirement* rispetto al precedente orientamento, secondo il quale in presenza di illeciti compiuti nell'esercizio di poteri autoritativi od organizzatori di natura pubblicistica (cd. atti *iure imperii*), la giurisdizione doveva essere attribuita alla Corte dei Conti, mentre in caso di illeciti sorti nell'esercizio di attività di natura imprenditoriale la giurisdizione spettava alla magistratura ordinaria(3).

Tale interpretazione è stata del pari estesa agli enti pubblici di gestione delle partecipazioni statali, quali IRI ed ENI, «ritenendosi che l'attività di questi enti, consistente nella gestione di partecipazioni azionarie nel rispetto dei canoni privatistici, rientrasse a pieno titolo nella nozione di attività imprenditoriale, nonostante l'attività risultasse assoggettata a direttive vincolanti del Governo»(4).

L'applicazione di questo criterio, però, risultava particolarmente complessa per la difficoltà di distinguere nitidamente

gli atti di organizzazione interna da quelli schiettamente imprenditoriali: infatti, la definizione di attività d'impresa, ai sensi dell'art. 2082 c.c., comprende tutti gli adempimenti propri di una «attività economica organizzata», tra i quali rientrano la «costituzione, conservazione, adeguamento, implementazione dell'organizzazione d'impresa»(5), rendendo quanto mai arduo discernere gli atti organizzativi di natura autoritativa da quelli di tipo imprenditoriale.

Attività discreziva vieppiù complicata dalla costante presenza del perseguimento del pubblico interesse quale finalità ultima, statutariamente prevista, dell'attività sociale.

La Corte dei Conti ha, in un primo tempo, avversato le soluzioni interpretative seguite dalla Suprema Corte, ritenute fortemente lesive della propria giurisdizione e, come si è avuto modo di rilevare, di difficile utilizzo, a favore di un criterio di riparto eminentemente oggettivo, c.d. «del danno», fondato sulla qualifica pubblicistica dell'ente danneggiato(6) o delle risorse depauperate(7); solo in un secondo tempo, il Giudice contabile si è piegato all'impostazione della Cassazione, riconoscendo l'applicabilità del criterio funzionale, legato alla natura dell'attività svolta(8).

Sennonché, con la richiamata ordinanza n. 19667 del 2003, le Sezioni Unite hanno incontrato le perplessità ripetutamente esternate dal Giudice contabile, individuando «il *discrimen* tra le due giurisdizioni (...) nella qualità del soggetto passivo, e, pertanto, nella natura - pubblica o privata - delle risorse finanziarie di cui esso si avvale»(9).

Il Supremo Giudice della Giurisdizione si è pertanto uniformato all'interpretazione da anni sostenuta dal «diritto vivente» secondo la quale «è, dunque, l'evento verificatosi in danno di un'amministrazione pubblica il dato essenziale dal quale scaturisce la giurisdizione contabile e non, o non più, il quadro di riferimento (diritto pubblico o privato) nel quale si colloca la condotta produttiva del danno stesso»(10). Nell'ordinanza, però, le Sezioni Unite non si sono spinte ad estendere tale titolo di responsabilità amministrativa ad amministratori e dipendenti di S.p.A., preferendo, come rilevato in dottrina, «riguardo alle figure soggettive private, l'ancoraggio della responsabilità amministrativa alla natura oggettivamente pubblica dell'attività o del servizio da esse svolto, senza indulgere - perciò - nella ricerca di «indici» sui quali fondare la natura «sostanzialmente pubblica» di questo o quel soggetto»(11).

Tale cautela è stata dettata dalle particolari modalità con le quali si è sviluppato il processo di privatizzazione nell'ordinamento italiano, che hanno portato alla compresenza di soggetti «formalmente e sostanzialmente privatizzati» e soggetti «formalmente privatizzati e sostanzialmente pubblici».

Solo con la successiva sentenza n. 3899 del 2004(12) la Suprema Corte ha ritenuto di estendere, finalmente, la giurisdizione della Corte dei Conti alle ipotesi di responsabilità dei dipendenti ed amministratori di società a partecipazione pubblica.

Posto, infatti, che «l'amministrazione svolge attività amministrativa non solo quando esercita pubbliche funzioni e poteri autoritativi, ma anche quando (...), persegue le proprie finalità istituzionali mediante un'attività disciplinata in tutto o in parte dal diritto privato»(13), deve riscontrarsi la giurisdizione del Giudice contabile ogni qual volta si stabilisca con l'organismo societario un rapporto di servizio, ovvero una relazione funzionale attraverso la quale questi, seppur formalmente estraneo all'organizzazione della P.A., sia materialmente inserito nell'*iter* procedimentale dell'ente territoriale, partecipando all'esercizio delle sue attività a fini pubblici(14).

Tale evoluzione giurisprudenziale, che ha esteso l'ambito di applicazione dell'art. 1, comma 4 della legge n. 20 del 1994 agli enti pubblici economici, ha permesso una nuova sistematizzazione dei criteri di riparto tra giurisdizione ordinaria e contabile, distinguendo il canone «dell'appartenenza», relativo agli e.p.e., da quello «del rapporto di servizio» applicabile alle società a partecipazione pubblica(15).

Dalla sentenza n. 3899 del 2004 in avanti, pertanto, la giurisprudenza di legittimità ha pacificamente riconosciuto la natura pubblica degli enti pubblici economici, indipendentemente dall'attività svolta, riservando, invece, ad una puntuale valutazione caso per caso della Corte dei Conti, l'effettiva presenza di un «rapporto di servizio» tra la società partecipata e l'azionista pubblico al fine di sottoporre i suoi dipendenti ed amministratori alla giurisdizione contabile.

3. La recente rielaborazione del criterio «del danno».

La dottrina, nel tentativo di sistematizzare i molteplici e spesso contraddittori criteri di riparto della giurisdizione contenuti nella stratificata giurisprudenza della Cassazione, è giunta, in tempi recenti, ad elaborare un ulteriore *discrimen* tra responsabilità amministrativa e civile, fondato sulla natura diretta od indiretta del danno cagionato al patrimonio dell'ente pubblico, radicando la giurisdizione, nel primo caso, in capo alla Corte dei Conti, nel secondo, al Giudice ordinario(16).

Le Sezioni Unite hanno, infatti, ritenuto che le società a partecipazione pubblica «non perdono la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico»(17) e, di conseguenza, non tutti i danni cagionati al patrimonio sociale possono configurarsi come erariali.

Ciò, sia al fine di rispettare il principio civilistico dell'autonomia patrimoniale delle società, sia per non contraddirsi, mediante la riconduzione alla giurisdizione della Corte dei Conti delle lesioni cagionate al capitale di dette società partecipate, la *ratio* stessa dell'introduzione degli enti pubblici economici (oggi società partecipate), creati «per la necessità di realizzare un tipo di organizzazione più idoneo allo svolgimento di attività di impresa, svincolato dalle regole troppo rigide della contabilità pubblica»(18).

Gli unici danni sottoposti al vaglio del giudice contabile sono pertanto quelli diretti al patrimonio dell'ente pubblico, quale il danno all'immagine derivante dal comportamento illecito degli amministratori, distinguendoli da quelli che si sostanziano nel «mero riflesso di un pregiudizio arrecato al patrimonio sociale»(19).

La problematica applicazione di tale criterio di riparto, discende dalla difficoltà di distinguere i due tipi di danno, nonché nel definire il travagliato rapporto tra le azioni esperibili nanti le due giurisdizioni.

È evidente, infatti, come ogni diminuzione patrimoniale, ogni maggiore esborso o perdita di *chances* subita dalla società rechi danno a tutti i soci e, tra questi, all'ente pubblico, in termini di diminuzione degli utili o, peggio, di forzata ricapitalizzazione al fine di ripianare le perdite d'esercizio.

Stabilire in quali casi la lesione patrimoniale interessi direttamente l'ente pubblico ed in quali lo colpisca soltanto in via mediata, in mancanza di indirizzi precisi da parte del legislatore, rischia di attribuire la scelta alla esclusiva discrezionalità del Giudice della giurisdizione.

Scelta discrezionale vieppiù aggravata dall'assenza di una previsione legislativa sul rapporto tra l'azione civile e quella contabile. Optare per il regime processuale dell'alternatività rischierebbe di comportare «problemi di tenuta costituzionale

del sistema»(20), in ragione dei ridotti diritti garantiti ai soci privati di S.p.A. a partecipazione pubblica, impossibilitati ad esercitare le azioni sociali previste dal Codice civile in presenza di una riscontrata lesione erariale; la scelta della concorrenzialità delle azioni sottoporrebbe, invece, gli amministratori ad un doppio rischio di risarcimento, con una potenziale conseguente disincentivazione all'assunzione di tali incarichi(21) ed una forte riduzione delle garanzie patrimoniali per i creditori.

Le Sezioni Unite si sono pronunciate per la prima volta sul tema con la sentenza n. 26806 del 2009, optando per l'alternatività delle azioni, con l'esclusione della proponibilità di un ricorso al giudice contabile per lesione del patrimonio sociale, salvo in presenza di un danno all'immagine dell'ente o del mancato esercizio, da parte del rappresentante del socio pubblico, dell'azione sociale di responsabilità, con una conseguente ipotesi di danno erariale(22).

4. La recente giurisprudenza sul «rapporto di servizio».

In parziale apertura rispetto alle soluzioni giurisprudenziali introdotte con la sentenza n. 26806 del 2009, si colloca la successiva pronuncia n. 519 del 2010(23) che riconosce come debba mantenersi la giurisdizione della Corte dei Conti a fronte della «specificità di singole società a partecipazione pubblica il cui statuto sia soggetto a regole legali *sui generis*, come nel caso della RAI».

Tale affermazione giunge a conferma di quanto statuito nella sentenza n. 27092 del 2009(24) che ha riservato al Giudice contabile la pronuncia sulla responsabilità degli amministratori della RAI Radio Televisione Italiana S.p.A., in relazione ai danni patrimoniali cagionati(25).

La Corte ha ritenuto, infatti, che la Rai, nonostante la veste di società per azioni, abbia sostanziale natura di ente pubblico.

Per corroborare tale conclusione, il Giudice contabile ha stilato un elenco di indici rivelatori della natura sostanziale di ente pubblico, che ricorda molto quello elaborato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (oggi Unione Europea) per definire, a suo tempo, il concetto di «organismo di diritto pubblico»(26).

La RAI R.T.I. S.p.A. è stata, infatti, assimilata ad ente pubblico in quanto: partecipata per l'intero ammontare del capitale da enti pubblici; designata direttamente dalla legge quale concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo; sottoposta a penetranti poteri di vigilanza da parte di un'apposita commissione parlamentare; destinataria di un canone d'abbonamento avente natura di imposta; compresa tra gli enti sottoposti al controllo della Corte dei Conti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria; tenuta all'osservanza delle procedure di evidenza pubblica nell'affidamento degli appalti. Nella medesima direzione si collocano alcune recenti pronunce delle sezioni regionali della Corte dei Conti(27) che hanno adottato il medesimo criterio al fine di individuare la sussistenza della giurisdizione contabile. Tra queste si colloca la sentenza in commento.

5. Il riparto di giurisdizione nella pronuncia in commento.

Dopo aver brevemente ricostruito l'evoluzione giurisprudenziale sul riparto di giurisdizione, la Sezione giurisdizionale della Liguria incentra la propria decisione sul già richiamato criterio «dell'appartenenza», ritenendo sussistente la propria giurisdizione in relazione alla lesione operata al pa-

trimonio della A.M.I. S.p.A.

Nel sostenere le proprie argomentazioni, il Giudice contabile fa ricorso alla tecnica del *distinguishing*⁽²⁸⁾, richiamando espressamente la sentenza n. 26806 del 2009 al fine di evidenziare la differmità della situazione di fatto posta alla base della precedente pronuncia rispetto a quella oggetto della sua analisi.

Infatti, se, nel precedente giudizio, il rapporto tra l'ente pubblico e la società era meramente «indiretto e di minoranza» e, pertanto, rispondente al canone della c.d. «privatizzazione sostanziale»; nel caso in commento la A.M.I. S.p.A. è «una società costituita dal Comune di Genova, socio unico», tipico caso di privatizzazione meramente formale.

Di più.

Dalle previsioni contenute nello statuto sociale «risulta, con ogni evidenza, che la società è stata costituita per la gestione *in house* di attività di natura pubblicistica che, in assenza di detta società, avrebbero dovuto essere svolte direttamente dall'Amministrazione comunale».

Infine, per espresa previsione statutaria, la società è sottoposta all'attività di direzione e coordinamento del Comune di Genova, che provvede, inoltre, a nominare la totalità degli amministratori ed il Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Da tali circostanze discende, secondo il Giudice contabile, la configurazione dell'A.M.I. S.p.A. come «soggetto soltanto formalmente privato, essendo in realtà una società pubblica sulla quale il Comune esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi», e pertanto i suoi amministratori soggiacciono pacificamente alla giurisdizione contabile.

La Sezione giurisdizionale per la Liguria sembra, pertanto, uniformarsi all'orientamento interpretativo espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 27092 del 2009, confermando l'applicabilità del criterio «del rapporto di servizio» alle ipotesi di responsabilità degli amministratori di società partecipate, indipendentemente dalla natura diretta o mediata del danno cagionato all'ente pubblico.

È difficile prevedere quali saranno le future evoluzioni giurisprudenziali delle Sezioni Unite in tema di giurisdizione contabile, soprattutto con riferimento al legame tra «rapporto di servizio» e «appartenenza».

Dalla breve analisi della giurisprudenza sin qui effettuata, però, sembra sia in atto un graduale processo di assimilazione dei due concetti, complice la graduale assimilazione dell'istituto, di derivazione comunitaria, dell'organismo di diritto pubblico.

Lo sgretolamento del muro che separava enti pubblici, economici e non, e società partecipate, iniziato con la sentenza n. 3899 del 2004, ha permesso alla giurisprudenza, contabile e di legittimità, di affrontare con maggior disinvolta il problema del riparto di giurisdizione, risolvendo con spirito di estrema concretezza l'annosa questione della responsabilità erariale dei dipendenti e degli amministratori di S.p.A. in mano pubblica.

Francesca Paderno

Note:

(1) Cfr. art. 1, comma 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20: «La Corte dei Conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza, per i fatti commessi successivamente alla data di entrata

in vigore della presente legge».

(2) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, in Foro it., 2005, I, 2676, con nota di D'Auria, *Amministratori e dipendenti di enti economici e società pubbliche: quale «revirement» della Cassazione sulla giurisdizione di responsabilità amministrativa?*

(3) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 615, con nota di Maddalena, *Natura e funzioni del p.m. Contabile e ricorso per giurisdizione ed in Riv. Dir. Proc.*, 1983, 539, con nota di Laserra, *La giurisdizione contenziosa della Corte dei Conti nelle materie di contabilità pubblica e gli agenti degli enti pubblici economici*. Cfr., inoltre, la costante giurisprudenza successiva nelle sentenze: Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 21 ottobre 1983, n. 6178, in Foro it., 1983, I, 1596; Id., 21 ottobre 1983, n. 6179, in *Giur. it.*, 1984, III, 1, 295; Id., 10 maggio 1984, n. 2851, in *Mass. Giur. Lav.*, 1985, 229, con nota di Longobardi, *Problemi di giurisdizione in tema di rapporto di lavoro e di azione di responsabilità verso dipendenti ed amministratori degli enti pubblici economici*; Id., 18 dicembre 1985, n. 6443, in *Foro it.*, 1986, I, 3088; Id., 18 dicembre 1985, n. 6444, *ibidem*, I, 3087; Id., 18 marzo 1988, n. 2489, *ivi*, I, 2602; Id., 4 maggio 1989, n. 2086, in *Rep. Giur. It.*, 1989, voce «*Giudizio di conto*», n. 656; Id., 22 maggio 1991, n. 5792, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 679; Id., 18 ottobre 1991, n. 11037, in *Giust. Civ.*, 1992, I, 1847; Id., 18 marzo 1992, n. 3354, in *Rep. Giur. It.*, 1992, voce «*Competenza e giurisdizione civile*», n. 238; Id., 22 ottobre 1992, n. 11560, in *Foro it.*, 1994, I, 872 e in *Riv. Dir. Comm.*, 1996, I, 1, con nota di Crosio, *I funzionari degli enti pubblici economici fra responsabilità civile e responsabilità amministrativa*; Id., 20 ottobre 1993, n. 10381, in *Rep. Giur. It.*, 1993, voce «*Giudizio di conto*», n. 637; Id., 17 novembre 1994, n. 9746; *ivi*, 1994, voce «*Competenza e giurisdizione civile*», n. 416; Id., 28 novembre 1995, n. 12294, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1996, 630, con nota di Verzaro, *Problemi di giurisdizione: amministratori di enti pubblici economici ed azione di responsabilità*; Id., 15 dicembre 1997, n. 12654, in *Giust. Civ.*, 1998, I, 2273, con nota di Visca, *Natura giuridica della AMTAB e conseguente giurisdizione del giudice ordinario in tema di responsabilità degli amministratori*; Id., 21 novembre 1999, n. 829, in *Foro It.*, 2000, I, 3261; Id., 21 novembre 2000, n. 1193, in *Cons. Stato*, 2001, II, 745, con nota di Palumbi, *Ancora sui limiti della giurisdizione della Corte dei Conti*; Id., 1 dicembre 2000, n. 1243, in *Foro It.*, 2001, I, 877; Id., 17 luglio 2001, n. 9649, in *Riv. Corte Conti*, 2001, 5, 236.

(4) Cfr. sul punto G. Astegiano, *Gli illeciti degli amministratori e dei dipendenti degli enti pubblici economici: dal giudice ordinario al giudice contabile*, in *Giur. it.*, n. 10, 2004, 1834. Si veda, inoltre, la giurisprudenza richiamata sul punto dall'A.: Cass. Civ., SS.UU., 14 dicembre 1985, n. 6328, in *Giur. It.*, 1986, I, 1, 1667, con nota di Stigliano Messutti, *Amministratori di enti pubblici economici ed azione di responsabilità: problemi di giurisdizione*, e in *Giur. Comm.*, 1987, II, 250, con nota di Bollino, *La responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*. Nello stesso senso: Cass. Civ., SS.UU., 15 novembre 1989, n. 4860, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 930; Id., 2 ottobre 1998, n. 9780, in *Foro It.*, 1999, I, 575, con nota di D'Auria, *Brevissime in tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori di enti pubblici economici*, in *I Contr. Stato ed Enti pubbl.*, 1999, 298, con nota di Botta, *In tema di giurisdizione sulla responsabilità degli amministratori degli enti di gestione*, ed in *Guida al Dir.*, 1999, 3, 55, con nota di Chiappinelli, *Per garantire l'effettività del controllo è necessario trovare un nuovo punto di equilibrio*.

(5) Cfr. Rossi A., *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche*, in *Giur. Comm.*, 2009, 3, 521.

(6) Cfr., tra le altre, Corte dei Conti, Sez. I, 26 aprile 1982, n. 53 e Id. 16 settembre 1982, n. 103, in *Foro It.*, 1983, III, 14; e Id., Sez. giurisd. Lombardia, 17 febbraio 2000, n. 296, in *Riv. Corte Conti*, 2000, 2, 2, 95.

(7) Cfr. Corte dei Conti, Sez. giurisd. Molise, 7 ottobre 2002, n. 234, in *Riv. Corte Conti*, 2002, 5, 129. Cfr. in dottrina, Maddalena,

La sistemazione dogmatica della responsabilità amministrativa nell'evoluzione attuale del diritto amministrativo, in www.amcorteconti.it, 12; Andreani, *Saggio sulla responsabilità patrimoniale degli amministratori degli enti pubblici economici*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989, 1; Ristuccia, *La giurisdizione in materia di responsabilità degli amministratori degli enti pubblici economici: un vecchio problema dinanzi a nuovi scenari*, in *Riv. Corte Conti*, 1995, 1, 406; e Schiavello, *La nuova conformazione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2001.

(8) Corte dei Conti, Sez. giurisd. Campania, 10 luglio 2000, n. 57, in *Riv. Corte Conti*, 2000, 5, 135; Id., Sez. I, 7 marzo 2001, n. 93/A, *ivi*, 2001, 2, 111; Id., Sez. giurisd. Lazio, 16 gennaio 2002, n. 106, *ivi*, 2002, 1, 248; Id., Sez. I, 18 novembre 2002, n. 405/A, *ivi*, 2002, 6, 141; Id., Sez. III, 12 giugno 2003, n. 257/A, *ivi*, 2003, 3, 168; Id., Sez. II, 13 novembre 2003, n. 313/A e Id., Sez. I, 17 novembre 2003, n. 396/A, inedita. Per alcuni risalenti precedenti si vedano Corte dei Conti, Sez. riun., 20 ottobre 1992, n. 806/A, in *Foro Amm.*, 1993, I, 1113 e Id., Sez. giurisd. Lombardia, 3 dicembre 1998, n. 1614, in *Riv. Corte Conti*, 1999, I, 74.

(9) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, *cit.*

(10) *Ibidem*. Cfr. per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale in commento Chieppa R. - Giovagnoli R., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2011, 218 ss. e Rossi A., *op. cit.*

(11) Cfr. D'Auria G., *Amministratori e ...*, *cit.*, 2685.

(12) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Giur. it.*, 2004, 1946 e le successive sent. Id., 25 maggio 2005, n. 10973, in *Foro it.*, 2005, I, 2674; Id., 1 marzo 2006, n. 4511, in *Foro it.*, 2006, I, 1734 e Id. 20 giugno 2006, n. 14101, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, 6.

(13) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667, *cit.*

(14) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 26 febbraio 2004, n. 3899, *cit.*

(15) Cosi D'Auria G., *Responsabilità amministrativa per attività di natura discrezionale e per la gestione di società pubbliche: a proposito di alcune sentenze delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2007, II, 2493, che, nel distinguere i due criteri, ritiene che: «la distinzione tra il «criterio dell'appartenenza» e il criterio del «rapporto di servizio» sta, dunque, in ciò: che il primo è di carattere, per così dire, oggettivo, consistendo nel riconoscere che gli enti economici - benché svolgano attività di natura imprenditoriale e applichino moduli di gestione privatistica - perseguono, per loro natura, finalità pubblicistiche con risorse pubbliche, talché i loro amministratori sono soggetti alle regole della responsabilità amministrativa; il secondo è di carattere funzionale, per cui la responsabilità si attaglia agli amministratori (e dipendenti) di qualsiasi figura soggettiva che sia in «rapporto di servizio» con l'amministrazione, essendo ad essa conferiti (o da essa in fatto svolti) compiti della stessa amministrazione, a contenuto di funzione o di servizio pubblico».

(16) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Riv. Corte Conti*, 2009, 6, 218 ed in www.giustamm.it, 1, 2010, con note di Colonna, *Danni al patrimonio della società. Difetto di giurisdizione della Corte dei Conti - giurisdizione del Giudice ordinario*, e di Capalbo, *I limiti esterni alla giurisdizione della Corte dei Conti e società partecipate: una brusca battuta di arresto*; e Id., 15 gennaio 2010, n. 519, in *Foro Amm. CDS*, 2010, 1, 59, con nota di Tenore V., *La giurisdizione della Corte dei Conti sulle s.p.a. a partecipazione pubblica*.

(17) Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.*

(18) Cass. Civ., SS.UU., 2 marzo 1982, n. 1282, in *Giur. it.*, 1982, I, 615.

(19) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.*

(20) Cfr. Rossi A., *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2009, 3, 521 ss.

(21) Cfr. in questo senso Rossi A., *op. cit.*, e Ibba, *Azioni ordinarie di responsabilità e azione di responsabilità amministrativa nelle società in mano pubblica. Il rilievo della disciplina privatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, II, 145 ss., il quale rileva che «è difficile credere che gli amministratori possano essere tenuti a risarcire una seconda volta il danno già risarcito pro quota al socio pubblico, dovendosi ammettere, dunque, che essi eccepiscano con successo il già avvenuto risarcimento. Ma ciò equivale a dire che un socio - il socio pubblico - sarebbe legittimato a soddisfarsi prima dei creditori, con una traslazione del rischio d'impresa dal socio pubblico ai creditori sociali che rovescerebbe svariati principi del diritto societario e del diritto privato tout court e nella quale non sarebbe difficile scorgere profili d'illegittimità costituzionale»; e Romagnoli, *Le società degli enti pubblici: problemi e giurisdizioni nel tempo delle riforme*, in *Giur. comm.*, 2006, I, 479. Si veda, inoltre, Romagnoli, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche fra diritto amministrativo e diritto commerciale*, in *Società*, 2008, 441 ss.

(22) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 19 dicembre 2009, n. 26806, *cit.*; le Sezioni Unite rilevano, infatti, che «trattandosi di società a partecipazione pubblica, il socio pubblico è di regola in grado di tutelare egli stesso i propri interessi sociali mediante l'esercizio delle suindicate azioni civili. Se ciò non accia e se, in conseguenza di tale omissione, l'ente pubblico abbia a subire un pregiudizio derivante dalla perdita di valore della partecipazione, è sicuramente prospettabile l'azione del procuratore contabile nei confronti (non già dell'amministratore della società partecipata, per il danno arrecato al patrimonio sociale, bensì nei confronti) di chi, quale rappresentante dell'ente partecipante o comunque titolare del potere di decidere per esso, abbia colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio ed abbia perciò pregiudicato il valore della partecipazione. Ed è ovvio che, con riguardo ad un'azione siffatta, vi sia piena competenza giurisdizionale della Corte dei Conti».

(23) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 15 gennaio 2010, n. 519, *cit.*

(24) Cfr. Cass. Civ., SS.UU., 22 dicembre 2009, n. 27092, in *Red. giust. civ. Mass.*, 2009, 12.

(25) La fattispecie si riferiva alla nomina del Direttore generale ed ai compensi spettanti agli ex direttori.

(26) Cfr. Corte di Giustizia CE, 10 novembre 1998, causa C-360/96, in *Racc. I-06821*; Id., 1 febbraio 2001, causa C-237/99, Commissione/Francia, in *Racc. I-939*; Id., 15 maggio 2003, causa C-214/2000, in *Racc. I-04667*; Id., sez. V, 22 maggio 2003, n. 18 causa C-18/01, in *Racc. I-05321*.

(27) Cfr. Corte Conti, Sez. giurisd. Friuli Venezia Giulia, 14 aprile 2010, n. 71, in *Riv. Corte conti*, 2010, 2, 135 e Sez. giurisd. Toscana, 10 giugno 2010, n. 214, in *Riv. Corte conti*, 2010, 3, 131, che ha individuato quali indici della giurisdizione contabile nei confronti degli amministratori di società di capitali, tra gli altri: la titolarità pubblica dell'intero capitale; la gestione di servizi pubblici quale oggetto sociale; la predisposizione delle tariffe del servizio da parte dell'ente pubblico; l'eventuale regime monopolistico; la mancata sottoposizione della società al rischio d'impresa; la sottoposizione al potere direttivo ed al monitoraggio dell'ente.

(28) Tecnica nata nei sistemi di *common law* per l'analisi dei precedenti giurisprudenziali, fondata sulla distinzione dei medesimi in relazione alle caratteristiche differenti della fattispecie concreta posta a fondamento della decisione. Si è rivelata fondamentale per l'evoluzione e l'arricchimento dei sistemi giuridici anglofoni ed è stata successivamente diffusa negli ordinamenti di *civil law*, nei quali, in assenza del dogma della vincolatività dei precedenti, è stato utilizzato a fini per lo più interpretativi e dottrinali.

GRAND HOTEL SAVOIA
Genova

Ristorante Novecento

Via Arsenale di Terra 5
Di fronte alla Stazione di Piazza Principe
Tel. 010 27 721 - 010 261 641
www.grandhotelsavoia.it

Hotel Continental - Genova
Enterprise Hotel - Milano

Residenza delle Città - Milano
Hotel Ville sull'Arno - Firenze

PLANETARIA HOTELS

Massime

Cassazione, sez. I civ., 14 febbraio 2011, n. 3572 - Pres. Luciccioli - Rel. Felicetti - M. M. L. (Avv. Vinti) c. Procura Generale della Repubblica presso la Corte di Appello di Genova.

ADOZIONE DI MINORE - obblighi internazionali - persona singola - diritto - insussistenza - possibilità di porre dei limiti con riferimento a presupposti ed effetti - adozione in casi particolari - legittimità.

(Artt. 2, 3, 29, Cost.; Convenzione europea in materia di adozione di minori del 24 aprile 1967, ratificata con l. 22 maggio 1974 n. 357, artt. 6, 10, 12; l. 4 maggio 1983, n. 184, artt. 25, quarto e quinto comma, 44, terzo comma)

ADOZIONE DI MINORE - provvedimento straniero - riconoscimento nell'ordinamento italiano - diritto applicabile - legge speciale.

(Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, l. 4 maggio 1983, n. 184; l. 31 maggio 1995, n. 218, art. 41, comma 2)

ADOZIONE DI MINORE - persona singola - provvedimento straniero - riconoscimento nell'ordinamento italiano - attribuzione degli effetti della adozione in casi particolari - legittimità.

(Art. 29 Cost.; Convenzione europea in materia di adozione di minori del 24 aprile 1967, ratificata con l. 22 maggio 1974, n. 357, artt. 6, 10, 12; l. 4 maggio 1983, n. 184, artt. 35 e 44)

Il giudice non può riconoscere il diritto di adozione dei minori a persone singole, attuando direttamente l'art. 6 della Convenzione europea in materia di adozione di minori firmata a Strasburgo il 24 aprile 1967 e ratificata dall'Italia con l. 22 maggio 1974, n. 357. Tale norma infatti non è auto applicativa, necessitando dell'interposizione del legislatore per la determinazione dei presupposti e degli effetti dell'adozione da parte di persona singola. Inoltre determina in capo al legislatore soltanto la facoltà e non l'obbligo di disciplinare tale fattispecie: non osta quindi alla possibilità di porre dei limiti a tale forma di adozione e di diversificare gli effetti. La previsione della possibilità di disporre l'adozione legittimamente a favore di persona singola solo nel caso di sopravvenuta morte o incapacità di uno dei coniugi o di intervenuta separazione nel corso dell'affidamento preadottivo (art. 25, quarto e quinto comma, l. 4 maggio 1983, n. 184) o, con effetti diversi, nelle ipotesi di adozione in casi particolari (art. 44, terzo comma, l. 4 maggio 1983, n. 184) non può quindi essere censurata per illegittimità costituzionale per violazione della Convenzione e degli altri atti di diritto internazionale posti a tutela dei diritti dei fanciulli (Corte Cost. sent. n. 183 del 1994; Corte cost. ord. n. 347 del 2005). Anche l'attribuzione di diversi effetti all'adozione nell'ipotesi in cui questa avvenga in "casi particolari" deve essere considerata compatibile con la suddetta Convenzione, sulla base della quale il riconoscimento di determinate posizioni soggettive, proprie dell'adozione legittimante, non deve essere necessariamente esteso a tutte le forme di adozione previste dal legislatore nazionale (art. 24, Convenzione del 1967).

In materia di riconoscimento del provvedimento di adozione di minori pronunciato dalla competente autorità di un paese straniero, a istanza di cittadini italiani, non si applica la normativa di diritto internazionale privato ma la legge 4 maggio 1983, n. 184, così come modificata dalla legge n. 476 del 1998 di ratifica della Convenzione dell'Aja del 29 maggio 1993, che costituisce legge speciale ai sensi dello stesso dell'art. 41, comma 2, della legge n. 218 del 1995.

Al riconoscimento in Italia dell'adozione di un minore pronunciata all'estero nei confronti di un soggetto singolo cittadino italiano consegue l'estensione alla stessa dei soli effetti previsti per l'adozione in casi particolari dall'art. 44 della l. l. 4 maggio 1983, n. 184. Il quadro legislativo italiano attuale è infatti ostativo al riconoscimento di effetti legittimanti a situazioni diverse dall'adozione da parte di soggetti congiunti in matrimonio e tale principio deve essere rispettato, ai sensi dell'art. 35, terzo comma della l. l. 4 maggio 1983, n. 184, anche con riferimento alla trascrizione del provvedimento di adozione di altro Stato estero nei registri dello stato civile italiano.

TAR Liguria, sez. II, 17 febbraio 2011, n. 292 - Pres. Di Sciascio - Est. Prosperi - N. A. (Avv. ti Repetti e Verduci) c. Ministero dell'Interno (Avvocatura di Stato).

ATTO amministrativo - trasferimento - assenza ragioni di urgenza - comunicazione avvio del procedimento - necessità.

ATTO amministrativo - prolungate assenze giustificate - trasferimento punitivo - illegittimità.

(Artt. 3, 7 e ss. della Legge n. 241 del 1990)

Il richiamo ad esigenze di celerità per omettere la comunicazione di cui all'art. 7 L. n. 241 del 1990 ed il relativo coinvolgimento istruttorio non può limitarsi ad un richiamo burocratico senza la minima dimostrazione circa la consistenza delle dette esigenze (nella specie, il Tar ha ritenuto che le esigenze di celerità in realtà non sussistessero posto che la proposta di trasferimento del vicequestore aggiunto con cui il relativo procedimento è stato attivato si fondava su prolungate assenze del ricorrente dalla sede presso cui era in forza, assenze la cui origine risaliva ad oltre un anno addietro).

Il trasferimento disposto sulla base delle prolungate assenze dell'agente tra l'altro tutte giustificate e/o derivanti da cause prettamente di servizio si configura come trasferimento punitivo e, come tale, è illegittimo (nella specie, il Collegio ha rilevato come, pur non mettendo in dubbio il potere della Questura di organizzare le proprie forze sul territorio e all'interno degli uffici, ciò deve svolgersi mediante provvedimenti specificamente deputati a tale scopo e non tanto per sanzionare un dipendente asseritamente immeritevole; il Tar ha ritenuto rilevante, tra gli altri elementi, il fatto che non risultasse la sostituzione dell'agente illegittimamente trasferito).

TAR Liguria, sez. I, 10 marzo 2011, n. 392 (sentenza) - Pres. Pupilli - Est. Perugia - B. (Avv. Gerbi) c. Comune di Bolano (Avv. ti Zanobini e Gamalero) e Provincia di La Spezia (Avv. ti Allegri e Benvenuto).

CONSIGLIERE COMUNALE - conflitto di interessi - atto amministrativo - astensione - necessità dell'allontanamento dall'aula prima della discussione - tardività - illegittimità della delibera consiliare.

(D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 72)

Il consigliere comunale in conflitto di interessi è obbligato ad astenersi, non solo al momento della votazione, ma anche a quello della discussione, quando si tratti di adottare un atto amministrativo che riguardi direttamente gli interessi propri o di suoi stretti congiunti. E' illegittima quindi la deliberazione adottata in una seduta dal cui verbale

emerga che il consigliere che si trovi in tale situazione si sia allontanato dall'aula soltanto durante la discussione e non già prima dell'inizio della stessa.

G.CU.

TAR Liguria, sez. II, 20 gennaio 2011, n. 182 - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - G. C. s.r.l. (Avv. Gamalero e Trevia) c. Comune di Andora (Avv. Gaggero e Quaglia).

GIUSTIZIA amministrativa - ricorso straordinario - mancata sottoscrizione - nullità.

GIUSTIZIA amministrativa - trasposizione ricorso straordinario nullo - inammissibilità.

(Art. 10 D.P.R. n. 1199/1971)

La sussistenza di un tempestivo e regolare ricorso straordinario costituisce presupposto essenziale dell'ammissibilità e della ricevibilità del ricorso giurisdizionale proposto per la sua trasposizione innanzi al giudice amministrativo a seguito di opposizione del resistente. Diversamente opinando sarebbe facilmente soggetto ad elusione il termine decadenziale dettato per l'impugnativa dinanzi al g.a..

Innanzi al giudice amministrativo è possibile sindacare i vizi di nullità del ricorso straordinario, specie in sede di trasposizione laddove la sussistenza del ricorso straordinario costituisce il presupposto stesso del potere decisionale del giudice amministrativo (nella specie, il Tar ha rilevato come in caso di trasposizione non vi sia stata alcuna decisione consultiva del Consiglio di Stato, cosicché l'unico organo chiamato alla verifica dei presupposti di ammissibilità del gravame è il giudice amministrativo).

J.V.

TAR Liguria, sez. II, 4 marzo 2011, n. 371 (sentenza) - Pres. Di Sciascio - Est. Ponte - M. F. (Avv. Tartarini) c. Ministero dell'Interno, Questura di Genova (Avv. Stato).

STRANIERO - titolo di soggiorno - lavoro stagionale - diritto alla conversione in permesso di soggiorno per lavoro subordinato - presupposto del rientro nel paese di provenienza - presupposto del reingresso per ulteriore lavoro stagionale - mancanza - erroneo riferimento ad altra fattispecie normativa - illegittimità del diniego - sussistenza del diritto

(D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 24, comma 4)

Lo straniero titolare di permesso di soggiorno per lavoro stagionale ha diritto alla conversione dello stesso in permesso di soggiorno per lavoro subordinato a tempo determinato o indeterminato al solo verificarsi del presupposto della sussistenza di un rapporto di lavoro di tale specie ed in mancanza di elementi ostativi. Il rilascio del suddetto titolo di soggiorno non può quindi essere condizionato al previo rientro dello straniero nel paese di provenienza, condizione che vale solo per la stipula di un nuovo permesso di soggiorno per lavoro stagionale per l'anno successivo. L'art. 24, quarto comma, del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, prevede infatti due fattispecie completamente autonome: il primo periodo disciplina l'ipotesi del reingresso dello straniero già titolare del permesso di soggiorno per lavoro stagionale per un nuovo lavoro stagionale, il secondo periodo invece disciplina l'istituto della conversione di tale permesso di soggiorno. E' quindi illegittimo e deve essere annullato il provvedimento che nega la conversione ritenendola possibile solo dopo un secondo ingresso per lavoro stagionale.

G.CU.

TAR Liguria, sez. II, 4 marzo 2011, n. 550 (sentenza) - Pres. Est. Di Sciascio - A.S. (Avv. Ballerini) c. Ministero dell'Interno, Questura di Genova (Avv. Stato).

G.CU.

G.CU.

Sezione di diritto tributario Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 24 gennaio 2011, n. 2 - Pres. Fezzi - Rel. Bruni.

ABUSO DEL DIRITTO - garanzie procedurali art. 37-bis d.p.r. n. 600/1973 - applicabilità - sussiste.

L'abuso del diritto rappresenta un principio antielusivo di carattere generale al quale sono applicabili le garanzie procedurali stabilite dall'art. 37-bis d.p.r. n. 600/1973, tra cui quella prevista al sesto comma che vieta all'Ufficio di iscrivere provvisoriamente a ruolo e di riscuotere in pendenza di giudizio, prima del deposito della sentenza della Commissione Tributaria Provinciale, le somme accertate a seguito della riqualificazione antielusiva. Devono quindi essere annullate l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento notificate prima del deposito di tale sentenza.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 18 aprile 2011, n. 278 - Pres. Di Napoli - Rel. Graziano.

AVVISO DI ACCERTAMENTO - riclassamento dell'immobile - categoria A/1 - requisiti degli immobili signorili - non sussistono - esatta qualificazione nella categoria A2.

Occorre distinguere la tipologia delle abitazioni "di lusso" (le cui caratteristiche sono individuate dal d.m. 2/8/1969) da quelle delle abitazioni di tipo "signorile", rientranti nel classamento A1, ma che presentano caratteristiche di minor pregio rispetto alle prime; di talché escludere che un immobile presenti le caratteristiche che lo rendono "di lusso" non significa necessariamente ritenerlo non classificabile in A1. Non può comunque ritenersi rientrante nella categoria A1 (bensì A2) un immobile sito al piano terra ed in zona trafficata, di non rilevanti dimensioni, privo di spazi verdi circostanti e in assenza di particolari pregi architettonici, non dotato di portineria e, secondo il metodo comparativo, sito in un condominio con altri appartamenti simili già classificati quali A2.

A.Q.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 7 aprile 2010, n. 38 - Pres. Maglione - Rel. Venturini.

ACCERTAMENTO - verifiche autorizzate per un'annualità - estensione degli elementi raccolti ad altre annualità - legittimità.

ACCERTAMENTO - percentuali di ricarico - semplice scostamento aritmetico - illegittimità - commercio di beni di diversa tipologia e di diverso valore - ricorso al ricarico medio ponderato - necessità.

L'autorizzazione ad accettare una determinata annualità non circostringe l'ambito dell'ispezione all'epoca del verificarsi dei fatti apprezzati per detta valutazione; l'ispezione medesima resta infatti rivolta a scoprire violazioni, non solo a fornire conforto dimostrativo alle inosservanze al momento conosciute o sospette per l'anno autorizzato, di modo che la verifica non subisce, sotto il profilo temporale, limitazioni diverse da quelle attinenti al potere di accertamento, e, una volta che sia autorizzata sulla scorta dei dati a disposizione, può investire anche circostanze diverse, influenti per la revisione delle posizioni del contribuente, nell'arco di tempo in cui è esercitabile detto potere.

Il calcolo della percentuale di ricarico su base semplicemente aritmetica non è consentito nel caso della vendita di beni di diversa tipologia e con rilevanti differenze di valore, in quanto, in questi casi, l'utilizzo di una media semplicemente aritmetica falsa la determinazione dei ricavi. E' quindi possibile quantificare con ragionevole approssimazione i maggiori ricavi dell'attività applicando al costo del venduto - risultante dalla contabilità - la percentuale di ricarico medio ponderato desumibile dal confronto tra i prezzi di vendita ed i prezzi di acquisto delle singole tipologie di merce. (Nel caso di specie, infatti, la ricorrente che operava nel settore del commercio al dettaglio di articoli casalinghi e cristalleria, nonché di mobili e oggettistica per la casa, commercializzava sia beni di uso comune - come "sedie" - con un prezzo di Euro 1.200,00, sia mobili "di pregio", venduti al prezzo di Euro 10.500,00).

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 11 aprile 2011, n. 180 - Pres. Ghigliazza - Rel. Castelli.

DECLASSAMENTO unità immobiliare - caratteristiche di altre unità immobiliari similari in classe inferiore - valutazione - caratteristiche della stessa unità immobiliare - modifiche intervenute nel tempo - rilevanza.

L'unità immobiliare deve essere declassata qualora il ricorrente abbia dimostrato i termini di raffronto con altre unità immobiliari delle stesse caratteristiche di quella in esame ma inserite nel classamento inferiore, attraverso elementi che appaiano convincenti ed adeguatamente sostenuti da prove e dati certi.

A prescindere dall'originaria categoria dell'U.I. (A/1), all'immobile può essere attribuita una nuova categoria (A/2), una nuova classe ed

Sezione di diritto tributario

Massime

nuova rendita catastale, qualora queste appaiano eque e rispondenti alla realtà e cioè alle intervenute effettive nuove caratteristiche di questa unità immobiliare, e non deve essere posta alcuna pregiudiziale alla variazione in diminuzione del classamento dell'immobile perché, nel tempo, gli elementi che lo caratterizzano possono variare tanto in più quanto in meno.

AN.GI.

Commissione Tributaria regionale di Genova, sez. XI, 23 marzo 2011, n. 30 - Pres. Spirito - Rel. Alassio.

DINIEGO DI AUTOTUTELA - impugnazione - sindacato sulla legittimità del diniego - valutazione incidentale del merito - ammissibilità.

IVA - credito di imposta - cessazione dell'attività - diritto al rimborso - art. 30, c. 2, d.p.r. n. 633/1972 - sussiste - esercizio del diritto - prescrizione decennale - sussiste.

Nel caso di impugnazione di un diniego di autotutela, la domanda del contribuente deve essere rivolta a contestare la legittimità; per valutare la richiesta di annullamento, il Giudice deve comunque entrare nel merito della questione.

Qualora il contribuente abbia evidenziato in dichiarazione un credito di imposta, al fine di ottenerne il rimborso non occorre alcun altro suo adempimento, dovendo l'Ufficio esercitare, sui dati esposti in dichiarazione, il potere - dovere di controllo (secondo la procedura di liquidazione delle imposte oppure lo strumento della rettifica della dichiarazione). Il mancato esercizio, da parte dell'Ufficio, nei relativi termini, del potere di rettifica (od il mancato controllo in sede di liquidazione) determina il consolidarsi del relativo credito il cui rimborso è soggetto all'ordinario termine di prescrizione decennale, decorrente dall'implicito riconoscimento del credito stesso (nella specie, la ricorrente aveva mandato all'Ufficio di annullare in autotutela il proprio diniego di rimborso, supportato anche dall'intervento del Garante del contribuente; secondo la Commissione, considerando che l'attività della contribuente era cessata e che il diritto al rimborso spettava ex art. 30, c. 2, d.p.r. n. 633/1972, l'Ufficio non avrebbe potuto fare altro che procedere al rimborso in autotutela, verificandosi altrimenti un arricchimento senza causa dell'Amministrazione finanziaria).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 19 giugno 2011, n. 114 - Pres. Schito - Rel. Glendi.

DINIEGO di autotutela - giurisdizione del giudice tributario - sussiste.

DINIEGO di autotutela - sindacato sul merito della pretesa tributaria - impossibilità - annullamento da parte del giudice - obbligo per l'Ufficio di riesaminare l'istanza - sussiste.

DINIEGO di autotutela - mancata valutazione delle ragioni del contribuente istante - violazione principio di imparzialità e buon andamento dell'Amministrazione - illegittimità.

Appartiene alla giurisdizione del Giudice tributario il sindacato sul diniego di autotutela emesso dall'Ufficio.

In caso di impugnazione di un provvedimento di diniego di autotutela, il Giudice non può sostituirsi all'Amministrazione pronunciandosi sulla fondatezza della pretesa tributaria ma solo verificare la legittimità del rifiuto con la conseguenza che, a seguito del pronunciato annullamento,

sarà l'Amministrazione a dover riesaminare l'istanza ed a decidere sul merito con l'emissione di un nuovo provvedimento (conforme alle sent. della Cassazione, S.U. n. 7388/2007, alle sent. n. 2870 e n. 9669 del 2009, alla sent. n. 26313/2010).

Viola i principi di buon andamento e di imparzialità dell'attività dell'Amministrazione, concretizzando al contempo un vizio di motivazione del diniego di autotutela, il comportamento dell'Ufficio che non effettua in alcun modo il riesame della pretesa impositiva domandato dal contribuente, invitandolo, al contrario, a far valere eventuali questioni di diritto relative al merito nanti la sede giudiziaria competente (nella specie, la ricorrente, parte venditrice e solidalmente responsabile ai fini dell'imposta di registro con la parte acquirente, aveva ottenuto, ad opera della Commissione Tributaria Regionale e con sentenza passata in giudicato, l'annullamento dell'avviso di accertamento a lei notificato e del successivo avviso di liquidazione che l'Ufficio aveva emesso sul presupposto che la parte acquirente non aveva impugnato l'avviso di accertamento anche ad essa notificato. La Commissione Tributaria Centrale, adita dall'Ufficio, aveva invece ritenuta legittima la pretesa impositiva in quanto l'acquirente non aveva impugnato l'accertamento, con la conseguenza che il valore accertato e liquidato con successivo avviso di liquidazione si era reso definitivo anche a carico della parte venditrice. Pendendo il termine per proporre ricorso per Cassazione, il venditore aveva ricevuto la cartella di pagamento emessa a seguito della promozione della Commissione Centrale e aveva domandato all'Ufficio l'annullamento, in via di autotutela, della relativa pretesa, in quanto questa era già stata annullata con sentenza passata in giudicato: l'istanza di autotutela era quindi finalizzata ad evitare l'impugnazione della sentenza della Commissione Centrale in Cassazione, richiedendo all'Ufficio di valutare la rilevanza di quel giudicato al fine di verificare l'opportunità di persistere nella pretesa).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, Sez. XIII, 19 maggio 2010, n. 119 - Pres. Delucchi - Rel. Simonazzi.

GIURISDIZIONE - Art. 2, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 - cartella di pagamento - Credito - Natura tributaria - Rilevanza.

RISCOSSIONE - iscrizione ipotecaria - Art. 77, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 - previa notifica avviso di intima - zione ad adempiere - legittimità - irrilevanza.

Deve dichiararsi il difetto di giurisdizione del giudice tributario in merito alle cartelle di pagamento che contengono pretese creditorie non aventi natura tributaria (nella specie, contributi INPS e INAIL).

La notifica dell'intimazione di pagamento (art. 50, d.p.r. n. 602/1973) costituisce la condizione di procedibilità dell'esecuzione forzata ma non anche dell'iscrizione di ipoteca in quanto quest'ultima è considerata principalmente una misura cautelare. Pertanto, l'omessa notifica dell'intimazione di pagamento non invalida l'iscrizione ipotecaria.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 27 - Pres. Delucchi - Rel. D'Avanzo.

ICI - ente religioso - attività non esclusivamente di natura commerciale - esenzione ici ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. 504/1992 - applicabilità.

Massime

Per usufruire dell'esenzione Ici di cui di cui all'art. 7, comma 1 del D.Lgs. 504/1992, deve dimostrarsi che l'immobile è utilizzato da un ente non commerciale (requisito soggettivo), per l'esercizio di una attività di natura non esclusivamente commerciale rientrante tra quelle tassativamente elencate dalla norma (requisito oggettivo).

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 3 marzo 2010, n. 15 - Pres. Siniscalchi - Rel. Venturini.

IMPOSTE DOGANALI - accertamento doganale - prescrizione del credito ex art. 84 tu I. doganale - pendenza di procedimento penale - inesistente - proroga del termine di prescrizione - inattivata.

La comunicazione al debitore dell'importo dovuto può avvenire anche dopo il termine di tre anni dalla data in cui è insorta l'obbligazione doganale allorché la mancata determinazione del dazio sia dovuta ad un atto perseguibile a norma di legge (o perseguibile "penalmente" secondo la precisazione introdotta dal Regolamento CEE n. 2700/00). Occorre per altro, se non l'avvenuto esercizio dell'azione penale, che risulti quanto meno formulata un'ipotesi criminosa, o comunque che sia formalmente rilevato un atto "passibile di azione giudiziaria repressiva", da porre a base di una notizia criminis.

*Infatti in base al principio *actio nondum data non prescribitur*, il corso della prescrizione viene arrestato solo al cospetto di impedimenti giuridici a far valere il diritto.*

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 24 febbraio 2011, n. 56 - Pres. Ghigliazza - Rel. Ciuffarella.

IMPOSTA DI REGISTRO - art. 20 T.U.R. - interpretazione volta a far emergere la sostanza economica dell'atto - inconfigurabilità.

IMPOSTA DI REGISTRO - art. 53-bis T.U.R. - estensione dei poteri previsti dagli art. 31 e ss. d.p.r. n. 600/1973 all'imposta di registro - estensione art. 37-bis d.p.r. n. 600/1973 - insussistenza.

Non è condivisibile quell'interpretazione dell'art. 20 del T.U. del registro secondo la quale tale disposizione consente di far emergere gli effetti e la sostanza economica dell'atto, osservandolo in combinazione con altri atti, solitamente anteriori: l'art. 20 cit. consente solamente all'Ufficio di riqualificare l'atto secondo gli effetti giuridici realmente voluti dalle parti.

Nel sistema dell'imposta di registro non è ravvisabile una norma antielusiva al pari dell'art. 37-bis d.p.r. n. 600/1973 previsto per le imposte dirette; ed infatti, sebbene il legislatore con l'art. 53-bis del T.U.R. (introdotto con d.l. n. 223/2006) abbia esteso anche ai fini dell'imposta di registro i poteri previsti dall'art. 31 e successivi del d.p.r. n. 600/1973, si deve ritenere che, per il principio "ubi lex voluit dixit, ubi colui tacuit", in assenza di un'espressa previsione in tal senso, il legislatore non abbia voluto estendere all'imposta di registro anche i poteri previsti dall'art. 37-bis cit. (nel caso di specie, l'Ufficio aveva riqualificato ex art. 20 T.U.R. una cessione di quote effettuata dai soci persone fisiche della società destinataria dell'accertamento, in cessione del ramo d'azienda della società, effettuata dalla stessa società ad una controparte estera. Prima di tale cessione, la società contribuente aveva operato una scissione parziale proporzionale, avendo attribuito alle beneficiarie rispettivamente le proprie partecipazioni ed il proprio patrimonio immobiliare, rimanendo così titolare esclusivamente del proprio ramo di azienda rappresentato dalla originaria e caratteristica attività. Secondo l'Ufficio tale scissione era elusiva in quanto era stata posta in essere allo scopo di isolare tale ramo d'azienda in capo alla scissa in funzione della sua successiva cessione alla controparte estera, attraverso la cessione delle quote della scissa effettuata dai suoi soci persone fisiche: pertanto, ritenendo esistente un contratto verbale di "cessione di ramo d'azienda" da parte della scissa, sotteso a quello di "cessione di quote" da parte dei suoi soci persone fisiche, l'Amministrazione finanziaria ha proceduto alla registrazione d'ufficio di tale contratto verbale applicando l'imposta di registro sul valore del ramo d'azienda considerato equivalente al prezzo di cessione delle quote da parte delle persone fisiche. Non ritenendo di applicare l'art. 20 T.U.R. in chiave antielusiva, né di ritenere applicabile l'art. 37-bis cit. per effetto del richiamo di cui all'art. 53-bis T.U.R., la Commissione ha annullato l'atto impugnato ritenendo altresì che la cessione delle quote sociali, successiva alla scissione proporzionale, fosse un evento indipendente e non voluto dai soci, i quali vi avevano proceduto solamente in quanto obbligati da rapporti contrattuali precedentemente sottoscritti con la controparte straniera).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 14 gennaio 2011, n. 1 - Pres. Loffredo - Rel. Simonazzi.

IRES - accertamento - società sottoposte al regime del c.d. "consolidato nazionale" - fornitura di servizi - costi non inerenti e non di competenza - determinazione dell' esercizio di competenza - esistenza certa e determinabilità della spesa - sussistenza.

(Art. 109 - 117 TUIR D.P.R. 22/12/1986 n. 917)

Nella ripresa a tassazione di costi non inerenti e non di competenza, in un accertamento dell'Ires, effettuata nei confronti di una società rientrante nella disciplina del c.d. consolidato nazionale, occorre verificare l'esistenza certa e la determinabilità della spesa. Poiché la certezza dell'ottenimento del contributo è sorta nel mese di dicembre, ne deriva che l'esercizio di competenza sarà relativo a quell'anno solare.

MA.GRI

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 5 marzo 2010, n. 22 - Pres. Soave - Rel. Cattaneo.

IVA - dichiarazione - rimborso - sussistenza (Art. 30, 2°c. D.P.R. 633/72).**IVA - dichiarazione - rimborso - prescrizione - sussistenza (Art. 2946 c.c.).**

Le imprese che hanno cessato l'attività e presentano la dichiarazione terminante con un credito, sono legittimate a chiedere il rimborso. Tale manifestazione di volontà è ancor più evidente nell'apposizione, nella dichiarazione, nel quadro e nella colonna relativi di una x.

La cessazione dell'attività costituisce titolo per poter esercitare il diritto a chiedere comunque il rimborso, pertanto si applica la prescrizione ex art. 2946 c.c.

MA.GRI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 5 novembre 2010, n. 741 - Pres. Quatraro - Rel. Silvano.

IVA - accertamento - costituzione società - proprietario de facto - insussistenza.**IVA - accertamento - regime di non imponibilità - requisiti dell'attività commerciale per le unità da diporto - iscrizione nel Registro internazionale - sussistenza.**

(Art. 8 bis 1° c. D.P.R. 633/72 - art. 15 L. 171/1989 modif. da art. 10, 11°c. D.L. 535/1996)

IVA - accertamento - fruizione di benefici fiscali - abuso del diritto - insussistenza.

E' legittima la costituzione di una società uni personale che ha ad oggetto il noleggio di imbarcazioni, nonché la stipula di contratti tra la srl unipersonale medesima e l'unico socio.

E' ammessa, ex lege 8 luglio 2003 n. 172, l'iscrizione nel Registro Internazionale di cui all'art. 1 del d.l. 30 dicembre 1997 n. 457 conv. con modificazioni dalla legge 27 febbraio 1998 n. 30, delle navi adibite in navigazione internazionale esclusivamente al noleggio per finalità turistiche. Ne deriva che l'istituzione del Registro Internazionale costituendo riconoscimento dell'utilizzo delle unità da diporto in attività commerciale, permette l'estensione anche a tali imbarcazioni delle agevolazioni ex art. 8 bis del dpr 633/72, quali l'acquisto o l'importazione. Considerazioni recepite dall'Agenzia Entrate con la risoluzione del 14/03/2008 n. 95. Si ritiene perciò sussistente il requisito della commercialità che integra gli estremi dell'esenzione IVA.

Per la Corte di Giustizia esiste una pratica abusiva quando il perseguimento di un vantaggio fiscale è lo scopo essenziale di un'operazione, mentre per la Cassazione è il contribuente che ha l'onere di dimostrare che l'uso della forma giuridica corrisponde ad uno scopo economico reale e l'Amministrazione finanziaria ha l'onere di individuare l'impiego abusivo di una forma giuridica. Nella fatti-specie costituisce una ragione extra fiscale la limitazione dei rischi patrimoniali connessi con l'utilizzo dell'imbarcazione tali da giustificare il negozio giuridico posto in essere.

MA.GRI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 3 marzo 2010, n. 19 - Pres. Siniscalchi - Rel. Venturini.

PROCEDIMENTO TRIBUTARIO - accertamento - società in liquidazione - notifica ex art. 2456, 2° c. c.c. - regolarità - insussistenza.

(Art. 2456, 2° c., c.c.).

PROCEDIMENTO TRIBUTARIO - accertamento - trasformazione da accertamento analitico ad accertamento induttivo ex art. 39 dpr 600/73 - dichiarazioni di terzi - valore di indizio - sussistenza.

(Art. 39 D.P.R. 600/73)

L'accertamento ad una società successivamente posta in liquidazione, notificato presso la sede legale della stessa e al domicilio dell'ex socio, ora anche liquidatore, non costituisce irregolarità. Pertanto non si ritiene necessaria la notifica solo a mani del liquidatore ex art. 2456, 2°c. c.c.

E' giustificata la trasformazione, operata dall'Ufficio, delle modalità accertative da "analitiche" ad "induttive" effettuata in base alla differente fatturazione di immobili avvenuta in alcuni casi interamente e per altri in conto. Poiché le incongruenze sono emerse dalla documentazione contabile, queste, valutate insieme alle dichiarazioni fornite da terzi, che assumono valore di indizi, costituiscono motivazione idonea per procedere all'accertamento ex art. 39 del dpr 600/73.

MA.GRI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 36 - Pres. Failla - Rel. Locci.

PROCESSO TRIBUTARIO - mancata comunicazione della data dell'udienza di discussione - passaggio in giudicato della sentenza - nullità della pronuncia per violazione del diritto di difesa - inconfigurabilità - ricorso in appello tardivamente proposto - inammissibile.

La mancata conoscenza della data dell'udienza di discussione viola l'art. 27 del D.P.R. n. 636/1972 (ora art. 31, d.lgs. n. 546/92) per non avere la parte potuto difendersi ed esercitare il suo diritto. Ciò, tuttavia, non significa che la violazione della norma comporti l'inapplicabilità dell'art. 327, comma 1, del codice di procedura civile. La decisione emessa in violazione del diritto di difesa della parte è infatti, una pronuncia affetta da nullità ma pur sempre esistente e, per il principio di carattere generale contenuto nell'art. 161 del codice di procedura civile, circa la conversione dei vizi della sentenza in motivi di impugnazione, tali vizi devono essere fatti valere nel rispetto delle regole procedurali che regolano il giudizio di gravame - fra le quali è fondamentale quello dell'osservanza dei termini per la preposizione dell'impugnazione - con la conseguenza che la mancata osservanza di tali termini, da una parte, determina il passaggio in giudicato della pronuncia e, dall'altra, rende inammissibile il ricorso tardivamente proposto, senza alcuna possibilità di rilevare e sanzionare la pregressa nullità.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 17 marzo 2010, n. 20 - Pres. Bonetto - Rel. Di Siena.

PROCESSO TRIBUTARIO - società di persone - rettifica reddito d'impresa nei confronti della società - impugnazione - litisconsorzio necessario - partecipazione dei soci individualmente accertati - mancanza - nullità.

In conformità con quanto deciso dalle Corte di Cassazione, S.U. sent. n. 14815/2008, il ricorso proposto da uno dei soci o dalla società, anche avverso un solo avviso di rettifica, riguarda insindibilmente la società ed i soci (salvo che questi prospettino questioni personali), i quali tutti

devono essere parte nello stesso processo, e la controversia non può essere decisa limitatamente ad alcuni soltanto di essi (art. 14, e, 1 D.Lgs. 546/92), perché non ha ad oggetto la singola posizione debitoria del o dei ricorrenti, bensì la posizione insindibile comune a tutti i debitori rispetto all'obbligazione dedotta nell'atto autoritrattivo impugnato, cioè gli elementi comuni della fatti-specie costitutiva dell'obbligazione; trattasi pertanto di fatti-specie di litisconsorzio necessario originario, con la conseguenza che: 1) il ricorso proposto anche da uno soltanto dei soggetti interessati, destinatario di un atto impositivo, apre la strada al giudizio necessariamente collettivo ed il giudice adito in primo grado deve ordinare l'integrazione del contraddittorio (a meno che non si possa disporre la riunione dei ricorsi proposti separatamente, ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. 546/92); 2) il giudizio celebrato senza la partecipazione di tutti i litisconsorzi necessari è nullo per la violazione del principio del contraddittorio di cui agli artt. 101 c.p.c. e 111, secondo comma Cost., e trattasi di nullità che può e deve essere rilevata in ogni stato e grado del procedimento, anche d'ufficio".

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 13 dicembre 2010, n. 61 - Pres. Rovelli - Rel. Orsi.

REGISTRO - imposta sostitutiva - aliquota ridotta - esclusione per immobili di lusso - requisiti degli immobili di lusso - non sussistono.

La registrazione di un contratto di mutuo immobiliare può fruire dell'aliquota ridotta del 0,25% (anziché di quella del 2%), qualora non sia come qualificabile "di lusso", ex art. 1 D.M. 2 agosto 1969, non verificandosi detta caratteristica qualora l'immobile non sia "realizzato su aree destinate dagli strumenti urbanistici, adottati od approvati, a ville o parco privato, ovvero a costruzioni qualificate dai predetti strumenti come di lusso". Non è qualificabile, a tal fine, come "di lusso" l'immobile che sia stato frazionato in più unità immobiliari ed il cui terreno pertinenziale sia stato adibito ad autorimessa, concessa in parte a terzi (diftetando in tal caso la caratteristica di "zona ad uso esclusivo").

A.Q.

Comm. trib. prov. di Genova, sez. XIII, 19 maggio 2010, n. 12 - Pres. Delucchi - Rel. Simonazzi.

SOCIETÀ DI PERSONE - accertamento del reddito d'impresa - conferma in giudizio - rettifica del reddito di partecipazione - validità.

Dal momento che l'art. 5 T.U.I.R. prevede che i redditi delle società di persone sono imputati a ciascun socio, indipendentemente dalla percezione, in modo proporzionale alla quota di partecipazione agli utili, l'accertamento effettuato nei confronti della società (snc) per il proprio reddito d'impresa, che sia stato confermato in giudizio, rende valida anche la rettifica operata dall'ufficio nei confronti dei due soci (fatti-specie in cui al socio che aveva impugnato l'accertamento emesso nei suoi confronti l'Ufficio aveva eccepito l'intervenuta definitività dell'accertamento emesso nei confronti della società)

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. III, 24 settembre 2010, n. 113 - Pres. Sgambati - Rel. Costi.

TRIBUTI LOCALI - tariffa di igiene ambientale - natura giuridica - applicazione dell'imposta sul valore aggiunto - necessità.

La scelta di applicare l'IVA sulle somme richieste a titolo di TIA prescinde dalla natura tributaria di quest'ultima e non rientra nella disponibilità del gestore ma è strettamente imposta da molteplici disposizioni di legge (tra cui art. 6, c. 13, L. n. 133/1999) che non possono essere ignorate: a tal proposito è irrilevante il richiamo operato dal ricorrente alla sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2009 posto che non può ritenersi che la citata decisione abbia statuito l'inapplicabilità dell'IVA sulla TIA essendosi pronunciata sulla questione di costituzionalità delle norme che riconducono le questioni relative alla TIA alla giurisdizione delle Commissioni Tributarie. In ogni caso, indipendentemente dalla sua natura (tributaria o meno), la T.I.A. rappresenta la remunerazione del servizio di raccolta dei rifiuti svolta da una di capitali (S.p.A.) per cui sussiste, proprio in virtù della sua qualificazione, una presunzione assoluta di commercialità dell'attività svolta, rilevante ai fini IVA ex art. 4, c. 2, n. 1, d.p.r. n. 633/1972.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 16 giugno 2011, n. 215 - Pres. Loffredo - Rel. Penna.

TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - sentenza Corte Costituzionale n. 238/2009 - natura giuridica - sentenza di rigetto - rilevanza non decisiva ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto sulla Tariffa di igiene ambientale.**TRIBUTI LOCALI - Tariffa di igiene ambientale - interpretazione comunitariamente orientata del concetto di corrispettivo - remunerazione del servizio - conseguenze - salvaguardia principio di neutralità dell'IVA - possibilità di applicare l'IVA sulla TIA.**

La sentenza della Corte Costituzionale n. 238/2009 si è occupata dell'inapplicabilità dell'IVA alla TIA soltanto in via incidentale, in quanto il giudizio di legittimità costituzionale non verteva sulla disciplina dell'IVA, bensì sulle norme del processo tributario con cui è stata estesa la giurisdizione delle Commissioni Tributarie anche alla TIA. Inoltre, essendo una sentenza di rigetto, essa vincola unicamente il giudice remittente, ragion per cui l'interpretazione adottata dalla Corte Costituzionale in tema di non applicabilità dell'IVA alla TIA non vincola né il legislatore, né i giudici, né la pubblica amministrazione.

Nell'ambito di una interpretazione comunitariamente orientata della disciplina nazionale sull'IVA, anche alla luce delle trasposizioni della direttiva comunitaria effettuate da altri Paesi europei, il concetto di "corrispettivo" deve essere inteso in senso più "ampio", dovendosi cioè ritenere imponibile ai fini IVA ciò che costituisce la contropartita di una prestazione (e cioè la sua remunerazione), a prescindere dalla sussistenza di un nesso sinallagmatico di fonte contrattuale. In questo senso la TIA rappresenta la contropartita causalmente collegata all'effettuazione del servizio di gestione dei rifiuti, potendo quindi essere assoggettata ad IVA. Tale interpretazione consente altresì di far salvo il principio di neutralità dell'IVA laddove garantisce il trasferimento dell'imposta sul consumatore finale e l'esercizio del diritto di detrazione da parte della società commerciale che ha effettuato il servizio di gestione dei rifiuti addebitandone il relativo costo al consumatore finale.

AN.GI.

Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 1 aprile 2011 - Giudice Cusatti.

AMBIENTE - reati - abbandono di rifiuti - abbandono di veicolo - ordinanza di rimozione - provenienza da dirigente amministrativo e non dal sindaco - disapplicazione incidentale - inammissibilità - reato - sussistenza.

(Art. 255 D. L.vo n. 152/2006)

Sussiste il reato di cui all'art. 255 comma 3 D. L.vo n. 152/2006 per omesso ottemperamento ad un'ordinanza adottata nei confronti dell'imputato ai sensi dell'articolo 192 del medesimo T.U. delle norme in materia ambientale anche qualora l'ordinanza che si assume violata per omissione risulti adottata da un organo diverso rispetto a quello al quale il legislatore ha esplicitamente attribuito i relativi poteri. (Nell'ipotesi in esame l'imputato aveva ricevuto un'ordinanza, adottata dal Responsabile del settore ambiente ed igiene del Comune di Genova anziché dal Sindaco, che disponeva operazioni di smaltimento di rifiuti abbandonati o depositati in modo incontrollato, consistenti in un autoveicolo di proprietà dello stesso imputato posteggiato sulla pubblica via).

La precedente giurisprudenza di merito di segno opposto, incentrata sulla disapplicazione incidentale di un provvedimento amministrativo emesso in subiecta materia dal Dirigente amministrativo del Comune anziché personalmente dal Sindaco, deve ritenersi superata perché in contrasto con la giurisprudenza di legittimità sul punto che statuisce che "Allorché il vizio dell'atto amministrativo attenga all'esercizio scorretto del potere sotto il profilo della competenza (come quello dedotto nel caso di specie), della forma, del contenuto con particolare riguardo all'eccesso di potere nelle sue diverse manifestazioni, il suo sindacato è sottratto ai poteri del giudice penale; mentre allorché si verta in un'ipotesi di carenza di potere, e cioè di assenza dei presupposti e limiti che ineriscono all'esistenza stessa del potere, è del tutto legittimo il sindacato da parte del giudice penale (v. Cass. Sez. 4^a, sent. n. 36873 del 15.4.2008, ric. Mollo); ne consegue, verstandosi in fattispecie assolutamente identica a quella oggetto della richiamata pronuncia di legittimità, che non può trovare spazio l'invocata disapplicazione del provvedimento amministrativo disatteso dal prevenuto.

Passando all'esame del merito della vicenda, va innanzitutto rilevato che non sono state sollevate questioni riguardo alla conoscenza legale dell'ordinanza *de qua* da parte di BBV: l'atto, invero, gli è stato notificato il 20 marzo 2010 ai sensi dell'art. 138 c.p.c., posto che il destinatario - come il messo notificatore non ha mancato di certificare nella relata - ha rifiutato di riceverne copia.

Non resta allora, che valutare l'intrinseca legittimità del provvedimento in questione, da rapportare all'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto sulla cui scorta il medesimo è stato motivato dall'Autorità amministrativa che l'ha emesso.

Sotto tale profilo, la documentazione fotografica in atti del veicolo lasciato sulla pubblica via - pacificamente intestato al prevenuto - non lascia spazio a dubbi riguardo alla riconducibilità dello stesso alla nozione di rifiuto: la vettura, infatti, si presentava in palese stato di abbandono, con due pneumatici sgonfi, i gruppi ottici anteriori frantumati e senza l'esposizione del contrassegno assicurativo - il riscontro più certo, quest'ultimo, del fatto che l'automobile fosse stata lasciata sul posto dal proprietario quale *res derelicta*, priva di ogni connotazione oggettiva sintomatica dell'intenzione del proprietario di rimetterla in circolazione.

Lo stesso BBV, del resto, ha riferito al riguardo di avere lasciato la vettura nel punto in cui è stata rinvenuta dalla Polizia Municipale circa un anno prima della notificazione dell'ordinanza in questione: un lasso di tempo sufficientemente lungo per deporre a sostegno della tesi della *derelictio* sulla quale riposa la valutazione di legittimità di quel provvedimento amministrativo. Né paiono convincenti le affermazioni rese in udienza dall'imputato circa la sua presunta volontà di rimettere in circolazione il veicolo dopo averlo ri-

Motivi della decisione

Condannato, con decreto penale del g.i.p. di questo Tribunale in data 23 settembre 2010, alla pena dell'ammenda di

€ 2.500 relativamente all'imputazione di cui in epigrafe, BBV ha proposto tempestiva opposizione ex art. 461 c.p.p. formulando contestuale istanza di giudizio abbreviato.

Fissato l'incombente per l'odierna udienza camerale, all'esito della discussione le parti hanno rassegnato le conclusioni riportate nel verbale in atti.

Va premesso che la giurisprudenza di merito allegata dalla difesa a sostegno dell'esperita opposizione a decreto penale, incentrata sulla disapplicazione incidentale di un provvedimento amministrativo emesso in *subiecta materia* dal Dirigente amministrativo del Comune anziché personalmente dal Sindaco, deve ritenersi superata perché in contrasto con la giurisprudenza di legittimità sul punto.

La Suprema Corte, invero, ha così statuito: "Allorché il vizio dell'atto amministrativo attenga all'esercizio scorretto del potere sotto il profilo della competenza (come quello dedotto nel caso di specie), della forma, del contenuto con particolare riguardo all'eccesso di potere nelle sue diverse manifestazioni, il suo sindacato è sottratto ai poteri del giudice penale; mentre allorché si verta in un'ipotesi di carenza di potere, e cioè di assenza dei presupposti e limiti che ineriscono all'esistenza stessa del potere, è del tutto legittimo il sindacato da parte del giudice penale (v. Cass. Sez. 4^a, sent. n. 36873 del 15.4.2008, ric. Mollo); ne consegue, verstandosi in fattispecie assolutamente identica a quella oggetto della richiamata pronuncia di legittimità, che non può trovare spazio l'invocata disapplicazione del provvedimento amministrativo disatteso dal prevenuto.

Passando all'esame del merito della vicenda, va innanzitutto rilevato che non sono state sollevate questioni riguardo alla conoscenza legale dell'ordinanza *de qua* da parte di BBV: l'atto, invero, gli è stato notificato il 20 marzo 2010 ai sensi dell'art. 138 c.p.c., posto che il destinatario - come il messo notificatore non ha mancato di certificare nella relata - ha rifiutato di riceverne copia.

Non resta allora, che valutare l'intrinseca legittimità del provvedimento in questione, da rapportare all'effettiva sussistenza dei presupposti di fatto sulla cui scorta il medesimo è stato motivato dall'Autorità amministrativa che l'ha emesso.

Sotto tale profilo, la documentazione fotografica in atti del veicolo lasciato sulla pubblica via - pacificamente intestato al prevenuto - non lascia spazio a dubbi riguardo alla riconducibilità dello stesso alla nozione di rifiuto: la vettura, infatti, si presentava in palese stato di abbandono, con due pneumatici sgonfi, i gruppi ottici anteriori frantumati e senza l'esposizione del contrassegno assicurativo - il riscontro più certo, quest'ultimo, del fatto che l'automobile fosse stata lasciata sul posto dal proprietario quale *res derelicta*, priva di ogni connotazione oggettiva sintomatica dell'intenzione del proprietario di rimetterla in circolazione.

Lo stesso BBV, del resto, ha riferito al riguardo di avere lasciato la vettura nel punto in cui è stata rinvenuta dalla Polizia Municipale circa un anno prima della notificazione dell'ordinanza in questione: un lasso di tempo sufficientemente lungo per deporre a sostegno della tesi della *derelictio* sulla quale riposa la valutazione di legittimità di quel provvedimento amministrativo. Né paiono convincenti le affermazioni rese in udienza dall'imputato circa la sua presunta volontà di rimettere in circolazione il veicolo dopo averlo ri-

sistemato e riassicurato: se realmente questa fosse stata la sua intenzione, egli non avrebbe avuto di meglio da fare che ottemperarvi nell'ampio lasso di tempo, pari a circa due mesi, intercorso tra la notificazione dell'ordinanza ex art. 255 D. Lgs. 152/2006 emessa a suo carico e la data - successiva di circa due mesi - in cui la Polizia Municipale ha redatto la comunicazione di notizia di reato per la condotta omissiva sottesa all'imputazione a lui ascritta. Ed invero, nonostante l'intimazione del Dirigente amministrativo del Comune di Genova fosse stata quella di rimuovere il veicolo e avviarlo a recupero/smaltimento entro 10 giorni dalla notificazione dell'ordinanza in parola, se il prevenuto si fosse comunque attivato prima della denuncia all'A.G. - magari noleggiando un carro attrezzi e trasferendo la propria automobile altrove, in vista della futura reimmissione in circolazione da lui ventilata in udienza -, con tutta probabilità il mero ritardo, a quel punto di natura puramente formale, nell'adempimento di quanto a lui intimato dal Comune di Genova non avrebbe dato la stura al procedimento penale che, per contro, è scaturito dall'atteggiamento di radicale inottemperanza serbato dallo stesso BBV a fronte dell'intimazione a lui legittimamente rivolta.

Ritiene, pertanto, questo giudice che sia pacifica la responsabilità dell'imputato relativamente alla condotta a lui ascritta in rubrica.

Quanto alla determinazione della pena, ritiene il giudicante che il precedente penale, per giunta specifico, risultante dal certificato penale di BBV e la totale indifferenza all'ordine dell'Autorità che egli ha manifestato con la propria condotta precludano il riconoscimento in suo favore delle circostanze attenuanti generiche. Tenuto conto, pertanto, degli elementi tutti di cui all'art. 138 c.p., stimasi equa nel caso che ne occupa la pena dell'arresto per ventuno giorni, di poco superiore a quella già irrogata con il decreto penale opposto nell'interesse del prevenuto.

Ricorrono le condizioni di legge per disporre la sostituzione della predetta pena detentiva con la corrispondente sanzione pecuniaria dell'ammenda di € 3.000,00, riguardo alla quale reputa questo giudice che le condizioni reddituali denunciate da BBV - titolare di redditi saltuari - costituiscano un fondato motivo per disporre, ai sensi dell'art. 133-ter c.p., che la stessa sia pagata in venti rate mensili dell'importo di € 150,00 ciascuna.

P.Q.M.

Visti gli artt. 442, 533, S3S c.p.p., dichiara BBV colpevole del reato a lui ascritto e pertanto, con la diminuente per la scelta del rito, lo condanna alla pena dell'arresto per quattordici giorni, oltre al pagamento delle spese processuali; dispone la sostituzione della pena predetta con la corrispondente sanzione pecuniaria dell'ammenda di € 3.000,00. Visto l'art. 43-ter c.p. dispone che l'ammenda come sopra inflitta venga pagata in venti rate mensili dell'importo di € 150,00 ciascuna.

Tribunale di Genova, in composizione monocratica, 12 aprile 2011, n. 1499 - Giudice Lepri.

TRIBUTI - reati - omesso versamento delle ritenute alla fonte - ditta individuale - mancanza del rilascio della certificazione al sostituto - insussistenza del reato.

(Art. 10bis Decreto Legislativo 74/2000)

Il rilascio da parte del sostituto della certificazione al sostituto è un elemento oggettivo del reato p. e p. dall'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, pertanto in difetto si impone l'assoluzione per insussistenza del fatto. (1)

Nel caso di dipendenti, in mancanza di una definizione di certificazione contenuta nel D. L.vo n. 74/2000, la relativa nozione non può che essere desunta dall'art. 4 commi 6bis e 6 ter DPR 322/98 (già art. 7bis DPR 600/73), in base al quale chiunque corrisponde somme o valori soggetti a ritenute alla fonte è tenuto a redigere una certificazione unica, anche a fini contributivi, da consegnare agli interessati entro il mese di febbraio dell'anno successivo a quello in cui le somme o i valori sono stati corrisposti. (2)

Il Tribunale di Genova in composizione monocratica ha pronunciato la seguente sentenza nel procedimento penale contro TS, imputato del reato p.e.p. dall'art. 10 bis del D. L.vo 7412000, perché nella sua qualità di legale rappresentante della ditta "xxx" in liquidazione con sede legale in Genova, xxx, non versava entro il 02/11/2006, termine previsto per la dichiarazione annuale di sostituto d'imposta, ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituti per un ammontare superiore a cinquantamila euro per periodo di imposta e segnatamente euro 248.276,00 per l'anno 2005. Accertato in Genova il 30/09/2008.

Motivi della decisione

Nel corso del dibattimento, svoltosi nella contumacia dell'imputato, veniva acquisita documentazione e venivano esaminati i testi richiesti dalle parti nonché quelli ammessi dal giudice ex art. 507 c.p.p.; in seguito P.M. e difesa concludevano come in epigrafe.

Dalla espletata istruttoria dibattimentale ed in particolare dalla deposizione del teste Vv., funzionario della Agenzia delle Entrate, è pacificamente emerso che il giudicabile, nella qualità di cui all'imputazione, ha omesso di versare, nei termini previsti per la presentazione della dichiarazione annuale, mod. 770, le ritenute alla fonte relative ad emolumenti erogati nell'anno di imposta 2005 per l'ammontare complessivo di euro 250.000,00 circa.

Il teste a difesa PS, collaboratore contrattualizzato del giudicabile all'epoca dei fatti, ha riferito che, nell'anno 2005, non vennero rilasciate certificazioni ai soggetti sostituiti ed in particolare che, a causa dei problemi economici della ditta derivati dall'insolubilità del cliente principale, venne deciso di privilegiare il pagamento degli stipendi ai dipendenti, di non versare le ritenute e di non consegnare ai dipendenti le certificazioni.

All'esito del giudizio quanto riferito dal teste PS deve reputarsi provato. Le dichiarazioni di costui, oltre a non risultare smentite dal teste Vv., che si è limitato ad asserire di ignorare se le certificazioni fossero state o meno consegnate, né da altri elementi idonei a confutarne il significato, appaiono, infatti, riscontrate dalle deposizioni dei testi Tr, Sr e Lb, ammessi ex art. 507 c.p.p. da parte del giudice, i quali hanno precisato di essere stati dipendenti dell'odierno imputato e di avere, nell'anno 2005, regolarmente percepito lo stipendio unitamente alle buste paga ma di non avere mai ricevuto in consegna la certificazione unica annuale.

Sulla scorta di quanto precede la difesa ha invocato l'assoluzione del giudicabile per insussistenza del fatto. Ciò in quanto, essendo richiesto, al fine dell'integrazione del reato, il rilascio da parte del sostituto della certificazione annuale unica al sostituto, difetterebbe nel caso di specie uno degli elementi oggettivi del reato.

La tesi difensiva è condivisibile.

In mancanza di una definizione di certificazione rilevante ai fini che ci occupano contenuta nel D.L.vo 74/00, ritiene infatti il giudicante che la relativa nozione non possa che essere desunta dall'art.4, commi 6 bis e 6 ter, DPR 322/98 (già art.7 bis DPR 600/73), in base al quale chiunque corrisponde somme o valori soggetti a ritenute alla fonte è tenuto a redigere una certificazione unica, anche a fini contributivi, da consegnare agli interessati entro il mese di febbraio dell'anno successivo a quello in cui le somme o i valori sono stati corrisposti.

La certificazione cui la norma in epigrafe si riferisce è dunque la sola certificazione annuale unica, anche ai fini contributivi, che il sostituto deve predisporre e rilasciare al sostituto l'anno successivo a quello in cui gli emolumenti sono stati erogati.

L'espressa correlazione dell'incriminazione all'avvenuto rilascio della certificazione al sostituto trova la propria "ratio" nella maggiore gravità della condotta del sostituto che, pur non avendo versato le ritenute, attesti falsamente l'avvenuto versamento nella certificazione consegnata al sostituto, il quale, a mezzo di essa, potrà egualmente scomputare le ritenute subite, con conseguente danno per l'erario.

Vero è che la giurisprudenza di legittimità ha più volte affermato la possibilità per il sostituto, pur privo di certificazione, di provare la circostanza di avere subito la ritenuta anche mediante documenti differenti.

Vero è pure peraltro che tale orientamento non pare idoneo a smentire il chiaro tenore letterale della norma incriminatrice, che significativamente parla di "certificazione" utilizzando il sostantivo al singolare, e ad ampliare il novero dei documenti (attestanti l'effettuazione delle ritenute) penalmente rilevanti se consegnati al sostituto a fronte dell'omesso versamento delle ritenute da parte del sostituto. È infatti il solo documento di cui all'art.4 DPR 322/98 a possedere l'efficacia certificativa delle ritenute operate espressamente postulata dall'art.10 bis D.L.vo e non, ad esempio, le buste paga consegnate ogni mese al dipendente, le quali, pur contenendo l'indicazione delle ritenute operate, lungi dall'avere funzione certificativa, si sostanziano in scritture private che il datore deve consegnare al fine di consentire al lavoratore di controllare la correttezza dei pagamenti ricevuti.

Conferma di ciò può trarsi dal contenuto delle istruzioni per la compilazione del Modello 730, in base alle quali il lavoratore dipendente che, in sede di dichiarazione annuale, intenda detrarre gli importi delle ritenute subite, è tenuto a basarsi sulle risultanze della sola certificazione unica di cui si è detto. È d'altra parte appena il caso di evidenziare che, diversamente opinando, si perverrebbe alla inaccettabile conclusione di reputare certificazione rilevante ai fini che ci occupano qualsivoglia documento rappresentativo della circostanza che le ritenute sono state operate, con conseguente compromissione del principio di tassatività delle fattispecie penalmente rilevanti.

Tale orientamento è certamente condivisibile poiché, per quanto in precedenza rilevato, conforme alla "ratio" dell'incriminazione e non in contrasto con il divieto della "doppia imposizione", stante il diritto di regresso del sostituto nei confronti del sostituto. In definitiva dunque, difettando nel caso di specie uno degli elementi oggettivi del reato (l'avvenuto rilascio ai sostituiti della certificazione annuale unica), l'imputato va assolto per l'insussistenza del fatto.

P.Q.M.

Visto l'art.530 c.p.p. assolve TS dal reato ascritto perché, il fatto non sussiste.

(1-2) Nota

La sentenza in commento ha il pregio di affrontare temi oggetto fino ad oggi di scarsa attenzione giungendo all'affermazione di due principi importanti: il rilascio di certificazione ai sostituiti è elemento indefettibile per l'integrazione della fattispecie criminosa; in riferimento ai lavoratori dipendenti, l'unico documento il cui rilascio è rilevante ai fini penali è soltanto la Certificazione unica dei redditi di lavoro dipendente (cd. CUD).

Il provvedimento annotato conclude un processo nato da una segnalazione dell'Agenzia delle Entrate che, attraverso un controllo automatizzato del modello 770 presentato dalla società di cui l'imputato era legale rappresentante, aveva accertato l'omesso versamento di ritenute alla fonte operate su compensi ai dipendenti.

L'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, dalla significativa rubrica "Omesso versamento di ritenute certificate", sanziona l'omesso versamento di ritenute "risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti". Dal chiarissimo dato letterale della norma incriminatrice il Giudice ricava l'essenzialità del rilascio della certificazione.

Si rileva, peraltro, come l'esattezza della conclusione cui giunge la decisione in commento, deriva, ad avviso di chi scrive, anche dall'esame del previgente sistema repressivo. Infatti, come noto, l'art. 2 della Legge n. 516 del 1982 (come modificato dall'art. 3 del D.L. n. 83/91 convertito con modificazioni dalla L. n. 154/91) prevedeva un sistema di reati del sostituto d'imposta che si componeva di quattro fattispecie racchiuse nei primi tre commi dell'articolo 2:

la contravvenzione di omessa dichiarazione annuale delle ritenute, per il caso di superamento della soglia di 50 milioni di Lire e del termine di 90 giorni dalla scadenza (comma 1); la contravvenzione di omesso versamento di ritenute non risultanti dalle certificazioni rilasciate ai sostituiti nel caso di superamento delle soglie quantitative e del termine previsti (comma 2);

il delitto di omesso versamento, oltre il termine di tolleranza,

di ritenute risultanti dalle certificazioni nel caso di superamento della soglia dei 25 milioni di Lire (comma 3, prima parte);

la contravvenzione di omesso versamento, oltre il termine di tolleranza, di ritenute risultanti dalle certificazioni, per un ammontare tra i 10 e i 25 milioni di Lire (comma 3, seconda parte).

La riforma dei reati in materia di imposte dirette e di IVA, attuata con il D. L.vo n. 74/2000, aveva abrogato l'intera disciplina operando una vera e propria *abolitio criminis*. Successivamente, l'art. 1 comma 414 della Legge n. 311 del 2004 ha reintrodotto la figura previamente delineata al comma 3 dell'art. 2 L. n. 516/82 inserendola all'art. 10bis del D. L.vo n. 74/2000.

Si osservi come la disciplina contenuta nella legge c.d. "manette agli evasori" prevedesse due distinti reati per la condotta di omesso versamento nel caso di superamento di una certa soglia: uno di tipo contravvenzionale in caso di mancato rilascio di certificazione ai sostituiti, uno delittuoso in caso di avvenuto rilascio di certificazione ai sostituiti. L'attuale disciplina di cui all'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000 prevede unicamente questa seconda ipotesi.

Per completezza va detto che la condotta punita in passato a titolo di contravvenzione dal comma 2 art. 2 L. n. 516/82 risulta oggi sanzionata quale illecito amministrativo dal D. L.vo 18/12/1997 n. 471, contenente la disciplina delle sanzioni tributarie non penali. In particolare l'art. 13 sanziona l'omesso versamento, totale o parziale, alle scadenze legislative previste, dell'importo risultante dalla dichiarazione.

Pare dunque fuor di dubbio che, nel caso dell'evocato articolo 13, il confronto tra quanto si doveva versare, alle previste scadenze, e quanto effettivamente versato vada fatto attraverso i dati dichiarati nel modello 770; nel caso dell'articolo 10bis, il confronto debba invece essere effettuato attraverso i dati contenuti nei modelli di certificazione consegnati ai sostituiti.

Chiarito dunque questo primo aspetto, che potrebbe sembrare scontato ma che nella pratica viene spesso trascurato dandosi quasi per scontato che le certificazioni ai sostituiti siano state consegnate omettendo di acquisire prove sul punto, il Giudice si pone il problema di individuare le certificazioni rilevanti ai fini penali.

In particolare, si chiede se possa ritenersi rilevante, per quanto attiene ai dipendenti, la sola Certificazione unica dei redditi di lavoro dipendente (cd. CUD), o se possa concorrere ad integrare la fattispecie *de quo* anche la consegna di altri documenti, quali ad esempio le buste paga.

Non rinvenendosi nel D. L.vo n. 74/2000 una definizione di "certificazione" rilasciata ai sostituiti, il Giudice si richiama alle norme che regolano la materia dell'istituto della sostituzione di imposta - ed in particolare all'art. 4 commi 6bis e 6ter del D.P.R. n. 322/98 recante "Dichiarazione dei sostituti d'imposta" - in base alle quali, con riferimento ai redditi di lavoro dipendente ed a quelli assimilati, i sostituti d'imposta sono tenuti a consegnare a dipendenti e collaboratori la certificazione unica ai fini fiscali e previdenziali, cioè il modello CUD, secondo lo schema approvato di anno in anno dall'Agenzia delle Entrate.

In effetti, pare pienamente condivisibile ritenere che l'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000, quando esprime il concetto di "ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti", non possa che richiamare il documento previsto dalla normativa tributaria ed in particolare dal sopra ricordato art. 4

commi 6ter e 6quater DPR n. 322/98. Significativo in proposito è non solo il termine utilizzato, "certificazione", lo stesso che si rinvie nell'indicata disposizione, ma anche l'uso del singolare, "certificazione", la certificazione unica, rilasciata annualmente secondo quanto previsto dalla norma citata.

Non possiedono invece efficacia certificativa documenti differenti quali le buste paga, ossia i prospetti consegnati in occasione di ogni pagamento: attribuire rilevanza ai fini penali anche a qualsiasi documento dal quale si ricavi che le ritenute siano state operate violerebbe, secondo il provvedimento annotato, il principio di tassatività.

Peraltro una diversa conclusione colliderebbe con la *ratio* della norma incriminatrice: la maggiore gravità della condotta del sostituto che, avendo omesso di versare le ritenute, attesti falsamente l'avvenuto versamento nel CUD, sta nel fatto che è proprio grazie al CUD che il sostituto potrebbe ugualmente scomputare le ritenute subite. Tale conclusione è confortata dalle istruzioni per la compilazione del Modello 730 dalle quali si ricava che è il CUD, e quello solo, il documento cui il lavoratore può e deve rifarsi nel compilare la propria dichiarazione dei redditi.

In altri termini solo accogliendo la tesi secondo cui la "certificazione rilasciata ai sostituiti" richiesta dall'art. 10bis D. L.vo n. 74/2000 per dare rilevanza penale all'omesso versamento delle ritenute sia il CUD (per quanto concerne i dipendenti) si comprende la *ratio* della scelta legislativa effettuata. Il CUD, infatti, è il documento che il lavoratore dipendente utilizza e deve esibire per compilare il modello 730, ossia la propria dichiarazione dei redditi, se vuole che nella liquidazione delle imposte a suo carico si tenga conto degli importi che gli sono stati trattenuti dal sostituto d'imposta. Si rammenti in proposito l'obbligo ben segnalato nelle istruzioni al modello 730 di conservare per cinque anni i documenti esibiti al Caf o al professionista tra cui compare appunto il CUD, onde giustificare i dati riportati nella dichiarazione in caso di accertamento.

Cristina Brigneti

Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2010 - Giudice Bossi.

ARMI - detenzione di armi o di parti di esse - nozione di parte di arma - detenzione di caricatore - configurabilità della fatispecie.

(Art. 2 Legge n. 895/67).

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti - attenuante del fatto di lieve entità ex art. 5 legge 895/1967 - presenza di numerosi precedenti penali - non concedibilità.

(Art. 5 Legge n. 895/67)

Il caricatore, per la funzione svolta e le sue caratteristiche intrinseche, rientra nella nozione di "parte di arma", trattandosi di un componente che, oltre ad essere facilmente e velocemente annesso all'arma, ne potenzia la rapidità dei colpi; il concetto di "parte di arma", infatti, comprende non solo quelle componenti necessarie a rendere l'arma atta allo sparo, ma anche quelle che contribuiscono a renderla più pericolosa per volume o rapidità di fuoco, sempre che tale parte si presti ad essere assemblata mediante un procedimento di facile e veloce esecuzione.

Non può essere concessa la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, prevista dall'art. 5 della Legge 895/1967, all'imputato che abbia numerosi precedenti penali relativi a condanne a pene detentive non lievi; l'applicazione di tale circostanza presuppone, infatti, dapprima una verifica relativa ai connotati soggettivi ed oggettivi che caratterizzano l'illecita detenzione e, in via successiva (all'esito positivo della prima analisi), l'accertamento della sussistenza della circostanza oggettiva della quantità e potenzialità delle armi.

S. LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2010 - Giudice Carpanini.

ARMI - porto di armi od oggetti atti ad offendere - insussistenza del reato.

(Art. 4 L. 110/1975)

Non sussiste il reato di cui all'art. 4 L. 110/1975 nel caso di un comunitario coltello a serramanico di limitata potenzialità offensiva qualora il soggetto trovatore in possesso ne giustifichi il porto.

(Fattispecie in cui l'imputato, completamente incensurato, è stato trovato in possesso del coltello a seguito di un controllo, una sera di sabato del mese di luglio in una città di mare lontano dal luogo di abituale residenza ed ha dichiarato di averlo utilizzato per tagliare la frutta durante la giornata passata in spiaggia).

M. CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 marzo 2011 - Giudice Giacalone.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 gennaio 2011 - Giudice Baldini.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - consenso della persona offesa - trattativa di acquisto - aggressione violenta - allontanamento della persona offesa - ingiusto profitto .

(Artt. 99 c. 4 e 629 c.p.)

CIRCOSTANZE - circostanza attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuta - equivalenza con la recidiva reiterata specifica infraquinquennale - determinazione della pena - sussistenza.

(Artt. 99 c. 4 c.p.)

CAPACITÀ a delinquere - reato di lesioni aggravate dalla connessione teleologica - reato di estorsione - reato di false attestazioni sulla propria identità - numerosi e gravi precedenti penali - condizione di cittadino extracomunitario irregolarmente presente sul territorio nazionale - obiettiva gravità dei titoli di reato.

(Art. 61 n. 2, 495, 582, 585, 576 n. 1, 629 c.p.)

In osservanza dei principi che regolano il concorso di persone nel reato, è necessario e sufficiente, per la configurabilità dello stesso, che taluno partecipi all'altri attività criminosa anche con la semplice volontà di adesione, estrinsecantesi nel caldeggiare e rafforzare il proposito criminoso, potendosi il concorso concretizzare in atteggiamenti ed in comportamenti che costituiscano comunque contributi causalii alla realizzazione dell'evento. Il concorso di persone nel reato è concepito, infatti, come struttura unitaria (c.d. teoria monistica del reato) nella quale confluiscono tutti i comportamenti dei compartecipi così che i comportamenti dei singoli sono allo stesso tempo propri e comuni agli altri. E' però necessaria, in ossequio ai principi che regolano la responsabilità personale, la presenza di due condizioni: una oggettiva che richiede che tra gli atti sussista una connessione causale rispetto all'evento ed una soggettiva consistente nella consapevolezza di ciascuno del collegamento finalistico dei vari atti, ossia che il singolo volontariamente e coscientemente apporti il suo contributo alla realizzazione dell'evento da tutti voluto.

L'ampia portata della norma incriminatrice di cui all'art. 6 ter della Legge n. 401/89, per quanto attiene al profilo della sussistenza dei presupposti richiesti per la configurabilità della fatispecie, consente di ravvisare il reato ogniqualvolta il possesso del materiale pirotecnico ed atto all'offesa possa essere collegato, in base al luogo e al tempo del possesso, alla manifestazione sportiva.

Nel caso concreto era stata contestata tale fattispecie in considerazione del fatto che il materiale si trovava sul pullman che trasportava i tifosi, era stato utilizzato durante i disordini nel corso della manifestazione sportiva ed era stato rinvenuto nella disponibilità degli imputati immediatamente dopo la sospensione dell'incontro).

Data la diversità dei beni giuridici tutelati e la differenza strutturale delle norme incriminatrici, deve essere riconosciuto il concorso tra il reato di resistenza e quello relativo al lancio di materiale pericoloso in occasione di manifestazioni sportive laddove, con uno o più atti, si realizzino entrambe le condotte incriminate, atteso che l'art. 337 c.p. contempla atti di violenza e minaccia diretti ad opporsi ad un atto del pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio, mentre l'art. 6 bis, Legge n. 401/89 punisce il fatto di lanciare corpi contundenti o altri oggetti in modo da creare un pericolo per le persone nei luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive.

S.LIG.

La sottrazione di beni (nella specie un mazzo di chiavi) custoditi all'interno di un appartamento nel quale si è stati invitati integra il reato di cui all'art. 624 bis c.p. aggravato dall'abuso di relazione di ospitalità di cui all'art. 61 n. 11 c.p. e non già il reato previsto e punito dagli artt. 624, 625 n. 4 c.p..

M. CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2010 - Giudice Petri.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - furto con strappo - elementi di prova.

(Artt. 628 e 624 bis c.p.)

CIRCOSTANZE - circostanze attenuanti - attenuanti generiche - mancata concessione - motivi.

(Art. 62 bis c.p.)

In tema di rapina e furto con strappo deve ritenersi provata oltre ogni ragionevole dubbio la penale responsabilità dell'imputato quando concorrano diversi elementi di prova. Così nel caso di specie: in primo luogo sono stati trovati nella disponibilità dell'imputato oggetti sicuramente provenienti dalla rapina e dai furti aggravati a lui contestati; in secondo luogo è stata trovata altresì nella sua disponibilità la tuta antipioggia riconosciuta dalle vittime dei reati come identica a quella indossata dall'autore delle condotte criminose; in terzo luogo, le dichiarazioni precise e dettagliate rese nell'immediatezza del fatto dalle denuncianti, ciascuna intrinsecamente attendibile (non essendo emerso alcun motivo di astio della singola dichiarante tale da far ipotizzare intenti caluniosi a carico dell'autore del reato, per ciascuna di loro un perfetto sconosciuto) attestano l'esistenza di un analogo e collaudato modus operandi dell'autore delle illecite condotte; infine, le descrizioni somatiche dell'autore dei reati fornite dalle persone offese collimano completamente.

Non possono essere concesse le richieste attenuanti generiche quando l'imputato solo all'udienza in abbreviato abbia genericamente ammesso i fatti ed abbia proposto in ordine al reato più grave un tesist difensiva inverosimile volta a negare ogni responsabilità. Concorre al dunque delle circostanze attenuanti generiche anche il fatto che si riscontrino dagli atti come l'imputato sia gravato da plurimi precedenti penali, talché deve ritenersi che soltanto per un mero errore non gli sia stata contestata la recidiva reiterata specifica ed infraquinquennale.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2010 - Giudice Cusatti.

DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - sussistenza.

(Art. 648 bis c.p.)

Supera la soglia del tentativo e configura fattispecie di riciclaggio pienamente consumato di cui all'art. 648 bis c.p. la condotta di chi munisce un'autovettura prenotato di furto - ben consapevole di tanto - di documenti di circolazione e di targhe appartenenti ad altro veicolo a lui intestato, si da ostacolare l'individuazione della relativa provenienza delittuosa.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 aprile 2011 - Giudice Borzone.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - calunnia - gratuità delle accuse - omissione diligenza nelle verifiche.

(Art. 368 c.p.)

CIRCOstanze - esclusione della recidiva reiterata infraquinquennale - sussistenza.

(Art. 99 c.p.)

Integrano il delitto di calunnia le accuse che non derivano da allegazioni specifiche, fondate su fatti concreti, e che non possono, quindi, che essere state espresse gratuitamente dall'agente. Egli ha omesso di agire con la benché minima, ordinaria, diligenza nell'operare le dovute verifiche, soprattutto in quanto persona avvezza agli ambienti giudiziari.

Risulta possibile escludere dal calcolo della pena la contestata ed effettiva circostanza aggravante della recidiva reiterata infraquinquennale per la ritenuta occasionalità della condotta, la cui gravosità sembra essere stata percepita dall'imputato solo in ultimo, nel corso del giudizio abbreviato.

PA. PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 ottobre 2010 - Giudice Borzone.

DELITTI contro la persona - atti persecutori - condotta.

(Art. 612 bis c.p.)

Integra il delitto di cui all'art. 612bis c.p. la condotta di colui che minaccia e molesta, con condotte reiterate la persona offesa aspettandola davanti alla scuola del figlio, telefonandole periodicamente minacciandola ed offendendola con espressioni quali "Stai attenta che ti ammazzo ti spacco la faccia ti aspetto fuori, sei una puttana, non fai un cazzo in casa, ti spezzo l'osso del collo, ti ammazzo" sia a mezzo del telefono sia mediante messaggi sms. (Fattispecie in cui veniva emessa sentenza di non luogo a procedere per estinzione del reato a seguito di remissione di querela ma non per insussistenza del fatto)

CR. BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 aprile 2011 - Giudice Borzone.

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - atti sessuali - circostanza attenuante - sussistenza.

(Art. 609 bis comma 3 c.p.)

La diminuente speciale prevista dal comma 3 dell'art. 609 bis c.p. trova applicazione in tutte quelle fattispecie in cui, avuto riguardo ai mezzi, alle modalità esecutive ed alle circostanze dell'azione, sia possibile ritenere che la libertà sessuale personale della vittima sia stata compresa in maniera meno grave, con conseguente valutazione globale del fatto non limitata alle sole componenti oggettive del reato, bensì estesa anche a quelle soggettive ed a tutti gli elementi menzionati nell'art. 133 c.p. con particolare riguardo alla qualità dell'atto compiuto, al grado di coartazione esercitato sulla vittima, alle condizioni (fisiche e mentali) di quest'ultima, alle caratteristiche psicologiche (valutate in relazione all'età), all'entità della compressione della libertà sessuale ed al danno arrecato alla vittima anche in termini psichici.

(Fattispecie in cui l'imputato ha avvicinato una donna e dopo

averle accarezzato la schiena ha fatto scendere la mano e le ha palpeggiato una singola volta i glutei contro la sua volontà).

M. CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 25 ottobre 2010 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - delitto di malversazione a danno dello Stato - mancata destinazione del finanziamento alla finalità per cui era stato concesso - irrilevanza della destinazione ad una finalità diversa - elusione del vincolo di destinazione - momento perfezionativo del reato - irrilevanza del mancato esercizio della facoltà di revoca del contributo da parte dell'Ente finanziatore.

(Artt. 110, 316 bis c.p.)

CONCORSO di persone nel reato - delitto commesso nell'interesse di una società - rappresentanza della società - responsabilità del socio accomandatario - assoluzione per non aver commesso il fatto del socio accomandante.

(Artt. 110, 316 bis c.p.)

Integra il reato di malversazione a danno dello Stato il fatto di percepire finanziamenti nazionali finalizzati alla realizzazione di un preciso progetto imprenditoriale (nella specie, si trattava dell'acquisto di una barca per avviare un'attività di chartering navale), distraendo poi il bene acquistato dalle finalità per cui era stato previsto, perseguendo scopi incompatibili con il pubblico interesse. Poco importa che non risulti provato un uso non commerciale dell'imbarcazione, in quanto l'art. 316 bis c.p. sanziona il fatto in sé della mancata destinazione del contributo a fondo perduto o finanziamento a tasso agevolato alla finalità per cui era stato concesso e non, quindi, necessariamente la destinazione ad una finalità diversa.

L'art. 316 bis c.p. consiste nell'elusione del vincolo di destinazione gravante sui finanziamenti erogati per la realizzazione di una determinata finalità e si perfeziona nel momento in cui si attua la mancata destinazione dei fondi allo scopo per il quale erano stati ottenuti. Irrilevante, pertanto, è la circostanza che l'Ente finanziatore non abbia esercitato la facoltà di revoca del contributo chiedendone la restituzione, perché non è con la mancata restituzione che si perfeziona il reato, bensì con il mancato adempimento dell'obbligo di realizzare il programma di investimenti e di mantenere la destinazione del bene all'uso previsto nel programma stesso.

Risponde del reato di cui all'art. 316 bis c.p. il socio accomandatario, titolare della rappresentanza della società e della gestione ordinaria e straordinaria, che ha sottoscritto il contratto con l'Ente finanziatore e la domanda di ammissione alle agevolazioni con allegato il programma dell'attività che intendeva intraprendere. Deve essere assolto per non aver commesso il fatto il socio accomandante, senza alcun potere di rappresentanza, non essendo colui che ha ricevuto il denaro né che aveva il potere di gestire le somme erogate dall'Ente finanziatore.

PA. PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 ottobre 2010 - Giudice De Matteis.

DELITTI contro l'INVIOLABILITÀ dei segreti e il patrimonio - qualificazione giuridica.

(Art. 635 quater, 615 ter, 617 quinque c.p.; art. 55 co. 9 d. l.vo 231/07)

DELITTI contro l'inviolabilità dei segreti e il patrimonio - rapporti tra danneggiamento di sistemi informatici e installazione di apparecchiature atte ad intercettare sistemi informatici - assorbimento - esclusione.

Collocare lettori dei dati sulle postazioni bancomat degli istituti di credito, ostacolando così il funzionamento degli impianti stessi, con violenza sulle cose (costituita dall'incollatura della finta tastiera su quella originale) integra il reato di danneggiamento di sistema informatico di pubblica utilità di cui all'art. 635quinque c.p.

Con la stessa condotta criminosa, introducendosi nel sistema informatico della banca, veniva integrato anche il reato di accesso abusivo ad un sistema informatico p. e p. dall'art. 615ter c.p.

Inoltre, sempre collocando abusivamente i lettori di dati, venivano installate apparecchiature illecite (dette skimmer) risultate idonee ad intercettare le comunicazioni relative al sistema informatico delle banche, commettendo così anche il reato di cui all'art. 617quinque c.p.

L'acquisizione e la memorizzazione di codici di bancomat e carte di credito, infine, costituiscono atti idonei alla clonazione di carte di credito e di pagamento e quindi vanno puniti a titolo di tentativo del reato di cui all'art. 55 co. 9 D. L. vo n. 231/07.

Il reato di installazione di apparecchiature atte ad intercettare comunicazioni informatiche (art. 617quinque c.p.) non è assorbito nel delitto di danneggiamento (art. 635quater c.p.) in quanto la condotta di installazione di apparecchiature è solo una delle possibili condotte attraverso cui può realizzarsi il danneggiamento di sistemi informatici, mentre l'applicazione dell'art. 84 c.p. ricorre solo allorché un reato converga interamente in un'altra fattispecie criminosa, sì da perdere la sua autonomia e diventare quindi elemento costitutivo o circostanza aggravante dell'altro.

CR. BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 1 dicembre 2010 - Giudice Borzone.

PENA - conversione della pena detentiva in pena pecuniaria - condizioni oggettive e soggettive.

(Art. 483 c.p.; art. 53 L. n. 689/1981)

E' corretta la conversione della pena detentiva nella corrispondente pena pecuniaria, avuto riguardo alle condizioni soggettive (incensuratezza) e oggettive (titolo del reato nel caso di specie falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico).

PA. PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 13 ottobre 2010 - Giudice Carpanini.

PROSTITUZIONE - sfruttamento della prostituzione - cosciente volontà del colpevole di trarre vantaggio economico dalla prostituzione - dolo specifico - necessità - Favoreggiamento della prostituzione - effettivo esercizio del meretricio - irrilevanza.

(Artt. 3 e 4 Legge n. 75/58)

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - delitti contro l'autorità delle decisioni giudiziarie - evasione - circostanza attenuante ex art. 385, ultimo comma, c.p. - evasione temporanea - inapplicabilità.

(Art. 385 c.p.)

Il reato di sfruttamento della prostituzione si realizza con il trarre una qualche utilità dall'attività sessuale della prostituta e richiede il dolo specifico, ossia la cosciente volontà del colpevole di trarre vantaggio economico dalla prostituzione, mediante partecipazione ai guadagni ottenuti con tale attività con la puntualizzazione che il reato non si configura quando la corresponsione dei proventi avvenga per giusta causa e nei limiti dell'adeguatezza, cioè per servizi leciti, sempre che vi sia proporzionalità tra servizio e compenso.

Perché sia configurabile il reato di favoreggiamento della prostituzione non è necessario che l'altruì meretricio sia effettivamente posto in essere, ma è sufficiente che la condotta agevolatrice sia idonea a facilitare le condizioni affinché l'altruì prostituzione avvenga.

La circostanza attenuante di cui all'ultimo comma dell'art. 385 c.p. non trova applicazione in ogni caso di evasione temporanea e, quindi, non può essere riconosciuta in favore del soggetto che si sia allontanato, per breve tempo, dall'abitazione di restrizione domiciliare per farvi subito dopo rientro. La suddetta attenuante, infatti, implica che l'evaso si adoperi, prima della condanna, spontaneamente ed efficacemente, per elidere le conseguenze dannose dell'evasione, consistenti nel dispendio di tempo e di energie per le ricerche e la sua cattura, costituendosi in carcere o consegnandosi ad un'autorità che abbia l'obbligo di tradurlo in carcere. Di regola, invece, il fatto in sé del rientro in casa, costituisce la mera cessazione della condotta criminosa, che si tende a non disvelare e non può pertanto essere riconosciuto sufficiente per il riconoscimento dell'attenuante.

S.LIG

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 5 ottobre 2010 - Giudice Borzone.

PUBBLICO ministero - attribuzioni del Procuratore della Repubblica distrettuale con riferimento ai reati di cui all'art. 51, comma 3 quinque, c.p.p. - procedimenti iscritti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. precedentemente alla data di entrata in vigore della Legge n. 48/2008 - inapplicabilità della norma.

(Artt. 51 c. 3 quinque c.p.p.; art. 11 comma 1 bis Legge n. 125/2008)

In forza di quanto stabilito dall'art. 51, comma 3 quinque, c.p.p., le funzioni di Pubblico Ministero nei procedimenti penali relativi ai delitti ivi elencati, sono attribuite all'ufficio del P.M. presso il Tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

Tale regola, peraltro, come precisato dall'art. 11, comma 1 bis, del D.L. n. 92/2008 (convertito con modifiche nella Legge n. 125/2008) si applica solo ai procedimenti iscritti nel registro di cui all'art. 335 c.p.p. successivamente alla data di entrata in vigore della Legge n. 48/2008, ossia il 5 aprile 2008.

In considerazione di ciò, qualora un procedimento sia stato iscritto nel registro ex art. 335 c.p.p. prima dell'entrata in vigore della suddetta Legge, la regola di cui all'art. 51, comma 3 quinque, c.p.p. non troverà applicazione e, pertanto, lo svolgimento delle relative indagini

dovrà essere attribuito alla Procura della Repubblica presso il Tribunale dove la persona offesa è residente, dove è stata inoltrata la denuncia-querela ed ove si è verificato il danno conseguente all'illecita condotta.

S. LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 7 ottobre 2010 - Giudice Giacalone.

STUPEFACENTI - consumo personale - superamento della soglia - fine di spaccio - valutazione complessiva.

(Art. 73 d.p.r. 390/90)

In materia di stupefacenti il mero dato quantitativo del superamento dei limiti tabellari previsti dall'art. 73 comma 1 bis lett. a) DPR 390/90, come modificato dalla Legge 46/09, non vale ad invertire l'onere della prova a carico dell'imputato, ovvero ad introdurre una sorta

di presunzione, sia pure relativa, in ordine alla destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, dovendo il giudice globalmente valutare, sulla base degli ulteriori parametri indicati dalla norma, se le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione siano tali da escludere una finalità esclusivamente personale della detenzione.

Ne deriva che il peso dello stupefacente (circa 1,6 volte la soglia prevista dalla legge) e la presentazione dello stesso confezionato in sette bustine sigillate non sono elementi decisivi a fronte delle seguenti circostanze: nessun elemento specificamente idoneo a qualificare la detenzione a fine di spaccio è stato rinvenuto presso l'abitazione ed il negozio ove lavora l'imputato; lo stesso dispone di un reddito, derivante da regolare attività lavorativa, tale da consentirgli l'acquisto dello stupefacente sequestrato; l'imputato si trovava in compagnia di due albanesi al momento del rinvenimento della sostanza ma non è dato sapere se intendesse vendere a costoro lo stupefacente o se lo avesse da questi appena acquistato.

CR. BR.