



NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

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

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Antonino Dimundo, Luciano Di Noto, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, 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, Roberto Negro, 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.), Leopoldo Ghiglieri (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), 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, Francesca Cuomo Ulloa, Enrico Righetti

sezione di diritto amministrativo:

Francesca Bailo (F.B.), Carlo Bilanci (C.B.), Chiara Cocchi, Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), Sarah Garabelli (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 Spiezia (A.SP.); **Sanremo:** Giovanni Berrino, Enza Dedali; **Savona:** Lucio Colantuoni (L.CO.)

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Alessio Abbene (AL.AB.), 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 Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), 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 Gallone (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.), Walter Laganà (W.L.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), 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 Nocera (DI.NO.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione, Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Nicola Orechia, Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Federico Piva (F.PI.), 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.), Guia Rovengo (GU.R.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Federica Testini, Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Maria Cristina Villa (M.C.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

Valentina Di Gregorio, Valeria Federici, Tomaso Galletto, Francesca Ricco, 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

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Comunione e condominio
Responsabilità civile
Testamento (impugnazione di)
Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima
Appalto (contratto di) (vedi la voce: Comunione e condominio)
Avvocato e procuratore
Comunione e condominio
Concorrenza
Consumatori e utenti
Contratto in genere
Danni in materia civile
Divisione
Giurisdizione civile
Interdizione e inabilitazione
Ipoteca
Locazione
Procedimento civile
Responsabilità civile
Sequestro (vedi la voce: Procedimento civile)
Servitù
Società
Nota a sentenza
-Tribunale di Genova, 19 gennaio 2010, n. 1125
Culpa in vigilando dell'Istituto Scolastico in concorso con gli autori materiali della condotta illecita, *Simonetta Cocconi*, 7

Documenti

-Il contenzioso o.s.a. sulla circolazione stradale in grado di appello, *Roberto Braccalini*, 20
-Le liberalità indirette: analisi della casistica e tutela dei legittimari, *Andrea Fusaro*, 23
-Il ritratto fotografico digitale: diritto d'autore, diritti della persona e tutela della privacy, *Federico Montaldo*, 29
-“L'avvocato del Diavolo”. L'ascesa, il declino e la caduta di un giurista tra Weimar e Terzo Reich, *Roberto Negro*, 37
Recensioni e segnalazioni
-Alessandro Barca, Il diritto di recesso nei contratti del consumatore, Milano, Giuffrè, 2011, p. 167, *Paolo Sanna*, 42

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Minori
Nota a sentenza
-Tribunale per i Minorenni di Genova, 11 marzo 2009
Affidamento del figlio minore al coniuge separato non genitore, *Enrico Bet*, 43

SEZIONE MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE E ARBITRATO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Procedimento civile
Mediazione civile e commerciale
Nota a sentenza
-Tribunale di Reggio Calabria, sez. I, decreto 27 dicembre 2010, n. 1367
Ai fini delle formalità pubblicitarie, nella

conciliazione giudiziale, come nella mediaconciliazione, l'accertamento privato può sostituire l'accertamento giurisdizionale?, *Francesca Ricco*, 47

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Caccia in deroga
Diritti fondamentali
Tutela dell'ambiente
Note a sentenza
-Corte d'Appello di Genova, decr. 19 maggio, 2011
La Corte d'Appello di Genova aderisce agli orientamenti espressi nella recente pronuncia del Giudice delle leggi sui matrimoni omosessuali: il consolidarsi di un giudicato costituzionale?
Daniele Ferrari, 55
-Consiglio di Stato, sez. V, ord. 30 novembre 2011, n. 5222
Caccia in Liguria: a quando il termine della “telenovela venatoria”? *Lara Trucco*, 60
Recensioni e segnalazioni
-Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria, a cura di *Pasquale Costanzo*, Giappichelli, Torino 2011, 66

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Accertamento
Accertamento analitico induttivo ex art. 39 c. 1 dpr 600/73
Accertamento induttivo
Accertamento sintetico
Accertamento sintetico ex art. 38 del DPR 600/1973
Classificazione catastale
Condono
Diniego di condono (vedi la voce: Condono)
Ici
Imposta di registro
Imposta di successione
Irap
Irpef
Irpeg
Iva
Processo tributario
Riscossione

SEZIONE PENALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Delitti contro la fede pubblica
Responsabilità amministrativa dell'ente per illeciti dipendenti da reato
Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima
Armi
Circostanze del reato
Concorso di persone
Delitti contro il patrimonio
Delitti contro il patrimonio mediante frode

Delitti contro il sentimento per gli animali

Delitti contro la famiglia

Delitti contro la fede pubblica

Delitti contro la persona

Patrocinio a spese dello stato

Prova

Reati ambientali

Ricettazione (vedi la voce: Armi)

Stupefacenti

Osservatorio

-Il lavoro di pubblica utilità come sanzione sostitutiva per i reati di guida in stato di ebbrezza e sotto l'influenza di stupefacenti. Lineamenti interpretativi e applicazioni pratiche, *Francesco Cozzi, Ruggero Navarra*, 80

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. II, 13 ottobre 2011, voce Comunione e condominio, 5

Tribunale di Acqui Terme

-10 giugno 2011, n. 140, voce Testamento (impugnazione di), 9

Tribunale di Genova

-19 gennaio 2010, n. 1125, voce Responsabilità civile, 6

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. I, 14 ottobre 2009, n. 1272, voce

Giurisdizione civile, 15

-sez. III, 13 maggio 2011, voce Responsabilità civile, 17

Tribunale di Albenga

-22 settembre 2010, voce Procedimento civile, 16

-26 settembre 2010, voce Servitù, 18

Tribunale di Chiavari

-18 aprile 2011, n. 286, voce Avvocato e procuratore, 12

Tribunale di Genova

-sez. VI, 14 dicembre 2009, voce Concorrenza -sez. VI, 3 aprile 2010, voce Concorrenza, 13

-sez. VI, 10 luglio 2010, n. 2908, voce

Concorrenza, 14

-sez. III, 20 gennaio 2011, voce Comunione e condominio, 12

-sez. I, parziale, 10 marzo 2011, voce

Procedimento civile, voce Sequestro, 16

-sez. VI, 26 agosto 2011, n. 3371, voce

Comunione e condominio, voce Appalto

(contratto di), 12

-sez. I, 29 agosto 2011, n. 3328, voce Contratto in genere, 14

-30 agosto 2011, voce Responsabilità civile, 18

-sez. VII, 31 agosto 2011, n. 3349, voce

Divisione, 15

-sez. VI, 2 settembre 2011, voce Contratto in genere, 14

-sez. III, 19 settembre 2011, n. 3402, voce

Responsabilità civile, 18

-sez. III, 19 settembre 2011, n. 3403, voce

Comunione e condominio, 12



Indice

-sez. III, 20 settembre 2011, n. 3406, voce Procedimento civile, 17
 -sez. II, 23 settembre 2011, voce Danni in materia civile, 15
 -26 settembre 2011, n. 3475, voce Interdizione e inabilitazione, 16
 -sez. III, 28 settembre 2011, n. 3483, voce Comunione e condominio, 13
 -sez. III, 21 ottobre 2011, n. 3820, voce Locazione, 16
 -21 ottobre 2011, voce Procedimento civile, 17
 -sez. fall., 24 ottobre 2011, voce Procedimento civile, 17

Tribunale di Massa

-ord. 18 maggio 2011, voce Società, 18
 -ord. 11 ottobre 2011, n. 925, voce Ipoteca, 16
Giudice di Pace di Genova
 -5 febbraio 2011, n. 1222, voce Consumatori e utenti, 14
Giudice di Pace di Recco
 -3 luglio 2010, n. 221, voce Consumatori e utenti, 14

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Tribunale per i Minorenni di Genova
 -11 marzo 2009, voce Minori, 43
 -1 dicembre 2011, voce Minore, 45

SEZIONE MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE, ARBITRATO

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Tribunale di Reggio Calabria
 -sez. I, decreto 27 dicembre 2010, n. 1367, voce Mediazione civile e commerciale 47
Tribunale di Roma
 -sez. V, decreto 22 luglio 2011, n. 6563, voce Procedimento civile, 47

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Corte Costituzionale
 -sent. 12 ottobre 2011, n. 263, voce Tutela dell'ambiente, 59
Consiglio di Stato
 -sez. V, decr. 15 novembre 2011, n. 4998, voce Caccia in deroga, 60
 -sez. V, ord. 30 novembre 2011, n. 5222, voce Caccia in deroga, 60
Corte d'Appello di Genova
 -decr. 19 maggio 2011, voce Diritti fondamentali

TAR Liguria

-sez. II, decr. 15 ottobre 2011, n. 488, voce Caccia in deroga, 59
 -sez. II, ord. 3 novembre 2011, n. 510, 59

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Commissione Tributaria Regionale di Genova

-sez. XII, 12 gennaio 2011, n. 1, voce Imposta di successione, 71
 -sez. VII, 14 gennaio 2011, n. 1, voce Accertamento induttivo, 67
 -sez. X, 20 gennaio 2011, n. 1, voce Iva, 69
 -sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 1, voce Imposte doganali, 70
 -sez. XI, 25 gennaio 2011, n. 1, voce Accertamento induttivo, 67
 -sez. XIII, 25 gennaio 2011, n. 27, voce Ici, 71
 -sez. III, 8 febbraio 2011, n. 1, voce Accertamento analitico induttivo ex art. 39, c. 1 dpr 600/73

-sez. VII, 14 febbraio 2011, n. 1, voce Accertamenti induttivo, 67
 -sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1, voce Irap, 70
 -sez. XIII, 29 marzo 2011, n. 1, voce Accertamento, 68
 -sez. VI, 9 novembre 2011, n. 132, voce Accertamento, 68

Commissione Tributaria Provinciale di Genova

-sez. XII, 11 febbraio 2010, n. 47, voce Riscossione, 72
 -sez. III, 7 gennaio 2011, n. 5, voce Classificazione catastale, 71
 -sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 3, voce Ici, 71
 -sez. X, 14 gennaio 2011, n. 132, voce Irap, 70
 -sez. XII, 17 gennaio 2011, n. 9, voce Accertamento sintetico, 68

-sez. I, 24 gennaio 2011, n. 7, voce Accertamento, 67

-sez. I, 24 gennaio 2011, n. 8, voce Accertamento induttivo, 67
 -sez. XX, 6 aprile 2011, n. 61, voce Iva, 70
 -sez. XX, 6 ottobre 2011, n. 278, voce Irpef, 69
 -sez. XII, 24 ottobre 2011, n. 262, voce Processo tributario, 72

-sez. XIII, 9 novembre 2011, n. 322

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia

-sez. V, 13 gennaio 2011, n. 1, voce Accertamento sintetico, 68
 -sez. I, 13 gennaio 2011, n. 1, voce Accertamento, 69
 -sez. I, 13 gennaio 2011, n. 6, voce Imposta di registro, 70
 -sez. III, 13 gennaio 2011, n. 12, voce Imposta di registro, 70
 -sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 2, voce Ici, 71

-sez. V, 28 giugno 2011, n. 25, voce Condono, voce Diniego di condono, 72

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia

-sez. VII, 10 gennaio 2011, n. 2, voce Iva, 69

Commissione Tributaria Provinciale di Savona

-sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 11, voce Accertamento, 68
 -sez. I, 22 aprile 2010, n. 57, voce Accertamento, 68
 -sez. I, 6 maggio 2010, n. 73, voce Ici, 71
 -sez. V, 13 maggio 2010, n. 1, voce Riscossione, 72
 -sez. V, 27 maggio 2010, n. 18, voce Accertamento sintetico ex art. 38 del DPR 600/1973, 68
 -sez. VI, 26 marzo 2011, n. 42, voce Accertamento, 69

SEZIONE DI DIRITTO PENALE

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE

(ordine cronologico)

Tribunale di Genova

-16 novembre 2010, voce Delitti contro la fede pubblica, Responsabilità amministrativa dell'ente per illeciti dipendenti dal reato, 74
 -18 novembre 2010, voce Delitti contro la fede pubblica, 74

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA

(ordine cronologico)

Corte d'Appello di Genova

-sez. III, 29 giugno 2011, voce Delitti contro la persona, 80

Tribunale di Genova

-9 settembre 2009, voce Delitti contro il patrimonio, 78
 -11 marzo 2010, voce Stupefacenti, 81
 -26 ottobre 2010, voce Armi, voce Ricettazione, 78
 -29 ottobre 2010, voce Circostanze del reato, 78, voce Delitti contro la fede pubblica, 79, voce Delitti contro la persona, 80
 -11 novembre 2010, voce Delitti contro il patrimonio, 78, voce Reati ambientali, 81
 -15 novembre 2010, voce Prova, 80
 -24 novembre 2010, voce Delitti contro il patrimonio mediante frode, 79, voce Prova, 80
 -27 novembre 2010, voce Patrocinio a spese dello Stato, 80
 -29 novembre 2010, voce Delitti contro la persona, 80
 -3 dicembre 2010, voce Concorse di persone, 78
 -6 dicembre 2010, voce Delitti contro la famiglia, 79
 -20 maggio 2011, voce Delitti contro il sentimento per gli animali, 79



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

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 13 ottobre 2011
 - Pres. Maglione - Rel. Castiglione - Condominio Z.
 (Avv.ti Mazzucco e Novaro) c. Gorla e altri (Avv.ti Zanoni
 e Rezzonico).

COMUNIONE e condominio - amministratore - legittimazione processuale - negatoria servitutis - sussistenza - configurabilità.

(Artt. 949 e 1131 c.c.)

L'amministratore ha la rappresentanza processuale del condominio per tutte le azioni che concernono le parti comuni dell'edificio. La rappresentanza processuale dell'amministratore e la legittimazione passiva del condominio si estendono a tutte le azioni che hanno per oggetto l'accertamento dell'esistenza di una servitù a carico od a favore dei beni condominiali, anche quando si tratti di un condominio parziale, ove si controverta dell'esistenza e dell'estensione di una servitù costituita a favore od a carico dello stabile nel suo complesso o di una parte di esso. L'actio negatoria servitutis, quando sia proposta contro il condominio, perché investe beni aventi natura condominiale, rientra nella competenza dell'amministratore (il che esclude la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei singoli condomini), anche quando l'azione stessa tenda a conseguire la rimozione dei manufatti attraverso i quali si esercita la servitù a favore dei beni condominiali.

RO.NE.

(...Omissis...)

Fatto

Con l'atto introduttivo del presente giudizio gli attori affermavano di essere proprietari di un appartamento posto al piano attico del casellato denominato condominio Civezza sito in San Lorenzo al Mare via Provinciale Civezza n.71. L'assemblea dei condomini nella seduta del 02.07.96 aveva approvato il progetto di trasformazione dell'impianto centralizzato di riscaldamento in impianti unifamiliari a gas, che prevedeva l'installazione di una canna fumaria esterna passante attraverso il terrazzo degli attori. I quali pertanto contestavano al condominio di avere costituito una servitù di fatto a carico della loro proprietà non consentita dalla legge, cui essi non avevano mai prestato il loro consenso. Pertanto chiedevano l'eliminazione della canna fumaria ed il ripristino della situazione anteriore. Il condominio, costituendosi in giudizio, eccepiva pregiudizialmente il suo difetto di legittimazione passiva. Contestava nel merito al mancanza di fondamento della domanda attrice: infatti osservava che l'assemblea del 02.07.96 aveva approvato il progetto di trasformazione dell'impianto e la costruzione delle canne fumarie sulle facciate del casellato col voto favorevole del signor Gorla Ezio, dante causa degli attori. In ogni caso chiedevano il rigetto della domanda attrice. Il Tribunale, istruita la causa documentalmente e con CTU descrittiva dello stato dei luoghi, la decideva con sentenza con la quale accoglieva la domanda attrice: intanto condannava il condominio ad eliminare il manufatto in contestazione. Il condominio ha proposto appello contro la sentenza del Tribunale, col quale eccepisce il difetto di legittimazione processuale

dell'amministratore, che non sarebbe legittimato a rappresentare i condomini proprietari della canna fumaria in contestazione, ed il difetto del contraddittorio, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo: onde chiede alla Corte di rimettere la causa al primo giudice per integrare il contraddittorio nei confronti dei condomini utilizzatori del manufatto in contestazione. Nel merito contesta al Tribunale il difetto e/o errore di valutazione del materiale probatorio: onde chiede la riforma della sentenza impugnata. Gli appellati resistono all'impugnazione, opponendosi al suo accoglimento. La causa è stata trattenuta in decisione dalla Corte sulle conclusioni delle parti trascritte in epigrafe.

Diritto

Col primo motivo gli appellanti osservano che l'azione *negatoria servitutis* proposta contro un condominio, quando sia diretta a conseguire la rimozione di opere comuni, asseritamente lesive del diritto dell'attore, postula la partecipazione al giudizio di tutti i condomini, interessati alla conservazione dell'opera, che sono direttamente e personalmente legittimati a contradire: in tal caso infatti l'oggetto della lite esorbita dall'ambito delle cose e degli interessi comuni e la pronuncia incide sui diritti esclusivi dei singoli condomini. Il motivo è infondato. Osserva - in principio - che l'amministratore ha la rappresentanza processuale del condominio per tutte le azioni che concernono le parti comuni dell'edificio. La rappresentanza processuale dell'amministratore e la legittimazione passiva del condominio si estendono a tutte le azioni che hanno per oggetto l'accertamento dell'esistenza di una servitù a carico od a favore dei beni condominiali, anche quando si tratti di un condominio parziale, ove si controverta - per l'appunto - dell'esistenza e dell'estensione di una servitù costituita a favore od a carico dello stabile nel suo complesso o di una parte di esso. L'actio *negatoria servitutis*, quando sia proposta contro il condominio, perché investe beni aventi natura condominiale, rientra nella competenza dell'amministratore - il che esclude la necessità di integrare il contraddittorio nei confronti dei singoli condomini - anche quando tenda - l'azione - a conseguire la rimozione dei manufatti attraverso i quali si esercita la servitù a favore dei beni condominiali. Invero la domanda, volta ad ottenere l'eliminazione dei manufatti asseritamente lesivi del diritto di proprietà dell'attore, al fine di ripristinare la libertà del fondo, rientra nel contenuto tipico dell'azione, che tende ad accertare l'inesistenza del diritto di servitù e ad eliminare la situazione antigiridica posta in essere dal convenuto. La pronuncia che accerta l'inesistenza della servitù vantata dal condominio ed ordina l'eliminazione o la cessazione degli ostacoli frapposti al godimento del diritto di proprietà dell'attore si riflette sui diritti soggettivi ed interessi dei singoli condomini in quanto tali, cioè in quanto comproprietari dei beni comuni, e non in quanto titolari delle proprietà esclusive ovvero di diritti soggettivi intesi come espressione di interessi individuali.

Nel merito l'appello è accoglibile. Invero l'assemblea dei condomini nella seduta del 02.07.96 ha approvato il progetto di trasformazione dell'impianto col voto favorevole del signor Gorla Ezio, dante causa degli attori, che ha sottoscritto il verbale come presidente dell'assemblea. Non è ragionevole dubitare del fatto



che il progetto approvato dall'assemblea, non più reperibile, prevedesse anche la realizzazione della canna fumaria in contestazione, che doveva servire gli appartamenti posti sulla stessa colonna dell'appartamento di proprietà degli attori. Anche in mancanza di dati certi al riguardo, non essendo stato possibile reperire il disegno originale dell'impianto, si desume la conformità dell'opera al progetto dal fatto che la canna fumaria è stata realizzata, perforando le solette dei balconi degli appartamenti posti sulla stessa colonna, senza opposizione degli attori. I quali prima dell'introduzione della presente causa non hanno mai contestato al condominio la costituzione di una servitù, ma soltanto il riparto delle spese di esecuzione dell'opera, per il quale hanno proposto impugnazione contro una precedente delibera dell'assemblea condominiale, che aveva deliberato - per l'appunto - di ripartire la spesa in contestazione fra tutti i condomini. Invero la delibera, che aveva approvato la trasformazione dell'impianto, comportava la partecipazione di tutti i condomini alle spese di realizzazione del nuovo impianto e particolarmente della canna fumaria, che costituisce elemento integrante dell'impianto, ed è destinata a servire tutti gli appartamenti posti sulla stessa colonna, al pari delle altre canne fumarie poste sull'altra facciata dello stabile. Il fatto che gli attori non abbiano ancora collegato il loro impianto di riscaldamento alla canna fumaria non esclude che questa - per destinazione - costituisca un bene comune di tutti i condomini, compresi gli attori, che avendo partecipato all'esecuzione dell'opera hanno la possibilità di allacciarsi alla canna fumaria per il funzionamento del loro impianto di riscaldamento. Non si tratta pertanto in senso proprio della costituzione di una servitù prediale a carico dell'appartamento degli attori, per il quale sussista la necessità di un titolo costitutivo dotato della forma scritta *ad substantiam* - ravvisabile comunque nella sottoscrizione del verbale assembleare da parte di tutti i soggetti interessati alla realizzazione dell'impianto - ma della costruzione di un manufatto - deliberata dall'assemblea con l'osservanza delle forme prescritte dalla legge - sottoposto alla disciplina dei beni condominiali di cui all'art. 1117 co.3 C.C. Infatti gli attori hanno il diritto di utilizzare l'impianto, alla pari degli altri condomini, a vantaggio del loro appartamento, che quindi dalla presenza della canna fumaria, passante per il balcone, trae *commoda et incommoda*. Il che esclude la possibilità di configurare una servitù a carico dell'appartamento, in forza del principio per cui *nemini res sua servit*, come si desume dalla stessa motivazione della sentenza impugnata, che peraltro dall'affermazione del principio di diritto non ha tratto le logiche conseguenze giuridiche nella valutazione dei fatti. La censura del condominio è fondata. Mentre accoglie l'appello - intanto riforma la sentenza del Tribunale - liquida a carico degli appellati le spese di entrambi i gradi del giudizio in applicazione del principio di soccombenza, temperata - l'applicazione del principio - dalla compensazione parziale delle spese in considerazione del rigetto dell'eccezione pregiudiziale del condominio. Pone definitivamente a carico degli appellati le spese di CTU, liquidate dal Tribunale nel primo grado di giudizio e poste dalla sentenza impugnata a carico del condominio.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando nella causa d'appello avverso la sentenza del Tribunale di Imperia in data 07/08.10.05 n. 246 (...Omissis...) così decide:

Accogliendo l'appello in totale riforma della sentenza impugnata respinge la domanda attrice.
(...Omissis...)

Tribunale di Genova, 19 gennaio 2010 n. 1125, Giudice Unico Casale - D.B.M. (Avv. Nadalini) c. L.A. e G.C. (Avv. I. Martini) e c. A.M. (Avv. Brusacà) e c. P. L. (Avv. Vernazza e Avv. Addabbo) e c. M. P.I. ed Ist. Superiore "L.E" e "G.C" (Avvocatura dello Stato) e c. Fondiaria-SAI S.p.A (Avv. Balbi) e c. CARIGE Assicurazioni S.p.A (Avv. Castellano).

RESPONSABILITÀ civile - incidente occorso durante l'orario scolastico - colpa in vigilando - prevedibilità dell'evento - ripartizione dell'onere della prova.

RESPONSABILITÀ civile - concorso di colpa del danneggiato per consenso all'esecuzione dell'attività pericolosa - limiti.

RESPONSABILITÀ civile - solidarietà dell'obbligazione risarcitoria - sussiste.

Per superare la presunzione di colpa ex art. 2048, II comma c.c. che grava sull'insegnante per il fatto illecito degli allievi, non è sufficiente dimostrare di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di avere adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole dal determinarsi di detta serie causale. (1)

In tema di soggetti obbligati alla sorveglianza dei minori, l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, mentre sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile all'obbligato. (2)

Il consenso estorto o risultato di un atteggiamento di timore del danneggiato è viziato a monte e come tale inidoneo a configurare alcuna compartecipazione volontaria ai sensi e per gli effetti dell'art. 1227 c.c. (3)

L'espressione "fatto dannoso imputabile a più persone" di cui all'art. 2055 c.c. deve essere interpretata nel senso che occorre l'unicità dell'evento o del danno provocato e non del fatto atto che, in quanto tale, può essere il risultato di fatti illeciti, costituenti violazioni di norme giuridiche diverse. (4)

(....Omissis....)

Motivi della decisione

La domanda attorea è fondata e merita pertanto accoglimento.

1. Dal punto di vista della ricostruzione dei fatti, ritiene questo Giudice che non possono residuare dubbi in ordine all'effettiva verificazione della caduta per cui è causa secondo le modalità descritte nell'atto introduttivo del presente giudizio (...omissis....).

Non essendo mai stato oggetto di contestazione il reale accadimento del fatto storico per cui è causa, i nodi principali della presente controversia attengono all'avvenuta o meno prestazione del consenso da parte dell'attore in relazione alla pratica del "gioco" in cui il giorno dell'evento *de quo* egli è stato coinvolto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art 1227 c.c. ed alla configurabilità o meno di un'ipotesi di responsabilitaria in capo alla Scuola ed al Ministero convenuto ai sensi e per gli effetti di cui al capoverso dell'art. 2048 c.c. (...omissis....).

Non si ritiene che, seppur a livello minoritario, possano andare esenti da responsabilità in ordine alla verifica dell'evento per cui è causa l'istituto scolastico convenuto ed il



Ministero e ciò ai sensi del capoverso di cui all'art. 2048 c.c. Se è certamente vero, infatti, che il dovere di vigilanza gravante sui docenti ai sensi del secondo comma della norma ora richiamata va inteso in senso relativo, dovendo correlarsi il suo contenuto ed i suoi limiti all'età ed al normale grado di maturazione degli alunni in relazione alle circostanze del caso concreto (...omissis...) è altrettanto vero che per superare la presunzione di responsabilità ex art. 2048 grava sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo la dimostrazione di avere adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari o organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo. (...omissis....).

Se quindi occorre correlare il contenuto dell'esercizio del dovere di vigilanza imposto ai docenti dall'art. 2048 secondo comma c.c. in modo inversamente proporzionale all'età ed al normale grado di maturazione degli alunni, in modo che, con l'avvicinamento di costoro all'età del pieno discernimento, l'espletamento di tale dovere non richiede la continua presenza degli insegnanti, non debbono tuttavia mancare le più elementari misure organizzative dirette a mantenere la disciplina degli allievi.

Più in generale, in tema di soggetti obbligati alla sorveglianza di minori, sia che si invochi la presunzione di responsabilità posta dal secondo comma dell'art. 2048 c.c., sia che si configuri la responsabilità come di natura contrattuale, la ripartizione dell'onere della prova non muta, poiché il regime probatorio desumibile dall'art. 1218 c.c. impone che, mentre l'attore deve provare che il danno si è verificato nel corso dello svolgimento del rapporto, sull'altra parte incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile all'obbligato. (...omissis....).

Applicando i sopra richiamati principi al caso in esame, appare evidente, che mentre l'attore ha pienamente assolto al proprio onere probatorio (...omissis....) l'Istituto scolastico ed il Ministero convenuti non hanno del tutto assolto al proprio onere.

(...omissis...) Pur ritenendosi del tutto prevalente la responsabilità dei singoli quattro alunni convenuti, residua pur sempre un margine di responsabilità per la causazione dell'evento lesivo subito dall'attore in capo alla Scuola ed al Ministero e ciò proprio sotto il profilo di non avere adottato adeguate misure organizzative e di vigilanza tali da impedire la realizzazione dell'evento *de quo*.

(...omissis....) E' emerso con univocità dalle risultanze della prova orale espletata che quel che si è verificato nel caso in esame non è stato un atto repentino ed imprevedibile, sfuggito al controllo dell'insegnante che non ha potuto impedire l'evento, bensì l'ennesimo - e tragico- episodio di una pratica diffusa e protratta per lungo tempo.

2. La personalità dell'attore emerge dalle dichiarazioni della testa T.G. (all'epoca dei fatti insegnante e Vice Preside dell'Istituto E.) che ha descritto "il D. come un ragazzo timido e riservato" (...omissis...) dall'insieme delle risultanze istruttorie è agevole pervenire alla conclusione che il "gioco" di sollevare in alto un compagno di classe tenendolo per le gambe e per le braccia, per poi lanciarlo in alto e riprenderlo, era una "moda" praticata da più di un mese presso la scuola in questione; che ad attuare tale "gioco" nel ruolo di sollevatori erano sempre e solo i quattro convenuti; che il rifiuto da parte delle vittime comportava ritorsioni di vario genere; che, in particolare, l'attore era un ragazzo piuttosto timido e riservato, come tale oggetto di scherno da parte dei quattro odierni convenuti; che l'attore non aveva e non ha mai prestato il proprio consenso all'essere sollevato e che quindi l'evento lesivo a lui occorso nella specie è stato da lui del tutto subito ed è avvenuto contro la sua volontà.

(.....omissis.....) In effetti, non solo è stato sentito un teste oculare (G.) che ha chiaramente escluso che l'attore abbia preso parte al "gioco" in questione nel ruolo di "sollevato" con il suo consenso, ma gli altri testi esaminati hanno descritto particolari relativi sia alla persona dell'attore che a quella dei convenuti, utili a comprendere il clima di tensione e prepotenza che questi ultimi hanno creato in classe.

(.....omissis.....) In questo contesto appare evidente a questo Giudice che anche l'eventuale "consenso" prestato dal "sollevato" a sottoporsi alla pratica in questione deve ritenersi essere stato del tutto coartato ed inficiato da quella sorta di violenza psicologica che i quattro convenuti "sollevatori" avevano ormai posto in essere da più di un mese nei confronti del resto della classe ed in particolar modo nei confronti dei più deboli e più studiosi della stessa, fra i quali l'odierno attore.

(.....omissis.....) Anche a voler ritenere che l'attore abbia apparentemente acconsentito ad essere sollevato, si sarebbe in ogni caso trattato di un consenso viziato a monte, come tale inidoneo a configurare alcuna sua compartecipazione volontaria al "gioco" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1227 c.c.

3. Sussiste la possibilità di condanna di tutte le parti convenute in via solidale, ancorché i quattro alunni, da un lato, e l'Istituto E. ed il Ministero dall'altro, siano stati citati in giudizio sulla scorta di due titoli responsabili tari diversi, rispettivamente ex art. 2043 ed ex art. 2048 c.c.

In effetti, nel caso dell'obbligazione di risarcimento del danno da illecito extracontrattuale occorre soltanto la ricorrenza di un unico evento dannoso (nella specie la caduta dell'attore) 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. (... omissis....).

L'art. 2055 è chiaramente norma a favore del danneggiato e deve essere interpretata nel senso che occorre l'unicità dell'evento o del danno provocato e non del fatto atto, in quanto tale danno può essere il risultato di fatti illeciti distinti e costituenti, come nella specie, violazioni di norme giuridiche diverse. (...Omissis....)

(1-4) Culpă in vigilando dell'Istituto Scolastico in corso con gli autori materiali della condotta illecita.

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

1. Il caso.

La causa trae origine dalla domanda proposta dal Sig. M.D.B. contro quattro compagni di scuola, oltre che contro l'Istituto Scolastico ed il Ministero della Pubblica Istruzione, avente ad oggetto la richiesta di condanna dei convenuti al pagamento del risarcimento di tutti i danni dallo stesso subiti in conseguenza dell'evento lesivo occorsogli la mattina del 7 Aprile 2001 presso l'Istituto scolastico convenuto.

A sostegno della propria domanda esponeva infatti che, durante l'orario scolastico tra la fine dell'intervallo e l'inizio della quarta ora di lezione, ovvero tra le 10.25 e le ore 10.40 circa, egli si trovava in classe intento a conversare con alcuni suoi compagni di classe, in assenza dei docenti, allorquando i quattro convenuti, giunti da dietro le sue spalle, contro la sua volontà ed in modo violento, dapprima lo sollevavano da



terra, tenendolo due per le braccia e due per le gambe, e successivamente lo slanciavano verso l'alto, perdendo tuttavia la presa, sicché egli cadeva a terra, battendo con violenza il capo e rimanendo privo di conoscenza.

2. L'inquadramento normativo.

La fattispecie affrontata dal Tribunale di Genova è stata risolta sulla base dell'applicazione di quattro norme fondamentali: l'art. 2043 c.c. sul risarcimento per fatto illecito; l'art. 2048 c.c. sulla responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri; l'art. 2055 c.c. sulla responsabilità solidale ed infine, l'art. 1227 c.c. sul concorso del fatto composto del creditore.

Il Tribunale con un'analisi precisa e molto dettagliata dei fatti di causa, anche grazie ad una istruttoria completa e molto ampia, ha avuto modo di verificare come il comportamento dei quattro alunni che assumevano il ruolo di "sollevatori" fosse causa principale dell'evento di danno occorso all'attore, in concorso con il difetto di vigilanza dell'Istituto scolastico (e per esso del Ministero), con assoluta esclusione di un consenso validamente prestato al "gioco" da parte "dell'attore-sollevato". L'istruttoria ha acclarato come i quattro convenuti avessero dato corso al "gioco" del sollevamento e contestuale lancio dei compagni da un certo lasso di tempo (pare almeno un paio di mesi) e che tale attività fosse a conoscenza del personale scolastico.

Almeno due insegnanti ne avevano preso coscienza, ma alcuna misura fu mai adottata per impedire ai quattro "energumeni" di continuare nell'intimidatoria attività.

Le personalità dei quattro soggetti "sollevatori" erano caratterizzate da una certa prestanza fisica, accompagnata da una tracotanza e prepotenza tali da intimidire i compagni di classe per natura più timidi e timorosi, incapaci di sottrarsi all'influenza dei sollevatori.

Il comportamento dei quattro sollevatori, quindi, è sussurrabile nei comportamenti presi in considerazione dall'art. 2043 c.c. sul danno da fatto illecito.

E lo è a titolo di fatto "doloso": gli autori materiali del fatto agivano anche contro la volontà del "sollevato", come nel caso di specie.

Non solo, che il comportamento posto in essere fosse correttamente percepito come illecito dai quattro alunni sollevatori è confermato dalla circostanza che gli stessi, dopo avere provocato la caduta del M.D.B. hanno riferito alla bidella, nell'immediatezza del fatto, che l'attore era scivolato *pro domo sua*, versione peraltro ribadita in sede di interrogatorio formale nanti il Giudice adito.

La capacità di intendere e volere dei soggetti sollevatori, nonché la corretta percezione delle azioni poste in essere, ne hanno determinato la piena responsabilità per fatto lesivo doloso.

Appurata la sussistenza di una maggioritaria responsabilità da danno illecito in capo agli autori materiali del fatto, il Giudice ha ritenuto però scorgere anche una corresponsabilità dell'Istituto scolastico per difetto di vigilanza in capo agli alunni: la norma che attesta la sussistenza di una corresponsabilità da *culpa in vigilando* dell'Istituto scolastico è quella di cui al II comma dell'art. 2048 c.c.

Per essa, i precettori, maestri d'arte o di mestiere, sono responsabili per i danni posti in essere dagli allievi nel tempo in cui questi sono posti sotto la loro sorveglianza.

Trattasi di presunzione *iuris tantum* e come tale suscettibile di essere superata attraverso la dimostrazione di avere posto in essere tutti quegli accorgimenti che, avuto riguardo all'età degli allievi ed al loro grado di maturazione intellettuale, ser-

vano a prevenire i comportamenti forieri di danno ai terzi e, contestualmente, di non avere potuto prevedere, attraverso la diligenza ordinaria, il realizzarsi della condotta illecita da cui è originato il danno.

Partendo da questa considerazione e dal fatto che l'intensità dell'attività di vigilanza richiesta ai sensi della citata norma è da intendersi in senso inversamente proporzionale all'età ed al grado di maturazione degli alunni, il Giudice ha individuato la sussistenza di tale titolo di colpa, seppure in misura del solo 20%, in capo all'Istituto scolastico poiché l'illecita attività posta in essere dai quattro alunni non era condotta imprevedibile né "imprevenibile".

Invero, l'istruttoria ha appurato che parte del personale scolastico era a conoscenza del "gioco" del sollevamento e che tale moda proseguiva da un po' di tempo: nessuna contromisura, nessun appunto, nessuna "ramanzina" verso i quattro alunni.

La totale passività del personale docente ha certamente contribuito alla realizzazione dell'evento di danno ai sensi del II comma dell'art. 2048 c.c.

Per contro, l'istruttoria ha posto in evidenza come non sia mai stato fornito alcun valido consenso dell'attore all'esecuzione del "gioco", consenso che avrebbe determinato l'applicazione della norma di cui all'art. 1227 c.c. sul concorso di colpa del soggetto danneggiato e ciò, in quanto, la debole personalità della vittima, a fronte di una forte e prepotente personalità dei quattro soggetti "sollevatori" non gli ha consentito di potersi opporre con efficacia al "gioco":

Chi non si fosse sottoposto di buon grado ad essere sollevato, infatti, veniva fatto oggetto di ritorsioni e dispetti, con il che creando un comprensibile timore che impediva una serena presa di posizione dei "sollevati": seppure in assenza di forti manifestazioni di diniego, il Tribunale ha valutato tali comportamenti non certo come prestazioni di consenso, ma piuttosto come il tentativo di eliminare la possibilità di diventare oggetto di ulteriori dispetti e comportamenti aggressivi da parte dei "sollevatori".

Tale comportamento di "passiva rassegna" non poteva certamente essere inteso quale prestazione di valido consenso ad essere sollevati, con il che eliminando l'applicabilità dell'art. 1227 c.c.

Il consenso, o meglio la necessità non opposizione, non poteva certo rappresentare una consapevole e voluta scelta di partecipare al "gioco", semmai una manifestazione viziata dalla coartazione psicologica di conseguenze ben peggiori. Un consenso prestato a seguito di una violenza psicologica o in conseguenza del timore di subire ulteriori e continue rappresaglie è viziato *in nuce* e come tale un "non consenso". Il primo comma della citata norma, richiede, per la sua applicazione, non già la sussistenza di un semplice rapporto di causalità tra il comportamento della vittima e quello del danneggiante; ma, in realtà, necessita di un preciso rimprovero di colpa, non in termini astratti, ma concretamente riferito al fatto dannoso.

Individuati il titolo di responsabilità in capo agli esecutori materiali del fatto dannoso *ex art. 2043 c.c.* e ai sensi e per gli effetti del II comma dell'art. 2048 c.c. per l'Istituto scolastico e per esso del Ministero della P.I.), il Giudice ha ritenuto comminare la condanna dei convenuti in via solidale seppure i titoli di responsabilità fossero differenti.

Ciò è stato possibile applicando il I comma dell'art. 2055 c.c., per il quale se il fatto dannoso sia imputabile a più persone, tutte sono obbligate in solido al risarcimento del danno, con conseguente azione di regresso di chi ha provveduto a ri-





sarcire il danno per l'intero nei confronti dei coautori del fatto dannoso, nella misura determinata dalla gravità della rispettiva colpa.

Tale norma è stata concepita in favore del soggetto danneggiato, che con una unica azione di riscossione può pretendere l'intero risarcimento verso uno solo dei coautori del fatto, lasciando l'incombenza di suddividere i singoli importi agli stessi e non già per alleviare la responsabilità dei singoli autori dei fatti illeciti.

La norma di cui all'art. 2055 c.c. richiede, in senso generale, l'unicità del fatto dannoso onde poter affermare la responsabilità solidale degli autori dell'illecito, ma tale affermazione non va intesa in senso assoluto: ricorre la solidarietà tra gli autori dell'illecito anche se il fatto (come nel caso di specie) sia derivato da più condotte illecite, anche a diverso titolo commesse.

E' sufficiente che le diverse condotte siano legate da un vincolo di interdipendenza: gli alunni che consapevolmente hanno posto in essere l'illecita attività di sollevamento dei compagni lo hanno potuto fare poiché non impediti in alcun modo dai docenti che, pur essendo a conoscenza di tale illecita pratica, hanno adottato un atteggiamento colpevolmente passivo.

3. La Giurisprudenza.

La decisione del Tribunale di Genova trova suffragio anche nella copiosa giurisprudenza di legittimità in materia.

In particolare per ciò che consta l'art. 2048 c.c., la Suprema Corte ha affermato che “*il dovere di vigilanza dell'insegnante per il danno subito dall'allievo - obbligo la cui estensione va commisurata all'età ed al grado di maturazione raggiunto dagli allievi in relazione alle circostanze del caso concreto- presuppone che l'allievo gli sia stato affidato.* Pertanto colui che agisce per ottenere il risarcimento deve dimostrare che l'evento dannoso si è verificato per il tempo in cui l'alunno era sottoposto a vigilanza dell'insegnante, restando indifferente che invochi la responsabilità contrattuale per negligente adempimento dell'obbligo di sorveglianza o la responsabilità extra-contrattuale per omissione delle cautele necessarie, suggerite dall'ordinaria prudenza, in relazione alle specifiche circostanze di tempo e di luogo, affinché sia salvaguardata l'incolumità dei discenti minori” (ex plurimis Cass. 4 febbraio 2005, n. 2272).

Tale decisione va posta in coordinamento con quella per la quale “*In tema di responsabilità dell'amministrazione scolastica ex art. 61 l. 312/1980, sul danneggiato incombe l'onere di provare soltanto che il danno è stato cagionato dal minore durante il tempo in cui lo stesso era sottoposto alla vigilanza del personale scolastico, il che è sufficiente a rendere operante la presunzione di colpa per inosservanza dell'obbligo di sorveglianza, mentre spetta all'amministrazione scolastica dimostrare di avere esercitato la sorveglianza sugli allievi con diligenza idonea ad impedire il fatto. (...omissis...) Per superare la presunzione di responsabilità che ex art. 2048 c.c. grava sull'insegnante per il fatto illecito dell'allievo, non è sufficiente la sola dimostrazione di non essere stato in grado di spiegare un intervento correttivo o repressivo, dopo l'inizio della serie causale sfociante nella produzione del danno, ma è necessario anche dimostrare di avere adottato, in via preventiva, tutte le misure disciplinari od organizzative idonee ad evitare il sorgere di una situazione di pericolo favorevole al determinarsi di detta serie causale*” (Cass. 22 aprile 2009, n. 9542).

Circa, invece, l'applicabilità dell'art. 2055 c.c. nei casi di più condotte dannose, a vario titolo poste in essere, la Corte Suprema ha stabilito che “*l'unicità del fatto dannoso richiesta dall'art. 2055 c.c ai fini della configurabilità della responsabilità solidale degli autori dell'illecito va intesa in senso non assoluto ma relativo, sicché ricorre tale responsabilità, volta a rafforzare la garanzia del danneggiato e non ad alleviare la responsabilità degli*

autori dell'illecito, pur se il fatto dannoso sia derivato da più azioni od omissioni, dolose o colpose, costituenti fatti illeciti distinti, e anche diversi, sempre che le singole azioni od omissioni, legate da un vincolo di interdipendenza, abbiano concorso in maniera efficiente alla produzione del danno, a nulla rilevando, a differenza di quanto accade nel campo penalistico, l'assenza di un collegamento psicologico tra le stesse” (Cass. 12 marzo 2010, n. 6041).

Sull'applicabilità o meno del concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c. la Corte di Legittimità ha osservato “*In tema di responsabilità aquiliana, il nesso causale è regolato dai principi di cui all'artt. 40 e 41 c.p., per i quali un evento è da considerarsi causato da un altro se, ferme restando le altre condizioni, il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo (condicio sine qua non), nonché dal criterio della cosiddetta causalità adeguata, sulla base della quale, all'interno della serie causale, occorre dare rilievo solo a quegli eventi che non appaiono - ad una valutazione ex ante- del tutto inverosimili; a tal fine il comportamento colposo del danneggiato, quando non sia da solo sufficiente ad interrompere il nesso causale, può tuttavia integrare, ai sensi dell'art. 1227 I comma c.c., un concorso di colpa che diminuisce la responsabilità del danneggiante*” (Cass. 30 aprile 2010, n. 10607).

**Simonetta Cocconi
Avvocato, Foro di Genova**

Tribunale di Acqui Terme, 10 giugno 2011, n. 140 - Pres. Soave - Rel. Cazzato - Vacca (Avv.ti Ponzio e Icardi) c. Rizzo (Avv. Piola).

TESTAMENTO (impugnazione di) - cd. “captazione testamentaria” - concetto e presupposti.

(Art. 624 c.c.)

TESTAMENTO (impugnazione di) - “dolo testamentario” - requisiti.

(Artt. 624 e 1427 e segg. c.c.)

L'applicazione che la giurisprudenza fa della norma di cui all'art. 624 c.c. tende all'accertamento dello “sviamento” in concreto della volontà del de cuius. La rilevanza, in pratica, del vizio determinante della volontà, va verificata con esclusivo riguardo al testatore ed alla sua effettiva situazione; infatti anche una “violenza sottile” che si alimenta, ad esempio, di privazioni (quali piccoli ricatti quotidiani a cui possono essere soggetti gli anziani), può indirizzare la volontà del testatore in una, anziché in un'altra, direzione.

Il “dolo testamentario” deve essere considerato con criterio soggettivo maggiormente incidente, rispetto a quello contrattuale; è pertanto necessario il concorso di “mezzi fraudolenti” che siano da ritenersi idonei ad ingannare il testatore e ad indurlo a disporre in modo difforme da come avrebbe deciso, se il suo libero orientamento non fosse stato subdolamente ed artificialmente deviato. Tali “mezzi fraudolenti” devono essere valutati anche con riguardo all'età, allo stato di salute ed alle condizioni psichiche del de cuius.

RO.NE.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo

Con atto di citazione Vacca Teodora conveniva in giudizio Rizzo Guido Pierangelo esponendo: il 19 marzo 2005 era deceduta Rizzo Pasqualina Filomena Teresa, sua cugina in primo grado, lasciando un testamento olografo datato



14.07.2002 nel quale veniva nominato erede universale Rizzo Guido Pierangelo; con tale disposizione testamentaria venivano revocati i due precedenti testamenti redatti in favore della cugina, odierna esponente; l'ultimo testamento non era conforme alla reale volontà della *de cuius*, sicuramente influenzata dal Rizzo e dalla sua famiglia, anche in considerazione dell'età e dello stato di salute della donna; la stessa aveva, al momento della redazione dell'ultimo testamento, 88 anni, nel 2000 era stata colpita da un ictus, successivamente aveva subito diversi ricoveri (nell'aprile 2003 per disturbo dell'espressione verbale, diffusa atrofia cerebrale; nel febbraio 2004 per quadro involutivo e pregressa vasculopatia cerebrale ischemica; nel settembre 2004 per scompenso cardiorespiratorio e malattia cerebrovascolare associata a severo quadro involutivo); diverse volte la Rizzo aveva confidato alla cugina e a diversi conoscenti di avere paura del cugino il quale era solito minacciare l'interruzione della sua assistenza se l'anziana donna non avesse cambiato il proprio testamento; il 1.05.2002, pochi mesi prima della redazione del nuovo e ultimo testamento, la Rizzo aveva incaricato un'amica di contattare Conti Valerio, figlio della Vacca, perché era stata convocata dal notaio Cassinelli su iniziativa del Rizzo senza sapere per quale motivo, temendo però che fosse per farle modificare le proprie precedenti volontà testamentarie; lo stato di soggezione del Rizzo nei confronti della donna era sempre più evidente, tanto che quando nel 2002 la *de cuius* si era rivolta al Conti per avere una persona che la aiutasse in casa, pur avendolatrovata, l'aveva mandata via su pressanti indicazioni del convenuto, il quale l'aveva impaurita dicendole che non vi erano sufficienti risorse economiche; nel novembre 2000, in occasione della commemorazione dei defunti, il Rizzo aveva chiuso il cancello della tomba di famiglia con una catena ed un lucchetto, senza consegnare la chiave alla Rizzo, impedendole così di accedere e rimuovendo il lucchetto solo quando era stato cambiato il testamento; dopo la redazione dell'ultimo testamento il Rizzo aveva impedito alla donna di incontrarsi con la cugina Vacca e non l'aveva più informata sulle condizioni di salute, tanto che l'attrice aveva saputo del decesso della cugina da estranei. Chiedeva, quindi, che fosse dichiarato nullo e/o annullabile e/o inefficace il testamento olografo datato 14.07.2002.

Si costituiva Rizzo Guido Pierangelo esponendo: il testamento impugnato era perfettamente valido: lo stato di malattia evidenziato dall'attrice era successivo alla sua redazione e non sussisteva alcun elemento per potere dire che la *de cuius* fosse in uno stato di incapacità naturale nel momento in cui aveva redatto il testamento. Chiedeva, quindi, che fosse rigettata la domanda attorea con condanna della stessa al risarcimento del danno per lite temeraria.

Con memoria ex art. 183 c.p.c., depositata il 9.05.2007, l'attrice precisava che il testamento veniva impugnato in quanto viziato per errore, violenza, dolo.

Si procedeva all'audizione dei testi e all'interrogatorio formale. All'udienza del 22.02.2011 le parti concludevano e venivano loro concessi i termini per il deposito di comparse conclusionali e memorie di replica. La causa veniva rimessa al Collegio per la decisione.

Motivi della decisione

La domanda attorea deve essere accolta.

Occorre chiarire che la presente azione, come bene e tempestivamente precisato dall'attrice nella memoria ex art. 183 c.p.c.,

è tesa non a dichiarare — come affermato dal convenuto — l'annullamento del testamento per incapacità di intendere e di volere della *de cuius* e neppure per mancanza di forma del testamento impugnato, ma ex art. 624 c.c. Occorre considerare che già in atto di citazione, per quanto in modo generico nelle conclusioni, ma chiaro dall'insieme delle difese e, in particolare, dalla complessiva lettura della parte espositiva, l'attrice lamentava essere stata mutata la precedente volontà testamentaria della Rizzo a favore del convenuto in quanto pesantemente influenzata da quest'ultimo: tale captazione doveva tenere conto dell'età e dello stato di salute della donna (citando così l'attrice implicitamente l'uniforme giurisprudenza di legittimità in relazione all'interpretazione della violenza e del dolo in caso di impugnativa di testamento).

Ed infatti, l'applicazione che la giurisprudenza fa della norma di cui all'art. 624 c.c. tende all'accertamento dello svilimento in concreto della volontà del *de cuius*. La rilevanza in concreto del vizio determinante della volontà va verificata con esclusivo riguardo al testatore ed alla sua concreta situazione, anche perché spesso anche una violenza sottile che si alimenta, per esempio, di privazioni (quali piccoli ricatti quotidiani a cui possono essere soggetti gli anziani) può indirizzare la volontà del testatore in una anziché in un'altra direzione.

Il dolo testamentario deve essere quindi considerato con criterio soggettivo maggiormente incidente rispetto a quello contrattuale, tanto che in materia si è coniato l'autonomo termine "captazione" per indicare una differente intensità, la quale deve essere configurata come il "*dolus malus causam dans*" trasferito dal campo contrattuale a quello testamentario: non basta una qualsiasi influenza esercitata sul testatore per mezzo di sollecitazioni, consigli, blandizie e promesse, ma è necessario il concorso di mezzi fraudolenti, che siano da ritenersi idonei ad ingannare il testatore ed ad indurlo a disporre in modo difforme da come avrebbe deciso se il suo libero orientamento non fosse stato artificialmente e subdolamente deviato (v. Cass. 27.2. 1991, n. 2122). Peralterò, è stato anche affermato che i mezzi fraudolenti sono tali anche in relazione all'età, allo stato di salute e alle condizioni psichiche del *de cuius* (v. Cass. 22.1.1985, n. 254), elementi questi che influiscono sulla valutazione, da attribuire al dolo ed alla rilevanza di esso nella libera determinazione del testatore. Né può essere sottaciuto che condivisibilmente si è affermato che (v. Cass. 7.7.1978, n. 3411) anche la forma in cui il testamento è redatto costituisce un elemento utile ai fini del convincimento in ordine alla capacità o incapacità naturale del testatore al momento dell'atto. E il caso di aggiungere che la giurisprudenza ha anche evidenziato che (cfr. Cass. 27.6.1969, n. 2328) il concetto di dolo contrattuale e di dolo testamentario (captazione) è unitario, non potendosi, in entrambi i casi, prescindere dalla necessità di un voluto e cosciente impiego di mezzi fraudolenti, idonei a trarre in inganno colui verso il quale sono diretti. Nel caso del testamento, tuttavia, tale idoneità deve essere valutata con maggior larghezza e con più specifico riferimento al concreto soggetto passivo, sia per la particolare natura del negozio da lui compiuto, sia perché, più facilmente, nel momento di compierlo, egli può risultare incline a subire l'altruista suggestione a causa di condizioni di salute e di spirito anormali (v., Cass. 11.8.1982, n. 4561). In tale accertamento possono essere considerati anche elementi presuntivi.

Nel caso di specie, deve considerarsi l'avanzata età della Rizzo al momento della redazione dell'impugnato testamento (aveva 88 anni), il fatto che vivesse da sola e che ci tenesse molto alla sua autonomia, tanto che, quando il Rizzo paventò la possibilità del ricovero in una casa di cura, l'anziana donna si recò subito dall'amica Veneri molto preoccupata; il suo stato di salute (non vi



sono dubbi che la stessa, come documentato e peraltro non contestato dal convenuto, avesse subito un ictus nel 2000; successivamente dal 2003 in poi la situazione andò sempre più aggravandosi, pur non escludendosi la sua capacità di intendere e di volere) e la conseguente fragilità e il comportamento prevaricatore del Rizzo, come emerso dalle diverse testimonianze raccolte durante l'istruttoria. Anche a non volere considerare i parenti di entrambe le parti in causa per una non piena loro attendibilità (gli stessi non possono certo dirsi portatori di un interesse concreto e diretto nell'odierna causa, tale da comportarne un giudizio di incapacità, ma sicuramente di un'indiretta attenzione all'esito della stessa, avendo l'eventuale annullamento del testamento considerevoli effetti patrimoniali sulle parti in causa e quindi indirettamente e in futuro sui loro stretti parenti), i soggetti completamente estranei all'odierno giudizio hanno tratteggiato un quadro di evidente captazione della volontà della *de cuius* da parte del convenuto. 11 M.Ilo Claudio Bollo (delegato agli accertamenti dalla locale Procura nell'ambito delle indagini, concluse con l'archiviazione, a carico di Vacca Teodora per circoscrizioni di incapace in seguito a denuncia da parte dello stesso Rizzo) ha raccontato che, sentita Rizzo Pasqualina, la stessa raccontò che "Rizzo Guido era molto adirato con lei perché aveva cambiato il testamento e in un'occasione l'avrebbe scrollata energicamente per le spalle per farle cambiare il testamento e che non voleva sporgere querela, voleva farlo solo se la situazione fosse peggiorata. Lei disse di avere paura del Rizzo... riferì che Rizzo Guido le avrebbe detto che doveva andare dal notaio perché questi le doveva parlare, lei non sapeva per quale motivo e a quel punto sono andati dal notaio"; l'app.to CC Ferraro Mauro ha ricordato "ricordo che facemmo delle indagini e sentimmo sia Rizzo Pasqualina che i parenti... posso dire, perché sentii personalmente il Notaio Cassinelli, che un giorno una persona di sesso maschile telefonò in studio per fissare un appuntamento con il notaio, senza però dire per quale motivo. Si presentò in studio Rizzo Pasqualina con due uomini e la stessa non sapeva perché si trovava lì posso dire che la Veneri mi disse personalmente che la Rizzo era venuta a casa sua, impaurita perché Rizzo voleva portarla in una casa di riposo e lei non voleva andarci, Rizzo avrebbe chiesto alla Veneri di dire che si trattava solo di una visita e lei si sarebbe rifiutata"; la stessa Veneri ha ricordato l'episodio in cui l'anziana donna andò a casa sua impaurita dal Rizzo che voleva portarla in una casa di cura e la giustificazione addotta dal convenuto circa il fatto che ciò era necessario per assicurare alla donna adeguata assistenza poiché l'uomo doveva sottoporsi ad un prossimo intervento al ginocchio non pare verosimile, sia per il fatto che il Rizzo non dormiva a casa della donna e che quindi la stessa aveva una seppur parziale autonomia fisica e comunque poteva essere alla stessa assicurata adeguata assistenza con una badante, assicurandole così di potere continuare a vivere a casa sua e non essere portata in un luogo a lei estraneo e vissuto come ostile. Anche l'episodio della badante è emblematico poiché, dopo un primo momento in cui sembrava che fosse stata trovata la persona adatta, dopo neanche mezza giornata la stessa fu allontanata (Pelka Donata ha ricordato "arrivai in Italia ed andai da lei, cucinai, chiacchierai con lei e sembrava tranquilla. Quindi mentre io stavo facendo le pulizie arrivò un uomo che parlò colei penso in dialetto, io non capii che cosa si dissero, ma subito dopo la Rizzo Pasqualina mi disse che

non aveva più bisogno di me. Io le chiesi perché e lei mi disse che Pierangelo le aveva detto che non c'erano i soldi per pagarmi, io mi mostrai stupita e lei mi disse che dovevo andare via subito altrimenti Pierangelo si sarebbe adirato. Io le chiesi se potevo almeno fermarmi per la notte ma lei disse di no perché se Pierangelo mi avesse trovato il giorno dopo si sarebbe arrabbiato"). In tale contesto si colloca anche l'episodio della tomba di famiglia: è circostanza pacifica che il Rizzo appose un lucchetto al cancello della stessa e che l'anziana donna ne fosse contrariata (v. interrogatorio formale del Rizzo e testimonianza della vicina di casa Bisio Silvana); diverse sono le motivazioni addotte dalle due parti in causa, mentre l'attrice ha affermato che ciò venne fatto per costringere la Rizzo Pasqualina a cambiare il testamento, il convenuto ha ricondotto l'apposizione del lucchetto alla rottura della serratura. Vi sono però due elementi che portano a fare presumere più fondata la ricostruzione attorea: il lucchetto venne messo quando la *de cuius* aveva redatto testamento a favore dell'attrice e venne tolto in periodo coincidente all'ultima modifica del testamento (poco verosimile appare la ricostruzione del Rizzo fornita in sede di interrogatorio formale laddove afferma che nel 2000 fece apporre il lucchetto perché la serratura era rotta, consegnando mia copia della chiavi a Rizzo Pasqualina - mentre la figlia ha negato che vi fosse stata tale consegna - e poi attendendo ben due anni per fare aggiustare la serratura). Infine anche Gualtieri Gianfranco, amico del figlio della Vacca e che andò a casa della Rizzo Pasqualina 4/5 volte tra il 1999 e il 2002-2003, ha ricordato che la Rizzo era molto intimorita dal convenuto che "*le voleva far cambiare il testamento, la minacciava e le diceva che se non avesse cambiato il testamento non le avrebbe più portato la legna... il Rizzo aveva chiuso la tomba di famiglia e non le aveva dato le chiavi e non gliel voleva dare... il lucchetto era stato tolto dopo che m'eva cambiato il testamento*".

Il complesso di tali elementi fa ritenere fondatamente provata la captazione da parte del Rizzo, non trattandosi di mere blandizie o sollecitazioni, ma di una vera e propria situazione di soggezione (in alcuni casi perfino violenta, come nell'episodio dello "scrollamento delle spalle") e ricattatoria, tale da influire su ciò che in una persona anziana (e non solo) è più importante: il fatto di continuare a vivere in casa propria e non in una struttura, il potere pregare nei luoghi di sepoltura dei propri cari, il non essere lasciata completamente sola. La prova, in questo caso si basa su fatti certi, come emersi dal complesso delle testimonianze, consentendo di determinare con certezza l'influenza determinante sul processo formativo della volontà della *de cuius*, tale da comportare la modifica del testamento (v. in tal senso Cass. Sez. 2, Sentenza n. 14011 del 28/05/2008).

Ne deriva l'annullamento del testamento impugnato
Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione collegiale, definitivamente pronunciando, così provvede:

- dichiara l'annullamento del testamento olografo datato 14.07.2002 redatto da Rizzo Pasqualina in favore di Rizzo Guido Pierangelo; (...Omissis...)



Massime

Tribunale di Chiavari, 18 aprile 2011, n. 286 - Giudice Unico Del Nevo – E.L. e E. L. (Dott. Patr. Epis) c. Comune di Rapallo (Avv. Nicatore).

AVVOCATO e procuratore – tribunale in grado d'Appello – ius postulandi del praticante Avvocato abilitato al patrocinio – esclusione.

(Art. 82 c.p.c.; art. 7 L. n. 479/1999)

In conformità al disposto del terzo comma dell'art. 82 c.p.c. per il quale "salvi i casi in cui la legge dispone altrimenti, davanti al tribunale [...] le parti debbono stare in giudizio con il ministero di un procuratore legalmente esercente", deve essere dichiarato affetto da nullità insanabile, per mancanza dello ius postulandi, l'atto di appello sottoscritto dal praticante Avvocato abilitato al patrocinio nelle cause instaurate, quale gravame, nanti il Tribunale, anche se relative a beni mobili di valore inferiore ad € 25.822,24.

Ammettere il contrario comporterebbe violazione della Legge n. 479/1999, c.d. Legge Carotti, che non contempla espressamente tale ipotesi all'art. 7 relativamente agli affari civili, indicati tassativamente, per i quali il praticante abilitato può esercitare attività professionale e altresì violazione della ratio della citata legge che mira ad evitare che in procedimenti come l'appello vi sia una difesa tecnica non adeguata alle complesse problematiche ad esso sottese.

(Nella specie il Tribunale in sede di gravame ha respinto l'atto di appello avverso una sentenza del Giudice di Pace in quanto sottoscritto da un praticante Avvocato abilitato al patrocinio).

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 20 gennaio 2011 – Giudice Unico Bonsignore. P. s.r.l. (Avv. Ghigliotti) c. Condominio via Orsini (Avv.ti Affereto e Zerbini).

COMUNIONE e condominio - lavori condominiali - occupazione del fondo condominiale - risarcimento del danno - criteri di valutazione - presupposti - limiti.

(Artt. 843 e 2043 c.c.)

Nel caso di lavori condominiali che rendono necessaria l'occupazione di spazi comuni, occorre distinguere tra il periodo antecedente e quello successivo l'inizio dei medesimi.

Nel primo caso si configura un'ipotesi di occupazione illegittima che genera una conseguente responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. allorché la parte dimostri: l'illegittimità del comportamento, il danno ingiusto e il nesso causale esistente. Nel caso in esame, poiché il materiale posto sull'area, aveva determinato difficoltà nell'eseguire le manovre di entrata e di uscita, non si ritiene l'esistenza di un danno ingiusto, per il periodo, appunto, di occupazione antecedente i lavori che sia meritevole di tutela. A ciò occorre aggiungere che la mancanza dell'autorizzazione all'impresa, da parte dell'amministratore, a lasciare i materiali sul fondo, determina l'estranietà del condominio all'occupazione stessa sempre per il periodo antecedente l'inizio dei lavori.

Nel secondo caso inerente il periodo di occupazione relativa all'esecuzione degli interventi condominiali, si tratta di occupazione legittima ex art. 843 c.c.

La giurisprudenza recente ritiene al riguardo sussistere il danno in re ipsa in quanto derivante dall'occupazione con diritto all'indennità indipendente dalla prova di aver subito un danno.

Il criterio di valutazione del danno è fornito dal Comune di Genova che ritiene corretto utilizzare il coefficiente stabilito per l'occupazione di suolo pubblico moltiplicato per i mq occupati e per i giorni dell'occupazione.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 26 agosto 2011, n. 3371 - Giudice Unico Acampora - L. (Avv. Greco) c. Co.ri.ma Design s.r.l. (Avv. Virga) e c. Condominio Vico alla Chiesa di Rivarolo (Avv. Maloberti).

COMUNIONE e condominio - risarcimento del danno - infiltrazioni in appartamento - criteri di imputazione della responsabilità.

(Art. 2043 c.c.)

APPALTO (contratto di) - responsabilità dell'impresa appaltatrice - dovere di vigilanza e controllo - sussiste.

Nel comportamento dell'impresa, addetta a lavori di manutenzione straordinaria delle facciate e di porzioni di lastrico solare commissionati dal Condominio, che non ha adottato le dovute cautele per evitare che, con le piogge, pur se copiose, come nel caso in oggetto, si verificassero infiltrazioni agli immobili sottostanti, deve riconoscersi una negligenza non scusabile della quale l'impresa è tenuta a rispondere. Il singolo condomino può agire direttamente nei confronti dell'impresa ai sensi dell'art. 2043 c.c. per vedersi riconosciuto il diritto al risarcimento del danno conseguenza immediata e diretta dei lavori eseguiti dall'impresa, diritto questo che non è soggetto alle decadenze e prescrizioni relative alla disciplina dell'appalto.

Quanto alla domanda volta ad ottenere il riconoscimento giudiziale di responsabilità del Condominio quale custode della cosa comune e del cantiere, si osserva che in tema di appalto, il potere di vigilanza e controllo sul bene per tutto il periodo dell'esecuzione dei lavori si trasferisce dal Condominio all'appaltatore il quale è tenuto a custodire il bene con la diligenza qualificata prevista dalla legge. Per tale ragione non potrà trovare accoglimento la domanda di manleva azionata dall'impresa appaltatrice, non essendo emersa in causa alcuna responsabilità del Condominio in relazione ai danni verificatisi all'interno degli immobili degli attori.

DI.NO.

Tribunale di Genova sez. III civ., 19 settembre 2011, n. 3403 – Giudice Unico Sambuceti – T.A. e C.G.B. (Avv. Godino) c C.R. (Avv. Rognoni).

COMUNIONE e condominio - riscaldamento centralizzato suddivisione delle spese - criteri.

(Artt. 1218 e 1117 c.c.)

L'obbligo del condominio di contribuire alle spese necessarie alla conservazione ed al godimento del servizio centralizzato di riscaldamento





Massime

Sezione di diritto **civile**

(come di ogni parte comune) non viene meno per la semplice circostanza che l'impianto non eroghi sufficiente calore né, quest'ultima circostanza, può giustificare un esonero dal contributo. Tuttavia, in caso di insufficiente erogazione di giusta quantità di calore, il condominio può far valere la lesione al suo diritto ad una adeguata erogazione di calore, previo accertamento giudiziale del danno subito e della sua liquidazione, riferibile, da un lato ai contributi pagati – a questo scopo al condominio e, da un altro, alle spese affrontate per supplire – con mezzi propri – alla carente erogazione del servizio centralizzato.

(Conf. Cass. n. 12596/2002).

EU.MI.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 28 settembre 2011, n. 3483 – Giudice Unico Ziccardi – Fallimento 2 C (Avv. Toso) c. Condominio Via Rossetti (Avv. Martini) e c. Duomo Ass.ni (Avv. Maffi).

COMUNIONE e condominio - infiltrazioni d'acqua - natura del danno - caso fortuito - sussiste.

COMUNIONE e condominio - infiltrazioni d'acqua - fatto dannoso imputabile a più persone - litisconsorzio facoltativo.

La responsabilità per danni da cose in custodia ex art. 2051 c.c. ha carattere oggettivo, e perché possa configurarsi in concreto è sufficiente che sussista il nesso di causalità tra la cosa in custodia ed 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 non presuppone uno specifico obbligo di custodire analogo a quello previsto per il depositario. Funzione della norma è quella di imputare la responsabilità a chi si trova nelle condizioni di controllare i rischi inerenti alla cosa, dovendo pertanto considerarsi custode chi di fatto ne controlla le modalità d'uso e di conservazione, e non necessariamente il proprietario o chi si trova con essa in relazione diretta. Ne consegue che tale tipo di responsabilità è esclusa solamente dal caso fortuito, inteso nel senso più ampio riconducibile al fatto del terzo o dello stesso danneggiato. L'obbligazione risarcitoria derivante da un fatto dannoso imputabile a più persone (nella specie: rottura di una tubazione asseritamente in comproprietà, n.d.r.) è solidale e non cumulativa e non dà luogo a litisconsorzio necessario, bensì facoltativo, per cui i rapporti processuali che si instaurano conservano la loro autonomia.

(Conforme Cass., 3533/2008).

In tema di concorso del fatto colposo del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso, a norma dell'art. 1227 c.c. (applicabile per l'espresso richiamo ex Art. 2056 Cod. Civ. anche alla responsabilità extracontrattuale) la prova che il creditore danneggiato avrebbe potuto evitare i danni del cui risarcimento si tratta usando l'ordinaria diligenza deve essere fornita dal debitore danneggiante, che pretende di non risarcire o di risarcire solo in parte.

(Conforme Cass., 4954/2007 e 4962/2007).

Peraversi un comportamento del danneggiato che ai sensi dell'art. 1227 c.c. sia idoneo ad eliminare o anche soltanto a ridurre il risarcimento del danno, è necessario l'accertamento a carico di lui di una condotta colposa e di un nesso di causalità tra tale condotta ed il prodursi in tutto o in parte del danno.

(Conforme Cass., SS.UU., 1039/1964).

A seguito della pronuncia n. 477/2000 della Corte Costituzionale, la notificazione a mezzo posta deve ritenersi tempestiva per il notificante al solo compimento delle formalità a lui direttamente i

poste dalla Legge, ossia con la consegna dell'atto all'Ufficiale Giudiziario, mentre per il destinatario resta fermo il principio del perfezionamento della notificazione soltanto alla data di ricezione dell'atto attestata dall'avviso di ricevimento del plico postale che lo contiene.

La distinzione dei momenti di perfezionamento della notifica per il notificante e il destinatario dell'atto risultante dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale trova applicazione solo quando dall'intempestivo esito del procedimento notificatorio, per la parte di questo sottratta alla disponibilità del notificante, potrebbero derivare conseguenze negative per il notificante quale la decadenza conseguente il tradivo adempimento dell'attività riferibile all'Ufficiale Giudiziario, e non anche quando la norma preveda che un termine della decadenza o un altro adempimento debba essere compiuto dal tempo dell'avvenuta notificazione.

(Conforme Cass., 10837/2007 e 11783/2007).

Il termine per la costituzione in giudizio previsto dall'art. 269 c.p.c. è solo ordinatorio e, di conseguenza, la sua inosservanza non determina l'improcedibilità della relativa domanda.

(Conforme Cass., 7341/1983 e 3441/1980).

G.M.T.

I

Tribunale di Genova, sez. VI civ., ord. 14 dicembre 2009, Giudice Costanzo – VSI S.p.A. – SDA2000 S.r.l. (Avv.ti Curri e Centore) c. Cooperativa (Avv. Rosso) e c. altri.

II

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 3 aprile 2010, Giudice Costanzo – VSI S.p.A. – SDA2000 S.r.l. (Avv.ti Curri e Centore) c. Cooperativa (Avv. Rosso) e c. altri.

CONCORRENZA – concorrenza sleale – procedimento cautelare – informazioni riservate – know how commerciale – storno di dipendenti – svilimento di clientela – fattispecie.

(Art. 2598 c.c.; artt. 98 e 99 codice della proprietà industriale)

L'acquisizione di clienti di impresa concorrente facendo uso di informazioni commerciali da ritenersi riservate attraverso lo storno di addetti (che dispongano di informazioni sulla vecchia clientela aventi rilevanza economica e riservata) costituisce fattispecie di violazione della leale concorrenza tra imprese perché la conoscenza di consumi effettuati dai – e di prezzi praticati ai – clienti dell'imprenditore concorrente consente ad un "nuovo" imprenditore di entrare più facilmente nel mercato (nella specie il tribunale ha inhibito con provvedimento d'urgenza ai residenti lo svilimento della clientela dell'impresa ricorrente).

La domanda di repressione di condotte di violazione del know-how commerciale (con riferimento a dati indicati come segreti relativi anche alle condizioni praticate ai clienti) configura una fattispecie che rientra nella competenza per materia della Sezione Specializzata per la proprietà industriale ed intellettuale.

I dati relativi ai clienti – anche relativi ai consumi medi ed alle condizioni contrattuali ad essi praticate – costituiscono informazione riservata (c.d. know how commerciale) quando non sono accessibili facilmente al personale della impresa titolare di tali informazioni e quando tali informazioni siano sottoposte a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete. Laddove non vi sia la prova dell'adozione di tali misure (nemmeno quelle più semplici



da porre in essere come circolari o specifici ordini di servizio) e, semmai, è risultata un'assai notevole facilità di accesso ai dati assolutamente riservati, si deve escludere che ricorrono le condizioni di cui all'art. 98, lett. c) del CPI e sotto questo profilo il ricorso è infondato per mancanza di informazioni tutelabili ai sensi di tali norme (ferma restando ai sensi dell'art. 99 CPI, l'eventuale applicabilità della disciplina della concorrenza sleale).

(Cfr. Cass. civ., 20 marzo 1991, n. 3011)

GU.R.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 10 luglio 2010, n. 2908 – Giudice Unico Zuccolini – B. A. (Avv.ti Buffa) c. A. C. (Avv.ti Puzzanghera e Castellano).

CONCORRENZA – patto di non concorrenza – violazione – cessione di attività commerciale - responsabilità del cedente – sussistenza – azione inibitoria - carenza di interesse alla pronuncia.

CONCORRENZA – patto di non concorrenza – violazione – cessione di attività commerciale – risarcimento del danno – onere della prova.

La domanda volta all'ottenimento di un ordine di cessazione degli atti di concorrenza posti in essere dal cedente un'attività commerciale in violazione degli obblighi contrattualmente assunti non merita accoglimento qualora, seppur accertata la violazione del patto di non concorrenza da parte del cedente, il cessionario abbia cessato l'attività commerciale e sia, nel frattempo, decorso il periodo previsto contrattualmente per la durata dell'obbligo (assunto dal cedente medesimo) di non concorrenza; sussiste, pertanto, una carenza di interesse dell'attore all'ottenimento dell'inibitoria.

La richiesta, da parte del cessionario di un'attività commerciale, di un risarcimento per i danni patiti in conseguenza della violazione del patto di non concorrenza da parte del cedente non è meritevole di accoglimento, allorché non venga dimostrato che la riduzione dei ricavi dell'attività commerciale sia conseguenza diretta imputabile al comportamento scorretto del cedente.

F. BGN.

Giudice di Pace di Recco, 3 luglio 2010, n. 221 – Giudice Longo Alaimo – T. S. (Avv. Vignolo) c. O. S.p.A. (Avv. Limatola).

CONSUMATORI e utenti – compagnia telefonica – danno patrimoniale – danno esistenziale – risarcibilità – criteri di quantificazione.

Il comportamento commerciale tenuto dalla compagnia telefonica, volto ad acquisire clienti con ogni artificio per poi "abbandonarli" senza eseguire la prestazione loro promessa, legittima la condanna della convenuta al risarcimento del danno cagionato dall'utente. (Nel caso di specie il comportamento censurabile della società convenuta è consistito nella cattiva gestione del rapporto con il cliente, affidato ad anonimi call center e società di recupero del credito, senza alcuna possibilità per l'utente di relazionarsi concretamente con persone e strutture che potessero garantire una maggiore affidabilità ed una più rapida risoluzione dei problemi).

In mancanza di prova concreta, il danno patrimoniale e non patrimoniale subito dall'utente a causa del comportamento commerciale scorretto della compagnia telefonica è certo e va risarcito in via equitativa.

F.BGN.

Giudice di Pace di Genova, 5 febbraio 2011, n. 1222 – Giudice Pierantozzi – A. R. (Avv. Vignolo) c. W. S.p.A. (Avv. Esposito) e c. O. S.p.A. (Avv. Limatola).

CONSUMATORI e utenti – compagnia telefonica – danno patrimoniale – danno esistenziale – risarcibilità.

La domanda risarcitoria per i danni esistenziali, oltre che patrimoniali, esperita dall'utente nei confronti della compagnia telefonica per inadempimento contrattuale e/o extracontrattuale e/o precontrattuale è fondata quando la convenuta abbia violato i più elementari principi di buona amministrazione, correttezza e buona fede. (Nel caso di specie il risarcimento è stato quantificato monetizzando i disagi consistiti nelle lunghe telefonate ed attese in linea con il call center, nelle telefonate moleste ricevute a scopo promozionale e nella continua e spesso infruttuosa ricerca di un interlocutore fisico che potesse risolvere le problematiche tecniche sopravvenute per esclusiva responsabilità della compagnia telefonica medesima; sono stati, inoltre, riconosciuti gli esborsi sostenuti per le ricariche dei cellulari in uso ai componenti della famiglia, le lettere, i fax e le telefonate al call center, gli incontri presso l'Associazione dei consumatori, il deposito del ricorso al Corecom e le spese legali).

(Conf.: Trib. Ge, sez. VI Civ., n. 2429/06)

F.BGN.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 29 agosto 2011, n. 3328 – Giudice Unico Calcagno – Saporì Campania S.r.l. (Avv.ti Pellegrino e D'Amato) c. New Gel S.r.l. (Avv. Dimitri).

CONTRATTO in genere - risoluzione - responsabilità del vettore - importanza dell'inadempimento - esclusione nel caso di specie.

(Art. 1455 c.c.)

Deve escludersi che la parziale non conformità della merce consegnata possa assumere il carattere richiesto dall'art. 1455 c.c. al fine di fondare la richiesta di risoluzione del rapporto contrattuale quando, avuto riguardo al complesso dei trasporti eseguiti, le mancanze contestate attengano ad un numero limitato di beni e tali da non incidere sul valore complessivo dell'obbligazione assunta dal vettore. (Nella specie, il Giudice ha rigettato la domanda degli attori in opposizione a decreto ingiuntivo, fondato su una serie di fatture per prestazioni di trasporto non saldate, volta alla revocazione del provvedimento monitorio previo accertamento dell'inadempimento del vettore, nei confronti del quale venivano contestati alcuni ordinativi non conformi o danneggiati, alla luce del fatto, accertato in corso di causa, che la merce contestata costituisse una limitata minoranza rispetto al complessivo ammontare dei carichi consegnati).

W.L.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 2 settembre 2011 - Giudice Unico Bisio – Istituto D. C. Onlus (Avv. Ceino) c. Mediterranea delle Acque S.p.A. (Avv. Traverso).

CONTRATTO in genere - contratto di somministrazione (utenza) - correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto - consumo anomalo per perdita occulta - dovere di informazione tempestiva - sussiste.

(Art. 1375 c.c.)

Considerato che la perdita nel caso di specie non era rinvenibile dall'utente, deve ritenersi sussistente un obbligo in capo al gestore di comunicare il più tempestivamente possibile l'esistenza di un'a-



Massime

Sezione di diritto civile

nomalia nei consumi d'acqua, onde consentire al primo di attivarsi per verificare l'esistenza della perdita.

Una volta posto in essere detto comportamento e, quindi, una volta segnalata l'anomalia ed inviate le relative periodiche fatture bolletta, non sembra però che il gestore debba continuare a subire il danno rappresentato dal perdurare del consumo d'acqua dovuto alla perdita, in quanto l'utente è stato posto in grado di attivarsi per eliminare il guasto e, quindi, il consumo anomalo.

(Con la suddetta sentenza il Giudice ha accertato che l'utente non fosse tenuto a pagare al gestore i consumi di acqua verificatisi prima della comunicazione dell'anomalia da parte del gestore medesimo con apposita lettera - conformemente all'art. 32 del Regolamento A.T.O. -, ma fosse invece tenuto a pagare integralmente i consumi successivi a tale comunicazione, anche alla luce del fatto che il guasto non poteva essere riparato direttamente dal gestore in quanto afferente un tratto di tubazione privato).

AL.AB.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 23 settembre 2011 - Giudice Unico Gibelli - D'A. (Avv.ti Bendin e Carboneri) c. D.P. (Avv. Burastero).

DANNI in materia civile - danno non patrimoniale - danno biologico - danno evento e danno conseguenza - incidenza in concreto dell'inabilità su comprovate "attività non comuni" della vittima - criteri di liquidazione.

(Arts. 2043 e 2048 c.c.; art. 138 Cod. Ass.)

Dalla lesione alla salute discende un unico danno-evento di natura non patrimoniale (danno biologico) risarcibile unitariamente. Tuttavia, dal suddetto danno-evento possono derivare pregiudizi ulteriori che per essere considerati ai fini risarcitorii, debbono essere specificamente provati e legati alla lesione da vincolo causale, ex art. 1223 c.c. (danno conseguenza), e ciò in ossequio ai principi di completezza del risarcimento e di non duplicazione delle poste risarcitorie (Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, richiamata nel provvedimento qui massimato).

In tale prospettiva, il risarcimento parametrato sulle "inabilità fisiche conseguenza", prendendo in considerazione un valore meramente convenzionale di tali inabilità, non può ritenersi completo, atteso che esso non considera né la particolare incidenza delle inabilità sulle specifiche condizioni di vita e "impiego del corpo" del soggetto (condizioni non comuni e quindi non tabellabili), né le sofferenze morali, come tali necessariamente individuali, né infine lo specifico pregiudizio rappresentato dalla necessità di operazioni chirurgiche o periodi di immobilizzazione. La definizione di danno biologico sotteso alle tabelle ministeriali risulta comprensiva del solo danno "ordinario" alla vita di relazione, mentre per il danno "straordinario" lo stesso codice consente un incremento discrezionale rispetto al valore tabellare della liquidazione, tale da tener conto della concreta incidenza dell'inabilità su comprovate "attività non comuni" della vittima (Art. 138, comma 3, Cod. Ass.).

(Nel caso di specie il Giudice ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale inteso nella sua forma omnicomprensiva, includendovi la liquidazione del danno morale transeunte, conseguente alla perdita della possibilità di partecipare ad una manifestazione nazionale dello sport preferito, in quanto potenzialmente foriera di interessanti traguardi sportivi per il danneggiato).

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 31 agosto 2011, n. 3349
– Giudice Unico Basoli – B. (Avv.ti Operamolla e A. Barca)
c. A. (Avv. Bruzzone).

DIVISIONE - beni immobili - clausola di stile - canoni ermeneutici - irrilevanza nel caso di specie.

La clausola contenuta in un contratto di divisione di immobili tra coproprietari, inserita dopo l'attribuzione individuale dei beni e la menzione dei relativi conguagli in denaro, per cui "...le parti dichiarano e riconoscono di essere giustamente ed equamente divise (...) e dichiarano di nulla avere più a pretendere per nessun titolo o ragione le une dalle altre per cause dipendenti dallo stato di comunione oggi sciolto", non può ritenersi clausola di stile, posta a mero completamento formale dell'atto, così da fare intendere che le parti abbiano omesso qualsiasi determinazione circa altri aspetti dei loro rapporti (nella specie: il rendimento di conto).

La Corte di Cassazione (Sent. n. 1950 del 27/1/2009) ha recentemente individuato i criteri da applicare al fine della valutazione di una clausola come piena manifestazione della volontà delle parti o come di mero stile.

Sintetizzando il contenuto di due lontani precedenti (Cass., n. 5203 del 28/7/1983 e Cass., n. 3398 del 5/6/1984), il Supremo Collegio ha rilevato come "in tema di contratti, il Giudice di merito, anche a fronte di una clausola estremamente generica ed indeterminata, deve presumere che sia stata oggetto della volontà negoziale, sicché deve interpretarla in relazione al contesto (Art. 1363 Cod. Civ.) per consentire alla stessa di avere qualche effetto (Art. 1367 Cod. Civ.) e, solo se la vaghezza e la genericità siano tali da rendere impossibile attribuire ad essa un qualsivoglia rilievo nell'ambito dell'indagine (...) volta ad accettare la sussistenza ed il contenuto dei requisiti del contratto, ovvero siano tali da far ritenere che la pattuizione in esame non sia mai concretamente entrata nella sfera della effettiva consapevolezza e volontà dei contraenti, può negare ad essa efficacia qualificandola dome clausola "di stile". La clausola in esame risulta rispondere ad una comune determinazione degli interessi delle parti, e sul piano formale adeguata al contesto complessivo dell'atto. Alla stessa va, dunque, attribuito pieno valore negoziale .

G.M.T.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 14 ottobre 2009, n. 1272 – Pres. Bonavia – Rel. Gандolfo – A. s.p.a. (Avv. Cardillo) c. C. D. s.p.a. (Avv.ti Quaglia e Brida) e c. Comune di C. (Avv. Rusca).

GIURISDIZIONE civile - sussistenza - risarcimento del danno - giurisdizione amministrativa - requisiti.

Sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (e non del giudice ordinario) nel caso in cui coesistano due requisiti: quello oggettivo (costituito dal nesso tra atti e provvedimenti delle pubbliche amministrazioni e dei soggetti ad esse equiparate, nonché dall'uso del territorio) e quello soggettivo (per cui la controversia deve essere instaurata nei confronti delle predette amministrazioni o dei predetti soggetti).

Ad ogni modo, indipendentemente dal requisito soggettivo, la proposizione di una domanda di risarcimento in forma specifica comporta necessariamente, in un gran numero di casi, la cognizione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo in base al quale i soggetti di cui sopra hanno agito, con conseguente elisione degli effetti dell'atto amministrativo in caso di accoglimento della domanda medesima.

F.BGN.



Tribunale Genova, 26 settembre 2011, n. 3475 – Pres. Haupt – Est. Boccaccio – F.E. e T.M. (Avv. Boero) c. T. L.

INTERDIZIONE e inabilitazione – morte – cessazione materia del contendere.

(Art. 416 c.c. e art. 712 c.p.c.)

Qualora nel corso del processo di interdizione (nella specie nelle more della decorrenza dei termini per il deposito degli scritti difensivi conclusivi), sopravvenga il decesso dell'interdicendo, deve essere dichiarata la cessazione della materia del contendere. La morte di quest'ultimo, infatti, fa venir meno le finalità del processo, volto alla tutela di una situazione soggettiva personalissima, che postula l'esistenza in vita del soggetto, cui inerisce

(Conf. Cass. Sez. II n. 3570/2006).

EU.MI.

Tribunale di Massa, ord. 11 ottobre 2011, n. 925.

IPOTECA - iscrizione su immobile sul quale è stato anteriormente trascritto vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. - ammissibilità - titolo esecutivo - esclusione.

(Art. 2645 ter c.c.)

L'art. 2645 ter c.c. consente di trascrivere gli atti in forma pubblica con cui i beni immobili sono destinati, per la durata della vita del beneficiario, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione.

L'art. 2645 ter c.c. stabilisce altresì che i beni oggetto del vincolo di destinazione e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione, e possono costituire oggetto di esecuzione solo per debiti contratti per tale scopo.

Qualora su un immobile sia stato costituito con atto pubblico un vincolo di destinazione, e tale vincolo di destinazione sia stato trascritto nei pubblici registri immobiliari, è tuttavia possibile iscrivere sull'immobile ipoteca giudiziale, in data posteriore alla trascrizione del vincolo di destinazione.

E' ammissibile l'iscrizione di ipoteca giudiziale su un immobile oggetto di vincolo di destinazione, anche se il credito a garanzia del quale è iscritta l'ipoteca giudiziale non è stato contratto per la realizzazione del fine di destinazione. Né può essere utilmente invocato l'orientamento della Suprema Corte (Cass. Civ. 13622/2010) per sostenere l'equiparabilità dell'iscrizione ipotecaria agli atti esecutivi, perché la richiamata decisione si riferisce all'ipotesi del fondo patrimoniale, istituto diversamente disciplinato, per il quale il divieto di iscrizione ipotecaria è stato normativamente previsto (cfr. art. 169 c.c.), divieto che, al contrario, non è previsto dall'art. 2645 ter c.c.

A.F.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 21 ottobre 2011, n. 3820 – Giudice Unico Bolelli – B. (Avv. Ceino) c. B. (Avv. Maltagliati).

LOCAZIONE – determinazione del canone - contrarietà delle pattuizioni alla disciplina sull'equo canone in caso di locazione a fini abitativi - ripetizione di pagamento indebito - calcolo degli interessi dovuti.

(Art. 79 L 392/1978; 2033 c.c.)

La domanda volta alla determinazione del canone effettivamente dovuto nel corso di un rapporto di locazione a fini abitativi deve, neces-

sariamente, essere assoggettata alla disciplina di cui alla Legge 392/1978. Da ciò consegue che, a seguito dell'accortato versamento di somme in eccesso rispetto all'equo canone, il conduttore ha diritto alla pronta restituzione delle stesse. Trattandosi di ripetizione di indebito, percepito dal locatore in mala fede, sulla somma capitale saranno dovuti gli interessi legali dai singoli pagamenti al saldo effettivo.

W.L.

Tribunale di Albenga, 22 settembre 2010 – Giudice Unico Princiotta – L. Blumen (Avv.ti Bricchi e Lamperti) c. Tariplant (Avv.ti Marchiallo e Minuto).

PROCEDIMENTO civile - obbligatorietà della lingua italiana - ambito di applicazione.

(Artt. 122 e 123 c.p.c.)

Il principio della obbligatorietà della lingua italiana previsto dall'art. 122 c.p.c., si riferisce agli atti processuali in senso proprio e non anche ai documenti esibiti dalle parti. Ove tali documenti risultino redatti in lingua straniera il Giudice ha la facoltà di procedere alla nomina di un traduttore, della quale può farsi a meno allorché le medesime parti siano concordi sul significato delle espressioni contenute nel documento ovvero tale documento sia accompagnato da una traduzione che, ritenuta idonea dal Giudice, non sia stata oggetto di specifiche contestazioni dalla parte avversa.

(Conforme: Cass., 28 dicembre 2006, n. 27593)

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., parziale 10 marzo 2011 - Giudice Unico Braccialini - Alpha Trading Monaco S.a.m. (Avv. Cigolini) c. Marittima Fluviale di navigazione S.p.A. (Avv. Dardani) e c. altri (Avv. Bregante).

PROCEDIMENTO civile - costituzione del convenuto - eccezioni - sopravvenuto fallimento dell'originario convenuto - riassunzione - contumacia della Curatela e del convenuto - Intervento di terzo - adesione alle eccezioni e difese svolte dal convenuto in bonis - ammissibilità - sussistenza.

PROCEDIMENTO civile - costituzione del convenuto - sopravvenuto fallimento del convenuto - riassunzione - contumacia della Curatela e del convenuto - Intervento di terzo - litispendenza internazionale - eccezione del terzo interveniente - ammissibilità - sussistenza.

PROCEDIMENTO civile - costituzione del convenuto - sopravvenuto fallimento del convenuto - effetti rispetto all'accertamento del credito - efficacia relativa alla procedura - riassunzione in sede ordinaria - interesse alla sentenza di condanna erga omnes - legittimazione passiva del convenuto in proprio - sussistenza - interesse ad agire verso il convenuto in proprio - sussistenza.

SEQUESTRO - sequestro conservativo, giudiziale e convenzionale - sequestro marittimo - terzo - garanzie - procedimento civile verso il debitore - sopravvenuto fallimento del debitore - efficacia relativa dell'accertamento del credito entro la procedura fallimentare - riassunzione in sede ordinaria - interesse all'azione di condanna - interesse all'esecuzione della sentenza di condanna nei confronti di terzi - escusione delle garanzie - ammissibilità - sussistenza.



Massime

Sezione di diritto **civile**

*E' ammissibile l'intervento di terzo c.d. principale nel giudizio riassunto dall'attore originario nei confronti della curatela fallimentare e del fallito, rimasti contumaci, potendo l'interveniente far proprie le difese ed eccezioni svolte dal convenuto (ancora in bonis) nell'originario giudizio, non dipendendo la posizione processuale del terzo dalla scelta, del tutto legittima, del debitore dichiarato fallito e della Cura-
tela fallimentare, di non costituirsi nel giudizio riassunto.*

Non ha fondamento giuridico la contestazione dell'attore in riassunzione di tardività dell'eccezione di litispendenza internazionale sollevata dall'interveniente nel giudizio riassunto posto che il suo rilievo è rimesso d'ufficio e non su eccezione di parte entro un termine preclusivo e che il dato normativo di cui all'art. 7 della L.218/1995 non ha valenza tecnica di c.d. eccezione in senso proprio e stretto, bensì di mera segnalazione processuale.

Sussiste l'interesse del creditore ad agire in riassunzione nei confronti del debitore dichiarato fallito, al fine di ottenere sentenza di condanna necessaria alla successiva azione esecutiva anche verso terzi, posto che la sola domanda di ammissione del credito al passivo fallimentare, qualora accolta, stante la vis atractiva del credito alla cognizione entro il fallimento e il principio della par condiciorum, renderebbe la statuizione corrispondente, rilevante unicamente all'interno della stessa procedura concorsuale, con conseguente inefficacia della decisione nei confronti dei terzi.

Il rinvio residuale sancito dall'art. 2910 c.c. ai "beni vincolati a garanzia del credito", estensibile ai casi in cui "il vincolo" discende da fonti altre quali la Convenzione di Bruxelles del 10 Maggio 1952 sull'arresto di nave, unitamente ad una lettura sistematica della stessa fonte di diritto uniforme, consentono di ritenere ammissibile il sequestro della nave per un credito marittimo "in odio" alla proprietà, per un debito del noleggiatore o del soggetto che comunque abbia l'utilizzo commerciale della stessa, anche quando non vi sia più l'attualità del collegamento tra insorgenza del credito marittimo e "gestione" della nave in capo all'utilizzatore - debitore con la conseguenza che al fine di procedere esecutivamente nei confronti del terzo (ad esempio il proprietario) escutendo la garanzia da questi data, il creditore, necessitante di un titolo esecutivo, vanta un interesse immediato e diretto ad agire in riassunzione nei confronti del debitore in proprio, al fine di ottenere, nel giudizio di merito, la sentenza di condanna del debitore stesso, evitando con ciò, l'effetto attrattivo del giudizio fallimentare sopravvenuto nei di lui confronti e la conseguente efficacia relativa e interna all'accertamento del credito entro il procedimento fallimentare.

ALB.SPIN.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 20 settembre 2011 n. 3406 – Giudice Unico Vaglio Bernè – A. P. (Avv. Maggi) c. M.G. e G (Avv.ti Galliano e Azzi da Montichiari).

PROCEDIMENTO civile - procedimento d'urgenza - inapplicabilità dei termini a comparire ex art. 163 bis c.p.c.

(Artt. 163 bis e 700 c.p.c.)

Nell'ambito del procedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. non trova applicazione la norma di cui all'art. 163 bis, relativa ai termini minimi a comparire, dettata esclusivamente per il procedimento di cognizione ordinaria.

La legitimatio ad causam, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la deduzione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza in ogni stato e grado del procedimento (Conf.

Cass. Civile n. 355/2008) (Nel caso di specie è stato accertato il difetto di legittimazione passiva del primo dei due convenuti atteso che sulla base della domanda attorea, volta a far accettare la responsabilità ex art. 2051 c.c. per danno cagionato da cosa in custodia, unico proprietario della cosa medesima ed esclusivo responsabile dei fatti lamentati era il secondo convenuto).

EU.MI.

Tribunale di Genova, 21 ottobre 2011 - Giudice Unico Davini – C.P. (Avv. Glendi) c. Equitalia Nord S.p.A. (Avv. Calisi).

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

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

Nel caso di cessazione della materia del contendere va individuato il soggetto tenuto al pagamento delle spese processuali in base al principio della "soccombenza virtuale". Nel caso di specie va dichiarata la cessazione della materia del contendere in quanto la Equitalia ha abbandonato l'esecuzione forzata immobiliare in relazione alla quale è stata presentata opposizione a seguito della presentazione di istanza di pagamento rateale della cartella da parte della opponente. Tuttavia non essendovi agli atti piena sicurezza sul rispetto da parte della Equitalia delle esatte formalità di notificazione previste dall'art. 60 del D.p.r. 600/1973 (ossia le modalità previste dall'art. 140 c.p.c.) ciò giustifica, in sede di soccombenza virtuale, la compensazione delle spese.

F.PI.

Tribunale di Genova, sez. fall., 24 ottobre 2011 – Giudice Unico Tuttobene – D. (Avv. Lima) c. C. (Avv. Ghigliotti).

PROCEDIMENTO civile – atto di preцetto - onorari e diritti per la voce "consultazioni con il cliente" - richiedibilità.

(Art. 74 d.m. 8 aprile 2004, n. 127)

Tutte le spese sostenute dal creditore per il soddisfacimento del suo diritto, devono essere rimborsate, ove riconducibili alle tariffe legali.

Per il procedimento esecutivo, a seguito della modifica della Tariffa forense intervenuta col d.m. 8 aprile 2004, n. 127, devono ritenersi spese inerenti all'attività di recupero credito anche gli onorari e i diritti esposti nel preцetto per l'attività di consultazione con il cliente: invero al punto 74 della tariffa professionale si sancisce che per tutte quelle prestazioni non previste specificamente nel processo di esecuzione, si devono applicare le corrispondenti voci del processo di cognizione.

MA.GRI.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 13 maggio 2011 - Pres. Torti – Rel. Gandolfo – B.A. (Avv. Cerasoli) c.V.M. (Avv. Durelli).

RESPONSABILITÀ civile – sinistro stradale – danno cagionato da minore – responsabilità parziale - sussiste.

(Artt. 1227 e 2047 c.c.)

E' parzialmente responsabile della propria condotta, il conducente di un motoveicolo che, seppur procedendo a velocità ridotta, in



prossimità di un attraversamento pedonale non riesce ad evitare un pallone sfuggito ad un minore, che determina la perdita di controllo del motoveicolo e la conseguente caduta rovinosa a terra. Sussiste quindi, sia la condotta colposa da parte del genitore del minore per omessa sorveglianza dello stesso a seguito della quale deriva l'evento lesivo, sia il concorso colposo da parte del motociclista, ex art. 1227 c.c., per non essersi arrestato in presenza di pedoni fermi in una strada a doppio senso di marcia.

La norma del codice della strada violata, prevede l'obbligo per il conducente del mezzo di dare la precedenza ai pedoni, di rallentare fino a fermarsi, verso quelli che si accingono all'attraversamento pedonale.

Irrilevante è poi la velocità tenuta dal conducente, in quanto egli avrebbe dovuto rallentare. A fortiori se già procedeva a velocità ridotta, avrebbe potuto evitare l'ostacolo o attenuare le conseguenze lesive nell'impatto con il manto stradale, considerando inoltre che il pallone non era stato lanciato ma sfuggiva di mano al minore. Ciò induce a ritenere una maggiore possibilità di recepire l'ostacolo e di adeguare a questo la propria condotta di guida da parte del conducente del motoveicolo.

MA.GRI.

Tribunale di Genova, 30 agosto 2011 - Giudice Unico D'Arrigo - A.L. (Avv.ti Buffa) c. A.S. (Avv. Ferraro).

RESPONSABILITÀ civile - danno biologico "personalizzato"- calcolo - prova - insussistenza nel caso di specie.

(Art. 2043 c.c., artt. 138 e 139 Codice delle Assicurazioni)

La nuova voce danno biologico "personalizzato" (in precedenza denominata danno esistenziale e calcolata, quando ritenuta sussistente, in una percentuale dell'invalidità permanente accertata in sede medico-legale) fa riferimento agli aspetti dinamico relazionali specifici della compromissione della salute della singola vittima. Tale voce di danno, variabile concretamente da caso a caso, consiste nell'insieme delle conseguenze negative prodotte dalla lesione nella vita quotidiana e sulle varie attività ardituali del soggetto, e deve essere calcolato in termini percentuali rispetto alla somma riconosciuta come invalidità permanente secondo le indicazioni fornite dagli artt. 138 e 139 del codice delle assicurazioni del 2005.

Al soggetto danneggiato non spetta alcun risarcimento a titolo di danno biologico "personalizzato" qualora gli esiti dell'evento dannoso di carattere permanente siano di esigua entità, e comunque in assenza di allegazioni e prove sul punto.

(Con la suddetta sentenza il giudice, nel caso concreto, non ha riconosciuto al signor A.L. alcuna somma a titolo di risarcimento del danno biologico "personalizzato" in considerazione del fatto che gli esiti di carattere permanente erano di esigua entità (invalidità permanente pari all'1%) ed in considerazione dell'assenza di allegazioni e prove sul punto).

AL.AB.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 19 settembre 2011, n. 3402 - Giudice Unico Sambuceti - X (Avv.ti De Vita) c. Y (Avv. Nani).

RESPONSABILITÀ civile - occupazione illegittima del terreno - risarcimento del danno - legittimazione a ri-

chiedere condanna del pagamento o dell'indennizzo.

Legittimata a richiedere la condanna al pagamento del risarcimento del danno o dell'indennizzo per l'asserita illegittima occupazione del terreno è l'usufruttuaria, cui compete il diritto di godimento sia dell'appartamento che del terreno, e non il nudo proprietario.

L'attore, mero nudo proprietario, non può far valere in nome proprio il diritto spettante all'usufruttuaria e ciò a prescindere dall'adesione di quest'ultima. È irrilevante infatti l'intervento adesivo dell'usufruttuaria, in quanto, ai sensi dell'art. 81 c.p.c., la parte attrice può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui solo nei casi espressamente previsti dalla legge, tra cui non rientra l'ipotesi in cui il soggetto titolare del diritto aderisca alla domanda proposta da altri in sua sostituzione.

DI.NO.

Tribunale di Albenga, 26 settembre 2010 - Giudice Unico-Princiotta - L. (Avv. Bruno) c. O. S.a.s. (Avv.ti Novara e Tereniffa).

SERVITÙ - servitù prediali - strada - esistenza di una servitù pubblica di passaggio - inclusione della strada negli elenchi delle vie pubbliche - non necessaria.

(Artt. 822 e 1027 c.c.)

Ai fini della esistenza di una servitù pubblica di passaggio non è determinante l'inclusione della strada negli elenchi delle vie pubbliche essendo sufficienti, per farla rientrare nella categoria delle vie vicinali pubbliche, il passaggio di una collettività di persone appartenenti alla comunità territoriale, l'idoneità della strada a soddisfare esigenze d'interesse generale, l'uso da tempo immemorabile.

RO.NE.

Tribunale di Massa, ord. 18 maggio 2011.

SOCIETÀ - s.n.c. - recesso del socio - responsabilità solidale e illimitata per le obbligazioni assunte anteriormente al recesso - sussistenza.

(Art. 2290 c.c.)

In caso di recesso del socio da una società in nome collettivo, il socio mantiene la responsabilità solidale e illimitata con gli altri soci per le obbligazioni sociali contratte dalla società anteriormente al recesso, in forza del disposto dell'art. 2290 c.c., che è previsto in riferimento alla società semplice, ma è applicabile anche alla snc in forza del richiamo operato dall'art. 2293 c.c.

Ciò in adesione all'orientamento espresso dalla Suprema Corte, la quale ha precisato che, in tema di società di persone, il regime della responsabilità del socio, per ciò che attiene alle obbligazioni contratte dalla società, è, in via di principio, disciplinato dagli artt. 2269 e 2290 c.c., entrambi dettati in tema di società semplice, ma sicuramente applicabili anche alla società in nome collettivo in forza del rinvio operato dall'art. 2293 c.c.

In particolare, l'art. 2290 c.c. prevede che, nei casi in cui il rapporto sociale si scioglie limitatamente a un socio, questo o i suoi eredi sono responsabili verso i terzi per le obbligazioni sociali fino al giorno in cui si è verificato lo scioglimento. Tali disposizioni attengono al profilo esterno della responsabilità, e cioè alla responsabilità verso i creditori sociali (Cass. 12/01/2011 n. 525).

A.F.



**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*



Documenti

Il contenzioso o.s.a. sulla circolazione stradale in grado di appello

Roberto Braccialini

Magistrato, Tribunale di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Questioni processuali. - 3. Problemi tipici della Legge 689/1981. - 4. Questioni attinenti la circolazione stradale. - 5. La "semplificazione" del rito.

1. Premessa.

Questo scritto vuole dare brevemente conto di alcune decisioni e possibili linee di tendenza registratesi nelle riunioni mensili di cui all'art. 47 quater Ordinamento Giudiziario e desumibili da alcune decisioni depositate dalla prima sezione civile del Tribunale di Genova, incaricata di trattare il contenzioso sulle sanzioni amministrative (vulgo o.s.a.) di primo e secondo grado.

Al termine, vorrei proporre qualche rapida considerazione sulle conseguenze del decreto legislativo sulla semplificazione dei riti, di cui mi interessano soprattutto le ricadute organizzative.

Accennando brevemente alle caratteristiche generali del contenzioso o.s.a. in appello, se non si può parlare di numeri alluvionali come per il primo grado, certamente si tratta di una quantità di fascicoli di tutto rispetto che, nella fase decisionale, occupano dal 20 al 25% del tempo di lavoro dei magistrati togati: i soli che gestiscono la fase di gravame nella Sezione; con una "produttività" che è raddoppiata da un anno all'altro, passando da 46 sentenze del 2009, alle 79 del 2010, sino alle 137 depositate al 31.10.2011.

All'interno di questa tipologia di cause, mentre è impossibile parlare di assoluta standardizzazione del contenzioso, sono però riconoscibili precisi filoni litigiosi che, nell'organizzazione del lavoro di alcuni giudici, hanno dato luogo a precise "udienze dedicate".

Si tratta di processi a forte se non esclusiva base documentale, coerentemente con il valore probatorio dell'atto iniziale in sede amministrativa (il verbale di accertamento dell'art. 200.2 Cod. Strada). Negli atti introduttivi, a prescindere dalla formulazione dei motivi di impugnazione, si leggono spesso (come nel primo grado) moduli argomentativi di tipo "demolitorio" prossimi al ricorso giurisdizionale amministrativo. Non consta riedizione prove orali, vi è stata qualche verifica peritali (es. sull'apparecchio *Provida*). I tempi di definizione degli appelli variano dai 6 mesi ai 2 anni, quando sia svolta attività istruttoria. Le spese di lite – in genere di poco superiori al migliaio di euro – quasi sempre seguono la soccombenza, mentre piuttosto rare sono le compensazioni: un approccio diametralmente opposto al primo grado.

2. Questioni processuali.

Passando ad esaminare in primo luogo le questioni processuali, si deve tenere presente che la Prima Sezione civile è stata la "prima linea giudiziaria" nell'intero Distretto ligure dopo il d.lgs. 40 del 2006, quindi i primi interrogativi postisi

sono stati la forma dell'atto introduttivo e la disciplina processuale; mentre fa ormai parte dell'archeologia giuridica la questione di costituzionalità sottoposta dalla Sezione per eccezione di delega del d.lgs. 40, dichiarata infondata con sentenza della Corte Costituzionale n. 98 del 2.4.2008.

La Sezione ha ritenuto inizialmente equivalenti, ai fini della rituale instaurazione del gravame, l'atto di citazione od il ricorso – purchè tempestivi – rendendosi conto della difficoltà per gli interpreti ed utenti della giustizia di venire a capo di un vuoto normativo contenuto nella disciplina di riforma che, introducendo l'appellabilità delle sentenze in materia, non indicava il rito da applicare. In un secondo tempo, con specifico "editto" affisso nelle bacheche, si sono informati i difensori che il ricorso eventualmente presentato doveva però contenere tutti gli avvisi previsti a pena di nullità per l'atto di citazione.

Peralterno, per l'instaurazione del giudizio di gravame, la chiara preferenza andava per l'atto di citazione in quanto "forma tipica" dell'atto introduttivo d'appello. Sulla scia di tale considerazione preliminare si è anche ritenuto che, nel possibile concorso applicativo di tre diversi riti (l'appello ordinario; quello monocratico; il rito degli artt. 22 e ss. della L. 689/81), si dovessero utilizzare le regole processuali del giudizio di appello "ordinario", salvo la monocraticità dell'organo decidente. La competenza per territorio, prima di Cassaz. S.U. 23286/2010, determinava la confluenza su Genova ex art. 25 c.p.c. di tutti gli appelli contro le decisioni dei giudici di pace del Distretto. Le Sezioni unite hanno riconosciuto la competenza "funzionale" del giudice del luogo di commissione del fatto, con conseguente declinatoria di competenza per l'appello con ordinanza, e perciò con le forme previste dalla riforma processuale del 2009, senza applicazione di spese.

Da subito è stata esclusa la possibilità di difesa personale o di intervento di funzionari amministrativi per la gestione e la rappresentanza delle pubbliche amministrazioni in grado di appello. Dopo qualche incertezza iniziale, che non ha però mai comportato pronunce limitate a tale unico profilo, si è ritenuta la legittimazione delle Prefecture-U.T.G. per quanto riguarda gli atti sanzionatori emessi da organi periferici dell'amministrazione statale, anticipando così la novella introdotta sul punto dalla 120 del 2010.

Data la scheletricità della fase istruttoria, tutto il carico decisionale risulta spostato sulla fase terminale del processo e quindi *contano* le forme conclusive: si nota la predilezione della Sezione per il modulo decisionale dell'art. 352 c.p.c. in luogo del 281 *sexies*, cui comunque spesso si ricorre in alternativa alla tradizionale comparsa e memoria dell'art. 190 c.p.c.

Sono state rese interessanti decisioni inerenti il rito ed il procedimento di appello, quali quelle relative a:

- a) appellabilità dell'ordinanza di convalida e possibile rimessione al primo giudice: esaminata dalla decisione Pieffe Sas c. Comune di Genova del 28.4.2011 n. 1655;
- b) sospensione dell'esecutività dell'atto amministrativo o della sentenza di primo grado? Tale incertezza ha comunque sempre determinato procedimenti incidentali (con udienza di comparizione o contraddittorio cartolare), con preferenza per la "tradizionale" sospensiva di appello dell'art. 283 c.p.c., probabilmente sul rilievo che si tratta di giu-



risdizione su rapporto e non sull'atto amministrativo. A favore di tale lettura sistematica, ha giocato anche la considerazione circa le forme del procedimento di appello "ordinario", in cui esecutiva è la sentenza (v. ordinanza Filucchi contro Ministero del 7.11.2009 r.g.12058/2009); c) ammissione di nuove prove in appello. Si assiste all'interno della Sezione ad una certa dialettica tra *novità* concepita come rimessione in termini o piuttosto come decisività delle produzioni in appello, ma è difficile dare conto di specifiche decisioni che si pongano in consapevole contrasto sul punto, in situazioni in cui è molto forte il riferimento al caso singolo in esame ed alle vicissitudini del primo grado relative alla varia congerie dei rapporti di infrazione, non proprio tutti di ineccepibile professionalità; d) rilevabilità d'ufficio di vizi del procedimento/provvedimento, diversi da quelli dedotti nell'iniziale opposizione: è indirizzo comune la negativa in proposito, salvo il caso di inesistenza dell'atto (come già in Cassaz. 18288/2010). Si può citare ad esempio Comune di Genova c. Euromedical Technology, 22.4.2011 n. 1610 che, pur inerendo una vicenda di transiti riservati per la quale in altri casi erano stati annullati i titoli sanzionatori, ha confermato i provvedimenti comunali perché la problematica della titolarità dei poteri di accertamento non era stata prospettata nel ricorso introduttivo in opposizione; e) vizio di motivazione del provvedimento impugnato: salvo il caso di totale inesistenza della motivazione, esso non è causa di annullamento dell'ordinanza prefettizia emessa a seguito di ricorso ex art. 203 Cod. Strada, perché la motivazione eventualmente insufficiente costituisce unicamente uno spunto per una completa disamina giurisdizionale sul rapporto sanzionatorio sottostante (così – sulla scorta di Cassazione, Sezioni Unite, 28.1.2010 n. 1786 - la sentenza del 20.10.2011, Sacco Mauro c. Prefettura, r.g. 14625/2009 est. dr.ssa Lucca); f) vizio di ultrapetizione della decisione impugnata: comporta il riesame dei motivi di opposizione o delle difese esaminate in primo grado (sentenza Comune di Genova c. Scarlino Giulio, 5.11.2011, est. dr.ssa Lucca, r.g. 10373/2009). g) *fidefacienza* del verbale di accertamento: nelle periodiche riunioni organizzative sono emerse alcune perplessità di fondo sulla nota problematica all'"accertamento dinamico" per cui si può osservare, nelle decisioni rese sui casi di comportamenti vietati dei conducenti, quali riferiti nei verbali di accertamento e contestati dagli interessati, la ricerca di elementi di conforto probatorio ulteriore rispetto alla semplice "fidefacienza". Ad esempio, nella decisione Proglio contro Comune di Genova del 31.1.2011 n. 437, le risultanze del verbale sono state validate – senza istruttoria orale – attingendo ai dati di notorietà circa la conformazione dei luoghi e la percepibilità dei veicoli (specie quelli di colore "vivace") nelle corsie riservate. Ancor più illuminante la sentenza Grovale Gian Maria c. Comune di Genova 1.4.2010 n. 1384: qui, la posizione di appoggio sul gomito del telefonino per tenerlo accostato all'orecchio, flettendo il braccio, quale riferita nel verbale di accertamento a carico dell'automobilista, è stata ritenuta sintomo univoco dell'impiego dell'apparecchio.

3. Problemi tipici della Legge 689/1981.

Su di un secondo versante di analisi, meritano segnalazione alcune decisioni che hanno preso posizione su problemi tipici della L. 689 del 1981.

Con riguardo alla portata dell'art. 8bis L.689/81 ed alla sua applicabilità alle contravvenzioni stradali in riferimento a 198 C.d.S., si è letta tale norma in termini di disciplina del concorso formale. Nella specie, la "continuazione" non è

stata esclusa in linea di principio, ma con un giudizio di fatto, dato il lasso di tempo trascorso tra le plurime violazioni del divieto di sosta (v. dr.essa Scarzella, Lugaro Stefano c. Comune di Genova, sentenza a verbale 27.5.2011 r.g. 5041/2009)

Anche il problema della responsabilità genitoriale, nel rapporto tra l'art. 2 della Legge 689/1981 e l'art. 2048 c.c., è stato oggetto di disamina nella sentenza Mosti c. Prefettura di Massa n. 4155 del 21.11.2011)

Un terzo ordine di decisioni del Tribunale si riferisce ai vizi formali del procedimento, dell'atto sanzionatorio o dell'iniziativa del privato.

Tra queste ultime, si possono menzionare le sentenze relative a:

- a) natura del termine alla p.a. per notifica della sanzione: sostanziale o processuale? Vedi, nel primo senso, la sentenza del dr. Spera in causa Bianchi Massimo c. Comune di Genova del 22.4.2011;
- b) valore legale della sottoscrizione meccanizzata *ex lege* Basanini (decisione Reverberi c. Prefettura Genova del 24.5.2011 n. 2332);
- c) natura sostanziale del termine per il pagamento ridotto della sanzione (Daniele Carlo c. Comune di Genova, dr.essa Lucca, r.g. 11413/2010).

4. Questioni attinenti la circolazione stradale.

L'ultimo filone decisionale di cui dare conto riguarda le decisioni che specificamente si sono occupate di circolazione stradale, nel cui ambito sono stati trattati i seguenti argomenti:

- a) Istituzione delle zone z.t.l. e legittimità dei parcheggi a pagamento (sentenza Cecconi Cinzia c. Comune di Genova 23.8.2011 n. 3279);
- b) "Corsie gialle" riservate ai bus e organi dell'accertamento (sentenze a verbale Rossi e Merlo contro Comune di Genova del 3.3.2011 nn. 967-969); decisioni ribadite pur dopo la lettura del non trascurabile ricorso per cassazione del Comune con la successiva sentenza Spinetti contro Comune di Genova 1.10.2011 n. 3530. Peraltro, in materia di "corsie gialle" non si può parlare al momento di un indirizzo giurisprudenziale comune alla Sezione, perché le altre decisioni rese su questo genere di violazioni si muovono su terreni processuali o formali e non affrontano direttamente la tematica della delega a società concessionaria delle riprese a distanza;
- c) Accertamenti eseguiti con apparecchiature automatiche tipo autovelox e simili. Il florilegio è cospicuo e sicuramente si può parlare di indirizzi giurisprudenziali condivisi in ordine all'inesistenza di alcun onere di taratura periodica ex L. 273 del 1991. Numerose risultano le decisioni in cui si sottolinea l'onere della parte sanzionata di allegare malfunzionamenti tali da inficiare l'affidabilità dell'accertamento (es. sentenza dr.essa Lucca 17.5.2010, Roccella c. Ministero Interni r.g. 1204/2006).

Alcune decisioni sono scese nel "dettaglio tecnico" del funzionamento di questi apparati, nonché dei profili inerenti la loro visibilità, affidabilità, possibilità di errore.

Sul noto *Sicve-Tutor* operante sulla A26 dei Trafori, le decisioni Quaini c. Ministero Interni del 21.6.2011 n. 2606 e Prefettura di Genova c. Di Lorenzo Daniele dell'11.10.2011 r.g. 12673/2010, est. dr.essa Scarzella, hanno ribadito l'affidabilità dello strumento in questione sia in modalità istantanea, che nella rilevazione della velocità media tra i capisaldi fissi. La seconda sentenza contiene un'interessante analisi dei margini percentuali di errore da prendere a riferimento per gli abbattimenti della velocità rilevata.



Il vetusto apparecchio *Provida 2000*, utilizzato dalle pattuglie della Polizia stradale, è stato oggetto di approfondita verifica di affidabilità - con esito decisamente positivo – nell'ambito di una CTU affidata all'ing. Troilo, nel caso deciso con sentenza Filucchi c. Ministero Interno n. 3930 del 3.11.2011 n. 3930.

Da ultimo, rispetto ad una giurisprudenza della Corti superiori forse fin troppo draconiana, si sono lette decisioni sull'art 126 bis Cod. Strada che hanno valorizzato invece la buona fede e l' errore scusabile dei proprietari-conducenti (sentenze Ministero Interno c. Sole del 29.4.2011 n.1693; Ministero Interno c. Steccaglia del 7.6.2011 n. 2333).

5. La “semplificazione” del rito.

Esauria questa rapida panoramica sull’“appello o.s.a.” con la precisa consapevolezza che vi è un “giacimento” nascosto di decisioni che meriterebbero ben più approfondita analisi, qualche breve considerazione finale sulla recente “semplificazione” del rito.

Nel 2006 con il d.lgs. 40 è stata realizzata una riforma processuale a fini deflattivi della Cassazione, che in precedenza era il giudice unico di impugnazione e – benchè giudice di ultima istanza – aveva dato vita ad una giurisprudenza *pretoria* spesso meritevole ed interessante proprio sul rito delle opposizioni alle sanzioni amministrative, con però parecchi conflitti interpretativi palesi ed occulti.

La scelta necessitata per l'appellabilità delle decisioni dei giudici di pace, comprensibile, si accompagnava però all'irresponsabile opzione legislativa di delegare agli interpreti l'intera disciplina del gravame, con possibile concorrenza tra tre riti potenzialmente (o parzialmente) applicabili. Sempre la novella del 2006 aveva poi messo in opposizione (inconsapevole) due valori: il controllo sull'esercizio dei poteri pubblici in ambito locale e la nomofilachia distrettuale in appello.

Prendo congedo dalla materia con la consapevolezza che almeno sulle questioni processuali, il legislatore della semplificazione oggi ha battuto un colpo e quindi ci dovrebbe essere meno “pretorietà” sul rito.

Però il decreto 150 del 2011, che non stravolge il grado di appello e finalmente detta coordinate processuali complete per le o.s.a., non deve illudere nessuno. Non c'è nessuna *semplificazione* – che dovrebbe significare “riduzione del numero dei modelli processuali” – perché non esiste il semplice recepimento del processo del lavoro per le o.s.a., ma è stato realizzato un rito “*melange*” descritto nelle precedenti relazioni, che comunque impegnerà ancora gli interpreti su come concretamente costruire il processo di primo e secondo grado. Né – per l'appello – si può dimenticare che questi interventi processuali ablativi ed aggiuntivi si inseriscono pur sempre sul “modulo standard” del gravame previsto dagli artt. 339 e ss. c.p.c. Dagli spunti di questo seminario, ed in particolare dalla relazione del presidente Viazzi, viene il suggerimento di chiamar “*rito o.s.a.*” la disciplina processuale contenuta nel d.lgs. 150 e, come tutte le sigle semplificatrici ed evocatrici di audacia, questa definizione avrà sicuro successo. Ma le fatiche

per gli interpreti non saranno del tutto risparmiate, e soprattutto sul versante organizzativo ci si dovrà attrezzare perché la riforma non si stemperi nel solito calderone generale dell'udienza di trattazione, dove tutti i riti sono uguali, così come tutti i gatti di notte sono neri.

Udienze dedicate, o almeno fasce orarie riservate per le o.s.a., sono ben prevedibili contromisure organizzative per gestire questo filone contentioso in primo grado, esattamente come avvenne ai tempi della L. 102 del 2006 per il rito del lavoro applicato agli incidenti stradali. Una novella che non colse impreparato il Tribunale, che seppe uscire dalle lamentele sterili o interessate ed organizzare un processo per gli incidenti stradali davvero più serio e veloce.

Una sensazione personale. Mi pare che talora l'approccio con le o.s.a. sia falsato dall'entità delle somme in discussione, mentre è tutt'altro che banale e standardizzabile - soprattutto in primo grado e in Tribunale - perché si registra un confronto dialettico continuo con : a) i principi generali della legge di depenalizzazione; b) questioni spesso complesse di diritto amministrativo; c) diritti di libertà e controllo sull'esercizio dei poteri pubblici.

Non tocca certamente a me commentare, per esempio, le decisioni sulle “corsie gialle”. Ma se non partiamo dalla consapevolezza che non si sta discutendo solo di “divise” e di “palette”, ma stiamo parlando di tecniche di controllo a distanza con apparati elettronici e di identità dei titolari (pubblici) dei poteri di accertamento, non faremo molta strada. A tacer della protezione dell'ambiente, che si può realizzare o meno con le sanzioni irrogate dalla amministrazioni comunali, che possono risultare anche più efficaci e punitive delle molte contravvenzioni oblazionabili in materia.

Perciò, tornando sulla riforma processuale appena varata, la novità di un rito “più cattivo”, come definito nei precedenti interventi quello degli artt. 7 e ss. del decreto 150/2011, dovrebbe rendere urgente un adeguamento delle difese ai nuovi modelli processuali, che ora conoscono preclusioni legate agli atti introduttivi e termini di opposizione più brevi. Ed è opportuno che anche la modulistica U.R.P. per i ricorsi presentati dalle parti personalmente in primo grado venga sostanzialmente integrata per tener conto delle decadenze legate agli atti introduttivi: e certamente da tale Ufficio verranno a breve significative integrazioni in tal senso.

Ma certamente è indispensabile che, negli uffici in cui si trattano queste materie, non tutte e non proprio *di serie B*, vi sia rispetto al passato una maggiore circolazione dell'informazione e dello scambio giurisprudenziale per il merito delle decisioni, come pure per tutti gli aspetti processuali, posto che questi ultimi inevitabilmente comporteranno modifiche organizzative sia del lavoro dei singoli, che delle Sezioni che trattano le o.s.a.

Insomma, lo strumento partecipativo-consultivo dell'art. 47 quater dell'Ordinamento giudiziario – la riunione organizzativa periodica dei magistrati – sembra ben lungi dall'andare in pensione e dovrà essere ancor più adeguatamente valorizzato proprio adesso, nella fase di “*start-up*” della riforma, negli uffici di primo e di secondo grado.





Le liberalità indirette: analisi della casistica e tutela dei legittimari

Andrea Fusaro

Professore Ordinario, Università di Genova

Sommario: 1. I criteri di individuazione delle liberalità non donative. - 2. Casistica. - 3. L'utilizzo dello schermo societario. - 3.1... e delle aziende. - 4. Le liberalità risultanti dal medesimo titolo. - 5. L'efficacia recuperatoria dell'azione di riduzione. - 6. La prognosi di sopravvivenza della propensione verso le liberalità indirette.

1. I criteri di individuazione delle liberalità non donative.

Si parla di donazione atipica o indiretta in relazione a qualsiasi liberalità attuata attraverso uno strumento giuridico formalmente caratterizzato da uno scopo diverso da quello di cui agli artt. 769 ss. c.c., laddove la causa concreta sia in realtà la medesima della donazione diretta (1). Oltre alle disposizioni richiamate dall'art. 809 sulla revocazione - per ingratitudine e per sopravvenienza di figli -, nonché sull'azione di riduzione, si ritiene applicabile a tali fattispecie la disciplina sostanziale in tema di donazione, di cui agli artt. 2901, 779, 786, 778, 787, 788, 797, 798, con esclusione della forma pubblica(2). Secondo altra tesi, le regole da escludere non dovrebbero intendersi limitate alla forma, ma riguarderebbero anche altre prescrizioni sostanziali, quali quelle in tema di rappresentanza(3).

Nei confronti delle liberalità sono configurabili due diverse impostazioni. L'una aspira a costruire una teoria generale nel segno della globalità, dell'unitarietà; l'altra è maggiormente incline ad una visione pluralistica e analitica, favorevole ad accostarsi alle singole specie valorizzandone le differenze(4). Il secondo orientamento(5) raccoglie maggiori preferenze in quanto il primo, ancorché più affascinante, risulta esposto ad un rischio superiore: l'ambizione di erigere un univoco sistema delle liberalità paga il prezzo di una esasperata oggettivazione della materia, che si traduce nell'assegnare un'importanza privilegiata all'obiettivo arricchimento del beneficiario con conseguente dissoluzione della rilevanza dello spirito di liberalità, ossia della platea di cause che concorrono a spiegare di volta in volta l'attribuzione(6). L'accoglimento della prima teoria, in altre parole, comporterebbe la necessaria amputazione di aspetti fondamentali dell'atto di autonomia privata, con conseguente impoverimento e rinsecchimento della libertà negoziale; ancora, ne discenderebbe l'assottigliarsi della fattispecie di cui all'art. 809 c.c., nonché delle operazioni esposte all'azione di riduzione(7).

Il dipanarsi dell'argomentazione illustra invece chiaramente la preferibilità della paziente ricognizione delle diverse ragioni attraverso le quali si possono manifestare gli atti di liberalità e quindi le differenti figure riconducibili a questo spirito; dunque, migliore risulta essere un'attenta analisi rivolta a tutte le rinunce, ai vari negozi ipotizzabili in ambito societario, alle prestazioni di garanzia, alle modificazioni soggettive dell'obbligazione, ai contratti a favore di terzi, alle rendite vitalizie, ai contratti di mantenimento, ai contratti aleatori, ai mandati irrevocabili, alle intestazioni sotto nome altrui (che oggi si colorano di una patina di esterofilia), alle fondazioni ed ai correlati atti di dotazione.

Da tali sintetiche considerazioni consegue, quindi, la con-

clusione circa la maggior aderenza di questo secondo approccio rispetto al tentativo di inseguire un'immagine olistica del fenomeno.

Una dottrina, intendendo darsi carico dell'esigenza che di tutte le liberalità si tenga conto per la tutela dei legittimari e con riguardo alla divisione, ha criticato la visione che collega l'impoverimento al patrimonio, al dare e non al fare, obiettando che, al contrario, anche il fare può essere ricondotto alla donazione(8), come nel caso del comodato in cui una recente decisione di merito(9) ha ravvisato una liberalità. Altri esempi possono essere rinvenuti nell'esecuzione di lavori sul fondo altrui, discutendosi soltanto se la liberalità risieda nella rinuncia al credito riconosciuto dall'art. 936 c.c., oppure già nella costruzione .

Un'articolata riflessione(10) è stata rivolta alle tesi che hanno variamente assegnato virtù distintiva allo spirito di liberalità oppure all'arricchimento, altresì segnalando come la liberalità sia stata alternativamente riferita all'atto oppure agli effetti dello stesso.

La celebre proposta di considerare la liberalità come causa fu messa a punto nella prima metà del secolo scorso(11): in particolare, l'intento liberale era qualificato quale causa, intesa nell'accezione di funzione economico-sociale allora in auge e tale identità veniva impiegata per giustificare la disciplina comune (errore sul motivo, divieto di mandato, ecc.). Essa, però - oggi si obietta - non spiegava cosa s'intenda per spirito liberale e la dottrina successiva l'ha letta di volta in volta in senso soggettivo, degradandolo a motivo, o come mancanza di costrizione, come spontaneità, ovvero come intento di arricchire, oppure, infine, quale superfattazione. In sintesi, questa originaria idea che assegnava all'intento liberale la funzione di causa non soddisfarebbe, non spiegando il contenuto specifico che consente allo spirito di liberalità di diventare causa.

Una diversa soluzione guarda invece all'effetto di arricchire. Le liberalità sarebbero accomunate dal risultato finale dell'arricchimento del beneficiario, il quale assurgerebbe ad indice di riconoscimento della categoria, comprendente quindi tutti i negozi attraverso i quali si raggiunge tale esito. Questa costruzione sembrerebbe, però, contraddetta dalla disposizione di cui all'art. 793, II c., c.c.- dalla quale emerge come l'onere possa assorbire l'intero valore della donazione -, cosicché la dottrina più recente ne esclude l'idoneità a contraddistinguere il fenomeno in esame.

Si propone, allora, di recuperare la piena portata normativa dell'art. 769 c.c. il quale, a fianco del risultato economico, valorizza pure lo strumento giuridico ed il fine: esso identifica infatti la donazione come il contratto attraverso il quale non solo si arricchisce l'altro soggetto, ma lo si fa per spirito di liberalità. La conferma sistematica deriverebbe dal confronto tra gratuità e liberalità: è gratuito l'atto che comporta sacrifici economici a carico di una sola parte, laddove quello oneroso ne importa per entrambi; esso quindi arricchisce il beneficiario (si pensi al mecenatismo, ai premi alla clientela, alla prestazione di garanzia a favore delle società controllate), pur non integrando liberalità.

Lo spirito di liberalità sarebbe invece da collocare nell'ambito della funzione, trascorrendo dal piano dei concetti a quello degli interessi, così da tradurlo nel soddisfacimento di un interesse non economico; una volta oggettivato nell'accordo, esso trascenderebbe il piano individuale: le parti si rappresentano e convengono che l'attribuzione avvenga per soddisfare un interesse non economico. In questo modo si compirebbe la parabola dell'oggettivazione dell'*animus do-*



nandi in un interesse. Conseguentemente la giurisprudenza afferma che negli atti gratuiti non liberali l'attribuzione è sorretta da un interesse economico. Per contro, l'interesse non patrimoniale identificherebbe la categoria degli atti liberali, come quelli che mirano a procurare all'*acciens* un vantaggio in vista del soddisfacimento di un interesse non patrimoniale del *tradens*.

Questa più recente prospettiva conduce a superare le tre antiche teorie sulle liberalità non donative: quella che le assimila al negozio indiretto, costruendo la liberalità quale fine ulteriore; quella della causa sufficiente, secondo la quale nella donazione essa sarebbe sostituita dalla forma; quella dello spirito di liberalità. Essa, per contro, suggerisce di recuperare i due elementi contemplati dall'art. 769 c.c., all'arricchimento del beneficiario affiancando lo spirito di liberalità, a propria volta traslato dal piano dei concetti a quello della funzione, così da farlo coincidere con il soddisfacimento di un interesse non economico del disponente, oggettivato nell'accordo.

Il criterio dell'interesse non patrimoniale dovrebbe quindi guidare l'interprete di fronte alle strutture neutre, sollecitandolo ad esplicitare l'accordo con riguardo alla causa, in modo da consentire al beneficiario la percezione o l'eventuale rifiuto; ciò sarebbe, inoltre, coerente con l'applicazione dell'opposizione alla donazione introdotta dalla legge 80/2005. Si osserva, poi, che la gamma degli schemi rivolti a realizzare interessi non patrimoniali include altresì comportamenti non negoziali, quali l'astensione dalla interruzione della prescrizione o la mancata indicazione della natura personale del denaro impiegato nell'acquisto di un bene da parte di un soggetto coniugato in comunione legale, dove si verifica la combinazione con l'operatività della fatti-specie legale. Per ripensare all'inconciliabilità tra acquisto *ex lege* ed intento liberale si propone inoltre di far capo al "negozi configurativo", quale accordo sulla causa, sorta di contratto normativo, per il quale sorge l'interrogativo circa la necessità dell'atto pubblico(12).

2. Casistica.

E' constatazione ricorrente quella secondo cui la stragrande maggioranza della casistica in tema di liberalità non donative riguarda l'intestazione di beni sotto nome altrui e contratti a favore di terzo. Tra le fatti-specie nel tempo qualificate come liberalità indirette dalla giurisprudenza troviamo:

- il deposito di somme presso una banca, il rilascio di libretti di deposito intestati ai futuri eredi, con istruzioni impartite alla banca circa la consegna dei libretti ai rispettivi intestatari(13);
- il versamento da parte di un soggetto di una somma propria su di un conto bancario cointestato, con firma e disponibilità disgiunte(14);
- il contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione che si accompagni ad un procedimento negoziale complesso volto a realizzare la contitolarità(15);
- la permute di un immobile con buoni del tesoro oggetto di una pregressa donazione tra le parti medesime(16);
- la sostituzione dell'acquirente tra il preliminare e il definitivo, fornendogli il denaro per il pagamento del prezzo(17);
- la convenzione con cui, a fronte della cessione di un'azienda, il cessionario si obblighi a corrispondere una somma mensile al cedente sino al suo decesso e successivamente ad un terzo (nella specie e' stata ravvisata donazione indiretta per quest'ultima parte)(18);
- l'assunzione del debito altrui realizzata per spirito di liberalità(19);

- la realizzazione di un' opera sul fondo altrui nel caso di rinuncia all'indennità prevista dall'art. 936, II comma, c.c.. (20);
- la vendita di un immobile per un corrispettivo pari al valore catastale (vendita mista a donazione)(21).

Nella prassi notarile è altresì frequente l'utilizzo in ambito familiare del mandato ad acquistare, costruito nei due sensi: senza rappresentanza dal genitore al figlio, procurando la somma necessaria a pagare il prezzo, riservandosi di non chiederne più il rimborso, né la restituzione del bene; alternativamente con rappresentanza dal figlio al padre che perfezionerà l'acquisto impiegando denaro proprio, di cui non domanderà la rifusione.

3. L'utilizzo dello schermo societario.

Si è opportunamente notato come l'art. 743 c.c. attesti l'attitudine del contratto sociale a veicolare liberalità(22).

La riforma del diritto delle società di capitali ha introdotto l'art. 2346, IV comma, c.c. che consente, in sede sia di costituzione sia di aumento del capitale, attribuzioni di partecipazioni disproporzionali rispetto ai conferimenti. L'art. 2468, III comma, c.c. consente di riconoscere ai singoli soci "particolari diritti" nella distribuzione degli utili. Si tratta di schemi atti a realizzare liberalità non donative laddove difettino ragioni giustificative atte a supportare oggettivamente lo squilibrio.

Anche in precedenza, tuttavia, era evidente come lo schermo societario possa variamente concretizzare una liberalità indiretta, sia in sede di costituzione - interferendo sulla valutazione dei conferimenti -, sia successivamente, attraverso interventi sul capitale, operazioni straordinarie, distribuzioni di utili oppure semplicemente cessione di partecipazioni sociali; ovviamente, ove si constati il difetto di quell'interesse economico in capo al disponente che si è visto delimitare l'area riguardata dall'art. 809 c.c.(23).

L'interferenza sulle valutazioni è implicitamente autorizzata dalla legge - artt. 2343 e 2465 c.c., - laddove richiede al perito di stimare bensi l'oggetto del conferimento, ma per attestare che il valore non sia inferiore a quello attribuito ai fini della determinazione del capitale ed eventuale sopraprezzo. Ciò non stupisce, appena che si consideri come si tratti di norme a tutela del capitale sociale, tendenzialmente indifferenti - salvo limiti estremi (patto leonino) rispetto alle ragioni dei soci(24).

La via tradizionalmente più praticata passa attraverso rinunce totali o parziali all'opzione in caso di operazioni sul capitale. Nelle società di persone ciò è ritenuto privo di consistenza giuridica da parte di chi esclude la presenza di opzioni in senso proprio rispetto agli aumenti, del resto dubitandosi della configurabilità stessa del capitale in senso proprio(25). Nelle s.p.a. al medesimo risultato può pervenirsi percorrendo l'*iter* societario dell'esclusione dell'opzione nelle ipotesi e secondo le modalità previste dall'art. 2441 c.c., quindi invocando l'interesse sociale(26), oppure a fronte di conferimento in natura. Alternativamente si offre la - più percorsa - strada della rinuncia del socio a sottoscrivere l'aumento, la cui riconducibilità alla liberalità indiretta od alla cessione occulta dell'opzione porta spesso a preferire l'attesa inerte del decorso del termine per l'opzione senza esercitarla, avendo previamente concordato con l'organo amministrativo l'offerta della sottoscrizione al soggetto da favorire. In questa prospettiva, anteriormente alla riforma, è stata così ammessa, con riguardo ad una s.r.l., la rinunzia alla sottoscrizione già effettuata da parte del socio, configurandola alla stregua di una risoluzione consensuale del con-





tratto, con la conseguente possibilità di offerta ai terzi (27). Presupposto sottinteso di questo meccanismo, raramente messo in chiaro, è l'inferiorità del "prezzo di sottoscrizione" (ed - eventuale - sovrapprezzo), e cioè della somma richiesta per la sottoscrizione, rispetto al suo valore reale. Quest'evenienza è pressoché costante - salvo il caso di società di nuova costituzione, oppure già avviata, ma in stato di decozione - rispetto alle società di persone, il cui capitale è solitamente irrisorio. Esso è tuttavia frequente anche presso le società di capitali, solitamente sottocapitalizzate, attesa la rara previsione di sovrapprezzo per l'ipotesi di sottoscrizione dell'aumento da parte di soci, difetto su cui il giudice dell'omologazione non si era mai sentito titolato ad intervenire, né quindi lo può fare oggi il notaio investito dei corrispondenti poteri.

Non sempre, peraltro, simili operazioni possono essere qualificate come contratto a favore di terzo con intento liberale. Rimanendo nell'ambito della sottoscrizione di un aumento di capitale, la causa liberale è stata, infatti, esclusa nel caso in cui si era inteso attribuire al dipendente una particolare forma di retribuzione. Nella specie, ciò era stato realizzato attraverso la rinuncia all'intestazione delle azioni da parte della maggioranza e dell'organo amministrativo di una s.p.a., avvalendosi del meccanismo del transfert ai sensi dell'art. 2022, II comma, c.c.. In tal caso, si è altresì negata anche la natura di donazione remuneratoria poiché il socio disponente non era il beneficiario delle prestazioni svolte(28).

Manovra ancora più drastica è quella consistente nella fuoriuscita di un socio la cui partecipazione venga liquidata in modo depresso, o per nulla. Nelle società di persone è quanto ricorre in ipotesi di esclusione o recesso di un socio cui faccia seguito una liquidazione vile della partecipazione, con il suo consenso, eventualmente in conformità alle risultanze di una situazione patrimoniale che non evidenzi le plusvalenze latenti; la giurisprudenza, peraltro, richiede che nella liquidazione della quota si tenga conto anche dell'avviamento (29). L'evenienza dell'esclusione giustifica, inoltre, compensazioni a titolo transattivo con eventuali crediti vantati dalla società a preteso titolo di risarcimento di danni asseritamente causati alla società.

Si può, poi, arrivare a non liquidare nulla - non solo, com'è ovvio, a fronte di rinuncia -, ma pure attribuendo rilievo contabile ad una situazione negativa transitoria, quale spesso ricorre in molte attività con picchi stagionali o ciclici. Ai fini indicati può forse impiegarsi il "buy back", acquistando azioni proprie ad un prezzo di favore, nei limiti in cui ciò non configuri un illecito.

Oltre al conferimento in numerario, anche quello in natura si presta all'obiettivo di avvantaggiare indirettamente qualcuno: si ottiene il risultato di arricchire i soci diversi dal conferente, ove quest'ultimo accetti l'attribuzione di quote per un valore inferiore rispetto a quanto attribuito. Nelle società di persone è sufficiente il suo benestare ad una valutazione deppressa; in quelle di capitali accettandosi l'imputazione a riserva di parte del valore del conferimento risultante dalla perizia prescritta dagli artt. 2343 e 2468, III comma, c.c., oppure ottenendo dal perito una valutazione deppressa del conferimento, semplicemente attestando inferiore al valore reale la soglia che dev'essere certificata dalla stima; evenienza favorita in caso di conferimento di azienda.

Quanto sopra detto fa salvo, ovviamente, l'eventuale esperimento di azione revocatoria da parte dei creditori particolari del conferente, che è consentito dalla giurisprudenza, in ragione dello squilibrio sinallagmatico, anche nei confronti dei conferimenti in società (30).

Pur essendo ammessa la possibilità di conferire in società un bene sottovalutato, la dottrina ritiene in ogni caso necessario far emergere, a livello contabile, la corrispondente plusvalenza, sia per scongiurare la formazione di riserve occulte, sia per evitare il rischio di deviazione dalla normativa in tema di distribuzione degli utili(31). L'apparente contraddizione tra la possibilità, desumibile dall'art. 2343 c.c., di conferire un bene per un valore inferiore alla relazione di stima e l'esigenza di impedire la formazione di riserve occulte, verrebbe, pertanto, risolta accordando priorità ai principi di verità e di chiarezza nella redazione del bilancio(32). Considerazioni di corrispondente tenore possono avanzarsi a margine di fusioni e scissioni, rispetto al computo del cambio il quale può avvenire secondo criteri volti a favorire una certa compagine, nei limiti consentiti dalla relazione degli esperti, e nell'assenza di opposizione dei creditori (art. 2503 c.c.). Alcune vicende giudiziarie non recentissime (33), hanno evidenziato, invero, sia l'opinabilità dei conteggi formulati per determinare il rapporto di cambio, sia la limitata sindacabilità da parte del giudice (oggi - in prima battuta - dal notaio).

La riforma ha, inoltre, recepito le aperture giurisprudenziali all'omissione dalla relazione degli esperti sul rapporto di cambio. Per le fusioni, l'art. 2505, I comma, c.c. ha riprodotto le ipotesi di esonero relative alle incorporazioni di società interamente possedute, che la giurisprudenza aveva esteso all'evenienza del coinvolgimento di società preesistenti, composte dai medesimi soci distribuiti secondo proporzioni identiche (34). Tale esonero non ha, peraltro, portata eccezionale, in quanto è configurabile ogni qual volta non abbia ragion d'essere la previsione di un rapporto di cambio. Invero, l'art. 2505, I comma, c.c. viene applicato per analogia anche nei seguenti casi ammessi anteriormente alla riforma: (a) qualora il capitale sociale della incorporanda sia detenuto al 50% dall'incorporante e al 50% dai soci della medesima incorporante e nelle stesse proporzioni (35); (b) ove l'incorporante sia posseduta per intero dall'incorporata (cd. fusione inversa) (36). L'art. 2505 ha inoltre accordato la rinunciabilità della relazione per le operazioni che non coinvolgano s.p.a..

Per le scissioni, l'art. 2506 ter c.c. al III comma ha fatto proprio l'orientamento giurisprudenziale maturato anteriormente alla riforma che ammetteva la superfluità della relazione degli esperti per la scissione con costituzione di nuova società, ove l'assegnazione delle partecipazioni avvenga secondo criteri rigorosamente proporzionali. Il IV comma dell'art. 2506 ter c.c., laddove esclude l'obbligo per l'organo amministrativo di redigere i documenti previsti ai commi precedenti con il consenso unanime dei soci e dei possessori di strumenti finanziari, ha recepito il criterio a suo tempo sancito dal decreto ambrosiano(37) il quale ammise che la volontà di tutti i soci (quindi assemblea totalitaria che delibera all'unanimità) possa rendere superflua la relazione degli esperti sul rapporto di cambio, assumendo il carattere disponibile delle norme sul concambio, in quanto poste ad esclusiva tutela dei soci, ed invece irrilevanti per i terzi: la quantificazione, invero, non troverebbe "necessariamente riscontri di natura contabile estimativa", ma dipenderebbe "anche da valutazioni inerenti a nuovi equilibri aziendali o a prospettive legate al diverso assetto". E' evidente l'utilizzabilità di quest'apertura per attuare liberalità indirette(38).

Nell'evenienza che la società incorporante sia straniera può richiamarsi un precedente della Corte d'Appello di Roma il quale, riformando la decisione del Tribunale, ha escluso che la legittimità del suo atto costitutivo sia presupposto di validità della delibera di fusione, poiché "ciascuna società dovrà rispettare solo



la legge che direttamente la regola, fatto salvo il limite dell'ordine pubblico internazionale”(39). Questa affermazione per adombrare l’eventualità dell’assorbimento della società italiana in altra straniera, conformata in modo maggiormente confacente ai soggetti da beneficiare(40).

Il trasferimento di quote a titolo - formalmente - oneroso può, poi, arricchire il cessionario in caso di corrispettivo inferiore al valore effettivo, ciò che configura “vendita mista a donazione”. La fattispecie transita nella generica donazione indiretta laddove venga fatto ricorso all'accorgimento consistente nell'effettuazione di versamenti di denaro da parte del cedente nelle casse sociali riservandosene il diritto al rimborso - quindi a titolo di finanziamento, anziché in conto ripianamento perdite/futuro aumento del capitale-, e successiva rinuncia al corrispondente credito, che avvantaggia il cessionario solo in via mediata, per effetto dell’eliminazione di una posta passiva del patrimonio sociale. L’operazione è agevolata dall’incertezza che in concreto spesso circonda la causa di questi versamenti, raramente chiarita al momento del loro perfezionamento, e sfornita di alcuna presunzione (relativa) di fonte non solo legale, ma pure giurisprudenziale, a seguito del superamento dell’originario indirizzo incline ad inferire nel dubbio la natura di versamenti in conto capitale (41).

3.1. ...e delle aziende.

Si è detto come il conferimento di azienda in società avvantaggi i soci della conferitaria qualora siano assunti i valori storici, e non sia considerato l'avviamento.

La sussistenza di un’impresa familiare offre, poi, il destro a ghiotte tentazioni ove si faccia propria la tesi prevalente che rimette all’autonomia degli interessati - in primo luogo, quindi, dell’imprenditore - la capitalizzazione dei crediti spettanti ai collaboratori familiari sulla base dell’art. 230 bis c.c., che si traducono in (percentuale di) contitolarità dell’azienda, e ciò quand’anche, laddove il conferimento sia effettuato nei confronti di una società di capitali, l’apporto sia soggetto alla perizia prevista dall’art. 2343 c.c.(42).

Merita un cenno la cessione di azienda con costituzione di rendita vitalizia a favore del cedente, la cui attitudine a realizzare una liberalità indiretta sembra preclusa in ragione dell’aleatorietà della causa, salvo la rendita non venga creata a favore di soggetto diverso dal cedente, nel qual caso si ri-entra nel paradigma della stipulazione a favore del terzo(43). Centrale appare la considerazione dell’alienazione di azienda per un corrispettivo inferiore al valore reale, evenienza riconducibile alla figura del “negozi misto con donazione”.

4. Le liberalità risultanti dal medesimo titolo.

Con questa espressione si indica, solitamente, l’evenienza del pagamento da parte del terzo, ma pare altrettanto rilevante il contratto a favore del terzo, ipotizzabile non solo in ordine alla compravendita, ma anche con riguardo ad altri negozi, ad esempio la permuta. Viene qui in gioco l’individuazione del perfezionamento della liberalità, spesso affrettatamente individuato nel comportamento presupposto della fattispecie - il pagamento, il trasferimento del bene: insomma la prestazione rivolta a vantaggio di altro soggetto - dimenticandosi che la qualificazione nei termini di liberalità è subordinata al difetto di rapporto sottostante giustificativo dell’attribuzione (ad esempio, un mandato senza rappresentanza, una delegazione, o comunque altra causa idonea a supportare la prestazione solutoria) e, nell’assenza di esso, alla rinuncia ad esperire alcun regresso o ripetizione. Ne

consegue l’opportunità di esplicitare in atto la ricorrenza di questi presupposti, negativi (assenza di rapporto plesso idoneo a supportare casualmente la prestazione) e/o positivi (rinuncia a regresso o ripetizione).

5. L’efficacia recuperatoria dell’azione di riduzione.

La donazione diretta del denaro destinato all’acquisto di un immobile è contemplata dall’art. 1, comma 4 bis), d.lgs. 346/1990, che ne dispone l’esonere da imposta di donazione. Essa non integra un’evenienza peregrina, dal momento che appare idonea a mettere l’acquisto - specie immobiliare - al riparo dalla potenziale portata recuperatoria dell’azione di riduzione, a maggior ragione dopo che la Cassazione ha accolto la tesi contraria al permanere di tale attitudine propria dell’azione di riduzione, qualora sia rivolta nei confronti di una liberalità indiretta(44). In dottrina tale conclusione è stata argomentata sia sulla base di argomenti concettuali(45), fondati sull’individuazione dell’oggetto della liberalità - anche se in tal caso soccorre il noto orientamento giurisprudenziale maturato in tema di collazione, che alla donazione diretta del denaro/mezzo sovrappone quella indiretta del bene/finale(46) -, sia additando l’eccessivo sacrificio per le ragioni dei terzi, distonico rispetto all’equilibrio ricavabile dal sistema: gli aventi causa sarebbero diversamente esposti ad un’aggressione del tutto inimmaginabile, in ragione della natura apparentemente onerosa del titolo di acquisto del dante causa.

Diversamente opinando si è obiettato che la similarità di posizione con quella degli aventi causa dal simulato acquirente sembrerebbe suggerire l’applicazione analogica della relativa disciplina, quindi dell’art. 1415 c.c., che subordina la tutela dei terzi alla loro buona fede, la quale verrebbe meno in presenza della testuale riconoscibilità della natura gratuita dell’acquisto del dante causa in ragione di elementi contenuti nel titolo(47).

Dal timore che dalla formalizzazione della liberalità all’interno della provenienza immobiliare potesse derivare l’efficacia recuperatoria reale dell’azione di riduzione, si era tratto spunto per suggerire una formalizzazione distinta - quindi all’interno di un rogito autonomo - della donazione del denaro, da impiegarsi per l’acquisto(48).

Opposto atteggiamento riesce preferibile qualora si intenda consolidare l’esclusione dalla comunione legale del bene - solitamente alloggio, ma può darsi pure azienda - acquistato con i denari ricevuti in dono da terzi (in genere i genitori). Invero - coerentemente con quanto sopra considerato circa la tutela dell’affidamento dei terzi - l’esclusione delle donazioni indirette dalla comunione legale(49) deve intendersi circoscritta al piano obbligatorio, quindi al versante per così dire contabile interno, in assenza di indici emergenti dal titolo di acquisto, ciò che può ora realizzarsi esplicitando la provenienza del denaro senza timore di incorrere in prelievi fiscali, proprio grazie al comma 4 bis) dell’art.1 d.lgs. 346/1990.

Ove ci si soffermi a mettere in correlazione il versante tributario - in particolare l’art. 26 d.p.r. 131/1986 -, con quello civilistico della comunione legale, c’è da interrogarsi circa la qualificazione e la sorte della vendita - di immobile, o di partecipazioni sociali - da genitore a figlio coniugato in regime di comunione con pagamento dilazionato del prezzo, cui faccia poi seguito la remissione del debito da parte del genitore. Od ancora della vendita - perfezionata tra i medesimi soggetti - della nuda proprietà con riserva di usufrutto a favore del cedente, cui segua la rinuncia spontanea e gratuita all’usufrutto.



6. La prognosi di sopravvivenza della propensione verso le liberalità indirette.

L'impatto della riforma dell'imposta di donazione e successione attuata nel 2000 è stato colto nei termini della dissoluzione del vantaggio fiscale del trasferimento oneroso rispetto a quello liberale, con il conseguente venir meno dell'incentivo all'opacità ed alla dissimulazione.

È stata intravista semmai l'eventualità opposta, nel senso dell'incrementarsi del ricorso a formalizzazioni liberali in ragione della sottrazione dei trasferimenti ad altre imposte (ad esempio, il c.d. "capital gain") e quindi la convenienza all'esplorarsi delle liberalità legata alla loro immunizzazione da più gravosi prelievi fiscali.

Si è, tuttavia, altresì notato come la formalizzazione della liberalità non sia un comportamento giuridicamente imposto, ma obbedisca a considerazioni di opportunità. Del resto secondo la giurisprudenza⁽⁵⁰⁾ per aversi liberalità indiretta è sufficiente il collegamento tra la dazione del denaro ed il suo impiego nell'acquisto; collegamento che le corti sono larghissime nel riconoscere attraverso il richiamo agli elementi più diversi. Denudare il carattere liberale dell'atto genera inconvenienti non già sotto il profilo della forma - attesa la salvaguardia operata dall'art. 809 c.c. nei confronti dell'art. 769 c.c. -, bensì rispetto all'aggressione dei legittimi, la cui pretesa non è certo che non possa dirigersi anche nei confronti dei terzi, con effetti devastanti per la circolazione. A margine dell'ultima novella del tributo si è, poi, segnalato "lo svantaggio competitivo dei rimedi alternativi alla successione: i costi, transattivi e non, per organizzare una successione non colpita da imposta sono sicuramente più alti dell'imposta applicata al netto delle franchigie"⁽⁵¹⁾.

La scelta circa la formalizzazione delle liberalità dovrà, invero, essere filtrata da un articolato bilanciamento dei costi e dei vantaggi variabili in dipendenza del contesto. In ordine alle liberalità dirette ai figli, giocherà la preoccupazione perequativa, o piuttosto discriminatoria, dei genitori: in un caso saranno confortati dalla perenne tracciabilità delle singole elargizioni idonea a rendere conto della distribuzione del patrimonio, mettendo in grado i discendenti di riepilogarle e, se del caso, di reclamare conguagli; nell'altro, si mostreranno refrattari alla trasparenza in quanto antagonista rispetto ai loro piani.

Altrettanto non vale, ovviamente, per le liberalità tra coniugi, tendenzialmente amorfe, in sintonia con l'atmosfera domestica, con la comunione - come si dice - di affetti, di tetto e di mensa. Questo quadro di solidarietà sembrerebbe - però - ormai messo a dura prova e sfidato dal costante aumento delle crisi coniugali, come ha rilevato la stessa Corte Costituzionale con la sentenza numero 41 del 25 febbraio 1999, allorché ha demolito il carattere assoluto della presunzione di gratuità dei trasferimenti tra coniugi allora contemplata dall'art. 26 d.p.r. 131/1986, osservando come all'interno della coppia siano ipotizzabili ed effettivamente si realizzino trasferimenti sia gratuiti sia onerosi. L'inevitabile riverbero degli arricchimenti reciprocamente procurati rispetto alla sistemazione patrimoniale imposta dalla crisi coniugale può - allora - forse costituire un incentivo alla formalizzazione delle liberalità, avvalendosi degli strumenti offerti dalla disciplina fiscale.

Ulteriore pressione verso la formalizzazione deriva, infine, dalla normativa antiriciclaggio, nonché dai ben noti obblighi di menzionare i mezzi di pagamento in maniera analitica nelle transazioni immobiliari, che importano trasparenza circa la provenienza del denaro⁽⁵²⁾.

Note:

- (1) Cass. 13.5. 1980, n. 3147, in *Giust. Civ.*, 1980, I, 2135.
- (2) Cass. 10. 4. 1999, n. 3499.
- (3) Cass., 12. 11. 1992, n. 12181.
- (4) V. Roppo, *Le liberalità tra disciplina civilistica e norme fiscali: una sfida per il ceto notarile*, relazione al Convegno organizzato a Genova il 10 febbraio 2001 dal Comitato Notarile della II° zona, pubblicata in *Notariato*, 2002, 427 ss.
- (5) Riproposto da A. Palazzo nei due volumi pubblicati nel duemila, e precisamente: *Le donazioni*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 2000; nonché *Atti gratuiti e donazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, 7, 2, Torino, 2000.
- (6) V. Roppo, *Il contratto*, Giuffrè, 2001, p. 437 ss..
- (7) Una perspicua riflessione sulle liberalità indirette è offerta da L. Gatt, *La liberalità*, I, Torino, Giappichelli, 2002.
- (8) A. Gianola, *Atto gratuito, atto liberale*, Milano, Giuffrè, 2002.
- (9) App. Milano, 17. 12. 2004, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2005, I, 688.
- (10) G. Amadio, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, relazione presentata al Convegno "Liberalità non donative e attività notarile" organizzato a Napoli il 13 ottobre 2007 dalla Fondazione italiana del Notariato, pubbl. in *Liberalità non donative e attività notarile*, Roma, Ediz. Il Sole 24 ore, 2008.
- (11) G. Oppo, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947.
- (12) G. Amadio, *La nozione di liberalità non donativa nel codice civile*, relazione presentata al Convegno "Liberalità non donative e attività notarile" organizzato a Napoli il 13 ottobre 2007 dalla Fondazione italiana del Notariato, pubbl. in *Liberalità non donative e attività notarile*, Roma, Ediz. Il Sole 24 ore, 2008,
- (13) Cass., 18 novembre 1974, n. 3669, qualificando la fattispecie in esame quale liberalità indiretta, ha stabilito che l'imposta progressiva per donazioni, assegnazioni e liberalità sia dovuta ogni volta che per atto tra vivi si verifichi il trasferimento a titolo gratuito di beni e diritti, qualunque sia il mezzo giuridico adoperato per realizzare il trasferimento, sia esso il risultato tipico di tale mezzo sia esso un risultato ulteriore e finale apparente di un atto avente altro scopo tipico.
- (14) Cass., 10 aprile 1999, n. 3499, in *Giur. it.* 1999, 2017, ha riconosciuto che attraverso il mezzo del contratto di deposito bancario, si realizza l'arricchimento senza corrispettivo dell'altro contestatario ed ha stabilito che per la validità di tale donazione è sufficiente la forma scritta richiesta per il negozio - mezzo.
- (15) Cass., 22 settembre 2000, n. 12552, in *Giust. Civ.*, 2001, I, 393, secondo la quale non può escludersi che, nell'ambito di un procedimento negoziale complesso, anche il contratto di deposito titoli a custodia e in amministrazione possa essere utilizzato per realizzare in modo indiretto, attraverso la contitolarietà, un intento liberale.
- (16) Cass., 9 maggio 1979, n. 2658, in *Riv. infor. e mal. prof.*, 1982, II, 79, la quale - in un caso di vendita tra parenti di un immobile preceduta da una donazione disposta dal venditore di titoli dallo smobilizzo dei quali il compratore aveva ricavato la somma versata come prezzo - ha stabilito che, in base all'art. 8 dell'abrogata legge di registro, per determinare l'intrinseca natura dell'atto ed i suoi effetti, indipendentemente dalla forma apparente, è consentito accettare se dalla combinazione di più negozi tra loro collegati sia derivato un effetto ulteriore che superi le conseguenze connaturali ai singoli negozi strumentalmente utilizzati.
- (17) Cass., 19 marzo 1980, n. 1851, in *Foro it.*, 1981, I, 1395, la quale - in un caso in cui il "de cuius" aveva stipulato in vita un preliminare di compravendita di un bene immobile sostituendo a sé il proprio figlio nel contratto definitivo e fornendogli il danaro per il pagamento del prezzo dell'immobile - ha stabilito che stante l'intimo collegamento tra il preliminare ed il definitivo, fosse ravvisabile un atto di disposizione da parte del genitore che realizzava gli estremi di una donazione indiretta dell'immobile stesso, con la conseguenza che il beneficiario doveva restituire - ai fini della collazione ereditaria - il valore dell'immobile e non la somma di denaro fornитogli per l'adempimento dell'obbligazione di pagamento del prezzo.



(18) Cass., 3 giugno 1982, n. 3394, ha stabilito che in tale ipotesi sono configurabili una costituzione di rendita vitalizia a titolo oneroso- con vitalizio successivo (art. 1873, comma 2 c.c.), in cui più creditori della rendita sono chiamati a goderne non insieme (vitalizio congiunto), ma uno dopo l'altro - e, nella parte in cui è assicurata la rendita al terzo - una donazione indiretta.

(19) Cass., 8 luglio 1983, n. 4618, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 1792 ha stabilito che l'accordo attraverso cui un soggetto assuma per spirito di liberalità il debito di altro verso un terzo, non integra una donazione tipica - stante la mancanza di un arricchimento a favore del debitore , che potrebbe conseguire solo alla liberazione propria dell'accordo privativo ex art. 1273, comma 2, c.c. -, bensì una donazione indiretta che resta assoggettata, circa la forma, alla disciplina propria dell'atto attraverso il quale si realizza la liberalità, salva l'applicazione delle norme sulla revocazione delle donazioni e di quelle sulla riduzione per reintegrare la quota dovuta ai legittimari.

(20) Cass., 27 luglio 2007, n. 9872, la quale ha ritenuto che la sopravvenienza dell'*animus donandi* alla realizzazione di un opera sul fondo altrui possa configurare una donazione indiretta a favore del proprietario del suolo lasciando prescrivere il diritto all'indennità ex art. 936, comma 2, cod. civ. ovvero rinunciando all'indennità.

(21) Cass., 30 gennaio 2007, n. 1955, ha stabilito che realizza una donazione indiretta - per la quale è sufficiente la forma prescritta per il tipo negoziale adottato dalle parti - il contratto preliminare con il quale - allo scopo di arricchire il promissario acquirente - il promittente venditore consapevolmente si obblighi, appunto, a vendere l'immobile per un prezzo pari al valore catastale.

(22) L. Gatt, *Onerosità e liberalità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, 677

(23) M. Maltoni, *Le liberalità non donative realizzate attraverso atti costitutivi e modificativi di società*, relazione presentata al Convegno "Liberalità non donative e attività notarile" organizzato a Napoli il 13 ottobre 2007 dalla Fondazione italiana del Notariato, pubbl. in *Liberalità non donative e attività notarile*, Roma, Ediz. Il Sole 24 ore, 2008

(24) In tema V. Salafia, *Conferimenti di beni e crediti di valore superiore a quello nominale della quota di capitale sottoscritta*, in *Soc.*, 2007, 129 ss.

(25) Per le opposte interpretazioni: Cass., 9 marzo 1955, n. 711, in *Dir. fall.*, 1955, II, 441; Cass., 27 settembre 1955, n. 2648, in *Dir. fall.*, 1955, II, 637.

(26) Tra le numerose: Cass., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Vita not.*, 1982, 1071; Cass., 13 gennaio 1987, n. 133, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 746

(27) Cass., 5 luglio 1984, n. 3945, in *Riv. dir. comm.*, 1985, II, 59.

(28) Cass., 1 agosto 1994, n. 7160, in *Giust. Civ.*, 1995, I, 761, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, 695, in *Vita not.*, 1995, 339, e in *Società*, 1995, 94; in primo grado conforme Trib. Milano, 3 gennaio 1991, in *Riv. not.*, 1992, 677. L'adempimento da parte di un terzo dell'obbligo del conferimento gravante sul socio di una s.p.a. conseguente alla sottoscrizione di un aumento di capitale ricorre anche nel caso analizzato da Cass., 22 febbraio 2005, n. 3577, in *Giur. Comm.*, 2007, II, 591, con nota di C. Cincotti, *Estinzione per compensazione del debito da conferimento e conferimento di credito. Un nuovo révirement della Cassazione?*

(29) Cass., 10 luglio 1993, n. 7595, in *Foro it.*, 1994, I, 2210; App. Milano, 20 settembre 1985, in *Società*, 1986, 378; Trib. Milano, 24 gennaio 1991, in *Società*, 1991, 108.

(30) Cass., 11 marzo 1995, n. 2817, in *Riv. Not.*, 1996, 1269 e in *Foro it.*, 1996, I, 3509.

(31) M. Miola, *I conferimenti in natura*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 1 ***, Utet, 2004, p. 396 e ss.

(32) Occorre poi tener conto della possibilità di "Conferimento di beni in natura o crediti senza relazione di stima", consentita dall'art. 2343 ter c.c., introdotto dall'art. 1.2 d.lg. 4 agosto 2008, n. 142

(33) Trib. Milano 13 maggio 1999, in *Vita Not.*, 2000, 991, nonché in *Società*, 2000, 75

(34) Trib. Milano, 2 novembre 2000, in *Società*, 2000, 326.

(35) Trib. Novara, 19 ottobre 1999, in *Vita not.*, 2000, I, 408.

(36) Trib. Udine, 18 agosto 1997 e 20 agosto 1997, in *Soc.*, 1998, 84.

(37) App. Milano, decr., 12 gennaio 2001, in *Riv. Not.*, 2001, 1219

(38) Scorrendo alcuni pareri del Comitato antielusione (esistente fino a metà 2007) si trovano queste indicazioni circa l'applicabilità dell'art. 37 bis d.p.r. 600/73 alle scissioni.

1. Parere 27.5.2007, n. 22: oggetto una s.a.s. titolare di due rami d'azienda, con 5 soci, di cui 3 soltanto collaborava all'attività. Era stata ideata una scissione parziale non proporzionale in continuità di valori, con cui trasferire un ramo d'azienda ad una società di nuova costituzione partecipata dai soci attivi. Il Comitato escluse la sussistenza di valide ragioni economiche, difettando lo scopo di potenziare l'attività aziendale e riscontrando celato "l'intento di ripartire il patrimonio immobiliare familiare tra i diversi componenti", circostanza che sarebbe stata avvalorata anche dal mancato coinvolgimento nell'attività da parte di taluni. L'elusione sarebbe consistita nell'intento di evitare la tassazione della plusvalenza che sarebbe venuta a determinarsi in caso di assegnazione di beni ai soci ex art. 86, I c. lett.c) e III comma, T.U.I.R.

2. Parere 9.5.2007, n. 20: oggetto una s.n.c. titolare di due rami d'azienda. Era stata programmata una scissione parziale proporzionale con attribuzione dei due rami a due s.r.l. di nuova costituzione, in regime di continuità patrimoniale, cui avrebbero partecipato tutti i soci. Fu esclusa l'imminente cessione a terzi delle partecipazioni. Nella specie fu ravvisata la sussistenza di valide ragioni economiche, in quanto coerente con la separazione dei tre rami aziendali al fine di renderne più efficiente la gestione.

3. Parere 9.5.2007, n. 28: la scissione totale attuata attraverso l'assegnazione del patrimonio immobiliare a due famiglie fu ritenuta non elusiva se le due nuove società costituiscono "distinti sistemi economici effettivamente operanti" che consentono ai rispettivi soci di gestire" autonomamente i patrimoni sociali di pertinenza secondo differenziate strategie gestionali, senza intenzione di vendere successivamente le partecipazioni nelle società beneficiarie ovvero liquidare le società beneficiarie stesse"

4. Parere 9.5.2007, n. 22: la scissione parziale attuata attraverso l'assegnazione del patrimonio immobiliare alla beneficiaria, la cui compagine sociale è diversa da quella scissa, sarebbe stata elusiva se diretta soltanto a "ripartire il patrimonio immobiliare familiare tra i diversi componenti" e non "a favorir un potenziamento dell'attività di gestione immobiliare da parte della beneficiaria, anche, ad esempio, attraverso nuovi apporti di capitale da parte di terzi"

5. Parere 22.3.2007, n. 8: la scissione parziale non proporzionale di una s.p.a. immobiliare partecipata da tre fratelli, in cui la proprietà immobiliare sarebbe stata divisa tra la scissa e due beneficiarie, attribuendosi le quote rispettivamente ai tre soci fu ritenuta elusiva in quanto diretta ad una mera assegnazione di beni ai soci, non emergendo "un profilo di riorganizzazione aziendale rilevante a vantaggio della società scindenda e di quelle beneficiarie"

6. Parere 4.10.2006, n. 31. una scissione parziale non proporzionale che determinava la ripartizione degli immobili fra due beneficiarie delle quali erano soci separatamente i soci della scindenda fu ritenuta elusiva in quanto npn presentava vantaggi economici né per la gestione degli immobili , né per l'attività aziendale

7. In precedenti pareri (38/2005; 32/2005; 5/2005; 9/2004; 16/2003) il Comitato aveva affermato che la scissione non è elusiva se il trasferimento avviene in regime di continuità di valori fiscali e senza sottrazione di attività al regime dei beni d'impresa

(39) App. Roma, 28 marzo 2000, in riforma a Trib. Roma, 12 novembre 1999, entrambe pubblicate in *Foro it.*, 2000, I, 2963, nonché in *Riv. Not.*, 2000, II, 1294

(40) Si consideri, tuttavia, il vaglio per le società quotate imposto dagli artt. 165 ter a *septies* e 193 bis d.lgs. 58/93 introdotti dalla legge 262/2005, su cui v. L. Barbiera, *Più trasparenza nelle società estere*, in *Il Sole 24 ore*, 3 luglio 2006, p. 37.

(41) Cass., 3 dicembre 1980, n. 6315, in *Giur. Comm.*, 1981, II, 895.



L'orientamento più recente, che lo nega, al tempo stesso escludendo la presunzione speculare, onde far capo al mutuo, si trova nettamente rappresentato in Cass., 19 marzo 1996, n. 2314, in *Soc.*, 1996, 1267.

(42) Secondo quanto ben illustrato da F. Tassinari, *Costituzione di società di capitali mediante conferimento di azienda familiare*, in *Notariato*, 1996, 41

(43) Al riguardo rinvio al mio scritto *Autonomia privata e mantenimento: i contratti di vitalizio atipico*, in *Famiglia e diritto*, 2008, n. 3.

(44) Cass., sez. I, 12. 5 .2010, n. 11496: "Nell'ipotesi di donazione indiretta di un immobile, realizzata mediante l'acquisto del bene con denaro proprio del disponente ed intestazione ad altro soggetto, che il disponente medesimo intenda in tal modo beneficiare, la compravendita costituisce lo strumento formale per il trasferimento del bene ed il corrispondente arricchimento del patrimonio del destinatario, che ha quindi ad oggetto il bene e non già il denaro. Tuttavia, alla riduzione di siffatta liberalità indiretta non si applica il principio della quota legittima in natura (connaturata all'azione nell'ipotesi di donazione ordinaria di immobile ex art. 560 c.c.), poiché l'azione non mette in discussione la titolarità dei beni donati e l'acquisizione riguarda il loro controvalore, mediante il metodo dell'imputazione; pertanto mancando il meccanismo di recupero reale della titolarità del bene, il valore dell'investimento finanziato con la donazione indiretta dev'essere ottenuto dal legittimario leso con le modalità tipiche del diritto di credito, con la conseguenza che, nell'ipotesi di fallimento del beneficiario, la domanda è sottoposta al rito concorsuale dell'accertamento del passivo ex art. 52 e 93 1. fall.".

(45) Si osserva che essendo l'azione di riduzione un'impugnativa neoziale quello che verrebbe demolito non sarebbe l'acquisto del diritto reale: U. Carnevali, *Sull'azione di riduzione delle donazioni indirette che hanno lesso la quota di legittima*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Tomo I, *Diritto civile*, Milano, 1995, 131 ss.. Questa prospettiva è stata ripresa, sviluppandola, da G. Amadio, *Gli acquisti dal beneficiario di liberalità non donative*, Studio Civilistico n. 17-2009/C ,approvato dalla Commissione studi civilistici il 22 aprile 2009, pubblicato in CNN Notizie© Notiziario d'informazione del Consiglio Nazionale del Notariato del 20/05/2009 .

(46) Cass., sez. un., 5 agosto 1992, n.9282, in *Foro it.*, 1993, I, 1544, nonché in *Nuova giur. civ. comm.*, 1993, I, 372.

(47) Prospettiva ripresa da G. Baralis, *La circolazione dei beni immobili provenienti da donazione*, testo della relazione presentata al convegno "Successioni e donazioni. Tutela dei legittimari e circolazione dei beni. Problematiche civilistiche e fiscali nella recente evoluzione normativa e nella prassi applicativa" organizzato da Paradigma a Roma l'11 marzo 2008, il quale tuttavia propone di attenersi rigidamente alle risultanze della nota di trascrizione, dalla quale il pagamento del terzo ovviamente non emerge.

(48) Una trattazione aggiornata è offerta da S. Delle Monache, *Liberalità atipiche, donazioni occulte e tutela dei legittimari*, in www.judicium.it

(49) Cass. 15 novembre 1997 n. 11327, in *Riv. Not.*, 1998, 182; Cass. 14 dicembre 2000 n. 15778, in *Dir Fam*, 2002, 32.

(50) Ben rispecchiato dalla citata sentenza della Suprema Corte 15578/2000.

(51) A. Busani, *Il gioco di aliquote e franchigie salva i piccoli patrimoni*, in *Il sole 24 ore* del 29 gennaio 2007.

(52) Ovvio il riferimento al "Bersani uno" ed alla disciplina attuativa della seconda e poi della terza Direttiva antiriciclaggio.

Il ritratto fotografico digitale: diritto d'autore, diritti della persona e tutela della privacy

Federico Montaldo

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Introduzione - 2. La fotografia digitale - 3. I diritti del fotografo - 4. L'elaborazione fotografica digitale (cd. post-produzione) - 5. Il ritratto fotografico - 6. Il consenso del ritrattato - 7. Le deroghe all'obbligo del consenso: a) notorietà; b) ufficio pubblico; c) necessità di giustizia o polizia; d) scopi scientifici, didattici o culturali; e) interesse pubblico; f) l'assenza di pregiudizio. - 8. Il ritratto dei minori - 9. Il ritratto come dato personale - 10. Il consenso dell'interessato - 11. Obblighi connessi alla raccolta e al trattamento dei dati personali (e della sub-specie dati sensibili) - 12. L'impatto della disciplina a tutela della privacy sull'attività fotografica - 13 Il temperamento offerto dagli artt. 136-138 del Codice della privacy.

1. Introduzione.

Negli ultimi anni si sono andati formando e intensificando tre fenomeni che, in connessione tra loro, richiamano l'attenzione dell'interprete sui rapporti tra il diritto all'immagine, il suo uso (o abuso), la diffusione tramite i nuovi mezzi informatici, il diritto d'autore e la tutela dei dati personali. Il primo fenomeno è costituito dall'inarrestabile processo di *digitalizzazione* (cioè la rappresentazione di ogni dato di realtà tramite codici binari(1)), e in particolare, ai fini che qui interessano, il rapidissimo sviluppo delle tecnologie di ripresa fotografica, applicate non soltanto a dispositivi a ciò specificamente destinati (fotocamere), ma anche ad altri oggetti di largo consumo e utilizzo (telefoni cellulari, riproduttori musicali, *gadgets* di vario genere).

La diffusione di tali nuovi dispositivi di ripresa si è enormemente sviluppata negli ultimi anni, complici un prezzo di acquisto spesso molto contenuto ed il sostanziale azzeramento dei costi di esercizio (non vi è più né il costo di acquisto, né quello di sviluppo e stampa della pellicola). Tutto ciò ha determinato una facilità di accesso alla (e di acquisizione della) immagine fotografica mai riscontrata in passato.

Il secondo fenomeno, connesso al primo, è costituito dalla straordinaria facilità della *circolazione* dell'immagine fotografica.

Come è noto, il *file* di immagine può circolare nel *web* con una grandissima rapidità, agevolata dalla progressiva estensione delle linee ADSL e della cd. banda larga. Si consideri che una fotografia può oggi essere messa *on line* (e quindi visualizzabile) in pochi secondi dal momento dello scatto, diventando così immediatamente fruibile da altro utente della rete (e ulteriormente divulgabile) in qualunque altro punto del pianeta. E, quel che più conta, ciò può essere fatto da chiunque abbia un minimo di pratica, disponendo semplicemente di un computer e di un collegamento internet. Ai primi due fenomeni sopra descritti, di tipo tecnologico, se ne aggiunge un terzo, di tipo sociale.

Si tratta del crescente sviluppo e utilizzo delle fonti di accesso alle (e di scambio delle) informazioni e dei *contenuti*, tra i quali appunto rientrano (anche) le immagini fotografiche.

Il riferimento va non solo (e non tanto) alla diffusione dei giornali *on line*, quanto ai nuovi *media*, come i vari *blog* e *social network* (es. *Facebook*, *MySpace*), alcuni dei quali espres-



samente dedicati alla fotografia, con possibilità di pubblicare nel web veri e propri album fotografici (tra questi il più noto e diffuso è certamente *Flickr*).

Alla luce di quanto sopra, non c'è da stupirsi se la società vada mostrando una crescente avversione verso coloro che (professionalmente o non) si aggirano per le città armati di fotocamera, pronti a rivolgere il loro obiettivo non solo verso monumenti, ma anche verso comuni passanti, individualmente o in gruppo, nelle più varie occasioni.

La crescente attenzione verso i temi della *privacy*, quasi sempre misconosciuta dai più, ma comunque volentieri utilizzata come argomento “*oppositivo*”, il timore della diffusione della propria immagine nel web, fa sì che si sia parlato – a proposito dei temi qui trattati – di vera e propria *società paranoica*.⁽²⁾ Ecco allora che il tema del ritratto (e quindi anche del ritratto in fotografia), la cui disciplina risale alla legge sul diritto di autore del 1941, da un lato si rafforza, dall'altro si deve confrontare con le nuove tematiche poste dalla tutela della *privacy*, che – come verrà di seguito illustrato – pongono non pochi problemi di coordinamento.

2. La fotografia digitale.

La definizione di fotografia, dal punto di vista giuridico, si rinvie nell'art. 87 l. aut., che si riferisce alle “*immagini di persone o di aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale, ottenute col processo fotografico o con processo analogo, comprese le riproduzioni di opere dell'arte figurativa e i fotogrammi delle pellicole cinematografiche*.”

Sebbene scritta circa settant'anni fa, la norma non risente dell'evoluzione tecnologica (digitale) che ha rivoluzionato (anche) il mondo della fotografia: nel fare riferimento a *processo fotografico* o *processo analogo*, infatti, il Legislatore del 1941 ha lasciato aperta la strada al fatto che l'immagine fotografica potesse essere realizzata non già tramite il processo fotografico allora conosciuto (impressione della luce su superficie fotosensibile, sviluppo chimico del negativo e stampa), ma anche tramite procedimenti diversi, come è il caso della *fotografia digitale*.⁽³⁾

Appare altresì pienamente applicabile alla fotografia digitale la tradizionale classificazione che suddivide la fotografia – anche ai fini della relativa tutela – in tre categorie: a) opere fotografiche dotate di carattere creativo, e pertanto soggette alla disciplina sul diritto di autore⁽⁴⁾; b) le fotografie cd. “semplici”, indicate nell'art. 87 l. aut., che godono della più limitata tutela dei diritti connessi; c) le fotografie di scritti ed oggetti simili elencate nel medesimo art. 87 cit.

Per quanto riguarda la foto cd. *creativa* (la sola protetta dalla legge sul diritto d'autore) la questione principale consiste nell'individuare i contenuti ed il livello della creatività. Quest'ultima è stata ravvisata, dalla dottrina e giurisprudenza, nella scelta e combinazione di elementi ricavabili dall'apparecchio (inquadratura), nella composizione o nella creazione stessa del soggetto mediante giochi di luce e colori⁽⁵⁾; nella sensibilità del fotografo nel cogliere l'attimo⁽⁶⁾, nella capacità di evocare suggestioni che trascendono il comune rispetto della realtà raffigurata.

In ordine alla sussistenza del livello minimo di creatività, tale da configurare l'immagine fotografica come tutelabile in base al diritto di autore, si contrappongono due diversi orientamenti: un primo orientamento, più restrittivo, opta per un livello più elevato⁽⁷⁾; un secondo (di cui è espressione la giurisprudenza più recente), che suggerisce di adottare la soluzione opposta, in coerenza con la tendenza generale ad abbassare i requisiti di tutela delle opere del-

lingegno⁽⁸⁾. E' invece fuor di dubbio che, per valutare il livello di creatività, risultino ininfluenti sia l'elevata qualità tecnica della fotografia⁽⁹⁾, sia, per converso, la presenza di errori tecnici⁽¹⁰⁾, nonché la natura del soggetto inquadrato ma soltanto il modo in cui questo è riprodotto.⁽¹¹⁾

3. I diritti del fotografo.

I diritti spettanti al fotografo (cioè all'autore della fotografia) sono stabiliti dall'art. 88 l. aut.⁽¹²⁾, che esplicitamente prevede il diritto *esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia*.

Rinviate al paragrafo successivo la questione del diritto del fotografo all'elaborazione del file digitale (che comunque va senz'altro risolta in senso affermativo), in linea generale possono distinguersi tre diverse ipotesi di diritti connessi alla fotografia:

- a) la prima ha ad oggetto la figura del cd. fotografo *solutario*, che ricorre quando un soggetto, in via del tutto autonoma, realizza un'immagine e quindi diviene titolare dei diritti esclusivi di riprodurla e diffonderla;
- b) la seconda riguarda la fotografia da parte di un lavoratore subordinato: in questo caso, in virtù del generale principio in materia di opere dell'ingegno, il datore di lavoro acquista tutti i diritti patrimoniali connessi alla fotografia (non creativa) realizzata;
- c) la terza ipotesi riguarda la fotografia su commissione. Escludendo i casi in cui la fotografia abbia ad oggetto “*cose in possesso del committente*”⁽¹³⁾, tale ipotesi è quella che presenta la maggiore attinenza con il tema del ritratto e va letta unitamente a quella – a ciò specificamente dettata – di cui all'art. 98 l. aut.

In base a tale norma, il ritratto fotografico eseguito su commissione può, salvo patto contrario, essere pubblicato, riprodotto o fatto riprodurre dalla persona fotografata o dai suoi successori o aventi causa senza il consenso del fotografo. Come è stato osservato⁽¹⁴⁾, ciò determina: i) l'acquisto derivativo, ma automatico, dell'esclusiva sulla fotografia da parte del committente ritrattato; ii) la previsione di un diritto al compenso a favore del fotografo da parte del committente ritratto o dai suoi aventi causa.

E' poi stato ritenuto che, nell'ipotesi in cui il ritratto fotografico sia stato oggetto di contratto d'opera, il fotografo conservi la proprietà del negativo e non sia obbligato, salvo patto contrario, a consegnarlo al committente⁽¹⁵⁾. Tale principio è stato riconosciuto valido anche sotto il profilo della legge sulla protezione dei dati personali, avendo l'Autorità Garante esplicitamente affermato che il fotografo che non restituisce i negativi non viola la *privacy* e che la relativa legge non ha modificato le norme in tema di diritto di autore, la quale prevede un'apposita disciplina al riguardo.⁽¹⁶⁾ *Mutatis mutandis*, tali previsioni debbono ritenersi applicabili anche al file digitale (equivalente al negativo).

4. L'elaborazione fotografica digitale (cd. *post-produzione*).

Una questione divenuta oggi di grande importanza (per ragioni *tecnologiche*) è costituita dalla elaborazione digitale della fotografia e dei diritti conseguenti a detta elaborazione. In passato, nel vigore delle precedenti tecniche chimiche di sviluppo e stampa, la dottrina si era interrogata se, unitamente ai diritti esplicitamente indicati nell'art. 88 1° comma, l. aut., spettasse al fotografo anche il diritto esclusivo di elaborazione della propria fotografia, ex art. 18 l. aut. e 12 CUB.



Come è stato osservato(17), secondo una prima parte della dottrina, la mancata menzione di questa esclusiva era da individuarsi nella convinzione che la fotografia si esaurisse nel negativo, con conseguente impossibilità di operarne una successiva elaborazione.(18) Secondo altra parte della dottrina, invece, al fotografo deve ritenersi riservata anche l'elaborazione della fotografia, come la trasformazione dal bianco e nero a colori o l'utilizzazione della medesima per la produzione di opere più complesse, quali collage o sovrapposizione di immagini.(19)

La problematica ha acquistato importanza parallelamente all'evoluzione tecnologica degli ultimi anni, cioè da quando sono stati sviluppati e diffusi su larga scala (sia a livello professionale che amatoriale), i *software* di elaborazione digitale dell'immagine.(20)

La forza e l'incisività di tali strumenti è talmente profonda da consentire le più ampie elaborazioni dell'immagine, rendendo possibili vere e proprie alterazioni e stravolgimenti dell'immagine così come catturata dal sensore della fotocamera in fase di scatto.

A fronte delle illimitate possibilità rese disponibili dalla nuova tecnologia, v'è da chiedersi, anzitutto, quando una fotografia rimanga tale, ovvero quando si trasformi in un'altra opera dell'ingegno - rispettabilissima e anch'essa soggetta alla disciplina del diritto di autore (alla stregua di un'opera pittorica) – senza poter essere considerata *fotografia*.(21)

Il problema non è solo di natura definitoria, ma porta con sé una serie di possibili conseguenze giuridiche.

E' ben possibile infatti che l'immagine fotografica (e ciò anche per la estrema facilità di acquisire, *catturare* e trattare i relativi *files*) possa essere scattata da un soggetto ma elaborata digitalmente da un altro, con o senza l'autorizzazione del primo.

A chi spettano in questo caso i diritti sul *prodotto* dell'elaborazione digitale? Deve farsi o meno applicazione della disciplina dettata dal Capo V della legge 633/41?

Ad avviso di chi scrive occorre considerare che, al di là delle più complesse, variegate e fantasiose tecniche di ripresa ed elaborazione digitale dell'immagine, la fotografia ha da sempre mantenuto un nucleo centrale di elementi che la caratterizzano e che, ancora, possono essere ricondotti alla definizione di cui all'art. 87 l. aut.: *immagini di persone, aspetti, elementi o fatti della vita naturale e sociale*.

Ciò considerato, sembra doveroso ritenere che,ogniqualvolta, malgrado la più incisiva elaborazione digitale svolta nella cd. post-produzione, siano distinguibili e riconoscibili gli elementi sopra indicati - la cui impressione sul sensore non possa che essere attribuita all'autore dello scatto (cioè al fotografo) - si potrà ancora parlare di fotografia, con applicazione della relativa disciplina.

Al contrario, laddove l'elaborazione digitale sia così invasiva e penetrante, da non rendere più riconoscibili gli elementi originali dell'immagine ripresa, cioè ogni qualvolta la fase della post-produzione prevalga su quella di ripresa e dia luogo ad un prodotto del tutto diverso da quello originario, non più di fotografia si dovrebbe parlare ma, eventualmente, di altra opera dell'ingegno.

5. Il ritratto fotografico.

Il ritratto è stato definito come un'opera d'arte figurativa, una fotografia o anche il fotogramma di un film, dove appaiono riconoscibili le sembianze di una persona determinata, anche se l'immagine è soltanto un parte di una più ampia raffigurazione.(22)

La disciplina del ritratto (non solo il ritratto fotografico), si rinviene nel combinato disposto degli articoli 10 cod.civ. e 96-98 l. aut.

L'art. 10 c.c. prevede che “*qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o del figlio sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione è dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei dette congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni*”.

Senza voler svolgere qui un'analisi della natura del diritto al ritratto(23), ci si soffermerà sul profilo, di rilevanza maggiormente pratica, relativo al consenso del ritrattato ed alle ipotesi nelle quali detto consenso non è stato ritenuto necessario.

6. Il consenso del ritrattato.

L'art. 96 l.aut. prevede che “*il ritratto di una persona non può essere esposto, riprodotto o messo in commercio senza il consenso di questa salve le disposizioni dell'articolo seguente*”.

La regola generale, rispetto alla quale – come si vedrà – susseguono non poche deroghe, è quindi costituita dalla necessità del consenso della persona ritratta.

Una prima osservazione è necessaria: ciò che è subordinato al consenso non è l'esecuzione del ritratto in sé stesso, bensì la sua *divulgazione*. Si tratta di un'osservazione che ha un proprio rilievo nella pratica quotidiana del fotografo, dato che spesso viene opposto a quest'ultimo un pregiudiziale diniego di consenso ancora prima che la fotografia venga scattata, cioè addirittura prima della esecuzione del ritratto.

Il consenso è sempre revocabile, anche se sia stato oggetto di un contratto e, quindi, anche se sia stato previsto un compenso a favore del ritrattato (salvo in questo caso il risarcimento del danno da inadempimento contrattuale).(24)

Quanto alla forma in cui il consenso deve essere espresso, non è necessario che sia esplicitato per iscritto, potendo essere dato anche verbalmente, o tacitamente, per implicito o per fatti concludenti, e quindi essere provato per presunzioni e/o dichiarazioni testimoniali.(25)

Ciò precisato, il problema si sposta nella individuazione dei requisiti necessari per ritenere l'esistenza di un consenso dato per implicito. In questo senso occorre che la condotta del soggetto ritratto sia univoca, non potendosi attribuire rilievo a condotte neutre (come ad esempio uscire di casa o intrattenersi presso un luogo pubblico),(26) ma solo a comportamenti che, sebbene taciti, appaiono comunque inequivoci: ad esempio è stato ritenuto che sottoporsi spontaneamente ad un servizio fotografico, al di fuori di una specifica commissione, costituisca implicito consenso alla diffusione delle propria immagine;(27) in altri casi si è fatto riferimento alla condotta di chi non abbia opposto alcun divieto alla ripresa di fotografie durante uno spettacolo in un locale pubblico.(28)

Particolaramente delicata appare poi la questione della persistenza del consenso del ritrattato nel tempo e dei limiti del consenso medesimo.

La giurisprudenza è piuttosto rigorosa nel ritenere che i limiti posti dal soggetto ritratto debbano essere valutati secondo le circostanze di tempo e di luogo, nonché secondo le finalità e le modalità per cui il consenso fu accordato.(29) Nel bilanciamento tra il diritto alla divulgazione dell'immagine eventualmente acquisito dal fotografo ed il diritto all'immagine ed alla connessa identità personale che l'immagine riflette, è doveroso che l'interprete valuti il con-



senso circoscrivendolo piuttosto che estendendolo. Un consenso alla divulgazione di un'immagine dato da un'attrice ad inizio carriera – ad esempio – non può per ciò solo valere come consenso alla pubblicazione di quella immagine molti anni dopo.(30)

L'espressione del consenso deve poi essere valutata sotto un profilo soggettivo, per cui è da ritenere valido solo a favore dei soggetti per i quali fu prestato, ed un profilo oggettivo, per cui la sua efficacia è limitata dalle finalità ed eventualmente anche dalle modalità di divulgazione per le quali esso è stato dato.(31)

7. Le deroghe all'obbligo del consenso.

Si è detto che la regola del consenso della persona ritratta conosce diverse eccezioni, che rendono libera la utilizzazione del ritratto in presenza di determinate circostanze, così individuate dall'art. 97 l. aut: a) notorietà; b) ufficio pubblico; c) necessità di giustizia o polizia; d) scopi scientifici, didattici o culturali; e) interesse pubblico; f) l'assenza di pregiudizio.(32) La ragione di tali fattispecie derogatorie va ravvisata nella comparazione tra due esigenze opposte, entrambe riconosciute a livello costituzionale: da una parte il diritto alla riservatezza della propria immagine (tutelato ex art. 2 Cost.); dall'altra, il diritto alla libertà di informazione (tutelato ex art. 21 Cost.), che in taluni casi può prevalere sul primo. Trattandosi di ipotesi derogatorie di una regola generale (quella del consenso), l'interpretazione delle fattispecie in esame deve essere rigorosa e di stretta applicazione(33), dovendosi sacrificare un diritto in favore di un altro egualmente tutelato.(34)

E' necessaria un'analisi dettagliata delle singole ipotesi.

a) La notorietà dell'effigiato.

Tale elemento è necessario ma, spesso, non sufficiente a giustificare la mancanza del consenso.

Anzitutto occorre che la divulgazione del ritratto della persona nota risponda ad esigenze di pubblica informazione, sia pure intesa in senso lato.(35) Occorre poi che la pubblicazione sia in qualche modo correlata alle condizioni oggettive, di tempo e di luogo, della notorietà stessa, secondo un criterio di proporzionalità tra diffusione dell'immagine e condizioni di notorietà.(36)

L'aspetto che ha dato adito a maggiori controversie, peraltro, è l'utilizzo dell'immagine della persona nota per fini di lucro, pubblicitari e commerciali.

La giurisprudenza è da tempo orientata in modo piuttosto rigoroso, affermando che la notorietà dell'effigiato non giustifica mai la pubblicazione della stessa per fini pubblicitari(37), a prescindere dalle concrete modalità di utilizzazione della stessa(38), difettando evidentemente in questo caso il concreto interesse pubblico all'informazione che costituisce la ragione stessa dell'esimente prevista dall'art. 97 l.aut.(39)

E' stato osservato – in argomento – come le nostre corti tutelano quello che nell'esperienza nordamericana è chiamato *right of publicity*, pur essendosi rilevato che non esiste nel nostro ordinamento un autonomo diritto personale avente ad oggetto la propria notorietà.(40) Ed infatti, il maggior numero di pronunce si riferisce a fattispecie in cui è stato sanzionato l'uso non assentito delle immagini di personaggi dello sport e dello spettacolo(41).

b) Ufficio pubblico.

Anche per il caso dell'esimente costituita dalla pubblicazione dell'immagine di persona che ricopra un pubblico ufficio

occorre pur sempre una correlazione con l'interesse pubblico alla informazione; in caso contrario la diffusione dell'immagine deve considerarsi illecita in assenza del consenso.(42)

c) Necessità di giustizia o di polizia.

L'ipotesi derogatoria è qui giustificata da ragioni di interesse generale e di tutela dell'ordine pubblico che possono giustificare il sacrificio del diritto della persona ritrattata.

La casistica è molto vasta: si pensi alla diffusione del ritratto di una persona scomparsa, alla diffusione di identikit o di fotografie di persone ricercate, ai ritratti fotografici di pregiudicati, conservati dagli organi di polizia a scopo di riconoscimento.

Anche in questo caso, peraltro, le ragioni della deroga debbono essere interpretate in senso restrittivo, come limitate ad esigenze investigative connesse ad attività di polizia giudiziaria o ad esigenze, più in generale, di giustizia penale, come imposto sia dal carattere eccezionale della norma in cui è contenuta sia dal termine necessità.(43)

d) Scopi scientifici, didattici o culturali.

La fattispecie derogatoria dello scopo scientifico, didattico e culturale, si presta ad essere interpretata estensivamente, potendo quindi dare adito ad eventuali abusi. Ciò, in particolare, per quanto riguarda il termine "culturale", nelle diverse accezioni ed estensioni che tale termine può assumere, a seconda del tempo, del luogo, delle circostanze e perfino della formazione culturale dell'interprete.(44)

e) Interesse pubblico.

La deroga, in questo caso, impone che la diffusione del ritratto sia collegata a fatti, avvenimenti, ceremonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico.

Il requisito dell'interesse pubblico deve essere valutato non già come semplice curiosità che un determinato evento possa suscitare presso la generalità dei cittadini, ma per la pubblica utilità della divulgazione del ritratto: in questo caso, la diffusione è ammessa non solo quando il ritratto del soggetto sia ripreso in luogo pubblico (ad esempio in una piazza, su una spiaggia) o aperto al pubblico (ad es. cinema, teatro) ma anche in luogo non pubblico (es. residenza privata).(45)

Naturalmente occorre che l'aspetto pubblico che giustifica la diffusione del ritratto emerge dal contesto della fotografia stessa, così come pubblicata: sarebbe infatti illecita l'utilizzazione non autorizzata dell'immagine fotografica isolata dall'ambiente pubblico circostante.(46)

In ossequio al principio che impone un'interpretazione restrittiva delle fattispecie derogatorie, è necessario che la pubblica utilità della diffusione dell'immagine della persona ritratta persista per tutto il periodo della diffusione stessa, e non solo al momento della ripresa, ritenendosi che debba pur sempre sussistere, anche a distanza di tempo, quell'esigenza informativa che sola giustifica la diffusione dell'immagine.(47)

f) L'assenza di pregiudizio.

Mentre le precedenti ipotesi sono connotate in positivo, quest'ultima lo è in negativo.

A prescindere dalle (ed anche in presenza delle) situazioni e delle circostanze che, in assenza del consenso, giustificano la divulgazione del ritratto, occorre pur sempre il rispetto delle esigenze di tutela dell'onore, della reputazione e del decoro della persona ritrattata.(48)



La tutela di tali diritti è espressamente sancita dal secondo comma dell'art. 97 l. aut., che funge da norma di chiusura, stabilendo i limiti estremi oltre i quali la divulgazione del ritratto diviene comunque illecita.

La violazione della reputazione, del decoro e dell'onore può essere determinata sia dal *contenuto* (ad esempio persona ritratta in contegno in sé osceno o sconveniente) sia dalle *modalità* con cui avvenga la diffusione del ritratto (esso cioè può non essere di per sé stesso lesivo dei diritti tutelati dalla norma, ma lo diviene per il contesto, il modo o il luogo in cui viene rappresentato).

Il pregiudizio patito dalla persona ritratta deve poi essere a sua volta valutato non in astratto ma in concreto, con riferimento all'attività svolta, all'ambiente sociale ed alla sensibilità del momento.⁽⁴⁹⁾

8. Il ritratto dei minori.

In ordine al ritratto dei minori, valgono alcune regole maggiormente restrittive.

Per quanto riguarda il consenso, anzitutto, il soggetto chiamato ed esprimerlo, ovviamente, non può che essere individuato in chi esercita la potestà genitoriale.⁽⁵⁰⁾

In materia vige poi la disposizione di cui all'art. 16 della convenzione di New York sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 (ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991 n. 176), secondo la quale è sancito che nessun fanciullo può essere oggetto di interferenze arbitrarie o illegali nella sua vita privata, nella sua famiglia, nel suo domicilio o nella sua corrispondenza, e neppure di affronti illegali al suo onore e alla sua reputazione. È stato pertanto ritenuto che in tutte le decisioni relative ai fanciulli emanate (anche) dall'autorità giudiziaria “l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente”, sicché nel bilanciamento degli opposti valori costituzionali (diritto di cronaca e diritto alla privacy) il diritto alla riservatezza del minore deve essere considerato assolutamente prevalente, laddove si riscontri che non ricorra l'utilità sociale della notizia, quindi, con l'unico limite del pubblico interesse⁽⁵¹⁾.

Con riferimento al coinvolgimento dei minori in materia penale, inoltre, vige l'assoluto divieto di “pubblicazione e divulgazione, con qualsiasi mezzo, di notizie o immagini idonee a consentire l'identificazione del minorenne comunque coinvolto nel procedimento” (art. 13, D.P.R. 488/88).

Tale divieto è stato poi esteso dall'art. 50 del Codice della privacy a tutti i procedimenti giudiziari in materie diverse da quella penale.

9. Il ritratto come dato personale.

Illustrata come sopra la disciplina in tema di ritratto (e in particolare di ritratto fotografico), alla luce delle previsioni del codice civile e della legge sul diritto d'autore (che nel prosieguo, per semplicità, chiameremo disciplina *tipica*), una trattazione completa dei profili in esame non può prescindere dal raffronto tra tale disciplina e quella posta dal codice dei dati personali.

Ai sensi del D.lgs. 30 giugno 2003 n. 196 (cd. codice della *privacy*),⁽⁵²⁾ non vi è dubbio che:

il ritratto fotografico, inteso quale “informazione relativa alla persona fisica” rientri nella definizione di “dato personale” ai sensi dell'art. 4, lett. b);⁽⁵³⁾

il normale utilizzo del file fotografico (cioè la raccolta, l'archiviazione, l'organizzazione, la conservazione la consultazione e l'elaborazione ecc.) rientri nella definizione di “trattamento” ai sensi dell'art. 4 lett. a).⁽⁵⁴⁾

Di più.

Laddove il ritratto sia tale da rivelare l'origine razziale ed etnica, la convinzione religiosa, politica, sindacale e lo stato di salute e l'orientamento sessuale, deve ritenersi che il file fotografico diventi “dato sensibile” ai sensi dell'art. 4 lett. d).⁽⁵⁵⁾

Ai fini che qui interessano, inoltre, deve ritenersi che il semplice *hard disk* del computer del fotografo, in quanto “completo organizzato di dati personali” possa rientrare nella definizione di “banca dati” ai sensi dell'art. 4, lett. p).⁽⁵⁶⁾ Tali rilievi impongono quindi di considerare come la disciplina relativa al trattamento dei dati personali - ancorchè dettata per esigenze di protezione messe in pericolo non già dall'attività fotografica bensì da ben altri apparati e con ben altre finalità - vada ad impattare con l'impianto normativo regolante la materia e con i principi ormai consolidati della giurisprudenza.

10. Il consenso dell'interessato.

Il primo aspetto in cui la disciplina tipica del ritratto entra in conflitto (e/o, comunque, necessità di essere armonizzata con le norme a tutela dei dati personali), riguarda il consenso del ritrattato (*rectius* dell'interessato).

L'art. 23 del codice della *privacy*, infatti, prevede che “il trattamento dei dati personali da parte di privati (...) è ammesso solo con il consenso dell'interessato”.

Non solo. Il consenso è ritenuto come validamente prestato solo “se è documentato per iscritto e se sono state rese all'interessato le informazioni di cui all'art. 13”.

Quando poi si tratti di dati sensibili, “il consenso è manifestato in forma scritta”.

Già da queste norme emerge l'impatto sul sistema che risulta dall'applicazione della disciplina tipica.

Ipotizzando di trattare un file fotografico recante il ritratto di una persona, infatti, dovremmo ritenere, a rigore: che il consenso dell'interessato sia sempre e comunque necessario, anche nelle ipotesi derogatorie di cui all'art. 97 l.aut.;

che il consenso debba sempre essere dato e/o documentato per iscritto; in tale modo azzerandosi tutta la consolidata giurisprudenza secondo cui il consenso – laddove necessario – può essere dato in forma tacita, per fatti concludenti e/o comunque provato anche a mezzo presunzioni o testi.⁽⁵⁷⁾

11. Obblighi connessi alla raccolta e al trattamento dei dati personali (e della sub-specie *dati sensibili*).

Dalla soggezione alla disciplina del codice della *privacy*, segue poi l'osservanza di una serie obblighi riguardanti:

a) il diritto di accesso dell'interessato ai propri dati (artt. 7-10, Cod. Priv.); b) il rispetto delle regole per l'esercizio dei trattamenti, tra i quali spicca l'obbligo dell'informativa di cui all'art. 13 cod. *privacy*;⁽⁵⁸⁾

c) il diritto al risarcimento dei danni ex art. 15 cod. *privacy*; d) le operazioni da osservare per il caso di cessazione del trattamento, ai sensi dell'art. 16 cod. *privacy*;

e) l'eventuale notificazione del trattamento quando ricorrono le ipotesi di cui all'art. 37 cod. *privacy*.

f) l'adozione delle misure di sicurezza di cui agli artt. 31-36 cod. *privacy* (tra cui spicca il documento programmatico sulla sicurezza ex art. 34 e All. B) al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196)

Oltre agli obblighi sopra indicati, quando il ritratto sia tale da configurare un dato sensibile, il trattamento dello stesso può essere effettuato, oltre che con il consenso scritto del-



l'interessato, previa autorizzazione del Garante, ai sensi dell'art. 26 Cod. Priv.

12. L'impatto della disciplina a tutela della *privacy* sull'attività fotografica.

Come è reso evidente da quanto sopra illustrato, la testuale e rigorosa adozione ed osservanza di tutte le previsioni stabilitate dal codice della *privacy*, ove riferite all'attività del fotografo, principalmente il professionista ma anche il fotoamatore, ne limitino fortemente l'attività.

Qualche esempio pratico può aiutare a meglio comprendere. A parte i ritratti realizzati su commissione (nel qual caso opererebbe la deroga di cui all'art. 24, lett. b) cod. *privacy*), ogni ritratto fotografico, in quanto dato personale, avrebbe necessità del *consenso scritto* dell'interessato. In tale modo tutta la fotografia cd. *street life*, verrebbe di fatto ostacolata dalla necessità di ottenere un consenso (prima o dopo lo scatto), che nella maggior parte dei casi è impossibile da ottenere anche solo per ragioni di carattere pratico.

Ben più difficile risulta il lavoro del fotografo quando il ritratto valga anche come dato sensibile. E si tratta di ipotesi ben più frequenti di quanto si possa immaginare.

Si pensi, ad esempio, alle centinaia di migliaia di fotografie scattate durante i *gay prides*. Ebbene, la gran parte di tali fotografie, cioè quelle riguardanti i partecipanti che evidenziano in modo esplicito il loro orientamento sessuale, sarebbero soggette non solo alla necessità del consenso scritto, ma alla severa disciplina sul trattamento dei dati sensibili (il paradosso è che tali persone sfilano liberamente e orgogliosamente proprio al fine di manifestare il loro orientamento sessuale). Per converso, secondo la disciplina tradizionale, operando la deroga di cui all'art. 97 l. aut. (fatti o avvenimenti svoltisi in pubblico) non sarebbe neppure richiesto il consenso.

Situazione analoga si verifica per le foto scattate durante le manifestazioni politiche o sindacali, e perfino per le foto scattate durante riti religiosi all'interno o nella prossimità di chiese, sinagoghe e moschee, ovvero semplicemente ritraendo persone recanti simboli della loro confessione religiosa (si pensi allo zucotto degli ebrei; al velo islamico, ma anche all'uso di un monile ad ispirazione religiosa, come un piccolo crocefisso).

13. Il temperamento offerto dagli artt. 136-138 cod. *privacy*.

A fronte di una così gravosa disciplina - che al momento è stata avallata senza alcun intervento interpretativo da parte delle prime decisioni in materia⁽⁵⁹⁾ - si rende necessario ricercare anzitutto all'interno del medesimo testo di legge, una via d'uscita che renda in qualche modo *compatibile* il sistema di tutela della *privacy* (sia pure considerando la diversa finalità che ne è alla base), con il preesistente e specifico impianto normativo e pretorio in materia. Almeno fino a quando non intervenga una specifica interpretazione da parte dell'Autorità Garante e/o dalla giurisprudenza.

Una possibile (anche se parziale) via d'uscita è costituita dalle previsioni di cui agli artt. 136-138 del Codice, sotto il Titolo XII, Capo I, denominato "*Giornalismo ed espressione letteraria ed artistica*".

Tale Capo, infatti, stabilisce una serie di rilevanti deroghe alla disciplina sul trattamento dei dati personali, non solo per l'attività giornalistica e pubblicistica (professioni nelle quali si identificano i cd. *fotoreporters*)⁽⁶⁰⁾ per il perseguimento delle relative finalità, ma anche per il caso di trattamen-

to "temporaneo finalizzato esclusivamente alla pubblicazione o diffusione occasionale di articoli, saggi e altre manifestazioni del pensiero anche nell'espressione artistica" (v. art. 136, lett. c)⁽⁶¹⁾.

Al di là dell'infelice formulazione lessicale della norma, infatti, il corretto taglio interpretativo non può essere che quello di rendere applicabili le deroghe di cui all'art. 137 cod. *privacy* al trattamento dei dati utilizzati nell'ambito di ogni forma di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica.⁽⁶²⁾

Tenuto conto che - ormai da lungo tempo - l'attività fotografica (almeno quella cd. creativa), è considerata a tutti gli effetti una forma di espressione artistica⁽⁶³⁾ protetta dalla legge sul diritto d'autore (e, per giunta, può ben essere considerata una forma di manifestazione del pensiero), l'inclusione del ritratto fotografico all'interno di questa categoria appare coerente e non dà luogo a forzature.

Ciò consentirebbe al fotografo rientrante nella figura sopra indicata, quanto meno:

- i) di evitare l'autorizzazione del Garante ex art. 26, per i dati/ritratti sensibili;
- ii) di evitare la necessità del consenso ex art. 23 e dell'autorizzazione ex art. 26;⁽⁶⁴⁾
- iii) di avere libertà di trattamento del dato/ritratto relativamente a circostanze o fatti resi noti direttamente dagli interessati o attraverso loro comportamenti in pubblico (caso che ci porta, nuovamente, all'esempio del *gay pride*). Tra gli oneri più rilevanti, residuerebbe pur sempre unicamente l'obbligo della previa informativa di cui all'art. 13 cod. *privacy* e dell'adozione del DPS (documento programmatico sulla sicurezza) di cui al successivo art. 34.

Piuttosto lascia perplessi la restrizione posta dalla norma in merito alla transitorietà del trattamento, in correlazione con l'atto di manifestazione del pensiero o di espressione artistica. Anche in questo caso, peraltro, la formulazione della norma sembra poter consentire una certa flessibilità interpretativa, che conduca, da una parte a non imporre la distruzione del file fotografico una volta realizzata tale manifestazione; dall'altra ad evitare che, successivamente alla stessa, debba farsi applicazione delle gravose norme sul trattamento dei dati personali e sensibili previste dal codice della *privacy* senza differenziazione alcuna.

Note:

(1) La segnalazione d'obbligo, sul punto, è costituita dal saggio *Being Digital*, di Nicholas Negroponte, pubblicato per la prima volta nel 1995. In esso si spiega il *bit*, che è la parte più piccola dell'informazione digitale, così come l'atomo lo è per la materia. Tramite il *bit* si può descrivere il mondo materiale in molte delle sue componenti: dai cd audio, che sono la rappresentazione dei suoni in forma di '0' e '1', ai libri, che possono essere codificati usando un opportuno schema di rappresentazione dei caratteri alfanumerici.

(2) Deaney, *Has our increasingly paranoid society declared war on the humble 'weekend snapper'*? in www.telegraph.co.uk/culture/art/3558719.

(3) Si intende per fotografia digitale "il procedimento che consente di ottenere immagini mediante tecnologie elettroniche direttamente in forma digitale e di memorizzarle su un supporto magnetico, ottico o elettronico" (da Wikipedia).

(4) La tutelabilità della fotografia mediante diritto d'autore, che oggi appare scontata, non lo è stata in passato. A livello internazionale, le fotografie sono state annoverate tra le opere protette dalla CUB soltanto nel testo di Bruxelles del 1948. Oggi l'art. 6 dir. CE



98/93, ha assimilato le fotografie alle altre creazioni protette uniformando i termini di durata della protezione del diritto d'autore. In Italia la l. 25.6.1865 n. 2337 non annoverava le fotografie tra le opere dell'ingegno (anche se vi era un dibattito circa la loro tutela alla stregua delle altre creazioni). E' solo con il d.l. 7.11.1925 n. 1950, che le fotografie vengono annoverate tra le opere tutelate secondo il diritto di autore, pur circoscrivendosi i termini di protezione a soli 20 anni. Prima delle modifiche apportate alla legge sul diritto d'autore dal d.p.r. 8.1.1979 n. 19, la legge 633/41 proteggeva le fotografie solo attraverso diritto connesso. Si riteneva comunque che in presenza dei requisiti propri delle altre creazioni dell'ingegno anche le fotografie potessero beneficiare della tutela più ampia offerta dal diritto di autore (v. UBERTAZZI, *Commentario breve alle leggi su Proprietà Intellettuale e Concorrenza*, Padova, 2007, sub. art. 2).

(5) Auteri, *Commentario al d.p.r. 8 gennaio 1979*, in *Le Nuove leggi Civili Comm.*, 1980, 148 ss.

(6) Trib. Catania, 11 febbraio 1992, *Aida*, 92, 89; Trib. Milano, 9 novembre 2000, *ivi*, 02, 831

(7) Auteri, *cit.* 151; Cass. 21 giugno 2000 n. 8425; Cass. 4 luglio 1992, n. 8186.

(8) Cass. 12 marzo 2004, n. 5089, in *Riv. dir. ind.*, con nota di Delle Vedove e Chiavegatti, "Dilemmi in ordine alla tutela delle opere fotografiche", recante ampia trattazione ragionata in merito ai profili della fotografia creativa.

V. anche Trib. Milano, 4 dicembre 1982, *Dir. Aut.* 1983, 274 ss.

(9) Trib. Milano, 9 Novembre 2000; Trib. Milano, 11 Novembre 1999, *AIDA*, 2000, 709; Trib. Milano, 28 Giugno 1993, *ivi*, 93, 196 (citazioni tratte dal Commentario Ubertazzi, *cit.*)

(10) Pret. Saluzzo, 13 Ottobre 1993, *Dir. Aut.*, 1994, 484.

(11) Trib. Roma, 22 settembre 2004, *Dir. Aut.*, 05, 378; Trib. Milano, 4 febbraio 1982, *ivi*, 82, 274.

(12) Recita l'art. 88 l. aut.: *Spetta al fotografo il diritto esclusivo di riproduzione, diffusione e spaccio della fotografia, salve le disposizioni stabilite dalla sezione seconda del capo sesto di questo titolo, per ciò che riguarda il ritratto e senza pregiudizio, riguardo alle fotografie riprovenienti opere dell'arte figurativa, dei diritti di autore sulla opera riprodotta. Tuttavia se l'opera è stata ottenuta nel corso e nell'adempimento di un contratto di impiego o di lavoro, entro i limiti dell'oggetto e delle finalità del contratto, il diritto esclusivo compete al datore di lavoro.*

La stessa norma si applica, salvo patto contrario, a favore del committente quando si tratti di fotografia di cose in possesso del committente medesimo e salvo pagamento a favore del fotografo, da parte di chi utilizza commercialmente la riproduzione, di un equo corrispettivo.

(13) In questo caso si applicano le stesse previsioni di cui alla seconda ipotesi sopra descritta, determinandosi l'acquisto del diritto esclusivo in capo al committente, salvo il pagamento a favore del fotografo, da parte di chi utilizza commercialmente la riproduzione, di un equo corrispettivo.

(14) V. Commentario Ubertazzi, *cit.*, sub. art. 88 l.aut.

(15) Cass. 1° aprile 1980, n. 2094.

(16) Autorità Garante Privacy, 17 gennaio 2000, in *Boll.* 2000.

(17) V. Commentario Ubertazzi, *cit.*, sub. art. 88 l.aut.

(18) Auteri, *Nuove leggi civ. comm.*, *cit.*, 156.

(19) Greco-Vercellone, *I diritti sulle opere dell'ingegno*, in *Tratt. di diritto civile italiano*, diretto da F.Vassalli, Torino, 1974.

(20) Il più noto, più completo e più utilizzato tra i software di elaborazione digitale dell'immagine è Adobe Photoshop.

(21) D'altra parte, se è stato ritenuto sufficiente requisito di creatività alla fotografia realizzata a partire da altra opera dell'ingegno costituita da un dipinto (v. Cass. 12 marzo 2004, in *Foro It.*, 2004, I, 2441) non si vede perché analoga conclusione non dovrebbe essere raggiunta a partire da altra fotografia, sia essa creativa o meno

(22) Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, Torino, 1959, 11.

(23) Il tema è stato piuttosto dibattuto: una prima opinione inquadra il diritto al ritratto nell'ambito dei diritti della personalità (De Cupis, *I diritti della personalità*, *Trattato di diritti civile e commerciale* a cura di Cicu e Messineo, 268, ss); una seconda opinione suddivide il diritto al ritratto in due differenti diritti esclusivi ovvero individua un diritto dalla duplice valenza: l'uno di tipo personale, l'altro di tipo patrimoniale (Vercellone, *Il diritto sul proprio ritratto*, cit.; Ricolfi, *Nuova Giur. Civ. Comm.* 92, I, 56); più recentemente è stato ritenuto che alcuni degli interessi connessi alla tutela della riservatezza sono diritti della personalità in senso tradizionale, e quindi tutelati ex art. 2 Cost.; altri avrebbero natura prevalentemente economica, a contenuto essenzialmente patrimoniale (Ubertazzi, Aida, 97, 530); un ulteriore orientamento, proveniente dall'esperienza nordamericana, ha elaborato il cd. *right of publicity*, inteso come diritto interamente patrimoniale avente ad oggetto lo sfruttamento economico della propria notorietà (Scognamiglio, *Dir.inf.*, 88, 1 ss., Toni, *Contratto e Impresa*, 96, 82).

(24) In giurisprudenza si ritiene che il consenso alla pubblicazione dell'immagine costituisca un negozio unilaterale, avente ad oggetto non già il diritto, personalissimo ed inalienabile, all'immagine, ma soltanto il suo esercizio, sicché esso è sempre revocabile, anche in difformità di quanto contrattualmente pattuito, salvo tuttavia il diritto al risarcimento del danno in favore della controparte (cfr. Cass. 19 novembre 2008 n. 27506, in *Foro It.* 2009, 10, 2728, con nota di Ubertazzi). In dottrina, in argomento, v. Poddighe, *Sul diritto di pubblicazione, riproduzione o cessione del ritratto fotografico*, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1998, IV, 493).

(25) Tra le più recenti v. Trib. Torino, 23 Febbraio 2009, in *Foro It.*, 2010, I, 329. Nello stesso senso Cass. 16 maggio 2006 n. 11491; 17 febbraio 2004 n. 3014; 10 giugno 1997 n. 5175 (*contra* Trib. Roma, 12 marzo 2004).

(26) V. Trib. Milano, 28 novembre 1996.

(27) Trib. Roma, 24 gennaio 2002.

(28) Trib. Firenze, 16 marzo 1998. Per un caso in cui è stato escluso che nel comportamento del ritrattato fosse da ricavarsi un implicito consenso, v. App. Torino, 28 settembre 2006, *Dir. inf.* 2007, 752.

(29) v. Piazza, *Il diritto all'immagine nella giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Resp. Civ. Prev.*, 1998, 351 ss.

(30) Tale principio ha costituito oggetto del caso dell'attrice Enrica Bonaccorti, per la quale si è escluso che il consenso prestato ad inizio carriera alla diffusione di sue fotografie che la ritraevano nuda potesse ritenersi esteso alla divulgazione delle medesime a distanza di anni (Trib. Roma, 7 Ottobre 1988, *Dir.inf.*, 1989, 173). E ciò in base alla considerazione secondo cui le mutate e mutevoli esigenze e condizioni della propria vita personale sono tali da riflettersi sulla rispondenza di una data immagine al variare di tali esigenze e condizioni.

(31) V. Cass. 1° settembre 2008, n. 21995, *Foro It.*, II, 3104; Cass. 10 giugno 1997, n. 5175;

(32) Si riporta il testo dell'art. 97 l. 633/41: "Non occorre il consenso della persona ritrattata quando la riproduzione dell'immagine è giustificata dalla notorietà o dall'ufficio pubblico coperto, da necessità di giustizia o di polizia, da scopi scientifici, didattici o culturali, o quando la riproduzione è collegata a fatti, avvenimenti, ceremonie di interesse pubblico o svoltisi in pubblico".

(33) Cass. 86/1763; App. Roma 8 settembre 1986, *Dir. Aut.*, 1987, 505 ss.

(34) App. Milano, 9 aprile 1976, *Dir. Aut.*, 1976, 458. Più recentemente cfr. Trib. Tortona 24 Novembre 2003, *Aida* 04, 992, che individua espressamente la ratio della deroga in parola nell'interesse pubblico all'informazione.

(35) Così Cass. 6 febbraio 1993 n. 1503, in *Giur. It.*, 1993, I, 1, 1423.

(36) V. Trib. Roma, 31 Ottobre 1992, in *Dir.inf.*, 1993, 390; Pret. Roma, 15 aprile 1988, *ivi*, 1988, 458.



(36) Cfr. Cass. 16 maggio 2008 n. 12433, *Foro It.*, 2008, 11, 3215; Trib. Roma, 22 dicembre 1994, *ivi*, 1995, I, 2258 e in *Dir.inf.* 1995, 641.

(38) Pret. Perugia, 10 Ottobre 1992.

(39) v. Trib. Milano, 16 aprile 1994.

(40) cfr. Piazza, *cit.* 358 che richiama sul punto Pret. Roma 18 febbraio 1986, *Dir. Inf.*, 1986 549.

(41) Uno dei casi più noti è quello relativo all'utilizzo della celeberrima immagine di Coppi e Bartali che si scambiano la boccaccia, utilizzata indebitamente da una famosa marca di biciclette (Cass. 6 febbraio 1993 n. 1503, *cit.*).

(42) Caso emblematico, in argomento, è costituito dalla pubblicazione delle immagini e delle riprese video di momenti di vita privata del giudice Mesiano (estensore della sentenza del Tribunale di Milano nel caso CIR/Fininvest), ritratto in circostanze del tutto avulse dalla pubblica funzione da esso ricoperta (caso che ha portato l'Ordine dei giornalisti a sanzionare l'autore del "servizio" con due mesi di sospensione).

(43) Cfr. App. Bologna, 1° Agosto 2006, *Dir. aut.*, 2008, 4, 508.

(44) Ad esempio, è stata oggetto di controversia (decisa poi nel senso della sussistenza della esimente), la pubblicazione su un mensile di alcuni disegni della modella Claudia Schiffer nuda, ad opera di un pittore della pop art americana (cfr. Trib. Milano, 23 dicembre 1999, *Dir.inf.* 2000, 622, con nota di RESTA. Il commentatore – acutamente – osserva come il Tribunale abbia in realtà sovrapposto due piani diversi: quello della natura artistica dell'immagine e quello della finalità della pubblicazione, sicché con il riconoscimento del primo, si è di fatto coperto anche il secondo, sul quale invece molti dubbi erano leciti, anche per il modo in cui la pubblicazione era stata pubblicizzata).

(45) Trib. Roma 24 gennaio 2002.

(46) Trib. Milano, 13 febbraio 1969, *Dir. Aut.*, 1969, 231; Pret. Roma, 7.1.1977, *ivi*, 1978, 240).

(47) Cass. 15 marzo 1986, n.1763.

(48) Trib. Roma, 7 Ottobre 1988, *Dir. inf.*, 1989, 172.

(49) Trib. Napoli, 26 giugno 2001, *Dir.inf.*, 1989, 172.

(50) Per un caso in cui si è ritenuta l'espressione del consenso da parte del genitore (tra l'altro in forma tacita) v. Cass. 29 settembre 2006 n. 21172, *Resp. civ. prev.*, 2007, 4, 807.

(51) V. Cass. 5 settembre 2006 n. 19069.

(52) Per un'esauriva trattazione dei temi e problemi posti dalla disciplina in argomento v. Cardarelli, Sica, Zeno-Zencovich, *Il Codice dei dati personali*, Milano, 2004.

(53) Si intende per "dato personale", qualunque informazione relativa a persona fisica, persona giuridica, ente od associazione, identificati o identificabili, anche indirettamente, mediante riferimento a qualsiasi altra informazione, ivi compreso un numero di identificazione personale.

Sul ritratto come dato personale si è pronunciata la giurisprudenza: v. Trib. Roma, 23 febbraio 2003 e Trib. Biella 29 marzo 2003, in *Dir. Inf.*, 2003, 534 ss; Trib. Roma, 12 marzo 2004, in *Danno e Resp.*, 2005 879, con commento di Tassone.

(54) Si intende per "trattamento", qualunque operazione o complesso di operazioni, effettuati anche senza l'ausilio di strumenti elettronici, concernenti la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la conservazione, la consultazione, l'elaborazione, la modifica, la sele-

zione, l'estrazione, il raffronto, l'utilizzo, l'interconnessione, il blocco, la comunicazione, la diffusione, la cancellazione e la distruzione di dati, anche se non registrati in una banca di dati.

(55) Si intende per "dati sensibili", i dati personali idonei a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale.

(56) Si intende per "banca di dati", qualsiasi complesso organizzato di dati personali, ripartito in una o più unità dislocate in uno o più siti.

(57) L'Autorità garante ha infatti affermato che va esclusa ogni forma presunta o tacita di manifestazione del consenso (Gar., 24.12.1998, in *Boll.* n. 6, p. 119).

Come osserva Tassone, nel commento critico ad una delle prime applicazioni giurisprudenziali in materia (Trib. Roma, 12 marzo 2004, *cit.*), "con un colpo di spugna si spazza via la sopra cennata elaborazione giurisprudenziale inerente i limiti del consenso" evidenziando il grande impatto che ciò può determinare, anche in termini di costi transattivi.

(58) In proposito, l'Autorità Garante ha già avuto modo di affermare che anche il fotografo non professionista, privo di un rapporto professionale con gli organi di informazione è obbligato a dichiarare la propria identità ed intenzione sull'utilizzo che intende fare dei dati personali, tramite l'informativa di cui all'art. 13 Cod. priv. (Gar., 8 Maggio 2000).

(59) Trib. Roma, 23 febbraio 2003, Trib. Biella 29 marzo 2003, *cit.*; Trib. Roma, 12 marzo 2004, *cit.*

(60) Per quanto riguarda in particolare i giornalisti, nel trattamento dei dati personali essi sono chiamati all'osservanza del relativo Codice di deontologia (Provvedimento dell'Autorità Garante del 29 luglio 1988).

(61) Tale previsione è un'aggiunta del Codice rispetto alla precedente legge 675/96.

(62) In questo senso, v. Pelino, *Il diritto di manifestazione del pensiero*, in *Il Codice in materia di protezione dei dati personali* (a cura di Monducci e Sartor), Padova, 2004, 453, il quale rileva come tale interpretazione sia l'unica compatibile con il dettato dell'art. 9 della Direttiva 95/46 CE, di cui la disposizione in esame costituisce attuazione.

(63) In applicazione della Convenzione di Berna, nella sua revisione del 24 luglio 1971, il d.p.r. 19/79 ha aggiunto all'elenco dell'art. 2 della legge 633/41 sulle opere protette, il punto n. 7: "le opere fotografiche e quelle espresse con il procedimento analogo a quello della fotografia sempre che non si tratti di semplice fotografia protetta ai sensi delle norme del Capo V del titolo II".

64 In riferimento a tale aspetto, sia pure con riguardo alla sola attività giornalistica, è stato ritenuto che: "Il consenso dell'interessato al trattamento non è necessario, al pari dell'autorizzazione del Garante a svolgerlo, poiché sia l'uno che l'altro non sono richiesti quando le notizie sono trattate 'nell'esercizio della professione del giornalista e per l'esclusivo perseguimento delle relative finalità' soccorrendo in tal caso solo il parametro valutativo costituito dal codice deontologico (Cass. 25 giugno 2004 n. 11864, tratta da *Il codice della privacy*, a cura di R. Acciai, Ed. Maggioli, 2007, 273).



“L’Avvocato del Diavolo.” *
**L’ascesa, il declino e la caduta di un giurista
 tra Weimar e Terzo Reich.**

Roberto Negro
Avvocato, Foro di Genova

*Come fu detto di Proteo, Satana “si muta in tutte le forme”, per-
 secutore ostile, soccorritore infido, sempre funesto.*

Agostino

Sommario: 1. Premessa. - 2. L’avvocato Luetgebrune. - 3. L’as-
 cesa. - 4. Il declino. - 5. La caduta. - 6. Nel ventre del Leviatano.

1. Premessa.

La presente breve nota biografica su di un giurista tedesco, peraltro quasi sconosciuto in Italia, non ha e non può avere alcuna pretesa di scientificità o di esatto e preciso rigore storico: tuttavia, può avere un qualche suo valore e non solo di mera od oziosa curiosità. Si presenta, infatti, come il paradosso simbolico del destino di un “avvocato politico” in un periodo sconvolgente e tempestoso per il diritto europeo, nell’epoca della sua decadenza e delle sue radicali metamorfosi, ed indice della ambigua ed indubbia fascinazione (*fascinum*, nel senso di ammaliamento torbido e periglioso e al quale non sono stati insensibili anche alcuni importanti intellettuali del ‘900), che le ideologie totalitarie e totalizzanti, sorte nella prima metà del secolo scorso, esercitarono su giuristi, peraltro formatisi su basi e concetti diametralmente opposti, come lo stato di diritto, lo stato neutrale, lo stato liberale e che gettando, per così dire, alle ortiche (o lasciandosi senza troppe preoccupazioni alle spalle) tutto un bagaglio ed una eredità di tipo filosofico – culturale pregressa, divennero, senza apparenti remore o perplessità, fiancheggiatori (nel migliore dei casi) o fautori e zelanti propagandisti di concezioni relativistiche o meramente decisionistiche e a carattere di assoluta contingibilità o mistico - carismatiche del diritto, inteso, nel caso tedesco, come espressione del volk o identificato *tout court* con la volontà del “Führer”, visto come “creatore” e “costruttore” del diritto. Uno dei “precursori ideologici” di tale percorso fu certamente l’avvocato Luetgebrune(1) “difensore principe” e “avvocato politico” di tutti gli esponenti dei gruppi più violenti di estrema destra, a carattere nazionalistico – radicale, durante il periodo della Repubblica di Weimar; dal capitano Ehrhardt e dai putschisti di Kapp, agli assassini di Rathenau, ai dirigenti del movimento dei contadini durante la rivolta nello Schleswig – Holstein, al capo delle SA, Rohm, ad Hitler stesso, in particolare nel processo seguito al tentato *putsch* di Monaco ed anche successivamente. Il destino di Luetgebrune fu però diverso da quello di giuristi che erano stati un tempo suoi compagni e sodali politici, quali Otto Kollreutter, Werner Best, Hans Frank, Helmut Nicolai o Franz Gurtner. Progressivamente emarginato, venne addirittura arrestato dopo l’eliminazione delle SA e del loro capo Rohm durante la “notte dei lunghi coltellini” e, solo fortunatamente, sfuggì ad una affrettata esecuzione. Né sotto il re-

gime nazionalsocialista ebbe alcuna fortuna: incapace di adattarsi al “nuovo diritto germanico”, lui formatosi alla scuola pandettistica e sistematica tedesca, sul diritto romano, attento alle problematiche giuridiche ed alle novità teoriche sul diritto che venivano proprio a sorgere e ad emergere durante il periodo weimariano, venne presto sostanzialmente isolato, respinto dalla Lega dei giuristi nazionalsocialisti, dovette sottoporsi ad un giurì d’onore e si ridusse presto in miseria, forzatamente dimentico dei costosi sigari e dei bei cappotti di lana di cammello di cui faceva sfoggio durante i celebri processi in cui compariva come difensore, ed abile difensore, si deve dire, attento a sfruttare tutte le possibili griglie della procedura, ma anche ai rapporti con i giudici, i pubblici ministeri e la stampa.

2. L’avvocato Luetgebrune.

Su questo Carl Schmitt in sedicesimo, ma non certo all’altezza della cultura giuridica (e non solo giuridica) e del rigore scientifico di questi, non si trova in lingua italiana quasi alcunché; debbo la scoperta di questa ambigua ed inconsueta figura di giurista alla lettura di un libro, un mix di autobiografia e di romanzo – confessione, di Ernst von Salomon, curiosamente intitolato “Il questionario”, tradotto in italiano con l’improprio, fuorviante e fantasioso titolo di “Io resto prussiano”,(2) alla “postfazione” di Marco Revelli al libro “I proscritti” dello stesso von Salomon(3), nonché al libro curato da Helmut Quaritsch, “Carl Schmitt. Risposte a Norimberga”(4), da cui ho tratto l’allusione al patto col diavolo. Si precisa che le “notizie” su Luetgebrune sono scarsissime e ci si è dovuto basare essenzialmente sulle informazioni di von Salomon contenute ne “Il questionario”, integrate da risultanze indiziarie, usando quindi una metodologia del tipo *ex ungue leonem*.

3. L’ascesa.

L’astro dell’avvocato politico Luetgebrune sorge proprio nel periodo più buio e travagliato della Repubblica di Weimar:(5) Viene incaricato, infatti, della difesa di gran parte degli imputati nel processo per l’omicidio del ministro Walter Rathenau, fra i quali vi era Ernst von Salomon, diviene progressivamente l’avvocato di fiducia dei capi e dirigenti dei più importanti movimenti politici di estrema destra nel periodo di Weimar, tra cui il capitano Ehrhardt, Ernst Rohm e Adolf Hitler: questi ultimi due gli rilasceranno addirittura procure firmate in bianco per la loro difesa nei vari processi a loro carico, specie dopo il fallito putsch del 1923 e per la difesa dello NSDAP, spesso al centro di azioni illegali o al limite della legalità. Ernst von Salomon ricorda di aver visto i mandati in bianco firmati appunto da Hitler nello studio dell’avvocato, quando ormai era caduto in disgrazia, e di essersene impossessato, con l’assenso di Luetgebrune;(6) comunque, le fortune dell’avvocato politico (e militante politico), erano allora in piena ascesa e parevano destinate a durare a lungo.(7).

4. Il declino.

Invece il lento ma inesorabile declino dell’avvocato Luetgebrune inizia subito dopo l’ascesa al potere di Hitler nel 1933; possiamo forse presumere che un “avvocato politico” nel regime hitleriano avesse più poco da dire, specie dopo che i suoi antichi clienti e sodali avevano preso il potere,(8) ma possiamo anche presumere che il vecchio avvocato penalista non si trovasse del tutto a suo agio in una situazione di “normalizzazione” forzata, attraverso la progressiva eliminazione di tutte le forze politiche di opposizione, anche potenziali,

* Per evitare inutili ed inopportuni fraintendimenti si deve subito dire che “l’Avvocato del Diavolo” non è Perry Mason, ma è il Dottor Luetgebrune, difensore di fiducia di Adolf Hitler.



comprese quelle che in qualche modo avevano fiancheggiato all'inizio il partito nazionalsocialista, e che, di fronte ad una legislazione a carattere eccezionale, l'antico penalista, che aveva invocato, nel processo Rathenau la illegittimità costituzionale della "Legge per la difesa della Repubblica", in quanto distoglieva gli imputati dal giudice naturale ed aveva carattere di retroattività, non condividesse più del tutto "l'ideologia giuridica" del nuovo regime. Più probabilmente forse gli nocque la consuetudine professionale (e l'amicizia) con Rohm ed il fatto che sapesse ormai di Hitler troppi segreti o, quantomeno, circostanze inopportune. Fu arrestato subito dopo i fatti del 30 giugno 1934.

5. La caduta.

Fu rilasciato circa un anno dopo. Von Salomon (suo antico cliente, in più occasioni) seppe per caso che si trovava a Berlino ed andò a trovarlo: ormai la caduta di Luetgebrune era senza speranza. "Mi aprì egli stesso. Mi spaventai, davanti a me stava un vecchio con gli occhi umidi che avevano molto pianto. Sembrava che lo avessero fatto girare dentro una gualchiera. Gli stesi la mano e gridai: 'Dottore, non mi riconosce?' ... Si appoggiò con le due mani sul tavolo per lasciarsi cadere sulla poltrona 'Sono un uomo finito', disse, 'sono assolutamente finito; essi mi hanno liquidato'". (9) Von Salomon cercò di aiutare il suo vecchio avvocato ma senza esito e, d'altronde, egli stesso non era presso il regime più, se mai lo era stato, in odore di santità: troppo gli era di peso il fatto che il fratello Bruno fosse ormai un dirigente del KPD clandestino e l'amicizia con Harro Schulze - Boysen (10) e di Bodo Uhse (che aveva militato nelle fila dei contadini ribelli dello Schleswig - Holstein), anch'egli divenuto uno dei capi del KPD. Sta di fatto che Luetgebrune tentò alcuni ultimi "colpi di coda": cercò di far avvicinare Hitler da Rudolf Hess, ma il dittatore liquidò la faccenda dicendo: "Che nessuno mi parli di Luetgebrune, quell'uomo mi ha taciuto per quattordici anni che Rohm era omosessuale!", cosa che, aggiunge von Salomon, era conosciuta da tutti. (11) Da ottimo penalista riuscì a dimostrare la mancanza di ogni suo collegamento con le presunte attività putschiste delle SA, in quanto come semplice consulente giuridico dell'organizzazione e di Rohm, che aveva anche difeso in svariati processi dovuti alla sua omosessualità, non avrebbe potuto avere alcun potere decisionale. (12) Cercò anche, *de iure condendo*, di impratichirsi nel labirinto del nuovo diritto germanico che il dittatore voleva inaugurare ed instaurare, un po' come aveva fatto Napoleone per il *Code Civil*, ma quelle fantasie teutonico - nibelungiche riuscivano a Luetgebrune estranee ed ostiche: non riusciva a capacitarsi del perché si volessero stravolgere i principi del diritto romano per sostituirlo con un diritto diverso basato su concetti quale quello della purità razziale; il vecchio spirito giuridico weimariano si risvegliava in Luetgebrune che non riusciva a comprendere il perché il diritto non dovesse essere inteso come "dettame perenne", ma invece valutato "come norma variabile, quale la razza (della quale ogni allevatore di polli sa ch'essa si trova mai al principio di un'evoluzione, ma solo alla fine)" ed inteso come "una cosa non definibile, né nello spazio né nel tempo" (13); poi ancora peggio andò quando Luetgebrune dovette fare i conti con il diritto pratico - operativo del Terzo Reich: chiamava con disprezzo questo tipo di diritto, auspicato e voluto non solo dal dittatore ma, in particolare, da Himmler, "l'ordine delle uniformi", riferendosi, pertanto, al diritto penale militare. Pareva a Luetgebrune, formatosi giuridicamente in età guglielmina, che sulla Germania fosse sceso un universale, compiuto, invadente ed invasivo codice penale militare, molto semplice, che consisteva essenzialmente nel regolare uno stato di necessità: lo stato di guerra

o la preparazione alla guerra e che "dichiarava inequivocabilmente: 'Questo e questo è permesso e ordinato, e questo e questo è vietato e in caso di infrazione sarà punito così e così e basta'. E per tutto il resto il diritto di guerra prevale sovra ogni altro diritto". (14) E' chiaro che per Luetgebrune questo non era diritto, ma legislazione militare d'eccezione o semplice *diktat*: però, se non voleva morire di fame e continuare a vivere come era abituato ai bei tempi dei processi politici (ed era chiaro che nello stato di eccezione non vi erano processi politici, ma solo atti amministrativi discrezionali) e se non voleva cessare del tutto la pregressa vita da maturo *dandy*, doveva fare qualcosa; i clienti, infatti, lo evitavano ormai come la peste. Con un ultimo sforzo Luetgebrune si risolse a chiedere la riabilitazione dinanzi un giurì d'onore presso la Camera degli Avvocati. (15) Le incolpazioni, riferisce von Salomon, erano allo stesso tempo "gravi e ridicole"; veniva tra l'altro accusato di aver difeso un ebreo e di aver preteso onorari eccessivi dai contadini da lui difesi durante la ribellione nello Schleswig - Holstein. Nessun capo di incolpazione toccava però la presunta partecipazione al putsch di Rohm. (16) Sul punto onorari venne sentito a teste uno dei vecchi *leaders* della rivolta contadina, Hamkens, il quale dimostrò, conti alla mano, che Luetgebrune (che i contadini chiamavano il "loro buon dottore") era stato pagato meno della metà degli onorari ufficiali degli avvocati del Reich. (17) Sulla difesa assunta a favore dell'ebreo dottor Krojanker, Luetgebrune si limiterà a far presente che si trattava di un socio di un circolo di gioco e di cui aveva difeso tutti i componenti; il presidente della Corte, non pago, volle risentire il teste Hamkens, al quale domandò se i contadini nel difendere la loro causa "certamente patriottica e nazionale" avrebbero scelto per avvocato una persona che "difendeva anche gli ebrei". La risposta fu secca e lapidaria: "...ma noi sapevamo che il nostro dottore non difende mai un cliente, lui difende il diritto!". Se la figura di Luetgebrune, per sua sventura, può essere stata anche macchiata dalla sciagurata frequentazione professionale con il sanguinario giurista Roland Freisler, (18) (che talvolta nominò quale sostituto processuale), si deve osservare che la risposta del testimone Hamkens costituisce il miglior possibile elogio che possa essere stato fatto ad un avvocato penalista. Sia detto in onore della Camera degli Avvocati tedesca: Luetgebrune subì solo una non grave sanzione disciplinare e venne riabilitato. Però dopo di ciò di lui si perdonò le tracce; von Salomon non accenna ad altro e l'avvocato di Hitler sembra svanito in una sorta di limbo; possiamo solo ipotizzare e, facendo le debite proporzioni, che come Carl Schmitt, egli abbia voluto vivere, solo, in parte, in un paese che non era ormai più il suo.

6. Nel ventre del Leviatano.

Vivevamo, allora, nell'uovo del Leviatano.

Ernst Junger

Dio era con noi, ma ci trovavamo anche meglio in compagnia del Diavolo.

Ernst von Salomon

Niente era illegale, perché non c'erano più leggi.

George Orwell

Il pubblico accusatore Robert Kempner chiede a Carl Schmitt nell'interrogatorio del 29 aprile 1947: "Quando ha rinnegato il diavolo?" e Schmitt risponde: "Nel 1936", (19) che è più o meno l'anno della irreversibile e definitiva caduta dell'avvocato Luetgebrune. La vicenda di Schmitt può forse apparire come tragedia e quella di Luetgebrune (che non sapremo mai se abbia



davvero rinnegato il diavolo) può forse apparire come farsa; tuttavia entrambi, uno come attore tragico e l'altro come guitto, avevano alcune cose in comune. Entrambi avevano ritenuto di poter essere i "giuristi di un'epoca nuova", di essere gli ascoltati "consiglieri giuridici" del Principe, dimentichi che, in uno stato totalitario, il Principe, ormai solo più tiranno o dittatore, vede nel diritto solo un inciampo (una cosa diabolica nel senso etimologico del termine) in quanto deve svincolarsi da ogni remora dello stato di diritto o, in ogni caso, dai diritti e ciò perché è la vivente transustanziazione del sano spirito giuridico del popolo o incarnazione visibile ed ipostasi incarnata dei principi del Partito. Come due intelligenti giuristi abbiano potuto pensare, anche solo per un attimo, di poter "giocare" con il tiranno, questo resta un mistero; si può solo ipotizzare che potessero pensare che anche uno stato totalitario o totalizzante avesse pur sempre bisogno del diritto, in quanto quel Leviatano artificiale aveva comunque necessità che gli venisse infusa un'anima; ma questa creatura, invece, aveva solo bisogno di merce umana da inghiottire e da divorare, quasi come carburante vivo o mera massa biologica; questa illusione o, se vogliamo, errore di prospettiva invece di assolvere Schmitt e Luetgebrune rende ancora più pesante il loro scacco e, in definitiva, più grave la loro sconfitta. La parola del diritto, infatti, non può mai essere stravolta, modificata o inquinata, facendone mero strumento di propaganda e di terrore o di pressione politica. (20) L'errore di entrambi allora è stato quello di non essersi accorti (o di non essersi voluto accorgere) che la violenza che in qualche modo loro stessi a suo tempo avevano suscitato, l'uno con la giustificazione della repressione della "notte dei lunghi coltellini" (il Führer "crea" il diritto), l'altro con le sue violente ed intimidatorie aringhe politiche, ora, necessariamente, si rivolgeva proprio contro di loro, schiacciandoli. (21)

Al termine di queste brevi "vite parallele" di giuristi si dovrebbe ancora dire, e lo si dice con rammarico ed amarezza, che Schmitt era certamente a conoscenza degli orrori dei campi di sterminio: Si era incontrato più volte durante la guerra con Ernst Junger, a Parigi, a Berlino e a Kirchhorst e Dahlem; Junger sapeva di questi luoghi che definiva "scannatoi" o "regni dei Lemuri", governati da rozzi ed "infernali" guardiani e garzoni e ne parla diffusamente nei suoi diari, (22) e non è pensabile che un uomo assolutamente coraggioso e franco come Junger, non parlasse di queste cose con l'amico: ma sulla questione, anche, in specie, dopo la guerra Schmitt mantenne un "clamoroso silenzio". Luetgebrune ci appare invece come un uomo che ha inutilmente sperperato l'ingegno di cui disponeva, indubbiamente, spendendolo in cause perdute e nel tentativo di rimanere un giurista in un Stato che aveva solo bisogno di sicofanti e delatori o, nel migliore dei casi, di zelatori; da ciò emerge una figura in un ambiguo, triste e malinconico rilievo: un giurista, ormai un "avvocato di fumo", che ha prenotato un viaggio nel nulla, direbbe forse Karl Radek, o meglio ancora un viaggiatore con la valigia vuota. (24) E se poi qualcuno volesse azzardare paragoni di qualche sorta sulla nostra storia attuale e recente con la situazione della Repubblica di Weimar (gli anni dorati e i *roaring twenties* dell'avvocato Luetgebrune!), questa, direbbe Kipling, è un'altra storia; tuttavia non meno interessante e, magari, non meno pericolosa. (24)

Note:

(1) In lingua tedesca il nome Luetgebrune presenta una somiglianza fonetica con la parola Luge (= mentire): volendo essere borghesi a tutti i costi si potrebbe palpare di Luetgebrune come di un mentitore in bruno o in camicia bruna (il che è poi la stessa cosa ai fini del presente scritto).

(2) Ernst von Salomon, Io resto prussiano, Longanesi, Milano, Il titolo originale è Der Fragebogen, Il questionario, appunto. Si tratta di una lunghissima risposta – confessione al questionario che l'autorità militare alleata richiedeva che venisse compilato dalle persone che avevano ricoperto cariche amministrative e politiche sotto il regime nazionalsocialista. Probabilmente il nome di Ernst von Salomon era noto alle autorità americane, sia come uno degli assassini di Rathenau, sia come coautore di una monumentale "Storia dei Corpi Franchi," sia come uno dei capi della rivolta dei contadini contro il governo della Repubblica di Weimar, forse un po' meno come sceneggiatore di films sotto il regime; certamente gli americani non potevano sapere che von Salomon era nel frattempo profondamente cambiato e che non era certo più il lanzichenecco dei Corpi Franchi o il cospiratore politico del primo dopoguerra, pronto ad ogni azione, anche la più cupa e disperata: lo avevano radicalmente segnato l'esperienza del carcere, le disillusioni politiche del post Weimar e, proprio da ultimo, la morte del fraterno amico Plaas, arrestato, torturato ed ucciso per aver cercato di salvare alcuni dei congiurati del 20 luglio 1944, come neppure potevano sapere che la moglie di von Salomon era ebrea.

(3) Marco Revelli, Ernst von Salomon: le patologie dell'"alterità", postfazione a "I proscritti", Baldini e Castoldi, Milano, 1994. Ivi si ricorda che la pubblicazione di questo libro nel 1943, presso l'editore Einaudi, venne caldeggiata da Giaime Pintor.

(4) Helmut Quaritsch (a cura di), Carl Schmitt. Risposte a Norimberga, Laterza, Bari – Roma, 2006.

(5) Sono veramente "anni di piombo", caratterizzati da numerosi omicidi politici, tentativi di colpi di Stato, insurrezioni, grandi scioperi di massa, violenti scontri tra le diverse fazioni politiche e sanguinose repressioni; in definitiva teatro di una guerra civile non solo strisciante; e basti pensare che fu (anche) l'epoca dell'assassinio di Rosa Luxemburg e Karl Liebknecht.

(6) La qual cosa pare gli sia stata rimproverata dalla autorità di occupazione militare americana.

(7) Von Salomon ricorda ne "Il questionario", la particolare abilità di Luetgebrune in sede di "controinterrogatorio" dei testimoni: fu particolarmente brillante ed efficace nel processo Rathenau, nel processo per la rivolta dei contadini ed in un procedimento a carico dello stesso von Salomon, che era stato accusato di tentato omicidio nei confronti di un suo vecchio compagno di militanza politica, considerato, a torto o a ragione, un delatore e confidente di polizia.

(8) Ed ovviamente, allora, il dittatore non aveva più bisogno di avvocati difensori!

(9) Ernst von Salomon, Io resto prussiano, cit., p. 422.

(10) Harro Schulze – Boysen, che aveva fondato la rivista "Der Geigner" (L'avversario), andrà presto a far parte della organizzazione comunista clandestina di Harnack e Coppi. Fu uno degli organizzatori del *reseau* della Orchestra Rossa; venne giustiziato nel 1942.

(11) Tra l'altro Hitler avrebbe dovuto essere particolarmente grato a Luetgebrune, che lo aveva difeso in maniera molto abile dopo il fallito colpo di Stato di Monaco; tanto è vero che il futuro dittatore venne condannato ad una pena detentiva relativamente breve ed in una confortevole prigione aveva potuto scrivere la sua *summa* politica, il famoso (ed infamato) Mein Kampf (libro, tra l'altro, moltissimo citato ma neppure, già allora, molto letto). Ma di questo non possiamo ritenere responsabile Luetgebrune!

(12) Secondo von Salomon poi tutti sapevano, dall'ultimo poliziotto ad Hitler, che le accuse a Rohm di tentativo di *putsch* e di intelligenza con potenze straniere erano del tutto inventate; tutti però finsero di credere ad esse, salvo, ma senza troppa convinzione, la Reichswehr, che protestò per l'assassinio contemporaneo del generale von Schleicher, ma forse solo per avere un *atout* da gettare sul tappeto per ottenere tutti gli eventuali vantaggi possibili per l'esercito, durante le frenetiche trattative con il dittatore e con il partito al potere. Così almeno ritiene von Salomon in Io resto prussiano, cit., pp. 421 – 422.

(13) Ernst von Salomon, Io resto prussiano, cit., p. 430.



(14) Ernst von Salomon, Io resto prussiano, cit., p.431.

(15) Ernst von Salomon, Io resto prussiano, cit., pp. 425 e ss.

(16) Il periodo era quello delle Olimpiadi di Berlino nel 1936; con tutta probabilità il governo nazionalsocialista non voleva che il procedimento nei confronti di Luetgebrune potesse avere qualche ricaduta negativa all'estero, vista la numerosa presenza di giornalisti stranieri.

(17) Von Salomon sorvola sul fatto che ciò avrebbe potuto portare ad un nuovo procedimento disciplinare nei confronti dell'avvocato.

(18) Luetgebrune potrebbe rispondere che gli avvocati di un collegio difensivo vengono scelti dal cliente. Ad onor del vero si deve dire che allora Freisler era solo avvocato; solamente più tardi potrà dar libero sfogo alla propria vocazione e cioè quella di essere nello stesso tempo pubblico ministero, avvocato, giudice e boia (una sorta di "concentrazione assoluta" delle carriere). Chi sia di stomaco forte potrà esaminare le terribili ed allucinate *performances* di Freisler, filmate durante il processo per l'attentato del 20 luglio 1944, e che sono visibili anche su Internet. Anzi potrebbe essere una sorta di *test* per aspiranti alla carriera in magistratura: chi più resiste alla visione del filmato, meno dovrebbe essere considerato idoneo a tale ufficio.

(19) Helmut Quaritsch (a cura di), Carl Schmitt. Risposte a Norimberga, cit., p.77.

(20) Sul linguaggio dello Stato totalitario e sullo stravolgimento delle parole, che qui diventano solo puro slogan e sono usate non per convincere, ma per colpire ed offendere o come eterodiretto mantra indottrinante, nonché sullo svanire, dissolversi e scomparire progressivo degli oppositori e dei diversi o dei popoli paria e delle vittime sacrificiali, in tale sistema, prima attraverso leggi, atti amministrativi e burocratici e per consequenziale consuetudine, poi attraverso meccanismi tecnico - industriali, fino a diventare vero e proprio mero fumo umano (il riferimento è alla nota canzone di Francesco Guccini), sono debitore dell'amico David Cerri, che mi ha segnalato la fondamentale opera di Victor Klemperer, la "Lin-

gua Tertii Imperii" (LTI) e i diari dello stesso, che coprono il periodo qui preso in esame (si veda: Victor Klemperer, La Lingua del Terzo Reich, Giuntina, Firenze, 2008, nonché, id., Testimoniare fino all'ultimo, Mondadori, Milano, 2000). La terribile situazione in cui Klemperer si trovava gettato, era, anche da un punto di vista psicologico, ulteriormente intollerabile: egli era infatti un ebreo nello stesso tempo profondo studioso ed ammiratore della cultura tedesca e si sentiva "tedesco" nell'intimo; le persecuzioni di cui fu oggetto gli riuscirono, pertanto, ancor più gravose. La moglie di Klemperer era ariana: se egli poté sopravvivere in condizioni, a dir poco, inumane, il merito va anche a lei. Per converso, la moglie di von Salomon era ebrea e per ciò lo scrittore ebbe a subire situazioni, per usare un eufemismo, estremamente spiacevoli. Fa invero specie leggere che la moglie di von Salomon venne arrestata col marito dalle autorità americane di occupazione: all'ufficiale che la interrogava rispose comunque orgogliosamente: "Sir, I am Jewish!". La storia delle due donne è emblematica per quanto riguarda la situazione dei rapporti familiari durante il Terzo Reich.

(21) Parafraso qui "l'elogio funebre" che von Salomon fa del suo vecchio amico Plaas, "morto per aver cercato di salvare delle vite, anziché di distruggerle", come invero era avvenuto durante i tempi di comune militanza politica, nel periodo weimariano.

(22) Ernst Junger, Irradiazioni, Guanda, Parma, 1995, pp. 117 e 435.

(23) *La valise vide* è il titolo di un racconto di Pierre Drieu La Rochelle; Jean Paul Sartre l'usò proprio per definire lo scrittore, giudicato come il prototipo del "nichilista perfetto".

(24) Sarebbe di interesse lo studio della applicazioni del metodo klempereriano al linguaggio dei giuristi dell'epoca (e non solo) ed anche la valutazione del se ed in quale misura le teorie socio – linguistiche dell'autore siano applicabili ad un'epoca, quale la attuale, di democrazia eterodiretta e di compiuto dominio di una tecno - burocrazia al servizio di una oligarchia finanziaria e mediatica, supportata dalla "perfezione della tecnica", anche a livello di "persuasione occulta".





camiceria
abiti
calzature
maglieria
sartoria su misura

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





Recensioni e segnalazioni

Alessandro Barca

*Il diritto di recesso
nei contratti del consumatore*
Milano, Giuffrè, 2011, p. 167.

recensione di **Paolo Sanna**

Il libro scritto da Alessandro Barca dedica sette capitoli ad un tema di stretta attualità. In quello di apertura, dopo una sintetica ricognizione delle origini del *consumerism*, l'Autore esalta la guadagnata centralità (ed utile innovatività) del d. lgs. n.° 206 del 2005, denominato “*Codice del Consumo*” – dovendosi però sottolineare come la prima caratteristica appaia già messa in crisi dallo “svuotamento” del Codice del Consumo ad opera dei decreti legislativi n. 141 del 2010 in materia di contratti di credito ai consumatori e n. 79 del 2011 in materia di c.d. vendita dei pacchetti turistici- e della figura del consumatore. Al primo, Barca ascrive vari meriti: pratici, per aver raccolto “*in unico corpus normativo di facile consultazione norme in precedenza sparse in varie leggi speciali*”; economici, postulata la funzione deterrente riguardo ai potenziali comportamenti scorretti degli operatori commerciali e professionali a danno del consumatore (il quale, infatti, potrà giovarsi di uno strumento normativo di tutela diretta che tocca l'intero sviluppo del rapporto di consumo, altrimenti segnato dallo squilibrio a svantaggio del soggetto debole) e che si riverbera sul miglior funzionamento del mercato nel suo complesso. Del secondo, soggetto “*debole da tutelare quando controparte dell'impresa*”, l'Autore esplora le linee evolutive sotto il profilo nozionistico muovendo dalle diverse definizioni in precedenza contenute nei vari testi normativi - fonte di un animato dibattito giurisprudenziale in ordine alla loro portata applicativa- sino a giungere a quella generale racchiusa nel Codice del Consumo, in realtà anch'essa contornata da altre definizioni ampliate in funzione di più intense esigenze di tutela. E' però con la lettura del secondo capitolo che inizia il disvelamento del tema centrale dell'opera, ossia l'analisi del recesso così come disciplinato nel codice del consumo, al quale, l'Autore fa precedere una sintetica ricognizione della regolazione dell'istituto racchiusa nel codice Grandi, mettendone in evidenza, oltreché il carattere derogatorio rispetto al principio d'irrevocabilità del vincolo contrattuale *ex art. 1372, co. 1°, c.c.*, la differente fonte, convenzionale o legale, nonché la pluralità di funzioni: determinativa (ordinaria) ed impugnatoria o di pentimento (straordinarie). Da un lato, Barca pone subito l'accento sulla circostanza che, a fronte di particolari tipologie di contratti che, per le modalità e le circostanze con cui vengono stipulati, realizzano uno squilibrio negoziale a vantaggio della controparte professionale, proprio il recesso di pentimento rappresenta il principale strumento di tutela del consumatore, ma, dall'altro lato, non manca di enunciarne le specificità rispetto alle regole generali scolpite nella codificazione del 1942. Diversamente da quanto previsto dal Codice civile, nel primo caso, il recesso di pentimento si presenta, infatti, come un diritto potestativo oggettivamente limitato al solo consumatore ed oggettivamente circoscritto ad alcune tipologie di contratti (non soltanto a quelli già conclusi, ma anche alle semplici proposte contrattuali, dove, però, si sottolinea, sarebbe più corretto parlare di revoca), con i

caratteri dell'efficacia retroattiva, dell'irrinunciabilità, del collegamento ad un obbligo legale di informazione del professionista, della non subordinazione al pagamento di alcuna penalità o corrispettivo. Nel terzo capitolo, proprio allo scopo di meglio distinguerle dal recesso contenuto nel Codice civile, l'Autore si sofferma sulle singole ipotesi previste dal Codice del Consumo, dandone un prima descrizione con una pratica tabella riassuntiva, per poi analizzarne in modo più attento *rationes*, ambito applicativo, aspetti più squisitamente operazionali (modalità di esercizio ed effetti); evoluzioni normative nel tempo. Oggetto di studio sono quindi, in primo luogo, il recesso nei contratti a distanza e nei contratti conclusi fuori dai locali commerciali, regolato da una disciplina generale per i contratti all'interno del Titolo III, Sezione IV, del Codice del Consumo e, a seguire, la disciplina particolare prevista in materia nei contratti a distanza aventi ad oggetto servizi finanziari; televendite e contratti conclusi via internet, contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito di beni immobili, servizi turistici. Il quarto capitolo è dedicato ai rapporti tra clausole vessatorie e diritto di recesso, con l'avvertimento che, in generale, le prime lo riguardano solo indirettamente. In particolare, l'Autore si sofferma proprio sulle ipotesi contemplate dall'art. 33, lettere *e), g), h) ed o)* del Codice del Consumo, che più da vicino toccano il recesso, evidenziando i caratteri del giudizio di vessatorietà ed i suoi effetti. Il quinto capitolo è incentrato sulle diverse conseguenze derivanti dal mancato riconoscimento del diritto di recesso da parte del professionista a danno del consumatore: il quadro rimediale è delineato in relazione alle singole tipologie negoziali per cui il Codice del Consumo prevede il recesso. Nel sesto, vengono sintetizzati i caratteri fondanti del recesso consumeristico, così individuandoli: *ex lege; ad nutum; con effetto ex tunc; irrinunciabile; gratuito; discrezionale ed assoggettato ad un termine decadenziale per il suo esercizio*. Infine, l'Autore si domanda se, in definitiva, il recesso consumeristico dia vita ad un vero e proprio recesso e non, invece, ad un diritto di ripensamento o *jus poenitendi*. Da qui anche il dubbio che, nel caso dei consumatori, il recesso non operi, in realtà, su di un contratto già concluso, ma valga ad impedirne il perfezionamento sino allo spirare dei termini per il relativo esercizio. A fronte di simili interrogativi, si esprime il convincimento che, sebbene diventato di portata molto estesa, quello del recesso resti pur sempre un istituto non espressivo di una regola capace di sovvertire il principio cristallizzato nell'art. 1372, co. 1°, c.c., così che “*il contratto, una volta stipulato, trascorsi i termini di recesso, diventa, anche per il consumatore, legge da rispettare*”. L'ultimo capitolo guarda all'esperienza maturata in materia in altri paesi europei, con specifica attenzione alle realtà francese e belga. In conclusione, a Barca va l'indubbio merito di avere saputo illustrare, in modo chiaro e completo, la disciplina del recesso consumeristico e di averla messa a “reazione” con il più consueto istituto regolato dal Codice Civile nazionale. Lungi dal potersi dire conclusa, si tratta però di una riflessione destinata a trovare nuovi spunti nella dimensione Europea dal momento che, *de jure condendo*, di recesso si occupano sia il *Draft of Common Frame of Reference (Book II, Chapter 5)* che la proposta (già adottata dal Parlamento UE) di Direttiva sui diritti dei consumatori e quella, recentissima, relativa ad una disciplina uniforme delle vendite nell'Unione Europea.



Sezione Famiglia e Minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, 11 marzo 2009 - Pres. Besio - Est. Miniotti.

MINORI - affidamento congiunto al coniuge separato non genitore - ammissibilità.

Il Sig. XX, vedovo da poco tempo con due figli, sposa la Sig. YY e i due figli, in particolare il minore, crescono per circa otto anni con la Sig.ra YY come unica figura femminile di riferimento quotidiana. Nel 2009, dopo circa otto anni di matrimonio, i coniugi si separano consensualmente, ma negli accordi nulla viene previsto in ordine alla gestione del figlio ancora minore e, su richiesta della Sig.ra YY, il Tribunale per i Minorenni di Genova ha disposto l'affidamento condiviso del minore. (1)

(...Omissis...)

Rilevato:

- che il minore, orfano di madre dalla nascita, ha vissuto con il padre e la sorella adolescente nei primi tre anni di vita;
- che successivamente, essendosi il padre sposato con una collega che aveva offerto il suo aiuto nella gestione familiare fin dai primi mesi della vedovanza, egli ha intessuto con questa nuova figura un significativo rapporto;
- che dopo circa tre anni il rapporto coniugale è entrato in crisi ed il padre ha iniziato una nuova relazione sentimentale;
- che ben presto egli si è trasferito presso la compagna, lasciando i figli nella casa coniugale e contribuendo economicamente al loro mantenimento;
- che la situazione, divenuta particolarmente conflittuale, ha avuto fasi alterne di aspro dissidio e di temporanea collaborazione, favorita da interventi di supporto psicologico effettuati da professionista privata che ha guidato la gestione del minore e gli incontri con il padre;
- che il minore ha manifestato chiari segnali di malessere a seguito dei cambiamenti intervenuti nella vita della famiglia e, soprattutto, dopo la sua collocazione presso il padre;
- che via via, con la definizione della separazione, il clima si è ulteriormente complicato ed infine il padre non ha riconosciuto alla moglie titolo alcuno per condividere l'affidamento del figlio;
- che ella ha presentato ricorso al TM perché sia riconosciuto il reciproco, forte legame affettivo con il minore e perché sia regolamentato e ampliato il calendario di frequentazione con lo stesso;
- che, nel frattempo, la sorella maggiorenne ha fatto ritorno presso la moglie separata del padre;
- che nel corso dell'istruttoria è stato effettuato l'ascolto del minore;
- che da esso è emersa una condizione di sofferenza psichica che conferma il parere precedentemente espresso dalla psicoterapeuta, di stato depressivo conseguente alla separazione del nucleo e alla perdita della figura sostitutiva materna;
- che nell'udienza di restituzione il padre ha difeso l'unicità del suo ruolo genitoriale, lamentando che la moglie, in questi anni, si è spesso sostituita a lui e lo ha svalorizzato agli occhi del figlio;
- che la ricorrente ha ribadito la necessità di continuare ad

essere per il minore il riferimento materno quale è sempre stato dalla nascita e di poter così partecipare alla sua crescita.

Ritenuto:

- che a tutti gli effetti, la sig. YY ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere ella genitore biologico o meno; che la separazione da essa ha provocato sentimenti di perdita parimenti significativi, aggravati dall'introduzione di altra figura femminile e recentemente, resi ancora più disorganizzanti dalla separazione dalla sorella maggiore;
- che appare necessario, conseguentemente, rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura della filiazione, disponendo l'affido condiviso del minore;
- che ciò implica la condivisione delle scelte inerenti la vita del minore e, specificamente, ad avere contatti con le insegnanti e i medici e con quanti si occupano, a vario titolo, della sua formazione

P.Q.M.

visti gli artt. 333 - 336 c. c., su conforme parere del PM

Affida

il minore Alessio XX, congiuntamente, alla sig.a YY e al padre, sig. XX, presso il quale resterà collocato
(...Omissis...)

(1) Affidamento del figlio minore al coniuge separato non genitore.

Sommario: 1. I fatti. - 2. In diritto.

1. I fatti.

Il Sig. XX rimaneva vedovo nel marzo del 2000, pochissimi giorni dopo la nascita di Alessio e con la prima figlia, Alice, di tredici anni.

La Sig.ra YY conosceva già il Sig. XX da diversi anni per questioni di lavoro e nel novembre del 2000 tra loro nasceva una relazione affettiva.

La Sig.ra YY aveva avuto modo di conoscere i due bambini molto presto (Alessio nel dicembre 2000 la sorella nel marzo 2001) e, nell'estate 2001, la Sig.ra YY ed il Sig. XX sceglievano di sposarsi, decidendo di fare anzitutto il passo più difficile, quello di far accettare alla figlia più grande la nuova realtà familiare.

Alessio, crescendo, instaurava un legame fortissimo con la Sig.ra YY, la quale rispondeva sempre serenamente a tutte le sue domande sulla sua mamma, di come e quando era morta e, grazie al legame affettivo che si era creato, il bambino giungeva alla naturale conclusione che lui aveva due mamme: una in cielo ed una in terra.

Alessio ha sempre avuto chiarezza sul ruolo della Sig.ra YY, e, continuando a chiamarla con il suo soprannome (Mimma), pronunciava la parola mamma sottovoce alla sera quando si addormentava con lei sul divano, oppure parlando con i suoi amici ed a scuola con le maestre.



I coniugi esaminavano anche la possibilità che la Sig.ra YY adottasse Alessio ai sensi dell'art. 44, L. 183/1984 ma la decisione non venne presa per non forzare la situazione e venne poi accantonata a causa della separazione.

Nel settembre del 2006 infatti la relazione affettiva tra i Sigg.ri YY e XX cessava, e i due decidevano quindi di separarsi.

I coniugi iniziavano a discutere dei termini della separazione, ma a causa della grande conflittualità, spesso risolta con la minaccia alla Sig.ra YY di venire allontanata “perché non era la vera madre di Alessio”, la Sig.ra YY decideva di lasciare la casa coniugale e il Sig. XX le comunicava che avrebbe potuto vedere Alessio quando lo decideva lui.

I coniugi depositavano quindi un ricorso per separazione consensuale davanti al Tribunale di Genova nel quale il Sig. XX aveva esplicitamente richiesto di non inserire alcun accenno in ordine all'affidamento di Alessio, così che la Sig.ra YY non riusciva ad ottenere di poter vedere il bambino regolarmente e tutte le visite rimanevano affidate alla volontà del padre.

La Sig.ra YY proponeva quindi un ricorso davanti al Tribunale per i Minorenni di Genova per chiedere l'affidamento condiviso del minore in quanto riteneva che, più che la fredda esistenza (o meglio, l'assenza) di legami formali, si dovesse tutelare il vero interesse di Alessio e i suoi veri e reali legami affettivi, e ciò in virtù dei principi disposti dalla legge 184 / 1983 e dalla L. 54 / 2006.

2. In diritto.

La domanda della Sig.ra YY veniva basata sui principi a tutela del minore espressi dalla legge 184 / 1983 in tema di affido familiare ed in particolare su quelli in tema di affidamento condiviso di cui alla legge 54 / 2006, (1) posto che si può affermare senza esitazione alcuna che tra Alessio e la Sig.ra YY esiste un vero, forte, indissolubile legame affettivo che non ha nulla di diverso da un legame madre / figlio.

Il Tribunale per i Minorenni ha evidentemente tenuto conto dei principi espressi dalla riforma, in quanto ha adottato “i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa” (art. 155, II° c., cod. civ.), e, dopo aver adeguatamente considerato il caso, ha ritenuto come prioritaria la possibilità che il minore restasse affidato a entrambi, affidandolo in regime condiviso (2).

Va considerato, per analogia, che la Sig.ra YY è stata per Alessio la “persona singola, in grado di assicurargli il mantenimento, l'educazione, l'istruzione e le relazioni affettive di cui egli ha bisogno”, come recita l'art. 2 della legge 184/1983 e la Sig.ra YY, per sette anni, ha esercitato “i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie”, quelli previsti dall'art. 5 della legge 184/1983 per descrivere la figura del genitore affidatario (3).

Chi si occupa di minori ha ben presente che, per un bambino che cresce, conta molto di più la presenza, l'accudimento, l'affetto, piuttosto che il (sia pure importantissimo, sia chiaro) legame di sangue.

I coniugi peraltro avevano discusso, in tempi non sospetti, di procedere all'adozione di Alessio da parte della Sig.ra YY, e il tutto acquista quindi una valenza ancora maggiore, alla luce delle disposizioni di cui all'art. 44, legge 184/1983, che permette l'adozione di un minore da parte di “persone unite al minore da vincolo di parentela fino al sesto grado o da preesistente rapporto stabile e duraturo”.

Dopo la separazione la Sig.ra YY chiedeva quindi al Tribunale per i Minorenni che – molto saggiamente, con

un'ottica rivolta solo il minore piuttosto che verso gli adulti – venisse disposto un regime in virtù del quale Alessio potesse incontrare la Sig.ra YY regolarmente, con un regime di effettiva condivisione dell'affidamento e della vita di Alessio.

Il Tribunale per i Minorenni di Genova decideva quindi, con un provvedimento che ad oggi non trova precedenti in altre decisioni, di disporre l'affidamento condiviso del minore in capo al padre ed alla Sig.ra YY, nelle forme e, soprattutto, nello spirito della L. 54 / 2006 e della L. 184 / 1983.

Il Tribunale ha infatti rilevato correttamente che “*a tutti gli effetti, la sig. YY ha rappresentato per il minore la figura materna di riferimento, indipendentemente dall'essere ella genitore biologico o meno*”, focalizzando quindi la propria attenzione sul vissuto, sui bisogni e sulle necessità del minore.

Di conseguenza l'organo minorile ha ritenuto necessario “*rispettare il diritto del minore alla bigenitorialità, in considerazione dei suoi vissuti e dei legami affettivi che egli ha costruito nella sua giovane vita al di là della natura della filiazione, disponendo l'affido condiviso del minore*”, facendo sì che entrambe le effettive figure di riferimento di Alessio condividano “*le scelte inerenti la vita del minore*”, riempiendo così di vero e concreto significato il concetto di bigenitorialità.

Nel quadro della nuova disciplina relativa ai provvedimenti riguardo ai figli dei coniugi separati, e di cui agli artt. 155 e 155 bis cod. civ., così come sono stati riscritti dalla legge 54 / 2006, improntata alla tutela del diritto del minore (peraltro consacrato nella Convenzione di New York del 20.11.1989) alla cosiddetta bi-genitorialità, al diritto, cioè, dei figli a continuare ad avere un rapporto equilibrato con il padre e con la madre anche dopo la separazione.

Anche la successiva Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dei minori (4), avente come oggetto il “*promuovere, nell'interesse superiore dei minori, i loro diritti (...)*”, sottolinea l'importanza che, nei procedimenti in cui siano coinvolti i minori, si provveda alla reale promozione e difesa dei loro diritti, a prescindere dall'esistenza o meno di legami per così dire “formali”, facendo anche riferimento all'art. 2 ai cosiddetti “*detentori delle responsabilità genitoriali*” (5) e non solo ai genitori veri e propri, in quanto tale articolo fa espresso riferimento ai genitori e ad “*altre persone*” che esercitano le responsabilità genitoriali.

L'affidamento condiviso, comportante l'esercizio della potestà genitoriale da parte di entrambi ed una condivisione, appunto, delle decisioni di maggior importanza attinenti alla sfera personale e patrimoniale del minore, non si pone più (come nel precedente sistema) come evenienza residuale, bensì come la regola, rispetto alla quale ora costituisce, invece, come un'eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo.

L'art. 155 bis cod. civ. prevede inoltre che, alla regola dell'affidamento condiviso si possa derogare solo dove la sua applicazione risulti “*pregiudizievole per l'interesse del minore*” e, nel caso in esame, sarebbe stato certamente contrario all'interesse del minore che la Sig.ra YY non avesse più alcuna presenza, anche formale, nella vita di Alessio.

L'affidamento condiviso non poteva inoltre ritenersi precluso, di per sé, a causa della mera conflittualità esistente fra i coniugi, poiché la giurisprudenza costante della Corte di Cassazione conferma che tale principio ha ormai un'applicazione solo residuale, in quanto coinciderebbe con il vecchio affidamento congiunto.

Il Tribunale per i Minorenni ha quindi applicato correttamente l'art. 155 cod. civ., laddove prevede che il minore ha “*il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi e di conservare*



rapporti significativi con gli ascendenti e con i parenti di ciascun ramo genitoriale”, valorizzando appieno il rapporto equilibrato che egli ha con entrambe le sue figure genitoriali, al di là del legame di sangue.

Il Tribunale per i Minorenni ha quindi adottato effettivamente “*i provvedimenti relativi alla prole con esclusivo riferimento all’interesse morale e materiale di essa*”, di modo che “*la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione e alla salute sono assunte di comune accordo*“.

La Corte di Cassazione ha ormai una giurisprudenza costante nell’applicazione dell’affidamento condiviso considerando che “*i cardini del nuovo assetto normativo varno individuati nella maggiore centralità che assume l’interesse della prole rispetto alle conseguenze della disgregazione del rapporto di coppia. Di regola, la necessità per i figli di mantenere un rapporto costante ed assiduo con ciascuno dei genitori - gravida di risvolti affettivi, educativi, psicologici, materiali e morali - si riflette nell’istituto dell’affidamento condiviso, e, quindi, in una più intensa e comune attribuzione di responsabilità agli stessi nell’educazione della prole che prescinde, quando non ne subisca in misura rilevante le conseguenze negative, dalla crisi coniugale. (...) La disposizione contenuta nell’art. 155 c. c., comma 3, secondo cui “la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori”, costituisce un significativo quid novi, che, oltre ad evidenziare l’esigenza della condivisione del ruolo educativo anche nella crisi, in conformità a quanto stabilito dall’art. 18 della Convenzione di New York, consente di considerare l’istituto della potestà genitoriale non più come esercizio di un diritto-dovere in una posizione di supremazia, bensì di una comune e costante assunzione di responsabilità nell’interesse esclusivo della prole*” (Cass. civ. Sez. I, Sent., 10.05.2011, n. 10265).

Il Tribunale per i Minorenni di Genova ha effettivamente focalizzato sopra a tutti gli interessi in causa quelli del minore, garantendo i suoi diritti nel percorso di crescita.

**Enrico Bet
Avvocato, Foro di Genova**

Note:

(1) La legge 54/2006 ha modificato le norme sull’affidamento introducendo l’affidamento condiviso come norma generale. In particolare il novellato art. 155 cod. civ. prevede che “*anche in caso di separazione personale dei genitori il figlio minore ha il diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi (...)*”.

(2) Art. 155, III° c. cod. civ.: “*la potestà genitoriale è esercitata da entrambi i genitori. Le decisioni di maggiore interesse per i figli relative all’istruzione, all’educazione e alla salute sono assunte di comune accordo tenendo conto delle capacità, dell’inclinazione naturale e delle aspirazioni dei figli*”.

(3) L. 183/1984, art. 5: “*L’affidatario deve accogliere presso di sé il minore e provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione e istruzione, tenendo conto delle indicazioni dei genitori per i quali non vi sia stata pronuncia ai sensi degli articoli 330 e 333 del codice civile, o del tutore, ed osservando le prescrizioni stabilite dall’autorità affidante. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell’articolo 316 del codice civile. In ogni caso l’affidatario esercita i poteri connessi con la potestà parentale in relazione agli ordinari rapporti con la istituzione scolastica e con le autorità sanitarie. L’affidatario deve essere sentito nei procedimenti civili in materia di potestà, di affidamento e di adattabilità relativi al minore affidato.*

(4) Convenzione Europea sull’esercizio dei diritti dei minori, adottata dal Consiglio d’Europa a Strasburgo il 25 gennaio 1996, approvata dagli Stati membri del Consiglio d’Europa convinti che i diritti e gli interessi superiori dei minori debbano essere promossi e che a tal fine i minori dovrebbero avere la possibilità di esercitare i propri diritti, in particolare nelle procedure in materia di famiglia che li riguardano.

(5) Articolo 2 – Definizioni ; “*Ai fini della presente Convenzione, si intende per (...) b) “detentori delle responsabilità genitoriali”, i genitori e altre persone od organi abilitati ad esercitare tutta o parte delle responsabilità genitoriali*”.

Tribunale per i Minorenni di Genova, 1 dicembre 2011
- Pres. Sansa - Est. Tondina.

MINORE - adozione - da parte dei nonni materni - esclusione nel caso di specie.

Risulta pregiudizievole la costituzione di uno status giuridico (quello di figlio) in contrasto con la posizione effettiva del minore nell’ambito delle relazioni biologiche con i propri familiari (nel caso di specie, quella di nipote in linea retta).

(...Omissis...) Rilevato:

- che il minore è figlio della defunta figlia dei ricorrenti;
- che, per i motivi meglio esposti in quell’atto, con decreto 13.11.2002 n. 711/01 VG il minore veniva affidato ai nonni materni, odierni ricorrenti, con divieto di contatti con il figlio e rimozione del padre A. dall’amministrazione dei beni del bambino;
- che con successivo decreto 4.2.2003 n. 898/02 DP- 711/01 VG il padre A. veniva dichiarato decaduto dalla potestà genitoriale;
- che, come emerge anche dalla relazione in atti, i nonni, con l’ausilio della zia materna, hanno costituito per il minore G. riferimenti familiari sicuri, offrendogli gli apporti affettivi, educativi e materiali occorrenti alla sua crescita;

Vista

la relazione del servizio sociale e visto il parere del pubblico ministero;

Ritenuto:

- che la sentenza di adozione ex art. 44 l. 184/83 costituisce fra il richiedente e l’adottato il rapporto di filiazione;
- che l’adozione da parte dei nonni sia contraria all’interesse del minore:

a) il minore G. si trova già in situazione tranquilla e tutelata, vive in modo stabile nella famiglia materna, ed è al riparo da eventuali iniziative o condotte pregiudizievoli da parte del padre (decaduto dalla potestà);

b) nessuna ulteriore tutela sostanziale appare mancare al minore, nemmeno sul piano successorio rispetto ai nonni richiedenti;

c) ma soprattutto risulta pregiudizievole la costituzione di uno status giuridico (quello di figlio) in contrasto con la posizione effettiva del minore nell’ambito delle relazioni biologiche con i propri familiari (nel caso di specie, quella di nipote in linea retta), a motivo degli effetti confusivi sulla corretta percezione ed identificazione di sé e ricostruzione della propria storia personale nell’ambito della storia familiare (il minore si troverebbe ad essere, legalmente, fratello della propria madre e della propria zia, e figlio dei suoi nonni);

P.Q.M.

Visto l’art. 44 e ss l. 184/83. **Respinge il ricorso.**



restaur a nt
YUAN

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





Sezione Mediazione, Conciliazione, Arbitrato

Sentenze e Ordinanze

I

Tribunale di Roma, sez. V civ., decreto 22 luglio 2011, n. 6563, Pres. Norelli - Rel. Dedato.

PROCEDIMENTO civile - verbale conciliazione giudiziale ex art 185 c.p.c. - fattispecie - trascrivibilità nei registri immobiliari - esclusione.

II

Tribunale di Reggio Calabria, sez. I civ., decreto 27 dicembre 2010, n. 1367 - Giudice Unico Palermo.

MEDIAZIONE civile e commerciale - fattispecie - usucapione - verbale di conciliazione avente ad oggetto l'accertamento dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione da parte del mediatore - trascrivibilità nei registri immobiliari - esclusione.

In tema di mediazione civile e commerciale, il verbale di conciliazione, firmato presso un organismo di mediazione, che abbia accertato l'acquisto del diritto di proprietà per intervenuta usucapione non è titolo idoneo al fine della trascrizione nei registri immobiliari. (Nella specie, il Tribunale di Roma ha dichiarato la non idoneità alle formalità pubblicitarie, di cui agli artt. 2651 c.c. del verbale di conciliazione, avente ad oggetto l'accertamento da parte del mediatore civile e commerciale dell'acquisto del diritto di proprietà o di altro diritto reale di godimento per intervenuta usucapione. (1)

Il verbale di conciliazione giudiziale ex art 185 c.p.c., ai fini della pubblicità immobiliare, non costituisce titolo idoneo alla trascrizione, non essendo assolutamente assimilabile alla sentenza, e, sebbene sia redatto alla presenza del giudice e del cancelliere, rimane sempre un atto negoziale delle parti, alle quali la legge non attribuisce il potere di accettare l'autenticità, per fini di tutela della fede pubblica, delle sottoscrizioni di una scrittura privata. (2)

(1-2) Ai fini delle formalità pubblicitarie, nella conciliazione giudiziale, come nella mediaconciliazione, l'accertamento privato può sostituire l'accertamento giurisdizionale?

Sommario: 1. Le norme di riferimento. - . 2. Introduzione. - 3. Le fattispecie in esame. - 4. Natura ed effetti della conciliazione giudiziale. - 5. Accertamento privato sostitutivo dell'accertamento giurisdizionale? - 6. Pubblicità immobiliare e negozio di accertamento. - 7. Il negozio di accertamento dell'usucapione. 8. Conclusioni.

1. Le norme di riferimento.

Art. 2643 c.c. Atti soggetti a trascrizione. Si devono rendere pubblici con il mezzo della trascrizione: 1) contratti che trasferiscono la proprietà di beni immobili; 2) i contratti che costituiscono, trasferiscono, o modificano il diritto di usufrutto su beni immobili, il diritto di superficie, i diritti del concedente o dell'enfiteuta; 3) i contratti che costituiscono la comunione dei diritti menzionati nei numeri precedenti; 4) i contratti che costituiscono o modificano servitù prediali, il diritto d'uso sopra beni immobili, il diritto di abitazione; 5) gli atti tra vivi di rinuncia ai diritti menzionati ai numeri precedenti; 6) i provvedimenti con i quali

nell'esecuzione forzata si trasferiscono la proprietà di beni immobili o altri diritti reali immobiliari, eccetto il caso di vendita eseguita nel processo di liberazione degli immobili dalle ipoteche a favore del terzo acquirente; 7) gli atti e le sentenze di affrancazione del fondo enfiteutico; 8) i contratti di locazione di beni immobili che hanno durata superiore ai nove anni; 9) gli atti e le sentenze di cui risulta liberazione o cessione di pigioni o di fitti non ancora scaduti, per un termine maggiore di tre anni; 10) i contratti di società e di associazione con i quali si conferisce il godimento di beni immobili o di altri diritti reali immobiliari, quando la durata della società o dell'associazione eccede i nove anni o è indeterminata; 11) gli atti di costituzione dei consorzi, che hanno l'effetto indicato dal numero precedente; 12) i contratti di anticresi; 13) le transazioni che hanno per oggetto controversie sui diritti menzionati nei numeri precedenti; 14) le sentenze che operano la costituzione, il trasferimento o la modifica di uno dei diritti menzionati nei numeri precedenti.

Art. 2651 c.c. Si devono trascrivere le sentenze da cui risulta estinto per prescrizione (2934) o acquistato per usucapione [1158 e ss] ovvero in altro modo non soggetto a trascrizione uno dei diritti indicati dai numeri 1, 2 e 4 dell'articolo 2643.

Art. 2657 c.c. La trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di atto pubblico, o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente [c.p.c. 214 e 215].

Art. 2674 bis c.c. Al di fuori dei casi del precedente articolo, qualora emergano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità di un atto [2643] o sulla iscrivibilità di una ipoteca [2827 e ss], il Conservatore su istanza della parte richiedente, esegue la formalità con riserva. La parte a favore della quale è stata eseguita la formalità con riserva deve proporre reclamo all'autorità giudiziaria [att. 113 ter].

Art. 113 ter Disp. Att. Il reclamo previsto nell'art. 2674 bis c.c. si propone con ricorso, entro il termine perentorio di trenta giorni dalla esecuzione della formalità davanti al Tribunale nella cui circoscrizione è stabilita la conservatoria; entro lo stesso termine il ricorso deve essere notificato al conservatore, a pena di improcedibilità. Il Tribunale provvede in camera di consiglio, con decreto motivato, immediatamente esecutivo, sentiti il pubblico ministero, il conservatore e le parti interessate. Contro il provvedimento del Tribunale è consentito reclamo alla Corte di Appello, con ricorso notificato, a pena di improcedibilità, anche al conservatore. A margine della formalità eseguita con riserva il conservatore annota la proposizione del reclamo, il decreto immediatamente esecutivo del Tribunale e il decreto definitivo. Quando il reclamo non è proposto o è rigettato definitivamente, la formalità perde ogni effetto.

Art. 185 c.p.c. Il giudice istruttore, in caso di richiesta congiunta delle parti, fissa la comparizione delle medesime al fine di interrogarle liberamente e di provocarne la conciliazione. (...omissis...).

Art. 88 Disp Att del c.p.c. La convenzione conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore è raccolta in separato processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere. Se la conciliazione avviene tra i procuratori non autorizzati a conciliare, il giudice ne prende atto nel processo verbale d'udienza e fissa un'udienza per la compar-



zione delle parti e per la formazione del processo verbale, indicato nel comma precedente.

Se le parti non risiedono nella circoscrizione del giudice, questi può autorizzarle a ratificare la convenzione conclusa dai procuratori con dichiarazione ricevuta dal cancelliere della pretura della loro residenza, o se il luogo di residenza non è sede di pretura, da notaio, fissando all'uopo un termine. La dichiarazione di ratifica è unita al processo verbale d'udienza contenente la convenzione.

2. Introduzione

Con i provvedimenti in esame si afferma il principio per cui, sia il verbale di conciliazione, di cui al art. 11 D.lgs 4 marzo 2010 n. 28, che il verbale di conciliazione giudiziale, ex art 185 c.p.c. non costituiscono titoli idonei, ai fini della trascrizione nei registri immobiliari.

Nel primo caso, il Tribunale di Roma, con decreto di Camera di Consiglio, dopo essere stato interpellato dalla Conservatoria, a cui era stato chiesto dalle parti di effettuare la trascrizione, ai sensi dell'art 2643 e ss c.c., ha affermato il principio che il verbale di conciliazione relativo alla procedura della mediazione civile e commerciale, che accerti l'acquisto per usucapione del diritto di proprietà o altro diritto reale di godimento, non è trascrivibile nei registri immobiliari e ciò in quanto le uniche ipotesi possibili sono quelle previste dall'art. 2643 c.c.

Si tratta di una decisione con conseguenze rilevanti, atteso il pregiudizio che potrebbe derivare, in caso contrario, alla funzione di certezza dei rapporti giuridici, a cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione.

Inoltre, non bisogna sottovalutare come, in tal modo, i terzi potrebbero convincersi, erroneamente dell'equiparazione tra sentenze giurisdizionali e verbali di conciliazione.

Ma vi è di più. Secondo i giudici romani, il rischio riguarderebbe l'accertamento dell'avvenuta usucapione, quale modo di acquisto della proprietà per effetto dell'esercizio prolungato del possesso su un determinato bene, a discrezione dell'usucapiente e non mediante la verifica da parte del giudice.

A tal riguardo è opportuno aggiungere come parte della dottrina ritenga che l'accertamento dell'intervenuta usucapione, mediante la procedura conciliativa, non sia compresa tra le materie per le quali la mediazione sia obbligatoria, al contrario di quanto affermato dal Tribunale di Roma.

Ciò in quanto alla luce di un consolidato orientamento della Giurisprudenza, il negozio di accertamento dell'usucapione, che in questo caso rileva a seguito della mediazione, può costituire prova dei fatti a sostegno dell'usucapione intervenuta e non già titolo costitutivo della proprietà, a maggior ragione se si pensi che il mediatore non può accettare la legittimazione passiva dell'usucapiente, il quale, a sua discrezione si reputa titolare, a titolo originario, del bene.

Infine ma non per ultimo, il decreto si pronuncia su un altro aspetto rilevante della procedura di cui al D.lgs 28/10, vale a dire, sull'autenticazione da parte del notaio o di altro pubblico ufficiale, a margine dell'accordo.

Nel caso di specie, un altro motivo di rifiuto di trascrizione del verbale omologato da parte della Conservatoria è stata la mancanza di qualsivoglia autenticazione dell'accordo conciliativo, nonostante il verbale di conciliazione, invece avesse la certificazione delle sottoscrizioni effettuata dal mediatore.

Nel decreto 28/10, infatti, oltre ad essere ribadita e specificata la differenza tra verbale di conciliazione e accordo conciliativo, viene sancita anche l'obbligatorietà, per il secondo,

di essere autenticato da notaio o pubblico ufficiale, qualora l'accordo stesso debba essere trascritto nei registri immobiliari.⁽¹⁾ Ma andiamo per ordine.

3. Le fattispecie in esame.

Nel caso esaminato dal Trib di Roma, la ricorrente, a seguito dei dubbi manifestati dalla Conservatoria dei registri immobiliari sulla trascrivibilità del verbale di conciliazione, sottoscritto innanzi ad un organismo di mediazione il 25 marzo 2011 ed omologato dal Presidente del Tribunale di Roma, il 5 aprile 2011, in forza del quale si accertava l'intervenuto acquisto per usucapione, in favore dell'esponente del diritto di proprietà su un cespite immobiliare, sito in Roma, per non rientrare l'istituto dell'usucapione tra la materie soggette alla mediazione obbligatoria, di cui al D.Lgs 28/10, ha presentato istanza per la trascrizione con riserva, ex art 2674 bis c.c., a seguito della quale la Conservatoria ha eseguito detta formalità.

La ricorrente ha fondato la propria difesa sull'assunto che l'usucapione, quale modo di acquisto del diritto di proprietà e dei diritti reali di godimento, rientra nei casi di mediazione obbligatoria, ex art 5 Dlgs 28/10, che configura la mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa ai diritti reali; conseguentemente il verbale di conciliazione non può che rientrare nel novero degli atti trascrivibili, pena la vanificazione dell'intento deflattivo posto a base dell'istituto della mediazione. Il conservatore all'udienza del 27 giugno 2011 ha, invece, giustificato i suoi dubbi, in ordine alla trascrivibilità del verbale di conciliazione, non per l'esclusione dell'usucapione dall'istituto della mediazione obbligatoria, come sostenuto dalla ricorrente, ma per la natura di tale atto, non equiparabile alla sentenza di accertamento dell'intervenuta usucapione, di cui al 2651 c.c., atteso il suo valore negoziale ed alla mancata autentica delle firme, richiesta, quale condizione per la trascrizione, ex art. 2657 c.c.

Infatti, secondo i Giudici capitolini, poiché in base all'articolo 11, comma 3, del D.lgs 28/10 possono essere trascritti solo gli atti e i contratti previsti dall'art 2643 del c.c., il verbale di conciliazione che accerta l'usucapione, non realizzando alcun effetto modificativo, estintivo o costitutivo e assumendo solo il valore di un mero negozio di accertamento, sarebbe estraneo al perimetro applicativo della norma.

Né – aggiungono i giudici – la trascrizione del suddetto verbale potrebbe avvenire applicando in via interpretativa l'art. 2651 del cc, che appunto prevede la trascrizione della sentenza accertativa dell'usucapione, in ragione del fatto che la trascrizione del verbale di conciliazione per il tramite dell'art. 2651 c.c., minerebbe la funzione di certezza dei rapporti giuridici, cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione.

Nel caso de quo l'esecuzione della formalità sarebbe avvenuta in assenza di una disposizione normativa che la preveda testualmente.⁽²⁾

Con la conseguenza che si sarebbe ingenerato nei confronti dei terzi l'errato convincimento che il verbale di accertamento dell'usucapione è equiparabile alla sentenza che accerti la stessa vicenda, quando invece tale parificazione è assolutamente da escludere.

Infine, consentire la trascrizione ex art. 2651 c.c. del verbale di conciliazione, equiparabile per il suo valore ad un negozio di accertamento, andrebbe a minare la funzione di certezza dei rapporti giuridici, cui è anche preordinato l'istituto della trascrizione, ben potendo la parti utilizzare tale istituto non per la composizione di una lite effettiva, ma per dissimulare operazioni negoziali ai danni dei terzi, con seri pregiudizi alla circolazione dei beni. Si pensi al caso in cui il con-



venuto non sia l'effettivo proprietario del bene per cui è controversia.

Né tanto meno, si può ritenere che il verbale di conciliazione perda il suo carattere negoziale, in caso di omologa da parte del Presidente del Tribunale, in quanto detta omologa, concedibile solo ove l'accordo, oltre ad essere regolare da un punto di vista formale, non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, non altera la natura di esso, non partecipando il Presidente del Tribunale all'atto, ma attribuendogli solo delle garanzie prettamente formali.

Infatti dalla lettura del provvedimento si evince che il documento esibito al Conservatore, ai fini della richiesta di trascrizione, era costituito da un verbale di conciliazione accertativo dell'intervenuta usucapione, omologato dal Presidente del Tribunale, ex art. 12 D.lgs 28/10, ma non autenticato da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, secondo quanto previsto dall'art 11, comma 3 D.lgs 28/10.

Tale previsione normativa impedisce che l'accordo di conciliazione, non autenticato da pubblico ufficiale autorizzato dalla legge, possa costituire titolo idoneo alla trascrizione e che non è titolo idoneo alla trascrizione il verbale di conciliazione, contenente la sola certificazione delle sottoscrizioni delle parti, eseguita dal mediatore, ex art 11, comma 3, prima parte.

Probabilmente già solo tale circostanza – cioè l'assenza di autenticità del titolo da trascrivere nei registri immobiliari ex art 2657 c.c. (in base al quale costituiscono titoli idonei alla trascrizione gli atti pubblici, le scritture private autenticate o riconosciute giudizialmente), avrebbe consentito al Conservatore di rifiutare la trascrizione, facendo applicazione dell'art 2674 c.c., comma 1 del c.c. (anziché come avvenuto, dell'art. 2674 bis c.c.).(3)

Infatti, così come la certificazione delle sottoscrizioni, che il mediatore, ex art. 11, comma 3, prima parte, D.lgs 28/10, è autorizzato ad apporre in calce al verbale di mediazione, non sarebbe in alcun modo in grado di attribuire all'accordo di conciliazione la forma autentica necessaria per le ricordate formalità pubblicitarie, allo stesso modo non potrebbe attribuirla l'omologazione del Presidente del Tribunale, eventualmente richiesta, per l'esecutività dell'accordo, ex art 12 del D.lgs 28/10.

Con riferimento ai rapporti fra autenticazione notarile e omologazione giudiziaria va infatti ricordato che si tratta di istituti distinti e non fungibili tra loro, con conseguente impossibilità di procedere alla trascrizione del verbale di conciliazione omologato, ma non autenticato.

Il D.lgs 28/10 attribuisce espressamente alla sola autenticazione notarile la funzione di consentire l'accesso nei registri immobiliari all'accordo di conciliazione, contenente uno degli atti previsti dall'art. 2643 c.c., mentre attribuisce all'omologazione la sola e differente funzione di consentire al verbale di conciliazione di divenire titolo esecutivo per esecuzione forzata e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Né a una diversa conclusione potrebbe pervenirsi, invocando quanto avviene con riferimento alla trascrizione dei verbali di separazione consensuale coniugale, contenenti trasferimenti immobiliari, nelle ipotesi in cui la trascrizione sia stata eseguita sulla base dell'accordo tra coniugi, omologato ma non autenticato.(4). Il verbale di separazione consensuale, infatti, non è comparabile con quello di conciliazione previsto dal D.lgs 28/10, rispetto al quale presenta una diversa natura.(5)

Occorre tenere presente che i verbali omologati dal Presidente del Tribunale, ex art 158 c.c. e 711 c.p.c. sono stati ritenuti trascrivibili, peraltro dopo accesi dibattiti in dottrina e giurisprudenza, non certo in virtù dell'omologazione, ma a seguito del riconoscimento al verbale di udienza (contenente l'accordo di

separazione e i relativi trasferimenti) della natura di atto pubblico, in quanto redatto da un ausiliario del giudice e destinato a far fede di ciò che in esso è attestato.(6)

Dunque depongono in questo senso, sia l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui (persino) il verbale di conciliazione giudiziale, ex art 185 c.p.c., non è equiparabile alla sentenza, sia le considerazioni appresso specificate, in ordine all'inammissibilità dell'accertamento negoziale dell'usucapione, sostanzialmente basate sulla sottrazione ai privati del potere di accertare con efficacia *erga omnes* – i presupposti (di fatto) dell'intervenuta usucapione, sulla necessità che il titolo di acquisto della proprietà sia rappresentato da un contratto a contenuto traslativo e non da un negozio di accertamento, sulla sottrazione al controllo del giudice della verifica della legittimazione passiva dell'usucapito, che sarebbe, invece, individuato a discrezione dell'usucapiente, semplicemente presentando l'istanza di mediazione.(7)

4. Natura ed effetti della conciliazione giudiziale.

Nel senso dell'intrascrivibilità nei registri immobiliari del verbale di conciliazione giudiziale, ex art 185 c.p.c., è il pronunciamento del Tribunale di Reggio del secondo caso in esame, che ha ritenuto il verbale di conciliazione giudiziale, titolo non assolutamente assimilabile alla sentenza e dunque titolo non idoneo alla trascrizione.

In merito alla conciliazione giudiziale è bene chiarire, che essa è una convenzione tra le parti del giudizio e che va interpretata sulla base della volontà espresse dalle parti come consacrate nel verbale che di essa costituisce prova documentale.(8)

La stessa si caratterizza sotto un primo aspetto strutturale, per l'intervento necessario del giudice e dall'altro, sotto un aspetto funzionale, per l'effetto processuale di chiusura del giudizio e per l'effetto sostanziale per gli effetti derivanti dal negozio giuridico, contestualmente stipulato dalle parti e che resta soggetto alla disciplina che gli è propria(9).

Si tratta di un istituto conforme al principio fondamentale della disponibilità del giudizio, che anima il nostro processo civile, con il quale viene meno l'interesse ad agire dell'attore e a contradire del convenuto ed il processo si conclude così; senza bisogno di essere integrato con un provvedimento del giudice di estinzione o cessazione della materia del contendere, poiché l'azione si "consuma" con la conciliazione e con l'ordinanza di cancellazione della causa dal ruolo.(10)

L'istituto della conciliazione giudiziale ha subito nel tempo un'evoluzione, essendo la sua attuale formulazione il frutto della novella introdotta dall'art.1 del D.p.r. 17 ottobre 1950, n. 857

Peraltra l'originaria formulazione del primo comma di tale articolo risultava il seguente: se la natura della causa lo consente, il giudice istruttore, nella prima udienza, deve cercare di conciliare le parti, disponendo, quando occorre, la loro comparizione personale.

Tale norma è stata abrogata dall'art. 89 della legge 26 novembre 1990, n. 353 che ha eliminato il riferimento alla natura della causa, rendendo obbligatorio per il giudice il tentativo di conciliazione solo quando lo stesso sia stato richiesto dalle parti all'udienza di prima comparizione.

Il vigente art. 88, I comma, delle disposizioni di attuazione al c.p.c., prevede poi che: la convenzione, conclusa tra le parti per effetto della conciliazione davanti al giudice istruttore, sia raccolta in separato processo verbale, sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere.

L'obbligatorietà della redazione di un separato processo verbale è anche richiamata dall'ultimo comma dell'art. 185 c.p.c.(norma in vigore anche prima dell'ultima novella del 2006), che così recita: quando le parti si sono conciliate, si forma processo verbale



della convenzione conclusa. Il processo verbale costituisce titolo esecutivo.

Dunque, riepilogando, nel verbale di udienza le parti dichiarano di volere conciliare la lite e concludono la convenzione; al giudice, altro compito non è riservato dalla legge se non quello di prendere atto di ciò ed ordinare al cancelliere di formare un separato fascicolo, nel quale siano raccolti la convenzione ed il verbale d'udienza(11).

Con il verbale di conciliazione, che ricordiamo, ex art. 88 c.p.c., deve essere sottoscritto dalle parti stesse, dal giudice e dal cancelliere, il giudice si limita a raccogliere la convenzione conclusa tra le parti, certificandola.

Il verbale di conciliazione giudiziale contiene, dunque, una convenzione tra le parti di giudizio, da interpretarsi sulla base della volontà delle medesime espressa nelle pattuizioni ivi consacrate e di cui esso costituisce prova documentale, fermo restando che l'accordo produce di per sé effetti sostanziali e processuali e costituisce, in presenza dei requisiti di legge, titolo esecutivo ex art. 474 c.p.c., anche se sia inserito nel solo verbale di udienza.(12) Dunque la conciliazione giudiziale si caratterizza per l'effetto processuale di chiusura del giudizio in cui intervenga; per il fatto di risultare cristallizzata in un processo verbale dotato di valore documentale ed infine, per l'effetto sostanziale derivante dal negoziato giuridico in essa incorporato.(13)

Essa malgrado ciò non è assimilabile ad un negoziato di diritto privato puro e semplice, essendo previsto, infatti, il necessario intervento del giudice.

Il Collegio, sempre in merito, ha inoltre affermato che la conciliazione giudiziale prevista dall'art. 185 c.p.c. è una convenzione fra le parti che l'hanno conclusa, con la particolarità di essere consacrata in un processo verbale avente carattere documentale. A tal fine perché si realizzzi un'attività negoziale è necessario che dal processo verbale di conciliazione risulti l'incontro delle volontà delle parti, che unisce al carattere genericamente transattivo del suo contenuto sostanziale, l'effetto processuale della impossibilità di una qualsiasi ulteriore prosecuzione del giudizio. Non può, dunque, configurarsi conciliazione giudiziale nella dichiarazione fatta all'udienza da una parte di aver transatto la lite.(14)

Da quanto affermato deriva, tra l'altro, che l'intervento del giudice nella conciliazione non altera la natura consensuale della composizione della controversia, onde non è esclusa l'indagine sul suo contenuto negoziale, se sorga dissenso tra le parti sulla portata dell'accordo.(15)

Delineato in tal modo l'istituto della conciliazione giudiziale, pare preclusa al giudice qualsivoglia attività diversa ed ulteriore rispetto alla presa d'atto della volontà delle parti, alla certificazione che le loro rispettive dichiarazioni sono oggetto della conciliazione. La problematica della natura negoziale dei processi verbali di conciliazione giudiziale ha anche riflessi in materia immobiliare.

Ai sensi dell'art 2657 del c.c. la trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di atto pubblico o di scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente. In base a tale disposizione, il cui carattere tassativo è stato più volte ribadito dalla Corte di Cassazione(16), soltanto gli atti aventi i predetti requisiti di forma costituiscono titoli idonei per la trascrizione. La previsione normativa di un requisito minimo di forma per la trascrivibilità degli atti nei registri immobiliari (scrittura privata autenticata o accertata giudizialmente), risponde non solo allo scopo di stabilire, attraverso un criterio selettivo, i titoli idonei a documentare il fatto giuridico che costituisce l'oggetto proprio della trascrizione, ma anche l'esigenza di garantire che l'accertamento dell'autenticità della sottoscrizione venga svolta da un soggetto "terzo", rispetto ai sottoscrittori e particolarmente qualificato (ufficiale fidefaciente o giudice senten-

ziante). Nella scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, l'accertamento operato dall'ufficiale autenticante o dal giudice, ha efficacia erga omnes; viceversa, l'efficacia del riconoscimento in giudizio di una scrittura privata, sia esso espresso o tacito, viene normativamente limitata all'aspetto probatorio.

Gli effetti correlati al riconoscimento assumono, cioè, rilevanza esclusivamente nell'ambito dei rapporti intercorrenti tra le parti del processo, per quanto attiene, in particolare, i profili inerenti l'efficacia probatoria della scrittura medesima. In sostanza la scrittura riconosciuta in giudizio- fattispecie a cui è equiparato il verbale di conciliazione in parola - può senz'altro generare pienezza di prova (fino a querela di falso), ma secondo la preclusione processuale, cioè nei soli rapporti tra le parti del processo (ancorché al di là del processo medesimo). Sotto tale profilo, pertanto, anche agli effetti di quanto previsto dall'art. 2657 del c.c., non può riconoscersi equipollenza tra la scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente – laddove l'accertamento della sottoscrizione avviene con l'adozione delle predette garanzie obiettive- e la scrittura privata riconosciuta in giudizio, nella quale il riconoscimento costituisce pur sempre un atto di parte. Da ciò consegue che il verbale di conciliazione giudiziale non può costituire titolo idoneo per la trascrizione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 2657 c.c.

Il verbale di conciliazione ex art. 185 c.p.c., infatti, sebbene redatto alla presenza del giudice e del cancelliere, è, sempre, un atto negoziale delle parti, alle quali la legge non attribuisce il potere di accettare (come al giudice) l'autenticità, per fine di tutela della fede pubblica, delle sottoscrizioni di una scrittura privata.

E ciò in ragione del comune principio interpretativo secondo cui l'accertamento giudiziale dell'autenticità della trascrizione di una scrittura privata, cui fa riferimento l'art. 2657 c.c., è solo e soltanto quello effettuato dal giudice con la sentenza, proprio in considerazione dell'interesse pubblico sotteso a detta norma (per la necessità di certezza relativamente ai trasferimenti di determinati beni). Infatti, una conciliazione anche se avviene dinanzi al giudice è frutto del potere dispositivo delle parti e conserva in pieno natura negoziale tra di esse, senza acquisire certo la natura di provvedimento giurisdizionale, di cui anzi impedisce la pronuncia per l'intervenuta conciliazione tra le stesse parti.

In tutti i casi la Corte di Cass. ha, condivisibilmente, avuto modo di osservare che la disposizione dell'art 2657, I comma, c.c. secondo cui la trascrizione non si può eseguire se non in forza di una sentenza, di atto pubblico o scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, ha carattere tassativo.(17)

La tassatività dell'elencazione dei titoli per la trascrizione non ammette, infatti, interpretazioni estensive e ancor meno analogiche, come avverrebbe se si equiparasse il riconoscimento della sottoscrizione, sia pure avvenuto in giudizio (ma non dichiarato dal giudice), all'accertamento giudiziale.

Pertanto, quando l'atto soggetto a trascrizione sia documentato solo da una scrittura privata, mancante di autenticità, l'unica via attraverso la quale l'interessato può conseguire la trascrizione è quella dell'accertamento giudiziale della sottoscrizione della scrittura, perché solo attraverso l'integrazione della scrittura con la sentenza potrà ottenere l'effetto dell'apponibilità della prima ai terzi.

Dunque, una pronuncia giurisdizionale piena, che integri in modo esaustivo la scrittura, è da ritenersi essenziale e insostituibile in rapporto al carattere di pubblica formalità assegnato dalla legge alla trascrizione e della sua funzione, che non è circoscritta alla tutela dell'interesse privatistico della parte, in favore della quale opera la pubblicità del titolo.



5. Accertamento privato sostitutivo dell'accertamento giurisdizionale? (18)

Le decisioni in esame e il profilo di incertezza del negozio di accertamento offrono lo spunto per alcune riflessioni sulla sua ammissibilità tout court.

Il negozio di accertamento è l'atto, con cui le parti si accordano per determinare definitivamente tra di loro l'esistenza, i contenuti o i limiti di una data situazione.

Presupposto del contratto è una situazione di incertezza, anche soggettiva, che una volta esteriorizzata diventa oggettiva.

La causa del contratto consiste nell'accertamento di un rapporto esistente tra le parti, così da conferire certezza ad una situazione preesistente.

Tipico esempio sarebbe l'azione di accertamento dei confini (950 c.c.), a cui le parti possono ricorrere senza l'intervento del giudice.

Parte autorevole della dottrina ha sostenuto l'inammissibilità di un negozio di accertamento nel nostro ordinamento, ossia di un potere cognitivo dei privati, senza disporre o modificare il rapporto in essere.

Nella stessa nozione di contratto ex art 1321 c.c., infatti, è previsto, che le parti possano solo costituire modificare o estinguere rapporti giuridici, ma non meramente accettare situazioni di fatto, che non avrebbero quindi natura negoziale e il cui relativo potere di accertamento spetterebbe esclusivamente al giudice, al quale le parti debbono necessariamente rivolgersi in caso di contrasto.

Tanto ciò è vero che l'unica forma di accertamento ammessa senza esitazioni è quella insita nel riconoscimento del figlio naturale (art 250 c.c.), attività unilaterale che non presuppone una lite in atto, ma vi può dar luogo in caso di successiva impugnazione ad opera del figlio, per difetto di veridicità (art 263 e 264 c.c.).

Sembra comunque difficile negare che i privati, sebbene non abbiano un potere di accertamento analogo a quello del giudice, tuttavia possano, mediante un negozio non dispositivo ma accertativo, precludere successive impugnazioni, basate sulla portata dubbia dell'atto.

Pertanto nell'accertamento può raffigurarsi un profilo dispositivo, ma non già per quanto riguarda la situazione sostanziale, quanto piuttosto per quella processuale, tanto ciò vero che non si può operare un accertamento se non in ordine a situazioni liberamente disponibili dalle parti, le quali, in buona sostanza, si obbligano ad assumere come reale quanto accertato negoziamente, a livello di riconoscimento (19).

Autorevole dottrina e la giurisprudenza riconoscono invece il negozio di accertamento, ritenendo che sia possibile per l'autonomia privata una siffatta forma di autotutela, senza l'intervento del giudice.

Si discute tuttavia anche sugli effetti della figura in esame: se è pacifico che la causa è l'accertamento del rapporto preesistente, secondo un primo orientamento l'istituto oltre ad avere una funzione dichiarativa, sarebbe ad efficacia obbligatoria, in quanto le parti si obbligano a non dare al contratto una interpretazione diversa da quella data; secondo altra dottrina (che sembra maggioritaria) il negozio avrebbe solo un'efficacia dichiarativa, senza andare a creare o modificare obblighi.

Si discute inoltre se sia indispensabile che il negozio di accertamento debba essere necessariamente un contratto o possa essere anche un negozio giuridico unilaterale: parte della dottrina e della giurisprudenza ammettono che il negozio possa provenire anche da una parte soltanto, che si vincola a considerare per il futuro una data situazione incerta, certa.

Quanto all'oggetto, il negozio è nullo se riguarda diritti sottratti

alla disponibilità delle parti, così come previsto dall'art 1196 c.c., in tema di transazione.

Sulla base di questo assunto, parte della dottrina ne ha ricavato che il negozio di accertamento può avere ad oggetto solo rapporti e non fatti (oggetto di confessione stragiudiziale), ammessi, invece, pacificamente da altra parte della dottrina.

Si ritiene che il negozio di accertamento, essendo un negozio di secondo grado, che incide sul rapporto preesistente debba avere la medesima forma ad relationem.

Se, inoltre, non si discute che il negozio di accertamento possa avere ad oggetto diritti reali, si pongono problemi per l'ammissibilità di un atto di riconoscimento di diritti reali.

In materia di obbligazioni esiste infatti l'art. 1988 c.c., che ammette il riconoscimento del debito, mentre in tema di diritti reali sono previste solo specifiche ipotesi (es. accertamento dell'enfiteusi), che presuppongono tuttavia l'esistenza di un valido titolo costitutivo.

Al contrario l'art. 1988 c.c. afferma che la cognizione del debito fa presumere l'esistenza di un rapporto obbligatorio, anche in mancanza di un titolo e quindi a causa della mancanza di una normativa ad hoc, si ritiene che non sia possibile un riconoscimento dei diritti reali, in analogia al 1988 c.c.

E quindi il riconoscimento, quando possibile, non possa valere come titolo d'acquisto del diritto (si ammetterebbe un titolo astratto produttivo di effetti reali).

Il riconoscimento del debito presenta notevoli affinità con il negozio di accertamento ma, se ne differenzia, in quanto non crea alcun vincolo per chi dichiara, avendo una valenza esclusivamente processuale e di onere della prova.

Dal negozio di accertamento si distingue nettamente la transazione che ha efficacia costitutiva, mentre l'istituto in esame ha efficacia dichiarativa; presupposto della transazione è infatti una lite sorta o insorgenda, mentre per l'istituto in esame è sufficiente la mera incertezza.

Mentre la transazione, inoltre, è caratterizzata da concessioni reciproche, queste sono incompatibili con il mero accertamento. Tuttavia si ritiene che, stante l'affinità tra le due figure, una transazione nulla possa convertirsi in un negozio di accertamento, se ve ne siano i presupposti.

Né la figura in esame può essere confusa con la rettifica, che non ha natura negoziale.

Si discute se il negozio di accertamento possa essere trascritto, quando riferito a diritti reali.

La dottrina dominante sostiene la tesi negativa in quanto la funzione del negozio di accertamento non è quella di modificare una situazione giuridica, ma accettare un rapporto preesistente.

Dottrina e Giurisprudenza, come già evidenziato, ormai ammettono, in linea di massima, la fattispecie dell'accertamento negoziiale, ma con larghe divergenze circa i suoi presupposti, il contenuto, l'efficacia. L'accertamento sembra collegato alla riserva esclusiva dell'a.g.o., essendo, invece, il potere di disporre tipica "zona" dell'autonomia privata. Infatti, sia pure obiter, la Suprema Corte, in un passato non molto lontano, ha ammesso la possibilità strumentale dei privati di accettare la nullità, quale passaggio per la convalida, nei casi eccezionali per cui è ammessa, ma altresì escluso la possibilità per gli stessi di accettare tout court tale tipo di invalidità.

L'accertamento della nullità di un negozio, al di là dei casi in cui sia presupposto di una convalida negoziiale, è esplicitamente ammesso dal legislatore ex art 2655 c.c., ultimo comma, in sostituzione di un accertamento giudiziale.

Per dottrina assolutamente dominante le parti possono "accettare" i presupposti di una servitù legale, senza ricorrere alla pronuncia giudiziale, ma con un contenuto negoziiale che rispecchia



la servitù coattiva; la parti possono sicuramente accertare la costituzione di una servitù ex art 1062 c.c., rimanendo solo il problema se la dichiarazione possa essere trascritta e quale sia il tipo di pubblicità ad essa collegata; possono la parti accertare fatti e pubblicizzarli, in qualche caso: l'avveramento della condizione risolutiva, è accertato e annotato ex art 2655 c.c.; si annota il verificarsi della condizione sospensiva o il mancamento della risolutiva ex 2668 c.c.; secondo la dottrina più persuasiva l'atto di accertamento, fattuale, dell'accettazione ex lege dell'eredità ex art 485 c.c., II comma è da trascrivere presso i RRII; sono atti accertativi la dichiarazione di scienza, ex art 179 lett. f) o d) c.c., la dichiarazione di mero accertamento della verità delle firme, apposte ad una convenzione privata traslativa, al fine della pubblicità immobiliare.⁽²⁰⁾

Nell'ambito del genus di cui sopra le dichiarazioni sono escluse in linea di massima dalla pubblicità, che sarebbe comunque pubblicità notizia. L'accertamento di fatti ha valore sostanzialmente probatorio e il più delle volte sarà l'equivalente di una confessione, ma non si può escludere che a volte le parti si impegnino, esplicitata una situazione di fatto, a comportarsi vicendevolmente in un certo modo e cioè come se la situazione di fatto fosse "certa"; il tutto sarà possibile in quanto compatibile con l'autonomia privata.

a) Non vi può essere incertezza oggettiva e suo superamento con un accertamento privato, quando l'incertezza è estremamente elevata e cioè il testo ha un tale grado di incomprendibilità e di letture divergenti, da qualificare come invalido il testo base. Correlativamente l'incertezza oggettiva deve corrispondere ad un sensato grado di problematicità, al di sotto del quale non vi può essere accertamento ma solo ripetizione negoziale.

b) Questo per quanto concerne l'incertezza negoziale; discorso diverso laddove esista una situazione di fatto incerta: in questa ipotesi il grado di incertezza potrà essere ben minore, ma l'accertamento sarà utile in ragione della variabilità nel tempo della situazione di fatto.

c) Può essere, invece, che l'accertamento non possa disporre della situazione oggetto del negozio: è il caso di accertamento di requisiti – di fatto- della servitù coattiva, per il qual caso ben si può legittimare un accertamento privato, i cui risultati, però, possono sempre essere sconfessati da un accertamento giudiziale successivo, che escluda i presupposti di tale servitù; è il caso dell'accertamento di un acquisto a titolo originario, quale può essere una servitù, ex art. 1062 c.c. o l'usucapione.

L'autonomia privata non ha poteri di supplenza dell'accertamento giurisdizionale, là dove si tratta di requisiti di fattispecie accertabili solo ex lege o dove esistono effetti particolari incommensurabili rispetto agli effetti negoziali; un accertamento "minore" (a fini probatori, ad esempio), però, e non incompatibile con quanto sopra, appare legittimo⁽²¹⁾. Ma solo nei limiti predetti.

6. Pubblicità immobiliare e negozio di accertamento (22). Il negozio che accetta può dar luogo, agli effetti di cui all'art. 2643 c.c., o comunque, può contrassegnare una situazione giuridica che almeno meriti segnalazione dal punto di vista della pubblicità notizia? Come si armonizza una eventuale soluzione positiva con il dettato dell'art. 2651 c.c.?

A tale proposito giova riassumere il pensiero di autorevole dottrina⁽²³⁾ sul tema:

Il negozio di accertamento, là dove può ammettersi, ex artt. 2643/2644 c.c., avrà valore dichiarativo e al massimo si potrà procedere ad annotare l'accertamento negoziale a mar-

gine della trascrizione del contratto, a titolo di pubblicità notizia; il negozio di accertamento non può surrogare l'accertamento giurisdizionale in tema di usucapione, e in genere non può valere per gli acquisti a titolo originario, dovendosi il p.u ritenersi obbligato a prestare il suo ministero solo in presenza di titoli "giusti", è cioè l'atto di acquisto del pubblico ufficiale o la pronuncia giurisdizionale.

L'accertamento privato, invece, sì, supera una incertezza oggettiva, ma senza la sicura "garanzia" di sapere se la realtà ontologica sia stata cambiata o meno; l'accertamento privato fissa cioè una "verità convenzionale" e si supera l'incertezza di base, ma non con la sicurezza di averla immutata.

Il sistema in senso lato conferma direttamente l'ammissibilità e indirettamente la trascrivibilità del negozio di accertamento: depone in questo senso il recentissimo testo dell'art. 78 D.lgs n. 30 del 10.02.2005 che, sia pure in tema di diritti di brevetto – forse diritti reali, ma certo diritti assoluti – esplicitamente collega la pubblicità, indifferentemente, a provvedimenti giudiziari e atti dell'autonomia privata con effetti attributivi o accertativi.

La conclusione positiva, non vale per tutti i negozi accertativi: vale certamente ed esemplificare, per quanto concerne la pubblicità dichiarativa, laddove l'accertamento si inserisce nell'ambito delle vicende previste dall'art. 2643 c.c. e limitatamente ai negozi che predicano un effetto che vuole completare (modificazione in senso largo) un pregresso negozio per gli effetti di cui all'art. 2643 c.c.

Non può valere evidentemente, per tutti i negozi che, nell'intenzione delle parti hanno effetti probatori o effetti obbligatori e non può mai, intrinsecamente, valere per i negozi che accertano un acquisto a titolo di usucapione o l'estinzione di un diritto reale di godimento per tutti i motivi sopra esposti.

L'ammissibilità della pubblicità immobiliare del negozio accertativo è da escludersi quando si tratti di usucapione, anche ai fini della pubblicità notizia.

Insomma la sentenza che accerta l'usucapione ha effetti incommensurabili rispetto all'accertamento privato, ammesso per ipotesi, che certamente non avrebbe tale portata, senza per ciò voler dire che la sentenza che acclara l'usucapione abbia effetti costitutivi. In buona sostanza in disposto dell'art. 2651 c.c. ha una doppia valenza: prescrive la pubblicità notizia per il più importante degli acquisti a titolo originario di immobili e altrettanto per le fattispecie estintive collegate al non uso, ma non comanda, sempre a livello pubblicitario, che non esista altra forma di titolo per la trascrizione se non il titolo giudiziale; il comando positivo in tal senso, invece, va raccolto da altri segnali codicistici recenti⁽²⁴⁾ a quelli indicati da Cassazione a sezioni unite⁽²⁵⁾, in forza dei quali deve essere braccata ogni forma di pubblicità "insidiosa" che crei affidamenti e credenze di effetti inesistenti.

La conclusione, infatti, è diversa per l'accessione. In questo caso non esiste problema di affidamenti traditi o di insidie collegate alla pubblicità del negozio che accetta tale acquisto: in mancanza di un titolo idoneo e trascritto (evidentemente un diritto di superficie), l'accessione si produce automaticamente. Qualche complicazione parrebbe sussistere per quella curiosa giurisprudenza che afferma, in deroga ai principi dell'accessione, che la costruzione abusiva effettuata su terreno comune da uno solo dei comuniti è sua, ma la difficoltà è solo apparente perché nella realtà delle cose si ricadrebbe (probabilmente come si è scritto prima) nell'ipotesi sopra fatta in cui il negozio accertativo scioglie una situazione di incertezza oggettiva con effetti anche dispositivi, nel senso che viene definita la proprietà superficiaria, la



quale se non è già ex lege, è intenzionalmente voluta; quindi in questo caso la pubblicità non sarà notizia, ma dichiarativa, trattandosi di effetti modificativi in senso lato.⁽²⁶⁾

7. Il negozio di accertamento dell'usucapione.⁽²⁷⁾

E' chiaro che i dubbi in tema di trascrizione (del negozio con cui l'usucapiente che si dichiara proprietario dispone del bene) possono essere superati, affermando che comunque il disponente "vuole" l'effetto traslativo e quindi, anche se non trascrive l'accertamento unilaterale, comunque trascrive il negozio dispositivo conseguente. E su questa scia si pone la recentissima giurisprudenza della Suprema Corte che riconosce la piena legittimità del negozio con il quale si dispone del bene dichiarato usucapito⁽²⁸⁾. Vero è, però, che la vendita di bene altrui non è da trascrivere perché viola il principio di continuità. In realtà è lo stesso articolo 1159 c.c che, nel collegare gli effetti indiretti della trascrizione all'usucapione denuncia che l'utilità (e la possibilità) della fatti-specie sono collegate alla buona fede e cioè all'ignoranza da parte dell'acquirente della alienità del bene; questo significa che la trascrizione si giustifica quando l'alienità non è denunciata e quindi quando il venditore proclama il suo titolo, vantando appunto l'acquisto per usucapione.

E' vero che l'acquisto è originario e come tale non dovrebbe rientrare nella catena della pubblicità dichiarativa, ma già prima si è dato atto che la transazione ha un raggio di operatività (art 1965 c.c II comma: creare, modificare, costituire rapporti) così ampio che permette al negozio di operare sia su una base negoziale precedente sia sulla base di un acquisto a titolo originario; lo specifico della transazione è che essa per definizione può avere per oggetto qualsiasi controversia in atto o potenziale e, eccezionalmente nella nostra ipotesi, il superamento della incertezza può avvenire anche su base di un acquisto a titolo originario. Il notaio non potrà dimenticare che "solo" la trascrizione della sentenza dichiarativa crea effetti chiari e sicuri, ai fini del traffico giuridico, perché genera dall'accertamento, una "nuova" catena di trascrizioni cui si collega il principio di continuità, prescindendo da ogni discontinuità precedente la sentenza.

8. Conclusioni.

Pur tenendo in conto i recenti orientamenti giurisprudenziali⁽²⁹⁾, non può che condividersi il fondamento delle decisioni in esame, risultando indebite le richieste trascrizioni dei titoli prodotti, perché non rientranti tra quelli tassativamente elencati nell'art. 2657 del codice civile.

**Francesca Ricco
Avvocato, Foro di Genova**

Note:

(1) Rita Marsico, La mediazione che accerta l'avvenuta usucapione non può essere trascritta. Tratto integralmente dal sito: <http://www.conciliazione-obbligatoria.com/mediazione-che-accerta-avvenuta-usucapione...;>

(2) Cass. civ. 12 novembre 1997, n. 11180, in *Vita notarile*, 1998, pag. 1637;

(3) Mauro Leo, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, in *Guida al diritto* n. 43 del 20 ottobre 2011, pag. 34 e ss.;

(4) Mauro Leo, cit. nota 3;

(5) Cass. civ. n. 4306/1997, in *Rivista del notariato*, 1998, pag 171.

(6) Mauro Leo, *Estraneo al perimetro applicativo della norma l'atto che non ha valore di negozio traslativo*, in *Guida al diritto* n. 43 del 20 ottobre 2011, pag. 35 e ss;

(7) Con riferimento agli obblighi di fare o di non fare si veda Cass. civ.

13 gennaio 1997, n. 258 e 14 dicembre 1994 n. 10713;

(8) Cass. Civ. 11571/2004;

(9) In termini Cass. Civ. 11677/1995;

(10) La conciliazione giudiziale è un contratto che, concluso dalle parti nel processo, ne determina la chiusura: Cass. Civ., Sez. III, 24 sett. 1991, n. 9962, in *Giur.it.*, 1993, I, 1, 195;

(11) G. Golotta, *Usucapione, verbale di conciliazione, trascrivibilità*, in *Altalex*;

(12) In termini Cass., sez. II civ., 22 giugno 2004, n. 11571, in *Giust. Civ. Mass.* 2004 ,6;

(13) Consiglio di Stato, sez., IV, 16 ott. 2001, n. 5460, in *Foro Amm.*, 2001, 2731 (s.m.);

(14) Cons. di Stato, sez. II, 25 gennaio 1992, n 816, in *Giust. Civ. Mass.* 1992, fasc. 1;

(15) Cass. civ., sez. lav., 4 dicembre 1986, n 7193, in *Giust. Civ.*, 1986;

(16) Cass. civ. 12 marzo 1996, n 2033;

(17) Cass. civ. n. 2033/1996. In linea anche Cass. civ. n. 3674/1995.

(18) Tratto in parte integralmente da internet: sito www.notaiodidomenico.it/.../negozi di accertamento.htm- copia cache - simili;

(19) F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche italiane, Ed. VI aggiornata, pag. 100;

(20) Il negozio di accertamento: sua ammissibilità, trascrivibilità. Il negozio di accertamento dell'usucapione. Nota a studio CNN su Usucapione 176/08, tratto integralmente da internet sito: <http://www.notaiodidomenico.it/STUDI/neg%20accertamento.htm>

(21) Cfr nota 10;

(22) Tratto integralmente da internet:

sito www.notaiodidomenico.it/.../negozi di accertamento.htm- copia cache - simili;

(23) F. Gazzoni, cit.

(24) Cass. II sez. civ., 5 febbraio 2007, n. 2485. La Corte, riprendendo un proprio orientamento risalente e consolidato ha ribadito la piena validità ed efficacia dell'atto pubblico con il quale venga trasferita una piena proprietà immobiliare della quale l'alienante si dichiari proprietario per usucapione, escludendo la necessità di un previo accertamento giudiziale dell'usucapione. I principi affermati dalla Suprema Corte con la sentenza in parola possono così sintetizzarsi: 1) non è nullo il contratto di compravendita con cui viene trasferito il diritto di proprietà di un immobile sul quale il venditore dichiari di essere proprietario per usucapione, benché difetti l'accertamento giudiziale in contraddittorio con il precedente proprietario e quindi 2) non incorre in responsabilità professionale il notaio il quale, in caso di vendita immobiliare nella quale il venditore assuma di avere acquistato la proprietà per usucapione, senza produrre l'accertamento giudiziale, non abbia avvertito l'acquirente che l'acquisto poteva essere a rischio, ove nell'atto venga esplicitamente inserita una clausola dalla quale possa desumersi che l'acquirente era comunque consapevole di tale rischio. Nota tratta da Altalex: *Usucapione, verbale di conciliazione, trascrivibilità* di Giovanni Golotta;

(25) Cass. SS.UU. n. 13523/2006;

(26) Cfr. nota 10;

(27) Tratto integralmente da internet:

www.notaiodidomenico.it/STUDI/neg %20accertamento.htm Nota a studio CNN su Usucapione 176/08;

(28) Secondo la dottrina che segue l'orientamento della Cassazione, citato alla nota 24, l'usucapione, sotto il profilo sistematico, va inquadrata tra i fatti dotati di efficacia preclusiva, rispondenti come tali alla duplice necessità: di garantire giuridicamente forma piena e definitiva a situazioni di fatto consolidate nel tempo e dall'altro di rimuovere conflitti che impediscono l'attuazione di situazioni giuridiche. Sotto il profilo effettuale dando rilevanza ad una soluzione di continuità con il passato, attribuisce una intrinseca efficacia fondativa a situazioni giuridiche originarie, produttive di per sé dell'effetto. Da tale caratteristica deriva, come ulteriore effetto, l'inessenzialità di un previo accertamento giudiziale allo scopo di far ritenere compiuta la fatti-specie acquisitiva.

(29) Si vedano note 24 e 28.



Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte d'Appello di Genova, decr. 19 maggio 2011, Pres. Sanna - Rel. Cardino - reclamante X (Avv.ti Bilotta e Fiorato) c. Sindaco del Comune di Savona (Avvocatura dello Stato di Genova).

DIRITTI fondamentali - libertà matrimoniale - diritto fondamentale della persona costituzionalmente protetto (artt. 2, 3, 29 Cost.) - presupposti matrimonio civilistico (artt. 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c.) - differenza di sesso - orientamento sessuale - omosessualità - impossibilità di accesso- interpretazione estensiva del giudice - preclusione- discrezionalità legislativa - mancato intervento lacuna.

DIRITTI fondamentali - Diritto di sposarsi e costituire una famiglia- limiti legislazione nazionale (art. 117, I c., Cost.) - disposizioni CEDU (art. 12) - disposizioni Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 9) - diritto di sposarsi e costituire una famiglia- disciplina - rinvio alle leggi nazionali - discrezionalità Parlamento.

DIRITTI fondamentali - Identità di genere- conferma incompatibilità tra identità di sesso biologico e matrimonio- sentenza di rettificazione dell'attribuzione di sesso passata in giudicato (I., 14 aprile 1982, n. 164)- accesso matrimonio con persona dello stesso sesso di provenienza.

La tutela della coppia omosessuale, pur rientrando nel catalogo delle formazioni sociali, titolari di diritti fondamentali sanciti dall'art. 2 Cost., non si deve tradurre necessariamente nel riconoscimento dell'accesso al matrimonio, dal momento che l'individuazione delle forme di riconoscimento e di garanzia di tali unioni spettano solamente al legislatore, e non, quindi, all'interpretazione del giudice. (1)

Le disposizioni richiamate dall'art. 117, I c., Cost., quali limiti alla legislazione nazionale, non sono violate dalla mancata previsione di una forma di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali da parte del legislatore italiano, in quanto le stesse norme europee rinviano alle diverse leggi nazionali la disciplina del diritto di sposarsi e costituire una famiglia. (2)

La l., 14 aprile 1982, n. 164, ammettendo il matrimonio tra un soggetto che si è sottoposto ad intervento di rettificazione del sesso, in forza di una sentenza passata in giudicato, con un altro già appartenente al suo sesso di provenienza, conferma la differenza di sesso biologico come elemento essenziale del negozio giuridico matrimoniale nell'ordinamento italiano. (3)

(...Omissis...)

Rilevato quanto segue:

Con il decreto reclamato, il Tribunale di Savona ha rigettato il ricorso di avverso il rifiuto opposto dall'Uffiziale dello Stato civile di Savona di effettuare le pubblicazioni del matrimonio che essi avevano in animo di contrarre, a cagione della identità di sesso dei ricorrenti, ostativa alle nozze pur in assenza di specifica disposizione di legge, essendo l'alterità di sesso fra i nubendi immanente all'istituto. Il Tribunale di Savona ha altresì ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata dai ricorrenti.

I ricorrenti lamentano che non rientra fra i poteri del Tribunale

integrare i requisiti di validità del matrimonio, in assenza di specifica previsione ostativa derivante dalla legge.

Inoltre l'art. 31.1.12.1970 n. 898 - nel prevedere la possibilità di divorzio immediato, nel caso di cambiamento di sesso di uno dei coniugi, giudizialmente e definitivamente accertato- non deporrebbe nel senso di ritenere l'alterità di sesso necessaria per l'esistenza stessa dell'istituto.

Né si potrebbe imporre ad un soggetto omosessuale di cambiare sesso pur di sposare un soggetto del suo stesso sesso, come è reso possibile, invece, dalla legislazione in tema di rettificazione sessuale.

La normativa europea (Art. 9 Carta di Nizza), nel sancire il diritto di sposarsi, prevederebbe, poi, anche quello di contrarre matrimonio fra persone dello stesso sesso, come avviene in altre nazioni europee.

In genere, tutto l'istituto del matrimonio andrebbe adattato alle nuove esigenze affettive, psicologiche ed esistenziali emerse negli ultimi decenni.

In ogni caso, la questione andava rimessa davanti alla Corte costituzionale, stante la non manifesta infondatezza della questione di legittimità.

Il Sindaco di Savona, costituendosi, rilevava come il Tribunale avesse correttamente escluso che l'istituto del matrimonio, come disciplinato dalle norme positive, potesse riferirsi all'unione stabile fra persone dello stesso sesso. La stessa Corte costituzionale - con la sentenza 15.04.2010 n. 138- pur prendendo atto dell'evoluzione della realtà sociale e di costume, aveva rilevato che la norma dell'art. 29 Cost. non era stata concepita per fenomeni e problematiche omosessuali. Inoltre il riconoscimento del diritto di sposarsi a chi aveva cambiato sesso costituiva un segno del carattere eterosessuale del matrimonio e non il contrario.

Ritenuto quanto segue:

la Corte costituzionale- pronunciandosi con la sentenza 15.04.2010 n. 138 sulla questione di legittimità degli artt. 93, 96, 107, 108, 143, 143 bis e 156 bis del codice civile – ha ritenuto la stessa non ammissibile, con riferimento agli artt. 2 e 117, comma 1, Cost., e non fondata con riferimento agli artt. 3 e 29 Cost.

La Corte è partita dalla premessa che il matrimonio civile si riferisce soltanto all'unione stabile tra un uomo ed una donna, poiché l'intera disciplina dell'istituto, contenuta nel codice civile e nella legislazione speciale, postula la diversità di sesso dei coniugi, quale requisito minimo dell'esistenza del matrimonio. Ne consegue che una pronuncia sul punto da parte della Corte avrebbe un effetto additivo sull'ordinamento, spettando al Parlamento individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali, non considerate né dal legislatore del codice civile, né da quello costituente. Né il riconoscimento di dignità giuridica all'unione omosessuale deve per forza, secondo la Corte, transitare per il riconoscimento dell'accesso al matrimonio, come si evince anche dall'esame della legislazione di altri paesi europei, che hanno introdotto, in alcuni casi, una vera propria estensione alle unioni omosessuali della disciplina prevista per il matrimonio civile oppure, più frequentemente, forme di tutela molto differenziate e che vanno dalla tendenziale assimilabilità al matrimonio delle dette unioni fino alla chiara



distinzione, sul piano degli effetti, rispetto allo stesso. Non è pertanto invocabile un obbligo del Parlamento di introdurre l'istituto del matrimonio per tutelare le unioni sudette, dal quale desumere la potestà della Corte di intervenire a difesa dei principi stabiliti dall'art. 2 Cost., senza violare la sovranità e la discrezionalità del legislatore.

Né, secondo la Corte, sotto il profilo dei limiti alla legislazione nazionale di cui all'art. 117, primo comma, Cost., (individuati nell'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo secondo cui "Uomini e donne in età maritale hanno diritto di sposarsi e di formare una famiglia secondo le leggi nazionali regolanti l'esercizio di tale diritto"; e nell'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per il quale "il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio") la questione è ammissibile.

Tali disposizioni, nell'affermare il diritto di sposarsi, rinviano alle leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio e, a prescindere dall'esplicito riferimento ivi contenuto agli uomini e alle donne, ciò conferma che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento.

Dal che la valutazione di inammissibilità della questione.

Sotto il profilo del possibile contrasto con gli artt. 3 e 29 Cost., la sentenza ha rilevato che i concetti di famiglia e di matrimonio non si possono ritenere "cristallizzati" al momento di entrata in vigore della Costituzione, ma vanno interpretati tenendo conto sia delle trasformazioni dell'ordinamento che dell'evoluzione della società e dei costumi. Peraltra, ciò non può spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo dell'art. 29 Cost., sino ad includere in questo fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo durante il dibattito costituenti (pur essendo già in allora nota la condizione omosessuale). I costituenti tennnero presente la nozione di matrimonio definita dal codice civile del 1942, che, presupponendo che i coniugi siano persone di sesso diverso, come si evince anche dal secondo comma dell'art. 29 Cost., che, affermando il principio dell'eguaglianza morale e giuridica dei coniugi, ebbe riguardo proprio alla posizione della donna nei confronti dell'uomo, in allora espressamente definito dal codice civile come "capo della famiglia" (art. 144 c.c., nel testo previgente la riforma del 1975).

Né appare pertinente il richiamo alla legge, 14 aprile 1982, n.164, laddove prevede la rettificazione dell'attribuzione di sesso in forza di sentenza del tribunale, passata in giudicato, e consente di ammettere tale persona al matrimonio, con altra già appartenente al suo sesso di provenienza. Infatti il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio nel vigente ordinamento.

Nel medesimo senso depone anche l'art. 3, comma 5, lett. g), l. 1.12.1970 n. 898 che, nel prevedere la possibilità di ottenere una immediata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio allorquando sia passata in giudicato sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, presuppone l'incompatibilità fra identità sessuale e matrimonio. Né ci si può far trarre in inganno dal predicato verbale "può", posto all'inizio del citato art. 3, per indurne che esso consente, pertanto un'ipotesi di unione omosessuale ogni qualvolta nessuno dei due coniugi coltivi la domanda di divorzio, pur in presenza di mutamento sessuale. Il predicato altro non sta a significare che un principio di volontarietà del divorzio, con esclusione di ogni ipotesi di scioglimento del vincolo imposta dalla legge contro il desiderio dei coniugi.

In sintesi, in armonia con quanto ritenuto dalla Corte costituzionale, deve concludersi che l'unione fra due persone del medesimo sesso non è contemplata dal vigente ordinamento giuri-

dico e non può trovare accoglienza nell'alveo dell'istituto matrimoniale, così come concepito e dalla Costituzione e dal codice civile e dalle normative speciali in materia. Il relativo vuoto normativo, in presenza delle riconosciute e sempre più emergenti modificazioni del costume sociale, della sensibilità diffusa e del comune sentire con riguardo a tal genere di unioni, non può essere colmato per via interpretativa.

P.Q.M.

La Corte di Appello di Genova rigetta il reclamo.
(...Omissis...)

(1-3) La Corte d'Appello di Genova aderisce agli orientamenti espressi nella recente pronuncia del Giudice delle leggi sui matrimoni omosessuali: il consolidarsi di un giudicato costituzionale?

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *Il reclamo della coppia avverso il decreto savonese.* - 3. *La Corte d'Appello davanti ai matrimoni omosessuali: un invito a nozze?*

1. Introduzione.

La Corte di Appello di Genova, prima sezione civile, con decreto depositato in data 31 maggio 2011 (1), ha rigettato un reclamo presentato da una coppia omosessuale di Savona, avverso un decreto con cui il Tribunale di Savona non aveva accolto il ricorso, per mezzo del quale, la coppia aveva impugnato il rifiuto dell'Ufficiale dello Stato civile del comune di residenza, di procedere alle pubblicazioni matrimoniali richieste. Il Tribunale di Savona, nel confermare la legittimità del rifiuto alla pubblicazione matrimoniale tra due persone dello stesso sesso, sviluppava le proprie motivazioni attorno a tre nuclei tematici principali:

- 1) La diversità di sesso, pur non essendo prevista tra gli impedimenti al matrimonio, si porrebbe come un elemento essenziale dello stesso, desumibile dal complesso di disposizioni che disciplinano il matrimonio;
- 2) Non vi sarebbe alcuna previsione espressa che permette il matrimonio omosessuale;
- 3) Mancherebbero i requisiti minimi per identificare il matrimonio. Il rigetto del ricorso, oltre alla domanda principale, investiva pure la domanda subordinata di remissione degli atti alla Corte costituzionale, avente ad oggetto gli artt. 107, 108, 143, 143 bis, 156 bis c.c., che violerebbero il parametro costituzionale risultante dal combinato disposto degli artt. 2, 3, 10, comma 2, 13, 29, 32 e 117, comma 1 Cost., nella parte in cui non prevedono la possibilità per gli individui di contrarre matrimonio con persone dello stesso sesso(2).

2. Il reclamo della coppia avverso il decreto savonese.

Le tre argomentazioni sviluppate dal Tribunale di Savona, che confermano la legittimità del dimiego alla pubblicazione opposto dall'ufficiale di Stato civile, sono tutte oggetto del reclamo, proposto dai legali della coppia, alla Corte d'appello di Genova. In particolare, i reclamanti sottolineano che la differenza di sesso come requisito per contrarre matrimonio non figura tra i requisiti previsti dal Codice civile, ed infatti è lo stesso giudice di prime cure a chiarire come tale elemento debba desumersi per via ermeneutica dalla lettura delle restanti norme del Codice civile. Tuttavia, questa operazione interpretativa operata dal Tribunale esorbiterebbe dalle stesse attribuzioni del giudice, là dove questo non può integrare (neppure per la via ermeneutica) l'elenco dei requisiti prescritti dal legislatore per la celebrazione del matrimonio. Infatti, pur concedendo che tale mancata previsione non sia indice di una consapevole scelta del legislatore, il quale non pensava certo ai matrimoni omosessuali nel 1942, comun-



que l'attuale situazione legislativa è tale da non contenere nessun divieto in tal senso nell'ordinamento(3). Inoltre, l'ulteriore esito, di una ricostruzione dell'istituto matrimoniale basata sull'essenzialità della diversità di sesso tra i *nubendi*, sarebbe la conseguente compressione della sfera giuridica delle persone, causata dalla loro condizione personale omosessuale, e questo in mancanza di una scelta univoca del legislatore, e con buona pace del principio pluralista, nell'esercizio dei diritti fondamentali, consacrato all'art. 2 Cost.(4). Insomma quando si tratta di matrimoni omosessuali, a parere dei reclamanti, la pubblica amministrazione prima ed il giudice poi, "la fanno da legislatori". Un ulteriore argomento sviluppato dal Tribunale di Savona, per rafforzare la tesi dell'ineludibilità della differenza di sesso biologico ai fini della validità del negozio matrimoniale, si basava, inoltre, sul disposto dell'art. 3 della l. 898/1970, che prevede il divorzio senza l'attesa dei termini di legge, a far data dalla separazione giudiziale, nel caso di passaggio in giudicato della sentenza di rettificazione di attribuzione del sesso di uno dei coniugi(5). A tal proposito, tuttavia, i ricorrenti sottolineano come l'art. 3 della legge in discorso nel prevedere la procedura di divorzio, ne rimetta la scelta alla volontà delle parti, alle quali, e solo a loro, viene rivolta l'autodeterminazione nel decidere se divorziare oppure no. *A contrariis*, quindi, da questa norma citata dal Tribunale nella motivazione, si trae un argomento favorevole all'esistenza di un'ipotesi di legge di matrimonio *same sex*(6), giacché nel caso di cambio di sesso non sussiste alcun obbligo legale di divorzio, a fronte della sopraggiunta identità di genere tra i soggetti coniugati(7). L'ulteriore considerazione svolta dai reclamanti sottolinea in termini paradossali, come l'unica soluzione, leggevamente prevista per contrarre matrimonio tra due persone omosessuali, sarebbe il ricorso da parte di uno dei due all'intervento di rettifica di sesso, e questo in violazione dell'art. 32 Cost.(8). Sul punto non si può non dar conto di come l'orientamento sessuale e l'identità di genere esprimano due dimensioni dell'identità della persona diverse, pertanto non comparabili, né valutabili in termini omogenei a livello di riconoscimento legislativo, quindi anche matrimoniale. Un ultimo motivo emarginato dai reclamanti afferisce alla presunta errata interpretazione sviluppata dal giudice di prima cure, riguardo alla portata delle norme di rango europeo. In particolare esse si individuano nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, là dove sancisce i diritti al rispetto della vita privata e familiare (art. 7), a sposarsi e a costituire una famiglia (art. 9), a non essere discriminati (art. 21), collocandoli tra i diritti fondamentali dell'Unione Europea. Per quanto riguarda la CEDU, invece, di interesse paiono gli artt. 8 (diritto al rispetto alla vita privata e familiare), 12 (diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione); la Carta dei diritti fondamentali dell'unione, rileva invece per le disposizioni, di cui agli artt. 7 (rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi e a costituire una famiglia) e 21 (diritto a non subire discriminazioni). Alla luce delle due carte dei diritti le Istituzioni europee, peraltro, ormai da tempo, invitano gli Stati a rimuovere gli ostacoli che si frappongono al matrimonio di coppie omosessuali, ovvero al riconoscimento di istituti giuridici equivalenti. Tali atti delle istituzioni europee rappresentano, a prescindere dal loro valore giuridico, una presa di posizione a favore del riconoscimento del diritto al matrimonio, o comunque alla unificazione legislativa, nell'ambito degli Stati membri, della disciplina dettata per la famiglia legittima, da estendere alle unioni omosessuali(9). Ebbene il Tribunale di Savona sostiene come le norme europee non vietino, ma neppure impongano, la concessione dello *status matrimoniale* a unioni tra persone dello stesso sesso(10). Ne consegue come, anche sul piano parametrico, il vincolo nascente dalla Convenzione e dalla Carta europea dei diritti fondamen-

tali, per il tramite dell'art. 117, comma 1, risulterebbe attenuato proprio in ragione della discrezionalità che la norma convenzionale lascia al legislatore(11).

3. La Corte d'Appello davanti ai matrimoni omosessuali: un invito a nozze?

È stato dunque sulla base delle motivazioni fin qui descritte che, come s'è anticipato, la coppia proponeva reclamo alla Corte d'Appello di Genova, ai fini della riforma del decreto emanato dal Tribunale di Savona, con conseguente ordine di procedere alle pubblicazioni di matrimonio richieste. Le parti sollevavano inoltre, anche in sede di gravame, la questione di costituzionalità, già proposta in primo grado, con il medesimo parametro (a cui si aggiunge solo l'art. 22 Cost.(12)) e oggetto, formato dalle disposizioni del codice civile in materia matrimoniale. Fin d'ora non si può non dar conto di come, nelle more del giudizio di appello, con la sentenza 138 del 2010 la Corte Costituzionale, interrogata per la via incidentale, proprio sulla compatibilità a Costituzione della mancata previsione in Italia dei matrimoni omosessuali, abbia dichiarato inammissibile, in riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di leggittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, e infondata per i medesimi articoli, l'ulteriore questione di leggittimità costituzionale sollevata, avente come parametro gli articoli 3 e 29 Cost.(13). Tale pronuncia del Giudice delle leggi viene richiamata diffusamente nelle motivazioni del decreto con cui la Corte di Appello di Genova rigetta il reclamo. In primo luogo, si afferma che il matrimonio, afferendo all'unione stabile tra un uomo ed una donna, "postula la diversità di sesso dei coniugi, quale requisito minimo di esistenza del matrimonio medesimo"(14). L'istituto familiare è, quindi, sempre caratterizzato da un "nucleo duro", non derogabile, che trova il suo elemento essenziale nella diversità di sesso tra i coniugi(15). Da tale ineludibile diversità deriva il carattere additivo che una sentenza del Giudice delle leggi avrebbe, là dove si dovesse dichiarare incostituzionale la normativa codicistica dubbiata, in ragione della mancata previsione dell'accesso al coniugio per le coppie *same sex*. In altre parole il giudice di Appello, nell'evidenziare le attribuzioni proprie del legislatore, afferma come solo al Parlamento, e non la Corte, possa individuare "le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni omosessuali". Non vi è quindi un obbligo, a dire della Corte di Appello, ad introdurre una formula di riconoscimento giuridico delle coppie *same sex*, neanche se questo obbligo fosse giustificato dalla garanzia dei diritti fondamentali (art. 2 Cost.). Quest'ultima motivazione, peraltro, richiama espressamente le conclusioni cui giunge, sul medesimo parametro, la sentenza 138 del 2010, là dove la Consulta, pronunciandosi sul rapporto tra diritti fondamentali della coppia omosessuale e disposto dell'art. 2 Cost., crea una sorta di doppio registro, con il quale tenta di dar conto di diverse posizioni che alternativamente permetterebbero o meno un riconoscimento alle coppie omosessuali. Così se: "Per formazione sociale deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico. In tale nozione è da annoverare anche l'unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri", anche se tale riconoscimento non può "spingersi fino al punto d'incidere sul nucleo della norma, modificandola in modo tale da includere in essa fenomeni e problematiche non considerati in alcun modo quando fu emanata". L'intangibilità della discrezionalità legislativa troverebbe



conferma anche alla luce delle disposizioni previste dalla CEDU, riguardo al diritto a sposarsi e costituire una famiglia, dal momento che sia l'art. 12, sia l'art. 9, fanno espresso riferimento alle leggi nazionali (e quindi di ogni singolo Stato), come fonte di disciplina di tali diritti. Da qui, esprimendo, nuovamente, un orientamento pienamente adesivo a quello espresso dal Giudice delle leggi nella sentenza n. 138 del 2010, la questione viene giudicata inammissibile dalla Corte di Appello(16), proprio in ragione del fatto che *"la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento"*. Sempre nel solco della pronuncia costituzionale del 2010(17), appare la lettura, svolta nel decreto, del portato dell'art. 29 Cost., dal momento che si sostiene come dal testo costituzionale e dai dati positivi dell'ordinamento, in assenza di un preciso intervento del legislatore, non si possano ricoprendere entro la cornice dell'istituto matrimoniale, attualmente sancita, le coppie dello stesso sesso, in quanto l'elemento della diversità di sesso, sia a livello codicistico, sia a livello di legislazione speciale, sarebbe frutto di una tradizione ultramillenaria e consolidata di matrimonio, confermata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che ravviserebbe in tale elemento una condizione essenziale per l'esistenza, o comunque per la validità, dell'istituto stesso(18). Peraltro, a parere della Corte d'Appello, in totale controtendenza rispetto a quanto sostenuto dai correnti, *"il riconoscimento del diritto di sposarsi a coloro che hanno cambiato sesso, costituisce semmai un argomento per confermare il carattere eterosessuale del matrimonio nel vigente ordinamento"*(19). Alla luce di queste motivazioni costruite sul doppio binario dell'intangibilità della discrezionalità del legislatore in materia matrimoniale e dell'essenzialità del requisito della diversità di sesso tra i coniugi, ai fini della configurabilità del coniugio, la Corte di Appello, nel rigettare il reclamo, sottolinea come *"l'unione fra due persone del medesimo sesso non è contemplata dal vigente ordinamento giuridico e non può trovare accoglienza nell'alveo dell'istituto matrimoniale"*(20).

Daniele Ferrari

Note:

- (1) Corte di appello di Genova, decreto, 31 maggio 2011, n. 957.
- (2) Il parametro invocato prospetta in un combinato disposto gli artt. 2-3 e 29 Cost., in quanto la realizzazione della condizione matrimoniale di cui all'art.29 Cost., esprimerebbe ex art. 2 Cost. un diritto fondamentale per la persona, la quale, indipendentemente dal proprio orientamento sessuale, deve poter liberamente scegliere il proprio partner, in condizioni di uguaglianza e pari dignità sociale rispetto agli altri consociati. Peraltro tale mancata previsione violerebbe pure il parametro dell'art.117, I c., Cost., in quanto non rispetterebbe gli obblighi internazionali e comunitari. In particolare alla luce di tali violazioni rileverebbero come parametri interposti, sia alcune disposizioni della CEDU, sia, sul versante comunitario, alcune norme della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: per quanto riguarda la CEDU, il riferimento è agli artt.8 (diritto al rispetto alla vita privata e familiare),12(diritto al matrimonio) e 14 (divieto di discriminazione); la Carta dei diritti fondamentali dell'unione, invece, rileva per le disposizioni, di cui agli artt. 7 (rispetto della vita privata e familiare), 9 (diritto a sposarsi e a costituire una famiglia) e 21 (diritto a non subire discriminazioni). L'art. 13 Cost. sarebbe violato nella misura in cui la mancata previsione di un riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, pone un limite alla libertà personale delle stesse, per quanto riguarda la sua proiezione morale. La violazione del diritto alla salute discenderebbe invece dall'obbligo che le persone omosessuali avrebbero di ricorrere alla rettifica degli organi genitali, al fine di potersi sposare, analogamente a quanto previsto dalla l. 164/1982 per le persone transessuali operate.

(3) Da questo punto di vista non sembra si possano configurare neppure interessi di rilevanza costituzionale che ostino all'inclusione nel sistema della fattispecie del matrimonio tra persone dello stesso sesso, basterebbe infatti applicare la normativa vigente per consentire a due persone dello stesso di contrarre matrimonio.

(4) In particolare Corte cost., 18 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. Cost.*, 1987, 2, 3535 ss., definisce in riferimento all'art. 2, la sessualità come uno dei modi di espressione della persona umana, il cui diritto di disporne liberamente integra un diritto soggettivo assoluto. Tale interpretazione raffrontata all'art. 3, sembra suggerire una lettura più articolata del divieto di discriminazione legato al sesso, che ben si può ricondurre alla dimensione, oltreché del genere, anche dell'orientamento sessuale. Sul concetto di orientamento sessuale si segnala P. Rigliano, *Amori senza scandalo. Cosa vuol dire essere lesbica e omosessuale*, Milano, 2001.

(5) Art. 3, l. g. l., 1 dicembre 1970, n. 898, in G.U., 3 dicembre 1970, n. 306, così come novellato dalla l. 14 aprile 1982, in G.U., 19 aprile 1970, n. 106.

(6) Sul rapporto tra orientamento sessuale ed identità di genere, ai fini dell'accesso al matrimonio, di interesse Corte cost., 14 aprile 2010, 138, in <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>. In particolare la Corte, pronunciandosi sulla mancata previsione del matrimonio tra persone dello stesso sesso nell'ordinamento italiano e dichiarando inammissibile, in riferimento agli articoli 2 e 117, primo comma, della Costituzione, la questione di legittimità costituzionale degli articoli 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del codice civile, e infondata per i medesimi articoli, l'ulteriore questione di legittimità costituzionale sollevata, avente come parametro gli articoli 3 e 29 Cost., ha chiarito pure come la sua precedente sentenza, 1985, 61, avente ad oggetto proprio il diritto all'identità personale per le persone transessuali, riguarderebbe una condizione del tutto differente da quella omosessuale, dal momento che la persona transessuale realizza un proprio diritto alla personalità, pervenendo, attraverso idoneo intervento chirurgico, opportunamente autorizzato dal tribunale, al cambiamento di sesso, in ragione del quale può accedere anche al matrimonio. In altre parole, ove il cambiamento di sesso porta a due identità di genere diverse, l'originaria identità maschile o femminile di uno dei due soggetti non impedisce l'accesso al paradigma matrimoniale eterosessuale; ove invece il matrimonio tra i due soggetti sia già in essere e il cambiamento di sesso porti ad un'identità di genere biologico tra i due *nubendi*, in mancanza di previsioni legislative di istituti di coniugio *same sex*, il matrimonio diviene di fatto nullo, essendo venuto a mancare *in itinere* il requisito essenziale della diversità di sesso tra i coniugi. Inoltre, la condizione giuridica delle persone transessuali si apprezza declinando l'identità di genere non unicamente sul dato anatomico, ma anche sul piano psichico e su come l'individuo si percepisce, si rinvia a G.Palmeri, M.C.Venuti, *Il transessualismo tra autonomia privata e indisponibilità del corpo*, in *Dir. fam.*, 1999, 64 ss.

(7) In particolare l'intervenuta modifica della legge sul divorzio nel 1987 costituisce una chiarificazione di quanto stabilito dalla l. 164/1982 che fa riferimento ad un'automatica cessazione degli effetti civili del matrimonio, in presenza di un cambiamento del sesso di uno dei due coniugi. La legge del 1982, infatti, è chiara nel far salve le norme di divorzio, sicché la novella del 1987 rimette definitivamente alla autodeterminazione dei coniugi la scelta se divorziare oppure no.

(8) Sul punto non si può non dar conto di come l'orientamento sessuale e l'identità di genere esprimano due dimensioni dell'identità della persona diverse, pertanto non comparabili, né valutabili in termini omogenei a livello di riconoscimento legislativo, quindi anche matrimoniale. Peraltro non sembra corretto il riferimento al parametro dell'art. 32 Cost., in quanto le persone transessuali, che vogliono cambiare sesso, per realizzare la propria identità personale devono ineludibilmente ricorrere all'intervento di rettifica, comprendendo nei termini di cui alla legge 164 del 1982 il proprio diritto alla salute e all'integrità fisica. Da tale intervento deriva poi tra gli effetti eventuali anche la possibilità di sposarsi con persone dello stesso sesso di nascita. Le persona omosessuali, invece, il cui soma coincide con la psiche, esprimono esigenze diverse da una per-



sona transessuale, e in questo senso la procedura giudiziaria prevista dalla l. 164 del 1982 prevede l'autorizzazione del giudice per accedere al trattamento sanitario di rettifica, proprio ai fini della verifica della condizione personale e delle motivazioni psico- esistenziali che spingono il soggetto al cambio di sesso. Da questo punto di vista, difficilmente un soggetto omosessuale presenterà le caratteristiche prevista dalla legge per l'autorizzazione, e quindi anche tale via sull'etere di matrimonio sembra preclusa alle coppie gay.

(9) Le istituzioni europee negli ultimi anni si sono attivate con raccomandazioni- pareri- risoluzioni, e più in generale atti non direttamente precettivi, al fine di promuovere la garanzia dei diritti delle persone omosessuali. La risoluzione del Parlamento Europeo del 14 gennaio 2009, "sulla situazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea 2004-2008", (P6_TA(2009)0019), verificando la disparità di tutela dei diritti medesimi all'interno dei diversi Stati membri ed auspicando un processo di integrazione europeo, sugli standard di garanzia, caldeggiava anche la formulazione di una direttiva da parte del Consiglio che garantisse la parità di trattamento, inclusa il principio di non discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale. La risoluzione sulla parità dei diritti degli omosessuali nella UE, approvata dal parlamento il 17 settembre del 1998, rappresenta un'importante sintesi circa la presenza di istituti discriminatori negli ordinamenti degli stati membri, ai quali il Parlamento prescrive un adeguamento allo standard di diritti, garantito dall'Unione. A tal proposito rileva il rapporto della FRA del 2007 su "Lotta alla discriminazione, alle molestie e alla violenza nei confronti di lesbiche e omosessuale all'interno dell'UE", reperibile in http://194.30.12.221/fraWebsite/attachments/MR_hdgs/part2_it.pdf.

Indicativa, pure, la recentissima risoluzione del Parlamento del Consiglio d'Europa, la n. 1728 del 2010, riguardante proprio le discriminazioni poste in essere sulla base dell'orientamento sessuale e dell'identità di genere. La giurisprudenza della Corte di giustizia si è più volte pronunciata sui diritti delle coppie omosessuali e transessuali, in materia pensionistica (C-117/01; C-267/06), di assegni familiari (C-122/99P e C-125/99P), di riduzione del prezzo dei trasporti (C-249/96), nonché di recente, di diniego di accesso all'istituto matrimoniale (C-30141/04).

(10) In particolare, a giudizio del Tribunale, la circostanza che il matrimonio tra persone dello stesso sesso sia non imposto, ma affidato alla libera determinazione dei diversi legislatori degli stati membri, sarebbe dimostrato dalla varietà delle formule giuridiche di riconoscimento previste nei diversi ordinamenti europei. In particolare il matrimonio omosessuale è previsto in Olanda, Belgio e Spagna; attraverso modelli analoghi, a quello matrimoniale, viene disciplinato in Inghilterra e Germania. In Svezia, Norvegia, Danimarca, Finlandia e Islanda, invece, viene esteso alle unioni omosessuali la disciplina prevista per il matrimonio "tradizionale", talora con l'esclusione delle disposizioni inerenti la potestà sui figli e l'adozione. Molti Paesi, inoltre, hanno introdotto almeno una possibilità di "registrazione pubblica" delle famiglie omosessuali (Francia, Lussemburgo, Repubblica Ceca).

(11) In controtendenza a tale interpretazione il catalogo dei diritti contenuti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, può essere ricomposto a partire da una lettura della garanzia apprestata dall'art. 33 della Carta nei confronti dei pubblici poteri, in lettura combinata- disposta con la previsione di cui all'art. 2 Cost., in termini tutt'altro che generici. Da questo punto di vista, la protezione che l'art. 33 Cost. garantisce alla famiglia, va intesa come protezione dei vincoli di solidarietà familiare, mentre i diritti dei singoli nel contesto della famiglia vengono individuati dalla Carta in una proiezione relazionale, come ad esempio l'essere genitori, padri, madri. Sul punto si rinvia a G. Ferrando, *Le relazioni familiari nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3, 2003, 347 e ss.

(12) A parere dei reclamanti la mancata previsione di una forma di riconoscimento giuridico delle coppie omosessuali, determina la limitazione della capacità giuridica delle stesse, là dove queste, pur volendo, non possono in alcun modo legittimare la propria unione.

(13) La questione è stata sollevata con ordinanza emessa il 3 aprile 2009

dal Tribunale di Venezia e con ordinanza emessa il 29 luglio 2009 dalla Corte d'Appello di Trento, rispettivamente iscritte ai nn. 177 e 248 del registro ordinanze 2009 e pubblicate nella *Gazz. Uff.* nn. 26 e 41, I serie speciale, dell'anno 2009.

(14) Qui la Corte di Appello richiama alla lettera l'interpretazione della Corte costituzionale che leggendo l'art. 29 Cost. sostiene come dal testo costituzionale e dai dati positivi dell'ordinamento, in assenza di un preciso intervento del legislatore, non si possano ricoprire entro la cornice dell'istituto matrimoniale, attualmente sancita, le coppie dello stesso sesso, in quanto l'elemento della diversità di sesso, sia a livello codicistico, sia a livello di legislazione speciale, sarebbe frutto di una tradizione ultramillenaria e consolidata di matrimonio, confermata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza maggioritaria, che ravvisa in tale elemento, una condizione essenziale per l'esistenza, o comunque per la validità, dell'istituto stesso. Sul punto di interesse P.Tincani, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, a cura di B.Pezzini, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 173 ss.

Si rinvia a R.Bin, A.Pugiotto in *Uguaglianza e matrimonio. Considerazioni sui rapporti di genere e sul paradigma eterosessuale nel matrimonio secondo la costituzione italiana*, a cura di B.Pezzini, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008.

(15) In particolare l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Venezia alla Corte Costituzionale reca nel parametro anche l'art. 117, comma 1, Cost., dal momento che la mancata previsione di matrimoni omosex integrerebbe una violazione dei vincoli derivanti sia dagli obblighi internazionali, sia dall'ordinamento comunitario. La disposizione costituzionale in esame determina quindi un allungamento del parametro, dal momento che il rispetto degli obblighi internazionali e comunitari deve essere apprezzato guardando, sia ad alcune disposizioni della CEDU, sia alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. La Corte non entra neppure nel merito della portata interpretativa e precettiva delle disposizioni richiamate, evidenziando come esse abbiano prevalentemente carattere generale, e si debba quindi, in ossequio al principio di specialità, guardare *in primis* agli artt. 12 della CEDU e 9 della Carta di Nizza, che riguardano specificamente il diritto a sposarsi e costituire una famiglia, la cui realizzazione è espressamente rinviata alla discrezionalità del legislatore degli Stati membri

(16) Tale ricostruzione trova ampia conferma nella circostanza che vede altri paesi europei disciplinare l'unione tra persone dello stesso sesso, configurando istituti diversi tra uno Stato e l'altro.

(17) Tale ricostruzione riprende infatti del tutto l'esegesi, per così dire "antiquaria", del sistema delle fonti in materia matrimoniale, e così il parametro costituzionale viene interpretato invocando anche le norme sotto ordinate. Ecco allora che l'art. 29 Cost. si riempie di contenuto, da un lato, alla luce delle previsioni del codice civile, e dall'altro, richiamando i lavori dei Padri costituenti che, pur non pensando ai matrimoni omosessuali, avevano, già in allora, pensato al fenomeno delle unioni di fatto, nate al di fuori del vincolo matrimoniale, consapevoli che la nascente Costituzione sarebbe cresciuta e cambiata con l'evolversi dello Stato comunitario. Diverso l'orientamento su tale profilo di quella dottrina che evidenzia come, il sistema di diritti costruito attorno all'istituto matrimoniale sarebbe configurabile, attraverso una lettura costituzionalmente orientata delle norme, anche per le coppie dello stesso sesso, sul punto di interesse S. RODOTA', *Premessa*, in E. Menzione, *Manuale dei diritti degli omosessuali*, La libreria di Babilonia, 1996, 65 ss.

(18) P.Tincani, *Diritto, natura, diritti. L'affaire del matrimonio omosessuale*, a cura di B.Pezzini, in *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008, 173 ss.

(19) Nello stesso modo, continua il Giudice di Appello, deve anche essere interpretato l'art. 3, comma 5, l. g.), della legge, 01.12.1970, n. 898 che, nel prevedere la possibilità di ottenere una immediata sentenza di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio, allor quando sia passata in giudicato la sentenza di rettificazione di attribuzione di sesso, presuppone l'incompatibilità fra identità sessuale e ma-



rimonio. Non è quindi configurabile una interpretazione del predicato verbale “può”, recato nella disposizione in commento, per inferire che esso consenta un’ipotesi di unione omosessuale, in tutti quei casi in cui, nessuno dei due coniugi, pur in presenza del mutamento sessuale collettivo la domanda di divorzio.

(20) Le conclusioni cui giunge il giudice di Appello confermano peraltro una tradizionale chiusura della giurisprudenza italiana, ad aprire il paradigma matrimoniale alle coppie omosessuali. Ad esempio si veda Tribunale di Latina, decreto, 10 giugno 2005, n. 3, in *Giur. merito*, 2005, 11, 2292. A commento di tale decreto si segnala D. A. Galizia, *Sull’inesistenza e non trascrivibilità del matrimonio per identità di sesso*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, fasc. II, p. 637-640, dove si evidenzia come, la decisione in oggetto nel dichiarare perfettamente legittimo il diniego dell’ufficiale di Stato civile di trascrivere il matrimonio celebrato in un altro paese tra due persone dello stesso sesso, muova anche: “*dall’assunto che l’unione matrimoniale crea un vincolo perpetuo ed esclusivo tra i coniugi, in cui si possa vivere la reciprocità e il mutuo aiuto e mettere i presupposti per la generazione di nuove vite... vi è sempre l’intrinseca possibilità che una coppia, formata da un uomo e una donna, possa avere un figlio. La coppia omosessuale è, invece in modo costitutivo sterile e non ha senso rivendicare un’equiparazione con la coppia eterosessuale*”.

I

Corte costituzionale, sent. 12 ottobre 2011, n. 263 – Pres. e Red. Quaranta – Avv. Stato per il Presid. Cons. min. (Avv. Basilica) c. Regione Liguria (Avv. Sivieri)*.

TUTELA DELL’AMBIENTE – disciplina delle aree protette – predisposizione di strumenti programmatici e gestionali da parte della legge statale – ridefinizione delle aree contigue dei parchi naturali regionali – previsione da parte della legge dello Stato della preventiva intesa tra la Regione e l’organismo di gestione dell’area protetta – potestà legislativa esclusiva dello Stato – annullamento della legge regionale contrastante.

(Art. 117, co. 2, L.R. n. 21/2010, art. 1, co. 1).

TUTELA DELL’AMBIENTE – disciplina delle aree protette – predisposizione di strumenti programmatici e gestionali da parte della legge statale – fissazione di limiti all’esercizio della caccia – previsione da parte della legge dello Stato del divieto di esercizio dell’attività venatoria a soggetti non residenti nei comuni dell’area naturale protetta e dell’area contigua – potestà legislativa esclusiva dello Stato – annullamento della legge regionale contrastante.

(Art. 117, co. 2, L.R. n. 21/2010, art. 1, co. 2).

La mancata previsione, da parte della legge regionale, della preventiva intesa tra la Regione e l’organismo di gestione dell’area protetta per la ridefinizione delle aree contigue dei parchi naturali regionali è illegittima, in quanto lesiva della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell’ambiente, alla quale va ricondotta la disciplina delle aree protette, estrinsecantesi (anche) nella predisposizione di strumenti programmatici e gestionali. (1)

La previsione, da parte della legge regionale, della possibilità di svolgimento del prelievo venatorio nelle aree contigue anche a soggetti non residenti nei comuni dell’area naturale protetta e dell’area contigua è illegittima, in quanto lesiva della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell’ambiente, alla quale va ricondotta la disciplina

delle aree protette, estrinsecantesi (anche) nella fissazione di limiti all’esercizio della caccia. (2)

* “Il testo della sentenza è disponibile sul sito www.giurcost.it”.

II

TAR Liguria, sez. II, decr. 15 ottobre 2011, n. 488 – Pres. Ponte – Ass.ne. Italiana W.W.F. - V.A.S. - L.A.V. - L.A.C. - L.I.P.U (Avv. Granara) c. Regione Liguria (Avv. Benghi, C stagnoli).

CACCIA IN DEROGA – irrecuperabilità dei volatili abbattuti – irreparabilità del danno ambientale – sussistenza dell’immediato pregiudizio – mancanza di profili contrari e superiori di interesse pubblico – concessione della misura cautelare monocratica – sospensione del provvedimento impugnato sino alla camera di consiglio collegiale (Art. 56 c.p.a.).

Sussistono i presupposti per la concessione della misura cautelare monocratica per il limitato periodo intercorrente sino alla camera di consiglio per la trattazione collegiale della domanda cautelare proposta, quando nel bilanciamento dei contrapposti interessi, a fronte della sussistenza dell’immediato ed irreparabile pregiudizio invocato da parte ricorrente non paiono emergere profili contrari e superiori di interesse pubblico relativi a tale limitato periodo. (3)

(...Omissis...)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l’istanza di misure cautelari monocratiche proposta dal ricorrente, ai sensi dell’art. 56 cod. proc. amm.; sentite le parti, su istanza dell’amministrazione, come da verbale d’udienza;

- ritenuto che, allo stato, sussistono i presupposti per la concessione della misura cautelare invocata per il limitato periodo intercorrente sino alla camera di consiglio per la trattazione collegiale della domanda cautelare proposta, da fissare ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 55 comma 5 e 56 cod. proc. amm.;

- considerato che nel bilanciamento dei contrapposti interessi, a fronte della sussistenza dell’immediato pregiudizio invocato da parte ricorrente (la cui natura di irreparabilità appare evidente, nel senso che gli esemplari abbattuti nel limitato periodo predetto sarebbero non recuperabili) non paiono emergere profili contrari e superiori di interesse pubblico relativi a tale limitato periodo, secondo la stessa prospettazione della difesa regionale che nulla ha indicato in termini di interesse pubblico preminente per lo stesso periodo in questione se non il rischio di abbattimento di non oltre 300 capi secondo un calcolo statistico rispetto a quanti abbattuti sino ad ora (peraltro nella sola provincia di La Spezia – cui si riferisce l’invocato documento n. 4 -, con conseguente necessità di moltiplicazione per quattro in ordine a tutto il territorio regionale);

- atteso che occorre fissare la camera di consiglio per la trattazione collegiale in sede cautelare del presente gravame.

P.Q.M.

Accoglie la domanda di misura cautelare monocratica e per l’effetto, ai sensi dell’art. 56 c.p.a., sospende l’esecuzione del provvedimento impugnato.

(...Omissis...)

III

TAR Liguria, sez. II, ord. 3 novembre 2011, n. 510 – Pres. Di Sciascio – Est. Caputo – Ass.ne. Italiana W.W.F. - V.A.S. - L.A.V. - L.A.C. - L.I.P.U (Avv. Granara) c. Regione Liguria



(Avv. Benghi, Castagnoli)

CACCIA IN DEROGA – mancanza di elementi di fondatezza del ricorso – diniego della domanda di misura cautelare

(Art. 9, n. 1, lett. c) Dir. 79/409/CEE, Art. 55 c.p.a.).

Non sussistono i presupposti per la concessione della misura cautelare collegiale dal momento che, prima facie, il ricorso non pare presentare elementi di fondatezza. (4)

(...Omissis...)

Rilevato che, prima facie, il ricorso non pare presentare elementi di fondatezza: muove dall'errata qualificazione del parere tecnico-scientifico dell'ISPRA, che è obbligatorio ma non vincolante, come negativo, supplito, ai sensi della disciplina del procedimento applicabile in questi casi, dal parere dell'Università che *ob relationem* integra la motivazione dell'atto impugnato; lamenta la violazione della disciplina comunitaria che, viceversa, ai sensi dell'art. 9 n. 1 lett c) della direttiva 79/409/CEE consente il limitato prelievo venatorio in deroga della specie in esame ed alla quale l'amministrazione s'è attenuta nel quantificare correttamente il numero massimo degli abbattimenti; equivoca infine il contenuto della disposizione in ordine alla tassativa individuazione dei soggetti tenuti alla vigilanza da ritenersi invece meramente esemplificativa.

P.Q.M.

[...] respinge la domanda cautelare.

(...Omissis...)

IV

Consiglio di Stato, sez. V, decr. 15 novembre 2011, n. 4998 – Pres. Aldo Scola – Ass.ne W.W.F. - V.A.S. - L.A.C. - E.N.P.A - L.I.P.U (Avv. Granara) c. Regione Liguria.

CACCIA IN DEROGA – irrecuperabilità dei volatili abbattuti – irreparabilità del danno ambientale – sussistenza dell'immediato pregiudizio – rischio di procedure d'infrazione a carico dello Stato italiano – concessione della misura precautelare monocratica – sospensione dell'efficacia dell'ordinanza impugnata sino alla camera di consiglio collegiale

(Artt. 56 e 98, comma 1, c.p.a.).

Sussistono i presupposti per la concessione della misura precautelare monocratica per il limitato periodo intercorrente sino alla camera di consiglio per la trattazione collegiale della domanda cautelare proposta, quando è ravvisabile un rischio d'immediato ed irreparabile danno ambientale, con possibili procedure d'infrazione a carico dello Stato italiano. (5)

(...Omissis...)

Considerato che, ad un sommario esame, può accordarsi la misura precautelare richiesta, essendo in corso la stagione venatoria, per cui l'ipotizzato danno ambientale (riconducibile all'abbattimento dei volatili) non sarebbe ristorabile, con possibili procedure d'infrazione a carico dello Stato italiano (v. direttiva europea n. 79/409 e sentenza della Corte di Giustizia europea, sezione VI, 15 maggio 2008, resa in causa C-503/2006, nonché ordinanza presidenziale Corte europea 10 dicembre 2009, resa in causa C-573/2008).

P.Q.M.

Accoglie l'istanza di misure precautelari monocratiche (r.g.a. n.

8962/2011), sospendendo l'efficacia dell'impugnata ordinanza con effetto fino alla camera di consiglio collegiale, fissata per il 29 novembre 2011. (...Omissis...)

V

Consiglio di Stato, sez. V, ord. 30 novembre 2011, n. 5222 – Pres. Branca – Ass.ne W.W.F. - V.A.S. - L.A.C. - E.N.P.A - L.I.P.U (Avv.ti Granara e Tedeschini) c. Regione Liguria.

CACCIA IN DEROGA – mancanza di elementi idonei ad indurre la riforma dell'ordinanza cautelare di primo grado – conferma dell'ordinanza di reiezione della domanda cautelare presentata dalle parti ricorrenti in primo grado.

(Art. 62 c.p.a.)

Ad un esame sommario, i motivi di appello non sono idonei ad indurre la riforma dell'ordinanza cautelare di primo grado, di reiezione della domanda di sospensiva. (6)

(...Omissis...)

considerato che a un primo esame le censure proposte con l'appello cautelare non sono idonee a scalfire le plausibili conclusioni alle quali è pervenuto il TAR con l'ordinanza impugnata;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge l'appello. (...Omissis...)

(1-6) Caccia in Liguria: a quando il termine della “tele-novela venatoria”?

Nelle more della pubblicazione del presente contributo, il 20 dicembre 2011, l'Assemblea legislativa della Liguria ha approvato (con 23 voti a favore e 2 voti contrari) la delibera di revoca (n. 32) – si noti, proposta dallo stesso Presidente dell'Assemblea – della deliberazione consiliare n. 27 del 27 settembre 2011 (di cui si dice al §3), facendo con ciò stesso venir meno la possibilità di cacciare lo storno, in Liguria. Significativo, peraltro, è apprendere come all'origine di una tale decisione vi sia stata la presa d'atto, da parte dell'organo consiliare, del rischio concreto di «sanzioni europee», dopo che il 24 novembre 2011 era stato reso noto l'avvio di una procedura di infrazione nei confronti del Governo italiano. Secondo la Commissione europea, infatti, il nostro Paese si sarebbe reso responsabile di una duplice violazione, ovverosia:

- della mancata ottemperanza della sentenza della Corte di Giustizia europea del 2008 (v.la alla nota 3); e
- dell'applicazione non conforme delle disposizioni comunitarie che regolano la concessione di regimi derogatori al divieto generale di caccia alle specie protette.

Insomma, quel che non hanno potuto fare “altre strade” pare proprio che l'abbia fatto la percezione del rischio di “esborso” di denaro pubblico, «Considerato che l'importo minimo della eventuale sanzione, cui la Regione potrebbe essere tenuta a far fronte in via di rivalsa da parte dello Stato, ammonterebbe a poco meno di 10 milioni di euro» (così nella delib. di revoca, cit.). Ciò che mentre, da un lato, ci pare, conferma quanto si rileverà nelle battute finali del contributo, dall'altro lato, rende tanto più necessario farsi carico delle “condizioni” (evidenziate, tra l'altro, dallo stesso giudice costituzionale nella sent. n. 190 del 8 giugno 2011) di legittima adozione di misure di deroga, affinché la delibera consiliare dello scorso dicembre non rappresenti la resa definitiva del legislatore regionale di farsi carico della materia (cfr.



il § 1), ma consacri, piuttosto e finalmente, la “svolta” – ovvero l’avvio di un nuovo approccio – del legislatore regionale stesso nella regolamentazione del settore.

Sommario: 1. Premessa. - 2. Aree contigue e (regolamentazione della) caccia in Liguria. - 3. Posizioni e contrapposizioni all’insegna della continuità...

1. Premessa.

Il “prelievo venatorio” (“volgarmente” parlando: la caccia) si conferma “croce e delizia” per le Regioni e particolarmente per la Regione Liguria che qui si tratterà come caso esemplare. Essa, infatti, v’è da credere, è certamente “una delizia” per chi la pratica e per chi, in qualche modo, beneficia del suo “indotto”: al punto da potersi ritenere che molta parte delle “propensioni politiche” – particolarmente, “di voto” – di costoro(1) (che assai difficilmente rinuncerebbero a svolgere le loro “battute”) finiscano col dipendere dalla capacità di chi li rappresenta e governa di assecondare questa loro viscerale passione. Anche per questo, la caccia si sta rivelando, come si diceva, ormai da qualche tempo, altresì “una croce” per gli organi di governo di talune Regioni – e persino, come meglio si vedrà nel prosieguo, per gli stessi organi giurisdizionali – data la difficoltà, acuitasi all’indomani della riforma del Titolo V della Costituzione, in ragione dell’estrema “fluidità” e “trasversalità” della materia “ambiente” (ex art. 117, comma 2, lett. s) Cost.), di conciliare tali tradizioni “ancestrali” con l’irrinunciabile valore della tutela della fauna. Così, che si tratti di caccia – ci si passi l’espressione – “in aria” o “a terra”, la sensazione resta quella di trovarsi dinanzi all’impossibilità (politica) di dare una regolamentazione d’avanguardia, organica e stabile al settore: in particolare, un assetto idoneo a precostituire delle soluzioni procedurali relativamente sicure per il conseguimento di determinati esiti (v. esemplarmente l’“autorizzazione” alla caccia in deroga). Risultando, assai meno ambiziosamente, più conveniente optare, specie a livello regionale, per normative “estemporanee”, poco importa se efficaci solamente “pour l’*espace d’un matin*” (ovvero per una stagione venatoria), magari nella speranza di riuscire a “sfruttare” al meglio “le falle” dell’impianto normativo(2).

2. Aree contigue e (regolamentazione della) caccia in Liguria.

Sulle vicende che hanno portato alla condanna del nostro Paese da parte del giudice comunitario si è già avuto modo di portare la nostra attenzione in altre occasioni (a cui pertanto si rinvia)(3). Rileva qui, piuttosto, la vicenda, che ha riguardato la nostra Regione, da cui è scaturito un contenzioso che ha portato il giudice delle leggi a dichiarare l’incostituzionalità dei commi 1(4) e 2(5), dell’art. 1 della L.R. Liguria 7 dicembre 2010, n. 21 (Provvedimenti urgenti in materia di aree contigue dei parchi naturali regionali), i quali rendevano possibile, in particolare:

- a) la soppressione delle aree contigue, senza la preventiva intesa con l’organismo di gestione dell’area protetta e con gli enti locali interessati (comma 1)(6); e,
- b) l’esercizio dell’attività venatoria anche da parte di non residenti nei comuni dell’area naturale protetta e dell’area contigua (comma 2)(7).

Ebbene, prima di entrare nel merito della decisione della Corte costituzionale, al fine di meglio chiarire i punti di contatto che il “prelievo venatorio” presenta con le “aree contigue” è utile rilevare come, queste ultime, ai sensi di quanto stabilito dalla L. (statale) 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge-quadro sulle aree protette), consistano in zone, per così dire, “cuscinetto” (venendo per ciò stesso altrimenti definite “zone di pre-parco”) fra le aree protette

(sogrette, in quanto tali, ad un regime giuridico “speciale”) ed i restanti territori (sottoposti, invece, ad un “regime giuridico ordinario”). In particolare, un tale istituto – che, si noti, costituisce un “unicum”, tipicamente nostrano – può darsi il «frutto di un conflitto ideologico fra mondo venatorio e associazioni ambientali», indotto dall’opportunità «se non [necessarietà]»(8) di mantenere fermo, in linea di principio, il divieto di caccia dentro ai parchi naturali, e di consentire, nel contempo, in quelle stesse aree, forme “limitate” di attività venatoria, se non altro allo scopo di controllare le popolazioni di erbivori e di cinghiale. La definizione normativa delle “aree contigue” (peraltro «riferibile», assai significativamente, «alle ultime stesure» della legge-quadro) parrebbe, appunto, aver costituito la “via di fuga” da una tale situazione di *impasse*, dato che avrebbe consentito al legislatore statale, da un lato, di rinviare l’individuazione della soluzione del problema alle stesse regioni sui cui territori si trovano le aree naturali protette, pur senza mancare di porre, dall’altro lato, “palletti normativi” di rilievo, per la regolamentazione, “da parte regionale”, della materia *de qua*. È stato così che la ridetta legge n. 394/1991 ha affidato alle Regioni “il compito”:

- a) di definire i “confini delle aree contigue”, “d’intesa con l’organismo di gestione dell’area protetta” (ex art. 32, comma 2), stabilendo, altresì, “piani e programmi” ed “eventuali misure di disciplina della caccia, della pesca, delle attività estrattive e per la tutela dell’ambiente, relativi alle aree contigue alle aree protette [...]”, “d’intesa con gli organismi di gestione delle aree naturali protette e con gli enti locali interessati” (ex art. 32, comma 1); e
- b) di “disciplinare l’esercizio della caccia” (all’interno delle stesse aree contigue) “soltanto nella forma della caccia controllata, riservata ai soli residenti dei comuni dell’area naturale protetta e dell’area contigua” (ex art. 32, comma 3).

La scelta oppositiva della normativa ligure – peraltro, va evidenziato, compiuta all’indomani della (nonché ad una certa distanza di tempo dalla) riforma costituzionale del Titolo V – difficilmente armonizzabile con quella statuale, avrebbe dunque potuto “salvarsi” a condizione, verosimilmente, che ne fossero stati collocati i contenuti nell’alveo della *potestà legislativa residuale regionale*. Segnatamente, se, all’insegna delle “novità” recate dalla riforma del Titolo V della Costituzione (e quindi con una soluzione di continuità rispetto al passato), si fosse stati disposti ad abbracciare un approccio ermeneutico di tipo “distintivo” (nella valorizzazione della distanza presente, sul piano “concreto”, come su quello “reale”, tra le materie del “prelievo venatorio” e delle “aree contigue”) e “letterale” (visto e considerato che della materia “caccia” non v’è traccia nell’art. 117 Cost.). Tuttavia, la posizione abbracciata dal giudice costituzionale nella sentenza n. 263 del 2011(9) è stata di segno affatto diverso, di tipo “estensivo” e “teleologico”: all’insegna, in ultima analisi, della continuità tra il “prima” ed il “dopo” la riforma costituzionale. In particolare, decisiva nell’iter motivazionale seguito dalla Corte è stata, ancora una volta(10), la riconduzione dell’“oggetto del contendere”, alla *competenza legislativa esclusiva dello Stato* in materia di *tutela dell’ambiente* (prevista dall’art. 117, 2° comma, lettera s), Cost.).

La Corte ha, infatti, sussunto sotto tale materia (di qui, come si diceva, l’approccio di tipo “estensivo”) la disciplina delle aree protette, ulteriormente precisando come la “tutela dell’ambiente” si estrinsechi vuoi «nella predisposizione di strumenti programmatici e gestionali per la valutazione di rispondenza delle attività, svolte nei parchi, alle esigenze di protezione della flora e della fauna [...], tra i quali deve essere ricompresa anche la previsione dell’intesa in questione per la delimitazione delle aree contigue alle aree protette», vuoi «nella fissazione di limiti all’esercizio della caccia». Che, poi, la pronuncia, come si è in parte anticipato, si



ponga in un'ottica di continuità col passato, è rivelato dallo stesso giudice costituzionale là dove lo stesso si preoccupa di evidenziare come le norme contenute nella legge n. 394/1991 «già nella vigenza del testo originario del Titolo V della Parte seconda della Costituzione», contenessero «principi fondamentali», ai fini dell'esercizio della competenza legislativa concorrente delle Regioni in materia di caccia (qui, l'approccio di tipo “teleologico” del giudice costituzionale). Ebbene, secondo la Consulta «la attuale, più ampia, competenza legislativa regionale in materia di caccia, conseguente alla trasformazione di tale competenza da concorrente in residuale», «non ha fatto venir meno la forza vincolante delle suddette norme statali, le quali oggi assumono la natura di *standard minimi uniformi*, dettati dalla legislazione statale nell'esercizio della competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente» (corsivo nostro). Sicché, in quest'ottica, alle Regioni non resta che la possibilità, nell'esercizio della loro «diversa» potestà legislativa, di predisporre, eventualmente, livelli maggiori di tutela (dato che questi presuppongono logicamente il rispetto degli *standard* adeguati ed uniformi fissati nelle leggi statali), ma non quella di prevedere soglie di tutela inferiori a quelle dettate dallo Stato.

Date le premesse, la Consulta ha avuto quindi buon gioco nel dichiarare l'inconstituzionalità della normativa ligure in ragione della lesione della potestà legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela dell'ambiente. Ed infatti, come s'è anticipato, sotto il profilo formale, il comma 1 dell'art. 1 della legge ligure non prevedeva, contrariamente a quanto, invece, stabilito dal citato art. 32, comma 2, della legge statale n. 394/1991, ai fini della ridefinizione delle aree contigue dei parchi naturali regionali, la preventiva intesa con l'organo di gestione dell'area protetta. Sotto il profilo sostanziale, poi, il comma 2 del medesimo articolo, ammetteva l'esercizio venatorio anche per soggetti che non fossero residenti(11) nei comuni dell'area naturale protetta e dell'area contigua, violando, così, quanto stabilito dall'art. 32, comma 3, della legge statale(12).

3. Posizioni e contrapposizioni all'insegna della continuità...

La vicenda in commento è emblematica, ci pare, della complessità – tale da tramutarsi in vera e propria impossibilità – di “dialogo” e, conseguentemente, di efficace soluzione dei problemi, tra i diversi livelli di governo nel nostro Paese. Anche se per vero un qualche tratto di novità, rispetto ad un non lontano passato, è forse possibile intravederlo, se è vero che «i prelievi venatori in regime di deroga, regolamentati a livello comunitario da quasi trent'anni [...], sono sempre stati a livello nazionale oggetto di opposizione preconcetta e quindi, sino a qualche anno fa, sostanzialmente ignorati a livello di recepimento e regolamentazione» (!)(13).

Non ci si nasconde, peraltro, che a rendere ancora più intricata la situazione, rispetto alla dicotomia “croce-delizia” a cui si accennava in *Premessa*, sono i paventati rischi alle persone, prima ancora che alle coltivazioni ed alle “cose” (partic. alle opere storico-monumentali), che un'eccessiva proliferazione delle specie (gli storni “in aria” e i cinghiali “a terra”) che si vorrebbe – con meno vincoli – cacciare, potrebbero causare. Anche se, per vero, nemmeno gli studi appositamente commissionati in materia sono parsi in grado di fornire un qualche decisivo apporto nel definire la portata, finendo, piuttosto, talora, per costituire oggetto di strumentalizzazioni da parte, a seconda dei casi, dei fautori e dei contrari al prelievo venatorio delle specie in causa(14). Dal canto suo persino l'ente(15) chiamato “istituzionalmente” a dare il proprio supporto tecnico-scientifico alla messa a punto delle normative in materia è stato ad un certo punto “bloccato”,

a causa dei riscontri non favorevoli forniti dagli uffici comunitari in ordine alle metodologie di calcolo che aveva adottato nell'espletamento della propria attività (!)(16).

Ad ogni modo, volendo omettere in questa sede di considerare i limiti “costitutivi” dell'attività normativa dell'UE, che (quanto meno ad oggi) non ne favoriscono di certo la propensione a farsi carico delle diversità/specificità di situazioni all'interno degli Stati membri, una tale “difficoltà di dialogo” tra i soggetti protagonisti dell'attività legislativa del nostro Paese è tanto più problematica, ci pare, in riferimento al piano “statuale”, se solo si pensa alla centralità che un tale livello ordinamentale ha avuto e continua ad avere(17), anche in forza delle dinamiche “europee” (come del resto sta a dimostrare il caso di specie)(18). Dal canto suo, al legislatore regionale più che rimproverarsi di «non [trovare] il tempo di occuparsi della salvaguardia del territorio»(19), si dovrebbe piuttosto rammentare che «*Errare humanum est, perseverare diabolicum*». Del resto, a ben vedere, è quanto ha fatto la Corte costituzionale proprio nella sent. n. 263 del 2011 (v.la *supra* al § prec.), coll'evidenziare come una disposizione analoga(20) a quella impugnata fosse già stata dichiarata costituzionalmente illegittima (con la sentenza n. 315 del 2010), nella parte in cui consentiva la caccia nelle aree contigue(21) anche ai soggetti non residenti in tali aree(22). Che, poi, il legislatore ligure risulti, almeno in questo particolare settore, piuttosto incline a riproporre contenuti normativi oggetto di precedenti censure da parte del giudice costituzionale (tanto da portare talune parti in causa a domandare “lo scioglimento del Consiglio regionale e la rimozione del Presidente della Giunta”, ex art. 126 Cost., per violazione del giudicato costituzionale(23)) pare assodato dal fatto che la Corte aveva già dichiarato inconstituzionale (nella sent. n. 20 del 2000) la normativa con cui era stato dato modo di continuare a cacciare *fino a quando* non fosse stato adottato “il piano del Parco”(24). Secondo il giudice delle leggi, infatti, nulla avrebbe garantito che una tale “adozione” prima o poi sarebbe avvenuta, per cui sarebbe stato concreto il rischio di seguitarsi a cacciare *ad libitum*, con una sostanziale elusione del principio di legislazione nazionale che faceva divieto all'esercizio della caccia da parte dei non residenti nelle aree protette (25).

Peraltra, segnale eloquente della complessità del quadro giuridico che s'è venuta a creare può darsi la giurisprudenza “perplessa” ed a tratti contraddittoria dei giudici amministrativi, chiamati a pronunciarsi “in via cautelare” sulla deliberazione del Consiglio regionale - Assemblea legislativa della Liguria del 27 settembre 2011, n. 27 con cui è stata consentita la caccia degli storni (per ciò stesso prontamente denominata dagli oppositori delibera “spara-tutto”). Così, in un primo momento è stata accolta l'istanza urgente di sospensiva cautelare presidenziale dell'efficacia della delibera ligure: ad un tale esito si è arrivati nella valorizzazione dell'elemento del “*periculum in mora*”, ovvero considerandosi «che nel bilanciamento dei contrapposti interessi, a fronte della sussistenza dell'immediato pregiudizio invocato da parte ricorrente (la cui natura di irreparabilità appare evidente, nel senso che gli esemplari abbattuti nel limitato periodo predetto sarebbero non recuperabili) non paiono emergere profili contrari e superiori di interesse pubblico relativi a tale limitato periodo». Successivamente, però, in sede di “sospensiva ordinaria”, la medesima istanza è stata rigettata, col portare ora l'attenzione sul profilo del “*fumus boni iuris*”, dato «che, *prima facie*, il ricorso non pare presentare elementi di fondatezza(26)». Il Consiglio di Stato, da parte sua, reindirizzando l'attenzione sul versante del “*periculum in mora*”, ha ritenuto «che, ad un sommario esame, [potesse] accordarsi la misura precautelare richiesta, essendo in corso la stagione venatoria, per cui l'ipotizzato danno ambientale (ricon-



ducibile all'abbattimento dei volatili) non sarebbe ristorabile, con possibili procedure d'infrazione a carico dello Stato italiano», salvo in seguito considerare «che a un primo esame le censure proposte con l'appello cautelare non sono idonee a scalfire le plausibili conclusioni alle quali è pervenuto il TAR con l'ordinanza impugnata»(27). Pertanto, in modo percettibilmente schizofrenico (e chissà fino a che punto “comprensibile” da parte dell’opinione pubblica e, particolarmente, dei cacciatori), l’attività venatoria in deroga alle specie protette è stata dapprima bloccata, poi consentita(28), e quindi nuovamente inibita e infine ammessa in sede giudiziale.

In attesa di vedere come evolverà la situazione sul versante della “caccia in aria”, volendo (ri)portare conclusivamente l’attenzione sul prelievo venatorio “a terra”, e, nel contempo, svolgere talune considerazioni su alcuni profili particolarmente significativi del *drafting* in materia, v’è da rilevare come, a conti fatti, si sia rivelato tutt’altro che “produttivo”, almeno sinora, l’impiego della tecnica del “*rinvio*” da parte del legislatore (sia esso statale o regionale) del compimento di scelte di carattere financo politico, ritenendosi per questa strada di riuscire a dare, prima o poi (certo non nell’immediato...), una qualche risposta ad esigenze contingenti.

È in una tale prospettiva che, ci sembra, può guardarsi alle leggi della Regione Liguria nn. 24 e 27, rispettivamente, del 4 e del 5 ottobre 2011 (di “modifica” e di “ulteriore modifica” della L.R. 1° luglio 1994, n. 29, recante “Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio”) concernenti l’attività venatoria “a terra”. Senza soffermarci più del necessario sul punto, con la prima, il legislatore regionale, preso atto di come «Soprattutto nei Compensori Alpini l’eccessiva e incontrollata presenza all’interno dei Valichi montani di ungulati (quali per esempio il cinghiale) o le difficoltà di intervento e caccia dei mammiferi opportunisti (volpe) [influisca] negativamente sulla conservazione degli *habitat* e delle specie di avifauna dipendenti da esso, che lo frequentano abitualmente o che in esso si trovano a passare, sostare e nutrirsi durante le fasi della migrazione»(29), ha aperto le porte alla possibilità di svolgere, attorno ai “valichi montani” interessati dalle più significative linee di migrazione dell’avifauna selvatica, forme di caccia diverse rispetto a quelle agli uccelli. Salvo poi rinviare ad una successiva delibera del Consiglio regionale, “su proposta della Giunta regionale”, da mettere a punto “Entro sei mesi” dalla data di entrata in vigore della legge, “l’individuazione dei valichi montani, appenninici e tirrenico-padani interessati dalle rotte di migrazione dell’avifauna”.

Analogamente, il “*rinvio*” è stata la “soluzione” (*rectius: la tecnica*) adottata dalla seconda normativa: qui, però, alle Province, e senza la previsione di scansioni temporali di sorta. Così, con l’intento dichiarato di «rendere il controllo della fauna selvatica più corrispondente alle diverse realtà della regione ed ai problemi concreti che si manifestano sul territorio in relazione alla eventualità dei danni causati dai cinghiali alle produzioni agricole e forestali in determinate zone e in alcuni periodi dell’anno con ricadute negative sia per l’agricoltura che per l’ambiente»(30) la legge ha affidato alle Province il compito di “attivarsi” affinché le squadre di cacciatori di nuova costituzione “siano distribuite in modo uniforme” all’interno degli ambiti territoriali di caccia e dei compensori alpini, con particolare riferimento alle zone con minore densità venatoria” (ex art. 2). Inoltre, sempre le Province sono state chiamate a programmare “di concerto con gli ambiti territoriali di caccia e i compensori alpini”, i “piani di abbattimento” della fauna selvatica e, quindi, a partecipare fattivamente nella loro “attuazione” (ex art. 3)(31).

Se, pertanto, tenuto conto di quanto detto, pare lecita l’assunzione di un atteggiamento di “fiduciosa cautela” dinanzi alle af-

fermazioni contenute nelle note di accompagnamento agli interventi legislativi – secondo cui tale normativa riuscirà finalmente a «risolvere le problematiche sorte in quasi 20 anni di applicazione della norma regionale n. 29/1994»(32) –, v’è da sperare che ad un qualche stabile assetto del prelievo venatorio in Liguria, si riesca prima o poi ad addivenire. Anche se, per vero, l’auspicio è che ciò si realizzi il prima possibile, se non altro, a motivo dei costi che l’inefficienza della politica legislativa in materia sta producendo sia “in positivo” per “quel che si fa”(33), sia “in negativo” per “quel che non si riesce a fare”(34), a scapito dei cittadini (“liguri” e non solo...), peraltro, in una congiuntura economica, com’è purtroppo noto, di certo non tra le più felici.

Lara Trucco

Note:

(1) Che, si noti, in territorio ligure sarebbero più di ventisettAMILA.

(2) Così, significativamente, nell’ambito del contenzioso che ha riguardato la Regione Veneto in questa materia il giudice amministrativo non ha potuto che prendere atto di come «limitatamente ad una delle specie oggetto della deroga, il periodo di prelievo [fosse] comunque già trascorso, come peraltro già osservato nel decreto presidenziale» (cfr. T.A.R. Veneto, sez. I, ord. 28 ottobre 2011, n. 748).

(3) Per una ricostruzione di quelle vicende si rinvia a Redaz. Liguria, *La disciplina della caccia in un sistema multilivello*, in <http://www.federalismi.it/document/25012007090420.pdf>, 2007. A proposito della condanna di Lussemburgo, cfr. Corte di giustizia, sent. 15 maggio 2008, in C-503/06, *Commissione c. Italia* (ed il commento di C. Fatta, *Il prelievo venatorio degli uccelli selvatici in Liguria al vaglio della Corte di Giustizia*, in *Nuova Giurisprudenza Ligure*, 2009, 65 ss; si consenta di rinviare inoltre a L. Trucco, in *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria*, a cura di P. Costanzo, Torino, Giappichelli, 2011, 556-8; nonché, più in generale, in Redaz. Liguria, *La disciplina della caccia in un sistema multilivello*, cit).

(4) Ai sensi del quale: “la Giunta regionale entro il 31 luglio 2011 ridefinisce, previo parere della Commissione consiliare competente da rendersi entro venti giorni, trascorsi i quali si intende favorevole, le aree contigue esistenti dei parchi naturali regionali di cui all’articolo 32 della legge 6 dicembre 1991, n. 394 (Legge quadro sulle aree protette) e successive modifiche e integrazioni”.

(5) Ai sensi del quale: “le aree contigue come disciplinate dal relativo piano del parco o dal provvedimento istitutivo sono sopprese, eccetto le aree contigue speciali individuate dal piano del parco di Montemarcello Magra. La relativa perimetrazione mantiene valore per l’applicazione, quali norme di salvaguardia, dei vincoli, degli indirizzi, delle previsioni contenuti nel piano del parco, nel piano pluriennale socio-economico e negli altri documenti di programmazione del parco, ad eccezione dei limiti relativi all’attività venatoria per la quale trova applicazione la legge regionale 1° luglio 1994, n. 29”.

(6) Per la precisione, ai sensi del comma 1 dell’art. 1 della l.r. n. 21 del 2010: “La Giunta regionale entro il 31 luglio 2011 ridefinisce, previo parere della Commissione consiliare competente da rendersi entro venti giorni, trascorsi i quali si intende favorevole, le aree contigue esistenti dei parchi naturali regionali di cui all’articolo 32 della legge 6 dicembre 1991, n. 394”.

(7) Per la precisione, ai sensi del comma 2 dell’art. 1 della l.r. n. 21 del 2010: “Le aree contigue come disciplinate dal relativo piano del parco o dal provvedimento istitutivo sono sopprese, eccetto le aree contigue speciali individuate dal piano del parco di Montemarcello Magra. La relativa perimetrazione mantiene valore per l’applicazione, quali norme di salvaguardia, dei vincoli, degli indirizzi, delle previsioni contenuti nel piano del parco, nel piano pluriennale socioeconomico e negli altri documenti di programmazione del parco, ad eccezione dei limiti relativi all’attività venatoria per la



quale trova applicazione la legge regionale 1° luglio 1994, n. 29".
 (8) Cfr. sul punto,

<http://www.parks.it/federparchi/rivista/P19/47.html>.

(9) Il giudizio di legittimità costituzionale dell'articolo 1, commi 1 e 2, della L.R. 7 dicembre 2010, n. 21 è stato promosso dal Presidente del Consiglio dei ministri con ricorso notificato il 4-9 febbraio 2011, depositato in cancelleria il successivo 14 febbraio ed iscritto al n. 7 del registro ricorsi 2011.

(10) Al riguardo, lo stesso giudice costituzionale richiama la propria sentenza n. 272 del 2009 e «da ultimo, *ex multis*, [la] sentenza n. 44 del 2011».

(11) In modo peraltro «non dissimile», tiene a precisare la Consulta, «da quanto già stabilito dal citato comma 18 dell'art. 25 della precedente legge reg. n. 29 del 1994, oggetto della richiamata declaratoria di illegittimità costituzionale sul punto».

(12) Pertanto, val la pena di precisare, dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 263 del 2011, nelle aree contigue potranno cacciare solo i cacciatori nelle medesime residenti: si tratta delle aree contigue dell'Antola (5832 ettari di area cont.), dell'Aveto (2670 ettari di area cont.), del Montemarcello-Magra (1206 ettari di area cont.) e di Portovenere (38 ettari di area cont.).

(13) È quanto si legge nella parte motiva della delibera della Giunta regionale del Veneto 5 ottobre 2010, n. 2371 (reperibile, in <http://bur.regione.veneto.it/BurvServices/pubblica/html2pdf.aspx?id=227457&tipAtto=9&storico=False>); e di quella della delibera del Consiglio Regionale della Liguria 27 settembre 2011, n. 27, cit. (reperibile in http://www.federcaccia.org/normative_open.php?idn=1072).

(14) Così, ad es., a fronte di chi rileva come lo storno sia stato inserito dall'Unione Internazionale per la Conservazione della Natura (IUCN-Gruppo di studio sulle specie invasive) fra le cento specie più dannose al mondo, si sono (contrapposti) gli studi che, invece, ribadiscono (visto che ad analoghe conclusioni erano pervenuti in precedenti occasioni: v., ad es., <http://www.iev.it/2011/10/stop-del-tar-all-a-caccia-allo-storno-ambientisti-%E2%80%9Cennesima-brutta-figura%E2%80%9D/>) che lo storno non arrecherebbe danni all'agricoltura.

(15) Vale a dire, l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale (ISPRA).

(16) Segnatamente, per il calcolo della "piccola quantità" prelevabile a livello nazionale per le specie di interesse delle amministrazioni regionali ed in vista del successivo riparto tra le Regioni. Specie il cui stato di salute deve essere certificato dallo stesso Istituto Nazionale come "soddisfacente", sulla base delle indicazioni tecniche contenute nella "Guida interpretativa alla direttiva Uccelli" messa a punto dalla Commissione Europea.

(17) Cfr., sul punto, da ultimo, C. SALAZAR, *Dieci anni dopo la riforma del Titolo V: il "ruolo" delle fonti regionali*, dattiloscritto (nell'ambito del Convegno svoltosi a Roma il 20-22 ottobre 2011, sul tema "Il regionalismo italiano dall'unità alla Costituzione e alla sua riforma").

(18) Significativa, al proposito, la condanna, inflitta ancora di recente all'Italia, da parte del giudice comunitario, «Poiché la normativa di trasposizione nell'ordinamento italiano della direttiva del Consiglio 2 aprile 1979, 79/409/CEE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici, non è completamente conforme a tale direttiva e il sistema di recepimento dell'art. 9 di quest'ultima non garantisce che le deroghe adottate dalle autorità italiane competenti rispettino le condizioni e i requisiti previsti da tale articolo» (cfr. Corte di giustizia, sent. 15 luglio 2010, in C-573/08, *Commissione c. Italia*).

(19) Così, le associazioni ambientaliste, secondo quanto riportato in La Repubblica.it (Genova), *Caccia vicino ai parchi la Corte Costituzionale boccia la Liguria*, del 14 ottobre 2011, 13.

(20) Vale a dire, l'art. 25, comma 18, della L.R. Liguria 1° luglio 1994 n. 29 (Norme regionali per la protezione della fauna omeoterma e per il prelievo venatorio).

(21) Per la precisione, nella porzione denominata "paesaggio protetto" attiguo al Parco Alpi Liguri.

(22) Cfr. Corte cost., sent. 11 novembre 2010, n. 315.

(23) Ci riferiamo, segnatamente, all'istanza (*rectius: all'*"atto di significazione e diffida") presentata da un'associazione ambientalista, notificata (il 7 febbraio 2011) al Presidente Della Repubblica, al Presidente del Consiglio dei Ministri e al Presidente della Commissione Parlamentare Bicamerale per le questioni regionali, ed "integrata", all'indomani della sentenza della Consulta n. 263 del 2011, cit. (v. missiva del 17 ottobre 2011) di scioglimento del Consiglio Regionale della Liguria, «in ragione», come si accennava nel testo, «del contrasto della L.R. della Liguria n. 21/2010 [...] con il giudicato costituzionale di cui alla sentenza della Corte costituzionale, 11 novembre 2010, n. 315, e con gli artt. 12 e 32 della Legge 6 dicembre 1991, n. 394» (il cui "fondamento" sarebbe stato «confermato» dalla Corte dalla menzionata sent. n. 263 del 2011).

(24) Per la precisione, la Corte dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 47, numero 8 della delibera legislativa approvata dal Consiglio regionale della Liguria il 12 marzo 1997, riapprovata il 22 aprile 1997 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 22 febbraio 1995, n. 12, Riordino delle aree protette), modificata con legge regionale 21 aprile 1995, n. 32; e, in via consequenziale, dell'art. 47, comma 8, della L.R. Liguria 22 febbraio 1995, n. 12 (Riordino delle aree protette).

(25) Cfr. Corte cost., sent. 27 gennaio 2000, n. 20.

(26) V., rispettivamente, T.A.R. Liguria, sez. II, decr. cautel. urg. del Presid., n. 1069 del 15 ottobre 2011; e, ID., ord. n. 510 del 3 novembre 2011.

(27) Cfr., rispettivamente, Cons. Stato, sez. V, decr. Presid. n. 4998 del 15 novembre 2011 (che oltre a rifarsi alla Dir. n. 79/409, richiama la «sentenza della Corte di Giustizia europea, sezione VI, 15 maggio 2008, resa in causa C-503/2006», sopra richiamata alla nota 3, e l'«ordinanza presidenziale [della] Corte europea [del] 10 dicembre 2009, resa in causa C-573/2008», sopra menzionata alla nota 18); e, ID., ord. n. 5222 del 30 novembre 2011.

(28) In questo secondo periodo i (sol) cacciatori autorizzati hanno dunque potuto prendere ad abbattere dieci storni al giorno per un totale di 100 a testa.

(29) Così nelle "note informative relative alla legge regionale 4 ottobre 2011 n. 24, pubblicate nel BURL della Regione Liguria del 5 ottobre 2001, n. 17, 3.

(30) Così nelle "note informative relative alla legge regionale 5 ottobre 2011 n. 27, pubblicate nel BURL della Regione Liguria del 12 ottobre 2001, n. 18, 4.

(31) Dovendo, tra l'altro, tali piani, "essere attuati dalle guardie venatorie dipendenti dalle Province" (ex art. 3).

(32) Così nelle "note informative relative alla legge regionale 4 ottobre 2011 n. 24, cit., 3.

(33) Ci si riferisce, in particolare, alla "spada di Damocle" che continua a pendere sul nostro Paese – ammontante, all'incirca, a dieci milioni di euro – dovuta alla condanna del Giudice comunitario. Ma si pensi anche solo per fare un esempio, alla delibera della Regione "di affidare all'Università degli Studi di Genova [...] un incarico per uno studio approfondito sull'impatto della specie "storno" sulle attività antropiche in Liguria, con particolare riferimento ai danni che tale specie arreca alle produzioni agricole, per un ammontare pari a € 48.000,00" (v. la delibera della Giunta Regionale della Liguria 6 settembre 2010, n. 1026, reperibile in www.tutelafauna.it/ImagePub.aspx?id=63050).

(34) Al proposito, se si guarda a regioni assai prossime alla Liguria (data la difficoltà di reperire informazioni "autoctone") ci si avvede di come, in Toscana in cinque anni (dal 2005 al 2009), siano stati accertati e liquidati circa dieci milioni di euro quale risarcimento agli agricoltori per i danni ai raccolti prodotti dalla fauna selvatica (i danni maggiori, oltre 6 milioni di euro, sarebbero quelli causati dai cinghiali; seguirebbero gli altri ungulati: cervi, caprioli, daini; e in terza posizione si troverebbe l'avifauna, cioè gli uccelli: agli storni si dovrebbero oltre la metà dei risarcimenti pagati per danni a loro riconducibili).



ATLANTIS

IMPRESA DI PULIZIE CIVILI ED INDUSTRIALI
TRATTAMENTI PARQUET, MARMO, COTTO

TEL/FAX. 010 9826085 WWW.ATLANTIS-CLEANING.EU
CELL. 346 1765000 E-MAIL: ddordolo@libero.it

Atlantis è impresa leader nel settore delle pulizie civili e industriali. Atlantis offre un servizio su misura, che ha tra i suoi punti di forza:

- **l'assoluta professionalità:**

Atlantis svolge ogni lavoro di pulizia che le sia affidato con efficienza e completa soddisfazione del Cliente, in tempi previsti e certi, secondo il programma stabilito con il Cliente stesso.

- **la valutazione dei bisogni del Cliente e l'adattabilità:**

Atlantis lavora costantemente perché i propri servizi siano accurati, coerenti con l'immagine propria e del Cliente, realizzati con precisione e puntualità. Le esigenze del Cliente vengono valutate di volta in volta per far sì che sia sempre soddisfatto.

- **costi competitivi e un'immagine professionale:**

grazie all'esperienza consolidata e alle proprie attrezzature, Atlantis garantisce costi competitivi. Atlantis cura l'ordine e l'immagine della propria azienda e, di conseguenza, anche l'immagine del proprio Cliente, a cominciare dal vestiario professionale, da attrezzi moderni e puliti.

- **sicurezza sul lavoro e sicurezza per le persone:**

le attrezzature e le macchine di Atlantis si conformano alle norme italiane ed europee. Atlantis si prende cura della prevenzione degli infortuni sul lavoro e della sicurezza. Fa attenzione all'ambiente: usa prodotti con alto indice di biodegradabilità, negli opportuni dosaggi e quantità.

- **onestà, riservatezza, tutela degli ambienti e delle cose che vi sono contenute:**

Atlantis è garanzia di affidabilità e di assoluto rispetto della privacy dei Clienti e dei Clienti dei propri Clienti.



Per un ufficio, un condominio, un'azienda, per il primo anno, Atlantis offre i propri servizi con il 10% di sconto sul prezzo di listino, verificabile sul sito Internet della ditta.



Recensioni

Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Liguria

A cura di **Pasquale Costanzo**

(Giappichelli, Torino 2011,
pp. XII-612 - ISBN 978-88-348-1871-8)

Ha visto la luce il primo di una serie di volumi di una nuova collana editoriale (diretta da Pasquale Costanzo e Antonio Ruggeri per l'editore Giappichelli) dedicata al Diritto costituzionale regionale che, anche in questa Rivista, ha cominciato a dare segni di sè e della sua crescente importanza in talune rubriche.

Dato il particolare argomento del volume, la sua segnalazione nella Nuova Giurisprudenza Ligure è parsa trovare, per così dire, una sua appropriata *sedes materiae*.

Comunque sia, come si enuncia nella premessa dell'opera, a più di sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e dopo più di quarant'anni di attività da parte delle Regioni ordinarie, appare quasi ovvia l'esigenza, se non di redigere dei bilanci, sempre difficili e arrischiosi in una società in continua evoluzione, di tentare almeno di fissare qualche punto fermo, dal quale, si badi bene, subito ripartire perché il diritto costituzionale – e quello costituzionale regionale non fa eccezione – si alimenta incessantemente delle dinamiche vitali degli individui, dei gruppi e delle istituzioni, proponendo sempre nuove questioni e additando nuove soluzioni.

Poiché, tuttavia, come si è soliti affermare, il futuro ha le sue radici nel passato, sembra altamente consigliabile attrezzarsi per le nuove sfide, avendo ben chiaro il quadro nel quale ci si trova ad operare. Ed è questo, appunto, lo scopo della pubblicazione, così come di tutte quelle che seguiranno nella Collana.

Pur con la consapevolezza che uno studio non è che un'istantanea rispetto ad un momento dato, si confida che esso, malgrado le inevitabili manchevolezze e lacune, possa fornire gli strumenti (e le categorie care ai giuristi) per meglio conoscere e comprendere la realtà regionale, nel nostro caso, quella della Regione Liguria, a studenti di materie giuridiche, a studiosi ed operatori professionali e delle amministrazioni, e a chiunque desideri avere maggior dimestichezza con l'apparato di governo regionale. In ciò, peraltro, rifuggendo da localismi alla moda o, comunque, asintonici rispetto al disegno costituzionale repubblicano, pur dopo le profonde riforme legislative e costituzionali avutesi a cavallo tra il secolo passato e quello presente.

Con particolare riferimento alla Liguria, se la geografia e la storia hanno felicemente concorso a farne una regione "naturale", ma anche saldamente innestata nel contesto nazio-

nale alla cui tessitura ha partecipato da protagonista, sono oggi le ragioni della politica e dell'economia a farne un laboratorio estremamente sensibile per le soluzioni dei problemi che pur assillano il Paese e le altre Regioni.

Regione di confine, patria di generazioni di migranti, esposta ai flussi migratori e di transito, colpita da una pesante deindustrializzazione, tradizionalmente povera di risorse proprie e, pertanto, naturalmente portata ai traffici e agli scambi (ma su questo versante ancora troppo penalizzata da una carenza di infrastrutture che rischia di dare più fiato alle concorrenti realtà del nord Europa, se non di altre Regioni dello Stivale), vivace di intraprendenza e di ingegni, la Liguria (è persino troppo ovvio sottolinearlo) non può fare a meno di una struttura governante sana ed efficiente, capace di dialogare fruttuosamente con il potere centrale e di mantenerla collegata (e visibile) rispetto ai gangli decisionali dell'Unione europea e, in genere, delle realtà sovrnazionali, interpretando fedelmente le esigenze dei liguri, arrestando l'emorragia dei formidabili giovani che si formano nella Regione ed assicurando ai suoi abitanti, pur in tempi di (ormai cronica) crisi, uno standard di vita simile a quello dei Paesi più avanzati.

In questa prospettiva, crediamo che un'approfondita conoscenza delle dinamiche istituzionali e costituzionali della Regione Liguria possa offrire qualche benefico ausilio.

Rimandando gli interessati alla lettura dell'opera, se ne anticipa qui il sommario a riprova dell'ampiezza dell'indagine, condotta da una nutrita *équipe* di studiosi della materia, e dell'attualità dei temi trattati :

Premessa - Capitolo I Introduzione storico-istituzionale - Capitolo II La "forma" della regione ed i principi fondamentali - Capitolo III I diritti tra principi ed obiettivi - Capitolo IV La forma di governo - Sezione I L'organizzazione ed il funzionamento del consiglio regionale - Sezione II L'organizzazione ed il funzionamento del governo regionale - Sezione III La funzione consiliare di controllo - Sezione IV La funzione legislativa e regolamentare - Sezione V La finanza regionale - Sezione VI La partecipazione popolare - Sezione VII La forma di governo ligure - Capitolo V L'amministrazione regionale e gli organi ausiliari - Sezione I L'organizzazione e l'attività amministrativa - Sezione II Le autorità indipendenti di garanzia - Sezione III Il consiglio regionale dell'economia e del lavoro - Sezione IV La consultazione statutaria - Capitolo VI Gli enti infraregionali ed il consiglio delle autonomie locali - Capitolo VII Il sistema delle fonti del diritto - Capitolo VIII i accordi con lo stato e con le altre regioni - Capitolo IX lo stato nella regione - Sezione I I rapporti con l'amministrazione statale - Sezione II L'organizzazione della giurisdizione nella regione - Capitolo X Le attività di rilievo internazionale - Capitolo XI Il contenzioso costituzionale.



Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. III, 8 febbraio 2011, n. 1 – Pres. Bonetto – Relat. Di Siena – E. Riccadonna (Dott. M. Bresso) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 1.

ACCERTAMENTO analitico induttivo ex art 39 c. 1 dpr 600/73 – acquisti e cessioni di oggetti preziosi per diverse annualità e con più soggetti – presunzione di esercizio di attività commerciale in evasione d'imposta – attività d'impresa svolta ai sensi dell'art. 2195 c.c. – non sussiste.

Non si ravvisa l'esercizio di un'attività d'impresa, ai sensi dell'art. 2195 c.c., nel comportamento di chi, per diverse annualità, ha posto in essere con alcuni negozi di gioielli, frequenti operazioni di acquisto di oggetti preziosi a volte accompagnate dalla restituzione al negozio di gioielli propri. Non si riscontrano, in un tale condotta, i presupposti di cui all'art. 4 DPR 633/72 per l'imposizione dell'iva, in quanto mancano i requisiti della professionalità, sistematicità, abitudine dell'attività svolta ed il presupposto secondo cui l'esercizio di una attività commerciale è quello che avviene nei confronti della generalità dei commercianti e non solo di alcuni.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, Sez. I, 24 gennaio 2011, n. 8 – Pres. Fezzi, Rel. Del Vigo – R.B. S.n.c. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

ACCERTAMENTO induttivo – assenza di dichiarazione – legittimità.

ACCERTAMENTO induttivo – mancata produzione di reddito – onere della prova a carico del contribuente - sussistenza.

L'ufficio può procedere alla ricostruzione induttiva del reddito nel caso in cui il contribuente, per l'anno oggetto di verifica, non abbia presentato alcuna dichiarazione (nella specie, la ricostruzione induttiva è stata compiuta applicando all'anno accertato il ricarico medio che la contribuente aveva applicato nelle due annualità precedenti per le quali era stata presentata la dichiarazione).

Qualora il contribuente sostenga di non aver prodotto alcun reddito nell'anno accertato, è tenuto a fornire la relativa dimostrazione (in particolare, nella specie l'Ufficio ha ritenuto che il contribuente fosse comunque in attività anche alla luce della sua partita IVA che risultava ancora aperta).

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VII, 14 febbraio 2011, n. 1 – Pres. Caputo - Rel. Chiti – Filippone D. (Rinaldi Medeot) c. Agenzia delle entrate ufficio Albenga.

ACCERTAMENTO induttivo – applicazione dei coefficienti previsti dagli studi di settore – valutazione specifica dell'impresa e della sua localizzazione nell'ambito del territorio – vizio di carenza di motivazione – non sussiste.

Ai fini della validità dell'avviso di accertamento induttivo emesso ai sensi dell'art. 39 DPR n. 600/1973, gli Uffici non solo devono at-

nersi ai coefficienti previsti dagli studi di settore, ma devono anche tener conto della situazione specifica dell'impresa, della sua localizzazione nell'ambito del territorio in contradditorio con il contribuente. Sarà onere dei quest'ultimo contestare la validità dell'accertamento fornendo elementi idonei a capovolgere i risultati e le conclusioni di cui all'avviso di accertamento.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XI, 25 gennaio 2011, n. 1 – Pres. Proto – Rel. Venturini – Ciaccio L. (Avv. Canepa) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Uffici Controlli Genova.

ACCERTAMENTO induttivo - omissione di presentazione delle dichiarazioni e delle liquidazioni periodiche – determinazione induttiva del reddito ex art. 39 comma 2 DPR 600/73 – ricostruzione reddituale complessiva del contribuente – accertamento in modo induttivo dei costi relativi a proventi che non possono essere accertati – possibilità.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'Amministrazione Finanziaria, in sede di accertamento induttivo, deve procedere alla ricostruzione della situazione reddituale complessiva del contribuente, tenendo conto anche delle componenti negative del reddito che siano comunque emerse dagli accertamenti compiuti, tanto che qualora per alcuni proventi non sia possibile accettare i costi, questi possono essere accertati induttivamente, perché diversamente si assoggetterebbe ad imposta, come reddito d'impresa il profitto lordo, anziché quello netto, in contrasto con il parametro costituzionale della capacità contributiva di cui all'art. 53 Costituzione.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, Sez. I, 24 gennaio 2011, n. 7 – Pres. Fezzi, Rel. Bruni – A.S. S.p.A. (Dott. Musso, Dott. Ricci) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

ACCERTAMENTO – ricostruzione induttiva del reddito – applicazione stime O.M.I. – riferimento alla realtà concreta – necessità – motivazione - carenza.

Qualora l'Ufficio proceda alla ricostruzione induttiva del reddito, è carente di motivazione l'accertamento che per ricostruire l'ammontare dei canoni relativi ad immobili locali si riferisca ai dati OMI: il semplice riferimento a valori considerati nella loro oggettività – ed a prescindere da una valutazione critica degli stessi che tenga conto anche delle peculiari realtà su cui vanno ad incidere – non soddisfa l'esigenza di una motivazione sufficiente, tale da consentire al contribuente una difesa adeguata (nella specie, in particolare, le stime OMI applicate dall'Ufficio configgevano con il fatto che gran parte dei contratti di locazione stipulati dalla società erano da considerarsi "agevolati" ai sensi della L. n. 431/1998, con la conseguente percezione di canoni di modesto ammontare).

AN.GI.



Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 22 aprile 2010, n. 57 – Pres. Schito – Rel. Glendi.

ACCERTAMENTO – attività di intermediazione – attività di indagine di mercato – nesso di dipendenza funzionale tra la prestazione principale e quella secondaria – sussiste.

L'attività di indagine di mercato devo ritenersi accessoria, e non autonoma, rispetto a quella di intermediazione, quando, sulla base di un nesso di dipendenza funzionale tra la prestazione principale e quella secondaria, l'importo riconosciuto per la prima, non sarebbe più stato riconosciuto al momento della risoluzione dell'incarico di rappresentanza.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 17 gennaio 2011, n. 9 – Pres. e Rel. Fenizia B.S. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Rapallo.

ACCERTAMENTO sintetico – indici di capacità contributiva – valutazione del giudice tributario.

Con riferimento all'accertamento c.d. "sintetico", il giudice tributario, una volta accertata l'effettività fattuale degli specifici elementi indicatori di capacità contributiva esposti dall'Ufficio, non ha il potere di togliere a tali "elementi" la capacità presuntiva "contributiva" connessa alla loro disponibilità, ma può soltanto valutare la prova che il contribuente offre in ordine alla provenienza non reddituale (e, quindi, non imponibile o perché già sottoposta ad imposta o perché esente) delle somme necessarie per mantenere il possesso dei beni indicati dalla norma.

AN.GI.

Commissione tributaria provinciale di Savona, sez. V, 27 maggio 2010, n. 18 – Pres. Pellegrini - Rel. De Stefano.

ACCERTAMENTO sintetico ex art. 38 del DPR 600/1973 – maggior reddito determinato sinteticamente – inversione dell'onere della prova a carico del contribuente – non assolto – inattendibilità, incongruenza e comunque illegittimità dei criteri generali ed astratti contemplati nel redditometro – non provata.

L'art. 38 del DPR 600/73 consente la determinazione sintetica quando il reddito complessivo del contribuente, risultante dalla determinazione analitica, sia inferiore a quello "fondatamente" attribuibile in base ad "elementi e circostanze di fatto certi" ed in tali ipotesi il reddito viene determinato in relazione al contenuto induttivo degli elementi certi, ritenuti indicativi di capacità contributiva in base a mere presunzioni legali, quali quelle previste dal cosiddetto redditometro (a partire dal D.M. 21/1983 e succ. modif. e quindi i vari provvedimenti dell'Agenzia delle Entrate). In tale eventualità consegue una gravosa inversione dell'onere della prova a carico del contribuente, il quale dovrà dimostrare non solo che il maggior reddito determinato sinteticamente è costituito in tutto o in parte da redditi esenti o soggetti a ritenuta alla fonte a titolo di imposta, bensì anche di provare la ricorrenza di qualunque altro elemento comunque idoneo a vanificare in concreto l'esistenza del maggior reddito inferito dall'Amministrazione Finanziaria ovvero di qualunque altro elemento atto ad escludere il valore degli elementi assunti a fondamento della determinazione sintetica. Infatti, poiché la determinazione del reddito accertato è effettuata sulla base di presunzioni che sono soltanto relative, e non assolute, non vi è dubbio che il contribuente abbia la facoltà di dimostrare la inat-

tendibilità, incongruenza e comunque illegittimità dei criteri generali ed astratti contemplati dal redditometro.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 1 – Pres. e Rel. Bocchicchio – R.M.C. (Dott. Berto) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Uff. Controlli Imperia.

ACCERTAMENTO sintetico – possesso di un'autovettura – avvenuta cessione – dimostrazione - mancata radiazione dal P.R.A. – irrilevanza.

La mancata radiazione dal P.R.A. non può costituire prova del possesso di un veicolo quando il contribuente dimostri comunque, con idonea documentazione, che tale veicolo è stato ceduto tramite un concessionario estero. Pertanto, il possesso di tale vettura non può costituire indice di capacità contributiva sul quale fondare l'accertamento sintetico

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 29 marzo 2011, n. 1 – Pres. Petruzzelli – Relat. Serra Caracciolo – (Dott. F. Pruni) c. Agenzia delle Entrate Ufficio La Spezia.

ACCERTAMENTO – studi di settore – società costituita allo scopo di creare immobili per la successiva rivendita – anno di inizio dell'attività – inapplicabilità degli studi di settore.

E' inapplicabile lo strumento degli Studi di Settore, utilizzato dall'Ufficio per la determinazione dei maggiori ricavi, rispetto primo anno di effettivo inizio dell'attività sociale.

Si considera l'anno di inizio attività di una società costituita allo scopo di creare immobili per la successiva rivendita, non quello che risulta dall'atto costitutivo, bensì quello nel corso del quale la stessa effettua le sue prime operazioni immobiliari.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VI, 9 novembre 2011, n. 132 – Pres. Di Mattei – Rel. Maltese – G.S.E. S.r.l. (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate.

ACCERTAMENTO – studi di settore – accertamento motivato unicamente sullo scostamento dei ricavi dichiarati da quelli risultanti dallo studio di settore – illegittimità.

E' illegittimo l'accertamento che sia fondato unicamente sul rilevato scostamento di quanto dichiarato dal contribuente con le risultanze dello studio di settore: tale scostamento deve infatti essere supportato da ulteriori elementi che si riferiscono specificamente all'attività monitoriata e che esprimano le gravi incongruenze sulle quali può essere fondata la rettifica effettuata ai sensi dell'art. 62-sexies c. 3, d.l. n. 331/93.

AN.GI.

Commissione tributaria Provinciale di Savona, sez. IV, 4 dicembre 2009, n. 11 – Pres. Zerilli – Rel. Cimino.

ACCERTAMENTO – studi di settore – discordanza tra quanto dichiarato e quanto risultante dagli studi di settore – elementi di riscontro a sostegno della mera presunzione – necessità.



La semplice discordanza tra quanto dichiarato dal contribuente e quanto risultante dagli studi di settore, pur costituendo un elemento indiziario non è di per se sufficiente a giustificare una presunzione iuris tantum a favore dell'Ufficio. Per assurgere a presunzione con valore di prova occorre che la discordanza sia supportata da altre circostanze, da elementi ulteriori a sostegno. Infatti, un accertamento di mera presunzione, senza elementi di riscontro, deve ritenersi non sottetto da valida motivazione.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Savona, sez. VI, 26 marzo 2011, n. 42 – Pres. Giaccardi – Rel. Schito.

ACCERTAMENTO – studi di settore — invito al contraddittorio ex art. 5 D.Lgs. 218/1997 – mancata presentazione – accertamento – elementi giustificativi in sede di contenzioso – sussistono.

Se il contribuente, debitamente invitato ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. 218/1997, non si presenta al contraddittorio, ben può l'Ufficio Finanziario procedere all'accertamento sulla base degli elementi in suo possesso, consistenti, a fronte di una dichiarazione rivelatrice di un comportamento antieconomico, unicamente dagli scostamenti segnalati dallo studio di settore. Ciò non esclude tuttavia che, avendo le ristantanze degli studi di settore natura di presunzione semplice, il contribuente possa comunque difendersi in sede contenziosa ed ivi fornire quegli elementi giustificativi non dati in contraddittorio.

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Imperia, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 1 – Pres. e Rel. Belgrano – Roà Antonio (dott. D. Lanteri) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di San Remo.

ACCERTAMENTO – indagini bancarie - presunzione di evasione di imposta ex art. 32 DPR 600/73 ed art. 52 DPR 633/72 – accertamento induttivo ex art. 38 c. 4 e 39 c 1 DPR 600/73 – movimentazioni bancarie e prelevamenti da c/c – recupero fiscale limitato ai soli versamenti accertati.

Fermo restando il principio secondo cui a norma dell'art. 32 del DPR 600/73 gli importi delle movimentazioni si presumono riferiti all'attività imprenditoriale quali componenti positivi di reddito, salvo rigorosa prova contraria che ne dimostri l'irrilevanza o la non influenza, risponde a criteri di ragionevolezza ed equità sostanziale, contenere il recupero fiscale nell'ambito dei soli versamenti accertati, posto che i prelevamenti da c/c sono da imputare, secondo comune esperienza e buon senso, al sostenimento dei costi correlati all'attività dell'impresa generatrice dei richiami. In tal modo si mitiga, nel rispetto del principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 Cost., il rigore della previsione normativa posta a fondamento della pretesa fiscale.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 6 ottobre 2011, n. 278 – Pres. Rovelli – Rel. Scanu – Orazio Brignola s.p.a. (Prof. Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate, Ufficio di Genova 2.

IRPEF – royalties – compenso per l'utilizzo del marchio o del nome – non compenso per attività commerciale - ritenute alla fonte ex art. 25, co. 4 D.p.r. 600/1973 – non sussiste.

Non costituiscono royalties, assoggettabili a ritenuta alla fonte del 30%,

ex art 25, co. 4 D.p.r. 600/1973, quelle destinate a compensare un'attività di assistenza commerciale, essendo tale natura riservata ai canoni periodici corrisposti all'autore di un'opera dell'ingegno, in cambio della concessione dell'utilizzazione di tale bene intellettuale.

A.Q.

Commissione tributaria regionale di Genova – Pres. Soave – Rel. Cattaneo – D. P. L. Distribuzione Pneumatici Liguria s.r.l. (Dott. P. Botta e Dott. L. Damani) c. Agenzia delle Entrate Dir. Prov. Uff. Controlli di Genova.

IRPEG – omesso versamento - utilizzo del credito d'imposta in compensazione - disconoscimento del credito – contemporanea pendenza dei giudizi – dipendenza.

Se la cartella esattoriale, emessa a seguito di omesso versamento IRPEG per l'anno 2001 ai sensi dell'art. 36 bis del DPR 600/73, trae origine dal disconoscimento del credito IRPEG dell'anno precedente avvenuto a seguito di avviso di accertamento induttivo, solamente dall'esito dell'appello avverso la sentenza che confermava suddetto disconoscimento, dipende la correttezza della riqualificazione effettuata dall'ufficio rispetto alla prima cartella.

Pertanto nell'ipotesi in cui il giudice di 2° grado accogliesse il ricorso del contribuente avverso l'accertamento induttivo, con conseguente riconoscimento del credito IRPEG per il 2000, la sentenza relativa alla cartella esattoriale ex art. 36 bis del DPR 600/73 dovrebbe essere riformata con conseguente riconoscimento del credito irpeg e conseguente gravio integrale della cartella e relativi disagi.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. X, 20 gennaio 2011, n. 1 – Pres. Haupt – Relat. Assandri – D. Cananova (Dott. Scarone) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Savona.

IVA – rimborso - diniego per mancanza del presupposto rappresentato dalla compilazione dello specifico Mod. V.R.-annullamento atto di diniego – decadenza e prescrizione del diritto al rimborso in forza dell'art. 21 c. 2 del Dlgs. 546/1992- non sussistono.

Ai sensi dell'art. 38 bis, del DPR 633/72, il credito del contribuente per il rimborso dell'IVA versata in misura superiore al dovuto si consolida decorsi due anni dal termine per la presentazione della dichiarazione annuale senza che l'Amministrazione Finanziaria abbia notificato alcun avviso di rettifica o di accertamento ed è esigibile alla scadenza dei successivi tre mesi, con la conseguenza che il termine di prescrizione decennale del diritto al rimborso, decorre a partire da due anni e tre mesi dalla data di presentazione della dichiarazione annuale, non essendo il diritto medesimo esigibile prima del decorso di detto termine.

Pertanto la richiesta di rimborso si esprime solo con la compilazione di una apposito modello distinto della dichiarazione di cui al Mod. Un.. Ai sensi dell'art. 30, c. 2 DPR 633/72, l'Ufficio dovrà controllare i presupposti dell'importo e procedere al rimborso senza che il contribuente debba proporre ulteriori istanze.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. VII, 10 gennaio 2011, n. 2 – Pres. Sorrentino e Rel. De Rogatis – A.3B S.r.l. (Dott. Dessì) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di La Spezia.

IVA – frodi carosello – configurabilità - mancata dimostra-



zione dell'accordo simulatorio – basse percentuali di ricarico - irrilevanza.

Ai fini di dimostrare il compimento di una frode IVA l'Ufficio deve preliminarmente provare l'esistenza di un accordo simulatorio e fraudolento tra il contribuente accertato ed il proprio fornitore; ai fini di tale dimostrazione è però insufficiente richiamarsi alle basse percentuali di ricarico applicate nella commercializzazione dei prodotti

AN.GI

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 6 aprile 2011, n. 61, Pres. Rovelli; Rel. Orsi – Gargani A. (Prof. Avv. Lovisolo e Avv. Piccardo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio Genova 1.

IVA – agevolazione acquisto prima casa – revoca – requisiti di abitazione “di lusso” ex D.M. 2 agosto 1969 - caratteristica di “zona ad uso esclusivo” dei soggetti ivi residenti – non sussiste.

L'aliquota agevolata IVA del 4% per la cessione di fabbricati e l'imposta sostitutiva agevolata del 0,25% usufruita per l'acquisto dell'immobile in relazione al quale è stato contratto il mutuo, presuppone la natura “non di lusso” dell'abitazione. L'unità immobiliare ceduta non rappresenta una villa e/o abitazione “di lusso” ex D.M. 2 agosto 1969, quando l'area e/o la zona sulla quale sorge l'unità immobiliare non risulta, di fatto, destinata esclusivamente alla realizzazione di ville o parco privato, ovvero a costruzioni qualificate dagli strumenti urbanistici come “di lusso”.

C.N.

Commissione tributaria regionale di Genova, sez. VI, 10 marzo 2011, n. 1 – Pres. Di Mattei – Rel. Morino – A. Panada (Rag. M. Zucchinetti) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

IRAP - mancato versamento – contestazione dell'an della pretesa fiscale sulla base di un errore di diritto nella compilazione della dichiarazione – contestazione dell'esistenza del presupposto di cui al D.lgs. 447/1997 istitutivo dell'IRAP - consulente aziendale - autonoma organizzazione dei mezzi di produzione – non sussiste.

Non rileva la compilazione della dichiarazione IRAP da parte del contribuente, quando quest'ultimo non provvede al versamento dell'imposta per mancanza dei presupposti di legge per dover pagare il tributo (nel caso di specie, il contribuente, consulente aziendale per l'applicazione pratica di normative quali la privacy, la sicurezza ed altre, utilizzava, nell'esercizio della sua attività, solo beni strumentali indispensabili per l'esercizio dell'attività in assenza di organizzazione e non si avvalesse di lavoro altrui neppure in modo occasionale).

C. N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 14 gennaio 2011, n. 132 – Pres. Fezzi – Rel. Mazza – G.M. (Avv. Mezzagori) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

IRAP – patrocinatore legale – assenza autonoma organizzazione – soggettività - insussistenza.

Non è soggetto ad IRAP il patrocinatore legale che abbia esercitato la propria attività (di recente avvio) presso lo studio di terzi, in assenza di un'organizzazione, di dipendenti e di collaboratori, dichiarando un reddito modesto.

AN.GI.

Commissione tributaria regionale di Genova, sez. IV, 24 gennaio 2011, n. 1 – Pres. Maglione – Rel. Celle – Sette S.r.l. (avv. B. Santacroce e avv. A. Fruscione) c. Agenzia Doganale circoscrizione doganale di Genova.

IMPOSTE doganali – origine delle merci – applicazione dazio antidumping - contabilizzazione a posteriori – condizioni.

Spetta alle autorità doganali degli Stati membri dell'Unione europea, per procedere al recupero a posteriori dei dazi, fornire la prova che il rilascio dei certificati inesatti è imputabile all'inesatta presentazione dei fatti da parte dell'esportatore, salvo che tale prova non possa essere fornita per una negligenza imputabile soltanto all'esportatore. In quest'ultimo caso, invero, incombe al debitore dei dazi dimostrare che tali certificati rilasciati dalle autorità del Paese terzo si basavano su un'essatta presentazione dei fatti (circostanza quest'ultima, che non giustificherebbe la contabilizzazione a posteriori dei dazi).

In caso di mancanza di elementi probatori, non si può presupporre una presentazione scorretta dei fatti da parte dell'esportatore e, quindi, non si può procedere alla contabilizzazione a posteriori dei dazi.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. III, 13 gennaio 2011, n. 12, Pres. Spitali e Rel. Bonfiglio – E. S.r.l. (Dott. Puglisi) e altri c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Imperia.

IMPOSTA di registro – determinazione del valore dei terreni agricoli trasferiti – criteri.

Ai fini della rettifica del valore dei terreni agricoli oggetto di trasferimento, l'Ufficio può riferirsi (ex art. 51 d.p.r. n. 131/1986), non solo ai trasferimenti a qualsiasi titolo ed alle divisioni e perizie giudiziarie, anteriori di non oltre tre anni alla data dell'atto, che abbiano avuto per oggetto immobili simili situati nella stessa zona, ma anche ai valori medi fissati nelle tabelle per le indennità di esproprio. Tuttavia la pretesa impositiva deve essere rideterminata in considerazione del documentato stato di abbandono e del degrado di alcuni dei terreni oggetto di trasferimento che hanno determinato la mancata coltivazione dei terreni e la loro onerosa rimessa a cultura.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. I, 13 gennaio 2011, n. 6, Pres. e Rel. Belgrano – I.P.L. S.r.l. (Dott. Arimondo) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale di Imperia.

IMPOSTA di registro – valore area edificabile – determinazione – giudizio tecnico del Comune - rilevanza.

Nell'ambito dell'accertamento del valore di un'area edificabile costituiscono un apporto decisivo i giudizi tecnici formulati dallo stesso Comune entro il quale sono situate le aree oggetto di accertamento (fattispecie nella quale il Comune, contrariamente a quanto indicato nell'originario certificato di destinazione urbanistica rilasciato al contribuente, aveva successivamente riconosciuto che a causa della morfologia del terreno le volumetrie effettivamente realizzabili sulla stessa area dovevano essere ridotte di un 50% rispetto a quanto stabilito in un primo tempo dallo strumento urbanistico. Conseguentemente, i valori accertati dall'Ufficio sulla base delle stime O.M.I. erano da considerarsi sproporzionati e fuori da ogni logica di mercato).

AN.GI.



Commissione Tributaria regionale di Genova, sez. XII, 12 gennaio 2011, n. 1 – Pres. Moraglia – Relat. Del Santo – A. Filippi(Avv. D. Meduri) c. Agenzia delle Entrate Direzione Provinciale Uffici Controlli di Imperia.

IMPOSTA DI SUCCESSIONE – valutazione dei terreni in virtù dell'art. 34 c. 3 D.Lgs. 346/90 – rettifica in aumento del valore dei cespiti ricevuti in successione – maggiori imposte ipotecarie e catastali – difformità tra i lotti rettificati e quelli presi a raffronto – sussiste – accertamento – illegittimo.

E' illegittima la rettifica del valore dei cespiti ricevuti in successione, avvenuta a seguito di valutazione ai sensi dell'art. 34 c. 3 D.Lgs. 346/90, alla quale conseguono maggiori imposte ipotecarie e catastali, qualora tra i lotti rettificati e quelli presi a raffronto la difformità sia notevole, sia sotto l'aspetto fisico che relativamente alla loro appetibilità dal punto di vista edificatorio.

C.N.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XIII, 25 gennaio 2011, n. 27 – Pres. e Rel. Rosin – T.C.P.G. S.p.A. c. Comune di Genova.

ICI – accertamento - termine di decadenza – cinque anni – legittimità.

ICI – determinazione del valore di un'area non accatastata – area coperta accordo tra comune e contribuente per il pagamento in misura provvisoria del tributo salvo conguaglio – legittimità.

ICI - determinazione del valore di un'area non accatastata – area scoperta – esenzione – prova contraria – onere del Comune.

In forza dell'art. 59, d.lgs. n. 446/97, al Comune è data facoltà di prevedere (nel proprio Regolamento) che l'esercizio del potere impositivo possa essere esercitato entro il 31 dicembre del quinto anno successivo a quello cui si riferisce l'imposizione; tale disposizione è stata abrogata dalla legge n. 296/2006 (art. 1, c. 175) la quale ha introdotto, in via sistematica, per l'accertamento di tutti i tributi locali, il termine quinquennale di decadenza, evitando in tal modo di lasciare scoperte da tutela le legittime aspettative degli enti territoriali che fino a quel momento si erano affidati alle norme vigenti.

Qualora non sia stato determinato il valore di un'area "coperta" (nella specie, un'area portuale), in quanto non sono state compiute le operazioni di accatastamento e non è stata determinata la relativa rendita, il Comune, che non può perdere il proprio diritto a riscuotere l'imposta, può, del tutto legittimamente, concordare con il contribuente che quest'ultimo, in via provvisoria, corrisponda un acconto iniziale minimo, salvo conguagliarlo successivamente (nella specie, attraverso un accertamento): in tal modo si contempera il vincolo della legge con la specificità degli oggetti e soggetti coinvolti nell'imposta.

Sono esenti ICI, per carenza del "presupposto oggettivo" (art. 1, c. 2, d.lgs. n. 504/92), le aree "scoperte" utilizzate come banchine, terminali, piazzali per la ricezione e stoccaggio, l'imbarco e lo sbarco di ogni tipologia di merce (classificabili nella categoria catastale E/1). Per ritenere integrato il presupposto oggettivo, il Comune deve fornire la prova dell'intrinseca qualità e quantità delle opere aventi natura di unità immobiliare produttive di reddito nell'ambito dell'area "scoperta" (dal momento che nell'ambito degli accordi intervenuti tra il Comune e l'Autorità portuale erano state assoggettate a provvisoria imposizione solamente le aree "coperte", in relazione alle aree "scoperte" la Commissione ha ritenuto che essendo state qualificate o ap-

parendo quelle aree come esenti, è a carico dell'ente impositore dimostrare il contrario»).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 12 gennaio 2011, n. 3 – Pres. Cingano – Rel. Bozzano – P.L. (Avv. Da Passano, Avv. Gazza) c. Comune di Genova.

ICI – termine di decadenza – previsione difforme da quanto previsto dalla normativa nazionale – illegittimità.

Nel disciplinare i termini di decadenza entro i quali esercitare i poteri di accertamento, gli Enti locali non possono prevedere termini decenniali difformi rispetto a quelli previsti dalla normativa generale emanata dallo Stato.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 6 maggio 2010, n. 73, Pres. Schito, Rel. Icardi.

ICI – esenzione per i fabbricati rurali - condizioni.

Ai fini del riconoscimento dell'esenzione da ICI dei c.d. "fabbricati rurali", il carattere della "ruralità" del fabbricato sussiste se sono rispettate le condizioni previste dall'art. 9, d.l. n. 557/1993 (nella specie, la contribuente aveva dimostrato di utilizzare il fabbricato come abitazione principale essendone comproprietaria insieme al figlio, che il terreno su cui insisteva il fabbricato era ubicato in un comune "montano" con superficie inferiore a 3.000 mq il volume d'affari derivante dall'attività agricola ivi svolta era superiore ad un quarto del suo reddito complessivo).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. IV, 18 gennaio 2011, n. 2, Pres. Bocchiardo, Rel. Solamito – C.T. c. Comune di Imperia.

ICI – area edificabile – nozione.

ICI - denuncia immobili posseduti - obbligo.

Ai fini ICI per area edificabile si intende l'area utilizzabile a scopo edificatorio in base agli strumenti urbanistici generali o attuativi, indipendentemente dalla destinazione prevista dalle norme tecniche del piano regolatore, e dalla circostanza che non sia stato presentato alcun piano particolareggiato.

Ai fini ICI il contribuente è obbligato a denunciare gli immobili posseduti nel territorio dello Stato entro il termine di presentazione della dichiarazione dei redditi relativa all'anno in cui il possesso ha avuto inizio (art. 10 l. n. 504/1992), non sussistendo analogo obbligo anche per gli anni successivi salvo che siano intervenuti elementi in grado di incidere sulla determinazione dell'imposta.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. III, 7 gennaio 2011, n. 5 – Pres. e Rel. Brusco – C. e B. c. Agenzia del Territorio.

CLASSIFICAZIONE catastale - declassamento da categoria A/1 a categoria A/2 - immobile con caratteristiche non di pregio – caratteristiche immobili simili – valutazione.

Deve essere declassato dalla categoria catastale A/1 a quella A/2 l'ap-



partamento di cui sia stata documentata l'assenza di caratteristiche strutturali di pregio (nella specie, i ricorrenti hanno altresì evidenziato come nel medesimo caseggiato esistessero anche appartamenti che pur presentando caratteristiche assimilabili a quelle dell'immobile di specie fossero stati classificati in categoria inferiore, così come esistessero anche appartamenti, situati nel medesimo caseggiato in corrispondenza ad un civico diverso, classificati in categoria A/1 presentando caratteristiche di pregio assenti nell'immobile in oggetto. L'Ufficio è stato inoltre condannato alle spese di giudizio).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. 12, 11 febbraio 2010, n. 47 – Pres. Fenizia – Rel. Marchi – Elettra s.r.l. (Prof. Avv. Lovisolo) c. Equitalia Sestri S.p.a.

RISCOSSIONE – cartella di pagamento – notifica al legale rappresentante – notifica in Comune diverso da quello ove ha sede la società – inesistenza – sussiste - sanatoria ex art. 156 c.p.c. – non sussiste.

La notifica di un atto tributario (ivi compresa la cartella di pagamento) non può mai compiersi, a norma del combinato disposto degli artt. 60 e 58 D.p.r. 600/1973, in un comune diverso da quello del domicilio fiscale del destinatario (nella specie, la società notificataria aveva sede in Verona, e la notifica della cartella era avvenuta in Rapallo, presso la residenza del legale rappresentante). Altrimenti, la stessa notifica e l'atto che ne costituisce oggetto sono affetti da totale inesistenza, che non può essere sanata neppure a norma dell'art. 156 c.p.c., che riguarda i soli di casi di semplice nullità.

A.Q.

Commissione tributaria provinciale di Savona, sez. V, 13 maggio 2010, n. 1 – Pres. Pellegrini – Rel. De Stefano.

RISCOSSIONE – cartella di pagamento emessa a seguito di avviso di accertamento divenuto definitivo per mancata impugnazione – impugnazione dell'iscrizione a ruolo contestando il merito dell'accertamento – non possibile ex art. 19 D.Lgs 546/1992.

Ai sensi dell'art. 19 D.Lgs 546/1992, l'iscrizione a ruolo e la cartella di pagamento sono atti autonomamente impugnabili, ma solo per vizi propri. Pertanto, non è possibile impugnare l'iscrizione a ruolo – ossia un "atto esecutivo" finalizzato alla riscossione del tributo e relativi accessori – contestando il merito, in fatto e in diritto, dell'accertamento che conduceva all'emissione della cartella esattoriale, tutte le volte in cui è incontestabile che gli atti prodromici siano stati ritualmente notificati.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, sez. V, 28 giugno 2011, n. 25 – Pres. Spitali e Rel. Tropini – K.U.E. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Imperia.

CONDONO – l. n. 289/2002 – omesso pagamento seconda rata – mancato perfezionamento radiazione dal P.R.A. – irrilevanza.

DINIEGO DI CONDONO – cartella di pagamento ed intimaione ad adempiere l'intero tributo - mancato perfe-

zionamento del condono - richiesta di chiarimenti all'Ufficio – risposta – diniego di condono impugnabile - inconfigurabilità.

L'efficacia sanatoria del condono di cui alla l. n. 289/2002 è subordinata all'integrale versamento dell'importo dovuto alle scadenze e con le modalità prescritte, di modo che l'omesso ed il ritardato versamento delle rate successive alla prima impedisce il perfezionarsi della definizione.

Qualora il contribuente abbia ricevuto un'intimazione ad adempiere in relazione ad cartella di pagamento precedentemente emessa (con la quale era richiesto il versamento dell'intera somma dovuta per effetto del mancato perfezionarsi del condono) ed abbia domandato chiarimenti all'Agenzia delle Entrate, la risposta dell'Ufficio non può considerarsi un provvedimento di diniego di condono impugnabile ex art. 19 d.lgs. n. 546/92.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 24 ottobre 2011, n. 262, Pres. Fenizia; Rel. Marchi – Ozzeni G. (Avv. Lovisolo) c. Concessionario Equitalia Sestri S.p.a.

PROCESSO tributario – notifiche ex art 140 c.p.c. di avvisi di accertamento a soggetto in stato di detenzione – nullità - “inesistenza giuridica” della cartella esattoriale quale conseguenza del difetto di notifica degli atti presupposti – sussiste.

Sono nulle le notifiche degli avvisi di accertamento eseguite ai sensi dell'art. 140 c.p.c., quando il destinatario di tale atti non poteva opporsi perché in stato di detenzione. Pertanto deve ritenersi giuridicamente inesistente la cartella di pagamento emessa a seguito di tali avvisi, per difetto di notifica degli atti presupposti.

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 9 novembre 2011, n. 322 – Pres. Torti – Rel. Podestà – A.M.I.U. S.p.A. (Avv. Lovisolo) c. M.R.

PROCESSO tributario – ricorso – deposito in Commissione Tributaria Provinciale senza la previa notifica all' ente impositore inammissibilità.

PROCESSO tributario - ricorso – sottoscrizione da parte di soggetto diverso dalla parte formalmente ricorrente – attribuzione – del potere di sottoscrizione mediante delega – assenza – inammissibilità.

E' inammissibile il ricorso depositato direttamente in Commissione Tributaria Provinciale senza la previa notifica all'ente impositore.

Qualora il ricorso sia sottoscritto da persona diversa da colui che dall'intestazione appare essere il ricorrente, alla mancata esibizione di specifica delega che abbia autorizzato il delegato a sottoscrivere ed a partecipare al giudizio in luogo del ricorrente delegante segue l'inammissibilità del ricorso (fattispecie in cui il ricorrente è stato condannato al pagamento delle spese di giudizio in applicazione della regola della soccombenza).

AN.GI.



L'arte della stampa in rilievo per eventi e imprese



GUERCIO®

*La ricerca di carte
pregiate, la cura
delle lavorazioni,
l'originalità delle
forme e dei disegni
incisi a mano su
placca d'acciaio,
il prestigio della
stampa calcografica.*

*Tutto questo
fa' di Guercio
l'azienda ligure
più qualificata
nella cura della tua
comunicazione.*

realizzazione immagine coordinata
biglietti da visita - carte intestate e buste - ex libris - segnalibri
stampa d'arte con torchio calcografico

Arti Grafiche Guercio

Via Imperiale, 41 16143 Genova

Tel. 010 504 509 - Fax 010 513 125 - E-mail guercio@guercio.it

www.guercio.it





Sezione di diritto penale

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 novembre 2010 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro la fede pubblica – elemento soggettivo – rilevabilità nella materialità del fatto – insufficienza – prova rigorosa – necessità – errore in buona fede – esclusione.

(Artt. 43 e 483 c.p.)

Nei reati di falso, il dolo non può ritenersi implicito nella materialità del fatto, ma deve essere provato rigorosamente; in particolare si deve verificare che la falsità non sia imputabile ad una leggerezza ossia ad un atteggiamento meramente colposo dell'autore della condotta di falso derivante, a titolo di esempio, da un'incompleta conoscenza e/o errata interpretazione di disposizioni normative o dalla negligente applicazione di una prassi amministrativa.

S.LIG.

(...Omissis...)

L'imputata ha proposto opposizione al decreto penale di condanna emesso dal GIP in data 13.4.2010 n. 1277 e ha chiesto di essere giudicata con il rito abbreviato.

Ammesso il giudizio è stato revocato il DP opposto.

All'odierna udienza, le parti hanno proceduto alla discussione ed è stata pronunciata sentenza come da separato dispositivo.

A fronte della pacifica materialità del reato di falsa autocertificazione e conseguentemente di truffa in danno dell'azienda, emergono dagli atti elementi che giustificano, quanto meno, un dubbio in ordine alla sussistenza dell'elemento soggettivo del reato contestato.

L'imputata ha compilato il 21.8.2007 l'apposito modulo al fine di ottenere l'abbonamento mensile AMT a tariffa agevolata, dichiarando un reddito annuo personale e familiare inferiore al limite richiesto per accedere al beneficio.

È risultato da successivi controlli compiuti dall'azienda che l'imputata aveva percepito un reddito lordo personale superiore al limite richiesto per ottenere la riduzione, mentre il limite non è risultato superato con riferimento al reddito del nucleo familiare.

La difesa si è rivolta a dimostrare l'insussistenza del dolo di falso riconducendo la condotta ad un errore in buona fede dell'interessata originata dalla scarsa comprensione del modulo.

È orientamento della Suprema Corte, condiviso da questo giudice, che il dolo nei reati di falso non possa ritenersi implicito nella materialità del fatto, dovendo essere rigorosamente provato e dovendosi verificare che la falsità non sia imputabile ad una leggerezza ossia ad un atteggiamento meramente colposo dell'autore della condotta di falso (v. Cass. Sez. 5, n. 37619 del 5.10.2006 secondo cui nei reati di falso il dolo generico non può ritenersi sussistente per il solo fatto che l'atto contenga un asserto obiettivamente non veritiero, dovendosi, invece, accertare anche che la falsità non sia dovuta ad una leggerezza dell'agente, come pure ad una incompleta conoscenza e/o errata interpretazione di disposizioni normative o, ancora, alla negligente applica-

zione di una prassi amministrativa).

Nel caso in esame l'imputata, giovane affetta da seria patologia psichiatrica e seguita dal Servizio di Salute Mentale, ha indicato nel modulo il proprio reddito personale, facendo riferimento all'importo risultante dal CUD rilasciato dal datore di lavoro e prodotto in udienza. Ha inoltre dichiarato che il reddito del proprio nucleo familiare (comprensivo della madre a sua volta affetta da gravi problemi psichiatrici) rientrava nei limiti richiesti per accedere alla riduzione. Dai dati dell'interrogazione contabile risultano altri redditi personali dell'imputata, di non meglio specificata natura (ed in parte riferibili all'anno 2005 e quindi non rilevanti ai fini che ci occupano), che comportano un modesto superamento del limite di reddito, mentre quello familiare risulta largamente inferiore al limite di 26.000,00 annui richiesto per ottenere la riduzione.

Alla luce di tali emergenze non può ragionevolmente escludersi la buona fede della dichiarante, che risulta comunque legittimata alla riduzione con riferimento al reddito del nucleo familiare, in presenza di un modulo non sufficientemente dettagliato, a fronte delle gravi conseguenze cui è esposto chi lo sottoscrive, e non comprensibile a chiunque sebbene sia rivolto ad un pubblico non qualificato.

Consegue pertanto l'assoluzione dell'imputata dai reati a lei ascritti per mancanza di dolo.

(...Omissis...)

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 16 novembre 2010 – Giudice Fucigna.

DELITTI contro la fede pubblica - falsità ideologica in atto pubblico e truffa – scarsità di casi anomali rispetto a quelli trattati – esiguità del profitto conseguito – insufficienza della prova dell'elemento soggettivo. Carenza normativa – possibilità di diverse interpretazioni – insussistenza del reato.

(Artt. 479-640 c.p.)

RESPONSABILITÀ amministrativa dell'ente per illeciti dipendenti da reato – applicabilità della normativa alle associazioni professionali.

(Artt. 1 e 24 D. L.vo 231/2001)

Nell'ipotesi in cui sia all'imputato sia contestata la violazione degli artt. 81 cpv., 479, 640 c. 2 n. 1), 61 n. 2 c.p. [poiché, agendo quale pubblico ufficiale, nella sua funzione di medico chirurgo ortopedico facente parte dell'associazione professionale G., convenzionata con la ASL 3 Genovese, avrebbe falsificato 54 schede di dimissione ospedaliera (S.D.O.) di pazienti sottoposti ad interventi chirurgici effettuati in regime di day surgery, facendo comparire un codice di intervento diverso da quello realmente effettuato, con conseguente elaborazione del sistema informatico di un D.R.G. (Diagnosis Related Group) che non menziona la via di accesso operatorio artroscopia in realtà praticata ai pazienti e comunque meno remunerativa, ma che comprende quella più remunerativa di intervento a cielo aperto. In tal modo l'imputato



avrebbe fatto artificiosamente comparire prestazioni professionali più onerose delle reali, procurandosi un ingiusto profitto corrispondente alla somma di € 23.661 indebitamente pagatagli dalla ASL. J non può perennarsi ad una pronuncia di condanna qualora l'istruttoria svolta abbia evidenziato come in realtà le anomalie riconducibili all'imputato riguardassero solo 7 casi dei 54 contestati e come l'eccedenza tariffaria si riducesse pertanto ad € 9.138,64 di cui solo € 4.569,63 (spalmati su tre anni) spettanti all'associazione professionale dell'imputato. Infatti il numero così ridotto di casi fa ritenere che ci si trovi di fronte ad un margine fisiologico di errore e, d'altronde, l'importo della prestazione, di per sé considerato, non offre alcun elemento per ritenere provata la volontà truffaldina dell'imputato.

A riprova che possa essersi trattato di un errore sussiste anche la circostanza che nel periodo in esame vi fosse una carenza normativa che poteva determinare diverse valutazioni per interventi apparentemente simili ma nella sostanza diversi (non a caso a seguito dell'introduzione di una nuova normativa venivano risolti i dubbi interpretativi riscontrati e cessavano i rilievi mossi all'imputato).

Poiché l'art. 1 del Decreto Legislativo n. 231 del 2001 stabilisce che le disposizioni previste nel decreto si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica - escludendo l'applicazione della norma solo allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale - le associazioni professionali sono destinarie delle norme contenute nel decreto citato.

Non può quindi essere condivisa la dottrina secondo cui l'elemento caratterizzante ai fini dell'applicabilità del decreto de quo sarebbe la possibilità di distinguere tra l'interesse di chi agisce commettendo il reato e l'interesse dell'ente, carattere che difetterebbe nell'associazione professionale in cui le prestazioni dei professionisti associati non potrebbero considerarsi riconducibili all'associazione globalmente considerata.

Neppure decisivo appare l'argomento secondo cui, poiché l'art. 27 dello stesso decreto dispone che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponde soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune (onde evitare che la persona fisica autrice del reato venga sanzionata due volte per il medesimo reato), non sarebbero destinatari della normativa le associazioni, essendo prive di un fondo comune che ne caratterizzi l'autonomia rispetto ai singoli professionisti associati. In senso contrario, infatti, depone l'art. 5 decreto cit. che fa ritenere che qualsiasi ente possa essere destinatario della disciplina indicata nel decreto, sempre che sussistano i presupposti previsti dal suddetto art. 5.

CR.BR.

(...Omissis...)

A seguito di una serie di articolati accertamenti svolti dal Nucleo Antisofisticazioni e Sanità dei Carabinieri di Genova e a l'esito delle indagini preliminari, il P.M. Formulava richiesta di rinvio a giudizio di BB per il reato di cui agli artt. 81 cpv. 479, 640 co. 2 n. 1, 61 n. 2 e de l'associazione professionale XX Studio Chirurgico Ortopedico Dott. BB, Dott. EE e Dott. FF, per la violazione di cui all'art. 24 Decr. Legisl. 8.6.01 n° 231 in relazione alla commissione del reato contestato al BB.

Nello specifico, veniva ascritto al BB il fatto di avere, agendo come pubblico ufficiale, nelle sue funzioni di medico chirurgo ortopedico facente parte dell'associazione professionale XX, convenzionata con la Asl 3, falsificato 104 schede

di dimissione ospedaliera (S.D.O.) di pazienti sottoposti ad interventi chirurgici effettuati in regime di "day surgery" presso l'ospedale YY di Genova, facendo comparire un codice di intervento diverso da quello realmente effettuato. In tal modo, il BB avrebbe fatto artificiosamente comparire prestazioni professionali più onerose di quelle reali, procurandosi un ingiusto profitto, corrispondente alla somma di euro 64.012, 87 indebitamente pagatagli dalla ASL.

Il fatto si sarebbe verificato dal 2003 alla fine dell'anno 2005.

Per quanto riguarda l'associazione professionale XX, le veniva contestato il fatto di non aver predisposto, prima della commissione del fatto reato contestato al BB, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire il reato poi verificatosi e in ogni caso non avendo adeguatamente vigilato sull'osservanza di un ipotetico modello organizzativo predisposto proprio al fine di prevenire la commissione di reati; in questo modo, l'associazione avrebbe reso possibile all'associato BB di falsificare le 104 schede sopra menzionate e di procurarsi così l'ingiusto profitto della somma sopraindicata e indebitamente pagata dalla Asl.

Nel corso dell'udienza preliminare, a seguito delle osservazioni e della documentazione prodotta dalla difesa del BB, venivano ascoltati in primo luogo la ausiliaria di P.G., dott.ssa LL e successivamente i due dirigenti medici presso la Asl 3 genovese, MM e GG, che avevano effettuato le verifiche amministrative sull'attività svolta dall'associazione XX e sugli interventi effettuati dal prof. BB in regime di "day surgery" presso l'ospedale YY di Genova.

A seguito dell'istruttoria svolta, il P.M. modificava i capi d'imputazione, riducendo il numero di schede di dimissione ospedaliera falsificate a 54 e di conseguenza anche la somma indebitamente pagata dalla Asl, precisata in euro 23.661.

Al termine dell'udienza preliminare, i difensori formulavano richiesta di rito abbreviato, che veniva ammesso da questo Giudice.

Nelle sue conclusioni, il P.M. osservava che, in realtà, all'esito di tutti gli accertamenti svolti, i casi di schede falsificate, o presunte tali, che potevano riferirsi a l'imputato BB, erano solo 7, in quanto la teste LL, all'udienza del 14 aprile 2010, aveva precisato che, dopo aver esaminato tutti i 54 casi, ne aveva individuati solo 7, in cui il dott. BB era il primo operatore e quindi responsabile della redazione della cartella clinica e della S.D.O. e quindi della codifica dell'intervento eseguito.

Il dott. BB risultava presente in altri dieci interventi, ma solo come secondo operatore.

Per quanto riguarda i rimanenti casi, la dott.ssa LL precisava che il dott. BB non compariva come operatore e ciò risultava dal fatto che, nel registro operatorio, che fa parte della cartella clinica, vengono registrati i nomi di tutti i partecipanti all'intervento e cioè di tutti i componenti della équipe operatoria e – come detto – il BB risultava presente solo in 17 casi, di cui in 7 come primo operatore.

Il PM., quindi, in conclusione, formulava richiesta di assoluzione del BB e di conseguenza del l'Associazione XX, con la formula di cui al l'art. 530 co. 2, non essendo sufficienti gli elementi a carico del BB per ritenere provata la sussistenza di un disegno criminoso, volto a truffare la pubblica amministrazione.

I difensori, invece, formulavano richiesta di proscioglimento, del BB da un lato e dell'associazione dall'altro, con la formula più ampia.

La problematica di questo procedimento verte sul codice di



intervento attribuito dal primo operatore nella compilazione della S.D.O. (scheda di dimissioni ospedaliera), che genera il D.R.G. (*diagnosis related group*).

Come è stato chiarito dalla dott.ssa LL, per poter giungere a liquidare la somma dovuta dalla Asl per l'intervento chirurgico, è necessario che venga attribuito allo stesso intervento un D.R.G., che viene identificato attraverso un programma informatico che permette, con una serie di elementi, di giungere alla codifica dell'intervento.

Se non viene utilizzato il programma informatico, ci si deve riferire al documento cartaceo ICDIXCM, applicabile al momento della codifica oggetto di esame.

Il D.R.G. viene prodotto da un algoritmo che considera tutta una serie di elementi, tra cui la diagnosi, il tipo di intervento, le procedure utilizzate ed alcuni dati anagrafici. Ad ogni D.R.G. corrisponde una tariffa, che determina il rimborso all'operatore.

Si deve precisare che il D.R.G. non risulta ne nella cartella clinica, dove viene descritto tutto quello che viene effettuato nell'ospedale, con riferimento all'intervento, dal momento del ricovero fino alla dimissione, né nella S.D.O., che è la scheda di dimissione ospedaliera e che riassume le diagnosi, gli interventi e le procedure effettuate; solo inserendo tutti questi dati nel sistema informatico, risulta il corretto D.R.G.

Nel caso di specie, nelle S.D.O. sarebbero stati inseriti dati non corretti, che avrebbero portato ad indicare un D.R.G. con voce tariffaria superiore e cioè un D.R.G. 234, anziché quello corretto per quel tipo di intervento e cioè il D.R.G. 232.

La dott.ssa LL ha poi fatto presente che, per ottenere il rimborso, ciò che fa fede è quello che risulta dalla S.D.O., che serve per attivare, appunto, il rimborso.

Si deve subito osservare che, già con la modifica del 'imputazione, effettuata dal P.M., riducendo da 104 a 54 le S.D.O. falsificate, il presunto danno economico arrecato all'Asl si è ridotto da euro 64.012,87 a euro 23.661.

Se poi si prende in considerazione il fatto che solo 7 delle 54 S.D.O. contestate possono essere fatte risalire al BB, l'evidenza tariffaria che avrebbe determinato il suo ingiusto arricchimento si riduce a euro 9.138,64; a questo proposito, si deve poi osservare che la competenza spettante all'associazione e quindi al dott. BB per gli interventi effettuati si riduce a euro 4.569,63; considerando che la contestazione è relativa a un periodo di circa 3 anni, si giunge ad un indebito profitto di euro 1.523,21 per anno.

Lo stesso P.M. ha osservato che, spalmando la cifra per i tre anni, l'importo che ne deriva non offre alcun elemento per ritenerne provata la volontà truffaldina dell'imputato. Il numero così ridotto di casi fa ritenere che ci si trovi di fronte ad un margine fisiologico di errore.

Ma, secondo questo giudicante, gli elementi non sono soltanto insufficienti per ritenere sussistente il reato di truffa, ma mancano in modo evidente.

È appena il caso di ricordare come non si possa in alcun modo tener conto degli altri casi in cui risultò apposto sulle S.D.O. il timbro del BB, mentre, in realtà, poi, risultino altre persone come primi operatori.

Vi è poi ancora da osservare che la Pubblica Amministrazione aveva svolto controlli e verifiche sull'attività svolta dall'associazione XX e sugli interventi effettuati dal prof. BB.

Sia il teste MM che il teste GG hanno precisato che il controllo veniva effettuato verificando la corrispondenza tra quanto codificato nella S.D.O. e la documentazione contenuta nella cartella clinica.

Il MM così dichiara: "Noi controllavamo quello che era riportato nel diario clinico, nel registro operatorio e nelle eventuali documentazioni indicate e incrociando questi dati su quanto codificato nella S.D.O. Venivano così individuati i casi in cui tutto era corretto e i casi in cui venivano rilevate delle anomalie".

La compiuta istruttoria, come esattamente osserva la difesa, ha permesso di rilevare che non corrispondeva alla realtà quanto ipotizzato negli accertamenti del Nucleo Antisofisticazioni e Sanità dei CC di Genova e cioè che il controllo della Asl fosse solo formale e che non ci fosse corrispondenza tra la cartella clinica e la S.D.O.

I testi hanno confermato che la S.D.O. diventava parte integrante della cartella clinica al momento della dimissione e che il loro controllo comprendeva sia la cartella clinica che la S.D.O. e l'indicazione del D.R.G."

Dagli accertamenti svolti, dalle emergenze istruttorie in sede di udienza preliminare e dalla documentazione prodotta dalla difesa è emerso che, nel periodo in esame, vi era una carenza normativa, che poteva determinare diverse valutazioni per interventi apparentemente simili, ma nella sostanza diversi.

Il teste MM ha dichiarato che, a fronte di una normativa nazionale che determinava le "linee guida di codifica", vi era anche una normativa regionale che interveniva sul territorio e che cercava di risolvere i problemi relativi agli eventuali contenziosi, cercando di risolvere le incertezze relative alla codifica e alla indicazione dei D.R.G.

Dal 2005 poi, e intervenuta una nuova normativa, che ha risolto le problematiche relative alle differenti valutazioni, impedendo gli eventuali errori nella codifica e dopo tale data, non vi è stato più alcun problema nei confronti del dott. BB e dell'associazione XX.

Nel caso di specie, poi, si deve osservare che molti degli interventi oggetto di contestazione si riferiscono al trattamento della patologia dello spazio sottoacromiale e cioè della spalla.

Come osserva la difesa del BB, questo tipo di intervento normalmente veniva eseguito a cielo aperto, successivamente, a seguito delle tecniche introdotte dal prof. BB e dalla sua équipe, si è potuto effettuare l'intervento in artroscopia.

Questo tipo di intervento, che è denominato "Elmann-Caspary", prevede, a fini terapeutici, una "osteotomia parziale dell'acromion".

Diventa, quindi, più difficile identificare il codice da applicare, che sembrerebbe essere quello relativo alle asportazioni parziali d'osso, a prescindere dalla via d'accesso praticata. Senza soffermarsi sull'anomalia secondo cui un intervento compiuto a cielo aperto (più complicato e con una degenza più lunga) potrebbe determinare un D.R.G. Più remunerativo rispetto a quello compiuto in artroscopia, che certamente presenta maggiori difficoltà e richiede maggiore specializzazione, con indubbi vantaggi per il paziente, è evidente che, nel caso di specie, se vi è stata un'indicazione erronea del D.R.G., ciò inciderebbe esclusivamente sul piano amministrativo e non può in alcun modo far ritenere sussistente il reato di truffa.

Dalle considerazioni di cui sopra, non può, quindi, che giungersi all'assoluzione del BB con la formula più ampia e cioè perché il fatto non sussiste.

I problemi relativi agli eventuali surplus tariffari devono essere esaminati in altra sede e cioè in quella amministrativa. Per quanto riguarda l'imputazione ascritta all'associazione professionale XX, di cui fa parte l'imputato BB, e cioè la vio-



lazione dell'art. 24 del Decr. Legisl. 8.6.2001 n° 231, il difensore ha sostenuto che si deve affermare che l'azione penale non doveva essere iniziata nei confronti dell'associazione, trattandosi di soggetto nei cui confronti non poteva essere rivolta l'azione penale.

Si deve osservare che non può condividersi l'assunto della difesa, in quanto il Decr. Legisl. 8.6.2001 disciplina la responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

Il comma 2 dell'art. 1 stabilisce che le disposizioni previste nel decreto si applicano agli enti forniti di personalità giuridica e alle società e associazioni anche prive di personalità giuridica.

È esclusa l'applicazione della norma solo allo Stato, agli enti pubblici territoriali, agli altri enti pubblici non economici, nonché agli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

In linea astratta, quindi, l'associazione XX può essere destinataria delle norme contenute nel Decr. Legisl. 8.6.2001 n. 231.

Il difensore ritiene che ci si trovi di fronte ad una associazione professionale, in cui le prestazioni dei professionisti associati non possono considerarsi riconducibili all'associazione globalmente considerata e fa riferimento alla dottrina secondo cui l'elemento caratterizzante ai fini dell'applicabilità del Decr. Legisl. 8.6.2001 n° 231 sia la possibilità di distinguere fra l'interesse di chi agisce commettendo il reato e l'interesse dell'ente e che, laddove manchi tale carattere, il meccanismo della responsabilità amministrativa non possa essere applicato.

Insiste poi il difensore che un'interpretazione restrittiva del concetto di ente si desumerebbe dal contenuto dell'art. 27 dello stesso decreto, che dispone che dell'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria risponda soltanto l'ente con il suo patrimonio o con il fondo comune.

Ciò sarebbe previsto per evitare che la persona fisica autrice del reato possa essere sanzionata due volte per il medesimo reato.

L'associazione, essendo priva di un fondo comune che ne caratterizzi l'autonomia rispetto ai singoli professionisti associati, non potrebbe, quindi, essere individuato come destinatario della normativa di cui al decreto n° 231/2001. Vi sono però, a questo proposito, dei principi che precisano la responsabilità dell'ente, previsti da l'art. 5 che, chiaramente, fa ritenere che qualsiasi ente possa essere destinatario della disciplina indicata nel decreto, sempre che susstano i presupposti previsti dal suddetto art. 5, in cui si afferma che l'ente è responsabile per i reati commessi nel suo interesse o a suo vantaggio dalle persone che hanno una serie di requisiti specificati proprio nell'art. 5 alle lettere a) e b).

Lo stesso art. 5, poi, esclude che l'ente risponda del reato se le persone sopraindicate hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi.

È evidente, quindi, che la norma lascia ritenere come destinatario anche l'ente privo di patrimonio, nel caso in cui la persona inserita nell'associazione agisca anche nell'interesse dell'associazione e non solo nell'interesse esclusivo proprio. In conclusione, quindi, rilavato che l'assoluzione del BB con la formula ampia fa venir mano il presupposto che determinava la contestazione effettuata nei confronti dell'associazione professionale XX, anche nei suoi confronti deve disporsi il proscioglimento perché il fatto non sussiste.

P.Q.M.

Visto e applicato l'art. 438 e segg. c.p.p., assolve BB e l'associazione professionale XX dai reati loro rispettivamente accritti perché il fatto non sussiste.

(...*Omissis...*)



Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 26 ottobre 2010 – Giudice Bossi.

ARMI – detenzione di arma comune da sparo – detenzione di arma clandestina – assorbimento – esclusione.

(Artt. 2 e 7 Legge 895/67; art. 23 Legge 110/75)

RICETTAZIONE – possesso di arma clandestina - sussistenza.

(Art. 648 c.p.)

Non vi può essere assorbimento del reato di detenzione di arma comune da sparo (artt. 2 e 7 legge 895/1967) in quello di detenzione di arma clandestina ex art. 23 Legge 110/1975 essendo diversa sia la condotta dell'agente sia l'interesse tutelato dalle rispettive norme incriminatrici. Ed invero, in relazione all'illegale detenzione di un'arma comune da sparo, l'esigenza è quella di porre la competente autorità in grado di conoscere con tempestività l'esistenza di armi, i luoghi di custodia delle stesse, l'identità delle persone che ne hanno la disponibilità, nonché di impedire la circolazione in pubblico di armi in forme e con modalità non consentite. La disposizione incriminatrice di cui all'art. 23 della legge n. 110 del 1975 è, invece, finalizzata alla prevenzione e all'eliminazione della presenza sul territorio dello Stato di armi non suscettibili di controllo circa la loro provenienza, in quanto prive dei numeri, dei contrassegni, delle sigle.

Il possesso e l'occultamento dell'arma clandestina integra di per sé la prova del delitto di ricettazione, essendo l'abrasione della matricola chiaramente finalizzata ad impedirne l'identificazione; ciò dimostra, in mancanza di elementi contrari, la consapevolezza da parte dell'imputato della provenienza illecita dell'arma.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 29 ottobre 2010 – Giudice Petri.

CIRCOSTANZE del reato – circostanze attenuanti generiche – dichiarazioni tardive, parziali e non utili in ordine all'accertamento dei fatti – non concedibilità.

(Art. 62 bis c.p.)

Le dichiarazioni rese dall'imputato che, oltre ad essere tardive e parziali, non abbiano fornito alcun apporto in ordine alla ricostruzione dei fatti non possono costituire comportamento processuale idoneo ad ottenere la concessione delle circostanze attenuanti generiche.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 3 dicembre 2010 – Giudice Cusatti.

CONCORSO di persone – mera connivenza – distinzione – fattispecie concreta – contrabbando - ausilio del trasporto e sistemazione del carico – ricezione in-

dicazioni operative – concorso - sussistenza.

(Art. 110 c.p.)

In una vicenda relativa al contrabbando di sigarette, la presenza dell'imputata a bordo del veicolo su cui si trovava la merce (contenuta in casse sistamate a vista) e l'effettuazione di un bonifico in favore del mittente dei pacchi, sono due elementi che pure potrebbero essere astrattamente compatibili con una condizione psicologica di mera connivenza.

Tuttavia il consapevole concorso emerge da altri dati: in particolare l'imputata (moglie del concorrente patteggiante) non si è limitata a fare una trasferta di inconsapevole accompagnamento a casa del marito ma si è recata insieme con lui a ritirare le tre casse di sigarette coadiuvandolo nel trasporto delle stesse e partecipando alla relativa sistemazione a bordo dell'autovettura di sua proprietà.

Inoltre, da intercettazioni telefoniche di conversazioni intercorse tra i coniugi, si ricava come la donna avesse ricevuto, e ben compreso, istruzioni relative al da farsi con le sigarette a seguito dell'inizio delle indagini ("buttale" e "mettete nelle borse le stecche di sigarette tutte... nel garage, hai capito?"): accenni manifesti che elidono ogni dubbio circa la piena consapevolezza del contributo offerto dall'imputata alla consumazione delle condotte criminose alle quali il marito è risultato dedito in quel lasso di tempo.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 novembre 2010 – Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio – rapina – esercizio arbitrario delle proprie ragioni - differenze – elemento soggettivo – consapevolezza ingiustizia del profitto – rapina – ragionevole opinione esercizio di diritto – reato di ragion fatti.

(Artt. 393 e 628 c.p.)

L'elemento distintivo del delitto di rapina da quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza alle persone risiede nell'elemento soggettivo, perché nell'un caso l'autore agisce al fine di procurare a sé o ad altri un profitto ingiusto, ben sapendo che quanto pretende non gli spetta e non è giuridicamente azionabile, nell'altro agisce nella ragionevole opinione di esercitare un diritto con la coscienza che l'oggetto della pretesa gli spetti.

(Fattispecie in cui l'imputato ha avvicinato il proprio ex datore di lavoro chiedendogli, dopo averlo colpito al volto, di corrispondergli il TFR non ancora percepito).

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 9 settembre 2009 – Giudice Giacalone.

DELITTI contro il patrimonio – riciclaggio – esportazione autovettura – consapevolezza provenienza furiva – documenti circolazione falsi - sussistenza.



Massime

Sezione di diritto **penale**

(Art. 648 bis c.p.)

Costituisce consapevole attività di riciclaggio la condotta di chi voglia trasportare all'estero un'autovettura provento di furto – ben consapevole di tanto – munendola di documenti di circolazione falsi, sì da ostacolare l'individuazione della relativa provenienza delittuosa.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 24 novembre 2010 – Giudice Orsini.

DELITTI contro il patrimonio mediante frode – truffa – elemento oggettivo del reato - artificio o raggiro – silenzio maliziosamente serbato – configurabilità.

(Art. 640 c.p.)

L'artificio o raggiro richiesto per la sussistenza del reato di truffa può consistere anche nel semplice silenzio, maliziosamente serbato su alcune circostanze da chi abbia il dovere di farle conoscere, in quanto il comportamento dell'agente, in tal caso, non può ritenersi meramente passivo, ma artificiosamente preordinato a perpetrare l'inganno, tanto più quando l'obiettiva difformità tra la situazione reale e quella conosciuta da colui che è stato indotto in errore, dipende dal comportamento dell'agente. In particolare, al fine della configurazione del delitto di truffa, integra la condotta di raggiro anche il silenzio sul verificarsi sopravvenuto di un evento, il quale costituisce presupposto del permanere di un'obbligazione pecuniaria a carattere periodico: infatti il silenzio di chi sia in concreto beneficiario, seppure indiretto, della prestazione medesima, è attivamente orientato a trarre in inganno il debitore sul permanere della causa dell'obbligazione.

(Nel caso di specie, un soggetto, il quale beneficiava della pensione di reversibilità sul presupposto dello status di vedovo, non aveva provveduto a comunicare all'INPS di aver contratto, successivamente, nuovo matrimonio ed aveva continuato così, illegittimamente, a percepire periodicamente la pensione suddetta).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 20 maggio 2011 – Giudice Magrini.

DELITTI contro il sentimento per gli animali – maltrattamento di animali – fattispecie – mutilazione per motivi estetici - sussistenza.

(Art. 544 ter c.p.)

Configura fattispecie di maltrattamento di animali sottoporre un cucciolo di doberman al taglio delle orecchie per puri motivi estetici, posto che tale intervento chirurgico non giustificato determina una lesione all'integrità fisica dell'animale (anestesia, punti, medicazioni) e, nella specie, una mutilazione permanente ancorché senza verosimili commissioni funzionali.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 dicembre 2010 – Giudice Orsini.

DELITTI contro la famiglia - maltrattamenti in famiglia – tenore letterale delle espressioni verbali – esame contestualizzato – assenza di effettivo timore nelle persone offese -assunzione di condotte reattive incompatibili con la totale soggezione - esclusione.

(Art. 572 c.p.)

La fattispecie criminosa dei maltrattamenti in famiglia si caratterizza per la presenza di un soggetto che perseguita le sue vittime con angherie, percosse, ingiurie, umiliazioni e vessazioni di ogni genere che cagionano uno stato di soggezione e disagio continuo.

Per ritenere sussistente tale reato occorre fare riferimento a tutte le modalità dell'azione, per cui può e deve tenersi conto non solo del tenore testuale delle eventuali espressioni verbali, ma anche del contesto nel quale esse si collocano, onde verificare quale sia o possa essere stato l'effettivo livello del timore o del turbamento prodotti nella persona offesa.

Non sussiste pertanto il reato di maltrattamenti (ma sono configurabili altri reati quali minacce, percosse, lesioni) allorché le persone offese dichiarino di non aver mai provato paura, nonostante le minacce di morte che l'imputato verbalizzava nei loro confronti, e che il dolore dalle stesse provato era dovuto al peggiorare della situazione ed al malestere del loro congiunto spesso in stato di ebbrezza. Nel caso di specie difetta pertanto sia l'abitualità nel comportamento criminoso, sia l'intento persecutorio o maltrattante ed infatti le parti lese non paiono donne annientate da costanti e abituali condotte maltrattanti avendo assunto iniziative del tutto incompatibili con tale sottoposizione (la moglie si è allontanata di casa e ha preso che l'uomo si facesse curare prima di riprendere la convivenza; la figlia ha affrontato il padre in pubblico al bar esprimendo tutta la sua disapprovazione per il mancato rispetto delle promesse effettuate; entrambe hanno denunciato i fatti; la figlia ha accompagnato il padre presso una clinica per disintossicarsi e gli è stata vicina dopo la dimissione).

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 29 ottobre 2010 – Giudice Bossi.

DELITTI contro la fede pubblica – falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri – agevole verifica di quanto dichiarato – irrilevanza - qualità personali – precedenti penali – sussistenza.

(Art. 495 c.p.)

Ai fini della sussistenza del reato di cui all'art. 495 c.p. è irrilevante che quanto dichiarato dal soggetto possa essere agevolmente verificato dalla stessa Autorità giudiziaria.

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, il dolo richiesto dall'art. 495 c.p. si sostanzia nella coscienza e volontà del soggetto attivo di rendere false dichiarazioni sulle proprie "qualità personali", espressione, quest'ultima, che ricomprende anche i precedenti penali, che servono a caratterizzare una persona nella collettività sociale, integrandone l'individualità.

PA.PITT.

Corte d'Appello di Genova, sez. III pen., 29 giugno 2011 – Giudice Mazza Galanti.



DELITTI contro la persona – violenza privata – condotta di “strattonamento” – incertezza circa le conseguenze della condotta – assoluzione ai sensi dell’art. 530 comma 2 c.p.p.

(Art. 610 c.p.)

Allorché vi sia certezza unicamente in relazione al fatto che l'imputato sia stato protagonista di uno strattonamento nei confronti della persona offesa, mentre permane il dubbio – per la contraddittorietà dei testi – sulla circostanza che tale condotta abbia determinato la non voluta discesa della stessa persona offesa dal taxi, esiste un dubbio insormontabile circa la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato di violenza privata.

CR.BR.

di una malattia fisica o psichica per la giovanissima figlia.

La nozione di malattia rilevante ai fini del reato di abuso di mezzi di correzione o di disciplina è più ampia di quella relativa al reato di lesione personale e il pericolo di una malattia fisica o psichica non deve essere accertato necessariamente attraverso una perizia medico-legale, ma può essere desunto anche dalla natura stessa dell'abuso, secondo le regole della comune esperienza e può ritenersi, senza bisogno di alcuna indagine eseguita sulla base di particolari cognizioni tecniche, allorquando la condotta dell'agente presenti connotati tali da risultare suscettibile in astratto di produrre siffatta conseguenza. Né occorre, trattandosi di tipico reato di pericolo, che questa si sia realmente verificata, atteso che l'esistenza di una lesione personale è presa in considerazione come elemento costitutivo della ipotesi diversa e più grave del secondo comma dell'art. 571.

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 29 novembre 2010 – Giudice Carpanini.

DELITTI contro la persona – violenza privata – minaccia – prospettazione di un suicidio - sussistenza.

(Art. 610 c.p.)

DELITTI contro la persona – maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli – assenza stato di prostrazione fisica e morale – insussistenza.

(Art. 572 c.p.)

DELITTI contro la persona – maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli - abuso dei mezzi di correzione o di disciplina – distinzione - punizioni – induzione regime tormentato di vita – sussistenza intento educativo – maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli – esclusione - abuso dei mezzi di correzione o di disciplina – sussistenza.

(Arts. 571 e 572 c.p.)

DELITTI contro la persona – abuso dei mezzi di correzione o di disciplina – nozione di malattia rilevante – perizia medico legale – non necessità – regole comune esperienza.

(Arts. 571 e 582 c.p.)

La prospettazione di un suicidio vale come minaccia idonea a coartare la volontà della persona offesa per indurla a non denunciare l'autore di un reato.

Le accuse, peraltro piuttosto sfumate e ridimensionate nel corso dell'incidente probatorio, formulate dalla persona offesa in un momento di comprensibile risentimento nei confronti della figura paterna, appena resasi responsabile di un fatto di estrema gravità in suo danno, non sono sufficienti per ritenere provato il reato di maltrattamenti. Occorre, infatti, che dalle sue parole emerga quello stato di prostrazione fisica e morale, quel regime tormentato di vita, fonte di abituali sofferenze fisiche e psichiche che costituisce l'essenza del reato di cui all'art. 572 c.p.

Le saltuarie punizioni, riconducibili ad un intento educativo e non frutto di violenza gratuita o di volontà di sopraffazione, che siano state idonee ad imporre alla persona offesa un regime tormentato di vita, fatto di paura, umiliazione e continue sofferenze fisiche e morali, possono essere ricondotte al più lieve reato di cui all'art. 571 c.p., essendo innegabile che certe pratiche rappresentino un abuso da parte del genitore, certamente fonte di pericolo

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 27 novembre 2010 – Giudice Petri.

PATROCINIO a spese dello Stato – obbligo di comunicazione della variazione del reddito – redditi del familiare – modifica nell'anno fiscale successivo alla conclusione del procedimento – insussistenza.

(Art. 95 D.P.R. 115/2002)

Non sussiste per l'imputato ammesso al Patrocinio a spese dello Stato l'obbligo di comunicare la variazione del reddito di uno degli appartenenti al nucleo familiare ove il procedimento penale nel quale è ammesso al beneficio si concluda prima della chiusura dell'anno fiscale in relazione al quale è intervenuta la variazione.

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 15 novembre 2010 – Giudice Carpanini.

PROVA - valutazione – dichiarazioni del coimputato – valutazione unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità - necessità.

(Art. 192, comma 3, c.p.p.)

Le dichiarazioni rese dal coimputato o dalla persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'art. 12 c.p.p. possono fondare la condanna del corrente qualora siano intrinsecamente attendibili e corroborate da altri elementi di prova.

(Nel caso di specie le dichiarazioni accusatorie rese dal coimputato e poste a fondamento della condanna del corrente, oltre ad essere state valutate come intrinsecamente attendibili, erano state confermate dalla stessa ricostruzione dei fatti oggetto del processo fornita dallo stesso corrente).

S.LIG.

Tribunale di Genova – Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari – 24 novembre 2010 – Giudice Baldini.

PROVA – valutazione – testimonianza della persona offesa – rigoroso vaglio critico in ordine alla credibilità - necessità.



Massime

Sezione di diritto **penale**

(Art. 192 c.p.p.).

In tema di valutazione della prova, qualora si tratti di testimonianza della persona offesa dal reato, la quale ha sicuramente interesse verso l'esito del giudizio, è necessario vagliare le sue dichiarazioni con opportuna cautela, cioè compiere un esame particolarmente penetrante e rigoroso attraverso una conferma di altri elementi probatori (non necessariamente riscontri esterni), di talché tale testimonianza può essere assunta, da sola, come fonte di prova, unicamente se venga sottoposta a detto riscontro di credibilità oggettiva e soggettiva, compiendosi quindi su di essa un'accurata indagine che tenga conto della costanza e dell'uniformità dell'accusa, delle circostanze e modalità dell'accaduto e di tutto quanto possa concorrere ad assicurare il controllo della credibilità oggettiva e soggettiva del dichiarante.

S.LIG.

carcassa, bruciato, privato di parti essenziali – quali ruote e motore – e simili), non anche un motociclo potenzialmente idoneo ad essere rimesso su strada (Nella specie, l'imputato non otteneva all'ordinanza della Polizia Municipale di rimozione dei rifiuti dal medesimo abbandonati, costituiti da un motoveicolo. Il provvedimento disatteso, in cui si ammette la possibilità che il motociclo abbandonato dall'imputato possa essere rimesso in circolazione, sarebbe stato legittimo ove emesso sulla scorta della diversa norma di cui all'art. 159 C.d.S., che non prevede la sanzione penale di cui all'art. 255 del T.U. in materia ambientale. In tale contesto, la richiesta del P.M. di emettere decreto penale di condanna non poteva essere accolta e si doveva pronunciare nell'immediato l'improcedibilità dell'azione penale a norma dell'art. 129 c.p.p. perché – una volta disapplicato il provvedimento disatteso, in quanto viziato da eccesso di potere – il fatto non è previsto dalla legge come reato).

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 novembre 2010 – Giudice Cusatti.

REATI ambientali – rimozione veicolo abbandonato – riconducibilità alla categoria del rifiuto – veicolo “a fine vita” – rottamazione – mancanza di parti essenziali – necessità - veicolo con potenziale idoneità ad essere rimesso su strada - insussistenza.

(Art. 159, c. 5°, C.d.S; art. 255, D. L.vo 152/2006)

Per disporre, ai sensi degli artt. 192 e 255 T.U. 152/06, la rimozione di un veicolo abbandonato, riconducendolo all'assai più ampia categoria del “rifiuto”, occorre che oggetto del provvedimento sia un veicolo “a fine vita”, cioè irrimediabilmente destinato alla rottamazione (in quanto, ad esempio, a livello di

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 marzo 2010 – Giudice De Matteis.

STUPEFACENTI – fatto di lieve entità - minima offensività sociale della condotta – dato quantitativo e qualitativo – quantità modestissima e di infima qualità.

(Art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90)

Va ritenuta la sussistenza dell'attenuante di cui al comma V dell'art. 73 del D.P.R. 309/90 nei casi di minima offensività sociale della condotta, deducibile sia dal dato qualitativo e quantitativo sia dagli altri parametri richiamati dalla disposizione. Nel caso di specie la quantità di stupefacente era modestissima e di infima qualità.

PA.PITT.



Osservatorio

*Il lavoro di pubblica utilità
come sanzione sostitutiva per i reati
di guida in stato di ebbrezza
e sotto l'influenza di stupefacenti
Lineamenti interpretativi e applicazioni pratiche**

Francesco Cozzi

Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Chiavari

Ruggero Navarra

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Introduzione - 2. Caratteristiche del lavoro di pubblica utilità - 2.1. Computo della durata del lavoro - 2.2 Scelta dell'ente - 2.3 Programma di lavoro e documenti necessari - 3. Applicabilità ed esclusioni - 3.1 Sull'incidente in particolare - 4. Note operative e procedurali - 4.1 Decreto Penale - 4.2 Patteggiamento - 5 Rapporto tra giudicato e momento di inizio della attività - 6. Il controllo sullo svolgimento del lavoro. Inadempimento della sanzione sostitutiva e conseguenze. 7. L'udienza di verifica dell'esito del lavoro. 7.1 Esito positivo e disposizioni premiali 7.1.1. Estinzione del reato. 7.1.2. Revoca della confisca 7.1.3. Riduzione della metà del periodo di sospensione della patente - 8. Regime di impugnazione 9. Applicabilità della nuova normativa ai fatti precedenti al 29 luglio 2010. Individuazione della legge più favorevole. 10. Considerazioni finali su alcuni punti critici 10.1 Sulla non applicabilità alla lettera a) 10.2 Sulla opportunità dell'ammissione alla pubblica utilità anche in caso di incidente

1. Introduzione.

La L. 120/2010 ha introdotto rilevanti novità nella disciplina sanzionatoria della guida in stato di alterazione, dovuta a sostanze alcoliche o stupefacenti.

Tra queste, è importante evidenziare l'aumento del minimo editto della pena per i casi previsti alla lettera b) c) dell'art. 186 C.d.S. (relativo alla guida con tasso alcolemico accertato superiore a 1,5 grammi/litro) e per la fattispecie prevista all'art. 187 C.d.S..

Di particolare interesse è però la possibilità di sostituire la pena detentiva e pecuniaria con un periodo di lavoro di pubblica utilità, al compimento del quale conseguono benefici molto rilevanti:

- i) l'estinzione del reato,
- ii) la riduzione alla metà della durata della sospensione della patente,
- iii) la revoca della confisca del veicolo sequestrato (artt. 186 c.9 bis e 187 c. 8 bis C.d.s.).

La previsione di conseguenze così marcatamente premiali palesa l'esplicita finalità rieducativa e riparativa della pena sostitutiva.

Purtroppo, la formulazione è piuttosto infelice e pone non pochi problemi interpretativi nella sua concreta applicazione.

*Alla redazione dell'articolo ha collaborato il Dott. Simone Rivabella.

2. Caratteristiche del lavoro di pubblica utilità.

Il comma 9 bis dell'art. 186 C.d.s. e il comma 8 bis dell'art. 187, pur richiamando con alcune deroghe la normativa sul Giudice di Pace e, in particolare, l'art. 54 D.lgs. 274/2000, descrivono le caratteristiche principali dell'istituto.

Secondo la norma, il lavoro di pubblica utilità consiste «nella prestazione di una attività non retribuita a favore della collettività da svolgere, in via prioritaria, nel campo della sicurezza e dell'educazione stradale presso lo stato, le regioni, le provincie e i comuni o presso enti o organizzazioni di assistenza sociali e di volontariato, o presso i centri specializzati di lotta alle dipendenze».

2.1. Computo della durata del lavoro.

In deroga alla normativa del D.lgs. 274/2000, si è previsto che il periodo di lavoro di pubblica utilità corrisponda a quello dell'arresto sommato al numero di giorni derivante dalla conversione della pena pecuniaria secondo il parametro 250 euro / giorno(1).

La giornata di lavoro di pubblica utilità corrisponde a due ore, anche se non continuative, di lavoro effettivo, che, su richiesta dell'interessato, potranno essere accorpate fino ad un massimo di 8 per giorno solare(2).

2.2. Scelta dell'ente.

La prima questione da affrontare è quella della necessità o meno di una convenzione preliminare tra l'ente e il ministero della Giustizia ovvero il Presidente del Tribunale, cui, secondo il DM 26.3.2001 il Ministro può delegare la stipula della convenzione stessa.

Ciò deriva dal rinvio alla norma sulle sanzioni del Giudice di Pace, che richiama a sua volta la necessità di un regolamento ministeriale per le modalità di svolgimento del lavoro e, indirettamente, la stipula delle convenzioni(3).

Alcuni Tribunali hanno infatti adottato una interpretazione restrittiva, richiedendo che il lavoro fosse attivato solo presso enti convenzionati.

Questa interpretazione, tuttavia, non pare condivisibile sia sotto il profilo teorico sia sotto quello pratico.

Innanzitutto, le norme sopra richiamate del codice della strada, pur richiamando l'art. 54 del D.lgs. 274/2000 per individuare le caratteristiche principali della sanzione sostitutiva, non richiedono espressamente che gli enti elencati si dotino di una convenzione.

Inoltre, nella pratica, le richieste di accesso al lavoro di pubblica utilità sono generalmente molto più elevate rispetto al numero di posti offerti dagli enti che hanno stipulato convenzioni. La conseguenza è che gli interessati al lavoro di pubblica utilità si trovino spesso "in coda" nell'attesa che si liberi un posto, con tutte le conseguenze negative legate al trascorrere del tempo, di cui si dirà.

L'inammissibilità di domande basate su programmi con enti o associazioni non convenzionati, senza neppure un esame della idoneità degli stessi e del modello di programma proposto introdurrebbe una irragionevole discriminazione nella esecuzione della pena e negli effetti della esecuzione tra i condannati. Ovviamente, la possibilità di riferirsi ad enti o organizzazioni non convenzionate richiede un vaglio rigoroso della serietà degli stessi e del programma di lavoro che vi si dovrebbe svolgere.



2.3. Programma di lavoro e documenti necessari.

E' utile precisare sin d'ora che, sotto il profilo operativo, l'interessato dovrà presentare un programma di lavoro che indichi:

- i) l'identificazione e tipologia dell'ente;
- ii) le generalità del responsabile dell'ente;
- iii) una dettagliata descrizione dell'attività di pubblica utilità che vi svolgerebbe;
- iv) il numero totale di ore per cui l'ente si rende disponibile a impiegarlo;
- v) la data a partire dalla quale l'ente si rende disponibile a tal fine;
- vi) la distribuzione giornaliera e settimanale delle ore di lavoro;
- vii) il responsabile del controllo dell'attività lavorativa (se diverso dal responsabile dell'ente);
- viii) la polizza assicurativa per l'interessato(4).

3. Applicabilità ed esclusioni.

Innanzi tutto, si deve premettere che l'applicabilità della sanzione penale sostitutiva è esclusa per l'ipotesi a) dell'art. 186 C.d.s., attualmente depenalizzato e punito solo in via amministrativa.

Inoltre, la sostituzione della pena deve essere accettata dall'interessato che, infatti, vi si può opporre(5).

Ciò posto, il legislatore ha stabilito casi particolari di esclusione dell'applicabilità della sostituzione della pena con il lavoro di p.u. anche a soggetti condannati per le violazioni penalmente rilevanti.

Si tratta dei casi di contravventori che:

- a) ne abbiano già beneficiato per una precedente condanna,
- b) abbiano provocato un incidente (in stato di e a causa dell'alterazione. Fattispecie ex art. art. 186 comma 2 bis).

La norma di legge non precisa se la conversione sia possibile nei casi: - del rifiuto di sottoporsi ad accertamento, - dei contravventori "qualificati" previsti dal art. 186 bis (minorì, neo patentati e conducenti professionali).

Mentre per il caso del rifiuto non sembrano esservi margini interpretativi per ricondurre il reato nel campo di operatività del l.p.u., la applicazione analogica in *bonam partem* particolarmente per il caso degli infraventunenni e dei neo patentati potrebbe trarre argomenti dalla natura di circostanza aggravante dell'art.186 bis per estendere la applicazione della sanzione sostitutiva a tali categorie di soggetti.

3.1. Sull'incidente in particolare.

Il verificarsi di un incidente comporta l'applicazione dell'aggravante specifica in punto pena e la non sostituibilità della pena con il lavoro di P.U.

Tuttavia, l'incidente non è sempre causa di esclusione della sostituibilità.

Fondamentale è la circostanza che esso sia stato "provocato" dall'indagato e, pertanto, è indispensabile l'accertamento sull'attribuibilità del sinistro alla sua condotta e, in particolare, al suo stato di alterazione.

Nella pratica si pone il quesito se debba ritenersi "incidente provocato" anche quello in cui è rimasto coinvolto solo l'imputato (perché ad esempio caduto da solo dal motorino senza l'intervento causale di terzi o di c.d. insidie stradali). Al contrario dovrebbe essere valutato come "non provocato" dallo stato di alterazione il tamponamento semplicemente subito dall'imputato che nell'occasione sia stato sorpreso alla guida in tali condizioni. L'accertamento della responsabilità per l'incidente, nell'ottica della contestazione dell'aggravante specifica in sede penale, dovrà quindi essere valutato secondo il principio cardine del *favor rei* anche in considerazione della grave conseguenza

della impossibilità di accedere al lavoro di pubblica utilità e ai benefici che ne derivano.

4. Note operative e procedurali.

La norma prevede che la pena possa essere sostituita con il lavoro di pubblica utilità sia con sentenza sia con decreto penale. Ciò comporta che la sostituzione possa avvenire dopo iter processuali molto differenti.

4.1. Decreto Penale.

Nel caso del decreto penale, la sostituzione potrebbe avvenire, teoricamente, anche senza che l'imputato abbia alcuna previa notizia sullo stato del procedimento .

In realtà, nella pratica è necessario che l'indagato si renda sempre parte attiva, individuando (attraverso una richiesta ex art. 335 c.p.p.) il numero di procedimento penale e il Pubblico Ministero assegnatario del fascicolo, per poter presentare la propria disponibilità ad una conversione con il lavoro di p.u. della pena irroganda.

La dichiarazione dovrà essere corredata dal programma già descritto (comunque sempre integrabile) necessario per l'emissione del decreto.

La quantificazione concreta della pena da convertire è agevolata da tabelle dettagliate predisposte presso alcune Procure, come quella Genovese e quella di Chiavari. Attraverso queste tabelle sarà sufficiente verificare la pena corrispondente al caso concreto (in relazione al tasso alcolemico riscontrato, alla eventuale aggravante dell'ora notturna, ecc.) e calcolare il numero di ore di lavoro di P.U. da sostituirvi.

Valutata l'idoneità del programma e dell'ente, il Pubblico Ministero, prima, ed il G. I. P., poi, potranno provvedere agli adempimenti di propria competenza, già prevedendo la sostituzione nel decreto.

Caso particolare è quello in cui il Pubblico Ministero abbia già presentato richiesta di emissione del decreto penale, senza prevedere la sostituzione, e questo non sia ancora stato emesso.

In questo caso un indirizzo interpretativo porta a ritenere che il G. I. P. dovrà comunque emettere il decreto penale e l'imputato dovrà opporsi chiedendo il patteggiamento.

Secondo una diversa impostazione l'imputato potrà comunque depositare la propria dichiarazione di disponibilità ed il programma al G. I. P. (in quanto materialmente titolare del fascicolo) il quale, con provvedimento interno e interlocutorio, potrà richiedere e ricevere una integrazione della richiesta da parte del P. M., comprensiva della sostituzione della pena.

L'integrazione alla propria richiesta, da parte del P.M., si ritiene in questo caso indispensabile in quanto concernente la tipologia di pena che sarebbe concretamente applicata.

Quest'ultima interpretazione è senz'altro preferibile perché non penalizza l'imputato obbligandolo a rinunciare alla pre-mialità maggiore prevista dal decreto penale e consente una maggiore economia processuale evitando all'ufficio G. I. P. la fissazione di una udienza di patteggiamento del tutto superflua.

4.2. Patteggiamento.

Con l'opposizione al decreto penale, con richiesta di patteggiamento durante la fase delle indagini o in caso di citazione a giudizio e patteggiamento in udienza, l'interessato potrà proporre la sostituzione della pena con le modalità sopra descritte.

4.3. Sentenza a seguito di dibattimento o di rito abbreviato.

Pur meno frequente è certamente possibile il caso in cui la sostituzione sia stabilita dal giudice in sentenza. È chiaro che la necessaria disponibilità alla sostituzione da parte dell'im-



putato dovrà essere contemperata con la possibilità di una richiesta di assoluzione.

L'eventuale programma potrà quindi, ad esempio, essere presentato in discussione come conclusione in via subordinata e il Giudice potrà valutarlo in sede decisoria.

5. Rapporto tra giudicato e momento di inizio della attività.

Difficoltà interpretative sono sorte anche in ordine all'immediata eseguibilità della pena sostituita.

L'interpretazione(6) che propende per una deroga al principio generale della esecutività a seguito del giudicato della condanna considera, innanzitutto:

- la disponibilità allo svolgimento immediato manifestata dall'imputato e
- le particolari conseguenze premiali in caso di positivo svolgimento.

Inoltre, sul piano letterale, nel senso della immediata esecutività depone soprattutto l'attribuzione del potere di revocare la pena sostitutiva, in caso di violazione degli obblighi, non soltanto al giudice dell'esecuzione, ma anche, in alternativa a questo, «al giudice che procede»(7).

È evidente, infatti, che il giudice che procede può essere investito di questioni attinenti alla violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità solo se lo svolgimento abbia luogo prima del passaggio in giudicato della sentenza.

La particolare situazione che vedrebbe contemporaneamente in atto l'esecuzione della pena in pendenza di una impugnazione verrebbe, ad ogni modo, eliminata facendo ricorso al meccanismo dell'art. 129 c.p.p. Infatti, qualora intervenga la decisione di estinzione del reato a seguito del positivo svolgimento del lavoro, il procedimento ancora in corso (ad esempio perché soggetto ad impugnazione) dovrà essere immediatamente definito con la declaratoria di estinzione.

Tale soluzione pone tuttavia il problema della diversa conseguenza della declaratoria di estinzione del reato precedente o successiva al passaggio in giudicato (e, quindi, con sentenza che dovrebbe essere di proscioglimento e non di condanna) anche in ordine alla annotazione dell'utilizzo del beneficio in caso di reiterazione (vd. *infra* 7.1.1.).

Sul piano concretamente applicativo l'anomalia sistemica della esecuzione prima del giudicato è stata talvolta eliminata prevedendo l'inizio della attività a partire da data certa successiva al giudicato o accelerando la formazione del giudicato stesso attraverso la rinuncia alla impugnazione o all'opposizione. In altri casi si è comunque atteso, prima della fissazione dell'udienza di verifica, lo spirare dei termini per l'impugnazione. In questo particolare caso, tuttavia, esiste il concreto pericolo di porre nel nulla lo sforzo del condannato teso a espiare nel più breve tempo possibile la pena sostituita e così di usufruire a pieno del beneficio della riduzione della sospensione della patente.

6. Il controllo sullo svolgimento del lavoro. Inadempimento della sanzione sostitutiva e conseguenze.

Il procedimento di revoca della sanzione sostitutiva viene attivato dalla segnalazione degli organi preposti al controllo (Polizia giudiziaria o UEPE), oppure dall'ente o associazione presso cui il programma deve essere svolto. Ricevuta la segnalazione, il procedimento si instaura di ufficio o su iniziativa del PM. La valutazione sull'inadempimento deve tener conto dei motivi, della entità e delle circostanze della violazione.

Operativamente, i provvedimenti che dispongono la sostituzione prevedono in genere la possibilità per l'imputato di modificare gli orari di lavoro o di far fronte a esigenze improvvise con il solo onere di comunicare ogni variazione all'Ufficio del Giudice e all'UEPE per non incorrere in violazioni "accidentali".

Nel caso in cui la violazione venga effettivamente verificata, ne consegue la revoca della sostituzione: verrà quindi ripristinata la sanzione penale sostituita e confermata anche la sanzione amministrativa precedentemente inflitta, ossia l'originaria durata della sospensione della patente e la confisca eventualmente disposta.

Anche su questo punto la proposizione letterale è poco chiara e impropria perché in realtà le pene e le sanzioni amministrative già applicate con il provvedimento di condanna e di sostituzione della pena detentiva e pecuniaria, non essendo state né estinte né ridotte né revocate non sono passibili di ripristino ma al più di conferma.

Nel caso di sostituzione operata con il decreto penale, la pena "ripristinata" sarà quella pecuniaria determinata anche in sostituzione di quella detentiva.

Negli altri casi si tornerà alle pene detentive e pecuniarie inizialmente sostituite. Qualora si tratti di una decisione già passata in giudicato, il PM emetterà ordine di esecuzione con sospensiva secondo quanto previsto dall'art. 656 C.p..

7. L'udienza di verifica sull'esito del lavoro.

La norma stabilisce che al termine del periodo di lavoro «il Giudice» fissi udienza per la verifica dell'esito del lavoro che, se positiva, comporta i benefici elencati.

Di fatto, dovrà essere il condannato a stimolare la fissazione dell'udienza con una propria istanza, preferibilmente corredata di una dichiarazione da parte del responsabile dell'ente sulla positività dell'attività svolta e, ancor meglio, anche di un foglio presenze attestante la effettività della presenza sul luogo di lavoro.

La lettera della norma ha tuttavia comportato alcuni dubbi sul Giudice concretamente competente per tale pronuncia. Il punto è legato all'interpretazione sulla necessità o meno del giudicato.

In caso positivo, infatti, si tratterà di una competenza tipica della fase esecutiva secondo le regole del C.p.p. (anche se, nei fatti, normalmente questa rimarrà in capo al medesimo Giudice del merito).

Proprio sulla base di questa considerazione e per favorire la ricerca della semplicità procedurale, taluni Giudici ritengono di poter fissare l'udienza in parola con provvedimento contenuto già nella medesima pronuncia sostituiva della pena(8).

Diversamente, secondo l'orientamento prevalente dell'ufficio GIP Genovese, non è possibile una tale anticipazione e, dunque, potrà essere fissata udienza di verifica solo dopo il passaggio in giudicato, davanti al giudice dell'esecuzione competente.

7.1. Esito positivo e disposizioni premiali.

Come già anticipato, la dichiarazione di estinzione del reato in seguito ad una udienza di verifica fissata prima del passaggio in giudicato comporta alcune difficoltà interpretative.

7.1.1. Estinzione del reato.

La formulazione della norma lascia aperto il dubbio sulle conseguenze dell'estinzione del reato in relazione al giudicato e alla disciplina sulle menzioni nel casellario giudiziale. Si è già evidenziato che l'accesso alla pubblica utilità è precluso a chi ne abbia già usufruito; da ciò discende la neces-



sità di una annotazione in merito che possa essere sempre reperita in caso di nuovo procedimento.

Ciò nonostante, la formulazione della novella del luglio 2010 non sembra escludere la possibilità di una estinzione del reato precedente al giudicato (ad esempio, in pendenza di un ricorso in cassazione). Anzi, il fine premiale della novella porterebbe a preferire questa interpretazione a quella contraria.

Tale soluzione comporterebbe conseguenze ben più marcate sotto il profilo premiale rispetto all'attesa di un giudicato sulla sentenza di condanna: la declaratoria di estinzione del reato precedente al passaggio in giudicato darebbe necessariamente luogo, infatti, ad una nuova pronuncia, non di condanna ma di proscioglimento (ad es. ex art. 129 C.p.p.) Sono evidenti, quindi, le conseguenze opposte in ordine alla annotazione sul casellario, anche nell'ottica della possibilità di verifica del precedente utilizzo del beneficio in caso di "recidiva" (9).

Certamente si impone una scelta tra l'una e l'altra interpretazione che abbia una portata *erga omnes*, e quindi mediante interpretazione autentica o modifica legislativa. Non si può infatti ammettere una differenza di trattamento così grave in conseguenza di un dato procedurale anziché della violazione del preceitto penale.

7.1.2. Revoca della confisca

Il punto non presenta particolari problemi interpretativi, salvo notare il fatto che, sotto il profilo operativo, occorrerà trasmettere prontamente alla Prefettura competente per il sequestro amministrativo del bene, il provvedimento di revoca (normalmente presentando copia autentica della decisione) (10).

7.1.3. Riduzione alla metà del periodo di sospensione della patente

Questo beneficio è sicuramente di grandissimo interesse e di necessità immediata per il reo.

Il problema che si pone prende le mosse dal ritiro del documento di guida da parte degli organi accertatori della contravvenzione, a cui consegue l'ordinanza di sospensione cautelare da parte del prefetto (11).

Tutto il procedimento penale si svolge normalmente mentre il soggetto sta già scontando anticipatamente, in via cautelare, la applicanda sanzione accessoria.

Questa situazione può comportare l'impossibilità, per cause esterne alla diligenza dell'interessato, di godere della riduzione del periodo di sospensione come premio per il termine della pubblica utilità.

Nella pratica è infatti estremamente raro che le prefetture restituiscano il documento di guida nella fase cautelare, obbligando in tal modo l'interessato a ricorrere contro l'ordinanza prefettizia davanti al Giudice di Pace. Anche in questa sede giurisdizionale, tuttavia, non vi è una interpretazione univoca della norma, per cui non sempre l'interessato riesce ad ottenere la restituzione della patente entro un termine utile per usufruire del beneficio.

In quest'ottica, trattandosi di misura cautelare, pur di tipo amministrativo, sarebbe certamente auspicabile che, a fronte della attestazione di deposito del programma di lavoro e di una certificazione di idoneità alla guida, comunque necessaria, da parte della A.S.L., l'interessato potesse ottenere la restituzione del documento da parte della Prefettura in via di autotutela.

E tuttavia è comprensibile la cautela della Prefettura a fronte del rischio di reiterazione di comportamenti del conducente, specie nel caso in cui emergano indizi di uso non occasionale di sostanze alcoliche.

8. Regime di impugnazione. Le decisioni che sostituiscono la pena con il Lavoro di Pubblica Utilità sono impugnabili con i normali mezzi, salvo rinuncia agli stessi. Non si riscontra nelle lettera della norma alcuna formulazione espressamente contraria alla regola generale del doppio grado di giudizio.

Un problema interpretativo, tuttavia, si è posto a causa dell'inciso al comma 9 bis dell'art. 186 ove si dispone che «la decisione è ricorribile in cassazione» (con la precisazione che «il ricorso non sospende l'esecuzione a meno che il giudice che ha emesso la decisione non disponga diversamente»).

La formulazione della norma sembrerebbe riferibile alla decisione con la quale il giudice, a seguito della verifica del positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, dichiara estinto il reato, revoca la confisca e dimezza il termine di sospensione della patente.

Così interpretato, l'inciso può risultare superfluo, essendo espressione di una regola vigente per tutti gli incidenti di esecuzione (v. art. 666 c. 6 e 7 c.p.p.). Si è detto, però, che la dichiarazione in parola potrebbe, in teoria, avvenire anche in una fase precedente al giudicato. In questo senso, la particolarità procedurale giustificherebbe la necessità di tale richiamo.

D'altra parte, riferire il mezzo di impugnazione al decreto penale o alla sentenza che applica la sanzione sostitutiva, comporterebbe l'irragionevole conseguenza di ritenere non più opponibili i decreti penali di condanna nel caso abbiano sostituito la pena con il lavoro di pubblica utilità, e non più appellabili le sentenze di condanna, emesse all'esito di un giudizio, che abbiano operato analoga sostituzione.

Inoltre, il riferimento al ricorso in Cassazione risulterebbe addirittura pleonastico per le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti.

La particolare collocazione dell'inciso sulla ricorribilità in Cassazione pare quindi piuttosto infelice, ed è probabilmente frutto di una svista legislativa in quanto avrebbe dovuto essere riferito solo all'ordinanza con la quale il giudice revoca il lavoro di pubblica utilità, come previsto in materia di stupefacenti (art. 73 c. 5-bis d.p.r. 309/1990) o al particolare caso dell'ordinanza pre-giudicato.

Tuttavia la collocazione letterale porta a ritenere che l'istituto sia applicabile ad entrambi i tipi di decisione e quindi sia alla sentenza/ordinanza di estinzione del reato sia alla ordinanza di revoca della sanzione sostitutiva.

9. Applicabilità della nuova normativa ai fatti precedenti al 29 luglio 2010. Individuazione della legge più favorevole.

Il problema dell'individuazione della legge più favorevole si pone solamente con riguardo alle fattispecie previste alla lettera c) dell'art. 186 C.d.s. e all'art. 187 C.d.s., essendo gli unici casi che hanno subito un aggravamento della cornice editto.

Proprio per tale modifica, parrebbe che la legge più favorevole sia quella antecedente in quanto, invariata la pena nel massimo, la legge 29.7.2010 n.120 ha introdotto il raddoppio del minimo passato da 3 a 6 mesi di arresto.

In questo senso si è espressa una parte della giurisprudenza, in particolare nel primo periodo di applicazione della novella (12).

Peralterro la previsione della possibilità di sostituzione della pena detentiva o pecunaria con una sanzione assai meno onerosa quale una prestazione temporanea di *facere gratuito e, soprattutto, la possibilità di estinguere il reato e di ridurre o eliminare*



le sanzioni amministrative derivanti dal reato attraverso detta prestazione, porta a ritenere che possa essere in concreto più favorevole la nuova disposizione di legge (13).

In questo caso, inoltre, assume un particolare rilievo la scelta operata dall'imputato, senza il quale non è possibile disporre la sostituzione in lavoro di pubblica utilità. E' chiaro che, nell'ottica di una pena effettiva e responsabilizzante come quella in parola, la volontà dell'interessato, certamente consapevole grazie all'intervento del difensore, non può essere trascurata dal giudicante nella valutazione della legge concretamente applicabile.

In ogni caso si dovrà comunque applicare *in toto* la disposizione di legge ritenuta più favorevole, senza possibilità di commistioni tra le due discipline (14). Pertanto la pena minima da cui partire per la determinazione in concreto della pena da sostituire sarà per l'art. 186 lett.c) e per l'art. 187 quella di sei mesi di arresto.

10. Considerazioni finali su alcuni punti critici

La pratica ha portato in evidenza alcuni aspetti della disciplina che sembrano configgere con il dettato costituzionale e le stesse ragioni di politica criminale che stanno a fondamento della riforma del 2010.

10.1 sulla non applicabilità alla lettera a)

La scelta legislativa di depenalizzare la fattispecie *sub a)* dell'art. 186 porta con sé l'impossibilità di applicare all'illecito amministrativo il beneficio che riguarda la sospensione della patente in relazione all'esecuzione del lavoro di p.u..

Ne consegue, in ipotesi, la possibilità di applicare la sanzione della sospensione della patente per un periodo più lungo rispetto alle fattispecie più gravi, alle quali però è possibile applicare, in sede penale, la sostituzione della pena. Conseguenza, questa, che appare come una violazione del principio costituzionale di ragionevolezza.

Sembrerebbe infatti più opportuno, e in linea con la filosofia della riforma, sostituire la sanzione pecuniaria amministrativa e beneficiare della riduzione del periodo di sospensione del titolo di guida. Anche i destinatari della sanzione amministrativa sarebbero così coinvolti nell'intento rieducativo e di responsabilizzazione, a base della modifica legislativa.

10.2 sulla opportunità dell'ammissione alla pubblica utilità anche in caso di incidente

La *ratio* di politica criminale sottesa all'introduzione del lavoro di pubblica utilità è certamente quella della massima responsabilizzazione attraverso una pena effettiva e di tipo riparativo. Per questo, escludere l'applicabilità di tale sostituzione proprio ai casi in cui si è provocato un incidente

potrebbe non essere l'interpretazione più corretta dello scopo costituzionalmente orientato della novella legislativa. Parrebbe quindi opportuna, anche nel caso del verificarsi di un incidente, una valutazione della condotta che non escluda la possibilità di un volontario processo rieducativo del reo, valutabile quantomeno sotto il profilo della quantificazione della pena ex art. 133 c.p. se non anche del risarcimento del danno inteso come elisione del pericolo sociale.

Note:

(1) Vd. art. 186, c. 9 bis, c.d.s. e 135 c.p.

(2) Il comma terzo dell'art. 54 del d. lgs. 254/2000, richiamato dal c.d.s., prevede un massimo di 6 ore di lavoro settimanale ma, solo su richiesta del condannato il giudice può ammetterlo a svolgere il lavoro per un tempo superiore. Nella pratica la distribuzione delle ore è generalmente lasciata alla disponibilità dell'interessato e dell'ente.

(3) Vd. art. 54, c. 6, d. lgs. 274/2000 e art. 2 D.M. 26 marzo 2001.

Può essere interessante notare come, tra l'altro, l'ente ove svolgere il periodo di lavoro non debba necessariamente essere entro il circondario del tribunale competente per il merito (vd ad es. GIP Chiavari dott. Amisano 19.08.2011 n. 156 M.B. inedita

(4) Vd. modello di programma al termine dell'articolo.

(5) Vd. art. 186 c. 9 bis cds prima parte.

(6) Tra le altre vd. Trib. Torino 20/11/2011 su Corriere del Merito 2011, 7, 716; conta Trib. Milano 17/02/2011 in corriere del merito 2011, 7, 714.

(7) In questo senso vedi, tra le altre, GIP Trib. Chiavari 6/7/2011 proc pen 2318/10; TR. Mon. Massa, Dr. De Mattia, sent. del 22.2.11 nel. proc. 591/10 RG Dib., inedita.

(8) Vd ad esempio sent. ex art. 445 c.p.p. GIP Chiavari dott. Amisano 19.08.2011 n. 156 M.B. inedita

(9) Una soluzione proposta è stata quella di inserire nel casellario anche la particolare sentenza ex Art. 129 C.p.p in parola in quanto, constatando l'estinzione del reato a seguito dell'esecuzione di una pena sostitutiva, pur non definitiva, potrebbe rientrare nel disposto di cui all'art. 3 lett. b) del D.P.R. 313/2002.

(10) Cfr. G.I.P. Genova, dott.ssa Carpanini 29/06/2011 inedita

(11) Vd. artt. 218 cds

(12) Trib. Monza 17/01/2011 in Info Utet, mass. Red.; Trib. Torino 20/1/2011 cit. GIP Genova Dott.ssa Orsini 09/5/2011 proc. 7352/10 RGNR; GIP Trib. Genova, dott.ssa Carpanini 21/09/2011 Proc. 6352/10 RGNR inedita;

(13) Cfr. GIP Genova Dott. Fucigna 20.12.2010 n. 1449/10; Trib. Sanremo dott.ssa Russo 30.09.2011 n. 1183. TR. Mon. Massa, Dr. De Mattia, sent. del 22.2.11 cit.

(14) Cfr. GIP Genova Dott.ssa Orsini 09/5/2011 p.p.7352/10 RGNR.

TIMBRO / INTESAZIONE ENTE

Programma

per lo svolgimento di lavoro di pubblica utilità

di cui all'art. 186 c. 9 bis e 187 c. 8 bis c.d.s.

Il/la sottoscritto/a _____, nato/a _____
GENERALITA' DICHIARANTE
a _____ il _____, _____
QUALIFICA _____ TIPOLOGIA ENTE (es. Pubblica Assistenza o altro)
con sede in _____ via _____
con riferimento al procedimento penale ____ / ____ / ____ RGNR pendente presso
la Procura della Repubblica di _____ PM dott.
a carico di _____

COGNOME NOME INDAGATO/A

Nato/a a _____ il _____, per la
contravvenzione di cui all'art. 18, c. ___, lett. ___ C.d.S.

confermo

di essere disponibile a che questi svolga presso il nostro ente un periodo di lavoro di pubblica utilità che consisterà in particolare nella seguente **specificità**, **attività** e **lavorativa**:

Il/la Sig. _____ sarà affiancato in tali attività dal personale dell'ente e in particolare, nella qualità di responsabile, dal sig. _____.

Il/a responsabile provvederà a controllare l'effettivo svolgimento dei

compiti e delle mansioni che gli verranno affidati.

In particolare è stato già concordato con l'interessato/a un programma di prestazione lavorativa gratuita di n° _____ ore al giorno,

L'attività si svolgerà nei giorni di

con disponibilità a far data dal ____/____/_____, per il **totale** di n° _____ ore di prestazione lavorativa gratuita o per quelle che il Giudice vorrà disporre.

Resta, comunque, fin d'ora ferma la possibilità per il Sig. _____ di svolgere lavoro di pubblica utilità presso la nostra associazione per un "monte ore" giornaliero ed un periodo di tempo maggiori o minori che verranno eventualmente rideterminati in sede organizzativa e immediatamente comunicati all'Autorità Giudiziaria a cura dell'interessato.

Sarà nostra cura controllare che il/la Sig. _____ svolga effettivamente la prestazione lavorativa concordata, apprestando apposito "foglio di presenze", e rilasciare allo stesso certificazione attestante tale attività.

Dichiaro inoltre che il/la Sig. _____ verrà inquadrato come _____ e sarà coperto dalla polizza assicurativa _____ per Indicare inquadramento ad es: "milite volontario" o altro Indicare polizza l'attività che svolgerà.

_____, ____/____/201____ In fede _____

Per conferma, l'interessato/a

- Si allega carta identità dichiarante