

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

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

Comitato Scientifico:

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

Comitato di Direzione:

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Luigi Cocchi, Guido Colella, Giuseppe Donato, Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Andrea Fusaro, Emanuele Lamberti, Antonio Lovisolo, Corrado Marvasi, Carlo Rossello, Alvaro Vigotti

Redazione:

Coordinamento

Alessandro Barca

sezione di diritto civile:

Elena Bassoli (E.B.), Lavinia Botto, Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Marzia Ceresola (M.CE.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Francesca Cudia (F.CUD.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Paolo Gaggero, Leopoldo Ghigliotti (L.GH.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Roberto Negro (RO.NE.) Annamaria Seganti (A.S.E.), Giorgio Semino (GG.SM.), Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Pittaluga 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

sezione di diritto amministrativo:

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

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), 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:** Francesca Maberino (F.MA.); **Imperia:** Maurizio Temesio (M.T.); **La Spezia:** Virginio Angelini, Luigi Pace (LU.PC.); **Massa Carrara:** Angela Spiezzi (A.SP.); **Sanremo:** Giovanni Berrino, Enza Dedali; **Savona:** Lucio Colantuoni (L.CO.)

Hanno collaborato a questo numero

sezione di diritto civile:

Giovanni Adezati, Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco, Francesca Bartolini (F.BART.), Alessio Basso (AL.BSS.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Marzio Bini (MA.BN.), Elisa Bondi (E.BND.), Antonio Bisignani, Emanuela Boglione, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandì (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Virginia Busi (VG.B.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodieci, Ilaria Carassale (IL.CRS.), Valentina Carlini (V.C.), Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Celle-rino (C.CELL.), Dismar Cerruti (D.M.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Francesco Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Raffaela Demaria (R.D.), Et-

tore Ditta, Paolo Donadoni, Carlo Fava, Wanda Finelli (W.F.), Francesca Florino, Cesare Fossati, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Serafina Funaro (SE.F.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Stefano Garbarino (S.GARB.), Franco Augusto Gastaldo (F.A.G.), Paola Gatti (PA.GAT.), Elisa Gervasio (E.G.), Maristella Ghezzi (M.GHE.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Andrea Giolo (AN.GI.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Oriana Guarina (OR.G.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Carola Maccà (CA.MCC.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Alessandro Mauceri (AL.M.), 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.), Alessandra Mereu, Priscilla Mignemi (P.MGN.), Federico Montaldo, Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Giorgia Orsi, Mirko Parentini (MK.PAR.), Carlo Passero (C.PA.), Raffaella Pastore (RAF.PST.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Raffaella Romoli (R.RO.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Andrea Sergio, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Federica Testini, 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:

Francesca Cuomo Ulloa, Valentina Di Gregorio, Tomaso Galletto, Mario Riccomagno, Stefano Andrea Vignolo

sezione di diritto amministrativo:

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

sezione di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Pasquale Costanzo, Chiara Fatta (C.F.), Veronica Gaffuri, Giuseppe Inglese, Barbara Lelli (B.L.), Francesca Paderno (F.P.), Lara Trucco (L.T.)

sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Andrea Bodrito, Fausto Capello, Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Agnese Querci (A.Q.), Roberta Pera (R.P.)

sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Nadia Calafato (N.CLT.), Michele Ciravenna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, Vincenzo Lagomarsino (V.L.), Giulia Liberti (GL.I.), 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.), Fiammetta Sciamanda (FI.SC.), Cristina Senes (CR.SEN.), Chantal Torrigino (CH.T.), Giorgia Vaccari (G.V.)

Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

Sede della Redazione:

Scuola Tipografica Sorriso Francescano S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova - Tel. 010 311624 - Fax 010 3622813
editorialetipografica@editorialetipografica.com

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia.

© Scuola Tipografica Sorriso Francescano S.r.l.

Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999



*f.lli Mazza
Calzature su misura Uomo*

Corso Buenos Aires 95 r - 16129 Genova
telefono e fax 010-3629239
e-mail : *marcomazza.mm@libero.it*

Indice

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Contratto in genere
Danni in materia civile
Decreto ingiuntivo
Responsabilità civile
Trascrizione e Conservatorie dei Registri Immobiliari

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Contratto in genere
Danni in materia civile (vedi anche la voce: Contratto in genere)
Giurisdizione
Ipoteca
Locazione
Mediazione
Possesso e azioni possessorie
Procedimento civile (vedi anche la voce: Giurisdizione)
Prova civile in genere
Responsabilità civile
Vendita (vedi anche la voce: Mediazione)

Nota a sentenza

-Tribunale di Genova, sez. II, 29 gennaio 2009, n. 416
Riqualificazione del titolo della domanda di risarcimento a carico della pubblica amministrazione: verso una maggiore tutela dei cittadini, *Francesca Cudia*, 10

Documenti

-Locazioni ad “uso commerciale”. Diritti di prelazione e riscatto. Soluzioni interpretative, *Marina Mastrolo*, 34

-Un caso di interruzione di gravidanza non riuscita: due narrazioni. Lineamenti per una teoria della sentenza come “fiction”, *Michele Marchesiello, Roberto Negro*, 41

-Ragione e suggestione nel narrazionalismo forense, *Pierluigi Chiassoni*, 47

Recensioni e segnalazioni

-La memoria degli avvocati, *David Cerri*, 53

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Adozione
Famiglia
Filiazione
Minore

Documenti

-Nuove prospettive in tema di procreazione assistita, *Francesca Ricco*, 68
-L’importanza della comunicazione scritta tra servizio sociale e magistratura, *Simona Facco*, 76

SEZIONE MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE, ARBITRATO

Documenti

-Mediazione civile (D. Lgs. 28/2010). Prime riflessioni, *Stefano Andrea Vignolo*, 78
-Profili critici nella attuazione della delega legislativa in materia di conciliazione stragiudiziale, *Tomaso Galletto*, 82

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Lavoro

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Avvocato

Nota a sentenza

-Corte Costituzionale, sentenza 14 luglio 2009, n. 214
La coerenza del sistema tra interventi improvvisi del legislatore e giudizio costituzionale di ragionevolezza, *Barbara Lelli*, 93

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Accertamento
Agevolazioni “prima casa”
Avviamento
Avviso di liquidazione
Cartella di pagamento
Catasto
Classamento catastale
Dazi doganali
Diritto camerale
Dogana
Imposta di registro
Imposta sul reddito
Imposta sulla pubblicità
Irap
Irpef
Iscrizione ipotecaria
Iva all’importazione
Misure cautelari
Notificazione
Notificazione atti
Processo tributario
Registro
Rimborso
Riscossione (vedi anche la voce: Tributi locali)
Tributi locali

Documenti

-Antieconomicità, abuso del diritto e interposizione soggettiva, quali ipotesi di disconoscimento dell’attività del contribuente, *Antonio Lovisolo*, 104

SEZIONE PENALE

Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Atti
Circostanze del reato
Codice della navigazione
Delitti contro il patrimonio
Delitti contro l’assistenza familiare
Delitti contro l’attività giudiziaria
Delitti contro l’incolumità pubblica
Delitti contro la libertà personale
Delitti contro la persona
Delitti contro la vita e l’incolumità individuale
Prova
Reati stradali
Stranieri

Nota redazionale

-Tribunale di Genova, sent. 11 febbraio 2010,
Cristina Brigneti, 109

SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)

Corte d’Appello di Genova

-sez. I, 4 marzo 2009, n. 292, voce Danni in materia civile, 8

Tribunale di Chiavari

-ord. 8 febbraio 2010, n. 717/09, voce Trascrizione e Conservatorie dei Registri Immobiliari, 15

Tribunale di Genova

-sez. I, decreto 5 luglio 2002, voce Trascrizione e Conservatorie dei Registri Immobiliari, 14
-sez. II, 29 gennaio 2009, n. 416, voce Responsabilità civile, 8
-sez. II, ord. 13 ottobre 2009, r.g.6837/09, voce Decreto ingiuntivo, 13
-sez. II, 19 ottobre 2009, r.g.n. 16558/2004, voce Danni in materia civile, 11
-12 gennaio 2010, r.g.n. 13864/07, voce Contratto in genere, 5
-27 gennaio 2010, r.g.n. 16441/2002, voce Responsabilità civile, 17

SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)

Corte d’Appello di Genova

-sez. I, 31 gennaio 2009, n. 125, voce Procedimento civile, 32
-sez. III, 17 febbraio 2009, n. 229, voce Procedimento civile, 32
-sez. I, 29 aprile 2009, n.562, voce Procedimento civile, 32

Tribunale di Albenga

-17 luglio 2009, voce Contratto in genere, 28

-5 agosto 2009, voce Vendita, 33
 -6 agosto 2009, voce Contratto in genere, 29
 -17 agosto 2009, voce Procedimento civile, 32, voce Responsabilità civile, 33
 -20 agosto 2009, voce Procedimento civile, 32

Tribunale di Chiavari

-11 giugno 2009, n. 475, voce Danni in materia civile, 30
 -22 giugno 2009, n. 503, voce Contratto in genere, 28
 -21 agosto 2009, n. 591, voce Responsabilità civile, 33
 -13 ottobre 2009, n. 712, voce Contratto di genere, 28

Tribunale di Genova

-sez. I, 21 gennaio 2007, n. 290, voce Contratto in genere, 27
 -sez. VI, 12 febbraio 2007, n. 469, voce Contratto in genere, 27
 -sez. II, 8 luglio 2008, n. 3166, voce Responsabilità civile, 33
 -sez. III, 15 luglio 2008, voce Mediazione, voce Vendita, 31
 -sez. II, 22 luglio 2008, n. 3012, voce Prova civile in genere, 32
 -sez. III, 26 agosto 2008, voce Locazione, 31
 -sez. I, 20 gennaio 2009, n. 261, voce Contratto in genere, 27
 -sez. VI, 21 gennaio 2009, voce Giurisdizione, voce Procedimento civile, 30
 -sez. II, 22 gennaio 2009, voce Danni in materia civile, 29
 -sez. II, 22 gennaio 2009, n. 327, voce Contratto in genere, voce Danni in materia civile, 28
 -sez. II, 28 gennaio 2009, n. 403, voce Danni in materia civile, 29
 -sez. VI, 19 novembre 2009, voce Contratto in genere, 29
 -ord. 10 marzo 2010, voce Possesso e azioni possessorie, 31

Tribunale di Imperia

-26 febbraio 2009, n. 70, voce Danni in materia civile, 29
 -9 dicembre 2009, n. 250, voce Mediazione
 -10 febbraio 2010, n. 32, voce Locazione, 31

Tribunale di Savona

-decreto 22 ottobre 2009, voce Ipoteca, 30

SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)

Tribunale per i Minorenni di Genova
 -4 dicembre 2008, voce Adozione, 57
 -decreto 1 dicembre 2009 e Trib. Genova, 16 luglio 2007, voce Famiglia, 60 e segg.
 -2 novembre 2009, voce Filiazione, 63
 -11 dicembre 2009, voce Minore, 65

SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)

Corte Costituzionale
 -sentenza 14 luglio 2009, n. 214, voce Lavoro, 89

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)

T.A.R. Liguria
 -sez. II, 18 settembre 2009, n. 331, voce Avvocato, 97

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)

Commissione Tributaria Regionale di Genova
 -sez. IX, 9 febbraio 2010, voce Dogana, 100

Commissione Tributaria Provinciale di Genova

-sez. XIV, 28 gennaio 2009, n. 99, voce Avviso di liquidazione, 99
 -sez. X, 18 febbraio 2009, n. 37, voce Irap, 101
 -sez. X, 6 marzo 2009, n. 45, voce Riscossione, 102
 -sez. X, 16 marzo 2009, n. 59, voce Rimborso, 102
 -sez. IV, 7 aprile 2009, n. 111, voce Misure cautelari, 102
 -sez. XIV, 12 maggio 2009, n. 79, voce Irap, 101
 -sez. XIII, 14 maggio 2009, n. 155, voce Imposta sulla pubblicità, 101
 -sez. I, 25 maggio 2009, n. 185, voce Accertamento, 98
 -sez. I, 25 maggio 2009, n. 186, voce Cartella di pagamento, 99
 -sez. XII, 9 giugno 2009, n. 164, voce Iscrizione ipotecaria, 101
 -sez. XX, 3 novembre 2009, n. 288, voce Tributi locali, voce Riscossione, 103
 -sez. III, 20 dicembre 2009, n. 251, voce Imposta sul reddito, 101
 -sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 21/4/10, voce Catasto, 99
 -sez. V, 17 febbraio 2010, n. 36, voce Irpef, 101

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia

-sez. IV, 12 novembre 2009, n. 305/4/09, voce Dazi doganali, 100
 -sez. IV, voce Iva all'importazione, 102

Commissione Tributaria Provinciale di Savona

-sez. V, 7 aprile 2008, n. 44, voce Agevolazioni "prima casa", 98
 -sez. I, 29 gennaio 2009, n. 20, voce Notificazione atti, 102
 -sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 40, voce Imposta di registro, 100

-sez. II, 16 febbraio 2009, n. 33, voce Cartella di pagamento, 99
 -sez. II, 16 febbraio 2009, n. 36, voce Processo tributario, 102
 -sez. I, 17 febbraio 2009, n. 34, voce Avviamento, 99
 -sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 59, voce Cartella di pagamento, 99
 -sez. I, 19 marzo 2009, n. 47, voce Accertamento, 98
 -sez. II, 27 marzo 2009, n. 62, voce Agevolazioni "prima casa", 98
 -sez. II, 17 aprile 2009, n. 80, voce Classamento catastale, 100
 -sez. I, 9 giugno 2009, n. 102, voce Diritto Camerale, 100
 -sez. I, 5 ottobre 2009, n. 127, voce Notificazione, 102
 -sez. I, 5 ottobre 2009, n. 128, voce Riscossione, 103
 -sez. I, 10 novembre 2009, n. 155, voce Registro, 102

SEZIONE DI DIRITTO PENALE

SENTEZZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)

Cassazione Penale

-sez. VI, 26 giugno 2009, n. 35149, voce Atti, 108

Tribunale di Genova

-sez. I, 2° collegio, 27 febbraio 2007, voce Delitti contro l'incolumità pubblica, 111
 -23 giugno 2009, voce Delitti contro la persona, 109
 -6 luglio 2009, voce Reati stradali, 111
 -9 luglio 2009, voce Prova, 111
 -13 luglio 2009, voce Delitti contro l'attività giudiziaria, 110
 -14 luglio 2009, voce Delitti contro il patrimonio, 108, voce Delitti contro la vita e l'incolumità individuale, 111, voce Stranieri, 112
 -15 luglio 2009, n. 879/2009, voce Reati stradali, 111
 -22 settembre 2009, n. 997, voce Circostanze del reato, 108
 -30 settembre 2009, voce Delitti contro il patrimonio, 108
 -17 novembre 2009, voce Delitti contro l'assistenza familiare, 110
 -19 novembre 2009, n. 1278, voce Delitti contro l'assistenza familiare, 110
 -19 gennaio 2010, voce Codice della navigazione, 108
 -11 febbraio 2010, voce Delitti contro la persona, 109

Giudice per le Indagini Preliminari di Genova

-28 agosto 2009, voce Delitti contro la libertà personale, 109

Sezione di diritto civile

Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, 12 gennaio 2010, r.g. n. 13864/07
 - Giudice Unico Isola - Cella (Avv. Surace) c. Neos Banca S.p.A. (già Finemiro S.p.A.) (Avv. Del Bianco).

CONTRATTO in genere - contratti collegati - causa - causa concreta nel caso di specie.

Il collegamento negoziale non dà luogo ad un nuovo, autonomo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato unitario, che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità coordinate di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma.

La causa, elemento essenziale del contratto, va intesa non come funzione economico sociale ma come economico individuale: essa è la sintesi degli interessi reali che il singolo, specifico contratto è diretto a realizzare. In tale senso si deve parlare di una causa in concreto o di una causa concreta.

(...Omissis...)

Motivi in fatto e diritto.

Neos Banca promuoveva un giudizio monitorio affinché ai sigg.ri Cella e Farinella venisse ingiunto il pagamento di euro 21.628,59 quale "somma dovuta in relazione al contratto di finanziamento n. 1425021 stipulato il 12.05.1998". Avendo il Tribunale accolto tale richiesta - sia pure per una somma inferiore pari, nello specifico, ad euro 10.409,00 - gli intimati provvedevano a fare opposizione assumendo che il predetto contratto di finanziamento fosse funzionalmente connesso alla "Commissione d'acquisto promozionale di settimane di vacanza in multiproprietà Fuerteventura Beach Club" stipulata dai medesimi, in data 10 maggio 1998, con la società Proteo S.r.l.

Gli opposenti eccepivano, in primo luogo, che il contratto di acquisto della multiproprietà fosse nullo sia perché privo dei requisiti di cui agli art. 70 e seguenti del codice del consumo sia per l'assoluta indeterminatezza e/o indeterminabilità dell'oggetto.

Secondariamente i coniugi Cella, lamentando che fossero stati posti in essere dei raggiri nei loro confronti da parte di Proteo onde indurli a sottoscrivere la proposta d'acquisto, rilevavano che il suddetto contratto fosse annullabile.

Da ultimo assumevano che il contratto fosse risolubile per grave inadempimento di Proteo in quanto la medesima non aveva trasferito la quota di proprietà nonostante avesse ricevuto il prezzo da parte della finanziaria. Stante l'invocata interdipendenza funzionale tra i due contratti gli ingiunti eccepivano che la nullità o annullabilità o risoluzione del predetto contratto facesse venir meno anche quello di finanziamento e che, pertanto, il decreto emesso a favore della società Neos Banca S.p.A. (all'epoca di sottoscrizione del contratto denominata Finemiro S.p.A.) dovesse essere integralmente revocato.

La società finanziaria, nel costituirsi in giudizio, contestava fermamente le tesi attoree ritenendo che i due negozi in oggetto (di finanziamento e di compravendita di multiproprietà) non potessero essere considerati collegati ed asserendo che, in ogni caso, il contratto stipulato con la società Proteo fosse pienamente valido.

In subordine, nel denegato caso di dichiarazione di risolu-

zione, nullità e/o annullabilità del rapporto di mutuo, la società opposta formulava domanda riconvenzionale nei confronti degli opposenti al fine di ottenere la restituzione della somma finanziata di euro 7.695,20.

Così riassunte le posizioni difensive delle parti ne deriva che, per giungere alla definizione della presente causa, occorra non solo tener presenti due distinti contratti ma anche, e soprattutto, valutare il loro "rapporto" e la eventuale reciproca interferenza. È necessario, nello specifico, chiedersi se il contratto denominato, per sinteticità, "di multiproprietà" sia invalido e, in caso di risposta affermativa, se l'invalidità si trasmetta al contratto di finanziamento. La risposta al primo quesito è piuttosto semplice.

L'art. 1346 c.c. prevede che l'oggetto del contratto sia (fra l'altro) determinato o determinabile e l'art. 1418, 2º comma c.c. sanziona con la nullità dell'intero contratto la mancanza di questo requisito, requisito che "esprime la fondamentale esigenza di concretezza dell'atto contrattuale avendo le parti la necessità di sapere l'impegno assunto ovvero i criteri per la sua concreta determinazione" (Cass., 29 febbraio 2008, n. 5513). Nel caso che ci occupa siamo di fronte a due moduli pre-stampati e predisposti da Proteo ("scheda dati promittente venditrice" e "commissione di acquisto promozionale di settimane vacanza Fuerteventura Beach Club") su cui sono state fatte delle aggiunte a penna e che sono stati sottoscritti dagli opposenti in data 10 maggio 1998 (doc. n. 4 parte opponente) mediante i quali la Proteo S.r.l. vendeva ai sigg.ri Cella e Farinella una quota millesimale di proprietà riferita ad una unità abitativa facente parte del complesso edilizio Fuerteventura Beach Club per una settimana nel "periodo rosso" (invero nel modulo di "commissione di acquisto" si parla di vendita "di una settimana" senza considerare che, ai sensi dell'art. 1470 c.c., le settimane non possano essere oggetto di compravendita).

Risultando ciò dalla documentazione prodotta, pare opportuno ricordare quale sia la natura giuridica della multiproprietà immobiliare, natura non facile da determinare stante il principio di tipicità dei diritti reali nel nostro ordinamento. La applicazione concreta del fenomeno permette di ricondurre la multiproprietà immobiliare all'acquisto di una quota (di proprietà) di un complesso immobiliare con il limite dato dal fatto che il godimento è circoscritto ad un determinato periodo di tempo con ricorrenza annuale (ad esempio una settimana o due all'anno) e con durata perpetua. È evidente che in un contratto di multiproprietà debbono essere specificati, per sfuggire all'indeterminatezza dell'oggetto, i due elementi cui s'è fatto cenno: deve, cioè, essere precisamente identificato l'immobile e deve essere ben determinato il periodo di tempo (settimana o settimane) cui ci si riferisce. Se infatti è difficilmente credibile che tutti gli appartamenti di un edificio siano identici, risulta, pure, assolutamente determinante conoscere l'arco temporale di cui si può usufruire essendo palese che una determinata località assuma un "valore" ed una godibilità diversa a seconda della stagione e, all'interno della medesima stagione, del periodo. Nel caso di specie non viene fornito alcun elemento volto ad individuare, in maniera specifica, l'immobile ceduto in multiproprietà e quanto al periodo di tempo si fa riferimento

al “periodo rosso”. In merito basta riportare un breve stralcio della sentenza emessa dal Tribunale di Genova in data 5 novembre 2008 - decisione che si riferisce ad un contratto assolutamente simile a quello in esame dichiarato nullo per indeterminabilità dell’oggetto - in cui testualmente è esposto: “si parla inoltre di acquisto di settimane di vacanza ma non si specifica il periodo e la durata dei soggiorni se non con un incomprensibile riferimento al periodo rosso”.

Alla luce delle osservazioni sinora svolte ne consegue, con tutta evidenza, che, mancando la determinatezza (e la determinabilità) richiesta dall’art. 1346 c.c. citato, il contratto stipulato dai sigg.ri Cella e Farinella con la Proteo è assolutamente nullo ai sensi dell’art. 1418 2° comma c.c.

A questo punto si deve dare risposta al secondo quesito, ovvero si tratta di vedere se i due contratti (quello di acquisto della multiproprietà e quello di finanziamento) sono “collegati” nell’accezione più propriamente giuridica del termine. Due contratti sono collegati quando, per qualche ragione, l’uno dipende dall’altro con la conseguenza che il trattamento giuridico dell’uno è influenzato dall’esistenza e dalle vicende dell’altro al punto che un negozio, di per sé immune da vizi capaci di pregiudicarne la validità o l’efficacia, viene “toccato” e travolto dall’invalidità e dall’inefficacia che colpiscono un altro contratto. Non ha rilevanza che i due contratti siano stati stipulati da soggetti diversi, come nel caso presente, infatti la stessa Suprema Corte parla del “caso in cui le parti contrattuali siano diverse” nella sentenza n. 3645/07 ed afferma che il collegamento è configurabile “anche quando i singoli atti siano stipulati tra soggetti diversi” (Cass., n. 18655/04).

Dalla giurisprudenza di legittimità il collegamento negoziale è concepito come “un meccanismo attraverso il quale le parti persegono un risultato economico unitario e complesso che viene realizzato non per mezzo di un singolo contratto ma attraverso una pluralità di contratti (Cass., n. 18884/08 e n. 11240/03). Come ha rilevato in varie occasioni la Suprema Corte perché possa parlarsi di un “collegamento negoziale in senso tecnico” è necessario che ricorra sia il requisito oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi volti alla regolamentazione degli interessi reciproci delle parti nell’ambito di una finalità pratica consistente in un assetto economico globale ed unitario, sia il requisito soggettivo, costituito dal comune intento pratico delle parti di volere non solo l’effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il coordinamento tra di essi per la realizzazione di un fine ulteriore che ne trascende gli effetti tipici e che assume una propria autonomia anche dal punto di vista causale (Cass., n. 5851/06; n. 23470/07 e n. 13580/04). L’accertamento dei due requisiti, operazione che può essere delicata, è resa assai semplice, nel caso attuale, dall’esame dei documenti contrattuali. Il contratto, per così dire, principale prevedeva l’acquisto della multiproprietà dalla società Proteo S.r.l. da parte del sig. Cella, mentre il contratto di finanziamento era stato stipulato con la Finemiro S.p.A. (ora Neos Banca) dai coniugi Cella-Farinella mediante sottoscrizione di un modulo (doc. n. 1 fascicolo monitorio) in cui si afferma esplicitamente: 1) che la società Proteo (come risulta dal timbro apposto in epigrafe dell’atto) era il “convenzionato” nel contratto di finanziamento; 2) che il finanziamento era “richiesto per l’acquisto del bene sotto descritto”; 3) che “scopo del finanziamento” era la “multiproprietà”; 4) che i Cella delegavano Finemiro a “versare l’importo” del finanziamento “direttamente al convenzionato” Proteo.

È evidente che non può seriamente porsi in dubbio che, nel caso di specie, sussistano entrambi i sopra detti requisiti necessari per l’esistenza del collegamento e quindi sia l’aspetto soggettivo che il coordinamento “oggettivo” fra il contratto di multiproprietà ed il finanziamento.

Né tale collegamento può essere escluso adducendo il fatto che il legame dei due negozi sia stato voluto solo dai Cella per un loro specifico interesse e che, quindi, solo il contratto di finanziamento sia, per così dire, subordinato a quello di acquisto.

La Suprema Corte ha, infatti, precisato che le parti “possono anche concordare che uno soltanto dei contratti sia dipendente dall’altro” (Cass., n. 24792/08) dal momento che “il contratto collegato non è un tipo particolare di contratto, ma uno strumento di regolamento degli interessi economici delle parti, caratterizzato dal fatto che le vicende che investono un contratto (invalidità, inefficacia, risoluzione, ecc.) possono ripercuotersi sull’altro, seppure non in funzione di condizionamento reciproco ben potendo accadere che uno soltanto dei contratti sia subordinato all’altro, e non anche viceversa e non necessariamente in rapporto di principale ad accessorio” (Cass., n. 8844/01).

Appurato che i due contratti sono collegati e che uno di essi è nullo deve ora vedersi, in maniera più specifica, se tale invalidità si comunichi all’altro.

In tema di trasmissione dei vizi da un contratto all’altro il principio più invocato è quello del *simul stabunt simul* cadent in forza del quale si postula che i contratti, proprio perché stanno insieme, debbono, di necessità, anche cadere insieme nel senso che, venuto a mancare anche solo uno di essi, anche l’altro debba venir meno.

Già in tempi lontani si riteneva che chi era parte di un contratto poteva impugnare più negozi giuridici deducendone il collegamento funzionale (Cass., n. 3284/73). Più di recente la Suprema Corte ha ritenuto che quando due o più contratti “sono collegati tra loro in funzione del risultato concreto unitariamente perseguito” le vicende dell’uno si ripercuotono sull’altro “condizionandone non solo l’esecuzione ma anche la validità” (Cass., n. 4822/87). Ancora si è deciso che l’esistenza di un “collegamento funzionale tra più negozi...ne impone una considerazione unitaria” si che “il collegamento reagisce sull’efficacia e sulla validità di ciascuno dei contratti collegati” pertanto “riveste un’importanza marginale stabilire se le pattuizioni intervenute tra le parti siano qualificabili come un unico contratto complesso o come più contratti collegati, posto che nell’uno e nell’altro caso sono applicabili le regole desumibili dall’art. 1419 c.c. in tema di invalidità parziale (e deve quindi ammettersi che l’invalidità di un contratto possa riflettersi sugli altri contratti che siano ad essi collegati, sempre che, naturalmente, la loro permanenza in vigore non sia compatibile con l’originario programma negoziale)” (Cass., n. 12733/95). Per stabilire se ricorra un collegamento negoziale, trattandosi di materia in cui è sovrana l’autonomia privata, occorre rifarsi alla volontà delle parti e ricercare, oltre i diversi schemi negoziali, ognuno perfetto in sè e produttivo dei suoi effetti e, pertanto, almeno in apparenza indipendente, se ricorra un collegamento specifico, per cui gli effetti dei vari negozi si coordinino per l’adempimento di una funzione unica (Cass., n. 474/94).

Nel nostro caso è del tutto evidente che i coniugi Cella abbiano concepito i due contratti come un’operazione economica unitaria e che essi non avrebbero concluso un contratto senza stipulare l’altro.

Il contratto di finanziamento è dunque nullo in quanto ad esso si comunica l'invalidità dell'altro.

Ove non bastasse quanto si è detto sinora si potrebbe giungere al risultato appena accennato seguendo un altro percorso. Come si è rilevato in dottrina, eventuali dubbi circa la trasmissione dell'invalidità da un contratto ad un altro collegato troverebbero una agevole soluzione in una prospettiva unitaria del collegamento nella quale non si trattrebbe più di predicare l'esistenza di una invalidità che si propaga da un negozio all'altro quanto piuttosto di affermare l'invalidità di una parte del "collegato" la quale sarebbe capace di generare un'invalidità del negozio "composto". Del resto un chiaro giurista ha notato che "ogni catena di contratti cosiddetti collegati è, dal punto di vista logico, un unico contratto". In questa prospettiva ciascun contratto collegato appare essere non un "regolamento di interessi" ma piuttosto un "frammento di regolamento": l'applicazione dei rimedi contrattuali (nullità, risoluzione ecc.) ai contratti collegati deriva perciò dall'essere la catena, in realtà, un unico contratto.

Se questa tesi è condivisibile si deve ritenere che nei contratti collegati la "causa" va apprezzata come riferita non ai singoli "frammenti" ma unitariamente alla "catena" di cui si parla.

Ed è proprio un attento esame della "causa" dell'operazione economica in oggetto che conduce ad un ulteriore argomentazione a supporto della conclusione cui, quest'organo giudicante, è giunto.

Il concetto di causa quale "funzione economico-sociale" del contratto è stato, infatti, nei tempi più recenti sottoposto ad una serie di critiche avanzate a livello dottrinale e poi raccolte dalla giurisprudenza di legittimità.

Al riguardo estremamente articolata risulta la motivazione della sentenza della Suprema Corte n. 10490/06 in cui la medesima ha rilevato che la teoria della predeterminazione causale del negozio non spiegherebbe come sia possibile che un contratto tipico possa avere una causa illecita ed ha sancito che meglio risulta seguire un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale.

Tale orientamento è stato da ultimo ribadito da Cassazione n. 23941/09 in cui si afferma che "causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato" e da Cassazione n. 16315/07 ove si precisa che causa concreta del contratto è "elemento di qualificazione" che "assume rilievo...anche relativamente alla sorte del contratto". Inoltre, al proposito, risulta illuminante la decisione della Suprema Corte n. 26958/07 - avente ad oggetto un contratto di soggiorno alberghiero prenotato da due coniugi uno dei quali era deceduto improvvisamente il giorno precedente l'inizio del soggiorno - che ha confermato la sentenza di merito che aveva dichiarato risolto il contratto per impossibilità sopravvenuta invocata dal cliente e con cui era stato condannato l'albergatore a restituire quanto già ricevuto a titolo di pagamento della prestazione alberghiera. La Cassazione ha, infatti, rilevato che la "finalità turistica" o "scopo di piacere" non era un "motivo irrilevante" ma si sostanziava nell'interesse che il contratto è funzionalmente volto a soddisfare

"connotandone la causa concreta"; si verificava così, ha concluso la Suprema Corte, "l'irrealizzabilità della finalità" per la "caducazione dell'elemento funzionale dell'obbligazione". Non è chi non veda che una situazione simile si è verificata nel nostro caso in cui i contratti conclusi non costituiscono altro che la sintesi dell'interesse reale consistente nel disporre di una casa per le vacanze: non essendosi potuto realizzare tale scopo il contratto di finanziamento viene meno. Da ultimo è da decidere sulla domanda subordinata della Neos che chiede, per il caso di dichiarazione di nullità, annullamento o risoluzione del contratto, la restituzione del capitale mutuato. È evidente che l'opposta si riferisce, senza dirlo espressamente, al principio secondo il quale la invalidità del contratto comporta l'obbligo, per le parti, di restituzione delle prestazioni ricevute (art. 2033 c.c.). La domanda è da respingersi per ragioni sia procedurali sia sostanziali.

Si deve rilevare che la domanda avanzata si connota come vera e propria riconvenzionale in quanto la domanda di ripetizione dell'indebito, rispetto alla domanda di adempimento contrattuale per inadempimento contrattuale originariamente proposta, integra una domanda nuova (Cass., 1788/98) ed è ben noto che nel giudizio di opposizione ad ingiunzione solo l'opponente può formulare domande riconvenzionali ma non l'opposto (a meno che per effetto di una riconvenzionale formulata dall'opponente, la parte opposta si venga a trovare a sua volta in una posizione processuale di convenuto) (Cass., n. 18767/04 e di recente n. 3086/07, n. 8077/07; n. 5071/09). Inoltre la norma citata, ovvero l'art. 2033 c.c., dispone che chi ha eseguito un pagamento non dovuto ha diritto di ripeterlo, ma l'art. 2697 c.c. prevede che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento e la Neos non ha mai, assolutamente, dimostrato l'avvenuto versamento della somma invocata agli odierni opposenti risultando, peraltro, sulla base della clausola contrattuale sopra richiamata che i suddetti avessero "delegato" Neos a versare l'importo direttamente a Proteo S.r.l.

In ogni caso nel nostro caso risulterebbe applicabile il principio sancito dalla Suprema Corte secondo cui "nell'ipotesi di contratto di mutuo in cui sia previsto lo scopo del reimpiego della somma mutuata per l'acquisto di un determinato bene, il collegamento negoziale tra gli anzidetti contratti, per cui il mutuatario è obbligato all'utilizzazione della somma mutuata per la prevista acquisizione, comporta che della somma concessa in mutuo beneficia il venditore del bene, con la conseguenza che la risoluzione della compravendita del bene, che importa il venir meno dello stesso scopo del contratto di mutuo, legittima il mutuante a richiedere la restituzione della somma mutuata non al mutuatario, ma direttamente ed esclusivamente al venditore (Cass., n. 474/94; n. 5966/01).

In conclusione, sulla base di tutte le argomentazioni sopra esposte, il decreto emesso a favore di Neos Banca S.p.A. viene revocato e la domanda riconvenzionale proposta da quest'ultima rigettata. (...*Omissis...*)

P.Q.M.

definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza, azione ed eccezione disattese, in accoglimento della proposta opposizione,
revoca il decreto ingiuntivo n. 2570/07 avente r.g. n. 9116/07 emanato dal Tribunale di Genova in data 20 luglio 2007; rigetta la domanda riconvenzionale proposta da Neos Banca S.p.A. nei confronti degli opposenti; (...*Omissis...*)

I

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 4 marzo 2009, n. 292 - Presidente Bonavia - Est. Sanna - T. (Avv. Maggiari) c. Comune di A. (Avv. Furlan) e c. C. (contumace).

DANNI in materia civile - cantiere stradale - risarcimento - criteri - responsabilità solidale - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

In tema di danni a terzi determinati dall'esistenza di un cantiere stradale, sussiste la responsabilità ai sensi dell'art. 2051 c.c., sia a carico dell'appaltatore, che, effettuata la segnalazione concernente il termine dei lavori, nella specie, ha lasciato l'area in condizioni di pericolo, sia a carico dell'ente titolare della strada, che avrebbe dovuto verificare le condizioni del cantiere prima di consentirne l'utilizzo ed il pubblico transito, denotando la segnalazione del termine dei lavori la custodia da parte dell'ente titolare dell'area sia pure insieme all'appaltatore. È fatta salva l'eventuale azione di regresso dell'ente pubblico nei confronti dell'appaltatore a norma dei comuni principi sulla responsabilità solidale. (1)

II

Tribunale di Genova, sez. II civ., 29 gennaio 2009, n. 416 - Giudice Unico Gibelli - B. (Avv. Repetto) c. Comune di S. (Avv. Misurale) e c. Assicurazioni (Avv. Maffei).

RESPONSABILITÀ civile - insidia stradale - criteri - risarcimento del danno - fattispecie.

(Art. 2051 c.c.)

Il tema della sussistenza dell'insidia implica che la cosa abbia rivestito un ruolo causale di rilievo giuridico nel determinismo causale dell'illecito e non è escluso nell'ipotesi in cui il bene si trovi nella custodia dell'ente pubblico, il quale, pertanto, del predetto fatto illecito, risponde a mente dell'art. 2051 c.c., purché non vi sia tra la destinazione del bene e le possibilità di controllo da parte dell'ente una sproporzione tale da dover supporre l'impossibilità della custodia. (Nel caso di specie, il Giudice, accertato che la caduta è avvenuta per mancanza parziale della griglia di protezione del canale di scolo insistente su un piazzale di proprietà del Comune, ha individuato la responsabilità civile dell'Ente. Infatti nell'ipotesi, pur definita quale caso "limite", l'insidia è stata ritenuta esistente in un bene sicuramente pubblico ed aperto all'uso pubblico, senza meno si è affermata la possibilità della custodia sull'area pubblica, che anzi è stata poi oggetto di intervento di manutenzione). (2)

I

(...Omissis...) Svolgimento del processo.

Con atto di citazione notificato il 7-3-2007 parte attrice proponeva appello contro la sentenza n. 102/2006 depositata il 15-11-2006 del Tribunale di Massa sez. di Pontremoli, che respingeva la domanda, da lei proposta con citazione notificata l'11-6-2002, nei confronti del Comune di A. e di C. per il risarcimento dei danni subiti per lesioni riportate il 12-7-2001 a causa di una caduta causata dalla presenza sulla sede stradale della via .. di un piccolo spezzzone di ferro sporgente di circa 10/15 cm. non rimosso da x nell'esecuzione del rifacimento del manto stradale.

Il primo giudice escludeva la responsabilità dei convenuti, ri-

tenendo che non si fosse in presenza di insidia stradale, requisito richiesto dalla giurisprudenza per la configurazione di responsabilità dell'ente proprietario della strada, in quanto l'ostacolo era visibile, essendo il sinistro occorso di giorno e in buone condizioni di visibilità.

L'appellante proponeva i seguenti motivi di gravame:

- quanto alla responsabilità del Comune di A., mancata applicazione del nuovo orientamento di legittimità circa la configurabilità anche per la pubblica amministrazione della responsabilità *ex art. 2051 c.c.*;

- quanto alla responsabilità di C., errata applicazione anche a soggetto privato dei principi giurisprudenziali in tema di insidia stradale formatisi in riferimento agli enti pubblici ed omessa considerazione della presenza di una condotta colposa rilevante *ex art. 2043 c.c.*

- in ogni caso, sussistenza degli estremi della insidia stradale, trattandosi di ostacolo la cui presenza era imprevedibile, di piccole dimensioni, di colore neutro e posto vicino al margine della strada, così da essere difficilmente avvistabile.

Costituitosi in giudizio il Comune di A. chiedeva il rigetto dell'appello, eccependo la mancanza di specificità dei motivi e la novità della domanda *ex art. 2051 c.c.*, mentre C., pur in presenza di rituale notifica, non si costituiva in giudizio, e si provvedeva alla dichiarazione di contumacia in sentenza non risultando la declaratoria a verbale.

La causa, istruita in primo grado con prove testimoniali e c.t.u. medico-legale, veniva assegnata in decisione sulle conclusioni definitivamente precise dalle parti come innanzitutto riportate, con assegnazione dei termini di legge per il deposito delle comparsose conclusionali e delle repliche.

Motivi della decisione.

Prima di affrontare il merito del giudizio occorre soffermarsi sulle eccezioni preliminari sollevate dal Comune ed in particolare:

Sulla ammissibilità dell'appello.

Ai fini della decisione *de qua* occorre avere riguardo al fatto che l'appello è ammissibile quando è possibile, pur in presenza di indicazione sommaria e succinta, e al di là della formale intitolazione e ordine delle doglianze, enucleare specifici argomenti di critica dell'appellata sentenza, che siano comunque ricavabili dal complesso della narrativa dell'atto.

Va rilevato che, nel caso di specie, sono evidenziabili le critiche rivolte alla sentenza per non aver applicato l'art. 2051 c.c. nei confronti dell'ente proprietario della strada, per non aver applicato la giurisprudenza in tema di insidia stradale, formatisi nei confronti della pubblica amministrazione, alla impresa privata esecutrice dei lavori, e per aver erroneamente ritenuto la insussistenza della insidia stradale trascurando le caratteristiche dell'ostacolo emerse dall'istruttoria.

Sulla novità della domanda.

Ritenuto altresì che, quanto alla novità della domanda *ex art. 2051 c.c.*, essa non sussiste dato che emerge dalla narrativa dell'atto di citazione in primo grado che la domanda è stata proposta nei confronti del Comune quale ente proprietario e di C. quale esecutrice dei lavori strada, e va quindi qualificata come avente titolo nell'art. 2051 c.c., essendo ricollegata alla custodia della strada.

Alla luce di quanto evidenziato e dall'indagine sull'effettiva natura e tipologia dei rapporti dedotti in giudizio, emerge dunque come il presente giudizio sia ammissibile.

Nel merito.

Per dirimere la presente controversia occorre prendere le mosse dalla recente ed ampia evoluzione giurisprudenziale, che ha fissato i criteri generali in materia di responsabilità per danni a terzi a carico dell'ente proprietario di strade.

Osservato in diritto che:

- la pronuncia della Corte Costituzionale n. 156 del 1999 ha dichiarato *non fondata*, con riferimento agli artt. 3, 24 e 97 *Cost.*, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 2051 - in quanto non applicabile anche alla p.a. per i beni demaniali soggetti ad uso ordinario, generale diretto da parte dei cittadini, 2043 c.c. - in quanto non prevede che l'inerzia colposa della p.a., atta a creare e a non rimuovere situazioni di pericolo, sia causa di responsabilità della stessa solo in presenza di una situazione di "insidia" stradale -, e 1227, comma 1, c.c. in quanto esclude, ove sia presente detta "insidia", un accertamento del concorso di colpa del danneggiato (così in massima), da conto delle "puntualizzazioni tese a dare della denunciata normativa un'interpretazione, non solo rispettosa di tutti i canoni ermeneutici, ma anche conforme alla Costituzione";

- in riferimento all'art. 2051 c.c., tale sentenza chiarisce che "alla pubblica amministrazione non è applicabile il citato articolo, allorché sul bene di sua proprietà non sia possibile - per la notevole estensione di esso e le modalità d'uso, diretto e generale, da parte di terzi - un continuo, efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti. S'intende - e in alcune sentenze ciò è sottolineato - che la "notevole estensione del bene" e "l'uso generale e diretto" da parte dei terzi costituiscono meri indici dell'impossibilità d'un concreto esercizio del potere di controllo e vigilanza sul bene medesimo, la quale dunque potrebbe essere ritenuta, non già in virtù d'un puro e semplice riferimento alla natura demaniale e all'estensione del bene, ma solo a seguito di un'indagine condotta dal giudice con riferimento al caso singolo, e secondo criteri di normalità";

- e rispetto all'art. 2043 c.c. la sentenza in parola, afferma che: "la manutenzione delle strade costituisce per l'ente pubblico un dovere istituzionale non correlato a un diritto soggettivo dei privati, i quali possono far valere soltanto un interesse legittimo al corretto esercizio del potere discrezionale dell'ente medesimo. Pertanto il difetto di manutenzione assume rilievo, nei rapporti con i privati, unicamente allorché la pubblica amministrazione non abbia osservato le specifiche norme e le comuni regole di prudenza e diligenza poste a tutela dell'integrità personale e patrimoniale dei terzi, in violazione del principio fondamentale del neminem laedere, venendo così a superare il limite esterno della propria discrezionalità, con conseguente una sottoposizione al regime generale di responsabilità dettato dall'art. 2043 c.c.. Ma, nell'accertamento in concreto di questa, non si può ignorare il particolare rapporto che - come sopra si è accennato - hanno con la strada pubblica, da una parte, l'ente proprietario e, dall'altra, gli utenti, i quali, in coerenza con il principio di autoresponsabilità, sono indubbiamente gravati d'onere di particolare attenzione nell'esercizio dell'uso ordinario diretto del bene demaniale, per salvaguardare appunto la propria incolumità. Ebbene, in questo quadro, la nozione di insidia viene a configurarsi come una sorta di figura sintomatica di colpa, elaborata dall'esperienza giurisprudenziale, mediante ben sperimentate tecniche di giudizio, in base ad una valutazione di normalità, col preciso fine di meglio distribuire tra le parti l'onere probatorio, secondo un criterio di "semplificazione analitica" della fatispecie generatrice della responsabilità in esame. Se e in quanto il danneggiato provi l'insidia, può e deve essere affermata la responsabilità della pubblica amministrazione, salvo che questa, a sua volta, provi di non aver potuto rimuovere - adottando le misure idonee - codesta situazione di pericolo, i cui elementi costitutivi il giudice ha comunque il compito di individuare in modo specifico (tra l'altro precisando gli standards di diligenza connessi alla visibilità e prevedibilità nonché all'evitabilità del pericolo stesso, in relazione all'uso della strada), onde accettare in definitiva se ricorrono, a stregua delle peculiarità del caso, le condizioni richieste dall'art. 2043 c.c.";

- nella successiva elaborazione giurisprudenziale, la Corte di Cassazione è giunta ad affermare che: "la responsabilità oggettiva prevista dall'art. 2051 c.c. è invocabile anche nei confronti della P.A., per i danni arrecati dai beni dei quali essa ha concreta disponibilità, anche se di rilevanti dimensioni. Tale responsabilità resta esclusa solo dalla prova, gravante sulla p.a., che il danno sia stato determinato da cause estrinseche ed estemporanee create da terzi, le quali nemmeno con l'uso della ordinaria diligenza potevano essere tempestivamente rimosse, così integrando il caso fortuito previsto dalla predetta norma quale scriminante della responsabilità del custode. (Nella specie, il giudice di merito aveva escluso la responsabilità della p.a. per i danni subiti da un trattore agricolo finito in un avallamento della strada, ritenendo non potersi affermare con certezza se il manto stradale avesse ceduto a causa del peso o piuttosto non fosse stato quest'ultimo a finire per imperizia nell'avallamento preesistente");

- con la sentenza n. 24617/2007 si è affermato che: "l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. alla P.A. per i beni soggetti ad uso ordinario generale e diretto da parte dei cittadini può essere esclusa soltanto nell'ipotesi in cui sul bene demaniale non sia possibile - per la notevole estensione di esso e le sue modalità d'uso - un continuo ed efficace controllo, idoneo ad impedire l'insorgenza di cause di pericolo per gli utenti (v. Corte cost. n. 156 del 1999). Da ciò consegue che è proprio l'esistenza o meno del potere di controllo e di vigilanza sul bene - la cui sussistenza in concreto deve essere oggetto di indagine mirata, caso per caso, da parte del giudice di merito - a costituire il discriminante per l'applicabilità della norma suddetta e non già la natura demaniale del bene medesimo. (Nella specie, la sentenza di merito aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2051 c.c. nei confronti dell'Agenzia del demanio marittimo per l'infortunio occorso ad un privato in conseguenza della caduta determinata da una buca esistente su una scala di cemento sita sull'arenile in corrispondenza della strada comunale, affermando che l'estensione del demanio marittimo era tale che, di per sé, non poteva consentire la vigilanza ed il controllo proprio dello statuto di responsabilità del custode; la S.C., enunciando l'anzidetto principio di diritto, ha cassato l'impugnata decisione per omessa considerazione di tutte le concrete circostanze del caso, avendo trascurato di valutare adeguatamente la valenza autonoma della scala come strumento indispensabile per l'accesso del bene demaniale e la sua limitata e circostanziata estensione.);

- con la sentenza n. 17377/2007 si è affermato, in ordine alla configurabilità del concorso di colpa che: "in materia di responsabilità da cose in custodia, sempre che questa non sia esclusa dall'oggettiva impossibilità per l'ente pubblico proprietario o gestore di esercitare sul bene quel governo in cui si estrinseca la custodia, il giudice, ai fini dell'imputabilità delle conseguenze del fatto dannoso, non può arrestarsi di fronte alla natura giuridica del bene o al regime o alle modalità di uso dello stesso da parte del pubblico, ma è tenuto ad accettare, in base agli elementi acquisiti al processo, se la situazione di fatto che la cosa è venuta a presentare e nel cui ambito ha avuto origine l'evenienza che ha prodotto il danno, sia o meno riconducibile alla fatispecie della relativa custodia da parte dell'ente pubblico. Ove tale accertamento risulti compiuto con esito positivo, la domanda di risarcimento va giudicata in base all'applicazione della responsabilità da cosa in custodia, dovendo valutarsi anche l'eventuale concorso di colpa del danneggiato ai sensi dell'art. 1227 c.c..

- quanto alla responsabilità *ex art. 2043 c.c.* si è chiarito che: "in materia di responsabilità extracontrattuale con riferimento al cosiddetto caso di insidia o trabocchetto del manto stradale, in esso ricomprendersi i pertinenti marciapiedi, la parte danneggiata, in presenza di un fatto storico qualificabile come illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c., ha l'onere della prova degli elementi costitutivi di tale fatto, del nesso di causalità, del danno ingiusto e della imputabilità soggettiva, mentre l'ente pubblico, preposto alla sicurezza dei pedoni e detentore del dovere di vigilanza, ha l'onere di dimostrare o il concorso di colpa del pedone o la presenza di un caso fortuito che interrompe la relazione di causalità tra l'evento e il comportamento omissivo dell'ente stesso".

- e che: "in materia di responsabilità civile da manutenzione di strade pubbliche statali, l'insidia o trabocchetto determinante pericolo occulto non è elemento costitutivo dell'illecito aquilano *ex art. 2043 c.c.*, sicché della prova della relativa sussistenza non può onerarsi il danneggiato, risultandone altrimenti, a fronte di un correlativo ingiustificato privilegio per la P.A., la posizione inammissibilmente aggravata, in contrasto con il principio cui risulta ispirato l'ordinamento di generale favore per colui che ha subito la lesione di una propria posizione giuridica soggettiva giuridicamente rilevante e tutelata a cagione della condotta dolosa o colposa altrui. A tale stregua l'insidia o trabocchetto può ritenersi assumere semmai rilievo nell'ambito dell'ambito della prova da parte della P.A. di avere, con sforzo diligente adeguato alla natura della cosa e alle circostanze del caso concreto, adottato tutte le misure idonee a prevenire che il bene demaniale presenti per l'utente una situazione di pericolo occulto ed arrechi danno, al fine di far valere la propria mancanza di colpa, o se del caso, il concorso di colpa del danneggiato" (Cfr. Cass., Civ. 2006/5445).

Ritenuto sulla responsabilità che:

- l'orientamento applicato dal primo giudice è stato definito "obsoleto" da Cass., 1691/2009, e la vicenda deve essere riesaminata alla luce dei principi sovraesposti,
- è pacifico che l'incidente è avvenuto in strada posta in una frazione cittadina, in zona abitata e nella quale erano in corso lavori di rifacimento del manto stradale,
- è quindi da escludersi che si sia in presenza di una ipotesi di difficoltà di controllo per l'estensione del territorio da parte del Comune, che era informato della esecuzione dei lavori, e conosceva quindi le condizioni di quel particolare tratto di strada,
- si rientra quindi in astratto in ipotesi di applicabilità dell'art. 2051 c.c., dovendosi però valutare, stante l'esistenza dei lavori, se la responsabilità da custodia gravi sul committente o sull'appaltatore o vi sia concorrente responsabilità del Comune committente e della impresa esecutrice dei lavori,
- in linea generale, come ritenuto da Cass., 1691/2009, il contratto di appalto con ditta esterna per la manutenzione della strada non esclude il perdurare della responsabilità dell'ente,
- nel caso in questione, però, non si tratta di rispondere delle carenti condizioni della strada, ma di uno specifico elemento di pericolosità derivante dall'esecuzione dei lavori di manutenzione della strada concessi in appalto,
- infatti, la presenza sulla strada di un tondino di ferro sporgente "dimenticato" dall'impresa alla conclusione dei lavori e le modalità della caduta di parte attrice, che vi rimase "impigliata" col piede, sono testimonialmente provate,
- l'imprevedibilità della presenza di una simile sporgenza sulla strada e le sue ridotte dimensioni, posizione e caratteristiche, limitanti la visibilità, fanno escludere, nonostante le condizioni di luce diurna e bel tempo, che la caduta sia at-

tribuibile a disattenzione di parte attrice, tale da interrompere il nesso causale tra la pericolosità insita nella cosa e l'evento, o tale da costituire concausa,

- che è emerso, dal testimoniale, che il termine dei lavori veniva segnalato al Comune e che il a

P.Q.M.

in tale situazione va affermata la responsabilità concorrente del Comune, che avrebbe dovuto verificare le condizioni del cantiere alla chiusura dei lavori prima di consentire il pubblico transito, e quella dell'impresa appaltatrice dei lavori di manutenzione, che lasciò la strada in condizioni di pericolo per la pubblica incolumità per la presenza di una sporgenza in ferro sulla sede stradale che avrebbe dovuto essere eliminata o adeguatamente segnalata.

(...Omissis...).

(1-2) Riqualificazione del titolo della domanda di risarcimento a carico della Pubblica Amministrazione: verso una maggiore tutela dei cittadini.

Le due sentenze in commento abbracciano il tema della responsabilità dell'ente pubblico proprietario (o gestore) della strada su cui insiste l'evenienza da cui scaturisce il danno a terzi, tema che è stato oggetto di un'ampia evoluzione giurisprudenziale.

Com'è noto, il cosiddetto caso di insidia o trabocchetto, frutto dell'esperienza giurisprudenziale in tema di responsabilità extracontrattuale, da valutarsi con cautela speciale con riferimento ai dati circostanziati, ha incarnato per lungo tempo una ipotesi di colpa. L'insidia o trabocchetto determinante pericolo occulto era infatti valutata a stregua di elemento costitutivo dell'illecito aquilano *ex art. 2043 c.c.*, la cui prova doveva, quindi, essere offerta dal danneggiato (Cass., 5445/2006).

La giurisprudenza nondimeno aveva individuato i requisiti di "imprevedibilità", di "invisibilità" e di "non evitabilità" dell'ostacolo per agevolare, sul piano probatorio, il danneggiato, giungendo, per tal modo, ad elaborare il concetto di insidia quale "figura sintomatica" di colpa.

Il tema della sussistenza dell'insidia non è escluso dall'inquadramento e dai principi riportati dalla giurisprudenza più recente, che reputa applicabile la norma di cui all'art. 2051 c.c. quantomeno ai beni siti in centri urbani (Cass., sez. III, 06/07/2006, n. 15384). Con la conseguenza che, a seguito del *revirement* in parola, il detto criterio di imputazione della responsabilità civile dà luogo ad un'ipotesi di responsabilità oggettiva a carico della P.A.. Ne segue che incombe sul cittadino la prova del nesso eziologico tra la cosa e l'evento lesivo, mentre la P.A. convenuta può andare esente da responsabilità unicamente offrendo la prova del caso fortuito. Tale prova può anche consistere nella condotta del danneggiato, la quale deve essere tuttavia tale da interrompere il detto nesso di causalità, senza insensata rigidità e senza che vi sia tra la destinazione del bene e le possibilità di controllo da parte dell'ente una sproporzione tale da dover supporre l'impossibilità della custodia.

La sentenza *sub I* si segnala dal momento che ripercorre analiticamente l'evoluzione giurisprudenziale, occupandosi della materia a stregua della peculiarità del caso. L'ente appaltatore dei lavori pubblici si inserisce con il proprio comportamento dannoso nella vicenda *de qua* apportando uno specifico elemento di pericolosità. Emerge, infatti, dal testimoniale che la caduta del lesionato, che nel manto stradale rimase "impigliato" col piede, avvenne a causa di un ton-

dino di ferro sporgente dal manto stradale “dimenticato” dall’impresa alla conclusione dei lavori.

Nel caso di specie, pertanto, non si tratta di rispondere delle carenti condizioni della strada, ma di ricollegare il detto elemento specifico di pericolosità alla responsabilità dell’ente proprietario della strada. È anche interessante notare come la sentenza in oggetto affermi che la disattenzione del danneggiato non è tale da interrompere il nesso causale tra la pericolosità insita nella cosa e l’evento, o tale da costituire concausa.

Nella fattispecie *sub 1* è anche emerso, dal testimoniale, che il termine dei lavori veniva segnalato al Comune e che il cantiere fu lasciato privo di segnalazione ed aperto al traffico. Malgrado ciò gli operai della ditta appaltatrice dei lavori lasciarono il cantiere con l’asfaltatura della strada non ancora avvenuta, in condizioni di obiettivo pericolo. Il Giudicante individua un concorso di colpa tra il Comune e la ditta appaltatrice dei lavori. E infatti la giurisprudenza di merito ritiene che l’ente pubblico proprietario (o gestore) della strada debba andare esente da responsabilità unicamente nella ipotesi in cui in astratto l’area di cantiere risulti completamente delimitata e chiusa al traffico veicolare e pedonale per l’esecuzione dei lavori di manutenzione.

La sentenza *sub 2* si segnala per la rielaborazione del concetto di insidia stradale, alla luce dei principi sovraesposti, non più quale figura sintomatica di colpa, ma quale presupposto indefettibile affinché la cosa (nella specie, il bene pubblico) venga a rivestire un ruolo causale di rilievo giuridico nel determinismo dell’evento di danno.

La sentenza *de qua* si segnala, tra l’altro, per la quantificazione del danno sottostante che, sulla scorta delle più recenti pronunce in tema, riconosce il danno biologico non più quale voce a sé stante, piuttosto come componente di una complessiva voce di danno alla salute, che è tuttavia suscettibile di specifica valutazione.

Chiarisce la sentenza *sub I*, sulla base di una cognizione della evoluzione giurisprudenziale, che, in riferimento all’art. 2051 c.c., non si può prescindere da un giudizio di merito riguardo la possibilità, in concreto, di un efficace controllo e della vigilanza sul bene nel cui ambito ha avuto origine l’evenienza che ha prodotto il danno. La “*notevole estensione del bene*” e l’“*uso generale e diretto*” da parte di terzi, costituiscono dunque, in questo quadro, puramente requisiti -frutto di elaborazione giurisprudenziale- dell’impossibilità di esercitare in concreto il predetto potere di vigilanza e controllo sulla cosa, con la conseguente esclusione, in tal caso, della responsabilità a carico della p.a..

In materia di danni a terzi derivanti dall’esistenza di un cantiere stradale s’è osservato, da parte dei Giudici, che sia per l’estensione del territorio, sia per l’informazione relativa alla esecuzione dei lavori è da escludere che si sia in presenza di una ipotesi di difficoltà di controllo da parte dell’ente territoriale. Col che ne segue, in punto risarcimento del danno, la responsabilità dell’ente pubblico che, secondo i principi generali, ha valenza in via solidale con l’impresa cui i lavori di manutenzione della strada siano stati affidati.

È di palmare evidenza che l’applicabilità dell’art. 2051 c.c. incarna, come è dato evincere, anche alla luce delle sentenze in esame, una notevole semplificazione sotto il profilo probatorio.

Francesca Cudia
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, sez. II civ., 19 ottobre 2009, r.g. 16558/2004 - Giudice Unico Gibelli - D.V. (Avv. Cozzani) c. Ministero della Pubblica Istruzione (Avvocatura dello Stato) e c. Faro Ass.ni SpA (Avv. Sammartino).

DANNI in materia civile - danno alla persona in ambito scolastico - violazione di un obbligo di sicurezza - onere probatorio - contenuto - legittimazione passiva del Ministero - sussiste.

Nel caso di danni riportati dall’alunno in ambito scolastico, nel tempo ed a causa dello studio, la legittimazione passiva nell’azione civile è esclusivamente in capo al Ministero (e non all’Istituto), in forza dell’inquadramento organico del personale docente, che è l’effettivo destinatario dell’obbligo di custodia dei minori conseguente alla sua iscrizione all’Istituto. (V. Cass., 7/11/2000, n. 14484).

La natura contrattuale di tale forma di responsabilità lascia al danneggiato l’unico onere di provare l’inadempimento dell’Istituto e/o del suo personale, tramite la specifica allegazione di una violazione dello specifico dovere di custodia in cui l’obbligo dell’Istituto e del suo personale si sostanzia (ad es., vigilanza insufficiente od omessa per un certo periodo, omesso avviso di pericoli insiti in attività didattiche, etc.).

Tale onere probatorio non si identifica però con la dimostrazione di una vera e propria colpa, visto che la specifica forma della “cattiva custodia” deve essere solo allegata, competendo all’Istituto, “debitore di sicurezza”, l’eventuale dimostrazione che nessuna violazione del suddetto obbligo venne ad esistenza, ovvero che il danno si verificò per altra causa.

G.M.T.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo.

In data 24.11.04 l’attore citava in giudizio il Ministero della Pubblica Istruzione affermando di essere rimasto vittima di un infortunio in ambito scolastico, presso il Liceo Artistico Statale Paul Klee, allorchè, in data 25.11.04 il violento impatto di una tavola da disegno, repentinamente traslata verso il basso sul cavalletto che stava utilizzando durante una lezione, gli aveva provocato lesioni serie al pollice destro.

Si costituiva ritualmente l’Avvocatura dello Stato per il Ministero della Pubblica Istruzione e chiamava in causa la compagnia di assicurazione colla quale l’Istituto aveva stipulato polizza di copertura avverso la responsabilità civile.

La compagnia si costituiva e contestava nel merito la sussistenza del debito di natura risarcitoria che sarebbe stata chiamata a garantire.

La causa era istruita con audizione di testi ed esperimento di CTU medico legale.

All’esito era trattenuta in decisione all’udienza del 28.12.08. Successivamente era rimessa in istruttoria al solo fine di rinnovare la precisazione delle conclusioni nanti il giudice nel frattempo subentrato nella gestione del ruolo.

La nuova udienza di p.c. aveva luogo in data 20.10.09 e la causa era nuovamente trattenuta in decisione.

Motivi della decisione.

Non vi sono dubbi in ordine alla responsabilità del convenuto Ministero, soggetto tenuto al risarcimento in caso di danno patito dall’alunno nel tempo ed a causa dello studio, mentre si trovi affidato ad istituto scolastico pubblico.

La legittimazione passiva del Ministero (non dell’Istituto)

sussiste in ordine all'inquadramento organico del personale docente che è l'effettivo destinatario dell'obbligazione legale di custodia dei minori conseguente all'iscrizione all'istituto. (Cass., 7/11/2000, n. 14484).

La responsabilità dell'Amministrazione scolastica, per casi come quello considerato, ha natura pacificamente contrattuale. Essa discende, come detto, dalla comprovata violazione degli obblighi che conseguono per l'Amministrazione stessa dall'iscrizione dell'alunno che le famiglie affidano alla scuola per il tempo di permanenza in essa. L'obbligo è sufficientemente connotato sotto il profilo soggettivo, e dettagliato sotto quello obiettivo, per configurarsi come una vera e propria obbligazione e non come una semplice declinazione del generale dovere di *neminem ledere*.

Il carattere contrattuale della responsabilità dell'istituto lascia all'attore (danneggiato) il solo onere di allegare l'inadempimento della controparte ed il conseguente danno. Sarà poi essa a dover eventualmente provare d'aver invece regolarmente adempiuto al proprio obbligo, ovvero che l'inadempimento (ed il danno) sono conseguiti a causa allo stesso "non imputabile". L'unica particolarità del caso consiste, nella giurisprudenza di questa sezione, nel fatto che l'allegazione dell'inadempimento non può esser limitata alla deduzione del verificarsi di una lesione in ambito scolastico, ma deve essere estesa alla chiara denunzia di una violazione, concretamente circostanziata, di quel dovere di custodia in cui consiste l'obbligo (ad es: omessa vigilanza per un certo periodo, vigilanza in determinati modi insufficienti, disposizioni pericolose, omesso avviso di pericoli insisti in determinate attività didattiche etc.). Quanto sopra non significa né ipotizzare una colpa (perché non è necessario allegare che la vigilanza corretta fosse in concreto possibile) né, tantomeno, provare una colpa, visto che la specifica forma di "cattiva custodia" deve essere solo allegata, competendo al "debitore di sicurezza" l'eventuale dimostrazione che non venne in esistenza ovvero che il danno dipese da altra causa. Alla luce dei principi sopra esposti la responsabilità del Ministero appare nel caso del tutto chiara.

L'attore ha allegato modalità del fatto di certo supponenti una omessa vigilanza del personale scolastico sulla messa sicurezza di uno strumento didattico a disposizione diretta degli allievi (il cavalletto da disegno). L'istruttoria orale, ed in particolare la deposizione della teste Prof. ssa Canepa, ha confermato l'ipotesi, anziché smentirla. È risultato che il perno metallico destinato a bloccare lo scorrimento verso il basso, all'interno del supporto, del perno a baionetta di sostegno al trepiede era sostituito, nel caso, da una matita lignea; è stato così confermato il ruolo dinamico della cosa in questione nel determinismo del danno (interrogatorio libero del danneggiato e deposizione della teste Calautti).

A fronte dei dati suddetti il Ministero, e la Compagnia di Assicurazione, non hanno fornito alcuna prova liberatoria. Non vi è prova di una condotta anomala (del tutto imprevedibile e quindi non impedibile) dell'utilizzatore danneggiato, non v'è prova che il fatto di un terzo (ad es. chi inserì la matita) fosse stato commesso nell'immediatezza dell'evento (di modo che non ne fossero impedibili gli effetti), non v'è prova di un fortuito.

Il danno si è verificato per un fattore di rischio tipico della lezione di disegno, rischio aggravato da un fattore di pericolosità palese insistente in un bene della P.A., senza la prova che tale fattore sia insorto repentinamente e fuori dal controllo che per quest'ultima deve esercitare l'insegnante. Non può essere invocato il concorso di colpa dell'allievo la cui

condotta, non estranea allo svolgimento della lezione, si è esplicata sotto il controllo dell'insegnante. La sua eventuale imperizia nella manovra dell'attrezzo è irrilevante, posto che le istruzioni agli allievi sull'utilizzo, e la verifica della competenza degli stessi prima dell'effettivo uso, competono ancora all'insegnante.

Vi è quindi inadempimento imputabile di una specifica obbligazione di sicurezza (la messa a disposizione di materiali non pericolosi) ed allo stesso conseguente la responsabilità del convenuto Ministero.

In punto di quantificazione del danno si devono considerare le risultanze della CTU svolta dal Dr. Zauli e depositata in data 2.8.07.

Il consulente rileva come, a seguito del sinistro, l'attore abbia subito una lesione al pollice sinistro, con perdita emorragica, e lacerazione del tendine. A seguito dell'incidente doveva essere eseguita, presso l'Ospedale Galliera, una tenorrafia (intervento chirurgico), venendo anche bloccato l'arto per 20 gg. col filo K. Per i fatti suddetti, con valutazione del tutto conforme ai parametri d'uso, il consulente riconosce una invalidità temporanea assoluta di gg. 20, una parziale (al 50%) di ulteriori 20 giorni, ed una inabilità permanente del 2%.

Sulle basi medico legali dette la liquidazione compiuta nelle memorie finali scritte dell'attore è del tutto corretta e conforme alla prassi del Tribunale, sicché alla stessa si può far rinvio con la sola eccezione di seguito detta.

Facendo uso delle Tabelle elaborate dal Tribunale di Milano, siccome aggiornate al 1.1.2008 si perviene per le principali voci alla liquidazione del danno biologico conforme alla quantificazione attorea.

Quanto al danno morale, il Tribunale non reputa affatto che la categoria sia stata rifiutata dalla sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n. 26972/08. Esso è piuttosto collocato nel contesto del danno "non patrimoniale" quale "aspetto" dello stesso e quale conseguenza negativa dell'illecito. Come tale, tuttavia, può essere liquidato solo in presenza di una prova, anche presuntiva, della sussistenza di una afflizione non patologica dell'animo nel novero delle concrete conseguenze non patrimoniali dell'illecito.

Lo scrutinio delle presunzioni idonee a sostenere (fino a prova contraria) la sussistenza di un danno morale non può tuttavia comprendere il semplice fatto dell'esistenza di una lesione ingiusta all'integrità fisica. Una siffatta presunzione innanzitutto non disporrebbe di una sufficiente base empirica (posto che a fronte della sofferenza o della menomazione fisica le reazioni soggettive, di natura meramente mentale od umorale, variano dalla sostanziale indifferenza, o buona sopportazione, alla grave afflizione, alle reazioni depressive, al panico) ed inoltre trasformerebbe surrettiziamente la presunzione semplice utilizzata per conseguire la prova, in una presunzione pseudo legale, non ribaltabile, in grado di collegare irrefutabilmente lesione e sofferenza senza che più il tema della prova abbia il minimo spazio.

Tra le prove presuntive può invece essere considerata quella che reputa esistente un danno morale per il periodo di inabilità seguente all'illecito e proporzionale alla intensità dell'inabilità stessa. Durante tale periodo, infatti, la vita ordinaria della vittima dell'illecito è radicalmente diversa dall'ordinario, dominante è il tema della sopportazione delle cure e dell'attesa della guarigione, delle attività programmate e precluse, del timore per il consolidamento di postumi. Si tratta di un complesso di condizioni psicologiche del tutto ordinarie, ma certamente tali da far supporre, in difetto di prova contraria, una sofferenza del soggetto che non v'è motivo di ritenere inferiore al danno biologico.

gico quale mera perdita di capacità fisica e di relazione per il periodo. La stessa presunzione non pare formulabile per l'invalidità permanente che esprime una condizione stabile alla quale si deve supporre che il "tenore morale" del soggetto si adeguì prima o poi, senza che sia possibile, con esattezza, stabilire quando, ma anche senza che sia possibile fare in proposito un'ipotesi tanto verificabile da divenire un "fatto noto" da cui trarne uno "ignoto". Naturalmente quanto sopra non esclude la possibilità di dar prova del permanere dell'afflizione d'animo oltre la fase per c.d. "evolutiva" della lesione. Al contrario in proposito possono sopperire altre presunzioni quali quelle connesse ad un danno straordinario alla vita di relazione, ad una seria compromissione dei sensi, alla riduzione della capacità sessuale, alla compromissione dell'immagine estetica, alla presenza di algie ricorrenti.

Alla luce dei suddetti principi, nel caso, appare corretta la liquidazione di un danno morale pari al biologico in relazione al periodo di IT, e delle ulteriori voci destinate a meglio personalizzare il danno non patrimoniale patito. Una eccezione è per il danno morale relativo alla IP che, in difetto persino di una seria allegazione di permanente sofferenza non può essere liquidata.

Unica riduzione della liquidazione di parte è quindi quella del danno morale relativa alla IP (euro 514,5) potendosi per il resto far pieno rinvio alla quantificazione attorea, con condanna finale al risarcimento per euro 9.211,46, oltre rivalutazione monetaria ed interessi sulla somma rivalutata.

Le spese di lite, liquidate come da notula seguono la scombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunziando,

- condanna il convenuto Ministero a versare all'attore a titolo di risarcimento la somma di euro 9.211,46 oltre a rivalutazione monetaria dal 1.1.2008 ad oggi, e gli interessi legali sulla somma devalutata dal 1.1.2008 fino alla data dell'illecito e successivamente via via rivalutata, con isolati interessi compensativi al tasso legale sul debito complessivo da oggi al saldo;
- condanna la compagnia di assicurazioni chiamata a tener indenne il Ministero in relazione alla condanna di cui sopra;
- (...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. II civ., ord. 13 ottobre 2009, r.g. 6837/09 - Giudice Unico Bonino - M.T. (Avv. Fernando) c. Villa Serena S.p.A. (Avv.ti P. e R.A. Moraglia).

DECRETO ingiuntivo - opposizione a - interventi diagnostici e terapeutici - eccezione di legittimazione passiva da parte dell'ingiunto - prospettazione di assunzione da parte di terzo del relativo onere economico - carenza di prova scritta - inammissibilità.

(Art. 645 c.p.c.)

DECRETO ingiuntivo - opposizione a - eccezione di compensazione legale o giudiziale - requisito di liquidità ed esigibilità del credito - requisito di accertamento del credito da parte del giudice dinanzi al quale la compensazione è fatta valere - insussistenza - inammissibilità delle eccezioni.

(Art. 1243 c.c.)

DECRETO ingiuntivo - opposizione a - richiesta di sospensione del processo - controcredito vantato in separato giudizio - inammissibilità.

(Artt. 295 e 337 c.p.c.)

DECRETO ingiuntivo - opposizione a - eccezione di inadempimento - carenza di prova scritta - inammissibile.

(Art. 1460 c.c.)

DECRETO ingiuntivo - opposizione a - requisiti della prova scritta o di pronta soluzione - carenza - richiesta di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo opposto - concessione.

(Art. 648 c.p.c.)

Va respinta l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'ingiunto che ha proposto opposizione ex art. 645 c. p. c., quando non sussiste la prova scritta del fatto che l'onere economico della prestazione sarebbe stato assunto da un terzo (nella specie, l'opponente aveva sostenuto che il costo degli interventi diagnostici e terapeutici, forniti dalla società opposta, sarebbe stato assunto come a proprio carico da una società sportiva, in cui giocava a calcio).

Non è verosimilmente fondata l'eccezione di compensazione legale stante nella carenza dei requisiti di liquidità ed esigibilità del credito vantato dall'opponente; va dichiarata anche inammissibile l'eccezione di compensazione giudiziale ex art. 1243, 2° comma c. c., in quanto la compensazione di cui alla norma suddetta presuppone l'accertamento di un controcredito da parte del giudice dinanzi al quale la compensazione è fatta valere e non può fondarsi su un credito la cui esistenza, nel caso di specie, dipenda dall'esito di un separato giudizio in corso, proprio perché tale credito non è liquidabile se non in quella sede.

(Conf.: ex multis, Cass., sez. lav., 25 maggio 2004, n. 10055)

Non può essere accolta la richiesta di sospensione del giudizio in quanto, nell'ipotesi in cui il controcredito è oggetto di separato giudizio in corso, è esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale, ex artt. 295 e/o 337 c. p. c., in considerazione della prevalenza della disciplina speciale che si evince dall'art. 1243 c.c., non potendo il giudice del processo di cui si chiede la sospensione valutare, neppure incidenter, esistenza, liquidità ed esigibilità di un credito sottoposto al giudizio esclusivo di altro giudice.

(Conf.: ex multis, Cass., n. 21431/2004)

L'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c. c., va respinta quando non sussista alcuna prova scritta dell'assunto dell'attore oppONENTE, che, nel caso di specie, si era limitato ad indicare la sussistenza di una ordinanza ammissiva di CTU medico legale, in grado di appello, senza che sussistesse alcuna pronuncia che avesse riconosciuto una responsabilità della società opposta nell'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti dell'opponente stesso.

Nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, non fondata su prova scritta o di pronta soluzione, va concessa la provvisoria esecutorietà del decreto ingiuntivo opposto, ex art. 648 c. p. c.

RO.NE.

(...Omissis...)

Sciogliendo la riserva;

letti gli atti e i documenti di causa;

rilevato che la società ricorrente/convenuta opposta ha chie-

sto il pagamento del corrispettivo dovuto da M.T. per aver usufruito nel periodo 9-12/2/2001 di ricovero e prestazioni sanitarie a questo inerenti meglio descritte nella fattura n. 415/2001 e successiva nota di credito n. 23/2001;

rilevato che la casa di cura ha fornito adeguata prova scritta della fonte negoziale del diritto di credito fatto valere in giudizio (scheda di accettazione n. 230/2001 firmata da M. T. con l'indicazione della retta giornaliera di ricovero e atti/documenti della causa civile iscritta al n. 5012/03 r.g. da cui si evince chiaramente che l'attore opponente ha usufruito delle prestazioni e dei servizi sanitari forniti dalla casa di cura e meglio descritte nella fattura azionata in giudizio) e ha allegato e dimostrato il pacifico inadempimento dell'attore opponente all'obbligazione di pagamento del corrispettivo;

rilevato che l'attore opponente ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva sostenendo che l'onere economico degli interventi diagnostici e terapeutici forniti dalla casa di cura sarebbe stato assunto dalla u.s. Pontedecimo squadra di calcio nelle cui file giocava all'epoca;

rilevato che allo stato degli atti tale eccezione non è fondata su prova scritta non potendo certo ritenersi tale il documento privo di data di firma e di spedizione/ricezione prodotto all'udienza dl 6/10/2009 e contestato dalla società convenuto (doc. 6 di parte attrice) né ovviamente i documenti 7/8 prodotti alla medesima udienza che hanno al più ad oggetto un rapporto contrattuale di assicurazione contro gli infortuni tra la Levante Norditalia Ass.ni e la u.s. Pontedecimo a cui è del tutto estranea la società convenuta opposta;

rilevato che l'attore opponente ha eccepito la compensazione legale o giudiziale tra il credito vantato dalla società convenuta e il proprio maggior credito risarcitorio già vantato nella causa civile di primo grado iscritta al n. 5012/2003 definita con sentenza n. 380/08 e in oggi vantato nella causa d'appello iscritta al n. 471/08 r.g. ancora pendente, chiedendo altresì la sospensione del giudizio ex art. 295 cpc in attesa che venga decisa con sentenza passata in giudicato la suddetta causa d'appello;

rilevato che l'eccezione di compensazione legale non appare, almeno allo stato degli atti e fatta salva ogni ulteriore successiva diversa valutazione, verosimilmente fondata non essendo il credito risarcitorio vantato da M. T. né liquido né esigibile; rilevato che anche l'eccezione di compensazione giudiziale ex art. 1243 2° comma c.c. non appare, almeno allo stato degli atti e fatta salva ogni ulteriore successiva diversa valutazione, verosimilmente ammissibile in quanto è pacifico che la compensazione di cui all'art. 1243 2° comma, c.c. presuppone l'accertamento del controcredito da parte del giudice innanzi al quale la compensazione fatta valere mentre non può fondarsi su un credito la cui esistenza, come nel caso concreto, dipenda unicamente dall'esito di un separato giudizio in corso (Cass., sez I civ., 14/1/1992 n. 325; Cass., sez. III civ., 1/9/2000 n. 11496; Cass., sez. III civ., 13/5/2002 n. 6820; Cass., sez. lav., 25/5/2004 n. 10055) proprio perché tale credito non è liquidabile se non in quella sede; rilevato che la richiesta di sospensione del giudizio non può essere accolta perché nell'ipotesi in cui il controcredito è oggetto di un separato giudizio in corso è esclusa la possibilità di disporre la sospensione della decisione sul credito oggetto della domanda principale ex art. 295 e/o 337 cpc in considerazione della prevalenza della disciplina speciale che si evince dall'art. 1243 c.c. (Cass., n. 325/92; Cass., n. 550/2001; Cass., n. 2480/2003; Cass., n. 21431/2004) non

potendo il giudice del processo di cui si chiede la sospensione valutare, neppure incidentalmente, esistenza, liquidità ed esigibilità di un credito sottoposto al giudizio esclusivo di altro giudice;

rilevato che l'attore ha eccepito ex art. 1460 c.c. l'inadempimento della casa di cura alle obbligazioni sulla stessa incombenti al fine di rifiutare di adempire al pagamento del corrispettivo richiesto con l'ingiunzione;

rilevato che l'eccezione si fonda sull'assunto che la Corte di Appello di Genova avrebbe *"riconosciuto la responsabilità civile dei sanitari e delle strutture sanitarie coinvolte nei fatti di causa"* decidendo di disporre con ordinanza in data 26/2/09 nuova C.T.U. medico-legale sulla persona dell'attuale attore opponente;

rilevato che l'assunto dell'attore non è fondato su prova scritta in quanto, indipendentemente dalle regioni che hanno spinto il giudice di II° grado a disporre una C.T.U. medico-legale, è certo che allo stato degli atti non vi è alcuna pronuncia che abbia riconosciuto la responsabilità della casa di cura nell'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti di M.T. con la firma del contratto di c.d. spedalità nel febbraio 2001 essendovi al contrario una pronuncia provvisoriamente esecutiva (la citata Sentenza n. 380/08 del Tribunale di Genova) che ha escluso ogni addebito colposo della società convenuta nella vicenda oggetto del giudizio pendente in oggi in secondo grado;

rilevato quindi che allo stato degli atti le eccezioni e l'opposizione dell'attore non sono fondate su prova scritta e/o di pronta soluzione avendo tra l'altro M.T. chiesto la concessione di termini per il deposito delle memorie ex art. 183 c.p.c.;

rilevato quindi che può essere concessa la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto;

P.Q.M.

Visto l'art. 648 c.p.c.

Concede la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto n.521/09 emesso in data 3-9-2/2009;
Concede alle parti i termini per il deposito delle tre memorie ex art. 183, 4° comma, c.p.c. a decorrere dal 10-11-2009;
Rinvia la causa all'udienza del 16-11-2010 ore 10.30 per la decisione sulle istanze istruttorie. (...Omissis...)

I

Tribunale di Genova, sez. I civ., decr. 5 luglio 2002 - Pres. Maganza - Rel. Silvestri - P.G. (Avv.ti Giovanni e Paola Ottolia) c. Conservatore dei Registri Immobiliari di Genova.

TRASCRIZIONE e Conservatorie dei Registri Immobiliari - copia autentica di scrittura privata rilasciata dall'Ufficio delle Entrate - annotazione con riserva del conservatore - legittimità.

(Artt. 2658, 2674 bis c.c.; art. 743 c.p.c.; art. 113 ter disp. att. c.c.)

L'Ufficio delle Entrate non può essere considerato "pubblico archivio" ex art. 2658 c.c., essendo tenuto a rilasciare copia degli atti solo agli aventi diritto e non a chiunque ne faccia richiesta, né "pubblico depositario" ex art. 743 c.p.c. non essendogli attribuita dalla Legge la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico. Esso, per contro, è da considerarsi alla

stregua di un pubblico funzionario, i cui atti sono nella sua disponibilità unicamente in ragione delle funzioni di registrazione. (Nella specie il Tribunale ha ritenuto legittima da parte del Conservatore dei RR.II. di Genova l'iscrizione con riserva di copia conforme della scrittura privata rilasciata dall'Ufficio delle Entrate con sottoscrizione accertata giudizialmente).

(diffforme: Tribunale di Chiavari, ord. 8 febbraio 2010, n. 717/09 V.G.)

II

Tribunale di Chiavari, ord. 8 febbraio 2010, n. 717/09 V.G. - Pres. Sciaccaluga - M.L e M.C. (Avv. Griffi) c. Conservatore dei Registri Immobiliari di Chiavari.

TRASCRIZIONE e Conservatorie dei Registri Immobiliari - copia autentica di scrittura privata rilasciata dall'Agenzia delle Entrate - rifiuto del Conservatore di trascrivere - illegittimità.

(Artt. 2657, 2658, 2674 e 2715 c.c.; art. 743 c.p.c.; artt. 16, 17 e 18 d.p.r. 131/1986)

Dall'interpretazione del combinato disposto di cui agli artt. 16, 17 e 18 d.p.r. 131/1986 ne discende che l'Agenzia delle Entrate deve essere considerata titolare di "pubblico archivio" ai sensi dell'art. 2568 c.c. e non semplicemente "un pubblico funzionario che detiene gli atti solo in ragione delle funzioni di registrazione". Conseguentemente è tenuta a conservare l'unico originale delle scritture private presentate, potendo restituire solamente una copia conforme, la quale assume efficacia probatoria pari all'originale e costituisce titolo idoneo alla trascrizione se le sottoscrizioni sono state giudizialmente accertate (come è avvenuto nel caso di specie).

Risulta pertanto illegittimo il rifiuto del Conservatore richiesto di tale formalità (art. 2674 c.c.).

(Diffforme: Tribunale di Genova, sez. I civ., decreto 5 luglio 2002)

C.GIA.

I

(...Omissis...) Sentite le parti all'udienza del 03.7.2007, il P.M. avvisato e non comparso:

Il Collegio sciogliendo la riserva che precede,

rilevato:

- che la parte ricorrente ha proposto reclamo avverso l'iscrizione con riserva da parte del Conservatore dei RR.II. di Genova della scrittura privata con sottoscrizione accertata giudizialmente;
- che il conservatore ha eseguito la formalità con riserva atteso che è stata prodotta per la trascrizione una copia conforme della scrittura privata rilasciata dall'Ufficio all'agenzia delle entrate, in luogo dell'originale così come prescritto dall'art. 2658 c.c.;
- che il titolo di acquisto della proprietà da parte del ricorrente è costituito dalla scrittura privata in data 24.10.1975, per cui la sentenza del Tribunale di Genova in data 25.6.2002 non ha natura costitutiva, avendo semplicemente accertato, con efficacia di giudicato, il trasferimento realizzato da tale scrittura privata;
- che tale sentenza non è trascrivibile, in quanto l'art. 2657 c.c. si riferisce alle sentenze di cui ai precedenti artt. 2643 n.

14 e 2651, e che la parte deve trascrivere la scrittura privata, divenuta titolo idoneo ex art. 2657 c.c., presentandola in originale o in copia autentica al Conservatore dei RR.II., secondo quanto previsto dall'art. 2658 c.c. (Cass., n. 14486/2000);

- che la natura del presente procedimento è "lato sensu" cautelare - a contraddittorio non pieno, nel quale le parti interessate, ai sensi del cit. art. 113 ter disp. att. c.c., vengono semplicemente sentite - per consentire nel caso in cui sorgano gravi e fondati dubbi sulla trascrivibilità o iscrivibilità di un determinato atto, che l'interessato possa ottenere, in via provvisoria, l'attuazione della pubblicità immobiliare, ed il cui soggetto è il solo accertamento della gravità e fondatezza dei dubbi in questione, essendo la definitiva pronuncia sulla sussistenza del diritto e sull'effettuazione della pubblicità rimessa ad un eventuale giudizio contenzioso (Cass., n. 6675 del 30/03/2005);

ritenuto:

- nei limiti propri della presente procedura, come sopra indicato, che l'annotazione con riserva del Conservatore sia motivata atteso il chiaro disposto dell'art. 2658 c.c. che prevede la trascrizione della scrittura privata (con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente, come nel caso in esame) esclusivamente dell'originale, salvo che questo si trovi depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio;
- che nel caso in esame l'originale si trova depositato presso l'Ufficio delle entrate, che non può essere considerato pubblico archivio in quanto è tenuto a rilasciare copie solo agli aventi diritto e non a chiunque ne faccia richiesta, come invece nel caso di pubblico archivio;
- che secondo l'insegnamento della Suprema corte sul punto "L'art. 743 cpc (che prevede l'Obbligo per il depositario pubblico di rilasciare copia autentica degli Atti che detiene) riguarda solo i 'pubblici depositari', cioè coloro ai quali la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli Atti a disposizione del pubblico (notai, conservatori dei registri immobiliari, cancellieri), e non certamente i pubblici funzionari i quali abbiano a disposizione gli Atti per motivo del loro ufficio." (Cass., sez. Un., 03/03/1961, n.456);
- che tale ipotesi pare ricorrere nel caso in esame in cui l'originale è trattenuto solo in ragione delle funzioni di registrazione.

Tutto ciò premesso il ricorso deve essere respinto.

P.Q.M.

Respinge il ricorso. (...Omissis...)

II

(...Omissis...) Il Presidente, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 09/10/2009; letto il ricorso presentato da Massucco Linda e Massucco Caterina, rappresentate e difese dall'avv. Antonio Griffi per mandato a margine dell'atto di citazione nella causa conclusasi con la sentenza non definitiva del Tribunale di Chiavari n. 759/04;

premesso che le ricorrenti hanno dichiarato di aver presentato all'Agenzia del Territorio di Chiavari nota per la trascrizione della scrittura privata del 23/4/1993 - le cui sottoscrizioni sono state dichiarate autentiche con sentenza

del Tribunale di Chiavari n. 759 del 1 settembre 2004 - registrata in unico originale a Chiavari il 1° luglio 2009 al numero 7, serie III V;

che in forza di detta scrittura le predette avevano acquistato per quote tutti i diritti, ragioni ed azioni spettanti a parte venditrice su una serie di terreni siti in Casarza Ligure e Sestri Levante;

che il Conservatore dell'Agenzia, competente a tale adempimento, ha restituito la nota di trascrizione, motivando il rifiuto come segue:

“Si rifiuta la presente formalità perché è stata prodotta per la trascrizione una copia conforme della scrittura privata, in luogo dell'originale così come prescritto dall'art. 2658 c.c.. Che tale sentenza non è trascrivibile, in quanto l'art. 2657 c.c. si riferisce alle sentenze di cui ai precedenti art. 2643 n. 14 e 2651 c.c., e che la parte deve trascrivere la scrittura privata, diventata titolo idoneo ex art. 2657 c.c., presentandola in originale.”.

che in sostanza detto rifiuto di ricevere la trascrizione del suddetto titolo è fondato sul disposto dell'art. 2674 c.c., sostenendo che esso non è stato presentato con le modalità di cui all'art. 2658 c.c., a norma del quale chi domanda la trascrizione di una scrittura privata deve presentare l'originale, salvo che questo si trovi depositato in un pubblico archivio o negli atti di un notaio.

Le signore Massucco avrebbero infatti, secondo tale tesi, violato il disposto di cui all'art. 2658 c.c., presentando una copia autentica rilasciata dall'Agenzia delle Entrate di Chiavari anziché l'unico originale conservato presso il suddetto ente, il quale non sarebbe pertanto qualificabile come pubblico archivio ai sensi del suddetto articolo.

Questo Presidente dichiara infondati i motivi addotti a sostegno del rifiuto per le seguenti ragioni.

In primo luogo la copia autentica di una scrittura privata, nel nostro caso rilasciata da un “pubblico archivio” quale l'Agenzia delle Entrate, costituisce titolo idoneo alla trascrizione in conformità alla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass civ., sez. II, 07/11/2000 n. 14486) secondo la quale “colui il quale ha acquistato un immobile mediante scrittura privata non autenticata, al fine di rendere opponibile tale acquisto ai terzi deve esperire l'azione di accertamento giudiziale dell'autenticità delle sottoscrizioni, trascrivendo la domanda ex art. 2652, n. 3, c.c., ed ottenuta la pronuncia favorevole, deve trascrivere la scrittura privata divenuta titolo idoneo ex art. 2657 c.c., presentandola in originale o in copia autentica al Conservatore dei Registri Immobiliari, ex art. 2658 c.c.”. È evidente quindi che la stessa pronuncia faccia espresso riferimento, proprio nel caso di scrittura privata con sottoscrizione accertata giudizialmente, ipotesi ricorrente nel caso di specie, sia all'originale che alla copia autentica, rilasciata ovviamente da un pubblico archivio ai sensi dell'art. 2658 c.c..

Conformemente a detto insegnamento le ricorrenti hanno compilato correttamente la nota di trascrizione, rendendo palese nel capo dedicato ai “dati relativi al titolo” che il titolo da trascrivere fosse proprio esclusivamente la scrittura privata con sottoscrizione accertata giudizialmente, unica peraltro idonea a determinare la cessione di quote di beni immobili.

La sentenza del Tribunale di Chiavari, che ha accertato l'autenticità delle sottoscrizioni, priva certamente di natura costitutiva, nonostante rechi la dicitura “uso trascrizione”, è stata infatti prodotta solamente a corredo di quanto evidenziato nel quadro D della suddetta nota ed al fine di dimo-

strare che il titolo ha i requisiti formali previsti dalla legge. Non sussiste pertanto alcuna violazione dell'art. 2658 c.c., poiché la qualifica di “pubblico archivio” da darsi all'Agenzia delle Entrate, già Ufficio del Registro, non può essere negata nemmeno sulla base del decreto della prima sezione civile del Tribunale di Genova, depositato il 5/7/07 - che tra l'altro richiama la sopra citata sentenza n. 14486/2000 della Suprema Corte - richiamato come precedente, dal Conservatore.

L'affermazione che l'Ufficio delle Entrate non può ritenersi un pubblico archivio, in ossequio all'insegnamento delle sanzioni unite della Suprema Corte, secondo le quali “L'art. 743 c.p.c. (che l'obbligo per il depositario pubblico di rilasciare copia autentica degli atti che detiene) riguarda solo i “pubblici depositari”, cioè coloro ai quali la legge attribuisce la funzione fondamentale di tenere gli atti a disposizione del pubblico (notai, conservatori dei registri immobiliari, cancellieri etc.), e non certamente i pubblici funzionari i quali abbiano a disposizione gli atti dell'ente pubblico per motivi del loro ufficio” (cfr. sez. un. 3/3/1961 n. 456) non è condivisibile.

L'interpretazione di pubblico archivio data dal Tribunale di Genova risulta infatti non corretta, avendo oltretutto quel Collegio travisato il senso della decisione e sua motivazione delle sezioni unite del 1961.

In effetti, giova precisare che il caso che diede origine alla decisione delle S.S.U.U. concerneva la differente ipotesi dell'obbligo da parte di un consorzio pubblico del rilascio ad un consorziato di copia della deliberazione degli organi consortili concernente approvazione di un progetto di opera pubblica. Si trattava quindi di atti interni all'ente pubblico detenuti dal Presidente del Consorzio, nella qualità di rappresentante, esclusivamente in ragione del proprio ufficio e la Suprema Corte giustamente disattese la tesi del consorziato, secondo la quale l'obbligo di rilascio della copia dell'atto sarebbe derivato non solo dal specifico articolo dello statuto del consorzio, bensì anche dall'art. 743 c.p.c. 1° comma.

La sentenza a tal proposito chiarisce che l'art. 743 c.p.c. riguarda solo i pubblici depositari, menzionando in maniera esemplificativa i notai, i conservatori dei registri immobiliari e i cancellieri, e non già i pubblici funzionari, i quali detengono gli atti solo in ragione del proprio ufficio.

Ottiene è assolutamente chiaro che l'Agenzia delle Entrate debba essere considerata “pubblico depositario” ex art. 743 c.p.c. nonché titolare di “pubblico archivio” ai sensi dell'art. 2658 c.c. e non semplicemente un pubblico funzionario, che detiene gli atti solo in ragione delle funzioni di registrazione. In tale senso occorre la disciplina dettata nel testo unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro, d.p.r. 26 aprile 1986 n. 131, che nel titolo II, dedicato alla registrazione degli atti, all'art. 16, rubricato “esecuzione della registrazione”, al 6° comma così statuisce: “Eseguita la registrazione, l'ufficio restituisce al richiedente l'originale dell'atto pubblico o un originale della scrittura privata o della denuncia. Per le scritture private presentate in un unico originale, l'ufficio restituisce la fotocopia da esso certificata conforme. Se la registrazione è avvenuta in base alla sola richiesta di registrazione, l'ufficio restituisce fotocopia della richiesta con le annotazioni di cui al comma 4.” E all'art. 18, rubricato “effetti della registrazione”, al 2° comma prevede: “L'ufficio del registro conserva gli originali e le copie trattenute ai sensi dell'art. 16 ed i modelli di cui all'art. 17 e, trascorsi dieci anni, li trasmette all'archivio notarile, ad eccezione delle denunce di contratti verbali e dei modelli che vengono distrutti.”.

È palese quindi che l'Ufficio del Registro, ora Agenzia delle Entrate, debba conservare l'unico originale delle scritture private presentate con tale modalità, potendo restituire solamente una copia conforme, la quale costituisce pertanto titolo idoneo alla trascrizione.

D'altronde lo stesso codice civile all'art. 2715 stabilisce che le copie delle scritture private depositate presso pubblici uffici e spedite da pubblici depositari autorizzati hanno la stessa efficacia della scrittura originale da cui sono estratte. A tal proposito è costante l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui la scrittura privata rilasciata in copia dall'ufficio del registro con annotazione di conformità all'originale ha efficacia probatoria pari all'originale medesimo e, prodotta in giudizio, si ha per riconosciuta in mancanza di disconoscimento ai sensi dell'art. 215 n. 2 c.p.c. (cfr. Cass., civ., sez. II, 23/6/1979 n. 3516; Cass., civ., sez. II, 10/3/1983 n. 1788; Cass., civ., 2/3/1996 n. 1636). Deve infine rammentarsi che all'ufficio del registro, ora Agenzia delle Entrate, quale pubblica amministrazione, si applica certamente il testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, d.p.r. 28/12/2000 n. 445, certamente ignorato dalla decisione sopra richiamata del Tribunale di Genova emessa nel 2007.

Il citato decreto all'articolo 3, 1° comma, sancisce infatti: "Le disposizioni del presente testo unico si applicano ai cittadini italiani e dell'Unione europea, alle persone giuridiche, alle società di persone, alle pubbliche amministrazioni e agli enti, alle associazioni e ai comitati aventi sede legale in Italia o in uno dei Paesi dell'Unione europea.".

All'articolo 18, rubricato copie autentiche, è inoltre detto: "Le copie autentiche, totali o parziali, di atti e documenti possono essere ottenute con qualsiasi procedimento che dia garanzia della riproduzione fedele e duratura dell'atto o documento. Esse possono essere validamente prodotte in luogo degli originali".

La suddetta normativa sancisce quindi espressamente la parificazione, ai fini della produzione, dell'efficacia della copia autentica a quella dell'originale.

P.T.M.

Il Presidente del Tribunale di Chiavari, accertata e dichiarata l'infondatezza delle ipotesi di rigetto ravvisate dal Conservatore.

Ordina

allo stesso la chiesta trascrizione della copia autentica della scrittura privata del 23/4/1993 le cui sottoscrizioni sono state dichiarate autentiche con sentenza del Tribunale di Chiavari n. 759 del 1/9/2004, registrata in un unico originale a Chiavari il 1° luglio 2009 al numero 7, serie III V. (...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. I civ., 27 gennaio 2010, r.g. n. 16441/2002, Giudice Unico Braccialini - Diogene Mare S.c.r.l. (Avv. Gazzolo) c. Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. (Avv. Morellini).

RESPONSABILITÀ civile - trattative - violazione dell'obbligo di buona fede - responsabilità precontrattuale - sussiste - elementi costitutivi.

(Artt. 1337 e 2043 c.c.)

Nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto,

a norma dell'art. 1337 c. c., le parti devono comportarsi secondo buona fede.

Elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale sono: 1) l'esistenza di effettive trattative tra le parti; 2) l'affidamento sulla conclusione del contratto a seguito dello stadio a cui tali trattative erano pervenute; 3) la natura ingiustificata del ritiro di una parte del seguito delle trattative stesse e, perciò, dal perfezionamento del contratto. Ne consegue che, essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043 c.c., quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento secondo buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa, una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza, imposto dall'art. 1337 c. c., non occorre per l'accertamento della responsabilità precontrattuale, la verificazione di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di recare pregiudizio all'altro contraente, perché sussiste l'elemento psicologico, necessario ex art. 2043 c. c.

(Conf.: Cass., 30 agosto 1995, n. 9157; Cass., sez. III, 29 marzo 2007, n. 7768).

RO.NE.

(...Omissis...)

Svolgimento del processo.

Con atto di citazione notificato il 6 dicembre 2002 la Cooperativa Diogene Mare S.c.r.l. conveniva in giudizio la società Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. esponendo:

- che la Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. era proprietaria di un compendio immobiliare sito in Sestri Levante (GE) tra Via della Chiusa e Via Fasce, sul quale era in corso di realizzazione un complesso residenziale denominato "Comparto Ua4" del piano di riqualificazione urbana dell'area FIT, comprendente sette edifici ad uso residenziale e due piani interrati adibiti a box;
- che, per l'acquisto di parte del suddetto complesso, erano intercorse trattative (incontri, contatti, scambi di opinioni e consultazioni) tra la Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. e un gruppo di persone di Milano le quali, alla luce delle intese raggiunte con la convenuta, avevano costituito in data 9 giugno 2000 la Diogene Mare Società Cooperativa a r.l., avente come oggetto sociale l'acquisto e il recupero di abitazioni da assegnare in proprietà, godimento o altre forme contrattuali ai propri soci;
- che, a seguito della prosecuzione delle trattative, i rappresentanti della Diogene Mare e l'amministratore della Sestri Sviluppo Immobiliare, dr. Giacomo Cattaneo Adorno, avevano predisposte consensualmente due bozze di contratto preliminare di vendita - di cui una dichiarata "definitiva" - contenenti le condizioni concordate relativamente all'acquisto dell'intero edificio denominato Bdx (comprendente 21 alloggi posti su 4 piani, 21 box del primo piano sottostrada dei box e 20 solai al piano sottotetto);
- che dette pattuizioni prevedevano, tra l'altro, la sottoscrizione di detto contratto ed il pagamento della caparra confirmatoria;
- che la Diogene Mare S.c.r.l. aveva pertanto provveduto a contattare la Banca Popolare di Milano per la stipula di un contratto di mutuo edilizio;
- che la bozza del contratto veniva inviata alla Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. su espressa richiesta della Gepco (società indicata dal legale rappresentante della Sestri Dott. Cattaneo Adorno);
- che le parti si accordavano per provvedere alla formale sottoscrizione del contratto preliminare alla fine del mese di lu-

glio 2001, data successivamente rinviata al settembre 2001 dietro richiesta della Sestri Immobiliare;

- che, tuttavia, il contratto non veniva sottoscritto, stante l'ingiustificato recesso dalle trattative della convenuta, il suo comportamento contrario ai doveri di buona fede e correttezza, l'improvviso rifiuto di procedere alla stipula del preliminare.

Quanto sopra esposto, la Cooperativa concludeva affinché la Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. fosse condannata ai sensi dell'art. 1337 c.c. a risarcire i danni tutti subiti dalla Diogene Mare S.c.r.l. indicati in euro 2.471.246,26 (L. 4.785.000.000) o nella somma da quantificarsi.

La Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. si costituiva in giudizio con atto in data 11 Marzo 2003, eccependo in via preliminare la mancanza di legittimazione attiva e di legittimazione passiva delle parti di causa, contestando nel merito la sussistenza dei presupposti per l'affermazione della responsabilità precontrattuale della parte convenuta e dunque di ogni pretesa di parte attrice e concludendo perché, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, fosse dichiarata inammissibile e/o improcedibile e/o comunque infondata in fatto ed in diritto la domanda avanzata dalla Diogene Mare S.c.r.l. nei confronti della Sestri Sviluppo Immobiliare S.r.l. Dopo lo scambio di memorie preliminari autorizzate e delle memorie istruttorie, nelle udienze successive veniva assunto l'interrogatorio formale dei legali rappresentanti delle imprese ed erano escussi i testimoni sigg.ri Damiano Spera, Marco Martucci e Carlo Mazza a richiesta di Diogene Mare; e Sebastiano Gaggero ed Edoardo Rutelli ad istanza della convenuta.

All'udienza del 19 giugno 2006 veniva nominato CTU il Geometra Claudio Messina con l'incarico di accertare il valore dell'immobile per cui è causa nel periodo Maggio - Giugno 2000, nonché il suo valore tenuto conto della possibilità di utilizzo del sottotetto in base alla Legge Regione Liguria 24/2001, ed infine l'attuale valore dell'immobile.

Il CTU procedeva alle operazioni peritali e depositava la propria relazione in data 22 gennaio 2007; a tale deposito seguiva esame orale del consulente svolto in udienza il 2 aprile 2007, cui seguiva supplemento di CTU in relazione alle osservazioni della Sestri Sviluppo Immobiliare in ordine alla mancata valutazione, nella relazione peritale, di 4 box auto. In data 8 ottobre 2009 le parti precisavano le conclusioni come riferite in epigrafe e la causa veniva trattenuta a decisione con assegnazione dei termini ordinari per la redazione delle difese conclusive.

Motivi della decisione.

La materia della responsabilità precontrattuale si presenta particolarmente intrigante perché intere librerie giuridiche sono state scritte a partire dalle ventina parole in cui si esaurisce l'enunciato normativo dell'articolo 1337 codice civile: *“Le parti, dello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”*.

Non c'è dubbio che questa imponente produzione sia uno dei più interessanti sviluppi di una *collaborazione circolare* tra dottrina e giurisprudenza, un esempio paradigmatico di fruttuosità dello scambio culturale fra gruppi di giuristi per riempire di contenuti una disposizione normativa di particolare vaghezza al fine di determinare, preliminarmente, la sfera di risarcibilità dei comportamenti contrari a buona fede serbati da alcuna delle parti nel corso delle trattative; in seconda battuta, per stabilire la natura e la misura dell'onere risarcitorio.

Non essendo questa la sede per un'esposizione completa della materia, si ritiene sufficiente rinviare per brevità alla massima di una delle decisioni che si collocano nel filone maggiormente battuto dalla giurisprudenza per quanto riguarda gli elementi costitutivi della responsabilità precontrattuale, perfettamente inserita in tale alluvionale indirizzo. Si legge perciò nella decisione Cass., sez. III, 29-03-2007, n. 7768 quanto segue: *“...Perché possa ritenersi integrata la responsabilità precontrattuale, è necessario che tra le parti siano in corso trattative; che le trattative siano giunte ad uno stadio idoneo a far sorgere nella parte che invoca l'altrui responsabilità il ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; che la controparte, cui si addebita la responsabilità, le interrompa senza un giustificato motivo; che, infine, pur nell'ordinaria diligenza della parte che invoca la responsabilità, non sussistano fatti idonei ad escludere il suo ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto; la verifica della ricorrenza di tutti i suddetti elementi, risolvendosi in un accertamento di fatto, è demandato al giudice di merito ed è incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato”*.

Ne discende che anche nell'odierno caso sarà dunque necessario indagare tre distinti profili: a) esistenza di effettive trattative tra le parti; b) l'affidamento sulla conclusione del contratto a seguito dello stadio a cui erano pervenute tali trattative; c) la natura ingiustificata del ritiro di una parte del seguito delle trattative stesse e perciò dal perfezionamento del contratto.

Secondo la parte convenuta, per altro indirizzo giurisprudenziale si richiede anche la “malafede” in occasione di tale recesso, ma ritiene lo scrivente che trattisi di decisioni isolate, non tali da mettere seriamente l'indirizzo prevalente - condiviso dallo scrivente - secondo cui: *“.. essendo l'elemento soggettivo richiesto dall'art. 2043 c.c., quale componente necessaria del fatto illecito, implicito nella violazione dell'obbligo di comportamento seconda buona fede, quanto meno sotto il profilo della colpa - una volta accertato l'obiettivo contrasto tra il comportamento dell'agente e l'obbligo di correttezza imposto dall'art. 1337 c.c., non occorre per l'accertamento della responsabilità precontrattuale la verificazione di un particolare comportamento oggettivo di malafede, né la prova dell'intenzione di arrecare pregiudizio all'altro contraente, perché sussiste l'elemento psicologico necessario ex art. 2043 c.c.”* (Cass., 30/8/1995, n. 9157, in *Mass. Giust. Civ.*, 1995).

Per quanto riguarda il primo profilo considerato, non vi è dubbio che per diversi mesi si siano protratte trattative condotte con molti contatti telefonici ed un buon numero di riunioni tra Genova e Milano per l'acquisto di uno dei pregevoli edifici realizzati da Gepco nel comprensorio di Sestri Levante da parte della cooperativa Diogene Mare, costituita per lo più da magistrati e funzionari di polizia operanti nel capoluogo lombardo. Una trattativa che si sviluppa tra la primavera del 2000 e il tardo autunno 2001, ma non sfocia poi nella stipulazione di un contratto scritto, come si apprende dalle missive del 25.12.2001 (di Diogene) e del 7.1.2002 (di Sestri Sviluppo).

Parlando dello sviluppo delle trattative, è opportuno prendere posizione su un'eccezione preliminare sottoposta da Sestri Sviluppo relativamente alla legittimazione attiva della parte attrice a pretendere la rifusione dei danni da responsabilità precontrattuale, e la legittimazione passiva dalla parte convenuta ad opporsi a tale pretesa; una problematica che ha anche immediati risvolti processuali perché si riflette sulla capacità a deporre dei soci della cooperativa esaminati a testi nella fase istruttoria, capacità contestata dalla società convenuta.

Negli assunti della difesa della Sestri Sviluppo, infatti, la cooperativa antagonista non sarebbe altro che un *simulacro apparente* dietro quale si muoverebbero in proprio i soci, veri legittimati a pretendere alcunché dal costruttore; costruttore che, per giunta, si identifica con la società Gepco, con la quale infatti sono state condotte le trattative e non già con l'odierna parte convenuta, incaricata solo della commercializzazione dei fabbricati nella fase finale del rapporto.

Entrambe queste eccezioni non sono condivisibili. Secondo la prevalente opinione giurisprudenziale, la legittimazione attiva in caso di responsabilità precontrattuale è data dalla destinazione degli effetti del contratto stipulando. In tal senso, la Cassazione 28/10/1983 n. 6386 (ma già la precedente decisione 15/11/1974 n. 3642) considera quale "parte" delle trattative il soggetto, intervenuto nel negoziato, nei cui confronti il contratto da concludere deve produrre effetto.

Nella specie, è vero che i primi interessati al trasferimento immobiliare erano una serie di magistrati e funzionari pubblici milanesi, ma è anche vero che fin dalle battute iniziali della trattativa, nel giugno 2000, essi costituirono la cooperativa Diogene Mare *unicamente* in vista dell'acquisto immobiliare che qui interessa, all'evidente scopo di favorire di tutti i possibili benefici e delle agevolazioni previste per la mutualità, ma anche per lucrare un'apprezzabile riduzione di prezzo giustificata dal fatto che la neo-costituita società avrebbe gestito la parte della commercializzazione del fabbricato prescelto escludendo intermediari e preoccupandosi di tutte le minuzie gestionali collegati alla messa sul mercato di un immobile di nuova costruzione da vendere: tanto che financo l'indicazione del notaio per gli adempimenti connessi alla costituzione della Cooperativa venne ai potenziali acquirenti dal marchese Giacomo Cattaneo Adorno, "anima" del gruppo Gepco nonché amministratore della detta impresa e dall'aprile 2001 anche di Sestri Sviluppo. È provato documentalmente, dagli atti di costituzione della Cooperativa nel giugno 2000 e dalle fonti testimoniali, che tutti i successivi rapporti commerciali furono tenuti in proprio dai rappresentanti della nuova organizzazione societaria con i vertici della controparte ed esclusivamente in vista di questo affare: la Cooperativa non si interessò mai di acquistare altri fabbricati, in Sestri Levante o altrove, pur prevedendolo astrattamente lo Statuto, secondo una clausola di stile tipica di tutti gli oggetti sociali delle cooperative edili zie.

Pertanto non può revocarsi in dubbio la legittimazione attiva di Diogene Mare; ma anche la natura indiretta dell'interesse dei soci, con cui il costruttore/venditore non trattò mai direttamente non avendo davvero interesse a disperdere il negoziato in mille rivoli differenziati, ed essendo interessato semmai ad avere un unico interlocutore con cui confrontarsi e da cui far gestire mille spunti contenziosi non graditi.

Ne discende sul terreno processuale che tutti i soci, ex soci o ex amministratori della Cooperativa potevano essere assunti a testimoni nell'odierna vicenda, data la titolarità del rapporto sostanziale esclusivamente in capo alla struttura societaria in cui essi erano inseriti; con l'ovvia avvertenza che l'attendibilità delle medesime fonti informative, considerato comunque l'interesse di fatto alle sorti della loro organizzazione, sarà attentamente scrutinata come meglio di seguito esposto (non meno delle narrative dei testimoni della controparte, dipendenti da decenni della società capogruppo).

Quanto alla legittimazione passiva, è pacifico che inizial-

mente la cooperativa si riferì al costruttore ed ai dipendenti Gepco, impresa che era anche la titolare delle autorizzazioni urbanistiche ed in effetti la capogruppo compare nella prima bozza dei preliminari scambiati sino ad un certo punto (doc. 5 attrice); così come è chiaro che, dal punto di vista economico, Sestri s.i. è una "creatura" della capogruppo Gepco e ne condivide la stessa sede genovese.

Tuttavia la legittimazione a contraddirre della convenuta discende da due precise circostanze:

Sestri Sviluppo Immobiliare è stata indicata nelle bozze dei preliminare come "*proprietaria di un compendio immobiliare sito in Sestri Levante in cui realizzerà un intervento immobiliare*" (v. le premesse della bozza 10.7.2001);

La convenuta condivideva con Gepco l'amministratore al rispettivo vertice, il marchese Giacomo Cattaneo Adorno - particolare su cui la difesa della convenuta sorvola nelle difese finali - il quale direttamente e personalmente trattò in più occasioni con la cooperativa e di suo pugno indicò nella seconda bozza di preliminare del luglio 2001 la Sestri Sviluppo Immobiliare come controparte della cooperativa, e perciò *attrice diretta e protagonista* del negoziato in corso; Dunque, la qualità di proprietaria dell'area conferiva a Sestri s.i. una legittimazione a trattare ben superiore a quella che le sarebbe derivata dall'essere semplice incaricata ad un certo punto della commercializzazione degli immobili da realizzare in quel di Sestri Levante; e dall'indicazione dell'organo di vertice sulle bozze dei preliminari, apposta di pugno per rendere chiaro alla Cooperativa a quale entità economica riferirsi nel negoziato, discende l'indiscutibile legittimazione passiva del mancato venditore, a prescindere da ogni divagazione circa la possibilità di evocare in causa anche la capogruppo Gepco.

Per stabilire se le trattative abortite avessero raggiunto o meno un tale livello di pregnanza da giustificare un ragionevole affidamento della Cooperativa sul perfezionamento del contratto preliminare per l'acquisto del fabbricato - secondo punto controverso in causa - occorre riferirsi alle evidenze orali e documentali acquisite nella fase istruttoria, che non sono però di non facile decifrazione vuoi per la *vicinanza* delle fonti esaminate alle parti che ne hanno chiesto la testimonianza, vuoi per la presenza di interpolazioni manuali sui testi delle bozze scambiate che rendono non sempre agevole l'individuazione dell'autore ed il significato delle integrazioni stesse richiedendo perciò un certosino lavoro di ricostruzione critica degli elaborati contrattuali.

Premesso che, *more solito*, le deposizioni acquisite ricalcano in modo abbastanza pedissequo gli schemi allegativi delle contrapposte parti, in consonanza con la parte che richiese l'escussione, vi è da osservare che nell'abbondante compendio orale vi sono due testimonianze che riassumono in modo veramente icastico le tesi dimostrative delle imprese coinvolte e che possono quindi costituire valida sintesi istruttoria delle "due campane" che si sono sentite nel processo. Largamente sovrapponibile agli assunti istruttori di Diogene Mare è il contributo del dottor Damiano Spera, magistrato in Milano e già vice-presidente della Cooperativa, che ha seguito lo sviluppo della trattativa partecipando anche in veste sostanzialmente consulenziale ad alcuni fondamentali incontri durante il negoziato. A suo dire: a) fin dal novembre 2000 l'oggetto del contratto (specifico fabbricato del lotto, il Bdx, e relativo corrispettivo di lire 3.850.000 al metro quadro) era stato definito e mai più posto in discussione; b) le questioni tecniche e l'abitabilità dei sottotetti, consentita da nuova normativa regionale, non costituivano

impedimenti alla stipulazione del preliminare; c) nell'autunno 2001 la trattativa era arrivata ad un livello così avanzato che, se la cooperativa avesse accettato le ultimissime correzioni apposte di pugno dal marchese Cattaneo Adorno nella riunione genovese del 29/1/2001 sulla bozza "definitiva" predisposta - come tutto lasciava immaginare, avendo la controparte aderito alle richieste principale salvo la fidejussione, rinunciabile da parte della Cooperativa - si sarebbe andati immediatamente al rogito notarile.

Di tutt'altro segno la deposizione del geom. Rutelli, dipendente Gepco incaricato di tenere i contatti con la Cooperativa, secondo il quale invece le trattative non erano arrivate ancora ad una svolta perché nell'inverno-primavera 2001 vi era stata lievitazione dei costi, vi erano ancora dettagli tecnici non definiti, permanevano nodi irrisolti circa le garanzie dovute dal costruttore e soprattutto vi era la novità di una nuova legislazione regionale che consentiva la realizzazione di ulteriori vani abitabili nei sottotetti.

Le ulteriori testimonianze acquisite non consentono di venire a capo del nodo controverso in fatto per la ragione che si adagiano rispettivamente sull'una o sull'altra tesi di parte, assecondando anch'esse - come le precedenti due - le deduzioni istruttorie delle parti intimanti: e così, mentre il dr. Mazza conferma integralmente la deposizione Spera e l'ex socio Martucci lo fa almeno per l'incontro con annessa cena milanese al ristorante don Juan del novembre 2000, il tecnico della Gepco sig. Gaggero riferisce di problemi sopravvenuti sui materiali costruttivi e sui maggiori volumi edificatori, come già detto dal Rutelli.

Non essendo possibile la decisione del caso in base alla "conta numerica" delle fonti testimoniali, è quindi altrove che va ricercato un metodo per saggierne l'affidabilità e, con ciò stesso, un più solido ancoraggio probatorio per determinare in modo razionale lo stadio a cui erano pervenute le trattative tra le due imprese quando esse cessarono alla fine dell'anno 2001.

A tali fini diventa perciò indispensabile una disamina critica delle evidenze documentali costituite non solo dal tardivo scambio epistolare tra le due imprese, ma principalmente delle tre bozze di contratto preliminare che sono state acquisite agli atti, come pure dei due deliberati della Cooperativa, emessi in epoca non sospetta, utili per fare il punto sul progressivo sviluppo della trattativa.

Qui si impone una breve digressione per puntualizzare di quali "supporti cartacei" si sta parlando perché le testimonianze e gli interPELLI inducono a qualche confusione: emblematico l'errore di datazione della terza bozza in cui incorre chiaramente il legale rappresentante di Diogene, rag. Buscemi, o l'attribuzione della medesima bozza ora al Mazza (secondo il Rutelli), ora al marchese Cattaneo Adorno (per il Mazza).

Ci si imbatte pertanto in primo luogo (doc. 5 Cooperativa) nella bozza di contratto preliminare di vendita che individua come parti stipulanti la cooperativa e Gepco di non sicura attribuzione cronologica, ma certamente per l'assenza di indicazioni specifiche ha tutto il sapore di un testo standard che: A) è di sicura provenienza del costruttore; B) è anteriore all'incontro milanese del novembre 2000, con annessa cena al ristorante di Juan, in cui fu concordato un prezzo di lire 2.850.000 al metro quadro. È infatti impensabile che in un testo successivo, il dettaglio del prezzo non fosse stato ancora formalizzato.

Il secondo abbozzo risale invece al luglio dell'anno successivo ed è stato trasmesso via fax dagli uffici della Gepco (che

sono anche quelli di Sestri Sviluppo Immobiliare) alla cooperativa (suo doc. 6) con la dizione accompagnatoria di "ultima bozza": il testo prodotto da Diogene sub 6 reca annotazioni manoscritte in parte di pugno del marchese Cattaneo Adorno, come quello sul soggetto "protagonista" del negoziato e sul prezzo di vendita. Essa contiene anche altri appunti su dettagli dei pagamenti e garanzie riferibili al dottor Spera, che risultano coerenti con una serie di richieste che la Cooperativa intendeva prospettare alla controparte in quel periodo, come si desume dai verbali dell'organo decisionale.

Il terzo documento rilevante è una bozza denominata "Contratto preliminare di compravendita di edificio destinato a residenza da realizzare in Sestri Levante" di cui le fonti testimoniali non hanno ben chiarito la paternità, ma che risulta espressamente contenere tutte le fondamentali richieste di integrazione esaminate nei precedenti citati deliberati consiliari.

In realtà, la logica porta a considerare prodotto tale testo in casa del potenziale venditore non solo per come è congegnato nel suo contenuto e nella sua forma grafica (un *calco migliorativo* dell'"ultima" bozza del 10/7/2001), ma soprattutto perché nella riunione del 27/10/2001 dell'organo amministrativo di Diogene si dà atto che non era ancora pervenuto il testo conclusivo, che sarà invece corretto manualmente dal marchese Cattaneo Adorno di lì a due giorni nell'incontro in programma tra le due parti: per cui non può essere bozza predisposta dalla Cooperativa, che ancora due giorni prima lo attendeva dalla controparte.

Tale fondamentale testo in bozza riporta un corredo di correzioni manoscritte di pugno del marchese Cattaneo Adorno, per quanto riconosciuto in sede di interrogatorio formale dallo stesso legale rappresentante dell'impresa convenuta. Ed è anche possibile stabilire l'occasione in cui le integrazioni manuali furono apposte: la riunione tenutasi tra i rappresentanti delle due parti in Genova il 29/10/2001, visto che sul punto regna la piena concordia tra tutti i testi esclusi.

Sul versante dei deliberati dell'organo amministrativo della Cooperativa, si è detto della riunione del luglio 2001 (verbale 23/7/2001 prod. 3), che dà per imminente la stipula del compromesso: per cui la Diogene delibera all'unanimità di addivenire alla conclusione del negoziato "sulla base della bozza trasmessaci", alludendo evidentemente al testo pervenuto il 10.7, con le integrazioni migliorative suggerite da alcuni soci, salvo in ogni caso la (controversa) fidejussione bancaria da richiedere al venditore. E si procede addirittura all'assegnazione dei costruendi alloggi ed a licenziare un piano finanziario per recuperare le risorse economiche per far fronte agli acconti.

Non meno interessante - perché anch'esso unilaterale, ma realizzato in epoca non sospetta in cui i rapporti con la controparte erano particolarmente fluidi e positivi - è il successivo verbale del 27/10/2001, di due giorni anteriore alla fondamentale riunione del 29 ottobre, nella quale viene fatto il punto conclusivo sulle questioni ormai definite nel negoziato (si veda la relazione del vice-presidente Spera) e data per imminente la conclusione formale dell'accordo.

Ora, analizzando tale sequenza documentale alla luce dei deliberati societari, si può dire che la deposizione dei testi di parte attrice appare ben più solida e affidabile di quanto riferito dagli ex amministratori e funzionari della Sestri Sviluppo Immobiliare per le seguenti ragioni.

Le modifiche man mano introdotte delle tre diverse bozze in

esame vanno a definire dettagli fondamentali di un futuro schema negoziale nel quale vengono fissati in primo luogo le parti stipulanti che, come già esposto, non sono più la Cooperativa Diogene e la Gepco ma, fin dal secondo testo, Sestri Sviluppo Immobiliare nella veste di promittente venditrice. In secondo luogo, si determina anche l'esatto oggetto della prestazione, che non è più uno qualunque degli otto fabbricati costruiti da Gepco e da vendersi a cura di Sestri s.i. ma la specifica palazzina denominata Bdx: precisazione, a cui si accompagna la definizione della fondamentale controprestazione chiesta alla cooperativa perché il 29/10/2001 viene definitivamente fissato in Lit 8.660.000.000 (160 milioni in più della controfferta della Cooperativa e 60 in più rispetto al testo del luglio 2001) il corrispettivo dovuto per l'acquisto dell'intero fabbricato. Inoltre vengono "scalettati" i pagamenti parziali e, sempre nella terza bozza, si stabilisce la misura definitiva della caparra, che nel frattempo la cooperativa si preoccupa di recuperare presso i soci mettendo insieme un miliardo e mezzo di lire a fronte del miliardo 720 milioni indicato a penna dal marchese nella riunione di fine ottobre 2001.

Tra la seconda e la terza versione, e dunque a cavallo dell'estate-autunno 2001, si consente a dare spazio durante i lavori costruttivi ad un professionista di fiducia di Diogene per controllare la buona qualità dei lavori, con il che non c'è ragione di optare per un rapporto di appalto.

Ridefinito a fine 2001 il prezzo finale del fabbricato, senza alcun accenno problematico nelle bozze alla nuova legislazione regionale che avrebbe consentito la realizzazione di 4 ulteriori alloggi, permane nell'ultima parte della trattativa un unico reale punto aperto: la pretesa della cooperativa di una fideiussione del costruttore a garanzia degli obblighi costruttivi. Ma questo è un aspetto importante ma che non riguarda l'oggetto essenziale del contratto, al quale la cooperativa aveva in animo di rinunciare, se la controparte si fosse irrigidita, come chiaramente manifestato nella missiva inviata il giorno di Natale dicembre 2001 e come riferito anche dal teste Mazza, secondo il quale il marchese aveva detto a chiare lettere che non avrebbero mai dato una tale garanzia.

L'analisi critica di queste risultanze porta dunque dire che lo stadio delle trattative era particolarmente avanzato ed anzi si era già delineato un vero e proprio accordo verbale su tutti punti essenziali del contratto di vendita, accordo ovviamente insuscettibile di dare luogo ad un valido contratto preliminare per difetto della forma scritta richiesta "ad substantiam".

E sempre lo stesso compendio documentale, nella sua consecuzione logica e cronologica, porta a convalidare quanto riferito dai testimoni intimati dalla cooperativa secondo i quali in più occasioni il marchese Cattaneo Adorno aveva detto a chiare lettere che l'affare era fatto e che il fabbricato sarebbe stato venduto ai magistrati; affermazione abbastanza impegnativa, che trova parziale ma eloquente riscontro anche in quanto riferito dai testimoni di parte convenuta. Infatti il Rutelli, che era l'epoca incaricato di tenere contatti con la cooperativa, riconosce che lo specifico fabbricato oggetto della compravendita ed il relativo corrispettivo a metro quadro erano già definiti fin dall'incontro milanese del novembre 2000, mentre il Gaggero ricorda che il marchese era molto interessato a concludere l'affare con la cooperativa, data la sua composizione.

Ma la vera "prova del nove" sull'atteggiamento di affidamento indotto nella Cooperativa è rappresentata dalla pro-

duzione 7 della Diogene: la bozza del contratto di finanziamento che la Cooperativa stava nel frattempo negoziando con un primario istituto bancario per ricavarne la provvista indispensabile all'acquisto: bozza trasmessa alla controparte *a sua richiesta* con missiva del 5.7.2001, di 5 giorni anteriore all'invio via fax dell'"ultima" bozza del contratto preliminare.

È chiaro che un'ingerenza così invasiva nella sfera patrimoniale del potenziale acquirente non è compatibile con un *pour parler* tra imprenditori: in questo caso chi vende - non paga delle qualità soggettive dei potenziali acquirenti - vuole essere tranquillo della solvibilità del suo interlocutore, per cui l'assenza di osservazioni o rilievi della contropartita sul documento finanziario non poteva che essere letto come un deciso ed importante passo avanti verso la stipulazione finale. Infatti, e non a caso, la risposta a tale invio è data dall'"ultima bozza" del contratto che arriva pochi giorni dopo alla Cooperativa.

Si può perciò affermare che le aspettative della Diogene per una sollecita e positiva conclusione del negoziato non erano parto di semplice immaginazione dei suoi soci ma trovavano un solido fondamento nelle reiterate manifestazioni di adesione alla cessione da parte del capo del gruppo economico che prendeva parte alle trattative, nella veste di venditore/costruttore, nonché principalmente nel contenuto delle bozze di articolato contrattuale man mano scambiate.

Si può passare a questo punto all'esame del terzo aspetto relativo agli elementi essenziali della responsabilità aquiliana di fonte precontrattuale, cioè l'ingiustificato ritiro dalle trattative.

Si tratta di un aspetto di particolare delicatezza perché, se la giurisprudenza si preoccupa di tutelare la parte che abbia fatto affidamento sulla conclusione del contratto, d'altro canto si rende ben conto che non può sacrificare in tale nome la libertà contrattuale: l'analisi di questo profilo va condotta quindi con circospetta cautela.

Ove si voglia tenere conto anche di un certo sviluppo della giurisprudenza di legittimità richiamato dalla difesa della convenuta, che sembra prendere in esame anche un atteggiamento di "malafede" della parte che recede dal negoziato, vi è da dire che il termine in questione non va enfatizzato fino a doversi pretendere una condotta quasi truffaldina, dato che la "malafede" è semplicemente il *contraltare negativo* del corretto e trasparente comportamento nella conduzione delle trattative: il che porta già a dire che, quanto più "impegnativi" siano stati gli sbocchi della trattativa, tanto più "giustificata" e "conforme a buona fede" avrà da essere la ragione del ritiro dalla stessa.

Si sono già enunciate le ragioni esposte dalle fonti testimoniali di parte Sestri Sviluppo Immobiliare a sostegno della corretta rinuncia a seguitare nel negoziato, e basta aggiungervi che l'accorta difesa della convenuta ha battuto con particolare insistenza sul tasto della novità costituita dalla legislazione regionale nel frattempo intervenuta (siamo nell'estate del 2001), in base alla quale era possibile rendere abitabili i sottotetti con conseguente aumento dei volumi edificabili: a tal fine, Sestri s.i. ha richiesta ed ottenuto un supplemento di consulenza sempre affidata al geom. Messina diretta stabilire l'incidenza economica in termini assoluti e percentuale di tali maggiori volumi edificabili sul valore dell'intero fabbricato, ottenendo dati di un certo interesse. Non si ritiene però che le giustificazioni esposte dalla convenuta per spiegare il ritiro dalle trattative siano realmente fondate, apparentando piuttosto efficaci costruzioni difensive

postume, perché in primo luogo è davvero singolare che di tutti gli *"impedimenti impedienti"* enunciati da Sestri S.I., che si sarebbero frapposti al perfezionamento delle intese, non vi sia la minima traccia nelle bozze di compromesso scambiate con la Cooperativa e neanche nella missiva del 7/1/2002 con cui l'amministratore di Sestri s.i. mise la definitiva parola fine alla trattativa.

Partendo dal punto sul quale maggiormente batte la difesa della convenuta, non può non lasciare sorpresi - con conseguenti dubbi sull'affidabilità dei testi Gaggero e Rutelli - il fatto che della questione relativa alla maggiore edificabilità dei sottotetti non si parli mai in tutte le bozze negoziali sottoposte, e neppure nella riunione consiliare degli organi direttivi di Diogene dell'ottobre 2001, per quanto gli incontri e gli scambi di bozze di articolati siano proseguiti ben dopo l'entrata in vigore del Legge della Regione Liguria n. 24 dell'agosto di quello stesso anno.

La mancanza di ogni riscontro documentale sull'indicata vicenda normativa, e relative ricadute edificatorie, la dice lunga sulla non essenzialità di tale questione rispetto all'accordo verbale già raggiunto alla fine dell'anno precedente. Tanto più che, come giustamente osservato dalla parte attrice, se è vero che la possibilità di realizzare maggiori volumi edilizi avrebbe determinato maggiori costi costruttivi del fabbricato, è anche vero che con uguale tempestività sarebbe stato possibile "tirare dentro" ulteriori soci nella Cooperativa o procurare maggiori acquisti da parte di alcuno dei soci già inseriti in essa, con conseguente possibilità di remunerazione di tutto il maggiore investimento.

È anche difficile credere che la novità normativa sia piovuta come un *fulmine a ciel sereno* per un soggetto professionalmente attrezzato nel settore edilizio come il gruppo Gepco, che nel periodo che qui interessa era senz'altro il maggiore costruttore cittadino: infatti la legislazione regionale ligure sui sottotetti dell'agosto 2001 non ha certo aperto la pista a tali modifiche urbanistiche, ma era ampiamente nell'aria da tempo, da tempo preannunciata e attesa per il semplice fatto che già altre regioni confinanti avevano in precedenza previsto tale forma di recupero abitativo particolarmente appetibile per le finanze locali.

Non è stata dunque la legge regionale a determinare il recesso di Sestri dalle trattative. E non è stato nemmeno l'aumento di prezzi, di cui parla il Rutelli ma, significativamente, non parla mai la corrispondenza scambiata tra le parti: un silenzio eloquente, visto che l'aumento poteva benissimo essere riassorbito attraverso lo scomputo dei materiali, come riferiscono gli altri testimoni. Il che ha una precisa logica economica: l'acquisto diretto da parte della cooperativa di una parte dei materiali, come riferito dai cessati amministratori e soci, avrebbe consentito di lucrare la deducibilità dell'Iva, con conseguente possibilità di riassorbire aumenti dei costi costruttivi.

Anche all'obiezione secondo cui le trattative si sarebbero trascinate vanamente per mesi, è agevole replicare richiamando nuovamente le bozze predisposte e tenendo conto della ricca sequenza di incontri pacificamente avvenuti tra Genova e Milano nell'anno e mezzo di contatti intercorsi che, per una vicenda economica del valore di quasi 9 miliardi di lire, è un periodo tutt'altro che "dilatato".

Dall'analisi dei contenuti economici delle bozze, si comprende che le parti sono state impegnate dapprima a risolvere al loro interno, e poi confrontare in contraddittorio tra di loro in una serie di incontri al vertice, una congerie di dati economici e richieste tecniche che interessavano le rispet-

tive posizioni. Alla fine, "la quadra" risultava trovata sul testo del 29/10/2001, salva l'unica questione aperta del rilascio di una fidejussione a garanzia da parte del costruttore: fermo diniego, di cui la Cooperativa alla fine prese atto pronta a rinunciarvi, anche perché nell'articolato finale erano state inserite una serie di "garanzie indirette" che essa aveva richiesto per poter in qualche modo controllare lo sviluppo della costruzione, quale ad esempio la presenza in cantiere di un proprio fiduciario con funzione anche di supervisione degli avanzamenti-lavori a cui erano collegati i pagamenti parziali.

Per tali ragioni, pur non potendosi considerare obiettivamente breve la durata del negoziato, non si può dire che la trattativa sia stata condotta in modo discontinuo o sfilacciato, tanto più quando si pensi che nel periodo considerato, per una maggiore incisività negoziale e per convenienza fiscale, i potenziali acquirenti si erano costituiti in una cooperativa impegnata esclusivamente sullo specifico obiettivo dell'acquisto del fabbricato Bdx. Ed il tempo trascorso serve egregiamente a definire i termini principali ed accessori dell'accordo, come pure a tenere conto delle variazioni sui prezzi pretese dal venditore, come confermato dai testimoni circa ripetuti incontri tra Genova e Milano e come fatto palese dalle variazioni introdotte nelle bozze di preliminare. L'analisi dello sviluppo della trattativa risulta decisivo anche per confutare un ulteriore aspetto indicato dai testimoni della convenuta a sostegno della tesi di una complessiva immaturità del negoziato: quella circa la pretesa di Diogene di trasformare la vendita in un appalto, di cui parla il Gaggero. Indubbiamente la Cooperativa aveva tutto l'interesse, di fronte ad un manufatto complesso ancora da realizzare - quando iniziano le trattative, non ci sono nemmeno i permessi a costruire - a negoziare uno schema contrattuale che prevedesse quanti più incisivi interventi da parte del soggetto interessato all'acquisto, e da tale ambito visuale un appalto risultava senza dubbio più conveniente rispetto alla semplice compravendita. Però, leggendo le posizioni emerse nell'organo direttivo della Cooperativa nelle sessioni del luglio e ottobre 2001, si comprende chiaramente che la possibilità di mutare lo schema principale del rapporto da vendita in appalto era una prospettiva già sfumata da tempo ben prima dell'estate del 2001, mentre le cautele ritenute indispensabili dalla potenziale acquirente risultavano già comprese - per quanto possibile - nell'"ultima" bozza del 10/7/2001, la quale conteneva una serie di acquisizioni importanti per Diogene proprio per quanto riguarda la qualità dell'opera in costruzione, come messo analiticamente in luce nella relazione del vice-presidente dr. Spera nell'ultima seduta consiliare del 2001.

Sulla specifica vicenda della fidejussione, oltre a dirsi che essa non costituì minimamente l'ostacolo finale che impedì la conclusione del negoziato, vi è da aggiungere che un atteggiamento non esattamente lineare e limpido al riguardo, semmai, fu quello tenuto dal mancato venditore.

Ed infatti, la pretesa che il costruttore rilasci una garanzia economica in riferimento alla buona esecuzione dei lavori non è così sorprendente, in uno schema negoziale che passa dalla "vendita secca" ad un maggiore coinvolgimento dell'acquirente nella fase costruttiva e quindi va a lambire i lidi dell'appalto (come auspicato dalla Cooperativa), per quanto formalmente si parli di vendita "di cosa futura". Il fatto è che la previsione di una simile clausola risulta contenuta nello stesso testo che Sestri s.i. inviò il 10 luglio alla Cooperativa, salvo poi a rimangiarsi tutto nell'incontro del succes-

sivo 29 ottobre, con il chiaro “NO” annotato a fianco all’art. 15 di pugno dal marchese.

Perché allora la trattativa è abortita, visto che il ritiro non motivato all’epoca di Sestri s.i. non trova alcuna conferma negli elementi di prova offerti al riguardo dalla parte convenuta?

Vi sono due elementi documentali ai quali si può fare riferimento per cercare di spiegare razionalmente il comportamento del mancato venditore, altrimenti incomprensibile e quasi capriccioso.

In primo luogo, la presenza come potenziali acquirenti di un gruppo di qualificati funzionari pubblici poteva essere un utile “fiore all’occhiello” per il costruttore nel momento in cui era ancora privo delle licenze edilizie per realizzare l’intero comparto in quel di Sestri Levante, come lascia intravedere la stessa testimonianza dei dipendenti Gepco nella parte in cui si sottolinea l’estremo interesse del marchese Cattaneo Adorno per trattare con una cooperativa costituita da magistrati ed alti funzionari di polizia; nel momento in cui le licenze arrivano, viene meno l’interesse a “tenersi buoni” acquirenti abbastanza esigenti, perciò non pare casuale che di lì a qualche mese la Cooperativa venga “scaricata”.

In secondo luogo, è chiaro che almeno nell’ultima fase della trattativa, Sestri stava con i piedi in due scarpe perché esaminava contemporaneamente anche altre offerte di acquirenti: lo dimostra la produzione 17, da cui risulta un’offerta di terzi per l’acquisto di uno degli appartamenti del fabbricato Bdx ad un prezzo superiore del 25% a quello già definito con Diogene nell’autunno 2000, offerta datata 28/2/2002, appena un mese e mezzo dopo la chiusura delle trattative con la Cooperativa.

Che cosa è successo nel frattempo, tra l'estate 2001 e l'inverno 2002, per spiegare questo progressivo voltafaccia di Sestri s.i.?

Tutto induce a credere che sia stata la “bolla immobiliare” collegata alla ricerca di “beni rifugio” di una qualche affidabilità, come il classico “mattone”, a fronte dello sconvolgimento dei mercati finanziari conseguente ai tragici fatti dell’11 settembre 2001, ad aver fatto progressivamente cambiare idea agli amministratori della mancata venditrice dando la stura a speculazioni ben più favorevoli di quella, già quasi completamente imbastita con Diogene.

Non vi è corrispondente conferma a questa ipotesi nelle difese processuali di Sestri s.i., che non ammettono trattative parallele e riservate condotte nel frattempo a prezzo maggiorato con altri contraenti (peraltro, difficili da completare in un mese!). Una tale ammissione, infatti, dimostrerebbe di per sé sola un atteggiamento di tale ambiguità e scorrettezza, da meritare appieno la definizione di “malafede”.

Infatti, in linea generale, il mutato quadro economico e le più favorevoli condizioni di mercato sono per il venditore circostanze che possono legittimare il ritiro da una meno vantaggiosa trattativa e la preferenza accordata ad un altro offerente, che sottoponga un’ipotesi più vantaggiosa. Ma il “quando” ed il “come” hanno un loro rilievo, ove si discuta della “trasparenza” nel ritiro da negoziato, perché una cosa è l’aver palesato chiaramente la contemporanea presenza di più tavoli di trattative aperte, altra cosa è condurle in segreto su tavoli paralleli dopo aver creato pesanti ed impegnativi affidamenti in una delle controparti.

Nel caso specifico, la potenziale acquirente - pur indubbiamente “attrezzata” - non è stata così accorta e smaliziata da aver negoziato una “perimetrazione” dell’oggetto contrattuale ed una clausola di esclusiva, magari con sostanziose

penali: accorgimenti che da qualche tempo si vedono inseriti nelle trattative di maggiore peso economico. Si tratta di veri e propri *contratti sul modo di condurre una certa trattativa*, che hanno l’evidente scopo di costringere le parti ad un approccio corretto, ad un *gioco a carte scoperte* che presenta l’indubbio vantaggio di rendere immediatamente percepibile la slealtà dell’uno o dell’altro partecipante al negoziato.

Perché dunque l’unica giustificazione accettabile per il ritiro dalla trattativa di Sestri s.i. non è stata palesata a luce meridiana, magari mettendo la Cooperativa in condizione di controporre un’offerta migliorativa?

La risposta sta nelle precedenti considerazioni. Il negoziato era arrivato ad un punto così avanzato, che il potenziale venditore non avrebbe potuto ritirarsi senza dare prova manifesta, potrebbe dirsi “liquida” e “da manuale”, di una *patente slealtà* nella conduzione della trattativa. Infatti, se formalmente una clausola di esclusiva non era stata pattuita, fin dall’autunno 2000 il marchese Cattaneo Adorno “aveva promesso” il palazzo Bdx alla Cooperativa e tale ripetuto impegno, proveniente dal capo di un importante gruppo economico, doveva ben valere più di una semplice esclusiva.

Inoltre, Sestri s.i. *non ha detto niente al momento giusto*, quello in cui avrebbe dovuto palesare l’interesse per altre offerte; anzi, il suo amministratore di persona ha stabilito un *nuovo prezzo* diverso da quello pattuito l’anno prima, con ciò ingenerando un affidamento anche maggiore sulla positiva conclusione della vicenda. Da tempo infatti risultava definita e mai più ridiscussa la controprestazione economica della Cooperativa, ben prima delle Torri Gemelle, inoltre l’affidamento di Diogene Mare era stato confermato proprio dall’ingerenza della potenziale venditrice nelle risorse finanziarie della Cooperativa e soprattutto nella determinazione “a penna” del compenso maggiorato preteso nel incontro del 29/10/2001: il che voleva dire, nella lingua degli imprenditori corretti, che la trattativa andava avanti a quelle ultime condizioni di prezzo, a prescindere dal mutato clima geopolitico internazionale.

Per tutte le ragioni esposte, conclusivamente, si ritiene che nel caso specifico Sestri s.i. non si sia comportata *correttamente* nei confronti della cooperativa, ai sensi e per gli effetti di cui all’art. 1337 c.c., ed anzi si osserva che *fino all’ultimo* essa ha colpevolmente alimentato un ragionevole affidamento sulla conclusione del contratto preliminare, mentre evidentemente trattava su altri tavoli la medesima prestazione.

Occorre perciò determinare le conseguenze risarcitorie di tale illecito comportamento, ed anche per la parte liquidatoria delle odiere statuzioni è opportuno premettere un breve quadro giurisprudenziale per fare il punto sulle più recenti acquisizioni nella materia che qui interessa, la quale ha subito significative variazioni nel corso dell’ultimo biennio. Per decenni l’ insegnamento consolidato del giudice di legittimità indicava nel mero “interesse negativo” il danno risarcibile, intendendo per tale le spese che non sarebbero state sostenute e le occasioni che non si sarebbero perse se il responsabile dell’illecito si fosse comportato correttamente nella gestione delle trattative.

Così la Corte di Cassazione, sez. III, nella sentenza 07-02-2006 n. 2525 conferma che: “*La responsabilità precontrattuale è configurabile in tutti i casi in cui un soggetto abbia compiuto azioni o sia incorso in omissioni contrastanti con i principi della correttezza e della buona fede... in caso di violazione della norma di cui all’art. 1337 c.c. il risarcimento del danno è limitato al c.d. «interesse negativo»..*”

Un qualche atteggiamento di maggiore apertura si comincia a registrare nell'ultimo biennio, quando le peculiarità di tali fattispecie inducono a riconsiderare l'indennizzo delle "occasioni perdute" e soprattutto delle "perdite" che, al di là dell'ossequio formale all' "interesse negativo", copre evidentemente anche una parte delle utilità attese dal contratto sfumato.

Si legge infatti nella Cassazione, sez. II, 27/10/2006, n. 23289: *"In tema di responsabilità precontrattuale, qualora in prossimità della messa in scena il committente di uno spettacolo receda ingiustificatamente dalle trattative per la conclusione del relativo contratto, il danno subito dagli artisti che abbiano eseguito le attività necessarie per la preparazione della rappresentazione, pur essendo limitato al c.d. interesse negativo, deve necessariamente tenere conto della peculiarità della condotta illecita, sicché il pregiudizio consiste, oltreché nel mancato guadagno per le altre occasioni contrattuali perdute, anche nella congrua retribuzione della sola opera intellettuale già eventualmente anticipata (alla stessa stregua delle spese sostenute durante le trattative); infatti, il mancato pagamento di una prestazione eseguita per giustificabile affidamento costituisce una perdita per chi vive di lavoro autonomo, atteso che le capacità e il tempo produttivo sarebbero stati destinati ad altro remunerato lavoro."*

Inoltre, per lungo tempo si era escluso che il successivo perfezionamento del contratto, ad onta del comportamento non conforme a buona fede di una delle parti nel corso delle trattative, consentisse di invocare i rimedi tipici della responsabilità precontrattuale. Questo limite però è venuto recentemente meno e da ultimo la Corte di Cassazione ha ritenuto che anche nell'ipotesi considerata si possano ottenere ristori per il comportamento scorretto di una delle parti idonei a ristorare la parte "corretta" dal pregiudizio immediatamente collegato al negativo comportamento (Cass., sez. III, 8/10/2008, n. 24795 Parti: Soc. Locat c. Soc. tipografia Danubio): *"...ne consegue che la violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non solo in caso di rottura ingiustificata delle trattative e, quindi, di mancata conclusione del contratto o di conclusione di un contratto invalido o inefficace, ma anche nel caso in cui il contratto concluso sia valido e, tuttavia, risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto (in applicazione del riportato principio, la suprema corte ha confermato la sentenza dei giudici di merito per i quali costituiva violazione del canone di buona fede di cui agli art. 1337 e 1338 c.c. il comportamento di una società di leasing che aveva omesso di informare la controparte circa la già avvenuta sospensione delle agevolazioni fiscali di cui alla l. n. 341 del 1995 e, anzi, aveva fornito assicurazioni circa la possibilità di far ricorso alle dette agevolazioni, per le quali la controparte medesima si era indotta alla stipula del contratto di locazione finanziaria).*

Mutano così, o meglio vengono integrati i presupposti di partenza, e questo si riverbera anche sul terreno delle conseguenze risarcitorie perché, secondo la stessa Cass., 24795/2008, *"...il risarcimento del danno deve essere ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal comportamento tenuto dall'altra parte in violazione dell'obbligo di buona fede, salvo che sia dimostrata l'esistenza di ulteriori danni che risultino collegati a detto comportamento da un rapporto rigorosamente consequenziale e diretto"*. Opinione, quest'ultima, che già le Sezioni unite anticipavano con la nota decisione del 19/12/2007 n. 26724 in materia di intermediazione finanziaria con riferimento alla formazione del cd. "contratto quadro" che deve precedere l'acquisizione di valori mobiliari.

È chiaro che in questo modo il tradizionale orientamento che si è riferito in esordio risulta in via di superamento anche sul piano liquidatorio perché tramite il "minor vantaggio" ed il "danno consequenziale ulteriore" progressivamente ci si avvicina, senza poterli mai raggiungere, ai confini del danno emergente e del lucro cessante previsti in termini di "interesse positivo" come "conseguenza immediata e diretta" dell'illecito: confini propri della responsabilità contrattuale "piena" in base al disposto degli artt. 1223 e ss. c.c. Ciò detto in linea generale, nel caso di specie, parlando di costi da rifondere, nessuna novità: dovranno essere rimborsati gli oneri che la cooperativa ha sostenuto per addivenire ad una valida stipulazione, e qui si parla dei costi di costituzione e funzionamento della società, ma anche quelli di prossima liquidazione essendo venuto meno l'unico affare che esauriva per intero l'attività sociale.

I costi di impianto sono documentati puntualmente (doc. 13 e 14 attrice: euro 6514,81). Si può ritenere che la somma corrispondente occorrerà per portare ad estinzione la cooperativa, mentre i costi gestionali nel periodo di vita della Cooperativa possono equitativamente determinarsi in metà delle spese di impianto. Si parla perciò di complessivi euro 16.287,02.

Si deve ancora tenere presente che Diogene Mare dovrà restituire ai soci gli acconti corrisposti per la caparra richiesta dal mancato venditore, e ciò determinerà costi finanziari non inferiori al 2% del miliardo e mezzo accantonato a tale scopo: pertanto euro 15.493,71 (lire 1.500.000.000 per 2% al cambio noto).

L'aspetto più problematico di questa vicenda è però un altro, si colloca sul piano dei "minori vantaggi e dei "danni ulteriori" conseguiti e si collega alle precedenti osservazioni circa l'evoluzione dei "fatti costitutivi" e presupposti della responsabilità precontrattuale: vale a dire se - non essendo emersa alcuna più favorevole occasione di investimento immobiliare, non coltivata per le scorrettezze di Sestri s.i. - si possa risarcire in tutto o in parte *l'interesse positivo* che la Cooperativa aveva di mira e ne giustificò a suo tempo nascita e funzionamento.

Ora, a ben vedere, il riconoscimento di un risarcimento per responsabilità precontrattuale determinato all'interno del "profitto negativo" per perdite di occasioni favorevoli è un limite risarcitorio che in realtà non trova testuale aggancio nel diritto positivo - di contro agli artt. 1223 e ss. c.c. validi per qualunque liquidazione risarcitoria, ed anche per quella della responsabilità dell'art. 1337 c.c. che è pur sempre "species" della responsabilità aquiliana.

Un limite, inoltre, che appare singolarmente asfittico perché sembra ritagliato solo per una trattativa che riguardi soggetti professionali impegnati nella cessione di beni fungibili; mentre tutto diventa decisamente più arduo quando il negoziato è stato condotto con concorde riferimento ad un bene non fungibile di cui una sola delle parti aveva la disponibilità.

Nel settore della responsabilità professionale e più in generale contrattuale si è assistito nell'ultimo decennio ad una sempre più decisa presa di posizione per la risarcibilità di situazione protette che, pur non giunte allo stadio di completa maturazione del diritto di una parte per effetto dell'indempimento dell'altro contraente, ciò nondimeno vi sarebbero pervenute secondo canoni di normalità. Capostipite di questo orientamento è la nota sentenza sul risarcimento del danno da perdita di *chances* resa dalla Corte di Cassazione sezione II civile, 13/12/2001, n. 15759 Agrizoo Frassineto c. Frangella (in *Foro It.*, 2002, I, 1804), secondo la quale:

“La chance di conseguire un determinato bene non è una mera aspettativa di fatto bensì un’entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile d’autonoma valutazione, onde la sua perdita costituisce una lesione all’integrità del patrimonio risarcibile come conseguenza immediata e diretta dell’imadempimento del danneggiante”.

Ritiene questo giudice, anche in riferimento a precise suggestioni che vengono dalla giurisprudenza d’Oltralpe sullo stesso argomento, che proprio nell’ambito dell’elaborazione giurisprudenziale circa la perdita di *chance* si trovi un adeguato correttivo per l’equo ristoro dei “minori vantaggi” e dei “danni consequenziali ulteriori” di cui alla Cassaz. 27795/2008 per tutte le situazioni nelle quali le trattative siano arrivate ad un livello di comune dettaglio immediatamente precedente la formalizzazione di offerta e accettazione, e ancor più nei casi in cui esista un’intesa verbale non tutelata dall’ordinamento perché ancora mancante della sola forma prevista per la sua validità: e tale è l’odierna fatispecie per quanto precedentemente esposto.

Nella situazione considerata, risarcire il danno in base al criterio tradizionale dell’interesse negativo determinerebbe un’agevolazione in favore della parte che si è comportata molto slealmente, determinando un apprezzabile pregiudizio alla Cooperativa: tale agevolazione liquidatoria sembra del tutto gratuita e non pare considerare la “ratio” non solo compensativa, ma anche sanzionatoria nei confronti del contraente “scorretto”, che sta alla base dell’articolo 1337 c.c., per come la responsabilità precontrattuale si è venuta evolvendo nel “diritto vivente”.

In conclusione, nella misura in cui si può fare riferimento ad una percentuale dell’interesse positivo, che ovviamente sarà più alta quanto più evoluta fosse la trattativa e prossimo al perfezionamento il rapporto, risulta anche possibile trovare appagante risposta sul terreno liquidatorio alla necessaria evoluzione del quadro giurisprudenziale tradizionale, già cominciata sul versante dei presupposti stessi della responsabilità precontrattuale e da trasferirsi oggi anche sul piano dei canoni liquidatori. E questo, grazie all’applicazione nella specie di categorie già consolidate nel parallelo settore della responsabilità contrattuale, le quali hanno indubbia aderenza rispetto al caso in esame in quanto apparivano probabili (non semplicemente possibili) determinate conseguenze positive dalla fruttuosa formalizzazione delle trattative, di cui il soggetto danneggiato non ha potuto giovarsi per la scorrettezza della controparte.

Naturalmente, proprio perché il rapporto non si era compiutamente perfezionato, sarebbe assurdo riferirsi all’intero “interesse positivo” che la Cooperativa avrebbe fatto proprio stipulando dapprima il compromesso e poi il rogito de-

finitivo alle condizioni mese a fuoco ad inizio novembre 2001, come pretenderebbe la stessa Diogene Mare reclamando l’intero valore del fabbricato. Invece è possibile e doveroso determinare in percentuale il giusto ristoro che tenga conto di quelle che sarebbero state le normali conseguenze del rispetto da parte di Sestri degli affidamenti indotti, e si stima equo determinare tale misura - visto lo stadio assai evoluto a cui era giunto il negoziato - nel 40% della differenza tra il valore del bene ed il prezzo preteso.

Ora, secondo le determinazioni peritali disponibili, nel maggio 2000 il fabbricato valeva 8.792.901.959, arrotondabili a 8.967.840.000 a novembre 2001, considerando un aumento del 2% nel frattempo intervenuto, mentre il prezzo concordemente determinato in forma orale era di 8.660.000.000: l’occasione economica perduta è quindi pari alla differenza di lire 175.840.000 milioni da cui, applicando l’indicata percentuale equitativa, deriva un risarcimento del vantaggio mancato pari a lire 123.136.000 cioè euro 63.594,44.

In definitiva, quindi, alla Cooperativa risultano dovuti euro 16.287,02 per rimborsi di spese passate e future ed euro 15.493,71 per oneri finanziari, nonché euro 63.594,44 per il danno da occasione mancata; con valutazione equitativa che viene portata ad euro 95.000 espressa in valuta data odierna e conseguente possibilità di rifondere i soli interessi legali da oggi al saldo effettivo.

Le spese di lite, che seguono la soccombenza, vengono determinate in relazione al pertinente scaglione tariffario (fino a 103 mila euro) ma meritano di essere compensate per un terzo perché l’esagerata richiesta iniziale della Cooperativa, che reclamava come risarcimento l’intero valore del fabbricato, ha impedito fin dal primo momento di poter esplorare alcuna utile ipotesi conciliativa.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione o difesa respinte, ritenuta la responsabilità precontrattuale di Sestri Sviluppo Immobiliare s.r.l. in relazione alle trattative condotte con Diogene Mare scrl in vista della cessione del fabbricato Bdx nel comprensorio UA4 del piano di riqualificazione urbana di Sestri Levante, dichiara tenuta la convenuta al risarcimento del danno corrispondente e conseguentemente condanna Sestri Sviluppo Immobiliare a corrispondere all’attrice la complessiva cifra di euro 95.000,00 (novantacinquemila) in valuta data odierna, con gli interessi legali dall’odierna liquidazione al saldo effettivo Condanna la socombente alla rifusione dei due terzi delle spese di lite.

(...Omissis...)

restaurant
YUAN

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



Massime

Tribunale di Genova, sez. I civ., 21 gennaio 2007, n. 290 - Giudice Unico Casanova - Chiodelli (Avv.ti Capozio e Del Duomo) c. Ratti (Avv.ti Manno, Ariberti, Scrivo).

CONTRATTO in genere - preliminare di compravendita di immobile gravato da mutui ipotecari non assolti - legittimità del recesso - obbligo di restituzione della caparra - inadempimento - onere della prova sul debitore.

(Art. 1351 c.c.)

È legittimo il recesso dal contratto preliminare di compravendita di immobile gravato da mutui ipotecari, con obbligo di restituzione del doppio della caparra versata, per l'inadempimento della parte che non aveva provveduto all'estinzione delle ipoteche gravanti su tutto il bene, gravando sul debitore l'onere della prova dell'assolvimento del mutuo.

FR.SCA.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 12 febbraio 2007, n. 469 - Giudice Unico Caiazzo - Virgin Active Italia S.p.A. (Avv. Canadri) c. Strangio Roberta (Avv. Calcagno).

CONTRATTO in genere - contratto di abbonamento a palestra - condizioni generali del contratto - valido consenso - nullità parziale - intellegibilità delle clausole contrattuali - insussistenza.

(Art. 1419 c.c.)

È valido ed efficace il contratto di abbonamento a palestra qualora sulle condizioni generali del contratto, riportate nel modulo di adesione ma difficilmente leggibili, non sia stato espresso un valido consenso. Ciò infatti, non comporta la nullità dell'intero negozio trovando applicazione il disposto dell'art. 1419 c.c. per il quale la nullità delle singole clausole, importa la nullità dell'intero contratto solo se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità, circostanza che nella specie era da escludere, posto che le clausole nulle, proprio a causa della loro intellegibilità, non hanno influito sul perfezionamento dell'accordo.

FR.SCA.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 20 gennaio 2009, n. 261 - Giudice Unico Zuccolini - Aedis S.r.l. (Avv. Piovani) c. Lodi Mario e Figli S.n.c. (Avv.ti Canepa e Cecchi) c. Carige.

CONTRATTO in genere - contratto preliminare di compravendita di immobile - elementi occorrenti al fine della conclusione dell'affare - criteri

(Art. 1351 c.c.)

CONTRATTO in genere - condizione del contratto - adempimento quale condizione del contratto - condizione potestativa semplice - risarcibilità ex 1223 c.c. - insussistenza.

(Artt. 1223, 1322 c.c.)

CONTRATTO in genere - risoluzione del contratto - caparra confirmatoria - inadempimento di non scarsa rilevanza - limiti.

(Art. 1385 c.c.)

Ove le parti di una scrittura abbiano posto in essere tutti gli elementi occorrenti al fine della conclusione dell'affare (nella specie, identificazione dei beni oggetto di compravendita, indicazione del prezzo, modalità di pagamento, data di consegna del bene immobile e data della stipula del rogito), occorrenti al fine della conclusione dell'affare, deve ritenersi che esse si siano vincolate attraverso un contratto preliminare di compravendita, dovendosi attribuire al successivo compromesso, di cui le parti hanno comunque previsto la stipulazione, una funzione meramente riproduttiva di un accordo già completo.

La condizione costituisce elemento accidentale del negozio giuridico, in quanto tale distinto dagli elementi essenziali astrattamente previsti per ciascun contratto tipico nelle rispettive fatispecie normative, con la conseguenza che rappresenta tendenzialmente un evento esterno rispetto alla fatispecie contrattuale, che non può concretizzarsi in un fatto od in un atto già ricompreso nell'oggetto del contratto medesimo o rappresentante la funzione di esso.

Tuttavia, non sembra revocabile in dubbio, che, in virtù del principio generale dell'autonomia contrattuale di cui al 1322 c.c., i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante, in senso tanto sospensivo quanto risolutivo dell'efficacia del contratto, il concreto adempimento od inadempimento d'una delle obbligazioni principali dello stesso e conseguentemente, l'esecuzione della prestazione da parte di uno dei contraenti può assumere carattere di condizione del contratto, quando risulti rigorosamente provata una specifica volontà in tal senso dalle parti stipulanti.

In tal caso non ricorre un'ipotesi di condizione meramente potestativa (risolutiva), in cui l'adempimento dell'impegno assunto dalla parte è rimesso puramente e semplicemente all'arbitrio della stessa, bensì di condizione potestativa semplice, in quanto, l'adempimento, pur dipendendo dalla volontà delle parti, si presenta per la parte quale scelta alternativa, capace di soddisfare un suo interesse determinato rispetto all'inadempimento, idoneo a sua volta a soddisfare un suo specifico interesse, non influendo in questo modo sulla validità del negozio.

Conseguentemente deve escludersi che il suo verificarsi possa essere fondamentalmente invocato dalla controparte quale illecito contrattuale e fonte di obbligazione risarcitoria ex art. 1223 c.c.; in vero, nel comportamento della parte che non esegue la prestazione va raffigurato in tal caso, non un illecito contrattuale, bensì il legittimo esercizio di una potestà convenzionalmente attribuita, in quanto costituente l'evento espressamente dedotto in condizione risolutiva potestativa per concorde volontà d'entrambe le parti.

Il rimedio accordato alla parte adempiente dal 2° comma dell'art. 1385 c.c., costituisce uno strumento speciale di risoluzione del contratto, che si differenzia dal rimedio della risoluzione secondo i principi ordinari, in quanto la pronuncia di risoluzione a seguito del recesso della parte non inadempiente, e a fronte dell'inadempimento, non di scarsa rilevanza della controparte, è una pronuncia dichiarativa e non costitutiva, ed in quanto la parte adempiente è sollevata dall'onere di provare il danno effettivamente subito. La caparra confirmatoria assume quindi la funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento, per l'ipotesi di esercizio della facoltà di recesso, e perde invece, tale funzione, ove la parte non inadempiente preferisca domandare la risoluzione del contratto ai sensi del 3° comma secondo i principi ordinari, così soggiacendo il risarcimento del danno alle regole generali, e quindi alla prova dell'an e del quantum.

(Nella specie, a fronte della perdita di efficacia del contratto preliminare per verificazione dell'evento - mancato consenso della banca, previsto come condizione risolutiva del contratto stesso, venne escluso l'inadempimento imputabile alla parte convenuta, tale da giustificare un recesso di parte attrice ex art. 1385 c.c.).

FR.SCA.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 gennaio 2009, n. 327 - Giudice Unico P. Bozzo Costa - C.G. (Avv. Marletta) c. Ospedale Evangelico Internazionale (Avv. Gavino).

CONTRATTO in genere - responsabilità contrattuale dell'ente ospedaliero - responsabilità professionale dei medici fondata sul contatto sociale - sussistenza.

(Artt. 1218 e 2236 c.c.)

DANNI in materia civile - consenso libero informato - violazione - risarcibilità ex art. 2059 c.c. - lesione di un interesse costituzionalmente protetto - parametri equitativi - rilevanza.

(Art. 2059 c.c.).

La responsabilità dell'ente ospedaliero ha natura contrattuale, sul rilievo che l'accettazione del paziente in ospedale ai fini del ricovero, comporta la conclusione di un contratto.

La responsabilità dei medici verso il paziente si fonda sul rapporto contrattuale di fatto originato dal "contatto sociale". Nel rapporto con i medici dipendenti della struttura ospedaliera, la responsabilità contrattuale deriva dall'affidamento professionale che si crea nel paziente verso il medico a seguito del contatto sociale avvenuto in ospedale. La particolare professionalità del medico, a seguito del contatto sociale avvenuto in ospedale, è quindi fonte di affidamento per il paziente e, in caso di violazione di detto affidamento è fonte di responsabilità ai sensi dell'art. 1218 c.c., fatte salve le ipotesi di particolare complessità della prestazione, alle quali consegue una limitazione di responsabilità ai sensi dell'art. 2236 c.c.

Il diritto all'informazione in materia sanitaria, per quanto attiene le scelte personalissime che ciascuno è chiamato a compiere per la salvaguardia della propria persona e salute, costituisce uno snodo fondamentale nel rapporto medico-paziente. Conseguentemente il consenso informato costituisce legittimazione ed il fondamento del trattamento, tanto che senza detto consenso, l'intervento si pone - al di fuori dei casi di trattamento sanitario obbligatorio per legge o per stato di necessità - come illecito, anche quando è fatto nell'interesse del paziente.

Il consenso libero ed informato rappresenta ormai da tempo, pacificamente, una forma di rispetto per la libertà individuale ed un mezzo per il perseguitamento dei suoi migliori interessi. Di fatti ha come correlato la facoltà di scegliere non più solo tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma anche eventualmente di rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla in tutte le fasi della vita anche in quella terminale, in conformità e nel rispetto del principio personalistico che anima la nostra Costituzione e della nuova dimensione che ha assunto il concetto stesso di salute ai giorni nostri.

Il riconoscimento di una dimensione di "diritto fondamentale" attribuibile al consenso informato, posto a presidio della dignità della persona e del suo diritto ad autodeterminarsi rispetto alle cure mediche, è del tutto coerente con i recenti indirizzi giurisprudenziali sulla immediata risarcibilità delle lesioni che abbiano ad oggetto, per l'appunto, diritti fondamentali della persona umana oggetto di protezione costituzionale. Tali lesioni realizzano quindi un danno ingiusto per definizione e come tale, risarcibile, ex art. 2059 c.c., quale ingiusta lesione di un interesse inerente alla persona costituzionalmente protetto.

Il danno risarcibile si verifica e matura, quando vi è stata violazione dell'obbligo del consenso libero ed informato sulle prevedibili e possibili conseguenze, dannose per la salute, di una certa terapia o di un certo intervento chirurgico, a prescindere da come il paziente si sarebbe comportato se fosse stato correttamente informato, a prescindere quindi dalle opzioni che avrebbe avuto il paziente se avesse avuto piena cognizione dei costi-benefici dell'atto medico propostogli.

È dunque risarcibile il pregiudizio non patrimoniale derivato dalla violazione dell'obbligo del consenso informato quindi lesivo delle ragioni di una libera e consapevole scelta della parte attrice, costituzionalmente tutelate e per la cui liquidazione di deve necessariamente ricorrere a parametri equitativi.

FR.SCA.

Tribunale di Chiavari, 22 giugno 2009, n. 503, Giudice Unico Grasso - Coppola (Avv. Bongiorno Gallegra) c. Gaiani (Avv.ti Caprioli e Contatore).

CONTRATTO in genere - negozio fiduciario relativo a beni immobili - equiparazione al contratto preliminare - forma scritta ad substantiam.

(Artt. 1350 e 1351 c.c.)

Il pactum fiduciae con il quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o di altro soggetto da costui designato richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad "substantiam" atteso che essa è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la stessa forma del contratto definitivo.

(Conf.: ex multis Cass., n. 9849/00)

C.GRA.

Tribunale di Chiavari, 13 ottobre 2009, n. 712, Giudice Unico Grasso - Ferretti (Avv.ti Gogioso e Rinaldi Abiuso) c. Immobiliare Andrea S.r.l. (Avv.ti Baroni e Cecchi).

CONTRATTO in genere - contratto di subappalto - responsabilità del subcommittente nei confronti di terzi - ingerenza sull'attività del subappaltatore - sussistenza.

(Art. 1656 c.c.)

In materia di subappalto, il subcommittente risponde nei confronti dei terzi in luogo del subappaltatore solo nel caso in cui - esorbitando dalla mera sorveglianza sull'opera oggetto del contratto ai fini di per venire alla corrispondenza tra quanto pattuito e quanto viene ad eseguirsi - abbia esercitato una ingerenza sull'attività di quest'ultimo così penetrante da ridurlo al ruolo di mero esecutore.

(Conf.: Cass., n. 4361/05; Cass., n. 9065/06)

C.GRA

Tribunale di Albenga, 17 luglio 2009 - Giudice Unico Princiotta - Rastaldo (Avv.ti Boragni e Bellardi) c. Frattini (Avv.ti Gabei e Bandini).

CONTRATTO in genere - contratto preliminare - violenza morale - domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto - reiezione.

(Artt. 1434 e segg. e 2932 c.c.)

Va respinta la richiesta di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, nell'ipotesi in cui, in base alla domanda svolta in

una riconvenzionale da parte convenuta, il contratto preliminare di compravendita (su cui era basata la domanda ex art. 2932 c.c.), venga annullato per violenza morale.

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 6 agosto 2009 - Giudice Unico Princiotta - Verri e Orlandi (Avv. Picasso) c. Usanna (Avv. ti Caniano e Vazio).

CONTARATTO in genere - esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto - prescrizione ordinaria - sussiste.

(Artt. 2932 e 2946 c.c.)

La domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto è soggetta all'ordinario termine di prescrizione decennale, in quanto il contratto preliminare è fonte di diritti, tra cui, principalmente, quelli relativi alla stipula del contratto definitivo, diritti soggetti all'ordinario termine prescrizionale, qualora l'azione, strumentale rispetto ad essi, prevista dall'art. 2932 cc. e volta al conseguimento di una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso, non sia esercitata entro il suddetto termine.

(Conf.: Cass., sez. II, 18 dicembre 1999, n. 14276)

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 19 novembre 2009 - Giudice Unico Isola - New my friends (Avv. ti Bottaro e Re) c. Scognamillo (Avv. Taula) e c. Ava (Avv. Mellano).

CONTRATTO in genere - riparazione di autovettura - contratto misto d'opera e deposito.

Il contratto con il quale un carrozziere si impegna a riparare l'automobile ed a custodirlo sino alla restituzione è un contratto misto e atipico, a struttura onerosa, che partecipa sia della natura del contratto d'opera sia della natura del contratto di deposito.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 gennaio 2009, Giudice Unico Bozzo Costa - C. G. (Avv. Castellano) c. F. M. (Avv. Assandri).

DANNI in materia civile - danno non patrimoniale - danno biologico - altre componenti del danno non patrimoniale - criteri di liquidazione.

Il reato di lesioni dolose configura anche un fatto illecito in sede civile. La violazione del diritto costituzionale alla salute comporta, sul piano risarcitorio, il ristoro del danno non patrimoniale, secondo la lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., confermata anche dalla più recente giurisprudenza della Suprema Corte.

Una delle componenti essenziali del suddetto danno non patrimoniale è costituita dal danno biologico, per la liquidazione del quale non si utilizza più il metodo del calcolo basato sul triplo della pensione sociale, bensì viene adottato il sistema del "punto tabellare", avendo come riferimento le tabelle in uso presso il Tribunale di Milano.

La nuova voce di danno biologico cd. "personalizzato" fa riferimento agli aspetti dinamico-relazionali specifici della lesione subita, ossia va a valutare quali sono state le conseguenze negative causate dalla lesione fisica, sia nell'ambito delle attività quotidianamente svolte dal danneggiato, sia sulle attività non produttive di reddito.

Residuano alcune componenti del danno non patrimoniale, diverse dal danno biologico "personalizzato", e più precisamente si fa riferimento al danno morale inteso nell'accezione più tradizionale che

spetta, ex art. 2056 c.c., salvo prove e allegazioni ulteriori, nella misura pari all'importo dell'inabilità temporanea riconosciuta.

All'interno del danno non patrimoniale vengono infine ricompresi tutti quegli eventi pregiudizievoli, come gli interventi chirurgici, ricoveri ospedalieri o le ingeressature, che hanno provocato un ulteriore peggioramento delle condizioni di vita della vittima e che sono desumibili anche in via di presunzioni semplici.

FE.MAR.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 28 gennaio 2009, n. 403 - Giudice Unico Bozzo Costa - C.M. (Avv. Forgione) c. AMT Genova, Azienda Mobilità e Trasporti e Fondiaria SAI S.p.a (Avv. Maffi).

DANNI in materia civile - danno alla persona - danno biologico - insieme di conseguenze negative prodotte dalla lesione nella vita quotidiana e sulle varie attività arredituali del soggetto - criteri liquidativi.

(artt. 138, 139 cod ass.)

La nuova voce di danno biologico (che nella giurisprudenza dell'Ufficio era in precedenza denominata "danno esistenziale" e calcolata quando ritenuta sussistente in una percentuale dell'IP, accertata in sede medico-legale), fa riferimento ad aspetti dinamico-relazionali specifici della compromissione della salute della singola vittima e, dunque, variabili concretamente da caso a caso, quale insieme di conseguenze negative prodotte dalla lesione nella vita quotidiana e sulle varie attività arredituali del soggetto, calcolati in termini percentuali rispetto alla somma riconosciuta come IP secondo le indicazioni fornite dagli artt. 138 e 139 cod. ass.

FR.SCA.

Tribunale di Imperia, 26 febbraio 2009, n. 70 - Giudice Unico Drago - A. F. (Avv. Galotta) c. U. S. L. n. 1 Imperiese e G. M. (Avv. Battistotti).

DANNI in materie civile - bipolarità - danno non patrimoniale - suddivisione in sottocategorie - impossibilità.

(Art. 2059 c.c.)

Il danno civilistico deve essere concepito in senso bipolare, ossia attraverso una sua distinzione in danno patrimoniale e non patrimoniale. Il danno non patrimoniale può a sua volta essere risarcito solamente in due ipotesi: quella in cui la sua risarcibilità sia espressamente prevista dalla legge (ad esempio, nel caso in cui il fatto illecito integri gli estremi di un reato) e quella in cui essa sia ammessa attraverso una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., per avere il fatto illecito leso gravemente un diritto della persona tutelato dalla Costituzione.

Il danno non patrimoniale costituisce un'unica ed omnicomprensiva categoria di pregiudizio all'interno della quale non è possibile operare un'ulteriore suddivisione, se non con valenza puramente descrittiva. Pertanto, al fine di evitare indebite duplicazioni, il Giudice dovrà tenere conto delle distinte implicazioni dannose e liquidarle nell'ambito del danno biologico, al quale va ricondotta ogni sofferenza fisica e psicologica in grado di incidere sugli aspetti dinamico-relazionali della vita del danneggiato e per la cui liquidazione, oltre all'uso delle tabelle elaborate dalla giurisprudenza, dovrà procedersi ad un'adeguata personalizzazione, anche sulla base di presunzioni (in tal senso si sono espresse le Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 26972 dell'11/11/2008, richiamata ampiamente nel provvedimento qui massimato). (Nel caso di specie, è stato riconosciuto il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale, inteso nella sua forma om-

nicomprensiva, ad una paziente che aveva riportato una grave invalidità permanente a causa di un'inescusabile negligenza medica nella fase post-operatoria, che aveva determinato complicanze del tutto prevedibili nel caso concreto e dunque evitabili).

F. RPT.

Tribunale di Chiavari, 11 giugno 2009, n. 475, Giudice Unico Grasso - Fontana (Avv. Lanero) c. Deutsche Bank S.p.A. (Avv.ti Cirenei, Castellani e Arcucci).

DANNI in materia civile - fatto illecito del commesso - responsabilità indiretta del committente - applicabilità del principio di occasionalità necessaria tra attività del commesso e mansioni affidategli dal committente.

(Art. 2049 c.c.)

Perché si configuri la c.d. responsabilità indiretta del padrone o del committente per i danni determinati dal fatto illecito del commesso, pur non occorrendo che detto soggetto abbia agito nello svolgimento delle specifiche funzioni e dei soli incarichi che ineriscono alla natura del rapporto esistente tra committente e commesso, essendo sufficiente un nesso di occasionalità tra l'illecito e il rapporto che lega detti soggetti, è tuttavia necessario che la condotta del commesso possa essere riferita alla sfera giuridica del committente con nesso di occasionalità necessaria, ovvero che il commesso, sia pure eccedendo i limiti dell'incarico o addirittura in trasgressione agli ordini ricevuti, abbia, comunque, operato perseguitando finalità coerenti con quelle in vista delle quali le mansioni gli furono affidate e non finalità proprie, alle quali il committente non sia, neppure mediamente, interessato o compartecipe.

(Conf.: *ex multis*, Cass., n. 6033/08)

C.GRA.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 gennaio 2009, Giudice Unico Scarzella - V.T. (Avv. Chiocca) c. Iride Acqua e Gas (Avv. Bartesaghi) e c. Iride Mercato (Avv. Forelli).

GIURISDIZIONE - controversia tra consumatore finale e cedente di beni e/o servizi - clausole del modello contrattuale - errata applicazione aliquota Iva - giurisdizione dell'Autorità Giudiziaria Ordinaria - sussistenza.

PROCEDIMENTO civile - giudizio secondo equità - automatica applicazione per cause di valore minimo - esclusione - contratti conclusi tramite moduli o formulari - giudizio di diritto.

Nel caso di controversia tra consumatore finale e Società che eroga un bene e/o un servizio, in cui il consumatore lamenti l'illegittimità delle clausole contenute nel "modello contrattuale" da lui stesso sottoscritto, nelle quali era prevista un'applicazione di aliquota Iva al 20% per la somministrazione di gas nei periodi di chiusura degli impianti di riscaldamento e nei periodi di "uso promiscuo", la giurisdizione spetta al giudice ordinario.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione e la giurisprudenza più recente hanno più volte affermato che la suddetta controversia non ha ad oggetto un rapporto tributario tra contribuente e Amministrazione finanziaria, ma invero un rapporto privatistico, essendo le due parti contrattuali due soggetti privati.

La Suprema Corte ha altresì ripetutamente stabilito che la giurisdizione spetta al giudice ordinario, in quanto il soggetto passivo dell'iva è il professionista o l'imprenditore che cede il bene o il servizio e spetta a costui addebitare, in via di rivalsa, l'imposta al cessionario o al committente, che non possono essere considerati soggetti passivi ai fini Iva.

In tema di giudizio secondo equità non può valere come regola generale, applicabile alla totalità dei casi, quella espressa nel 1° comma dell'art. 113 c.p.c. ossia che il suddetto giudizio debba essere applicato per ogni giudizio di valore inferiore ad euro 1.100,00.

Il 2° comma dell'art. 113 c.p.c., modificato con D.L. 6.2.2003, convertito nella L. 7.4.2003, n. 63, esclude infatti espressamente il ricorso al giudizio secondo equità nel caso di rapporti giuridici relativi a contratti conclusi secondo le modalità di cui all'art. 1342 c.c., ovverosia "mediante moduli o formulari" (nel caso di specie, si trattava di un modello contrattuale per la somministrazione di gas).

Anche la Suprema Corte ha stabilito l'inammissibilità del ricorso per Cassazione proposto contro una sentenza del Giudice di Pace, intervenuta secondo diritto, avente ad oggetto un contratto concluso secondo lo schema contrattuale previsto nell'art. 1342 c.c., quando l'atto di cessione sia stato notificato successivamente al 9 Febbraio 2003. In tal caso dovrà perciò trovare applicazione l'art. 113, comma 2, c.p.c.

Nello stesso senso: Tribunale di Genova, sez. VI civ., 9 maggio 2008, r.g. n. 5891/2006.

FE.MAR.

Tribunale di Savona, decr. 22 ottobre 2009 - Pres. Giorgi - Est. Atzeni - X (Avv.ti Ermia e Graneris) c. Agenzia del territorio.

IPOTECA - ipoteca a garanzia di obbligazioni all'ordine (ipoteca cambiaria) - richiesta di cancellazione - mancanza di esibizione di alcuni titoli - mancanza di annotazione di girate - ordine di cancellazione da parte del Tribunale - legittimità - condizioni.

(Artt. 2831 e segg. c. c.)

In mancanza di annotazioni di girate (e tenuto conto della intervenuta prescrizione dell'azione per il recupero del credito), il Tribunale può ordinare al Conservatore di cancellare l'ipoteca cambiaria, in conformità al consenso prestato dal creditore, anche se alcuni titoli non siano esibiti e, nel caso di smarrimento di alcune cambiali ed in mancanza del relativo ammortamento, a norma degli artt. 2887 e 2888 c. c., mentre è legittimo il rifiuto di cancellare l'ipoteca cambiaria da parte del Conservatore, cui la legge non conferisce un discrezionale potere di indagine, il Tribunale può, invece, emettere un ordine di cancellazione e quando non risultino annotazioni di girate dei titoli non esibiti, all'emissione dell'ordine di cancellazione non è di ostacolo la mancanza del consenso degli eventuali giratari di essi. Invero, a norma del comma 2 dell'art. 2843 c. c., per la cancellazione di ipoteca il consenso di coloro cui sia stato trasferito il titolo garantito dall'ipoteca stessa, è necessario soltanto ove essi abbiano proceduto all'annotazione dell'atto di trasferimento; e, se è vero che, a norma dell'art. 2831 c. c., al giratario di una cambiale ipotecaria l'ipoteca si trasferisce senza che egli sia obbligato all'annotazione prevista dall'art. 2843 c. c., ad escludere la necessità del consenso alla cancellazione da parte dei giratari che non abbiano provveduto a tale annotazione, stanno la prevalenza che il principio della nominatività dell'iscrizione ipotecaria ha rispetto all'effettiva titolarità dell'ipoteca e la possibilità che il giratario di una cambiale ipotecaria ha pur sempre (anche se ciò non è necessario perché l'ipoteca gli si trasferisca), di procedere a quella annotazione.

(Conformi: T. Trani, 18 ottobre 1984 e T. Firenze, 25 febbraio 1979).

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 26 agosto 2008, Giudice Unico Maistrello - D. R. (Avv.ti Fraschetti e Chiarlone), c. A.

V. (Avv.ti Ramoino e Tanzola) e c. Immobiliare Mare di Vernazza Mario (Avv. Abeasis).

LOCAZIONE - contratto di locazione - stipulazione tramite soggetto privo di poteri di rappresentanza di una parte - falsus procurator - prova della buona fede dell' altro contraente - restituzione delle dei canoni al proprietario - ripetizione dell' indebito - azione del conduttore in buona fede - richiesta di condanna al pagamento dei canoni di locazione e indennità di occupazione - infondata

Nel caso in cui un agente immobiliare a cui è stato revocato il potere di agire in nome e per conto del proprietario dell'immobile concluda un contratto di locazione e riceva i pagamenti dei canoni locatizi per conto del proprietario, senza versarli al vero creditore, è tenuto alla restituzione di quanto percepito nei confronti del proprietario, secondo le regole della ripetizione dell'indebito (art. 1189, comma 2 c.c.)

Il conduttore che fornisca prova della sua buona fede nell'aver concluso il contratto di locazione con un falsus procurator e nell'aver corrisposto i canoni locatizi dovuti a chi si dichiarava legittimato a ricevere tali pagamenti, si ritiene libero da ogni obbligazione (art. 1189, comma 1 c.c.).

La buona fede si ha per provata se il falsus procurator, in base a circostanze univoche, appare legittimato a ricevere il pagamento, e se la controparte non poteva essere a conoscenza del fatto che l'agente immobiliare non fosse più autorizzato ad agire in nome e per conto del proprietario dell'immobile. Perciò si ritiene infondata la domanda di condanna del conduttore in buona fede al pagamento dei canoni e dell'indennità di occupazione dell'immobile.

FE.MAR.

Tribunale di Imperia, 10 febbraio 2010, n. 32 - Giudice Unico Botti - R. P. (Avv. Lombardi) c. R. G. (Avv. Temesio).

LOCAZIONE - novazione del contratto - modifiche accessorie - insussistenza.

LOCAZIONE - valutazione equitativa del danno da mancato godimento dell'immobile - presupposti.

(Artt. 1230, 2697 c.c.)

In tema di locazione, al fine di ritenerne integrata una novazione del contratto, non è sufficiente la variazione dell'importo del canone o del termine di scadenza, constituenti mere modifiche accessorie, essendo invece richiesto, oltre al mutamento dell'oggetto e del titolo della prestazione, anche la sussistenza dell'animus e della causa novandi, ossia la manifestazione inequivoca dell'intento novativo e l'interesse comune delle parti verso tale effetto. (Nel caso di specie, il successivo contratto, che la parte convenuta riteneva esprimesse la precisa volontà di estinguere le obbligazioni nascenti dal precedente rapporto locatizio, è stato invece ritenuto privo di qualsivoglia efficacia novativa e pertanto è stato possibile operare la compensazione tra quanto il conduttore aveva corrisposto in forza del contratto precedente e quanto invece doveva ancora al locatore in virtù di quello successivo).

La domanda volta al risarcimento da mancato godimento dell'immobile non può limitarsi a chiedere al Giudice una liquidazione in via equitativa senza al contempo dedurre prove in ordine all'effettiva sussistenza del danno medesimo e senza indicare elementi di fatto che ne consentano una quantificazione anche solo approssimativa: l'apprezzamento equitativo deve essere finalizzato a colmare solo le lacune insuperabili nell'iter di determinazione del danno e non a supplire all'onere probatorio gravante sulle parti.

F. RPT.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 15 luglio 2008, Giudice Unico Giordano - Centro Relazioni Immobiliari di Lorefice Bruno (Avv. Aragona) c. Ge.Ri.Co. (Avv. Betti).

MEDIAZIONE - mediazione immobiliare - sottoscrizione modulo "proposta di acquisto" - non equipollenza a contratto preliminare - diritto alla provviggione - insussistenza.

VENDITA - compravendita immobiliare - somme versate all' atto della sottoscrizione del modulo "Proposta di Acquisto" - natura ab origine di caparra confirmatoria - vincolo relativo alla fase pre-contrattuale.

Come confermato da consolidata giurisprudenza, un affare può dirsi concluso ognqualvolta sorga tra le parti contrattuali un vincolo giuridico suscettibile di essere azionato giudizialmente, per la sua esecuzione o per il risarcimento del danno. A tale fine, rileva anche la stipulazione del contratto preliminare validamente concluso.

Il diritto alla provviggione del mediatore immobiliare sorge solo nel momento della stipulazione tra le parti del contratto preliminare di compravendita, nelle forme prescritte dalla Legge. La mera sottoscrizione del modulo di "Proposta di Acquisto" (entrata nella prassi delle agenzie immobiliari) non è idonea a creare un vincolo giuridico fra le parti, ma attiene alla fase di attività del mediatore, attestando la "messia in relazione delle parti" ex art. 1754 c.c.

La somma versata all' atto della "Proposta di Acquisto" ed ivi qualificata come "deposito cauzionale" (con la previsione che la stessa sarebbe stata imputata a caparra confirmatoria solo all' atto della duplice sottoscrizione del modulo) va intesa ab origine come caparra confirmatoria, che configura un patto contrattuale a carattere reale accessorio ad un negozio principale, svolgendo una duplice funzione: da un lato quella di coazione indiretta all'adempimento delle obbligazioni derivanti dal contratto preliminare, dall'altro quella di coazione indiretta alla prosecuzione delle trattative secondo buona fede, fino alla conclusione dell'affare.

FE.MAR.

Tribunale di Imperia, 9 dicembre 2009, n. 250 (r.g. n. 1071/04) - Giudice Unico Drago - Steelpack S.r.l. (Avv.ti Gualtieri e Godino) c. Italgraf S.p.a. (Avv. Temesio).

MEDIAZIONE - diritto alla provviggione - mero rapporto formale contabile tra preponente ed altra società - insussistenza.

(Art. 1748 c.c.)

Ciò che rileva, al fine di stabilire la sussistenza o meno del diritto al pagamento delle provvigioni, è l'effettivo rapporto intercorrente tra il preponente ed il cliente instauratosi grazie alla prestazione dell'agente e non, viceversa, il puro dato formale costituito da una diversa intestazione della fatturazione ad un altro soggetto, dovuta a ragioni di contabilizzazione e a scelte commerciali. (Nel caso di specie, è stato riconosciuto che la società convenuta aveva concluso affari con una società diversa da quella formalmente risultante in contabilità e che non rientrava tra i clienti riservati all'agente in forza del contratto di agenzia né era stata da questi acquisito quale cliente del preponente).

F. RPT.

Tribunale di Genova, ord. 10 marzo 2010, Giudice Unico Vinelli.

POSSESSO e azioni possessorie - serviti di parcheggio - insussistenza - inesperibilità azione di reintegrazione.

(Artt. 1168 e 1207 c.c.)

Per l'esperimento dell'azione di reintegrazione occorre un possesso qualsiasi, anche se illegittimo ed abusivo, purché avente i caratteri esteriori di un diritto reale, laddove il parcheggio dell'auto non rientra nello schema di alcun diritto di servitù, difettando la caratteristica tipica di detto diritto, ovverosia la "realità" (inerenza al fondo dominante dell'utilità così come al fondo servente del peso), in quanto la comodità di parcheggiare l'auto per specifiche persone che accedono al fondo non può valutarsi come una utilità inherente al fondo stesso, trattandosi di un vantaggio di tutto personale dei proprietari. In tema di possesso, l'utilizzazione, da parte dei condomini di uno stabile, di un'area condominiale ai fini di parcheggio, non è tutelabile con l'azione di reintegrazione del possesso di servitù, nei confronti di colui che l'abbia recintata nell'asserita qualità di proprietario.

(Conf.: Cass., n. 1551/09)

C.GRA.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 31 gennaio 2009, n. 125 - Pres. Bonavia - Rel. Di Virgilio - S. (Avv. Mazzoni) c. Z. (Avv. Toso).

PROCEDIMENTO civile - giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo - qualificazione - giudizio di cognizione - sussistenza.

Anche se la causa petendi è la medesima, il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non ha natura di giudizio di impugnazione del decreto ingiuntivo, estendendosi il giudizio di cognizione, nel contraddittorio delle parti, al completo esame del rapporto giuridico controverso.

F. BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 17 febbraio 2009, n. 229 - Pres. Torti - Rel. Delucchi - M.V. (Avv. ti Bertoni e Traverso) c. P.L. (Avv. Carbonaro).

PROCEDIMENTO civile - vizio della notifica - estensione della nullità alla sentenza conclusiva del procedimento.

È nulla la sentenza resa a conclusione di un procedimento introdotto con citazione, la notifica della quale è risultata essere affetta da nullità insanabile, non essendo stato correttamente individuato il luogo di residenza, dimora o domicilio del destinatario (Nella specie, è risultato che la citazione introduttiva del giudizio di primo grado era stata notificata, a norma dell'art. 140 c.p.c., presso un appartamento che l'appellante aveva venduto un anno prima, e che costui risultava aver trasferito da diverso tempo la propria residenza presso un altro indirizzo).

F. BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 29 aprile 2009, n. 562 - Pres. Bonavia - Rel. Silva - E. D. s.p.a. (Avv. ti Caturani, Manocci, Miglietta, Lupo) c. F.M. (Avv. Paoletti).

PROCEDIMENTO civile - vizio della sentenza - inapplicabilità di norme abrogate in corso di causa.

È da riformarsi la sentenza di primo grado la cui motivazione si basi su disposizioni di legge in vigore al momento della notifica dell'atto introduttivo ma abrogate nel corso del processo.

F. BGN.

Tribunale di Albenga, 17 agosto 2009 - Giudice Unico Princiotta - Bertot (Avv. Amoretti) c. Condominio La Perla (Avv. Ibole).

PROCEDIMENTO civile - cessazione della materia del contendere - spese giudiziali - criterio della "soccombenza virtuale" - applicabilità.

(Artt. 90 e segg. c.p.c.)

Il giudice può, in qualsiasi stato e grado del processo, dare atto d'ufficio della cessazione della materia del contendere intervenuta nel corso del giudizio, se ne riscontrano i presupposti, e cioè se risulti ritualmente acquisita o concordemente ammessa una situazione da cui emerge che è venuta meno ogni ragione di contrasto tra le parti, a ciò non ostando la perdurante esistenza di una situazione di conflittualità in ordine alle spese, dovendosi provvedere sulle stesse secondo il principio della "soccombenza virtuale".

(Conf.: Cass., sez. III, 11 gennaio 2006, n. 271)

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 20 agosto 2009 - Giudice Unico Princiotta - Moraca (Avv. Tissoni) c. Merlo (Avv. Gambarelli).

PROCEDIMENTO civile - notifica di decreto ingiuntivo dopo i termini di legge - inefficacia.

(Art. 644 c.p.c.)

PROCEDIMENTO civile - opposizione a decreto ingiuntivo - domanda riconvenzionale svolta dal convenuto opposto - qualificazione e condizioni di ammissibilità.

(Art. 645 c.p.c.)

Il decreto ingiuntivo, notificato dopo la scadenza del termine di cui all'art. 644 c.p.c., è da considerarsi inefficace.

È ammissibile la richiesta "in via riconvenzionale" da parte del creditore opposto del medesimo credito già indicato in decreto ingiuntivo opposto, in quanto tale domanda deve intendersi come una richiesta, in via subordinata, del riconoscimento del credito già indicato nel decreto ingiuntivo.

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 22 luglio 2008, n. 3012 - Giudice Unico Bonino - F. (Avv. ti Bagalà e Mora) c. A. (Avv. Carassale) e c. U. (Avv. Solaro).

PROVA civile in genere - documento prodotto oltre i termini - inutilizzabilità.

(Artt. 183 e 184 c.p.c.)

Un documento allegato alla comparsa conclusionale non è utilizzabile ai fini della decisione in quanto prodotto ben oltre i termini perentori stabiliti dal previgente art. 184 c.p.c. (oggi dall'art. 183 c.p.c.), e senza aver formulato istanza di rimessione in termini ex art. 184bis c.p.c..

Non potrà, quindi, essere considerata utile ai fini della decisione la valutazione peritale basata, tra gli altri, proprio su quel documento (prodotto per la prima volta in sede di CTU), sia perché il consulente tecnico d'ufficio non aveva alcun potere di acquisire documenti ulteriori rispetto a quelli prodotti dalle parti, sia perché quel documento (certificato medico) non gode di fede privilegiata ex art. 2700 c.c., poiché i fatti in esso attestati sono enunciati come "accaduti/compiuti/conosciuti" dal medico in un momento anteriore alla formazione del documento stesso: quest'ultimo ha, quindi, il valore di

una impropria “dichiarazione testimoniale scritta” e non può avere alcun valore probatorio.

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. II civ., 8 luglio 2008, n. 3166 - Giudice Unico Viazzi - Russo (Avv. Canepa) c. Cooperativa Radiotaxi (Avv. Grilli).

RESPONSABILITÀ civile - violazione di norme regolamentari interne - illegittima irrogazione della sanzione - risarcimento del danno in forma specifica - danno all'immagine - liquidazione equitativa.

(Art. 2043 c.c.)

Costituisce condotta illecita, in violazione dell'art. 2043 c.c., l'irrogazione di una sanzione, rivelatasi illegittima, emessa sulla base di accertamenti assolutamente superficiali ed approssimativi, con violazione del diritto di difesa dell'interessato, cui è stato negato l'accesso al fascicolo della procedura, e quindi con colpa quanto meno grave per la negligenza ed imperizia emerse nella gestione della vicenda.

La condotta posta in essere dalla convenuta comporta, quindi, anche un risarcimento in forma specifica (rimozione della sanzione irrogata), nonché la liquidazione equitativa del danno all'immagine del lavoratore nell'ambito della Cooperativa, nei cui locali era stato affisso il comunicato relativo alla sanzione disciplinare. (Nella specie, la convenuta Cooperativa Radiotaxi aveva inflitto una penalità di 5 punti all'attore-tassista per aver violato le norme regolamentari in materia di utilizzazione del servizio radio, sostenendo che costui avrebbe illegittimamente sottratto una corsa-taxi ad un collega).

F. BGN.

Tribunale di Albenga, 17 agosto 2009 - Giudice Unico Princiotta - Tavola (Avv.ti Marchetto e Mundi) c. Comune di Loano (Avv. Ghiberti).

RESPONSABILITÀ civile - strada comunale e/o aperta al pubblico transito - carenza di sorveglianza sull'efficienza e sicurezza della stessa - responsabilità della P.A. - responsabilità per cose in custodia - sussiste.

(Art. 2051 c.c.)

È applicabile la disciplina di cui all'art. 2051 c.c. agli enti pubblici proprietari di strada aperta al pubblico transito, in riferimento alle situazioni di pericolo immanemente connesse alla struttura o alle pertinenze della strada, per i danni conseguenti a carenze nella sorveglianza sull'efficienza e sicurezza della strada stessa.

(Conf.: Cass., sez. 3, 3 aprile 2009, n. 8157).

RO.NE.

Tribunale di Chiavari, 21 agosto 2009, n. 591, Giudice Unico Grasso - Devoto e Campodonico (Avv. Segalerba) c. Asl 4 Chiavarese (Avv.ti Galvagna e Morganti) - Sironi (Avv.ti

Soave e Tufano) - Azienda Ospedaliera “San Martino” (Avv.ti Maffi e Sommazzi).

RESPONSABILITÀ civile - colpa medica - lesione del diritto alla salute del paziente - mancata prova del fatto di reato - risarcimento del danno morale - sussistenza.

(Art. 32 Cost.; artt. 2043 e 2059 c.c.)

Also per il danno morale, così come per il danno biologico, il precezzo costituzionale consente di fondare un sistema completo di garanzia del principio generale del “neminem laedere”, inteso quale violazione di un diritto fondamentale dell'individuo, tutelabile, senza limitazioni risarcitorie, ex art. 2059 c.c. che, interpretato e applicato, per il danno morale, alla luce dell'art. 32 della Costituzione, va esteso sino a ricoprendere la risarcibilità anche di tutti i danni connessi alla violazione della norma costituzionale. Ogni lesione di un diritto costituzionalmente protetto non può, quindi, soffrire limitazioni risarcitorie da parte del legislatore ordinario, talché, indipendentemente dalla prova della sussistenza di un reato, nel caso di violazioni contrattuali o extracontrattuali che abbiano, comunque, provocato sofferenza al paziente, è risarcibile anche il danno morale.

C.GRA.

Tribunale di Albenga, 5 agosto 2009 - Giudice Unico Princiotta - Salvatico (Avv.ti Vazio e Cangiano) c. Bertolotto (Avv.ti Lucido).

VENDITA - vendita immobiliare - forma scritta - necessità.

(Artt. 1418 e segg. c.c.)

VENDITA - vendita immobiliare - accordo verbale di trasferimento di bene immobile - somme corrisposte - versamento senza titolo - caparra confirmatoria - specifica menzione contrattuale - necessità - debito di valuta - rivalutazione monetaria - esclusione.

(Artt. 1224, 1277, 1282, 1284, 1385 e 1418 c.c.)

È nullo, per difetto di forma scritta, l'accordo verbale di trasferimento di un bene immobile.

La somma corrisposta al venditore, in base agli accordi verbali di trasferimento di un bene immobile, costituisce versamento senza titolo e pertanto è soggetta a restituzione.

(Conf.: Cass., sez. II, 5 febbraio 1979, n. 765)

In caso di dubbio sulla effettiva volontà delle parti, un anticipo versato va considerato “acconto e non “caparra”, poiché, per aversi la ipotesi di caparra occorre una specifica menzione contrattuale nel senso che la dazione della somma sia avvenuta a tale titolo ed in quanto non si può supporre che le parti si siano assoggettate tacitamente ad una “pena civile”, ravvisabile nella funzione della caparra.

Nell'ipotesi di debito di valuta, la somma dovuta non è suscettibile di automatica rivalutazione monetaria, in relazione alla intervenuto deprezzamento della moneta.

(Cass., sez. I, 20 giugno 2003, n. 9910)

RO.NE.

Documenti

Locazioni ad “uso commerciale”. Diritti di prelazione e riscatto. Soluzioni interpretative*

Marina Maistrello

Magistrato, Corte d’Appello di Genova

Prelatio inter socios

Sommario: 1. Premessa. - 2. Patto di prelazione ad effetti obbligatori. - 3. Diritto di prelazione ad effetti reali. - 4. Il diritto di riscatto (retratto): casistica ed ipotesi normative. - 5. Il retratto successorio. - 6. La prelazione agraria. - 7. La prelazione ex artt. 38 e 39 Legge 27/7/1978, n. 392. - 8. Casi di esclusione della prelazione e del riscatto (l’art 41 L. 392/1978). - 9. La prelazione del conduttore. 9.1. Le formalità della “denuntatio”. 9.2. Il mutamento di destinazione. 9.3. La vendita in blocco e la vendita cumulativa. 9.4. Soggetti della prelazione. 9.5. La rinuncia. - 10. Il diritto di riscatto: i presupposti (l’art. 39 L. 392/1978). - 11. La disposizione dell’art. 40 L. 392/1978.

1. Premessa.

Per esaminare le problematiche (1) di cui parlerò, è opportuno partire dalla definizione del codice civile (2) del patto di prelazione (3). Si tratta di una pattuizione con la quale una parte promette all’altra parte *di preferirla ad altri soggetti*, nel caso in cui si determinerà a vendere un bene di sua proprietà. Tale impegno integra un *contratto unilaterale preliminare*, assoggettato a una condizione potestativa, nel senso che l’impegno viene assunto da un solo soggetto, che “*autolimita*” la propria autonomia (4) a favore di un altro soggetto, per il caso che chi ha assunto l’impegno decida, in futuro, di vendere un proprio bene (*condizione potestativa*, in quanto subordinata alla eventuale volontà del soggetto promittente di vendere, successivamente, un proprio bene). Questo impegno introduce, quindi, nel sistema generale in cui ciascuno è del tutto libero di vendere i suoi beni a chi vuole, una *limitazione* di tale libertà di scelta del contraente, conferendo, in *prevenzione*, la preferenza ad un soggetto già individuato ed eliminando, pertanto, la relativa scelta da parte di chi si è obbligato. Ciò, però, solo per il caso che il soggetto obbligato decida per il futuro di vendere un suo bene: egli mantiene pertanto tale libertà di scelta sul vendere o meno (*condizione potestativa*) (5). Ciò premesso, deve precisarsi che la *regola generale* è quella secondo cui tale au-

tolimitazione della *autonomia privata* trova la sua fonte nella stessa volontà che assume l’impegno nei confronti di un altro soggetto, da subito da essa stessa individuato. Peraltra, tale regola generale comporta, comunque, l’esistenza di svariate eccezioni, nel diritto positivo vigente, alla regola stessa.

2. Patto di prelazione ad effetti obbligatori.

Secondo questa regola generale (*norma iuris generalis*), il patto di prelazione ha *effetti meramente obbligatori* tra le parti, nel senso che la sua violazione (vendita a un terzo da parte dell’obbligato, senza avere consentito all’altra parte l’esercizio del diritto di prelazione, con comunicazione alla stessa della sua volontà di vendita del bene), dà diritto all’altra parte solo a richiedere il risarcimento del danno derivato dalla violazione del suo diritto (per la impossibilità di acquisto del bene venduto ad un terzo); l’acquisto del terzo è quindi (comunque), in tale generale ipotesi, salvo.

3. Diritto di prelazione ad effetti reali.

Sono però normativamente previsti alcuni casi tassativi *eccezionali*, che tali sono perché introducono limiti all’autonomia privata, nei quali la limitazione alla libertà di scelta del contraente, nel caso in cui il proprietario del bene decida in futuro di venderlo, è imposta in via autoritativa dalla legge, nell’intento di attribuire una particolare *tutela* a terzi che vengono a trovarsi in una *relazione particolare* con il bene stesso. In tali casi, la violazione del diritto di prelazione di questi soggetti ha effetti reali e non meramente obbligatori, nel senso che il loro diritto è *opponibile ai terzi* e cioè ai soggetti ai quali il bene è stato venduto dal proprietario, senza il rispetto del diritto di prelazione e, quindi, senza avere prima offerto al titolare di tale diritto di prelazione la *possibilità* e la *facoltà* di esercitarlo, comunicandogli la sua intenzione di vendere il bene a un prezzo determinato.

4. Il diritto di riscatto (retratto): casistica ed ipotesi normative.

In tali ipotesi, il soggetto titolare del diritto di prelazione violato, ha il diritto di esercitare il riscatto del bene venduto nei confronti di chi lo ha acquistato (*retratto*), offrendo al venditore il versamento del prezzo risultante dall’atto di vendita intervenuto tra questi e il terzo acquirente.

Si tratta dei casi eccezionali di:

- a) diritto di prelazione spettante al *coerede* sulle quote di beni in comunione ereditaria con gli altri coeredi, poste in vendita (art. 732 c. c.) (6);
- b) diritto di prelazione del *coltivatore diretto* sui beni oggetto del contratto di affittanza agraria ex L. 26 maggio 1965 n. 590, che è poi stato esteso anche ai terreni confinanti dalla L. 11 febbraio 1971, n. 11 (7);
- c) diritto di prelazione del *conduttore di immobili urbani destinati a uso diverso da quello abitativo* e adibiti ad attività (cfr. art. 27 L. 392/1978) che comporta un contatto diretto con il pubblico degli utenti e dei consumatori e di cui all’art. 38 L. 392/1978 (con riferimento agli artt. 35 e 41 L. 392/1978), oggetto proprio della presente relazione (8).

5. Il retratto successorio.

Nella disciplina dettata dall’art. 732 c. c. (*Diritto di prela-*

(*) Il presente scritto riproduce il contenuto della relazione svolta nell’ambito di Convegno di studio in tema di “locazioni commerciali”, tenutosi in Genova. Nel lavoro di editing si è pertanto preferito mantenere il tono discorsivo (nonché didattico - didascalico) originario, tra l’altro meglio rispondente allo obiettivo interesse per la vita pratica del diritto e per la professione e che è atteggiamento tipico e peculiare della Nuova Giurisprudenza Ligure. La revisione del testo (consistente in poche modifiche ed integrazioni, più che altro di carattere formale, e di aggiornamenti, comunque, di modesta entità), necessaria per conformarlo agli standards editoriali della Rivista, è stata curata da Roberto Negro, che ha anche predisposto le note in calce, a chiarimento, se del caso, di alcuni punti specifici degli argomenti trattati nel presente scritto e per eventuali ulteriori approfondimenti. Si precisa che, per non “appesantire” troppo il testo, alcune parti dello stesso sono state trasfuse (o trasferite) nelle note ed indicandone, in tal caso, la provenienza e la riferibilità all’autrice del presente lavoro (note contrassegnate dalla sigla N. d. A.).

zione), la *ratio* della stessa (almeno così si ritiene in dottrina e giurisprudenza), è quella di evitare intrusioni di soggetti estranei nella comunione ereditaria, che solitamente sussiste tra persone legate tra loro da vincoli familiari, e, in caso di violazione del diritto di prelazione di uno dei coeredi per l'acquisto della quota di un bene ereditario spettante ad altro coerede, quota alienata a un terzo estraneo alla comunione ereditaria, il coerede pretermesso ha il diritto di *riscattare* il bene dal terzo e di acquistarlo, offrendo un prezzo non inferiore a quello pagato dal terzo (*retratto successorio*).

6. La prelazione agraria.

Nell'ipotesi legislativa del diritto di prelazione spettante al conduttore - affittuario di un terreno oggetto di affittanza agraria (coltivatore diretto), la *ratio* della norma è quella di agevolare la continuazione dell'impresa agraria *sul terreno* in cui è stata esercitata da parte della stessa impresa, in considerazione del particolare *legame* che intercorre tra il soggetto coltivatore del fondo e il fondo stesso, *legame* che giustifica la preferenza accordata a tale soggetto, per il caso che il proprietario del fondo rustico (coltivato e migliorato dall'affittuario) decida di metterlo in vendita (si parla, in questo caso, di *retratto agrario*). Le norme di riferimento sono quelle contenute nella L. 26 maggio 1965, n. 590 e nella L. 11 febbraio 1971, n. 11 e sopra citate

7. La prelazione ex artt. 38 e 39 Legge 27/7/1978, n. 392.

Un legame analogo e/o similare a quanto previsto per la prelazione del coerede e per la prelazione agraria, esiste tra il conduttore del bene destinato all'esercizio delle attività di cui all'art. 27 L. 392/1978, che comportino contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori e il bene oggetto del contratto in cui l'attività viene esercitata. Anche in tale caso, quindi, l'ordinamento attribuisce tutela al conduttore, con il diritto di prelazione ad effetti reali (e il possibile, consequenziale, diritto di riscatto), per l'ipotesi di vendita del bene allo stesso locato. Analogamente di tutela si ha per il diritto di prelazione del conduttore, in caso di nuova locazione dell'immobile, ex art. 40 L. 392/1978.

8. Casi di esclusione della prelazione e del riscatto (l'art. 41 L. 392/1978).

Ciò detto, occorre premettere che l'art. 41, c. 2 L. 392/1978 prevede espressamente l'*esclusione* dell'applicabilità degli artt. 38 (diritto di prelazione del conduttore), 39 (diritto di riscatto) e 40 (diritto di prelazione del conduttore in caso di nuova locazione) ai rapporti di locazione di cui all'art. 35 della stessa legge. Tale ultima norma esclude il diritto all'indennità di avviamento commerciale del conduttore di immobile utilizzato per lo svolgimento di attività non comportante contatti diretti con il pubblico degli utenti e consumatori, di immobili destinati all'esercizio di attività professionali e ad attività di carattere transitorio e di immobili complementari o interni a stazioni ferroviarie, porti, aeroporti, aree di servizio stradali o autostradali, alberghi e villaggi turistici. Pertanto, in relazione ai suddetti rapporti locatizi, il conduttore del locale non è titolare, né del diritto all'indennità di avviamento, né dei diritti di prelazione e riscatto, in caso di vendita del locale, né del diritto di prelazione in caso di nuova locazione. La ragione di tale esclusione è strettamente connessa alla finalità di tutela del conduttore di immobili destinati alle attività commerciali, artigianali e di interesse turistico di cui all'art. 27 L. 392/1978, *ratio* che consiste nel favore per l'interesse alla continuazione dello svolgi-

mento nel locale oggetto del rapporto locatizio delle attività suddette e nella tutela dell'avviamento, inteso come incremento del valore commerciale del locale, creato dal conduttore e precisamente dalle sue capacità professionali e dal suo spirito imprenditoriale. Questa è poi, in un altro contesto, la stessa *ratio* dell'art. 37, commi 1 e 3: il comma 1 regola la successione nel contratto a uso diverso dall'abitativo, di cui è titolare un imprenditore (commercianti, artigiani o prestatori di servizi), in caso di suo decesso, di coloro che per un precedente rapporto risultante da atto di data certa anteriore all'apertura della successione, hanno diritto a continuare l'attività; il comma 3 regola, nel caso di decesso di conduttore di locali adibiti all'uso di più artigiani, commercianti o professionisti, la successione nel contratto, insieme agli avari diritto di cui ai commi 1 e 2, degli altri commercianti, artigiani e professionisti. E, proprio in considerazione della esigenza di tutela della categoria di conduttori di cui si è detto e dello scopo di agevolare la permanenza della loro attività nel locale oggetto del rapporto locatizio, i diritti di avviamento, prelazione e riscatto non spettano ai conduttori di locali destinati all'esercizio di attività professionali, nelle quali è prevalente *l'intuitus personae* (rapporto fiduciario tra esercente attività professionale e cliente), ai conduttori di locali destinati ad attività transitorie e ai conduttori di locali interni o complementari a stazioni ferroviarie, etc., in quanto, in tali ipotesi, non avrebbe giustificazione la *tutela accentuata del conduttore* con l'attribuzione dei diritti in questione, poiché non sussiste la *ratio* di agevolare il più possibile la prosecuzione dell'attività nello stesso locale che è oggetto del rapporto locatizio: in questi casi, l'immobile non è elemento fondamentale dell'impresa e l'avviamento creato dal conduttore non ha un'inerenza *diretta* con l'immobile stesso. Infatti: nel caso di attività professionale, il locale in cui l'attività viene esercitata ha una minima rilevanza per l'esercizio dell'attività, poiché il trasferimento altrove del professionista non determinerebbe effetti negativi (perdita di clientela), in considerazione del rapporto fiduciario che lega i clienti al professionista; nel caso di attività transitoria, è la stessa natura transitoria dell'attività che rende "evanescente" la relazione e connessione del suo esercizio con il locale; nel caso di locali ubicati all'interno di stazioni ferroviarie, aeroporti, etc., è l'ubicazione particolare degli stessi a determinare un influsso essenziale sull'esercizio dell'attività, sul quale rilevanza minima hanno la professionalità e le capacità o intraprendenza del conduttore (per l'edicola posta all'interno di stazioni ferroviarie, comunque, data la sua posizione e il rilevante e continuo passaggio del pubblico dei viaggiatori, l'esercizio ha un giro di clientela e di vendite assicurato, anche se il gestore non è particolarmente intraprendente o non è, poniamo, cordiale con i clienti). E, da tali considerazioni, si evince anche la *stretta connessione* tra l'istituto dell'indennità di avviamento commerciale e gli istituti della prelazione e del riscatto: tali istituti intendono *premiare* il conduttore professionale che, con la sua attività, ha creato un *incremento di valore dell'immobile*, a vantaggio del locatore, che, presumibilmente, sarà avvantaggiato quando offrirà in locazione a terzi il locale o quando egli stesso intraprenderà nel locale un'attività artigianale o commerciale (9).

9. La prelazione del conduttore.

Passando ad esaminare l'art. 38 L. 392/1978, si precisa che la norma prevede il diritto di prelazione del conduttore nel caso in cui il locatore intenda trasferire a *titolo oneroso* l'immobile locato, con conseguente limitazione del diritto dispositivo del proprietario-locatore, limitazione giustificata

dall'esigenza di tutela dell'interesse, ritenuto *prevalente*, in via eccezionale, del conduttore alla prosecuzione della sua attività nell'immobile posto in vendita. Si tratta di un *diritto reale di prelazione* (da farsi valere anche nei confronti dei terzi, il cui diritto, pertanto, viene sacrificato), analogo a quello del coerede in caso di vendita dei beni ereditari (art. 732 c. c.) e tale natura è *eccezionale* nel nostro ordinamento, in cui la regola è la natura obbligatoria del diritto di prelazione: a ciò consegue il diritto di riscatto (*retratto*), spettante al conduttore (art. 39), se il bene locato è stato venduto a terzi, senza "offrire" al conduttore il diritto di prelazione e senza consentigliene l'eventuale esercizio e anche se il bene locato è stato venduto a terzi a un prezzo inferiore a quello indicato nella rituale e formale offerta di prelazione notificata al conduttore, con specifica indicazione del prezzo (10).

9.1. Le formalità della "denuntiatio".

L'art. 38 prescrive le formalità per l'offerta di prelazione, che deve essere comunicata al conduttore con atto notificato dall'ufficiale giudiziario. L'atto deve contenere l'indicazione del prezzo e le altre condizioni a cui la vendita dovrebbe essere conclusa e l'invito a esercitare o meno il diritto di prelazione. L'atto deve contenere le indicazioni necessarie per individuare l'immobile locato. Tali formalità integrano un obbligo legale di informativa a carico del locatore, per mettere in grado il conduttore di esercitare un diritto potestativo riconosciutogli dalla legge. La sentenza della Cass., sez. Unite, n. 5359/1989 ha escluso che la "denuntiatio" del locatore sia qualificabile come proposta contrattuale e ha chiarito che si tratta di un particolare istituto volto a garantire il diritto potestativo del conduttore e che si tratta di un *atto di interpello dovuto dal locatore*, vincolato nella forma e nel contenuto. Pertanto, l'offerta di prelazione comunicata al conduttore non è revocabile, in pendenza del termine in cui il conduttore può esercitare il diritto e, in caso di inadempienza del locatore, a prelazione esercitata dal conduttore, si configura un inadempimento dell'obbligo a contrarre, che trova *tutela in forma specifica* ex art. 2932 c. c. (Cass., n. 11551/1998). Il termine per l'esercizio del diritto di prelazione è di sessanta giorni dalla ricezione della *denuntiatio* e l'esercizio del diritto deve effettuarsi con atto notificato al locatore attraverso l'ufficiale giudiziario, con offerta di *condizioni uguali* a quelle offerte dal locatore nella *denuntiatio* stessa. Nel caso il locale sia condotto in locazione da più persone, l'offerta deve essere notificata a ciascuna di esse e ognuna può esercitare il diritto, anche se gli altri vi rinnuncino o non lo esercitino. Gli istituti di cui si tratta (artt. 38 e 39) operano, però, per i soli atti di *disposizione volontaria*, nei quali la vendita è ricollegabile alla libera volontà del proprietario e non si estendono ai trasferimenti coattivi (procedure esecutive immobiliari e procedure concorsuali), né operano (art. 38, u. c.) in caso di vendita di quota ereditaria da parte del coerede (il diritto di prelazione reale dei coeredi di un coerede che vende la sua quota ereditaria, ex art. 732 c. c., prevale sul diritto reale di prelazione del conduttore dell'immobile ex art. 38 L. 392/1978; cfr.: Cass., n. 5387/1999) e nel caso di trasferimento dell'immobile a favore del coniuge o dei parenti entro il secondo grado, in linea retta o collaterale (su tale ultima questione si vedano: Cass., n. 4259/1991 e Cass., n. 3626/1997) (11).

9.2. Il mutamento di destinazione.

La L. 392/1978 prevede che, nel caso in cui vi sia stato un mutamento della originaria destinazione pattuita come attività

non comportante contatti diretti con il pubblico dei consumatori e in cui l'immobile sia stato arbitrariamente dal conduttore destinato ad attività comportante contatto diretto con il pubblico, ai fini dei diritti di prelazione e riscatto, rileva la *effettiva destinazione dell'immobile*, cosicché tali diritti spettano comunque al conduttore, se il locatore non abbia esercitato l'azione risolutiva del contratto nei termini di cui all'art. 80 L. 392/1978 (termine di tre mesi dalla data in cui lo stesso ha avuto conoscenza dell'intervenuto mutamento di destinazione; si veda, in punto: Corte Cost. n. 188/1985). Al contratto (art. 80, c. 2) si applica il regime corrispondente all'effettiva destinazione dell'immobile. L'onere della prova, come si vedrà meglio in nota, incombe, ovviamente, all'attore - ricorrente (12).

9.3. La vendita in blocco e la vendita cumulativa.

Una particolare problematica concerne, poi, il caso della *vendita in blocco* di un intero edificio o di un complesso immobiliare (rappresentante un "unicum" e cioè un bene diverso dalle singole unità che lo compongono, sia strutturalmente, che funzionalmente): in tale caso il diritto di prelazione del conduttore di unità immobiliare adibita a uso diverso dall'abitativo, facenti parte del complesso, è escluso, poiché l'intero complesso venduto costituisce un "unicum", cioè un bene diverso dalle singole unità che lo compongono. Ciò atteso che il presupposto generale del diritto di prelazione, indicato espressamente dalla norma di cui all'art. 38 ("nel caso in cui il locatore intenda trasferire a titolo oneroso l'immobile locato") è l'*identità dell'immobile locato con quello venduto*; pertanto, nel caso di vendita in blocco dell'intero edificio di cui fa parte l'immobile locato, tale identità è esclusa e il conduttore non è titolare del diritto di prelazione, né in relazione alla vendita dell'intero complesso, né in relazione alla vendita del singolo bene locato, incluso nel più ampio oggetto della vendita, poiché l'edificio nella sua interezza integra un bene diverso dalle singole unità che lo compongono, sia strutturalmente che funzionalmente e sotto il profilo giuridico- amministrativo-economico. E tale diritto è escluso anche quando, dopo la vendita dell'intero complesso da parte del proprietario-locatore, l'acquirente, subentrato nel rapporto locatizio relativo al singolo immobile che fa parte del complesso, frazioni la sua proprietà e vende separatamente i singoli locali: in tal caso, la successiva utilizzazione dell'edificio da parte dell'acquirente del complesso non influisce sui connotati della precedente vendita in blocco, fermo restando, ovviamente, il diritto di prelazione del conduttore del singolo bene, poi venduto separatamente, rispetto a tale vendita del singolo immobile locato (Cass., n. 10835/1993). E fermo restando, comunque, che, in caso di vendita in blocco, permane in capo al conduttore del singolo bene facente parte del complesso venduto la possibilità di dimostrare che la cessione con un unico atto di una pluralità di beni distinti integra una simulazione e la malafede dei contraenti che hanno aggiunto alla vendita dell'immobile locato altri beni, proprio e solo allo scopo di *eludere* il disposto dell'art. 38 e di *vanificare* il diritto di prelazione a lui spettante (Cass., n. 2069/2004, *ex pluribus*). A tale riguardo la giurisprudenza ha ritenuto che l'esistenza di un unico atto di vendita per i vari immobili facenti parte del complesso immobiliare venduto, con pattuizione di un prezzo globale, non precluda la dimostrazione, da parte del conduttore di un locale facente parte del complesso venduto del fatto che in realtà tale unico atto di vendita contiene una pluralità di autonomi trasferimenti: se tale prova viene fornita, deve riconoscersi la spettanza al conduttore del diritto di prelazione in relazione al locale da lui condotto in locazione e quindi il diritto di riscatto (Cass., n. 7520/1999). Diversa dalla vendita in

blocco è la *vendita cumulativa* di più immobili (*atto traslativo a oggetto plurimo*), tra cui quello locato, che si ha quanto oggetto della vendita non è l'intero edificio (vendita in blocco), ma sono solo alcune unità immobiliari che ne fanno parte, ciascuna delle quali dotata di una sua autonomia, unità che sono state trasferite con un unico atto (vendita cumulativa). In tale ipotesi, per stabilire se spetti o meno il diritto di prelazione al conduttore del singolo bene condotto in locazione, che è stato venduto unitamente ad altri beni facenti parte del complesso, occorre accettare se l'oggetto del contratto di vendita sia un "*unicum*", cioè sia un complesso immobiliare dotato di una sua individualità giuridico - strutturale, che lo renda diverso dal singolo immobile oggetto del rapporto locatizio (in tal caso, come per la vendita in blocco, è escluso il diritto di prelazione del conduttore) o se, invece, tale requisito sia carente e quindi l'atto di vendita cumulativo integri e sia equivalente a *vari atti di disposizione dei singoli beni* (tra cui quello oggetto del rapporto locatizio), aventi ciascuno una propria individualità, con conseguente tentativo di *elusione* del diritto di prelazione spettante al conduttore, al quale tale diritto viene riconosciuto. In altri termini, se non risulta accertato che, in concreto, i vari beni oggetto dell'atto di vendita cumulativo sono strutturalmente omogenei e funzionalmente coordinati tra loro, così da costituire un'unità patrimonialmente diversa dai singoli beni che la compongono e dal singolo bene locato, deve ritenersi che vi sia e sia rimasta la coincidenza tra il bene venduto (singolo bene, anche se venduto cumulativamente con altri beni del complesso) e quello locato e che, quindi, non si configuri una vendita di un complesso unitario con propria individualità diversa da quella dei singoli beni (individualità propria della vendita in blocco): pertanto, in tale ultima ipotesi deve riconoscere al conduttore il diritto di prelazione. Se, invece, venisse accertato che i beni venduti cumulativamente sono strutturalmente omogenei e funzionalmente coordinati, così da costituire un'unità patrimoniale diversa dal singolo bene locato, esisterebbe quello "*unicum*", diverso dalle singole unità che lo compongono, che consente di ritenere sussistente l'ipotesi di una vendita in blocco del complesso, con esclusione del diritto di prelazione del conduttore del singolo bene che è parte del complesso (Cass., n. 6641/2001, *ex pluribus*) (13).

9.4. Soggetti della prelazione.

Quanto ai soggetti attivi e passivi della prelazione, si è precisato che la "*denuntiatio*" deve provenire dal proprietario del bene locato e che, nel caso di immobile in comproprietà di più soggetti, da tutti i proprietari: se invece proviene da uno solo di essi, occorre che egli spenda il nome degli altri e sia munito di procura scritta dagli stessi conferitagli (artt. 1324, 1350 e 1392 c. c.). In mancanza, la comunicazione è inefficace, salvo la ratifica da parte degli altri comproprietari.

Destinatario della *denuntiatio* è il subconduttore cessionario dell'azienda (Cass., n. 3996/03), in relazione all'interesse alla continuità dell'azienda *in actu*, tutelato dalla norma, appunto.

9.5. La rinuncia.

Infine, essendo vietate nel settore locatizio (ex art. 79 L. 392/1978) le *elusioni* di tipo preventivo della normativa inderogabile a tutela del conduttore, è preclusa e nulla la *rinuncia preventiva* (prima del sorgere del diritto, ad es., in sede di stipula del contratto locatizio) da parte del conduttore, al diritto di prelazione, poiché tale pattuizione si risolverebbe nell'attribuzione al locatore di un vantaggio ingiustificato e sarebbe quindi nulla ex art. 79 citato. E', invece, possibile una rinuncia (*negoziu abdicativo tipico*) del

conduttore *successiva* al sorgere del suo diritto di prelazione, quindi dopo la "*denuntiatio*" del locatore (Cass., n. 12459/1997). Ciò in analogia alle ipotesi di rinuncia preventiva del conduttore ad altri diritti, quali quello all'indennità di avviamento commerciale.

10. Il diritto di riscatto: i presupposti (l'art. 39 L. 392/1978).

In relazione al diritto di riscatto del conduttore, deve permettersi che *presupposti* per il suo esercizio sono l'omessa tempestiva comunicazione al conduttore del proposito di alienazione del bene locato, l'omessa comunicazione del prezzo di vendita, l'indicazione di un prezzo superiore rispetto a quello risultante dalla vendita poi stipulata con un terzo e la mancata indicazione delle condizioni di vendita inerenti alle modalità e ai termini di pagamento del prezzo, che sono rilevanti per valutare la convenienza dell'acquisto (ad. es., lo spostamento della data fissata per la vendita, rispetto a quella indicata nella *denuntiatio*, con conseguente differimento anche dell'obbligo di pagamento del prezzo: in tale caso il conduttore potrebbe rivalutare la situazione e esercitare la prelazione, disponendo di tempi più lunghi che gli consentano, in ipotesi, di procurarsi la somma necessaria per l'acquisto). Il diritto di riscatto compete al conduttore anche nel caso in cui il locatore, dopo la *denuntiatio*, non abbia atteso il decorso del termine di sessanta giorni per l'esercizio della prelazione e abbia venduto, in pendenza di tale termine, a un terzo. Il *dies a quo* per la decorrenza del termine di decaduta ex art. 39, per l'esercizio del diritto di prelazione va individuato in quello della *data di trascrizione della vendita* da parte del locatore a terzi (si veda l'ordinanza n. 228/1990 della Corte Cost.); è quindi posto a carico del conduttore l'*onere* di eseguire verifiche periodiche presso i Registri Immobiliari, per accettare se l'immobile sia stato venduto a un terzo e la data di trascrizione nei Registri del relativo atto di vendita, così da rispettare il termine sestrale, decorrente da tale data, per l'esercizio del diritto di riscatto. E, nel caso di decorso di tale termine, senza che il conduttore abbia potuto esercitare il diritto di riscatto, allo stesso può essere riconosciuto il risarcimento del danno patito, a titolo di responsabilità extracontrattuale del locatore e del terzo acquirente, qualora venga accertato che vi fu da parte degli stessi una condotta rivolta a ingenerare nel conduttore, ormai decaduto dal diritto di riscatto, il *convincimento* dell'insussistenza dell'avvenuto trasferimento del bene e rivolta, quindi, a distoglierlo dall'onere di consultare i Registri Immobiliari per avere notizia di tale trasferimento: in caso di prova di un tale *comportamento fraudolento del locatore e del terzo acquirente*, il conduttore ormai decaduto dall'esercizio del diritto di riscatto, può ottenere il risarcimento dei danni subiti (Cass., n. 6891/2001) (14).

11. La disposizione dell'art. 40 L. 392/1978.

Quanto al diritto di prelazione del conduttore in caso di nuova locazione, alla scadenza dei dodici anni del contratto, diritto previsto e disciplinato dall'art. 40 L. 392/1978, la norma mira anch'essa a tutelare la ulteriore permanenza nel locale dell'azienda del conduttore e l'interesse alla conservazione dell'attività ivi esercitata. Preciso, tuttavia, che non mi è mai capitato, negli ormai tanti anni in cui tratto la materia locatizia, di affrontare una controversia inerente a tale norma. Presumo che la norma abbia scarsissima applicazione nella realtà e che, almeno normalmente, il conduttore di un locale adibito agli usi dell'art. 27 L. 392/1978, che abbia ricevuto lo sfratto alla se-

conda scadenza del contratto, reputi più conveniente rilasciare il locale, previa corresponsione dell'indennità di avviamento commerciale, poiché con tale introito è più agevole per lui affrontare gli esborsi per un trasferimento in un nuovo immobile. Ci si risparmia, quindi, l'esame delle questioni relative, segnalando che, peraltro, le pronunce giudiziali relative alla norma sono molto scarse (15).

Note.

(1) Il *brocardo* in epigrafe è stato apposto dall'autore delle note; con ciò si vuole solo avanzare qualche dubbio (forse, anche in punto costituzionalità) o qualche (non del tutto peregrina) riserva sulla congruità e sulla sostanziale "equità" di una normativa, quale quella di cui agli artt. 38, 39 e 40 L. 392/1978, presa in esame nel presente scritto, che, di fatto introduce una sorta di obbligo legale a contrarre con un soggetto determinato, ma tra soggetti che, peraltro, si trovano su posizioni antitetiche e divergenti, oltre a costituire un intralcio posto alla commercializzazione dei beni immobili e "limitando notevolmente la libertà di autodeterminazione dei cittadini", come, tra l'altro, rileva esattamente Gallo, *sub voce Prelazione*, in *Digesto, IV ed., Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Vol. XIV, Torino, 1996, p. 170.

Lo scritto qui annotato si riferisce ad un aspetto particolare dei contratti di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo (i c. d. *contratti commerciali* previsti e disciplinati dallo art. 27 della legge 27 luglio 1978, n. 392) e, cioè, al diritto di prelazione a favore del conduttore (e al conseguenziale diritto di riscatto), in caso di vendita della cosa locata, nonché, ma solo marginalmente e succintamente, al diritto di prelazione in caso di nuova locazione. Come si può agevolmente vedere, la materia presenta un *rilevante interesse* sotto (anche) l'aspetto pratico ed è stata oggetto di numerosi interventi dottrinali e giurisprudenziali, sia di legittimità, che di merito.

Sulla terminologia usata in dottrina e in giurisprudenza: si parla, in genere in modo promiscuo e per così dire intercambiabile (o interscambiabile), di contratti di locazione ad uso commerciale, di locazioni ad uso diverso da abitazione, di locazioni ad uso non abitativo, di locazioni di cui all'art. 27 L. 392/1978, etc.. Forse, per definire i contratti ai quali si applicano le disposizioni degli artt. 38 e 39 (nonché dell'art. 40) della legge citata, si potrebbe parlare *tout court* di *contratti ad uso commerciale*, almeno *lato sensu*.

La normativa (fondamentale) relativa a tali tipologie contrattuali è contenuta, ancora in oggi, nella L. 392/1978, in quanto le disposizioni della più recente L. 431/1998, si riferiscono alle sole locazioni abitative.

(2) Si deve in primo luogo rilevare come, in *subiecta materia* (e cioè in materia locatizia), la normativa del codice civile abbia rilevanza, per così dire, residuale. Sulla *querelle* della c. d. decodificazione e sulla tendenza alla sostitutività e alla tendenzialità assorbitrice ed alla prevalenza anche quantitativa (e talvolta qualitativa), che assume la legislazione di settore o speciale (chiamata anche, inesattamente, allora, complementare), si veda: Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978; id., *Società civile*, Milano, 1992; id., *Codice civile e società politica*, 5 ed., Roma - Bari, 2004.

Il contratto di locazione, peraltro, era già conosciuto nel diritto romano come tipica obbligazione *ex contractu* e che sorgeva *ex consensu*, per effetto dell'accordo delle parti liberamente manifestato (*locatio - conductio*). Cfr.: Crifò, *sub voce Diritto romano*, in *Diritto 2, Encyclopedie Feltrinelli Fischer*, Milano, 1972). Per rimanere nell'ambito del diritto positivo attuale, è appena il caso di precisare che il codice civile vigente tratta della locazione agli artt. 1571 e ss. L'art. 1571 c. c., in particolare, definisce la locazione come il contratto con il quale una parte si obbliga a far godere ad un'altra parte una cosa mobile o immobile per un determinato tempo e per un

corrispettivo, incentrando l'attenzione su tale contrattuale elemento (*la durata*), definito come carattere fisionomico del contratto stesso (Tabet, *La locazione - conduzione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1972, p. 278). Come è facile vedere, tuttavia, la materia locatizia è in oggi regolata in gran parte (*recte*, in massima parte) da normativa extracodicistica (legislazione speciale) e, precisamente, per le locazioni abitative dalla attuale L. 13/12/1998 n. 431 ed *antea* dalla L. 27/7/1978 n. 392 (con *l'intermezzo* della legge sui "patti in deroga"). Invece, le locazioni ad uso diverso da abitazione (*locazioni commerciali*) sono, ancor oggi, regolate dalla L. 27/7/1978, n 392, tuttora in vigore per tale tipologia di contratti locatizi. Solo per le residuali e, tutto sommato, meno rilevanti, non tanto sotto il profilo quantitativo, ma, sotto il profilo economico - sociale, altre tipologie locatizie, si fa riferimento o si può fare riferimento alla normativa codicistica in tema di locazioni immobiliari (si vedano, sotto tale profilo, per gli usi abitativi, e per le ipotesi di esclusione dalla normativa di cui alla L. 431/1998, le eccezioni previste allo art. 1 della stessa legge).

In dottrina, sul contratto di locazione in generale: AA, VV, *La locazione*, 3 Voll., in *Il diritto privato nella giurisprudenza* (a cura di Cendon), Torino, 2005; Catelani, *Manuale della locazione*, 3 ed., Milano, 2001; Cuffaro e Padovini (a cura di) *Locazione, Codice ipertestuale di locazione e condominio* (dir. da Patti), Torino, 2006; Lazzaro, Preden e Varrone, "L'equo canone", Milano, 1978; Militerni, *L'equo canone nella giurisprudenza*, Napoli, 1981; Trifone, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Trattato di diritto privato* (dir. da Rescigno), Vol. 11, Torino, 1984; De Paola, *L'equo canone*, Milano, 1988; id., *I contratti di affitto*, Milano, 1991; Porreca, *Il procedimento per convalida di sfratto*, Torino, 2006; Di Marzio, *Della locazione*, in *Commentario al codice civile* (dir. da Cendon), Aggiornamento 1991 - 2001, II, Torino, 2002.

Sulle locazioni ad uso diverso da abitazione: Lazzaro e Preden, *Le locazioni ad uso non abitativo*, Milano, 1985 (opera sempre valida, ancora in oggi, ed anche rieditata), nonché i più recenti: Farina, *Le locazioni commerciali*, Roma, 2006; Tamborrino, *Le locazioni commerciali*, Milano, 2007; Senise e Troncone, *Le locazioni ad uso commerciale*, Padova, 2006; Pinto, *Locare un immobile ad uso commerciale*, Napoli, 2009 e Graziano, *Le locazioni urbane ad uso diverso. Obblighi delle parti. Vicende del rapporto. Indennità di avviamento. Diritto di prelazione e riscatto*, Napoli, 2008.

Per gli aspetti fiscali, amministrativi e per la normativa di sicurezza in materia di contratti locatizi, si veda: Arnao e Castelli, *Immobili. Guida operativa*, 2 ed., Milano, 2000 e, più recente ed aggiornato e riferito espressamente ai contratti in esame, Pozzi e Natta, *La locazione di immobili ad uso non abitativo. La disciplina. Le tipologie. Il contentioso. Gli aspetti fiscali*, Rimini, 2008.

Per un approccio di tipo comparatistico ai contratti locatizi ed alle legislazioni straniere in materia, si veda: De Vita, *sub voce Locazione in diritto comparato*, in *Digesto, IV ed., Digesto delle discipline privatistiche, sez. civ.*, Vol. XI, Torino, 1994 e la bibliografia e le normative ivi citate, con particolare riferimento alle differenze (ed alle similitudini) in materia di contratti locatizi nei sistemi a *civil law* e a *common law*.

(3) La prelazione viene definita in dottrina come "il diritto che taluno acquisisce, vuoi in virtù della legge, vuoi di un atto di autonomia privata (*pactum protomiseos*) ad essere preferito a qualsiasi altro a parità di condizioni, nel caso in cui venga concluso un contratto" (Gallo, *op. cit.*, p. 168).

(4) Sui limiti (ed autolimiti) alla autonomia privata, si veda il fondamentale (breve, ma di interesse inversamente proporzionale alla sua brevità) saggio di Sacco, *sub voce Autonomia nel diritto privato*, in *Digesto, IV ed., Digesto delle discipline privatistiche, Sez., civ.*, Vol. I, Torino, 1987, per il quale "il contratto diventa il simbolo dell'autonomia; e in un certo senso.....ne diventa anche la misura" (ivi, p. 519). Per ulteriori approfondimenti si veda: Monateri, *La sineddoche*, Mi-

lano, 1984, III; Ferri, *L'autonomia privata*, Milano, 1959; Santi Romano, voce *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947; Franceschelli, *I rapporti di fatto*, Milano, 1984. Adde, Alpa, *Il diritto dei consumatori*, Roma, 1999 e Barcellona, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996.

(5) La condizione, come ben noto, è definita in dottrina come un avvenimento *futuro* ed *incerto* dal quale dipende l'efficacia o la risoluzione di un negozio giuridico, mentre la condizione potestativa si ha quando il suo verificarsi dipende dalla volontà di una delle parti del negozio stesso (e che non va confusa, quindi, con la c. d. condizione *meramente potestativa*).

(6) Sul diritto di prelazione del coerende ex art. 732 c. c., cfr.: Di Marzio, *Prelazione e riscatto*, in *La locazione*, cit., Vol. III, pp. 1711 - 1712.

(7) Si veda, anche, per i contratti agrari: la L. 22 luglio 1966, n. 606; la fondamentale L. 3 maggio 1982, n. 203 (G.U. 5 maggio 1982, n. 121) ed, in particolare, l'art. 35 (*prelazione per l'acquisto delle scorte*), della stessa; nonché la L. 14 febbraio 1990, n. 29. Anche la legislazione sui contratti agrari risalente, come legislazione speciale, alla metà degli anni '50 del secolo scorso (vedi: L. 29 maggio 1956, n. 500) è improntata ad una sorta di *favor* nei confronti del conduttore, in relazione ai fondi oggetto di coltivazione agraria. In dottrina: Giuffrida, *I contratti agrari tra inderogabilità della norma ed autonomia privata*, Messina, 1996; Alessi, *Autonomia privata e rapporti agrari*, Napoli, 1982.

(8) Sul diritto di prelazione in relazione ai contratti di cui all' art. 27 della Legge 27 luglio 1978, n. 392 si veda, in dottrina: Lazzaro e Preden, op. cit., pp. 567 e ss. Si può qui far presente che un'altra ipotesi di prelazione, a favore del conduttore, è stata introdotta dalla L. 431/1998 (che si riferisce, peraltro, alle locazioni abitative), all'art. 3, in caso di recesso del locatori alla prima scadenza contrattuale, qualora l'immobile locato venga venduto a terzi. Si ricorda che l'art. 27 L. 392/1978, prevede anche, tra le attività tutelate ex artt. 38 e 39 (e 40) della legge stessa, le locazioni alberghiere che, peraltro, hanno anche una diversa e maggiore durata (nove anni), rispetto alle altre attività.

(9) Sul carattere di *premialità* di tali norme (tutela dell'avviamento, addirittura *presunto ex lege*, prelazione, riscatto, durata contrattuale, etc.) a favore dell'imprenditore, dottrina e giurisprudenza sono concordi nel darne, comunque, a livello esegetico, svariate giustificazioni. Su di un piano metagiuridico si potrebbe, forse, ipotizzare un'influenza indiretta delle note formulazioni del Weber (si veda dell'autore: trad. it., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Milano, 1991, nonché, trad. it., *Economia e società*, Milano, 1968), dove si ipotizza, anche a livello di strutture giuridiche e di strutture e/o sovrastrutture culturali, come la premialità nei confronti dell'imprenditore possa essere considerata come un'anticipazione, in prospettiva, di una buona riuscita (o ri - uscita), in vista (ed in attesa) del futuro livello escatologico. Certo, non si vuole qui dire che l'avviamento (o il diritto di prelazione) riconosciuto al commerciante o all'imprenditore in via coattiva, sia una sorta di anticipo del Paradiso o una sorta di Paradiso in terra o, più prosaicamente e materialisticamente, una sorta di imprenditoriale Paese di Cuccagna, ma si vuole solo, e *paradossalmente*, sottolineare l'atteggiamento acritico e remissivo della giurisprudenza e dottrina nei confronti di norme, tutto sommato, di favore e anche, talvolta, con carattere e natura di mera contingibilità, derivante da pressioni economico - politiche. Una delle poche voci dissonanti (oltre a Gallo, op. cit. *supra*) mi risulta essere quella del Dolce (ex Pretore di Rimini), nella famosa ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale (riportata nel libro dello stesso, *Requiem per il diritto*, Milano, 2003), in cui, più pragmaticamente, si azzardava, tra le righe, l'ipotesi che il nostro legislatore fosse stato influenzato dalla potente lobby diretta dalla Sibilla Caupona (la Sibilla dei mercanti), da non confondersi con la nobile Sibilla Cumana. Per curiosità, al solo fine di dimostrare fino a quale "altezza di livello" era giunta la *domanda*

di riconoscimento dell'indennità di avviamento ritengo di poter citare il noto "*caso del Palio*", in cui era stata richiesta l'indennità per la perdita di avviamento da parte di un soggetto che sfruttava economicamente (una sorta di rendita di posizione), un balcone di immobile dallo stesso condotto e aggettante sulla Piazza del Campo, a Siena, noleggiandone l'uso in occasione del Palio. Peraltro la domanda era stata respinta sul presupposto che lo sfruttamento economico del balcone aggettante sulla Piazza del Campo era solo occasionale e del tutto marginale (veniva affittato solo in occasione del Palio).

(10) Su specifiche e particolari ipotesi di operatività della prelazione ex art. 38 L. 392/78, si veda: Vecchio, *L'esercizio del diritto di prelazione* (art. 38 L. 27/7/1978, n. 392), in Cuffaro e Padovini (a cura di), *Locazione*, cit., pp. 386 e ss.; Lazzaro e Preden, op. cit. pp. 567 e ss.; Di Marzio, *Prelazione e riscatto*, in AA. VV., *La locazione*, cit., Vol. III, pp. 1735 e ss; nonché Cian, *La prelazione a favore del conduttore nella locazione ad uso non abitativo*, Padova, 1979. Sui presupposti del diritto di prelazione e di riscatto per le attività di cui all'art. 27 L. 392/1978 (e con le esclusioni previste dalla normativa), la dottrina ha ritenuto di poterne reperire una giustificazione di tipo razionale - teleologico e non solo di carattere contingente e meramente premiale. Si definiscono, allora, le attività di cui alla legge 392/1978, in riferimento ad immobili adibiti ad uso diverso da abitazione, come situazioni che danno vita ad una serie di tipi di locazione diversi per modalità di svolgimento, per la tipologia di attività, per l'ubicazione dell'immobile o per la natura della parte conduttrice. Si distingue pertanto tra attività a *tutela piena*, attività a *tutela attenuata*, attività a *tutela limitata* e locazioni ad *attività stagionale*; solo per la prima tipologia di attività (*attività a tutela piena*) sarebbe previsto il diritto di prelazione (e il diritto di riscatto), in caso di trasferimento a titolo oneroso dell'immobile, nell'ipotesi di pretermessione del conduttore e la prelazione dello stesso, in caso di nuova locazione (vedi: Lazzaro e Preden, op. cit., pp. 3 e ss.).

(11) Sulla natura della *denuntiatio*: in dottrina e giurisprudenza l'indagine sulla natura della *denuntiatio* ha dato origine a diverse soluzioni interpretative. La prima ritiene che la *denuntiatio* abbia natura di proposta contrattuale e che la dichiarazione di esercizio della prelazione costituisca, allora, accettazione della proposta; la seconda tesi opina che la *denuntiatio* abbia funzione di mera notizia, mentre la dichiarazione di esercizio della prelazione costituisca proposta contrattuale; secondo la terza opinione la *denuntiatio* costituisce ottemperanza ad un obbligo legale strumentale all'esercizio del diritto potestativo del conduttore di unilateralmente determinare l'acquisto, a proprio favore, della proprietà dell'immobile condotto. Come si evince dal testo la Corte Cass., sez. Unite, nella sentenza n. 5359/1989, in sede di composizione del contrasto interpretativo, ha affermato il principio che la *denuntiatio* ex art. 38 L. 392/1978, non costituisce una proposta contrattuale di vendita, ovvero una mera informativa di generici intenti, destinata ad avvio di trattative tra le parti, ma costituisce, invece, un "*atto dovuto di interpello*", vincolato nella forma e nel contenuto, diretto a porre il conduttore in condizione di esercitare il diritto di prelazione, sussistendone i presupposti. Sul punto: Di Marzio, *Prelazione e riscatto*, in AA. VV., *La locazione*, cit. *supra*, Vol. III, pp. 1714 e ss., nonché Vecchio, *L'esercizio del diritto di prelazione* (art. 38 L. 27/7/1978, n. 392), in Cuffaro e Padovini (a cura di), *Locazione*, cit. *supra*, pp. 386 e ss.

E poiché la *ratio* del diritto di prelazione è quella di conservare, anche nel pubblico interesse, le imprese che trovano la fonte prevalente del loro avviamento nel contatto diretto con il pubblico degli utenti e consumatori in un determinato immobile, nel caso in cui l'immobile oggetto del contratto locatizio, in cui viene esercitata l'attività, venga sublocato, con contestuale cessione dell'azienda (come nel caso di cessione di azienda e conseguente cessione del contratto locatizio al cessionario), il diritto di prelazione (e quello di riscatto) compete al *subconduttore* e non al conduttore originario cedente, poiché quest'ultimo non ha più alcun interesse alla ge-

stione dell'azienda ceduta: è il gestore attuale dell'azienda il titolare dei diritti di cui si tratta (viene tutelato l'interesse commerciale *in actu* e la continuità dell'esercizio dell'attività). Ciò a differenza di quanto accade nel caso di *affitto dell'azienda* da parte del conduttore originario, nel quale permane in capo allo stesso la qualifica di conduttore dell'immobile (N. d. A.).

Sull'affitto di azienda si veda: Lazzaro e Preden, op. cit., pp. 382 e ss.

(12) Sull'onere della prova circa la destinazione effettiva dello immobile, è principio pacifico che la prova relativa all'esistenza del presupposto dei diritti in questione (destinazione effettiva dell'immobile ad attività che comporta contatti diretti con il pubblico degli utenti e consumatori), grava sul conduttore di immobile adibito a uso diverso da quello abitativo che, in caso di alienazione del bene, intenda far valere il diritto di prelazione (e quello di riscatto - *retratto* -), con applicazione, in sostanza, del principio previsto dall'art. 2697 c. c.

(13) La distinzione tra *vendita in blocco* e *vendita cumulativa*, non semplice, peraltro, sul piano concettuale ha comportato molteplici contrasti interpretativi ed esegetici in dottrina e giurisprudenza, anche perché il legislatore ha solo previsto l'ipotesi normale (*recte: usuale*) di vendita, in cui vi sia coincidenza tra il bene oggetto di trasferimento e quello oggetto del rapporto di locazione (cfr.: Lazzaro e Preden, op. cit., p. 595). Anche in caso di vendita cumulativa, peraltro, si deve accettare, caso per caso, se l'oggetto della compravendita costituisca, comunque, un compendio immobiliare che sia dotato di una propria individualità giuridico - strutturale oggettiva ed effettiva (Cass., n. 2511/2001). Nella giurisprudenza di merito si rinvenivano, sostanzialmente, due diversi indirizzi: il primo riteneva applicabile la normativa sul diritto di prelazione, anche in caso di vendita in blocco, o sulla porzione immobiliare locata ovvero sul tutto, mentre il secondo escludeva il diritto di prelazione, in caso di vendita in blocco, conformemente allo orientamento accolto dalla Cassazione. La Corte Cass., infatti, fin dalla fondamentale sentenza del 24/10/1983, n. 6256, aveva già ritenuto di doversi escludere, in ipotesi di effettiva vendita in blocco, la prelazione del conduttore, sia sulla porzione immobiliare locata, nonché sull'intero compendio immobiliare alienato (cfr.: Lazzaro e Preden, op. cit., pp. 596 - 597). Tale soluzione interpretativa è da considerarsi, in oggi, quale *ius receptum*.

Per valutare, poi, se in concreto, sia configurabile l'ipotesi di vendita in blocco o meno è ininfluente la circostanza che i vari immobili siano stati venduti con un unico atto e con un prezzo globale, poiché il conduttore del singolo locale può provare che, in realtà, questi sono stati *espediti* del locatore per eludere il suo diritto di prelazione e che il locale da lui condotto (e oggetto di vendita), conserva la sua autonomia strutturale e giuridica, con conseguente suo diritto di prelazione (Cass., n. 26981/2007, *ex pluribus*) (N. d. A.). Circa il possibile *intento fraudolento* di eludere i diritti del conduttore attraverso un surrettizio aggregamento di altri immobili in una con quello locato la S. C. ha ritenuto insindacabile in sede di legittimità l'accertamento al riguardo del giudice del merito, se condotto attraverso la disamina di C. T. U. e sulla base di una logica valutazione degli elementi esistenti in atti (Cass., n. 2069/2004). È stato *escluso* il diritto di prelazione nell'ipotesi in cui il locatore conferisca in proprietà a una società l'immobile locato, poiché in tal

caso non è configurabile "un trasferimento a titolo oneroso" (Cass., n. 9592/2000 e Cass., n. 4020/01), nell'ipotesi di permuta dell'immobile (Cass., n. 6867/2003) e nel caso di vendita a terzi di una quota ideale di proprietà della porzione immobiliare locata ad uso commerciale (Cass., n. 18648/2003). (N. d. A.)

Si noti, infine, che l'operatività dell'istituto della prelazione (e del riscatto) non è estensibile in via analogica (cfr.: Cass., n. 6867/2003, cit. *supra*).

(14) L'azione di riscatto ha *natura reale*, nel senso che il conduttore può fare valere il suo diritto ad essere riconosciuto proprietario del bene locato, venduto a un terzo, nei confronti di chiunque. Quanto agli effetti del mancato versamento del prezzo nel termine di tre mesi dalla prima udienza (art. 39, c. 2 e 3), è stato ritenuto che tale termine abbia natura ordinatoria e che il suo mancato rispetto non comporta la decaduta dal diritto di riscatto esercitato, fermo restando il diritto del retrattato di richiedere al conduttore il pagamento del prezzo e l'eventuale risarcimento dei danni derivati dal ritardo nel pagamento (Cass., n. 8809/1998). L'acquirente dell'immobile, per il quale il conduttore abbia esercitato il diritto di riscatto, ha azione nei confronti del suo dante causa, venditore - locatore, per essere garantito dalle conseguenze della pronuncia di riscatto a favore del conduttore; tale azione è stata ricondotta nell'ambito della *garanzia per evizione* (Cass., n. 1339/1995). Sulle questioni della prelazione e del riscatto, nell'ambito della locale giurisprudenza, si possono richiamare le sentenze del T. Genova 11/2/2005; 21/4/2005; 3/2/2005 e 4/7/2008. (N. d. A.)

(15) L'art. 40 L. 392/78 (che, peraltro, parrebbe modellato sugli artt. 2 e 3 della L. 27/1/1963, n. 19), infatti, non risulta essere oggetto di particolare attenzione in dottrina (si veda: Antonuccio, *Codice commentato delle locazioni*, Torino, 2003, Vecchio, *Il diritto di prelazione a favore del conduttore* (art. 40, l. 27/7/1978 n. 392), in Cufaro e Padovini (a cura di), *Locazione*, cit. pp. 396 - 399.; Catelani, *Manuale della locazione*, 3 ed., Milano, 2001; Di Marzio, *Prelazione in caso di nuova locazione*, in AA.VV., *La locazione*, cit., Vol. III, pp. 1757 - 1758; Lazzaro e Preden, op. cit., pp. 636 e ss., ed in giurisprudenza. Si possono, tuttavia, citare, per la giurisprudenza di legittimità: Cass., n. 12098/2003; Cass., n. 11908/2002; Cass., S. U., n. 5359/1989 e Cass., S. U., n. 5357/1989 e di merito: T. Verona 10/12/1997 e P. Verona 17/11/1990. (pronunce tutte richiamate in Vecchio, op. cit. *supra*, pp. 396 e ss.). *Adde* la più recente Cass., n 7501/2007, che, peraltro, aveva esclusa l'operatività dell'art 40 L. 392/1978, in ipotesi di attività, che, pur comportante contatti diretti con il pubblico degli utenti e dei consumatori, era esercitata senza le prescritte autorizzazioni amministrative (si veda il pronunciamento in *ALC*, 2007, 5, 511). Uno dei motivi della scarsa applicazione del disposto dell'art. 40 L. 392/1978 è, forse, dovuto al fatto che l'*elusione* può essere sanzionata solo in *termini obbligatori*; come ritiene la costante giurisprudenza, infatti, l'art. 40 L. 392/1978 attribuisce al conduttore la prelazione sulla stipulazione di un nuovo contratto di locazione da parte del locatore, ma non prevede che, nel caso di violazione del diritto di prelazione dell'originario conduttore, questi possa essere autoritativamente sostituito al soggetto al quale l'immobile sia stato, successivamente, locato (cfr.: Cass., n. 12098/2003, cit. *supra*).

Roberto Negro

I**Un caso di interruzione di gravidanza non riuscita: due narrazioni.****Lineamenti per una teoria della sentenza come "fiction" *****Michele Marchesiello**

Magistrato

Roberto Negro

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Racconto, narrazione e persuasione. - 3. Un fatto, due storie. - 4. La "fiction" del tribunale e la "fiction" della corte di Appello. - 5. Pentimento o sentimento? - 6. Narrazione statica e narrazione dinamica. Morale della favola.

Ci domandiamo "quale linea di azione sia senza mali", ma sappiamo che nessuna vera risposta ci darà conforto.

G. Calabresi e P. Bobbit, *Scelte tragiche*.

1. Premessa.

Tradizionalmente, gli studi compresi sotto l'etichetta "L.& L." (*Law and Literature*, diritto e letteratura) si dividono in due filoni: quello della letteratura che si occupa della giustizia e del suo mondo (*"Law IN literature"*) e quello delle opere giuridiche o giudiziarie - trattati, sentenze, saggi, testi di legge - che assurgono a dignità letteraria (*"Law AS literature"*) (1).

Quello che si propone, oggi, è un terzo filone, abbastanza negletto se non del tutto trascurato: esso prende in esame testi prodotti da giuristi, in particolare sentenze pronunziate da giudici, per considerarli non nel loro - reale o supposto - "valore letterario", inteso come un di più, un essere documenti "belli in sé stessi" oltre che produttivi di effetti giuridici, ma nel loro costituire una vera e propria "narrazione", un racconto finalizzato a convincere i destinatari, i commentatori o comunque i lettori, che "giustizia è stata resa". La tesi sottostante questo tentativo, o esperimento, è che le pronunzie dei giudici non siano soltanto (o lo siano solo secondariamente) un insieme di ragionamenti giuridici, rispondenti a criteri logico-ermeneutici tendenzialmente inoppugnabili, ma siano anche (o prima di tutto) il risultato di un'operazione retorica che mira a "persuadere" o convincere l'uditore: proprio come accade con una narrazione (2).

Gli americani usano a questo proposito il termine *fiction*, che non sta a indicare una finzione, o il camuffamento "retorico" di una certa interpretazione, ma - piuttosto - a segnalare l'intervento della capacità immaginativa, a sua volta densa di valori, pregiudizi, idiosincrasie culturali, nell'interpretazione di fatti la cui "verità" giace ormai sepolta e irraggiungibile sotto la frana continua dell'accadere e *pertanto solo ormai oggetto di "comprensione inautentica"*.

2. Racconto, narrazione e persuasione.

In questo senso l'uso da parte dei giudici del "discorso persuasivo" è al centro del nostro interesse, nonostante i protagonisti siano quasi sempre inconsapevoli della presenza al loro fianco di questo invisibile ma influente convitato. La persuasione è davvero complicata, mai uguale a se stessa, abbastanza confusa, incapace di darsi regole che non siano quelle - ormai cadute in discredito - della retorica come mero ornamento del discorso.

Nel suo libro *"Constitutional Law as Fiction"* (3), L.H. LaRue così spiega questo titolo apparentemente paradossale:

"...la mia tesi è che le orgogliose torri della legge siano costruite non sullo zoccolo duro del "fatto", ma sul mobile terreno della "fiction", che le sentenze dei giudici siano piene di "racconti" che pretendono di essere "fattuali" ma che in realtà sono "narrazioni di fatti", e - ancor più - che queste "narrazioni" non potrebbero essere eliminate senza rendere claudicante ogni tentativo di dare una interpretazione giuridica di fatti."

A questa tesi affascinante abbiamo cercato di attenerci nell'esaminare (o, anche noi, "raccontare") le due sentenze che seguono.

3. Un fatto, due storie.

Il caso è quello di una giovane donna che, alla sesta settimana di gravidanza, si sottopone a un intervento abortivo con la tecnica dell'isterosuzione, debitamente autorizzato ai sensi della legge 194 del 1978. Lasciato l'ospedale, trascorso oltre un mese e accusando dolori continui, la donna si sottopone tardivamente all'esame denominato Beta HCG per la ricerca dell'ormone della gravidanza, apprendendo - quando è già scaduto il termine legale per l'interruzione - che la gravidanza aveva seguito il suo corso e che non poteva più procedersi a un nuovo intervento.

La donna attribuisce la responsabilità dell'insuccesso a colpa contrattuale dell'ospedale e del ginecologo che aveva proceduto all'atto operatorio, lamentando danni gravi sia sotto il profilo morale e psicofisico che sotto quello economico patrimoniale.

L'ospedale si costituisce in giudizio, attribuendo il mancato "successo" dell'intervento alla negligenza dell'attrice, che aveva omesso di sottoporsi alle prescritte visite di controllo le quali - se tempestivamente eseguite - avrebbero consentito di ripetere l'intervento.

Anche il medico si costituisce, precisando che l'intervento può non riuscire per i motivi più diversi (tra i quali il caso di una gravidanza plurigemellare) e ribadendo la tesi dell'ospedale. Quanto all'intervento vero e proprio, il sanitario sostiene che l'esame istologico avrebbe indicato la piena riuscita dell'intervento, con la rimozione di materiale fetale. La prosecuzione della gestazione si poteva spiegare con una gravidanza plurigemellare mai prima segnalata all'operatore.

L'azienda ospedaliera chiama in causa gli assicuratori, che si costituiscono a loro volta richiamando gli argomenti opposti sia dall'ospedale che dal sanitario e sostenendo comunque - come di rito - che la vicenda esula dalla garanzia contrattualmente assunta.

(*) Il presente scritto è una parziale rielaborazione di contributo dallo stesso titolo in *Diritto e formazione*, n.2/2010.

4. La “fiction” del Tribunale e la “fiction” della C. A.

Il Tribunale genovese(4) , in persona del Giudice Unico designato, accoglie le domande dell’attrice, dichiarando la responsabilità

contrattuale dell’Azienda ospedaliera e del sanitario che aveva eseguito l’intervento, sia in relazione all’esito negativo dell’intervento stesso che in relazione alle carenze informative sui tempi tecnici degli esami da eseguire dopo la dimissione, condannando entrambi al risarcimento dei danni e gli assicuratori a onorare la garanzia assunta nei confronti dell’ospedale.

La Corte di Appello di Genova,(5) a distanza di quasi sette anni (il prodotto del concepimento, si presume, frequenta ormai la scuola media) accoglie gli appelli proposti dall’azienda ospedaliera, dal medico e dagli assicuratori, respingendo integralmente le domande proposte dall’attrice (nonché, ovviamente, il suo appello incidentale) condannando quest’ultima alla restituzione di quanto percepito in forza della pronunzia del Tribunale, peraltro compensando le spese di entrambi i gradi di giudizio.

Contro la sentenza della Corte d’Appello “pende” il ricorso per Cassazione.

Questi - in termini succinti - i “fatti” , inclusa la vicenda processuale che ha visto il giudice di primo grado accogliere la “narrazione” dell’attrice, e i giudici dell’appello accogliere - invece - la “narrazione” dei convenuti, a loro volta sovrapponendovi, ciascuno , la propria “narrazione” giudiziale, cui devono essere aggiunte quelle dei consulenti tecnici (anche per loro, infatti, la pregiudiziale “tecnica” deve cedere a quella narrativa).

Dopo i fatti, non “la storia” ma “le” storie : il “racconto” dei giudici si inserisce, trovandovi le proprie premesse argomentative, nell’intreccio complicato dei “racconti” fatti loro dalle parti e - non ultimi - dai consulenti tecnici.

Un racconto, dunque, frutto di molti racconti (6).

Lei, la donna, è la protagonista. Ha trentasei anni, alle spalle un precedente aborto spontaneo e - forse - un’altra interruzione volontaria di gravidanza (la circostanza non è stata provata, a causa dello smarrimento della relativa cartella clinica).

Lavora in un’industria di asfalti e guadagna 1.800 euro al mese. Non è sposata, e non sa di poter non riconoscere la figlia, frutto del concepimento non desiderato. Il padre resta nell’ombra: non è sicuro che vorrà assumersi la sua parte di responsabilità, sia in termini economici che morali e legali. Questa la situazione che spinge la giovane donna a ricorrere all’interruzione volontaria della gravidanza. Un insieme - evidentemente - di elementi razionali e irrazionali, di considerazioni pratiche ed emotive, molto difficili da discernere in base al peso esercitato sulla decisione. Disorientamento, scarsa informazione sulle possibilità offerte dalla legge, mancanza di un compagno che la rassicuri, paura di perdere il “posto” o comunque di un importante ridimensionamento della qualità della propria vita.

Una donna sicuramente divisa cui viene offerta dall’ordinamento la possibilità di determinare essa stessa, in questa occasione, la propria storia “futura”.

Questa la storia “raccontata” al giudice dall’attrice , dopo avere accettato - a quanto pare con serenità retrospettiva - le conseguenze del mancato esito dell’intervento .

Alla narrazione “viva” della donna si contrappone quella asettica e impersonale dell’ospedale, basata sul rispetto di procedure, sulle prassi , sull’informazione “standard” del soggetto che si è rivolto alla “struttura”. Viene in mente il titolo di un’opera di Umberto Eco di molti - troppi - anni fa: “La struttura assente”. Anche al di fuori della semiotica (che vi ha dato origine) l’idea materiale di struttura (sanitaria, nella specie), deve misurarsi con la constatazione della sua assenza, nel momento stesso in cui la si invoca.

La narrazione dell’ospedale è infatti una non-narrazione, basata su fatti che “devono” ritenersi verificati come naturale espansione della procedura, applicata al caso concreto: l’aspirazione sempre infelice, da parte di un’astrazione , a materializzarsi e farsi concreta.

Un vuoto di realtà, riempito dalla congettura sistematica. Lo stile narrativo di un giudice è, in via generale, del tutto diverso. Lo distingue un connotato demiurgico, una convenzione in base alla quale egli sa (o crede di sapere) che dai racconti fattigli dalle parti deriverà il racconto giudiziario “decisivo”, quello destinato a incarnarsi magicamente nella “cosa giudicata”. Il lieto fine (o il suo opposto) dipendono da lui e dal paradigma della legge che egli è chiamato a “interpretare”, come un attore “interpreta” il proprio ruolo sulla scena (7) e sarebbe anche da dirsi che (talvolta) lo stesso “happy end” potrebbe rivelarsi fuorviante e mistificatorio.

Il suo problema , in questo senso, è quello di una duplice coerenza: coerenza verso i fatti sottoposti al suo giudizio, ma anche verso il sistema delle leggi rilevanti e delle interpretazioni precedenti (8).

Sotto il primo dei due profili egli dispone di varie possibili letture: la donna ormai “esperta” (le precedenti interruzioni di gravidanza, l’impiego ben retribuito, quanto meno per aspirare a qualche modesto agio, una relazione sentimentale evidentemente messa in crisi), contrapposta alla donna giovane, disorientata (se non spaventata), priva di un sostegno familiare o affettivo adeguato, che si rivolge alla “struttura” non solo per riceverne una prestazione “tecnica” ma anche, se non soprattutto , una sponda alla sua incertezza, alla sua paura dell’evento che rischia di sconvolgere la sua vita.

Nella dinamica della vicenda, e nel quadro del racconto, occorre poi inserire la reazione della donna: all’intervento, prima, e al suo fallimento in un secondo momento.

Bisogna spiegare - soprattutto - perché la donna non si è presentata alla visita di controllo (dimenticanza, pentimento, insufficiente informazione?) e perché - alla notizia dell’esito negativo dell’intervento - essa non si è comportata in modo coerente al desiderio di non assumersi la responsabilità di un figlio.

Come si vede, si apre davanti al giudice, una serie di biforazioni narrative e di conseguenti interpretazioni, di cui una semplice “bouche de la loi” sarebbe incapace, o cui sarebbe del tutto indifferente.

Il giudice che non si sente “bocca della legge” o cui la legge non viene comunque in soccorso, si avventura dunque come può, come sa, lungo questo difficile percorso, affrontando le sue biforazioni con la (spesso contraddittoria) guida della giurisprudenza e quella non meno incerta della scienza medica. Al suo bagaglio culturale appartengono, naturalmente, esperienze personali, letture, valori acquisiti e (sempre meno) ideologie.

Messo di fronte a questo continuo biforcarsi, il racconto prende però le mosse da un dato certo: il finale (relativamente) lieto. È nata una bambina, sana e riconosciuta da entrambi i genitori naturali (il padre, in particolare, ha assicurato uno sporadico contributo al suo mantenimento). La "nascita indesiderata" è dunque diventata una "nascita accettata", senza che questa accettazione implichia la rinuncia a una domanda risarcitoria con riferimento all'insuccesso dell'intervento.

Da questo evento certo e paradossalmente felice, il giudice di primo grado e quelli dell'appello procedono verso due conclusioni diverse.

Dice il tribunale: se il bambino è nato sano, mancando la prova di una gravidanza gemellare, l'intervento non è riuscito e (comunque si voglia configurare la responsabilità del medico e dell'ospedale) la donna ha diritto a essere risarcita.

Risponde la Corte d'Appello, rovesciando il ragionamento: se il bambino è nato sano, mancando la prova di un errore nell'intervento, deve essersi trattato di una gravidanza gemellare (ancorché mai rilevata) e nessun addebito può essere mosso al medico o alla struttura sanitaria.

Il Tribunale configura come danno biologico-esistenziale temporaneo il danno subito dalla donna con riferimento al periodo decorrente tra la notizia dell'insuccesso dell'intervento sino a sei mesi dopo il parto (durata media della cosiddetta "depressione post-partum").

Non, quindi, un "diritto all'aborto", ma un diritto al buon successo dell'intervento relativo, in nome della salute psico-fisica della donna che vi si sottopone nel consenso della legge, diritto a sua volta manifestazione di quello più generale alla "procreazione responsabile", radicato nella Costituzione (art. 2) e nella giurisprudenza della Corte Costituzionale.

In questa prospettiva, la donna non ha "voluto" il figlio nato sano, ma lo ha "subito" e, alla fine, "accettato", sia come costo che come arricchimento della propria vita, anorché in una direzione diversa da quella originariamente voluta e desiderata.

Sarebbe paradossale - osserva il giudice - penalizzare la donna per non essersi presentata in tempo all'esame di controllo e, conosciutone l'esito, per non avere reiterato la scelta di abortire.

Questo il percorso ricostruito dalla sentenza di primo grado: dalla gravidanza legittimamente rifiutata (autorizzazione all'aborto), al dilemma postosi successivamente alla notizia dell'insuccesso dell'intervento ("lo tengo - non lo tengo/riconosco"), alla scelta, non si sa quanto consapevole e meditata oppure frutto di rassegnazione a una situazione imprevista e ormai incontrollabile (si può essere disposte ad abortire, ma non ad abbandonare il prodotto maturo e sano del concepimento).

Sofferenza, solitudine di fronte alla decisione, naturale egoismo, sentimento di responsabilità rispetto all'evento e alle sue conseguenze: tutti questi elementi si mescolano, indistricabili, in una condizione che il giudice riassume sintomaticamente nelle espressioni "stupore" (nell'apprendere del fallimento) "macerazione psicologica", "travagliato iter decisionale", "decisione sofferta" di tenere la bambina: quindi in vera e propria sofferenza fisico-psichica di una certa durata, come

tale suscettibile di risarcimento da parte della struttura e del sanitario in persona, "colpevoli" non tanto di un errore tecnico nell'operare, ma nel non aver tenuto conto della situazione complessiva - e dei diritti - di cui la donna si avvaleva nel rivolgersi all'ospedale. La donna sofferente non per una malattia, ma per una condizione psico-fisica, la cui stessa "naturalezza" e meravigliosa banalità era all'origine della sofferenza. Il medico non ha evidentemente eseguito tutti gli accertamenti necessari per sincerarsi del "buon" esito dell'intervento (o li ha eseguiti burocraticamente, in funzione dell'eventuale individuazione di malformazioni). La struttura è stata ancora una volta "assente", trattando la donna e i suoi problemi come un "caso" di routine, negando di fatto il suo diritto costituzionale a essere trattata come "persona".

La conclusione del racconto del giudice guarda al futuro e auspica il progressivo "diminuire e stemperarsi" di quella sofferenza attraverso lo sbilanciarsi del rapporto danno/beneficio a favore di quest'ultimo.

Ed è al calcolo "dinamico" e proiettivo del risarcimento che il giudice di primo grado dedica infine - egregiamente - tutte le sue risorse di analista del danno (9).

I giudici dell'appello scelgono di raccontare tutta un'altra storia.

La Corte, come si è già osservato, parte anch'essa dall'unico dato certo (è nata una bambina sana) per inferirne che si era trattato, con ogni probabilità - anche se contro ogni accertamento eseguito nel suo decorso - di una gravidanza gemellare e che, di conseguenza, nessun addebito suscettibile di risarcimento poteva essere mosso sia al sanitario che all'ospedale. Il primo aveva eseguito correttamente sia l'intervento che gli accertamenti successivi (era risultata, a seguito di una nuova CTU disposta dalla Corte, l'attestazione nelle sezioni istologiche in archivio della presenza di "tessuti embrionali": col che diveniva irrilevante una disattenzione del medico nell'esaminare i risultati dell'intervento, riuscito almeno nei confronti di uno dei due feti). L'ospedale poteva considerarsi poi "liberato" grazie alla sottoscrizione che la donna aveva apposto sulla cartella clinica sotto la sigla "BHCG", relativa all'esame da eseguirsi per una ulteriore verifica dello stato di gravidanza, sottoscrizione "...idonea - ad avviso della Corte - a concretare l'assolvimento dell'obbligo di informativa, che deve essere necessariamente completo, in quanto (sic) non è sufficiente a convincere che, al momento delle dimissioni sia stato realmente spiegato il significato della ricerca ormonale e, soprattutto, che sia stata segnalata (alla donna) l'esigenza di procedere in tempi molto brevi a tale verifica". Il che sembra voler dire che la Corte non ha ritenuto sufficiente, sul piano probatorio, il richiamo fatto dall'Ospedale alla prassi dell'"informativa orale" all'atto della dimissione. Tanto è vero che l'Ospedale stesso, a seguito della vicenda, aveva provveduto a integrare la "prassi" con la redazione di una nota scritta in doppio esemplare, uno dei quali consegnato direttamente alla paziente.

La Corte, in sostanza, ha scelto la narrazione "astratta" e formale rispetto a quella concreta e necessariamente informale privilegiata dal Tribunale: come è confermato dall'avere la Corte abbracciato, a sostegno della propria decisione, la distinzione di scuola tra obbligazione di mezzi e obbligazione di

risultato, dismessa come “superata” dal giudice di primo grado. In realtà - superata o meno - la distinzione appare un fuor d’opera nel caso in esame. L’ospedale e il medico non si impegnano infatti a un “risultato” che li vincoli in caso di insuccesso, ma si impegnano a mettere in atto - nel migliore e più attento dei modi possibili - tecniche e procedure idonee a consentire alla paziente la realizzazione concreta di un diritto riconosciutole dall’ordinamento.

Nel riformare la sentenza del Tribunale, la Corte sceglie un percorso narrativo che, partendo dalle stesse premesse in fatto, arriva a conclusioni opposte. Si contrappongono i ragionamenti, ma prima ancora si contrappongono le narrazioni, a conferma del fenomeno - noto quanto misconosciuto - per cui il giudice si pone davanti al caso sottopostogli non solo e non tanto con gli strumenti della logica e della razionalità giuridica, ma anche (e prima di tutto) con la propria emotività . Se attuare la legge è il suo compito, attuare la giustizia è il suo impulso. Sta a lui , alla sua specifica “cultura”, provare a conciliare le due esigenze nel modo più completo e convincente.

5. Pentimento o sentimento?

Dietro alle due narrazioni, a ben vedere, è una parola ambigua e “densa”, che nessuno dei giudici, significativamente, osa pronunziare: quella parola è “*pentimento*” (10).

Per il Tribunale il “*pentimento*” non viene interpretato in chiave etico-religiosa (cattolica, nello specifico), ma in senso laico e pragmatico. Avvertita oppure no, la donna è stata in un certo senso “costretta” a pentirsi dalle circostanze, in un ripensamento complessivo della svolta cui la sua vita si veniva a trovare per cause imputabili a una pluralità di soggetti-attori. Il carattere “necessitato” del pentimento giustifica, prima di ogni considerazione tecnico-giuridica, l’accoglimento della domanda (in misura molto ridotta rispetto al richiesto: che ha giustificato l’appello incidentale della donna).

Diversa la lettura del “*pentimento*” data dalla Corte. La donna, pur ritualmente informata della necessità di sottoporsi alla visita di controllo, è tornata sui propri passi e - senza “decidere” di tenere il figlio - ha scelto di lasciare decidere agli eventi, nel tentativo di attenuare il proprio sentimento (altra parola impronunziabile)(11) di vera e propria *colpa*. Questa forma di pentimento è esclusivamente individuale e personale: non lascia spazio a nessuna corresponsabilità o risarcibilità , istituzionale o professionale. La donna non si è sentita di sottoporsi a un secondo intervento, e - ancora più - di sottoporsi per la seconda volta a una scelta che sentiva esporla alla *colpa*.

6. Narrazione statica e narrazione dinamica.

La morale della favola.

Il lavoro letterario - proprio come quello del giudice - è un cercare di riempire vuoti tra fatti relativamente certi. Niente di più arbitrario e necessario allo stesso tempo.

La Corte genovese ha scelto di farlo - da un lato - estrapolando le prassi e le procedure esistenti nell’ospedale e applicandole senz’altro al caso in esame. Dall’altro lato, in connessione con questa prima conclusione, essa ha dovuto dare per (quasi) certa una gravidanza gemellare, l’esistenza della quale non era mai stata accertata. Il suo racconto corrisponde a una *statica* della narrazione. Quindi a una “morale” (12).

Il Tribunale ha cercato di addentrarsi nella realtà confusa e contraddittoria che distingue i momenti determinanti della vita di una persona. Il suo racconto corrisponde a una *dinamica* narrativa ed è - come tale - aperto e privo di una “morale” valida per ogni caso.

Fatti certi, fatti probabili, fatti immaginati , fatti inesistenti o mai accertati si intrecciano - come è giusto che accada - in una serie di narrazioni (13).

Discutibile è capire, ogni volta, se - e come - da questo più o meno sapiente e argomentato intreccio possa nascere una decisione conforme a giustizia (14).

Note:

- 1) La corrente (metodo di studio che nasce, in origine, negli U. S. A. nell’ultimo quarto del secolo scorso) e usualmente (e ormai per consuetudine) denominata come *Law and Literature* (diritto e letteratura; derecho y literatura; droit et litterature; direito e literatura; recht und literature) è, in sostanza, una metodologia di approccio al diritto che incentra la propria attenzione nell’esame del rapporto tra l’opera letteraria e il diritto, evidenziandone i reciproci interscambi e le situazioni di interdipendenza, anche sotto il profilo della similarità delle tecniche interpretative, espositive e di redazione del testo; la letteratura e il diritto, insomma, interagiscono, si scambiano reciprocamente dati e formule interpretative e possono, agevolmente, essere analizzati e comparati sotto il profilo del risultato: il testo, appunto. Si deve qui segnalare che, dopo una iniziale diffidenza, specie in Europa, l’interesse suscitato dalla corrente diritto e letteratura e dal suo metodo di approccio al diritto, è venuto a crescere quasi in progressione geometrica; anzi la letteratura in materia (in specie, gli articoli sulle riviste, anche non strettamente giuridiche) è divenuta, per usare un’espressione borgesiana, babelicamente incontrollabile. Peraltra, su tali tematiche e problemi, si veda, in particolare: D. S. Davis, *Tell Me a Story: Using Short Fiction in Teaching Law and Bioethics*, in *Journal of Legal Education*, 1997, vol. 47 S. Breyer, *Active Liberty*, New York, 2005; D. Carpi (ed.) *Practising Equity, Addressing Law. Equity in Law and Literature*, Heidelberg, 2008; A. Scalia, *A matter of Interpretation*, Princeton University Press, 1997; R. A. Posner, *Law and Literature*, 3 ed., Harvard, 2009 (critico sulla metodologia e sull’efficacia dei metodi di ricerca); J. B. White, *From Expectation to Experience. Essays on Law and Legal Education*, 2000; Id., *The Legal Imagination*, 1973; C. Biet, *L’empire du droit, les yeux de la littérature*, in *Droit & Littérature*, 2002, n. 876; F. Ost, trad. it., Mosè, Eschilo, Sofocle. All’origine dell’immaginario giuridico, Bologna, 2007; M. van de Kerchove e F. Ost, trad. it., Il diritto ovvero i paradossi del gioco, Milano, 1995; M. Barberis, Tutta un’altra storia. Equity, diritto e letteratura, in www2.units.it (critico sulle opzioni pratiche e sui risultati); J. Ramage, *Rhetoric, a User’s Guide*, New York, 2006; R. Cover, trad. it., Nomos e narrazione, Una concezione ebraica del diritto, Torino, 2008; A. Sansone e M. P. Mittica, Diritto e letteratura. Storia di una tradizione e stato dell’arte, in *Seminario su Diritto e letteratura oggi*, 2008; J. Gaakeer, *Scraping the Judge’s Conscience: the bond of law, equity and literature*, in *Polemos*, 2008, n. 2; M. Strazzeri, Il teatro della legge. L’enunciabile e il visibile, Bari, 2007; A. Garapon e D. Salas, *Imaginer la loi. Le droit dans la littérature*, Paris, 2008; A. Sansone, Diritto e letteratura. Un’introduzione generale, Milano, 2001; G. Brian, *Derrick Bell on law and literature*, in *The New Crisis*,

2003; C. Magris, *Letteratura e diritto, Davanti alla legge*, in www.fondfranceschi.it; W. Diaz, *Contra las lecturas juridicas de las novelas*, in *Derecho*, 2005, n. 7 (su posizione critica); *adde* per una ricerca a carattere specifico: J. K. Kinkley, *Chinese Justice. The Fiction in Law and Literature in Modern China*, Stardford, 2000 e K. Dolin, *Fiction and the Law. Legal Discourse in Victorian and Modernist Literature*, Perth, 2009. Il presente scritto, invero, potrebbe essere considerato come una sorta di *tertium genus* tra il filone di *law in literature* e quello di *law as literature*. Peraltro, le linee di confine tra i due filoni di ricerca non sono poi così nette e distinte; il presente lavoro in alcuni punti (anche) volutamente, ma a buona ragione, provocatorio e critico, vuole essere, quindi, una sorta di *work in progress*.

(2) Il discorso giuridico e quindi anche quello della decisione giudiziaria è sempre un “discorso persuasivo” e la stessa considerazione potrebbe farsi per quanto riguarda la letteratura; anzi più la “*fiction*” letteraria si proclama neutra, più è portatrice di un’ideologia, che ne costituisce la *texture* e lo stesso discorso deve farsi per le narrazioni giuridiche, in specie per le sentenze giudiziali, che sottintendono sempre l’ideologia (l’immaginario giuridico soggettivo) del giudice o i valori collettivi (l’immaginario giuridico collettivo) della società.

Sul discorso dei giuristi e dei giudici come linguaggio decisivo - persuasivo e parentetico, si veda: D. Puliatti, *Logica formale e complessità del ragionamento giudiziale*, Napoli, 2009; C. Perelman, trad. it., *Logica giuridica, nuova retorica*, Milano, 1979; G. Capograssi, *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, C. H. Von Wright, trad. it., *Spiegazione e comprensione*, Bologna, 1977; *adde* A. Mariani Marini, *L’arte del parlare*, in *Diritto e formazione*, 2009, n. 2. Sul carattere persuasorio della sentenza si veda la seguente osservazione di Greco: “Il punto è di immediata evidenza in campo giuridico, dove le scelte interpretative si poggiano in larghissima parte su una architettura argomentativa finalizzata a convincere il destinatario del discorso giuridico contenuto nella sentenza o in un contributo dottrinale, della bontà delle tesi avanzate” (V. Greco, *Sulla ragionevolezza interpretativa: contributi di Gadamer, Capograssi e Perelman*, in www.dialettico.it).

Sul concetto di “persuasione: S. Smiraglia, *Le vie della persuasione sono infinite*, Napoli, 2009.

Per una visione metagiuridica e filosofica del problema: C. Michelstaedter, *La persuasione e la rettorica*, in *Opere*, Firenze, 1958. Circa il vocabolo “*fiction*” e di cui si dirà *infra*, si ricorda che la lingua italiana non contiene un vocabolo di corrispondente significato (salvo che si vogliano usare l’espressioni finzione narrativa, invenzione narrativa *et similia*). Quindi è opportuno ove possibile non tradurlo, in quanto verrebbe dal lettore italiano collegato ed associato a concetti del tipo fantasia, letteratura fantastica, letteratura di mera invenzione, finzione, etc.; basti pensare al fatto che il termine *science-fiction*, che significa narrazione o racconto scientifico, è stato da noi tradotto con l’espressione fantascienza: la precisazione era necessaria per evitare possibili equivoci di lettura e di interpretazione.

(3) L. H. LaRue, *Constitutional Law as Fiction*, Penn. State University, 1995. Su temi analoghi o similari: R. L. Cord, *Separation of Church and State: Historical Fact and Current Fiction*, 1982; C. Freedman, *Speculative fiction and international law: The Marxism of China Mieville*, in *Socialism and Democracy*, 2006, vol. 20; P. Fitzpatrick, *Juris-fiction: literature and the law of the law*, in *ARIEL*, 2004, n. 35; e, ma più di taglio giornalistico, M. Tushnet, *Court Divided*, 2004. Sui sistemi giuridici intesi come “grandi racconti”, implicanti una

specifica *Weltanschauung* (e da qualificarsi come “grandi narrazioni”), si veda: J. F. Lyotard, trad. it., *Il postmoderno spiegato ai bambini*, Milano, 1987; Id., trad. it., *La condizione postmoderna*, Milano, 1979; M. Ruzzeddu, *Teorie della complessità e produzione di senso*, Milano 2007. Le “narrazioni giuridiche”, intese in senso lyotardiano, se non si vuole cadere nel mito (o nella mitologia giuridica) devono, ovviamente, intendersi come prodotti culturali e i prodotti (racconti) giuridici sono allora definibili come “sub - prodotti culturali” e come tali possono (e talvolta debbono) essere condivisi (e da ciò la emersione dell’aspetto persuasivo della sentenza), con gli altri e cioè con quelli che, con un termine eufemistico, si definiscono come i “fruitori” del diritto (cfr.: P. L. Berger, trad. it., *La sacra volta*, Milano, 1984, pp. 17 - 21).

Non si dovrebbe poi dimenticare che sono esistite (e ancora in parte esistono), altre e diverse narrazioni giuridiche, rispetto a quelle di pertinenza del mondo, in senso stretto, occidentale, come ad esempio quella islamica, quella ebraica e quella induista, e, quindi, con altri concreti esiti, decisioni, sentenze, provvedimenti, “moralità della favola”, e, di conseguenza, con altre (e diverse) storie e “*fictions*”; ciò dovrebbe tanto più essere tenuto presente oggi, quando il mondo occidentale entra (o deve entrare) in contatto o in simbiosi con altre e differenti culture (anche giuridiche) e quindi dovendo rendersi conto che anche altre e diverse culture possono produrre “storie giudiziali”, magari anche di qualche interesse, con una propria “dignità narrativa” e, forse, contenenti qualche utile (o, se non altro, inusuale), insegnamento (cfr.: M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma - Bari, 1987, pp. 31 - 35; nonché A. Sen, *Globalizzazione: valori ed etica*, in *Ars interpretandi*, 2007, n. XII; B. Faedda, *L’antropologia del diritto e gestione dei conflitti*, in *Diritto & diritti*, 2001; R. Caponi, *Interpretazione, traduzione e comprensione, Relazione per la traduzione del BGB*, 2005). Per uno “sguardo d’insieme” su come il diritto di una cultura diversa possa (e debba) essere letto allo specchio della letteratura ed in una necessaria condizione ed atteggiamento di precomprendere (*vorverständnis*), si veda: F. Ost, *Mosè, Eschilo, Sofocle*, cit. *supra*. Per i conflitti e le interazioni che si vengono a verificare nell’incontro tra sistemi giuridici diversi, in particolare tra quelli “tradizionali” o a “potere diffuso” e quelli di tipo occidentale, si veda: (a cura di) R. Sacco, *Il diritto africano*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1995.

(4) Tribunale di Genova, sez. II civile, sent. n. 4375 del 28/9 - 10/10/2002, est. Roberto Braccialini

(5) Corte d’Appello di Genova, sez. I civile, sent. n. 770 del 30/4 - 11/7/2009, est. Glaucio Gandolfo

(6) All’inverse, sullo scaturire ed emergere di più racconti (destini, situazioni possibili) da un unico fatto o l’emergere di più fatti (dramazioni, universi possibili) da un’unica storia si vedano i racconti di J. L. Borges *Il giardino dei sentieri che si biforciano* e *La lotteria di Babilonia*, entrambi in, trad. it., Finzioni, Torino, 2005. Il lettore interessato potrà trovare spunti e riferimenti al tema anche nel film *Rashomon*, di A. Kurosawa, che contiene un’analisi, proprio dal punto di vista giudiziario, di una pluralità di interpretazioni del fatto, sotto il profilo dell’angolazione soggettiva del testimone, e, quindi, della possibile (o compossibile) esistenza di una pluralità di storie (*fictions*) riferite ad un medesimo caso.

(7) Il “connotato demurgico” della narrazione del giudice (il racconto, la fiction giudiziaria), può essere inteso e valutato (e storicamente lo è stato e se ne hanno infiniti esempi nelle opere letterarie) in due sensi: nel primo senso (ad ascrizione positiva) come riferimento ad attività creatrice ed ordinatrice del soggetto

che fa cose con parole; nel secondo senso (ad iscrizione negativa) come la concreta attività di un demiurgo cieco (il malvagio demiurgo di Cioran) che stabilisce destini o situazioni attraverso una narrazione scritta (un racconto) che però comporta e rafforza una ulteriore determinazione attuativa dell'*heimarmene*. Non si deve, peraltro, dimenticare che il termine demiurgo usato per indicare l'arconte (o il reggitore) di questo mondo è spesso usato dalla letteratura gnostica che, come ben sottolinea Jonas, è intrisa di anticosmismo ed antinomismo (cfr.: H. Jonas, trad. it., *Lo gnosticismo*, 2 ed., Torino, 2002, pp. 63 - 67). Per ulteriori approfondimenti sulla letteratura gnostica: M. Simonetti, *Testi gnostici in lingua greca e latina*, Fondazione Lorenzo Valla, Milano, 1993. Per la presenza, nel mondo moderno e contemporaneo, di una sostanziale mentalità gnostica, che permea le così dette "religioni politiche", si può far riferimento ai lavori di E. Vogelin.

(8) Sull'interpretazione giuridica è sempre attuale: G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; *adde* G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza*, Milano, 1984; Id., *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice*, Napoli, 1983, F. Camera, *Ragione ermeneutica e ragione pratica. A proposito di alcuni recenti libri di H. G. Gadamer*, in *Ragion pratica*, 1999. n. 12, R. Guastini, *Il linguaggio giuridico. Un inventario di problemi*, in (a cura di) G. Alpa, *Lo spirito del diritto civile*, Vol. I, Genova, 1984.

(9) Siccome il presente scritto è (anche) uno scritto a carattere, *lato sensu*, giuridico, *sub voce* danno si ritiene di poter qui richiamare un recentissimo intervento di Alpa in tema di danno non patrimoniale (ulteriormente) rivisitato, anche perché parrebbe, tra l'altro, in sintonia con l'impostazione del presente lavoro. Sostiene infatti Alpa che: "Le norme devono avere una interpretazione orientata costituzionalmente; si discute se debbano avere anche una interpretazione orientata alle conseguenze; certamente debbono avere una interpretazione praticabile, che le renda applicabili senza oscurità, contraddizioni, ed eccessive astrazioni. Le categorie concettuali debbono essere chiare, la terminologia precisa, le soluzioni inunivocohe, per poter orientare l'interprete, per poter essere impiegate nella difesa dei diritti, per poter essere persuasive, per poter essere fondative di decisioni incontrovertibili. L'arte della decisione richiede dunque sacrifici, sia delle finezze letterarie, sia delle raffinatezze speculative, per poter approdare ad una giustizia praticabile. Occorre in altri termini convincersi della necessità di un maggior pragmatismo" (G. Alpa, *Il danno non patrimoniale rivisitato*, in *Altalex*, 2010, n. 2766).

(10) Sul concetto di pentimento, che è una categoria concettuale teologico - giuridica, che affonda le sue radici nell'immaginario esistenziale ebraico - cristiano: F. Segre, *Pentimento e perdono*, in www.aectorino.org; U. Regina e E. Rocco, *Kierkegaard contemporaneo. Ripresa, pentimento, perdono*, Brescia, 2007, E. Wiesnet, trad. it., *Penitenza e retribuzione: la riconciliazione tradita. Sul rapporto tra cristianesimo e pena*, Milano, 1987, pp. 128 - 170; M. Flick e Z. Alszeghy, trad. it., *Fondamenti di una antropologia filosofica*, Fi-

renze, 1982, pp. 353 - 366.

(11) In particolare: M. Nussbaum, trad. it., *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2004; Id., trad. it., *Il giudizio del poeta. Immaginazione letteraria e vita civile*, Milano, 1996; nonché R. Boudon, trad. it., *Sentimenti di giustizia*, Bologna, 2002; A. Sinagra, *Diritto e giustizia. Ragione e sentimento*, Roma, 2004. Nella società contemporanea la parola sentimento (dopo la sua inflazione nell'epoca del Romanticismo) pare veramente essere divenuta una "parola impronunciabile": osservano Horkheimer ed Adorno che "mentre i sentimenti assurgono così ad ideologia, non scompare il disprezzo di cui sono oggetto nella realtà.....la condanna dei sentimenti era già implicita nella formalizzazione della ragione" (M. Horkheimer e T. W. Adorno, trad. it., *Juliette o illuminismo e morale*, in *Dialectica dell'illuminismo*, Torino, 1974, p. 101).

(12) Sulla morale giuridica "aperta": H. G. Gadamer, trad. it., *Verità e metodo*, Milano, 1983; G. Iannantuono, *Il discorso e la società. La Retorica nel pensiero del Novecento*, Torino, 1999. Sui rapporti tra etica e diritto: G. Furnari Luvara, *La logica del preferibile. Perelman e la nuova retorica*, Soveria, 1995; E. Berti, *Il metodo della filosofia pratica*, in (a cura di) A. Alberti, *Studi sull'etica di Aristotele*, 1998; Santi Romano, *Diritto e morale*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953.

(13) Sugli stilemi delle narrazioni giuridiche e delle *fictions* relative: R. Barilli, *La retorica*, Milano, 1983; E. Grassi, *Potenza dell'immagine: rivalutazione della retorica*, Napoli, 1989; E. Raimondi, *La retorica d'oggi*, Bologna, 2002; G. Gorla, *La giurisprudenza*, in (a cura di) G. Alpa, *Lo spirito del diritto civile*, cit. *supra*.

(14) Sul concetto di giustizia e sui suoi rapporti con il diritto (talvolta anche in aperto contrasto: *summum ius, summa iniuria*), si veda e per una prospettiva generale: J. M. Kelly, trad. it., *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996; M. Foucault, trad. it., *Sorvegliare e punire*, Torino, 1975; A. Watson, trad. it., *La formazione del diritto civile*, Bologna, 1986, pp. 123 - 143.

Per una prospettiva strettamente teologica: G. Ravasi, *sub voce Giustizia*, in 500 curiosità sulla fede, Milano, 2009, pp. 121 - 122; H. Scholz, *Eros und Caritas*, Halle, 1929; G. von Rad, trad. it., *Teologia dell'Antico Testamento*, I - II, Brescia, 1972 - 1974.

A questo punto della storia, ci si può ri - proporre il problema della possibilità o utilità di un discorso sulla giustizia e sul diritto nell'epoca della "società dello spettacolo" e della "ideologia materializzata", accompagnate dalla fedele ancilla, la "falsa coscienza"; ed allora la ricerca della verità critica sullo spettacolo del diritto e delle sue narrazioni, deve pertanto essere una "critica vera", (G. Debord, trad. it., *La società dello spettacolo*, Bologna, 1990, p. 123). Solo a tal prezzo, ci si potrà rendere conto di quanto, ed in che misura, le storie del diritto (le law stories) possano essere mistificate e mistificanti e di quale sia la reale e concreta funzione (la morale della favola) del racconto giuridico e si potrà cercare di disvelarne, al di là delle finzioni formali e degli schermi dell'argomentazione, quale ne sia la (purtroppo, molto spesso ricorrente) "finta verità", rispetto alla "vera verità" del fatto.

II

Ragione e suggestione nel narrazionalismo forense

Pierluigi Chiassoni

Ordinario di filosofia del diritto

Facoltà di Giurisprudenza - Università di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Cos'è il narrazionalismo forense?

- 3. Il narrazionalismo come ideologia. - 4. Il narrazionalismo come teoria. - 5. Il difetto metodologico del narrazionalismo, il vantaggio competitivo del razionalismo. - 6. Le due narrazioni alla prova del modello razionalistico minimale. - 6.1. La narrazione del Tribunale. - 6.2. La narrazione della Corte d'appello. - 6.3. Alcune considerazioni a margine.

1. Premessa.

Prendendo spunto da due sentenze che nella stessa causa giungono a statuzioni opposte sulla base di «due narrazioni» differenti dei fatti, Michele Marchesiello e Roberto Negro propongono una riflessione sui «lineamenti» di «una teoria della sentenza come *“fiction”*», nella quale patrocinano l'utilità pratica e teorica di un modo di vedere, suggerito loro dal movimento «Diritto e Letteratura» (*Law and Literature*), che - se mi si passa il neologismo, forse urticante ma perpicuo - denominero *narrazionalismo forense* (1).

Nonostante le ricorrenti, talvolta sdegnose, professioni di autonomia disciplinare (a partire dall'orgoglioso *omnia in corpore iuris inveniuntur* dei civilisti medioevali), la storia della cultura giuridica è un susseguirsi di operazioni di importazione, trapianto, adattamento (con o senza modificazioni sostanziali) al diritto e al pensiero giuridico di idee, strumenti, modi di pensare elaborati al di fuori dell'esperienza giuridica: in metafisica, logica, etica, retorica, teologia, politica, economia, epistemologia, sociologia, fisica, botanica, psicologia, filosofia del linguaggio, pragmatica linguistica, teoria generale dei sistemi, ecc. Talvolta i costrutti importati hanno messo radici, assurgendo a connotati strutturali dell'esperienza giuridica; si pensi ai luoghi e alle tecniche dell'argomentazione retorica, agli schemi inferenziali della logica deduttiva, al dualismo metafisico realtà/apparenza (diritto positivo/diritto naturale, diritto superficiale/diritto profondo, diritto esplicito /diritto implicito). Altre volte, i tentativi di trapianto non sono andati al di là del successo effimero che arride alle mode; si pensi alle filosofie giuridiche idealiste degli inizi del secolo scorso.

La riflessione di Marchesiello e Negro sulla teoria della sentenza come *fiction* è parte di un movimento volto a introdurre nella cultura giuridica italiana idee elaborate in seno alla teoria letteraria. Effimera o durevole che sia, l'operazione è *prima facie* commendevole: trattandosi di operazione volta ad arricchire l'apparato concettuale dei giuristi, ad ampliare il novero dei punti di vista dai quali porsi, a offrire materiali con i quali costruire e/o censurare argomentazioni. In sede di teoria e metodologia del diritto, tuttavia, non ci si può esimere dall'esercitare un controllo rigoroso sulla quidità e qualità del narrazionalismo forense, domandandosi *che cosa, e come, sia*. Le brevi considerazioni che seguono vanno lette come un principio d'indagine in tale direzione.

2. Cos'è il narrazionalismo forense?

Due gli indirizzi di ricerca che caratterizzano il movimento «Diritto e Letteratura»: il primo, «Il diritto *nella* letteratura»

(*Law in Literature*), indaga le immagini del diritto e dei suoi cultori (giudici, giuristi, avvocati) nelle opere letterarie; il secondo, «Il diritto *come* letteratura» (*Law as Literature*), indaga la letteratura giuridica (opere dottrinali, arringhe, sentenze giudiziali) sotto il profilo del suo valore letterario, servendosi delle tecniche di analisi fornite dalla narratologia (2). Marchesiello e Negro sostengono l'opportunità di distinguere un terzo indirizzo: il narrazionalismo forense, perlappunto. Si tratta di una variante del «diritto come letteratura», connotata dall'idea secondo cui le sentenze giudiziali vanno viste come esemplari del genere narrativo (*fiction*), consistendo in narrazioni di eventi che sono in parte frutto dell'immaginazione del narratore.

Il nucleo teorico del narrazionalismo forense è racchiuso in una frase di un costituzionalista americano contemporaneo, citata dai due autori:

«[...] la mia tesi è che le orgogliose torri della legge [del diritto] siano costruite *non sullo zoccolo duro del ‘fatto’*, ma *sul mobile terreno della ‘fiction’*, che *le sentenze dei giudici siano piene di ‘racconti’ che pretendono di essere ‘fattuali’ ma che in realtà sono ‘narrazioni di fatti’*, e - ancor più - che *queste ‘narrazioni’ non potrebbero essere eliminate senza rendere claudicante ogni tentativo di dare una interpretazione giuridica d[ei] fatti*» (L.H. La Rue, *Constitutional Law as Fiction*, 1998, corsivi redazionali) (3).

Detto in altri termini: le pronunce giudiziali non si fondano - come molti sembrerebbero ancora pensare - su duri fatti, che come pietre gettate dal caso inclinano la bilancia del verdetto da una parte o dall'altra, piaccia o non piaccia ai tre soggetti del rapporto giuridico processuale (attore, convinto, giudice); dipendono invece, e in modo ineluttabile, dalle ricostruzioni e dalle interpretazioni dei fatti - dalle «narrazioni dei fatti» - elaborate, immaginate, ipotizzate dai giudici.

Muovendo da questa idea, Marchesiello e Negro, dopo avere analizzato e comparato la motivazione in fatto del giudice di primo grado e del giudice di appello nella stessa causa (una controversia in materia di responsabilità per il preteso insuccesso di un intervento di interruzione volontaria della gravidanza), pervengono a queste conclusioni (4).

1. Il lavoro del giudice che motiva in fatto è analogo al «lavoro letterario»: consiste nell'elaborare un racconto (una narrazione) dei fatti della causa, a partire da un insieme di fatti isolati relativamente certi, colmando le inevitabili lacune di conoscenza («è un cercare di riempire vuoti tra fatti relativamente certi») (5).

2. Si tratta di un lavoro, oltre che *necessario, arbitrario* («Niente di più arbitrario e necessario allo stesso tempo»), in esito al quale «i fatti relativamente certi» sono inseriti in un discorso complessivo «in fatto», accanto a «fatti probabili, fatti immaginati, fatti inesistenti o mai accertati». Tutti questi fatti «si intrecciano - come è *giusto* [inevitabile, necessario] che accada - in una serie di narrazioni» giudiziali.

3. Le narrazioni giudiziali sono tipicamente informate all'uno o all'altro di due principi alternativi.

Il *principio statico* impone di privilegiare la certezza sulla giustizia del caso concreto; il bene delle regole e della loro osservanza puntuale sulle esigenze, le passioni, le debolezze, l'umanità delle parti; il punto di vista delle istituzioni, che devono funzionare in modo regolare, ordinato e pianificato, sul punto di vista dell'individuo, con la sua insopprimibile componente di anomia; l'universalismo etico-normativo sul

particularismo etico-normativo.

Il *principio dinamico* impone invece di privilegiare la giustizia del caso concreto sulla certezza; le esigenze, le passioni, le debolezze, l'umanità delle parti sulle regole e la loro rigorosa osservanza; il punto di vista dell'individuo rispetto al punto di vista delle istituzioni; il particularismo rispetto all'universalismo. Nelle parole di Marchesiello e Negro: «La Corte genovese ha scelto [...] *estrapolando le prassi e le procedure esistenti nell'ospedale e applicandole senz'altro al caso in esame*. Dall'altro lato, in connessione con questa prima conclusione, essa ha dovuto dare per (quasi) certa una gravità gemellare, l'esistenza della quale non era mai stata accertata. Il suo racconto corrisponde a una statica della narrazione. Quindi a una 'morale'.

Il Tribunale ha cercato di addentrarsi nella *realtà confusa e contraddittoria che distingue i momenti determinanti della vita di una persona*. Il suo racconto corrisponde a una *dinamica narrativa* ed è - come tale - aperto e privo di una 'morale' valida per ogni caso» (corsivi redazionali).

4. Il problema fondamentale, che la necessaria arbitrarietà delle narrazioni giudiziali riporta drammaticamente al centro della riflessione, è quello sempiterno della giustizia: «*Discutibile è capire, ogni volta, se - e come - da questo più o meno sapiente e argomentato intreccio possa nascere una decisione conforme a giustizia*» (corsivi redazionali).

3. Il narrazionalismo come ideologia.

Il narrazionalismo forense si presenta come frammento di una *teoria della giurisdizione*. Che cosa fanno i giudici quando motivano in fatto le loro decisioni? Narrano storie che gli stessi hanno in parte, e necessariamente, inventato, immaginato, creato, a partire da un insieme solitamente scarno di dati (relativamente) certi (i fatti allegati e provati). Lo si può anche intendere, però, come frammento di una *ideologia della giurisdizione*. Che cosa possono fare i giudici quando motivano in fatto le loro decisioni? Possono narrare storie, dando libero corso alla loro invenzione e immaginazione, inserendo i fatti noti in un mosaico composto non soltanto di fatti *probabili*, ai quali giungere per la via sorvegliata delle presunzioni, ma altresì di fatti *immaginati, inesistenti, mai accertati*.

Il narrazionalismo come teoria possiede un fondo di verità; una verità che può apparire spiaevole, inquietante; e che per i giuristi di mentalità formalista, ammesso ne esistano ancora, segna la fine di un'illusione. Ma di verità si tratta, sia pure con le precisazioni e le cautele di cui dirò tra poco. Di modo che sarebbe stolto resistervi - come ostinarsi a credere che la terra sia non rotonda, ma piatta, o che il male nel mondo sia opera non di uomini, ma di spiriti.

Il narrazionalismo come ideologia, quale tesi circa il dover essere della motivazione in fatto delle sentenze giudiziali, rappresenta invece - occorre sottolinearlo - un modo di vedere incompatibile con la dottrina della legalità della giurisdizione propria dello stato costituzionale di diritto. In uno stato costituzionale di diritto, *veritas facit iudicium*; i fatti che il giudice deve porre a fondamento delle sue decisioni possono essere soltanto di due tipi: fatti certi e fatti probabili, che siano configurabili come tali alla luce di criteri di controllo oggettivi ed epistemicamente affidabili. Nella dottrina della giurisdizione dello stato costituzionale di diritto, non c'è posto per i fatti puramente immaginati o addirittura inesistenti o mai accertati. Il narrazionalismo ideologico può andare bene sotto altri climi: quelli dei regimi per i quali "la sostanza", sempre diversa dalla "forma", è più importante di

quest'ultima e deve pertanto prevalere; quelli in cui il sentimento, l'intuizione, l'intimo irrazionale ultimo inesplicabile ineffabile convincimento del giudice devono avere libero corso per rendere giustizia sempre e comunque: *id est*, per fare ciò che si deve fare secondo il sentimento, l'intuizione, l'intimo, irrazionale, inesplicabile convincimento del giudicante, a sua volta legittimato nel suo ruolo se, e in quanto, interprete fedele del sentimento di giustizia del popolo o di coloro che ne siano di volta in volta padri, pastori, condottieri, padroni.

4. Il narrazionalismo come teoria.

Il narrazionalismo ideologico deve, dunque, essere rigettato in quanto dottrina eversiva rispetto ai valori dello stato costituzionale: rappresenta una strada che, lì, non si può percorrere. Torniamo al narrazionalismo teorico. Dicevo che vi è in esso un fondo di verità. Che è poi la verità che accomuna i critici della concezione sillogistica o logicistica del ragionamento giudiziale, da Bentham agli antiformalisti di fine Ottocento, ai realisti americani, scandinavi e italiani, fino agli esponenti della teoria analitica del ragionamento giuridico. Ed è l'idea, bene espressa dai narrazionalisti, secondo cui i giudizi non dipendono da duri fatti, che si tratti semplicemente di scoprire, bensì da narrazioni di fatti: da fatti necessariamente interpretati, qualificati e unificati dai giudicanti, come in un racconto; sottintendendo che tali operazioni non siano assimilabili a computazioni adiante (norma + fatto = giudizio), ma involgano inevitabilmente apprezzamenti e margini di discrezionalità.

A fronte di questa annosa verità, si possono assumere tre atteggiamenti: un atteggiamento di fatalismo passivo, un atteggiamento di fatalismo attivo, un atteggiamento di razionalismo critico.

Il *fatalismo passivo* consiste nell'accettare supinamente la situazione come un dato di esperienza non modificabile: la motivazione in fatto delle sentenze giudiziali è necessariamente arbitraria; è un tessuto di fatti certi, probabili, immaginati, non esistenti, mai accertati; piaccia o non piaccia, così va il mondo.

Il *fatalismo attivo* consiste nel ritenere che il principale rimedio al dominio necessario e arbitrario dei giudici sull'accertamento e la motivazione in fatto consista nel formare buoni giudici: nel fare sì che costoro siano provvisti delle cognizioni, dello sviluppo mentale, degli atteggiamenti normativi idonei a impedire o limitare gli abusi.

Il *razionalismo critico*, che rigetta il fatalismo passivo e recupera le proposte del fatalismo attivo nel quadro di un più robusto ottimismo della ragione, è una posizione più articolata.

a. Ricorda che la motivazione delle sentenze non è un fenomeno naturale, come il corso di un astro, ma una realtà istituzionale, artificiale, fatta di comportamenti, credenze, atteggiamenti, stipulazioni, regole, convenzioni, valori umani; che le credenze, nel campo della prassi, sono profezie che tendono ad auto-adempiersi; che, nel campo delle realtà istituzionali, (quasi) tutto è suscettibile di essere cambiato, disciplinato, plasmato, regolato, e (quasi) nulla è davvero refrattario e indomabile - la consuetudine sarà pure una seconda natura, ma non può dirsi immune ai dardi della decretazione e ai colpi di maglio dello stato di polizia.

b. Contesta l'ineluttabilità del ricorso a fatti non solo certi o probabili, ma anche immaginati, inesistenti, mai accertati, relegando l'uso che eventualmente si faccia di questi ultimi tra le patologie delle sentenze giudiziali.

c. Insiste che le narrazioni devono essere non solo *complete* (nessun «vuoto» tra un fatto e un altro) e *coerenti* (niente contraddizioni: non si può affermare e negare, sia pure tacitamente, uno stesso fatto in una stessa narrazione preordinata a una statuizione giudiziale), ma altresì *congruenti*: sia rispetto ai fatti certi del giudizio (*congruenza fattuale*), sia nel loro complesso (*congruenza narrativa*).

d. Ritiene doveroso, oltre che possibile, elaborare una dottrina della prova che dia il massimo spazio possibile alle esigenze della disciplina e del controllo razionale della motivazione in fatto, ancorati a parametri oggettivi - assumendo che, sebbene la narratività della motivazione non possa essere eliminata, possa nondimeno essere ridotta negli argini di regole conformi alle esigenze dello stato costituzionale.

Ben venga dunque il narrazionalismo teorico, quale tesi che rafforza la profilassi rispetto a modi di pensare ingenui circa la motivazione in fatto delle sentenze e proietta nuova luce su di un fenomeno consueto. A una condizione, però: che non si accompagni né ad atteggiamenti fatalistici, né, sia pure in modo surrettizio, all'ideologia narrazionalista.

5. Il difetto metodologico del narrazionalismo, il vantaggio competitivo del razionalismo.

Il narrazionalismo forense è una tesi teorica, non una dottrina del ragionamento probatorio. Non delinea un metodo per valutare la bontà - secondo un qualche criterio presupposto - delle storie narrate nelle sentenze. Non contiene criteri per distinguere le narrazioni buone (razionali, idonee a contribuire alla giustizia delle decisioni) da quelle che sono invece meno buone o cattive. Eppure è proprio di siffatti criteri che si ha bisogno, una volta che si sia abbandonata l'illusione dell'oggettività delle premesse fattuali e si sia adottato un sano scetticismo-circa-i-fatti (il *fact-skepticism* su cui insisteva il realista americano Jerome Frank); se, beinteso, non si voglia abbracciare il principio di anarchia giustificatoria: "Qualunque cosa va bene".

Di fronte alle narrazioni dei giudici nelle due sentenze esaminate, Marchesiello e Negro ne rilevano la sostanziale equivalenza assiologica: ciascuna di esse "va bene" *iuxta sua principia* - il principio statico per la sentenza della Corte d'appello; il principio dinamico per quella del Tribunale. E così la questione della decisione conforme a giustizia rimane aperta - forse, in modo irrimediabile.

Diversa è la posizione di chi adotti la prospettiva del razionalismo critico. Qui la constatazione della ineluttabile narratività della motivazione è accompagnata, oserei dire puntualmente, dalla elaborazione e dalla proposta di criteri di razionalità giustificatoria.

La letteratura razionalista è immensa; presenta inoltre punte anche assai elevate di sofisticazione teorica (6). Alla luce di essa, e ai fini di un sommario confronto tra narrazionalismo e razionalismo, si può delineare un modello razionalistico di valutazione della motivazione in fatto, di complessità mediobassa, incentrato su sei criteri primari (7). Ecco, molto brevemente, i criteri:

1. *rilevanza qualificatoria o sussuntiva*: la narrazione deve contenere unicamente il riferimento a fatti che siano (a) immediatamente suscettibili di essere sussunti nelle fattispecie astratte delle norme ritenute applicabili al caso, *i.e.*, di essere qualificati secondo i pertinenti predicati normativi, o (b) tali da costituire presupposti o componenti dei primi;

2. *coerenza narrativa*: la narrazione non deve contenere affermazioni circa l'esistenza di fatti che siano direttamente o

indirettamente contraddittorie (un discorso «che incorra in incoerenze su questioni rilevanti» è inidoneo a essere riconosciuto come un supporto adeguato per una decisione giudiziale); la coerenza interna della narrazione costituisce peraltro, con tutta evidenza, una condizione necessaria ma non sufficiente della razionalità giustificatoria di una narrazione: una narrazione può essere perfettamente coerente, violando al tempo stesso tutti gli altri criteri primari;

3. *completezza narrativa*: la narrazione deve colmare i vuoti tra tutti i fatti noti e rilevanti, ipotizzando fatti probabili rilevanti in modo tale da formare un discorso privo di salti narrativi;

4. *congruenza fattuale (fondazione razionale dei fatti derivati)*: le affermazioni circa i singoli fatti derivati, non direttamente oggetto di prova, devono essere il risultato di congetture (a) a partire da fatti noti (specifici, direttamente provati), e (b) fondate su conoscenze e teorie affidabili (fatti notori, massime d'esperienza, altre conoscenze affidabili) - deve escludersi, ad esempio, l'esistenza di ogni fatto la cui prova sia, putacaso, l'illuminazione divina, la negromanzia, o anche l'intuizione soggettiva o le ferme convinzioni morali del giudice;

5. *congruenza narrativa*: la narrazione deve essere, nel suo complesso, *congruente*; dev'essere ragionevole, deve "fare senso", non dev'essere affatto da assurdità, bizzarrie, stravaganze, idiosincrasie, ma conforme al comune senso del ragionevole e dell'assurdo;

6. *esclusione delle narrazioni alternative prima facie plausibili*: la narrazione deve contenere una *pars destruens*, volta a mettere in luce i difetti delle narrazioni alternative *prima facie* altrettanto o maggiormente plausibili, ma tutto considerato non accettabili. Quest'ultimo criterio risponde al principio popperiano di corroborazione di un'ipotesi mediante il rigetto delle ipotesi falsificanti.

I criteri suggeriscono due stipulazioni circa la *razionalità*, e dunque - in questa prospettiva - la *conformità a giustizia*, delle motivazioni in fatto:

(i) una motivazione in fatto è *razionale se, e solo se*, essendo esente da violazioni delle norme processuali in materia di ammissione, escusione e valutazione delle prove, soddisfi tutti e sei i criteri primari sopra richiamati;

(ii) una motivazione in fatto è *più razionale* di un'altra, vertente sulla stessa causa, e dunque preferibile ad essa, *se, e solo se*, soddisfi tali criteri meglio dell'altra. In caso di parità, occorrerà ricorrere a meta-criteri «addizionali» di chiusura: ad esempio, al criterio di semplicità esplicativa (8).

I sei criteri non sono di agevole applicazione; men che meno si prestano a utilizzazioni automatiche; e uno di essi, il criterio della fondazione razionale dei fatti derivati, sbalza il giurista dal tepore dello studiolo direttamente nel bel mezzo della selva intricata e insidiosa dell'epistemologia, della logica, delle teorie della probabilità. Nell'insieme, i criteri rappresentano pur tuttavia un catalogo, non esaustivo e sicuramente perfettibile, di condizioni minime di razionalità in un campo altrimenti consegnato ai sofismi e all'arbitrio - cosa che, come dicevo prima, in uno stato costituzionale non si può fare.

Sulla base dei criteri, si può costruire un modello di *analisi razionale minimale* (modello ARM) delle narrazioni giudiziali, articolato in una pluralità di fasi logicamente distinte corrispondenti ad altrettanti passi, o sequenze, di un procedere metodico.

S1. *Identificazione delle conclusioni in fatto*: identificare preliminarmente, all'interno del discorso giudiziale, gli enunciati

nei quali il giudice riassume ed esprime il proprio convincimento finale circa i fatti rilevanti della causa, non di rado (pre)qualificandoli. Le conclusioni in fatto sono la risultante di operazioni di tre diversi tipi: (a) l'accertamento di fatti primari; (b) la congettura di fatti secondari o probabili; (c) l'istituzione di nessi concettuali tra le descrizioni dei fatti primari e le descrizioni dei fatti secondari, preordinata alla costruzione e descrizione della fattispecie concreta in termini che ne rendano possibile la sussunzione nella fattispecie astratta della norma che il giudice ha ritenuto applicabile al caso. Dalle conclusioni in fatto si deve poi procedere a ritroso, grosso modo nel seguente modo.

S2. Identificazione dei fatti primari e del relativo supporto probatorio: identificare i fatti presentati dal giudice come dotati di rilevanza sussuntiva, che siano pacifici (ammessi da tutte le parti in causa) o comunque direttamente provati in giudizio, e gli argomenti probatori che ne stanno a fondamento.

S3. Identificazione dei fatti secondari e del relativo supporto probatorio: identificare i fatti probabili, presentati dal giudice come dotati di rilevanza sussuntiva, la cui esistenza sia dal giudice ammessa o esclusa sulla base di congetture a partire dai fatti primari, e i fattori e le considerazioni che ne costituiscono il supporto probatorio.

S4-S5. Valutazione della fondatezza razionale dei fatti: valutare se le ragioni offerte a sostegno dell'affermazione dei fatti primari e dei singoli fatti derivati siano adeguate in punto di razionalità epistemica.

S6. Valutazione della completezza narrativa: valutare se la narrazione giudiziale dia conto, oppure no, di tutti i fatti rilevanti primari e secondari, nessuno escluso - questa valutazione può essere di due tipi: *interna*, o rispetto ai fatti rilevanti secondo la selezione operata dal giudice; *esterna*, o rispetto a fatti che il giudice non ha incluso tra i fatti rilevanti, ma che avrebbe dovuto o potuto includere, secondo l'opinione delle parti o di un osservatore esterno metodologicamente avvertito.

S7. Valutazione della coerenza narrativa: valutare se la narrazione giudiziale contenga, oppure no, affermazioni contraddittorie, suscettibili di compromettere la coerenza o logicità della motivazione in fatto.

S8. Valutazione della congruenza narrativa: valutare se la narrazione sia, oppure no, nel suo complesso ragionevole, sensata, non assurda, bizzarra, stravagante.

S9. Valutazione dell'assenza di migliori narrazioni alternative: valutare, infine, se la narrazione prescelta dal giudice sia, tutto considerato, razionalmente preferibile; non sia inficiata, falsificata, dalle narrazioni alternative che il giudice ha preso, o avrebbe potuto prendere, in considerazione.

6. Le due narrazioni alla prova del modello razionalistico minimale .

A modo di conclusione, ed in via sperimentale, proverò ad applicare il modello ARM alla motivazione in fatto delle due sentenze accostate in chiave razionalista da Marchesiello e Negro.

6.1. La narrazione del Tribunale.

A. Il Tribunale accoglie la domanda dell'attrice, sulla base delle seguenti conclusioni in fatto:

F1 l'intervento d'interruzione volontaria della gravidanza (i.v.g.) non è riuscito, per una colpa in concreto nello svolgimento dell'operazione;

F2 l'Azienda Ospedaliera non ha fornito all'attrice informazioni adeguate («complete») circa la necessità di sottoporsi entro un certo termine all'esame BHCG, volto ad accertare

la presenza di un'eventuale gravidanza, pur dopo l'espletamento di una i.v.g.

F1 e *F2* sono conclusioni in fatto rilevanti ai fini dell'applicazione delle norme ritenute applicabili - e invero appaiono palesemente formulate in termini che attengono alla loro qualificazione normativa.

B. Il Tribunale è pervenuto alla conclusione in fatto *F1*, sulla base del previo accertamento dei seguenti fatti:

F1.1. nonostante l'intervento, vi è stata una prosecuzione della gravidanza (fatto pacifico);

F1.2. al termine della gravidanza, è nata una bambina perfettamente sana (fatto pacifico);

F1.3. l'intervento non ha prodotto l'eliminazione del prodotto del concepimento - fatto secondario, congetturato sulla base dei seguenti fatti accertati dal C.T.U.:

F1.3.1 i materiali organici prelevati con l'intervento non contengono tessuti embrionali (C.T.U., sulla base della cartella clinica);

F1.3.2 si deve escludere che fosse in corso una gravidanza gemellare (C.T.U., sulla base della cartella clinica).

C. Il Tribunale è pervenuto alla conclusione in fatto *F2*, sulla base del previo accertamento dei seguenti fatti:

F2.1. l'Azienda Ospedaliera ha fatto sottoscrivere all'attrice, e l'attrice ha sottoscritto, un'annotazione circa la necessità di sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine (fatto pacifico);

F2.2. l'Azienda Ospedaliera, tramite i suoi dipendenti, non ha fornito ulteriori informazioni all'attrice circa la necessità dell'esame BHCG: né al momento del ricovero, né durante il ricovero, né al momento della dimissione (i testi hanno affermato che sussiste la prassi di informare anche verbalmente le pazienti; non sono però stati in grado di affermare che l'attrice sia stata puntualmente informata di ciò, e da chi, e in quali specifiche circostanze);

F2.3. l'Azienda Ospedaliera ha successivamente modificato la modulistica d'informativa alle pazienti, rendendola più esplicita e perspicua (fatto pacifico); *F2.3.1.* dunque, tale modulistica era in sé non idonea a fornire una chiara ed esaustiva informazione alle pazienti (congettura a partire da *F2.3.* in combinazione con il principio di ragion sufficiente, "Nihil sine ratione", usato come massima d'esperienza);

F2.4. l'unica precedente interruzione di gravidanza subita dalla paziente, che sia stata provata, è un'interruzione spontanea, per la quale non si pone il problema di fornire informazioni circa la necessità dell'esame BHCG; *F2.4.1.* dunque, l'attrice non poteva sapere per esperienza personale che avrebbe dovuto sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine (congettura a partire da *F2.4.* sulla base del senso comune, ovvero di ciò che è ragionevole concludere).

6.2. La narrazione della Corte d'appello.

A. La Corte d'appello accoglie l'impugnazione principale dei convenuti, rigettando quella incidentale dell'attrice e riformando integralmente la sentenza di primo grado, sulla base delle seguenti conclusioni in fatto:

F1' l'intervento d'interruzione di gravidanza è riuscito;

F2' l'Azienda Ospedaliera ha fornito all'attrice informazioni adeguate circa la necessità di sottoporsi entro un certo termine all'esame BHCG.

F1' e *F2'* sono conclusioni in fatto rilevanti ai fini dell'applicazione delle norme ritenute applicabili.

B. La Corte d'appello è pervenuta alla conclusione in fatto

F1', sulla base del previo accertamento dei seguenti fatti: *F1.1.* nonostante l'intervento, vi è stata una prosecuzione della gravidanza (fatto pacifico);

F1.2. al termine della gravidanza, è nata una bambina perfettamente sana (fatto pacifico);

F1'.1. la C.T.U. di primo grado è auto-contraddittoria (sul punto del comportamento diligente / negligente del medico che ha effettuato l'intervento);

F1'.2. la C.T.U. di primo grado, nel trarre le sue conclusioni in fatto, ha violato il *principio di completezza della base informativa*: non ha tenuto conto di *tutte* le informazioni di cui poteva disporre (ha esaminato la cartella clinica; ha omesso di esaminare il vetrino);

F1'.3. l'intervento ha prodotto l'eliminazione *soltanto parziale* del prodotto del concepimento, come può presumersi dai seguenti fatti:

F1'.3.1 i materiali organici prelevati con l'intervento contengono tessuti embrionali (vetrino e supplemento di C.T.U.);

F1'.3.2 si deve assumere che fosse in corso una gravidanza gemellare (unica congettura plausibile dati i fatti *F1.1.*, *F1.2.*, *F1'.3.1.*).

C. La Corte d'appello è pervenuta alla conclusione in fatto *F2'*, sulla base del previo accertamento dei seguenti fatti:

F2.1. l'Azienda Ospedaliera ha fatto sottoscrivere all'attrice, e l'attrice ha sottoscritto, un'annotazione circa la necessità di sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine (fatto pacifico);

F2'.1. l'Azienda Ospedaliera, tramite i suoi dipendenti, ha anche fornito informazioni verbali all'attrice circa la necessità dell'esame BHCG (i testi hanno affermato che sussiste la prassi di informare anche verbalmente le pazienti; il non aver ricordato che tale informativa sia stata data specificamente all'attrice non vale ad escluderlo, data la prassi e la pluralità di casi; i testi non sono stati smentiti);

F2.3. l'Azienda Ospedaliera ha successivamente modificato la modulistica d'informativa alle pazienti, rendendola più esplicita e perspicua (fatto pacifico); *F2.3.1'*. tuttavia, tale mutamento si spiega con il mutato regime giuridico della responsabilità (anche qui la spiegazione fa tacitamente appello al principio di ragion sufficiente, "Nihil sine ratione", usato come massima d'esperienza);

F2'.2. l'attrice si è sottoposta in precedenza ad altro intervento di i.v.g. (sia pure in connessione ad un aborto spontaneo?); *F2'.4.1.* dunque, l'attrice doveva comunque sapere per esperienza personale che avrebbe dovuto sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine;

F2'.3. è un fatto notorio che chi abbia subito una i.v.g. debba sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine.

F2'.4. l'attrice sapeva che doveva sottoporsi all'esame BHCG entro un certo termine, ma non l'ha fatto per sua «trascuratezza» (spiegazione fondata su di una valutazione *hominis magis quam facti*).

6.3. Alcune considerazioni a margine.

Sul punto della riuscita dell'intervento, la narrazione della corte d'appello appare più razionale di quella del Tribunale: mette in luce l'inaffidabilità della C.T.U. di primo grado;

tiene conto di una fonte di prova - il vetrino - negletta in quel grado di giudizio.

Sul punto dell'adeguatezza dell'informazione fornita dall'Azienda Ospedaliera all'attrice, entrambe le narrazioni contengono prese di posizione che possono apparire forzate. Con una differenza non trascurabile: il Tribunale liquida come poco rilevante la sottoscrizione dell'informativa e la testimonianza circa la prassi di informare le pazienti; la Corte d'appello attribuisce invece alle due circostanze un ruolo decisivo. Anche sotto quest'ultimo profilo, la bilancia della razionalità sembra inclinare più dalla parte della Corte d'appello - con un'ombra: il sospetto che sulla conclusione della Corte possa avere pesato la (negativa) valutazione del profilo personale dell'attrice, cui accennavo sopra.

Note:

(1) M. Marchesiello, R. Negro, *Un caso di interruzione di gravidanza non riuscita: due narrazioni. Lineamenti per una teoria della sentenza come "fiction"*, 2010.

(2) Per avere un'idea degli interessi del movimento, e della vitalità dei suoi esponenti, è sufficiente consultare il sito della "SIDL - Società Italiana di Diritto e Letteratura", presieduta da Carla Faralli, dell'Università di Bologna (www.lawandliterature.org).

(3) M. Marchesiello, R. Negro, *Un caso di interruzione di gravidanza non riuscita: due narrazioni. Lineamenti per una teoria della sentenza come "fiction"*, cit., § 2.

(4) M. Marchesiello, R. Negro, *Un caso di interruzione di gravidanza non riuscita: due narrazioni. Lineamenti per una teoria della sentenza come "fiction"*, cit., § 6.

(5) Di "lacune di conoscenza", quali situazioni di mancanza di informazioni certe sui fatti della causa, parlano C.E. Alchourrón, E. Bulygin, *Normative Systems*, 1971, trad. it., *Sistemi normativi. Introduzione alla metodologia della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 2005.

(6) Tra gli esponenti più prestigiosi del razionalismo critico in materia probatoria vi sono, come noto, Luigi Ferrajoli (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989) e Michele Taruffo (di cui cfr., p.e., *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Trattato di diritto civile e commerciale, III, t. 2, sez. I, Milano, Giuffrè, 1992; nonché *Consideraciones sobre prueba y motivación*, in M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*, Madrid, Fundación Colloquio Jurídico Europeo, 2009, pp. 17-46). Cfr. inoltre M. Gascon Abellán, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999; J. Beltrán Ferrer, *Prova e verità nel diritto*, Bologna, Il Mulino, 2004; Id., *La valoración racional de la prueba*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2007.

(7) Per questi criteri, cfr. da ultimo R. Coloma, *Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales*, relazione presentata al "XV Seminario Latino di Teoria del Diritto", Firenze, Villa Finaly, 23-24 ottobre 2009, datato scritto inedito; cfr. inoltre M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, cit., pp. 394 ss.; N. MacCormick, *Coherence in Legal Justification*, 1984, trad. it., *La congruenza nella giustificazione giuridica*, in P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1987, pp. 255 ss.

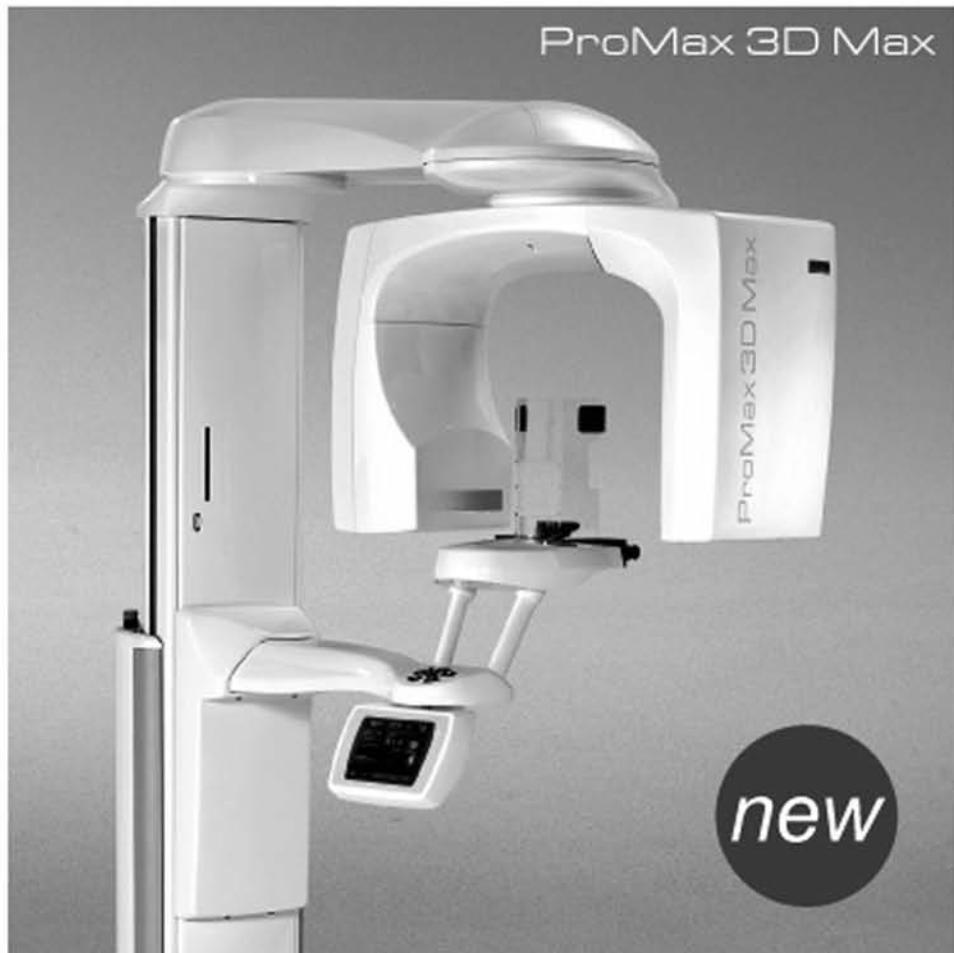
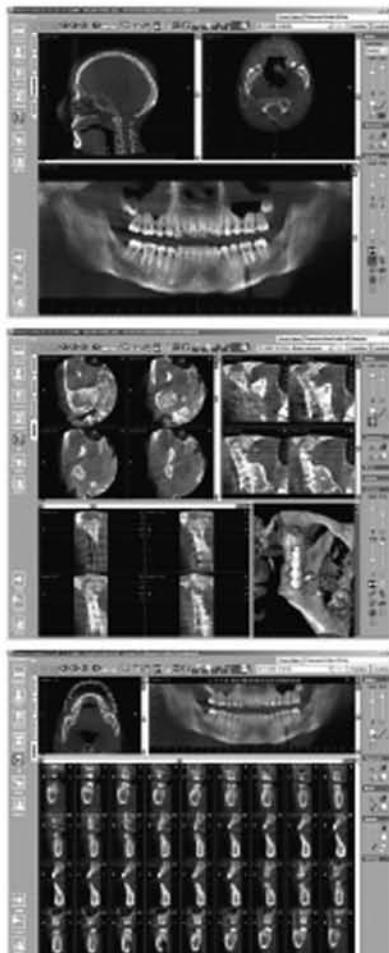
(8) R. Coloma, *Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales*, cit., § V.



Imaging 3D

PLANMECA

Dental Network è lieta di annunciare la prima installazione in Italia del nuovo ProMax 3D Max presso lo **Studio Gazzero** di Genova



Radiologia maxillo facciale:
Nitidezza sorprendente con dose limitatissima

Studio Gazzero sas

Piazza Borgo Pila, 3 (Corte Lambruschini)
16129 GENOVA
Tel. 010 588952
www.gazzero.com
info@gazzero.com

dn
DENTALNETWORK
Agenzia Planmeca per l'Italia

Recensioni e segnalazioni

La memoria degli avvocati

David Cerri

Avvocato, Foro di Pisa

Scuola Superiore dell'Avvocatura

Sommario: 1. *La memoria* - 2. *Ricordare o dimenticare?* a) *scrivere per non dimenticare* - b) *scrivere per far giustizia* - 3. *Dalla testimonianza alla storia* - 4. *L'etica della memoria* - 5. *Un obiettivo degli studi forensi*.

1. La memoria.

Recensendo alcuni libri di memorie sulla Shoah nel Domenicale del IlSole-24Ore Elena Löwenthal ha scritto: “*Labile scrigno è la memoria, incerta e mutevole la combinazione che ne racchiude fragili segreti, insicuro il gesto che a essa affida, giorno dopo giorno, quella approssimativa raffigurazione della vita che è il ricordo. La memoria ri-produce, modifica, trasforma. La memoria dimentica, abbandona negli anfratti del cervello e del passato, lascia chiazze scure nella mente, quando invece non vi depone impronte pesanti, inguaribili, come delle tacche nel cuore. Eppure in fondo non d'altro siamo fatti, se non di quell'aleatorio patrimonio di memorie passate, ataviche, e di altre più vicine ma non per questo meno vaghe: non fosse per quelle inafferrabili particelle di materia che sono i geni, ogni vita dovrebbe apprendere, cogliere, imparare tutto daccapo, con insopportabile fatica*” (1).

Può essere interessante partire da una siffatta definizione, di ambito generale, per indagare se per gli avvocati, ed in particolare per gli avvocati italiani, essa possa modularsi diversamente.

Credo naturale proporre quale “cartina di tornasole” per una verifica del genere la stessa questione, centrale nella storiografia del '900 ed ancora attuale, dell'Olocausto, nella particolare declinazione che ha più da vicino interessato la categoria, vale a dire la preparazione del clima culturale, la redazione e poi l'applicazione delle leggi razziali.

Gli avvocati ed i giuristi in genere, ad iniziare dai giudici ma senza dimenticare l'ambiguo ruolo dell'accademia, sono stati infatti protagonisti e vittime di quelle leggi.

Hanno subito le epurazioni, talvolta nella doppia veste di legali e di universitari; hanno d'altro lato contribuito ad applicarle; hanno tacito od hanno protestato; hanno fatto i conti con loro dopo la guerra, esaminando dal punto di vista amministrativo e disciplinare le posizioni di chi più si era compromesso col regime fascista fino al 1943, e successivamente con quello di Salò.

Hanno le carte in regola, in altre parole, per riprendere coraggiosamente in mano le vicende loro e del paese di quegli anni, con occhio asciutto e pronti ad affrontarne le conseguenze, perché - ecco la prima caratteristica, che inizia a differenziare il loro approccio da quello “generico” sopra delineato - essi sono in grado di operare un significativo impatto nella realtà sociale: già, perché se (da noi, fortunatamente: ma non dovunque è così) l'antisemitismo seppure non del tutto sopito è certamente sotto controllo e fortemente riprovato dalla coscienza pubblica, qualora le considerazioni si allarghino - com'è effetto naturale - al più ampio campo del rispetto dei diritti umani e delle libertà fonda-

mentali, ebbene allora gli spazi di intervento dei “custodi dei diritti” sono davvero ampi e destinati a conformare la stessa pratica quotidiana.

Non è un caso se nel 2010 il tema centrale dell'attività della Scuola Superiore dell'Avvocatura sarà appunto quello dei diritti umani, già oggetto della seconda Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi, promossa dal C.N.F. e dalla Scuola e svoltasi a Roma il 26 febbraio, e di nuovo ad aprile della Conferenza Europea dedicata appunto a “*I diritti fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*”.

La scelta strategica dell'avvocatura italiana di integrare lo studio dei diritti umani nei programmi delle Scuole forensi ha tra le sue motivazioni l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che ha conferito alle norme contenute nella Carta di Nizza del 2000 lo stesso valore giuridico dei trattati, e ha stabilito che i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali; ma ancora prima vi erano numerose indicazioni delle organizzazioni internazionali, che indicavano in varie occasioni l'importanza dei diritti umani nella formazione professionale (2).

Non è ambizione di questo intervento anche solo tratteggiare le discussioni sul tema della memoria, tanto variegate e complesse esse sono. Si può però tentare di ricordarne alcuni tratti essenziali, per l'interesse interpretativo anche ai nostri fini.

Mi soffermo allora brevemente su tre questioni: la prima concerne la scelta fondamentale: ricordare o dimenticare?; la seconda è legata al momento storico che viviamo, e deve a David Bidussa la più recente e nota esposizione, e cioè il passaggio dalla testimonianza alla storia (3); l'ultima verte su un piano più teorico, quello dell'“etica della memoria”, che vede nell'opera di Avishai Margalit una sistemazione filosofica (4).

2. Ricordare o dimenticare?

a) scrivere per non dimenticare.

La prima sembrerebbe avere una risposta scontata; non vi sarebbe motivo neppure per questo intervento se si scegliesse di dimenticare. Non è così, però. Vi sono motivazioni differenti che giustificano lo sforzo della memoria, e addirittura opzioni radicalmente diverse.

Partendo da queste ultime, un grande esponente della psicanalisi italiana, di origini ebraiche, come Cesare Musatti ha scritto che “*determinate cose si dimenticano; altrimenti non si potrebbe continuare a vivere*” (5). Un silenzio terapeutico, si direbbe.

Un altro invito al silenzio ha invece diversa origine; Giacomo De Benedetti scrive che dopo il rastrellamento dell'ottobre 1943 a Fara Sabina, od Orte, una ragazza scorse alla grata di un vagone piombato del convoglio dei deportati il viso di una bambina che conosceva, e la chiamò.

Un altro viso si affacciò, e le accennò di tacere. “*Questo invito al silenzio, a non tentare più di rimetterli nel consorzio umano, è l'ultima parola, l'ultimo segno di vita che ci sia giunto da loro*” (6).

Un silenzio questo che immagino dovuto al pudore della disperazione.

Motivazioni entrambe nobili e comprensibili, ma che non

possiamo accettare perché in realtà la memoria, lo ho già accennato, è uno strumento cui non possiamo rinunciare. Quali invece le ragioni "pratiche" del ricordo, ed un particolare del conservarlo in forma trasmissibile (lo *scrivere*)? Conosciamo molti esempi di memorialistica privata degli anni della persecuzione razziale.

Pochi, per la lunghezza della registrazione dei fatti della vita quotidiana, eguagliano i diari di Viktor Klemperer (7), che dal 1933 al 1945 annota da mite professore di filologia qual è l'imbarbarimento dell'ambiente sociale tedesco, connotando delle sue osservazioni alcuni comportamenti di massa, come - ad esempio - l'esibizione delle gravidanze da parte delle donne tedesche in tempo di guerra ("portano la pancia come uno stemma del partito"), ed ascrivendo anch'essi alla LTI (*Lingua Terti Imperii*): "L'intera Germania è una fabbrica di carne, ed è un mattatoio" (8).

In generale le memorie private hanno però un tono diverso, come due tra tutte celebri, quelle degli anni di guerra in Olanda di un'adolescente e di una giovane donna ebree, Anna Frank e Etty Hillesum (9); o come quelle di Janina Bauman, moglie del sociologo Zygmunt, e figlia di un ufficiale polacco assassinato dagli stalinisti a Katyn, che ci ha lasciato le pagine del suo diario nel ghetto di Varsavia (10). Forse la diversità del tratto è dovuta anche alla condizione femminile delle protagoniste (11), come si ricava *a contrario* da altre testimonianze maschili, quale quella di Emanuel Ringelblum dal medesimo ghetto, che non rinunciano neppure in quelle condizioni a qualche autoironico *witz* (12).

Scrivere, allora, per non dimenticare.

b) scrivere per far giustizia.

Oppure scrivere per vendicarsi.

Per tanti italiani che hanno soccorso gli ebrei perseguitati, quanti altri facevano parte delle schiere di aguzzini che, anche senza una direzione nazista - spesso comodo paravento per le giustificazioni post-belliche - cacciavano in ogni dove i loro concittadini di "razza" diversa? Per tanti (pochi, pochissimi) professori universitari che rifiutarono nel 1931 il giuramento di fedeltà al regime, quanti (tutti gli altri) lo prestarono, magari con una "riserva interiore" come alcuni cattolici, o per meglio servire la causa dell'antifascismo all'interno delle istituzioni, come altri ispirati da Togliatti, o per non peggiorare le cose, come altri ancora...?

E per tanti (pochi) che nascosero i colleghi cui era impedito l'esercizio della professione consentendo loro una residua attività, a rischio e pericolo anche personale, quanti (la maggior parte) degli avvocati aderirono al fascismo e votarono per le cariche istituzionali i suoi corifei anche prima del '26? Qui allora è evidente un'altra motivazione delle ricerche cui le stesse istituzioni forensi sono chiamate. Se il termine "vendetta" può sembrare brutale e non appropriato, lo si abbandoni, una volta che abbia sortito il desiderato effetto di scuotere le coscienze, in favore di quello di "far giustizia"; ma è l'impostazione del dibattito storico nella categoria che va mutata, semplicemente indagando e riportando i "fatti".

Che successe, per esempio, nelle elezioni del 1925 dell'Ordine fiorentino, seguite di pochi giorni alle devastazioni di numerosi studi legali compiute l'ultimo giorno del 1924 dagli squadristi, che avevano provocato la reazione e la protesta del Consiglio in carica su iniziativa di Piero Calamandrei, di Adone Zoli, di Giulio Paoli, firmatario del manifesto Croce e noto docente di diritto penale, e di Gaetano Pacchi, giovanissimo deputato socialista? Ebbene, non ci si può nascondere che (anche non ignorando le condizioni in cui si

erano svolte le elezioni) gli avvocati fiorentini avevano finito poi per punire proprio i protagonisti di tali proteste, premiando i loro avversari col consentire l'affermazione della lista fascista.

Oppure, crediamo non isolato il caso del noto avvocato pisano che, già esponente del regime e presidente del Direttorio del Sindacato fascista degli avvocati (il fasullo omologo del Consiglio dell'Ordine di quegli anni), divenuto questore repubblichino di Pistoia contribuì alla cattura - ed alla deportazione ad Auschwitz, dove morirono - di due giovani concittadine ebree, cugine di un collega che non gli era ignoto; ebbene, i procedimenti di epurazione post-bellica non sortirono effetto alcuno nei suoi confronti, ed egli, tra l'ammnistia togliattiana e l'esito nullo del procedimento disciplinare, poté riprendere la professione tra le proteste del collega sopravvissuto alla persecuzione (13).

Fatto sta che la nostra categoria si è voluta dare nel dopoguerra una visione in parte auto consolatoria, indubbiamente fondata su testimonianze autorevoli, quali quella di Piero Calamandrei, che aveva definito quella degli avvocati come la professione che più di ogni altra aveva sofferto della tirannia, per la necessità di lavorare quotidianamente in un quadro normativo nel quale trovare quotidianamente "la conferma esasperante della nostra vergogna". E', sempre con le parole del giurista fiorentino, il "lungo, logorante periodo" della "resistenza allusiva" fatta di lotta al fascismo "vivendoci in mezzo" (così lo ricorda Francesca Tacchi (14)); ed è ancora Calamandrei il testimone di un'interpretazione delle leggi razziali come tragico portato della "brutale amicizia" italo-tedesca (15): "abbiamo sentito con orrore scendere dalla Germania e introdursi a poco a poco nella nostra legislazione la peste totalitaria annientatrice d'ogni forma di legalità" (16).

Il "guao" è che probabilmente non era andata proprio così. Certamente l'occupazione tedesca ha mutato il quadro delle condizioni di vita degli ebrei italiani, ma le premesse teoriche delle leggi razziali avevano autonome fondamenta anche in Italia. È una considerazione che era già presente a chi - come Guido Alpa - si era dedicato agli studi sulla capacità, ricordando l'adesione o l'indifferenza di molti civilisti alla nuova tematica razziale (17), e che ora emerge con chiarezza dalle ricerche più recenti, che ne rintracciano l'origine nelle vicende delle guerre coloniali degli anni trenta, che avevano procurato all'Italia il suo "impero" (18). Così come la presunta "mitezza" delle leggi italiane è smentita dalla comparazione con le leggi tedesche, come ha dimostrato tra gli altri Valerio Di Porto (19).

Non ci resta quindi che rimboccarci le maniche ed aprire gli archivi, per verificare qual è stato davvero l'impatto delle leggi razziali.

Non una mera ricerca storica, ma lo studio di come reagire al totalitarismo e prevenire oggi ogni tentativo di limitazione dei diritti fondamentali, obiettivo questo di cui non si negherà la centralità nell'opera di avvocati e giudici.

3. dalla testimonianza alla storia.

La seconda questione ha al centro una domanda di intuitiva importanza: che accadrà dopo che anche l' "ultimo testimone" diretto dello sterminio se ne sarà andato? Non pochi di noi hanno infatti potuto conoscere personalmente persone scampate ai *Vernichtungslager*, e molti hanno almeno potuto apprenderne le testimonianze attraverso i mezzi di comunicazione: una per tutte, l'esperienza della monumentale ricerca di Claude Lanzmann sulla *Shoah* (20). Le due modalità peraltro non sono identificabili in tutto, lo dico

pensando anche al ricorrente negazionismo, che come un fiume carsico di tanto in tanto si riaffaccia. Scrive Bidussa che la Giornata della Memoria non è il “giorno dei morti”, ma quello della memoria per i vivi: “se la memoria è elaborata nel presente e si propone per il futuro significa che noi non ricordiamo ‘quello che è avvenuto’ come se fosse un dato, ma che lo ricordiamo attivamente, ossia insieme ne produciamo e riproduciamo la memoria”, compito che sarà allora - dopo l’ultimo testimone - esclusivamente nostro, e quindi inevitabilmente, come dire, di *seconda mano*. Un indirizzo operativo, dunque, tanto più consono all’angolazione che ho proposto poco sopra. Non ha torto, peraltro, neppure Marcello Pezzetti (21) quando ricorda che gli unici che hanno conosciuto davvero la Shoah sono quelli che non sono sopravvissuti, quelli che selezionati alla discesa dal treno venivano immediatamente avviati alle camere a gas, o rastrellati venivano subito fucilati e gettati nelle fosse comuni: la vera memoria è forse quella impossibile dello sterminio, non quella della vita nei *lager*.

Suppliranno forse anche gli oggetti, muti osservatori, talvolta più eloquenti degli esseri umani?

I cumuli di scarpe, di occhiali, di valige di Auschwitz; le baracche e le latrine comuni di Birkenau.

Più di tutti un testimone diretto ha saputo cogliere in un piccolo rameotto di salice il simbolo dell’altra grande tragedia del Novecento, il Gulag.

Varlam Šalamov, maestro russo del racconto breve, ci narra del prigioniero che invia alla vedova del poeta Mandel’štam morto alla Kolyma un ramo della pianta dell’estremo siberiano; rameotto secco, posto nel barattolo riempito con “la morta acqua dei rubinetti di Mosca”, sul quale però, miracolosamente, nel giro di pochi giorni appaiono i primi germogli.

“Il larice respirava nell’appartamento moscovita per ricordare a ognuno il proprio dovere, perché nessun uomo dimenticasse i milioni di cadaveri, i milioni di persone che avevano perso la vita nella Kolyma...

Aiutate gli altri a ricordare, togliersi dall’anima questo peso così gravoso: vedere tutto quanto, trovare il coraggio non di raccontare ma di ricordare” (22).

È il larice immortale di Šalamov, dal vago sentore di resina, il testimone perfetto.

4. L’etica della memoria.

Diverso il respiro della posizione del filosofo israeliano Avi-hai Margalit, che è tra l’altro tra i fondatori del movimento pacifista *Peace Now*.

A lui dobbiamo l’idea della “società decente”, che non coincide con la “società giusta” di John Rawls, perché mentre quest’ultima si occupa soprattutto dei criteri distributivi, Margalit con il concetto di “decenza” evidenzia il valore della dignità umana, che intesa essenzialmente come assenza di umiliazione precede quello stesso di giustizia (23).

La sua interpretazione si basa su una distinzione tra etica e morale, fondata sul tipo di relazione interpersonale considerata: l’etica si interessa delle relazioni che definisce “spesse” (i rapporti che si intrattengono con le persone vicine e verso cui si nutre un interesse diretto), mentre la morale di quelle “sottili” (che cioè riguardano ogni essere umano).

La conclusione dello studioso è quindi che “esiste un’etica della memoria, ma nella memoria c’è ben poca moralità”; Margalit ricorre al concetto di “cura”, volto al passato ed in relazione con la memoria: il prendermi cura di qualcuno - una relazione “spessa” - comporta il ricordo. Per questo motivo

(l’intrecciarsi con la cura, essendo al centro delle relazioni “spesse”) la memoria appartiene allora all’etica, mentre la morale ne è appunto estranea perché le relazioni “sottili” di cui si occupa non implicano il dovere della “cura”. L’etica della memoria si colloca quindi su un piano collettivo generale, e - mi sentirei di affermare - anche su quello delle singole “comunità di pratica”, quale può essere definita quella degli avvocati.

Il piano collettivo giustifica da parte sua il dovere del ricordo, per evitare nuove manifestazioni di “male radicale”, che puntano a contestare la stessa idea a base delle relazioni “sottili”, che cioè si abbiano dei doveri verso gli altri solo perché anch’essi esseri umani. Non è stato Hitler ad affermare ai suoi generali, poco prima dell’invasione della Polonia, “Dopotutto, chi parla oggi dello sterminio degli armeni?” (24).

Ecco quindi un secondo invito, che vorrei cogliere, alla riflessione per la nostra categoria. L’interesse per la memoria così intesa dovrebbe essere un naturale complemento della nostra attività; uno sguardo al passato al fine pratico di interpretare il presente, per le relazioni “spesse” che ci sono peculiari, a cominciare da quelle con i clienti, che altri non sono che i cittadini della nostra repubblica verso i quali rivestiamo una particolare responsabilità sociale.

5. Un obiettivo degli studi forensi.

Occorre quindi ricordare; occorre in particolare che gli avvocati ricordino la storia del loro paese e della loro professione; occorre che non arretrino di fronte a verità scomode, ma ne facciamo insegnamento per sé e per le generazioni future.

Forse lo sforzo principale da compiere, per chi si occupa della formazione - non solo per l’accesso, ma anche continua - è non far sembrare oziosa od eccessivamente “filosofica” la trattazione del tema dei diritti umani (nel cui ambito si scrivono i temi qui trattati) al pratico.

L’occasione per affrontare la ricerca è ghiotta, cadendo quando l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona porta già a risultati “insperati” (e vedremo quanto duraturi) in termini di decisioni giudiziali (25).

È però indispensabile, e non solo per i formatori o gli “addetti ai lavori” in genere, ma per tutti i giuristi, una preventiva riflessione su sé stessi, condotta anche con l’aiuto delle categorie concettuali di cui ho in questa sede iniziato a discutere (26).

Note:

(1) Domenica 16.2.1998.

(2) Per i riferimenti di chi scrive l’editoriale *La centralità dei diritti umani*, nel n.1/2010 di *Diritto e Formazione*.

(3) D. Bidussa, *Dopo l’ultimo testimone*, Torino, Einadi, 2009.

(4) A. Margalit, *L’etica della memoria*, Bologna, Il Mulino, 2006.

(5) C. Musatti, *Ebraismo e psicoanalisi*, Pordenone, EST, 1994, 64.

(6) G. Debenedetti, *16 ottobre 1943*, Palermo, Sellerio, 1993, 63.

(7) V. Klemperer, *Testimoniare fino all’ultimo. Diari 1933-1945*, Milano, Mondadori, 2000, 601.

(8) L’opera di filologo di Klemperer è espressa in *LTI. La lingua del Terzo Reich. Taccuino di un filologo*, Firenze, La Giuntina, 2008.

(9) A. Frank, *Diario*, Torino, Einaudi, 1966; E. Hillesum, *Diario 1941-1943*, Milano, Adelphi, 2000.

(10) J. Bauman, *Inverno nel mattino. Una ragazza nel ghetto di Varsavia*, Bologna, Il Mulino, 1994.

(11) E la loro cultura: si paragonino le testimonianze dai campi di due deportate italiane - Albina Moinas di Monfalcone e Rosa Can-

toni di Udine - nella Rivista telematica *Deportati, Esuli, Profughe (DEP)* dell'Università di Venezia Cà Foscari. Vero è che il genere delle memorie dei sopravvissuti dai campi è totalmente diverso, ed ancora diversa la posizione degli intellettuali: ricordo la polemica postuma tra Primo Levi - in *I sommersi e i salvati*, Torino, Einaudi, 1986 - e Jean Amery, *Intellettuale ad Auschwitz*, Torino, Bollati Boringhieri, 1987.

(12) In A.Nirenstein, *Ricorda cosa ti ha fatto Amalek*, Torino, Einaudi, 1958. Un esempio di storiella ebraica di Ringelblum: "Un tale arriva all'altro mondo ed incontra Cristo in paradiso. - Ehi! - grida - cosa fa qui un ebreo senza il bracciale? ... - Lascia perdere, - gli risponde San Pietro, - è il figlio del padrone".

(13) Su queste vicende sia consentito il rinvio a *Le leggi razziali. Uno sguardo in provincia*, (a cura di chi scrive), Pisa, Plus - Pisa University Press, 2010.

(14) F.Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla repubblica*, Bologna, Il Mulino, 2002, 431.

(15) L'espressione è di F.W.Deakin, *La brutale amicizia. Mussolini, Hitler e la caduta del fascismo italiano*, Torino, Einaudi, 1963.

(16) Intervento al primo Congresso nazionale giuridico forense, Firenze 1947, in *Atti del primo congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra*, G.Alpa-S.Borsacchi-R.Russo (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2008. Su Calamandrei per tutti cfr. P.Grossi, *Lungo l'itinerario di Piero Calamadrei*, in www.astrid-online.it/rassegna/Rassegna-27/25-02-2009/Grossi_Calamandrei.pdf, e, dello stesso Autore, *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

(17) G.Alpa, *Status e capacità*, Bari, Laterza, 1993, 130 ss.

(18) Per tutti v. E. De Cristofaro, *Il codice della persecuzione*, Torino,

Giappichelli, 2008, 261 ss.

(19) V. Di Porto, *Le leggi della vergogna*, Firenze, le Monnier, 2000. V. anche di A.Foa, *Le leggi antiebraiche del 1938: memoria, storia, senso comune storiografico. Spunti per una riflessione*, in *Le leggi razziali entiebraiche fra le due guerre mondiali*, Firenze, Giuntina, 2009, 121 ss.

(20) C. Lanzmann, *Shoah*, DVD con testi allegati, introduzione di F.Sessi e prefazione di S. de Beauvoir, Einaudi, Torino, 2007.

(21) Così Pezzetti - Direttore del Museo della Shoah di Roma - nel recente incontro del 19 febbraio 2010 a Pisa presso la Scuola Normale Superiore, nel ciclo dei Venerdì del Direttore, dedicato a "L'attualità della memoria. Arminio Wachsberger e altre storie della Shoah".

(22) V. Šalamov, *La resurrezione del larice*, in *I racconti di Kolyma*, Torino, Einaudi, 1999, 1066 ss.

(23) A.Margalit, *La società decente*, Milano, Guerini e associati, 1998; J.Rawls, *Una teoria della giustizia*, Milano, Feltrinelli, 2008.

(24) Per la sintesi delle posizioni di Margalit sono debitore ai commenti di K.A.Appiah, *You must remember this*, in *La Rivista dei Libri*, maggio 2007, e di M.Bozzer, nella cit. Rivista telematica *Deportati, Esuli, Profughe (DEP)* dell'Università di Venezia, contributi la cui lettura raccomando caldamente.

(25) Alle decisioni rapidamente ricordate nell'editoriale cit. in n.2 si possono ora aggiungere anche Corte di Giustizia 4.3.2010, C-578/08, *Chakroun / Minister van Buitenlandse Zaken*, e Id. (Grande Sezione) 2.3.2010, C-175/08+3, *Salahadin Abdulla et al. / Bundesrepublik Deutschland*, sempre nel senso di un richiamo più o meno incisivo alla Carta di Nizza.

(26) Analogamente meglio motivato invito si scopre nelle pagine di U.Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Bari, Laterza, 2009

AVVISO

Gli Avvocati che, nello stesso studio, ricevono più copie della Rivista e ritengono che ciò sia superfluo, sono invitati a comunicarlo alla Segreteria dell'Ordine, affinché questa provveda ad aggiornare gli indirizzi.

Sezione famiglia e minori

Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, 4 dicembre 2008
 - Pres. Sansa - Est. Miniotti - P.M. conforme (minore rappresentata da un curatore speciale, anche nella veste di difensore; genitori costituiti).

ADOZIONE - stato di adottabilità - stato di abbandono - presupposti e condizioni - accertamento.

L'accertamento dello stato di abbandono, presupposto della dichiarazione dello stato di adottabilità, non richiede comportamenti commissivi pregiudizievoli per il minore, ma può fondarsi sull'accertata inadeguatezza dei genitori; non è richiesta una precisa volontà dei genitori di abbandonare il figlio, essendo sufficiente da parte loro un comportamento oggettivamente inconciliabile con i diritti-doveri imposti dall'art. 147 c.c.; ne consegue che anche anomalie comportamentali o della personalità dei genitori possono rilevare ai fini dello stato di abbandono, qualora si traducano nell'incapacità di allevare ed educare i figli tale da produrre danni irreversibili al loro sviluppo fisico o psichico.

La situazione di abbandono sussiste allorché il contegno dei genitori, lungi dal risolversi in mera insufficienza dell'apporto indispensabile per lo sviluppo e la formazione della personalità del minore, comprometta o determini grave pericolo di compromissione per la salute e le possibilità di armonico sviluppo psicofisico del minore stesso; lo stato di abbandono ricorre quando gli interventi di supporto ed aiuto ai genitori, adeguati, e mirati ad attivare un cambiamento, si sono rivelati inefficaci per le caratteristiche personali dei genitori, tanto da far ritenere impossibile il recupero delle funzioni genitoriali in tempi compatibili con le esigenze psicoevolutive del minore. (1)

(1) Per ragioni di riservatezza sono stati omessi alcuni riferimenti che avrebbero potuto consentire l'identificazione del caso.

(...Omissis...) Fatto e diritto.

Nell'agosto 2006 a nome della minore A veniva aperta procedura di volontaria giurisdizione su iniziativa del Pubblico Ministero, cui la Questura di ... aveva segnalato ripetuti interventi per la pesante conflittualità tra i genitori: dopo un primo accesso nelle ore serali del 20.08.2006 presso l'abitazione del padre, gli agenti erano nuovamente intervenuti il giorno seguente su richiesta della madre; nell'occasione, gli operanti disponevano ex art. 403 c.c. il provvisorio ricovero della bambina presso l'ospedale ... per accertamenti sulle sue condizioni; nella relazione di servizio del 21.08.2006 si dava atto che la madre, invitata a passare la notte all'Ospedale con la figlia, aveva detto di essere impossibilitata perché impegnata; il Commissariato di ... trasmetteva altresì copia degli interventi effettuati e delle denunce- querele reciprocamente sporte dal padre (B) e dalla madre (C) a partire dal gennaio 2006, relative ad episodi di liti violente.

Risultava inoltre che nel luglio 2006 il padre e la nonna paterna si erano rivolti al Pubblico Ministero, cui avevano dichiarato che la bambina era nata dalla relazione di B con C, interrotta ancor prima della nascita della piccola; gli esperti dichiaravano di aver sporto diverse denunce nei confronti della donna per i suoi comportamenti aggressivi e ne de-

nunciavano l'inadeguatezza genitoriale; il Pubblico Ministero aveva pertanto richiesto al Servizio Sociale indagine psicosociale.

Nell'agosto 2006 il padre depositava al TM ricorso con cui chiedeva l'affidamento esclusivo della bambina; a sostegno della domanda, ribadiva che la madre più volte aveva inscenato nei suoi confronti violenti atteggiamenti, con danni a persone e cose; prospettava la preoccupazione che la stessa fosse dedita alla prostituzione; aggiungeva che la bambina non era più allattata dalla madre, che ogni sera la lasciava a persona diverse, padre compreso, per andare a "lavorare" e che l'ambiente frequentato dalla madre era inadeguato per la bambina.

Poiché i sanitari non avevano rilevato alcun problema sanitario attuale e sollecitavano la dimissione della piccola paziente, con decreto 31.08.2006, in via cautelare ed urgente, a tutela della minore, ed in attesa dei necessari approfondimenti già richiesti, questo TM ne disponeva l'affidamento al Servizio Sociale del Comune di ..., affinché provvedesse a verificare la situazione personale e familiare dei genitori, anche mediante visite domiciliari, le loro capacità genitoriali, l'eventuale presenza di figura parentali idonee a supportare o vicariare i genitori nell'esercizio delle loro funzioni, al fine di individuare la collocazione più rispondente all'interesse della minore, valutando l'eventualità di una collocazione in struttura madre-bambino; nell'immediato, veniva autorizzata la dimissione della piccola dall'Ospedale ed il suo inserimento in Comunità.

Venivano contestualmente convocati i genitori, che esprimevano un'exasperata conflittualità, con accuse di inadeguatezza e svalorizzazioni reciproche; il padre accusava la madre di esercitare il meretricio ed asseriva di averla vista per strada di notte in situazione che denotava in modo univoco tale attività; la madre (con modalità molto eccitate) lo accusava di fare uso di sostanze stupefacenti, cocaina, ecstasy, "fumo", e di frequentare gli spacciatori nel negozio da lui condotto.

Il Servizio Sociale provvedeva ad organizzare un calendario di incontri protetti, a giorni alterni con la madre, e con il padre insieme alla nonna paterna, alla presenza di educatori ed all'interno della struttura (v. relazione ...)

Dopo una prima fase di incontri protetti in struttura, venivano sperimentati incontri con cadenza settimanale presso l'abitazione del padre e presso quella della madre, sempre alla presenza di operatori, per osservare la relazione in un ambito quotidiano, e supportare i genitori nei contatti con la piccola A, al fine di incrementare le loro competenze genitoriali ed, in particolare, le capacità di accudimento e di comprensione dei bisogni della bambina, che si erano rivelate molto carenti in tutti gli adulti.

Nel frattempo il TM aveva autorizzato l'inserimento della bambina in casa-famiglia, in una realtà che le consentiva di fruire di figure di riferimento ben individuate e stabili e quindi più confacenti alle sue esigenze di sviluppo.

Dall'osservazione delle modalità dei genitori di relazionarsi con la minore, sia nella fase degli incontri svolti in ambiente neutro (prima la struttura e poi lo spazio-famiglia), sia soprattutto nella fase degli incontri presso le rispettive abita-

zioni, emergevano aspetti fortemente problematici e preoccupanti: il padre, ed anche la nonna paterna, mostravano grosse difficoltà ad organizzare uno spazio idoneo per la bambina, ed avevano bisogno di ricevere continue indicazioni sulle cure per la minore, anche per la difficoltà di capirne i bisogni e per la prevalenza di bisogni personali rispetto a quelli della minore; il padre esprimeva inoltre dubbi sulla paternità di A, ma nonostante le sollecitazioni degli operatori non assumeva alcuna iniziativa volta a chiarire tale aspetto essenziale; la madre mostrava scarsa puntualità agli incontri; alcuni dei quali saltavano con giustificazioni poco attendibili; non riconosceva il ruolo e le funzioni dell'operatore, assumendo frequenti atteggiamenti aggressivi e debordanti; evidenziava inoltre gravi difficoltà nella relazione con la bambina, vieppiù accentuate, tanto che la bambina, dopo aver inizialmente cercato di interagire con la madre e con l'ambiente circostante, manifestava insofferenza e crescente disagio; gli incontri tra la bambina e di genitori venivano pertanto sospesi (v. relazione Servizio Sociale...).

Alla luce di tali preoccupanti risultanze, con decreto in data 9.10.2007 il TM riteneva necessario verificare nell'ambito di una consulenza tecnica di ufficio la personalità dei genitori, le loro risorse affettive ed educative, le eventuali risorse della famiglia allargata, in termini attuali e prognostici, per valutare se, in tempi compatibili con le fasi di sviluppo della minore ed i suoi bisogni, ella potesse trovare o meno nella famiglia di origine le cure, gli accudimenti, il contenimento necessari per una crescita sana, così da definire il miglior progetto di tutela.

In data 30.10.2007 veniva conferito l'incarico alla dott. D, alla presenza dei genitori, assistiti dai rispettivi difensori; ai genitori veniva spiegato il significato e le finalità della consulenza nonché la necessità di collaborare con il consulente di ufficio affinché potessero essere svolti i necessari approfondimenti.

La dott. D (v. relazione 22.01.2008) esponeva gli ostacoli insorti nell'adempimento del proprio incarico per l'atteggiamento aggressivo ed oppositivo della madre, che si mostrava contrariata a presentarsi ai colloqui (saltando un gran numero di appuntamenti) e non riconosceva il senso dell'indagine peritale, né mostrava la minima consapevolezza delle ragioni che avevano provocato l'allontanamento della figlia; la CTU segnalava inoltre che il padre e la nonna avevano espresso l'intenzione di rinunciare alla bambina, per il suo benessere, in quanto, secondo loro, anche nel caso in cui il padre ne avesse ottenuto l'affidamento a sé, la madre ne avrebbe comunque impedito la crescita serena.

Alla luce di tali circostanze, ritenuto che l'indisponibilità di risorse nel nucleo di origine e gli atteggiamenti fortemente inadeguati dei genitori, la completa mancanza di consapevolezza critica della madre circa le proprie gravi carenze, il rifiuto di qualsiasi valutazione e di un percorso di aiuto, delineassero gli estremi di una situazione di abbandono morale e materiale della minore, con decreto 3.03.2008, su richiesta del Pubblico Ministero, veniva aperta procedura di adottabilità, nell'ambito della quale si reputava opportuno rinnovare, con spese a carico dell'Erario, la Consulenza tecnica di ufficio già licenziata nella procedura di volontaria giurisdizione - che non si era potuta utilmente svolgere per l'opposizione della madre - conferendo l'incarico, per ragioni di economia processuale, alla dott. D.

Venivano contestualmente sospesi i genitori dalla potestà genitoriale e nominato un tutore alla minore in persona dell'avv. E, nella veste anche di difensore della minore.

All'udienza del 17 aprile 2008 all'uopo fissata, i genitori venivano sentiti ex art. 121. 184/83, alla presenza dei rispettivi difensori di fiducia; nell'occasione, venivano nuovamente illustrate alle parti le ragioni che avevano condotto all'apertura della procedura di adottabilità; le gravissime criticità rilevate nel comportamento dei genitori e la necessità di svolgere gli approfondimenti indicati nel quesito, anche per valutare la possibilità e fattibilità di percorsi di aiuto per il recupero delle funzioni genitoriali.

All'udienza era presente anche la dott. F, psicologa, nella qualità di Consulente di parte della madre; dopo poco più di un mese, la madre revocava il mandato al difensore di fiducia, avv..., che a sua volta dichiarava di dismetterlo; anche il Consulente di parte dismetteva l'incarico.

In data 20 agosto 2008 la CTU depositava la relazione peritale, che concludeva nel senso dell'assoluta carenza ed irrecuperabilità delle figure genitoriali e della mancanza di altre figure in grado di sostituire o vicariare i genitori.

Sentiti i responsabili della casa famiglia che fin dalla tenera età avevano accudito la bimba (con modalità riservate per preservare la collocazione della minore), all'udienza del 28.11.2008, davanti al Collegio, venivano sentiti i genitori, gli operatori del Servizio affidatario, la CTU.

Poiché emergeva che la madre si era sposata con tale G, su richiesta del Pubblico Ministero venivano disposti accertamenti sulla situazione dell'uomo: si appurava che egli aveva precedenti penali per reati contro il patrimonio, non era stato reperito presso l'abitazione della moglie nonostante diversi accessi, era privo di attività lavorativa stabile ed aveva perso l'ultimo lavoro per inadempimento contrattuale, in quanto non si era presentato al lavoro per settimane.

All'udienza del 4 dicembre 2008 venivano risentite le parti che concludevano come in epigrafe.

Ritengono i giudicanti che dal materiale raccolto siano emersi elementi esaustivi, che fanno ritenere sussistenti le condizioni per dichiarare lo stato di adottabilità: la minore versa infatti in una situazione di abbandono materiale e morale, ed i dati emersi dal lungo percorso svolto depongono per una prognosi negativa in ordine alla possibilità di recupero delle funzioni genitoriali da parte dell'uno e dell'altro genitore, in tempi compatibili con le esigenze di sviluppo della minore.

Vediamo di esaminare nel dettaglio le ragioni a sostegno di tale valutazione negativa.

Il padre e la nonna paterna:

Il padre ha ben presto abbandonato le proprie istanze di affidamento della minore, inizialmente avanzate nella procedura di volontaria giurisdizione, mostrando un atteggiamento di rinuncia e disimpegno rispetto al ruolo genitoriale. Il monitoraggio degli incontri del padre e della nonna paterna con la minore, prima in struttura e poi nella loro abitazione, ha evidenziato la completa mancanza di risorse acuditive ed affettive (essi non riuscivano nemmeno ad introdurre nella loro abitazione quegli arredi e quelle modifiche minime necessarie per la presenza di un bimbo in tenera età), di cui peraltro gli interessati si sono mostrati più consapevoli, non opponendosi ad un percorso adozionale. La stessa nonna paterna ha confermato alla CTU l'uso di sostanze da parte del figlio ed è inoltre emersa una forte conflittualità tra madre e figlio, dalla prima attribuita sia all'uso di sostanze, sia alla nuova relazione con una cittadina ..., da cui egli ha avuto un'altra bambina.

Né il padre, né la nonna paterna, dalla cessazione degli incontri, hanno chiesto di vedere A.

L'inadeguatezza di tali figure e la valenza abbandonica del loro comportamento sono univoche.

La madre:

Il difensore della madre, nel corso dell'istruttoria collegiale ed in discussione, ha insistito sul fatto che ella non avrebbe posto condotte pregiudizievoli nei confronti della figlia e si sarebbe sempre battuta per rivendicare il diritto ad averla con sé. Entrambi gli assunti sono ad effetto, ma sono scarsamente rispondenti al dato reale: quanto al primo, non si può dimenticare che a tutela della minore, esposta alla dilagante litigiosità dei genitori - che se la contendevano, strappandosela l'un l'altro, e si accusavano reciprocamente di essere inidonei ad occuparsene, provocando innumerevoli interventi dell'autorità - è intervenuta la pubblica autorità che ha provveduto ad allontanarla ex art. 403 c.c. ed a collocarla provvisoriamente in ospedale, interessando contestualmente l'autorità giudiziaria minorile: il tempestivo e preventivo intervento delle istituzioni ha impedito che A fosse esposta agli agiti pregiudizievoli dei genitori.

Quanto al secondo assunto, le modalità con cui la madre ha sempre rivendicato il diritto di riavere la figlia, lungi dall'essere l'espressione di un sincero e reale amore verso di lei, sono semmai indicative della mancanza di critica verso i propri limiti e della mancanza di consapevolezza circa la propria incapacità di compiere un percorso di cura, di crescita, per un cambiamento.

La madre, sia avanti al Giudice, sia con i Servizi, ha sempre sostenuto di avere il diritto di riavere la figlia con sé, di essere una buona madre e di essere in grado di non far mancare nulla alla figlioletta; peraltro, nell'articolato percorso avviato dal Servizio affidatario, volto ad osservare, favorire, supportare la relazione madre-bambina, la madre ha mostrato di non riuscire a stabilire un rapporto adeguato e tutelante con la bambina, di cui non capiva i bisogni, incurante delle indicazioni degli operatori che cercavano di aiutarla, ed oppositiva rispetto alle offerte di aiuto.

Nonostante l'atteggiamento rivendicativo e persecutorio assunto dalla madre, non si può certo dire che le istituzioni non abbiano impiegato tempo e risorse per cercare di favorire una sua positiva evoluzione e di ricostituire un valido rapporto con la figlioletta: sia quando A era in comunità, sia dopo il suo ingresso in casa famiglia sono stati garantiti ai genitori incontri frequenti con la figlioletta, alla presenza di educatori con il compiti di osservare la relazione, ma anche di sostenerli ed aiutarli ad acquisire adeguate competenze genitoriali, dapprima in un ambiente neutro (spazio-famiglia) e poi in un ambito di quotidianità, nella casa paterna ed in quella materna.

Già in struttura e poi nello spazio famiglia, si erano rilevate difficoltà, che si sono accentuate con il passaggio alla fase di incontri nei rispettivi ambienti familiari:

dalle relazioni del Servizio Sociale e dalle dichiarazioni rese all'udienza collegiale dall'Assistente sociale e dalla psicologa, risulta che la madre non riusciva ad occuparsi minimamente della bambina ed aveva un continuo bisogno dell'aiuto degli educatore, le cui indicazioni peraltro non seguiva; la madre durante gli incontri appariva molto agitata ed impulsiva, non riusciva a capire i bisogni della figlia; quando la bambina piangeva perché voleva mangiare, lei attribuiva la causa del pianto alla presenza dell'educatrice; appariva centrata su di sé, incapace di comprendere i bisogni della figlioletta, cui richiedeva continuamente di confermarle il ruolo materno, talora gridando e parlando alla bambina in modo agitato ed ostacolandone i tentativi di esplorare l'ambiente; negli ultimi

incontri la bambina si mostrava rigida, angosciata e piangeva tutto il tempo; si guardava intorno con aria spenta e disperata; tanto che, su richiesta degli operatori, era stata disposta la sospensione degli incontri.

Il successivo atteggiamento della madre, si è rivelato non solo ostativo alla ripresa degli incontri, ma ha anche fornito ulteriori e precisi riscontri circa la sua irrecuperabile inadeguatezza genitoriale.

Già in occasione della prima consulenza tecnica di ufficio, licenziata nell'ambito della procedura di volontaria giurisdizione (ottobre 2007), la madre si sottraeva alle valutazioni, tenendo un atteggiamento che indicava la mancanza di qualsiasi consapevolezza rispetto al contesto, e nessuna disponibilità a farsi aiutare, esternando la propria sfiducia verso gli operatori, vissuti come incapaci, intrusivi e persecutori, e mostrando di non comprendere il significato degli interventi fino ad allora compiuti, come se un percorso di osservazione e di sostegno, effettuato tramite educatori specializzati, attraverso un gran numero di incontri monitorati, e durato quasi un anno, non avesse alcun rilievo, e come se fosse sempre possibile ricominciare da capo, con un atteggiamento di negazione rispetto alle forti criticità emerse dagli incontri e senza alcuna empatia per i bisogni della bambina.

La madre ha anche negato di aver saltato la maggior parte dei colloqui individuali fissati dagli operatori per sostenerla, cercando di aiutarla a capire meglio la situazione e a farsi aiutare (come riferito dagli operatori, la signora spesso disertava anche i colloqui fissati su sua richiesta).

Anche la CTU svolta nella procedura di adottabilità ha confermato i dati preoccupanti già emersi dall'osservazione e dall'istruttoria fino ad allora svolta.

La CTU ha evidenziato l'instabilità emotiva della donna, che nella realtà si traduce nella difficoltà di mantenere un'attività lavorativa stabile e di stabilire relazioni interpersonali adeguate: dall'anamnesi, dai colloqui psicologico-clinici, supportati dai risultati del reattivo di Rorschach, è emerso una quadro di personalità disturbata, connotata da instabilità emotiva di tipo impulsivo, con la marcata tendenza ad agire senza un preventivo pensiero, e senza valutare le conseguenze, con una capacità di fare progetti per il futuro minima e con possibilità di esplosioni comportamentali o di violenza. Rileva la CTU che la profonda immaturità e l'evidente autocentratura della donna le rendono impossibile svolgere quelle funzioni genitoriali protettive, di accoglienza, contenimento, affidabilità indispensabili per garantire i bisogni primari della figlia, bisogni che la madre percepisce ancora urgenti per sé e che quindi non riesce a rispettare nell'altro: sotto tale profilo, è significativo che non si sia fermata in ospedale con la bambina di tre mesi perché aveva un impegno notturno; che non sia riuscita ad arrivare a capire i bisogni della figlia, nonostante un progetto di forte supporto protratto per mesi, che non ne abbia rispettato i ritmi, l'abbia coartata e bloccata, così che gli incontri finivano in una condizione di malessere e di sofferenza per la piccola.

La donna è apparsa inoltre incapace di proiettarsi in un proprio progetto esistenziale stabile e chiaro; in tale situazione, lo spazio mentale dedicato alla figlia è gravemente carente, sopraffatto dalle difficoltà interpersonali e dall'impossibilità di avere (e quindi di dare) modelli identificativi adeguati (v. pag...).

Ritengono i giudicanti che le indagini e le valutazioni della dott..... siano pienamente condivisibili, perché svolte con corretta metodologia, e coerenti con tutti gli elementi già emersi dagli accertamenti e dagli interventi dei Servizi, ulteriormente confermati dall'istruttoria svolta.

La madre è persona psicologicamente fragile, disturbata e sofferente, e non è consapevole di tale sua situazione; ella esprime spiccate valenze persecutorie verso chiunque non ne assecondi la volontà o anche solo minimamente la contraddica, valenze che la portano a percepire intorno a lei un complotto (quella che lei ha chiamato "strategia" e che l'ha indotta a sfiduciare anche il proprio CTP dott., che avrebbe forse potuto offrirle un contenimento ed un aiuto).

Anche il suo ambiente di vita è connotato da precarietà ed instabilità, sebbene ella abbia cercato in ogni modo di fornire una immagine artefatta, allegando una serie di attività lavorative diverse e documentate in modo poco attendibile; anche l'ultima circostanza da lei dedotta, e cioè la presenza accanto a sé di un marito "che lavora in Svizzera", si è rivelata mendace, in quanto dagli accertamenti svolti è emerso trattarsi di persona inaffidabile e pregiudicata; in ogni caso, in tutti questi anni il marito non ha mai chiesto di A né si è mai attivato, né con I Servizi né nella procedura.

In sintesi: quel che è certo è che alla madre sono state fornite molteplici, concrete, valide possibilità di recuperare il ruolo genitoriale, e la stessa non è stata in grado di coglierle e di mettersi in condizione di farsi aiutare.

Dal momento in cui la bambina è stata allontanata dai genitori (agosto 2006) sono passati ben due anni e mezzo, caratterizzati da una serie ininterrotta di interventi volti ad aiutare la madre, e ad attivarne un cambiamento, che sono risultati inefficaci, a causa dei suoi comportamenti, che hanno confermato la sua mancanza di risorse personali ed emotive, le sue difficoltà di stabilire relazioni adeguate, caratteristiche tutte che le hanno impedito di instaurare una relazione di fiducia e di collaborazione, per poter compiere un percorso di maturazione; ella ha persistito in un atteggiamento rigido, rivendicativo, nella convinzione di essere perseguitata, mostrandosi incapace di comprendere su un piano di realtà le vicende ed i bisogni della figlia.

Dall'istruttoria svolta è emerso in modo univoco, al di là delle esternazioni plateali, la mancanza di reale contatto emotivo della madre con la figlia e l'incapacità di comprenderne su un piano di realtà i bisogni: la bambina è vissuta non come soggetto con bisogni e vissuti propri, con un proprio iter evolutivo, e con il diritto di vivere in una situazione di benessere psicofisico, ma unicamente come proiezione di sé e come strumento per vedere affermata la propria identità fragile e carente.

Né può essere protratta la situazione di incertezza in cui versa la bambina, per dare un ulteriore spazio ad un recupero delle funzioni genitoriali, rispetto al quale gli elementi sopra riferiti univocamente inducono ad una prognosi del tutto sfavorevole.

Merita ricordare che la giurisprudenza di legittimità è consolidata nell'affermare che l'accertamento dello stato di abbandono, presupposto della dichiarazione dello stato di adattabilità, non richiede comportamenti commissivi pregiudizievoli per il minore, ma può fondarsi sull'accertata inadeguatezza dei genitori: lo stato di abbandono rilevante ai fini della pronuncia di adattabilità non richiede una precisa volontà dei genitori di abbandonare il figlio, essendo sufficiente da parte loro un comportamento oggettivamente inconciliabile con i diritti-doveri imposti dall'art. 147 c.c.; ne consegue che anche anomalie comportamentali o della personalità dei genitori possono rilevare ai fini dello stato di abbandono, qualora si traducano nell'incapacità di allevare ed educare i figli tale da produrre danni irreversibili al loro sviluppo fisico o psichico.

"In tema di adozione l'art. 1 della legge 194/83 (nel testo sostituito dalla legge 149/2001) attribuisce carattere prioritario all'esigenza del minore di crescere nella famiglia di origine, esigenza della quale è con-

sentito il sacrificio solo in presenza di una situazione di carenza di cure materiali e morali da parte dei genitori e degli stretti congiunti - ed a prescindere dalla imputabilità a costoro di tale situazione - tale da pregiudicare in modo grave e non transeunte lo sviluppo e l'equilibrio psicofisico del minore...e sempre che tale situazione sia accertata in concreto sulla base di riscontri obiettivi non potendo la verifica dello stato di abbandono essere compiuta sulla base di una valutazione astratta, compiuta "ex ante" alla stregua di un giudizio prognostico fondato su indizi privi di valenza assoluta (Cass., 11019 del 12.05.2006, pres. Luccioli);

"in tema di adozioni di minori di età, sussiste la situazione di abbandono allorchè il contegno dei genitori, lontani dal risolversi in mera insufficienza dell'apporto indispensabile per lo sviluppo e la formazione della personalità del minore, comprometta o determini grave pericolo di compromissione per la salute e le possibilità di armonico sviluppo psicofisico del minore stesso, di fronte ad un siffatto documento o rischio di esso, successivi atteggiamenti o progetti genitoriali per un miglioramento della situazione in tanto rilevano in quanto, oltre che seri, siano oggettivamente idonei al recupero della situazione (Cass., 21100 del 28.10.2005, pres. Vitrone).

Conclusivamente: né il padre, né la nonna paterna -che vi hanno peraltro rinunciato - né la madre rappresentano per la minore figure di riferimento stabili e rassicuranti: né le loro caratteristiche di personalità, né i fallimentari risultati dei plurimi interventi finora svolti, rendono concretamente ipotizzabile un ulteriore significativo cambiamento, che possa avvenire con la serietà e nei tempi ristretti imposti dalle imprescindibili ed attuali esigenze psicoevolutive di una bambina di due anni e mezzo, che dall'età di tre mesi sta in casa famiglia e che - come è emerso dall'osservazione della CTU e dall'audizione dei collocatari da parte del Giudice delegato - manifesta sempre più chiaramente l'indifferibile esigenza di avere delle figure genitoriali a lei dedicate, stabili e non meramente vicarianti.

In tale situazione, la scelta del distacco dalla famiglia di origine si configura come l'unico mezzo per evitare che la minore sia esposta a danni irreversibili alla sua integrità psico-fisica, così da garantirle il diritto fondamentale ad una famiglia, anche se adottiva, in cui possa trovare la "base sicura" e le risorse essenziali per strutturare in modo armonico la propria personalità.

P.Q.M.

visto l'art. 15 della legge 184/1983;

dichiara

lo stato di adattabilità di ... e conferma l'interruzione di ogni rapporto e contatto con la famiglia di origine;
conferma la nomina dell'avv. a tutore provvisorio e difensore della minore per l'eventuale ulteriore corso della procedura.
(...Omissis...)

I

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 16 luglio 2007 – Pres. Martinelli – T. c. G.

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

In caso di crisi del rapporto di convivenza tra genitori naturali non rientrano nella competenza del Tribunale ordinario le decisioni di ordine economico relative al mantenimento dei figli, che

siano la conseguenza di decisioni assunte dal Tribunale per i Minorenni a proposito della responsabilità genitoriale. Ciò, senza distinguere le ipotesi nelle quali la parte chieda in modo contestuale entrambi i provvedimenti dalle ipotesi in cui le due domande vengano presentate in tempi diversi, al fine di fornire agli interessati risposte non frazionate.

II

Tribunale per i Minorenni di Genova, decr. 1 dicembre 2009 - Pres. Sansa - Rel. Atzeni.

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

La cessazione della convivenza tra genitori naturali comporta la competenza del Tribunale per i Minorenni a decidere in ordine agli aspetti economici del mantenimento dei figli, sia che la domanda di determinazione dell'assegno sia proposta contestualmente a quella in materia di affidamento e diritto di visita del figlio, sia che essa sia successiva e conseguente ad una pronuncia del Tribunale per i Minorenni sulle responsabilità genitoriale, al fine di evitare il frazionamento delle tutele, a garanzia del preminente interesse del minore.

I

(...Omissis...)

- Visto il ricorso presentato il 00/4/2007 dalla Signora T.C. (Avv. B.) perché venisse ingiunto al Signor G., nella sua qualità di padre naturale di G.M. e G.C. di pagare alla ricorrente una somma mensile, nell'importo di 1.000 euro mensili, per il mantenimento delle figlie;

- Rilevato che il Tribunale per i Minorenni ha disposto, con provvedimento 00/4/2006, il collocamento abitativo delle bambine con il padre, prevedendo che le figlie stiano con la madre otto mezze giornate, e con il padre sei mezze giornate alla settimana, e che le parti discutono davanti a questo Tribunale ordinario quali debbano essere le conseguenze patrimoniali di tali disposizioni;

- Rilevato che il Signor G. eccepisce l'incompetenza di questo Tribunale;

Osserva:

con ordinanza 22 marzo 2007 la Corte di Cassazione ha individuato, quale applicazione del principio di uguaglianza, l'esigenza che il trattamento della crisi del rapporto di convivenza tra genitori naturali riceva dall'Ordinamento una risposta "non frazionata", estesa anche alle "conseguenze non patrimoniali".

Questo Tribunale ritiene dunque che rientrino nella propria competenza tutte le disposizioni di ordine patrimoniale che seguano ad accordi intervenuti tra genitori naturali, sia che essi siano formalizzati, sia che essi siano impliciti nella realtà di fatto che i genitori producono, decidendo con quale di essi i figli naturali debbano continuare a vivere, ma che non rientrino nelle proprie competenze le disposizioni che siano invece conseguenza di decisioni assunte dal Tribunale per i Minorenni a proposito della responsabilità genitoriale dei genitori naturali. Ciò senza distinguere le ipotesi nelle quali la parte chieda in modo contestuale entrambi i provvedimenti dalle ipotesi in cui le due domande vengano presentate in tempi diversi, non potendo la competenza funzionale dipendere dalle scelte di tempistica delle parti.

Per l'assenza di una previsione legislativa esplicita sul punto, e per la novità della questione, compensa le spese del procedimento.

P.Q.M.

Dichiara la propria incompetenza funzionale in ordine al ricorso proposto dalla Signora T.C. e fissa termine sino al 00/9/2007 per la riassunzione del procedimento davanti al Tribunale per i Minorenni di Genova. (...Omissis...)

II

Visti gli atti relativi alle minori A e B , di G e C ,

rilevato che:

- cessata la convivenza fra i genitori, la madre delle minori proponeva ricorso in data 10.1.2009, premettendo che con precedente provvedimento dell' 11.4.2006 questo Tribunale per i Minorenni aveva stabilito l'affidamento condiviso delle figlie, con collocazione prevalente presso la madre, la regolamentazione dei rapporti del padre con esse; precisava che le parti non avevano chiesto in quella sede la determinazione l'assegno di mantenimento in favore delle bambine; chiedeva pertanto che avuto riguardo al reddito della stessa (1.000 euro al mese) inferiore a quello del padre ed ai tempi di permanenza delle figlie presso di lei maggiori di quelli presso il padre (rispettivamente presso di sé 19 giorni al mese e 11 giorni presso il padre), questo T.M. volesse ordinare al G di corrispondere a titolo di contributo al mantenimento del figlio una somma non inferiore a 1.000 euro mensili;

- la ricorrente precisava inoltre che analoga domanda aveva già proposto dinanzi al Tribunale Ordinario che si era peraltro dichiarato incompetente nel luglio 2007; dopo tale pronuncia il G aveva spontaneamente corrisposto per qualche mese alla stessa C la somma di euro 400,00 mensili interrompendo poi anche questa erogazione;

- il padre costituitosi in giudizio, chiedeva che fermo restando l'affidamento condiviso delle figlie, egli continuasse a versare quanto di fatto corrispondeva di volta in volta secondo le necessità delle bimbe, coprendo a suo dire l'80% - 100% delle spese ad esse relative (per retta scolastica, abbigliamento, alimentazione, spese mediche e ricreative);

- all'udienza del 13.10.2009, tenutasi presso questo Tribunale, il G domandava un ampliamento del regime di visita delle figlie e la madre si diceva d'accordo a che le bimbe stessero col padre un ulteriore giorno, "una volta tanto", il venerdì, nel week end di spettanza del padre; il G chiedeva fosse disposta un'integrazione di ctu (già licenziata nel precedente procedimento di affidamento) ma la C si opponeva, poiché ulteriori indagini sarebbero superflue in quanto le minori incontravano il padre regolarmente come anche asserito dal convenuto;

- le parti non raggiungevano un accordo in punto economico, depositavano pertanto memorie conclusive e documentazione attestante i rispettivi redditi;

Il Collegio osserva:

La Legge n. 54 del 2006 ha apportato delle modifiche alla disciplina della separazione tra i coniugi circa l'affidamento dei figli minori ai genitori, introducendo il principio della bigenitorialità ed indicando la preferenza del regime dell'affidamento condiviso. Ha inoltre introdotto altre modifiche tra cui quella relativa alla determinazione dell'assegno di mantenimento del figlio minore, che deve avvenire sulla base di parametri individuati dal legislatore. La novella ha regolato altresì, con una norma spe-

cifica, l'assegnazione della casa coniugale ed ha disposto infine l'applicazione ai figli naturali delle disposizioni introdotte. Circa l'organo giudiziario competente a pronunciare l'affidamento dei figli e la determinazione dell'assegno di mantenimento in suo favore, la Corte di Cassazione si è pronunciata con ordinanza del 3.4.2007 n. 8362, dichiarando la competenza del Tribunale per i minorenni a conoscere della domanda di affidamento del figlio ed altresì della domanda contestuale relativa ai profili patrimoniali dell'affidamento stesso, attesa l'inscindibilità di tali aspetti.

Ciò sulla base del rilievo che l'art. 4 c. 2 della L. 54/2006 - con il prevedere l'applicazione ai procedimenti che riguardano i figli naturali, delle norme contenute nella stessa legge - non ha abrogato l'art. 317 bis c.c. lasciando salvo il rinvio di tale ultima norma all'art. 38 disp.att. circa la competenza del Tribunale per i Minorenni e permettendo l'applicazione del comma 2 dello stesso art. 38 che prevede la competenza del Tribunale Ordinario ai soli aspetti patrimoniali non trattati congiuntamente a quelli dell'affidamento dei figli.

A giudizio della Corte l'art. 317 bis si è arricchito dei contenuti della nuova legge assumendo un nuovo volto cosicché il giudice specializzato è competente "ad esprimere una cognizione globale, estesa alla misura ed al modo con cui ciascun genitore deve contribuire al mantenimento della prole".

Ciò in linea con il principio della concentrazione delle tutele, aspetto cardine della ragionevole durata del processo che permette l'attrazione in capo ad un unico giudice, il Tribunale per i Minorenni, della competenza a decidere sull'affidamento del figlio naturale ed altresì sulle questioni relative al suo mantenimento, qualora le domande siano proposte contestualmente. Secondo la giurisprudenza prevalente, la domanda avente ad oggetto il singolo aspetto della determinazione dell'assegno di mantenimento del figlio rimane invece di competenza del Tribunale ordinario ai sensi del combinato disposto degli artt. 148 c.c. e 38 2° co. disp. att. c.c.

Occorre inoltre osservare, in linea con la dottrina più accreditata, che al Tribunale per i minorenni è attribuita la competenza a conoscere della domanda principale in tema di affidamento dei figli naturali e che quindi i provvedimenti relativi al loro mantenimento e all'assegnazione della casa familiare costituiscono le c.d. competenze complementari del T.M.

In altri termini il legislatore per tali provvedimenti (circa il mantenimento e l'attribuzione della casa) non ha dettato alcuna competenza funzionale del Tribunale per i Minorenni, risultando quest'ultima dalla competenza a conoscere della causa principale. Nella pratica, tuttavia, si realizzano le ipotesi in cui gli aspetti economici o l'attribuzione della casa familiare siano trattati con successive domande rispetto a quella c.d. principale sull'affidamento, in ordine alla quale il Tribunale per i Minorenni abbia statuito precedentemente.

Ci si pone in tal caso il problema della soluzione maggiormente rispettosa del principio del giusto processo e quindi della concentrazione delle tutele.

Si osserva che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo impone all'interprete una nuova sensibilità ed un nuovo approccio interpretativo, per cui ogni soluzione che si adotti nella risoluzione di questioni attinenti a norme sullo svolgimento del processo, deve essere verificata non solo sul piano tradizionale della coerenza logico concettuale, ma anche e soprattutto, sotto il profilo dei risvolti operativi che contribuiscono alla realizzazione di detto obiettivo costituzionale. L'art. 111 Cost., esprime dunque, quale mezzo imprescindibile per l'attuazione di un processo contenuto in tempi ragionevoli, il principio di concentrazione delle tutele.

L'attrazione in capo ad un unico giudice delle domande in argomento persegue l'obiettivo di evitare alle parti il dispendio di tempi e di costi relativi alla trattazione delle diverse questioni davanti ad organi giudiziari differenti. Ma non solo, la cognizione globale delle suddette questioni permette di approntare una maggior tutela del minore, modulando i provvedimenti nel suo preminente interesse, come già rilevato in passato da questo Tribunale.

Si pensi all'ipotesi, purtroppo largamente diffusa del genitore "non trasparente fiscalmente" che occulta all'altro le proprie risorse economiche e costringe la controparte a defatiganti e dispendiosi percorsi giudiziari (per ottenere ciò di cui ha diritto per il figlio) dando così origine ad accessi conflitti familiari, nell'ambito dei quali la sofferenza dei figli emerge spesso gravemente. Tale genitore inadempiente, può ben essere ritenuto non idoneo ai fini dell'affido condiviso, nell'ambito di una cognizione globale della domanda di affidamento e di quella economica.

Il genitore che omette in tutto o in parte di contribuire al mantenimento del figlio, ponendo in atto strategie volte a celare la propria situazione patrimoniale e reddituale, esprime infatti con tale condotta il disinteresse alla realizzazione dei bisogni del figlio. Nel caso in cui peraltro non vi sia contestualità di domande ma vi sia stato un provvedimento del Tribunale per i Minorenni di affidamento del figlio anteriore alla domanda in punto economico, ritiene questo collegio possa affermarsi ugualmente la competenza del giudice specializzato.

Si consideri infatti che una domanda sull'aspetto del mantenimento del figlio è pur sempre collegata all'affidamento dello stesso e alla regolamentazione dei rapporti col genitore non collocatario. Tale domanda riapre molto spesso il dibattito sulle modalità e sulla frequenza di visita al figlio, che in genere sono svolte in comparsa di costituzione dal convenuto e che non si possono prevedere *ab origine* sulla base della sola domanda economica. Ciò si verifica anche per il collegamento svolto dall'art. 155 co. 4° con riguardo alla necessità di determinazione dell'assegno sulla base anche dei tempi di permanenza del figlio presso ciascun genitore. Avviene infatti sovente che venga messa in discussione la reale osservanza dell'obbligo di visita, (stabilito nel precedente provvedimento del T.M.), che lo si voglia ampliare o ridurre con delle conseguenze che vanno ad incidere anche sulla determinazione dell'assegno.

In tale frequente eventualità, pertanto, all'udienza dinanzi al Tribunale ordinario, le parti dovranno esser rinviate dinanzi al Tribunale per i Minorenni competente per le due questioni, diventate a tal punto contestuali, anche stavolta con dispendio di costi e di tempi, non solo per le parti ma per tutta l'Amministrazione della Giustizia, essendo tale modo di procedere contrario ad ogni principio di economia processuale impegnando in successione due organi differenti.

Inoltre occorre osservare che secondo la dottrina più accreditata, "è il principio della responsabilità genitoriale - ricavabile dall'interpretazione sistematica dell'artt. 261 (che parifica i diritti e i doveri del genitore nei riguardi del figlio legittimo e del figlio naturale) con gli artt. 146, 147, 148 c.c. (comprendenti il dovere di fornire un adeguato mantenimento al figlio secondo le proprie sostanze e capacità) che permette al giudice, di disporre sul contributo al mantenimento a carico dell'ex convivente in caso di prole".

La complementarietà di tale domanda rispetto ad una precedente pronuncia di affidamento è dunque palese.

Le considerazioni appena svolte e le accennate disfunzioni che si rilevano nella pratica indicano la necessità di un'interpretazione degli artt. 155, 317 bis, 38 disp. Att. c.c. conforme al principio della ragionevole durata del processo, e pertanto evidenziano la

necessità dell'attrazione in capo al giudice specializzato della domanda in punto economico nell'ipotesi in cui vi sia una precedente pronuncia del Tribunale per i Minorenni in materia di affidamento del figlio, pur definita. Considerato altresì che tali provvedimenti assunti dal Tribunale per i Minorenni nell'ambito della procedura di volontaria giurisdizione, sono sempre modificabili e non sono suscettibili di costituire cosa giudicata.

La cognizione globale imposta dal principio della concentrazione delle tutele non può che esser intesa in tal senso, non potendo i soli aspetti temporali di proposizione posteriore della domanda in punto economico incidere sul collegamento, pur sempre esistente, tra essa ed il provvedimento precedente di affidamento, e pertanto sul nesso di complementarietà e accessorietà oggettivo di detta domanda di mantenimento rispetto a quella principale.

Una simile lettura del principio enunciato è inoltre in linea col nuovo Regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari (non ancora in vigore) che ha previsto all'art. 3 lettera d) la competenza a trattare tali temi economici, del giudice dell'azione relativa alla responsabilità genitoriale, qualora la domanda relativa a un obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione (salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti). Conformemente alla dottrina maggioritaria tale aspetto relativo alla competenza può comunque già ritenersi incluso nel campo di applicazione dell'art. 5, n. 2 del Regolamento CE n. 44/2001, come peraltro appare indicare l'undicesimo preambolo del Regolamento CE n. 2201/2003 (sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Bruxelles II) che chiarisce che "i giudici competenti ai sensi del presente Regolamento saranno in genere competenti a statuire in materia di obbligazioni alimentari in applicazione dell'art. 5, paragrafo 2 del Regolamento CE n. 44/2001.

Nel caso di specie, pertanto, atteso che il padre ha chiesto l'incremento della permanenza delle figlie presso di sé e considerato il sostanziale accordo sul punto della madre, ritiene questo Tribunale possa modificarsi il precedente regime di visita, prevedendo che il G tenga con sé le figlie per due pomeriggi in più al mese, il venerdì, in occasione del week-end di sua spettanza.

Alla stregua di tale intesa delle parti, la consulenza tecnica domandata dal G, finalizzata alla verifica delle migliori modalità di visita padre-figlie (peraltro già disposta nel precedente procedimento di affidamento) appare superflua, poiché le bimbe incontrano il padre regolarmente, come anche asserito dal convenuto.

Il G aveva contestato anche la scelta di cambiare casa della C (peraltro sita sempre nello stesso comune) determinata a detta di colei dalle sue difficoltà economiche a far fronte al pagamento dell'affitto. Il G non ha tuttavia insistito su tale aspetto.

Con riguardo alla determinazione dell'assegno si evince dal ricorso il fatto - non contestato dal convenuto - che egli circa due anni fa ha spontaneamente versato alla C, per alcuni mesi, la somma di euro 400,00 a titolo di contribuzione al mantenimento delle figlie.

Il G assume di corrispondere attualmente somme per il pagamento di spese scolastiche, spese sanitarie, dentistiche anche al 100%, per acquisto di attrezzatura sportiva ecc..

Tali spese devono peraltro ritenersi di natura straordinaria pertanto da dividersi tra le parti al 50%.

Dalla documentazione prodotta agli atti emerge che i genitori hanno un reddito pressoché analogo (il G leggermente superiore).

Il G è in più proprietario di un bene immobile e di mobili registrati, come da egli indicato all'udienza del 13.10.09 e specificato nelle sue memorie.

Considerato che, anche incrementato a due pomeriggi (dall'uscita da scuola delle figlie) in più al mese il tempo di permanenza delle minori presso il padre è inferiore a quello presso la madre, valutata nel complesso la situazione reddituale e patrimoniale delle parti e atteso che spontaneamente il G aveva corrisposto la somma di 400,00 mensili circa due anni fa, somma che deve esser aumentata in relazione al decorso del tempo e alle accresciute esigenze delle figlie in rapporto all'età, si reputa equo stabilire che il G debba contribuire al loro mantenimento nella misura di euro 450,00 euro mensili oltre al 50% delle spese straordinarie documentate e concordate.

P.Q.M.

sentito il parere del P.M.;
visti gli artt. 261 c.c. 148 c.c. e 38 disp att.c.c. e 111 Cost;

Accoglie

la domanda proposta da C volta alla determinazione del regime di contribuzione al mantenimento delle figlie minori nei confronti di G e la domanda di quest'ultimo di incremento delle modalità di visita ;

Dispone

- Che ferme restando le modalità di incontro padre-figlie già stabilite nel decreto di questo T.M. in data 11.04.2006 il G possa tenere con sé le figlie per ulteriori due pomeriggi al mese, il venerdì, in occasione del week-end di sua spettanza, dall'uscita da scuola delle figlie in periodo scolastico, e dalle ore 16,00 in diverso periodo.

- Che il G versi alla C a titolo di contributo al mantenimento delle figlie il giorno 5 di ogni mese con modalità documentabili, la somma di euro 450,00 somma rivalutabile annualmente secondo gli indici ISTAT oltre al 50% delle spese straordinarie documentate e concordate;

Invita

i genitori delle minori a collaborare lealmente ed attivamente fra di loro, cercando di superare i conflitti esistenti, partecipando ad un percorso di mediazione familiare, quale opportuno strumento di sostegno nella ripresa di un costruttivo dialogo tra essi, nell'interesse delle proprie figlie.

Dispone l'archiviazione della procedura. (... Omissis...)

Tribunale per i Minorenni di Genova, 2 novembre 2009
- Pres. Sansa - Rel. Atzeni.

FILIAZIONE - filiazione naturale - rifiuto ingiustificato alla prova emato-genetica - rimborso delle spese di mantenimento al genitore dalla data della nascita del minore - competenza del Tribunale per i minorenni.

Il rifiuto ingiustificato di sottoporsi a indagini genetico-ematologiche costituisce comportamento valutabile dal giudice anche in assenza di prova certa, difficilmente acquisibile, di rapporti sessuali fra le parti, e consente al giudice di desumere prova della paternità da tale atto omisivo del convenuto, tenendo anche unicamente conto della condotta processuale del preteso padre, globalmente considerata e posta in correlazione con le dichiarazioni della madre. Inoltre tale rifiuto non può ritenersi giustificato con il mero richiamo a possibili violazioni della legge n. 675 del 1996 sulla tutela della riservatezza.

La sentenza di accertamento della filiazione naturale pone altresì a carico del genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, compreso quello del mantenimento; tale obbligazione decorre dalla data della

nascita del minore e stessa decorrenza ha anche l'obbligo di rimborsare quota l'altro genitore che abbia provveduto integralmente al mantenimento del figlio. È il giudice minorile adito per il riconoscimento della paternità naturale di un minore, competente a conoscere di ogni domanda consequenziale di natura economica, tra cui quella relativa al rimborso delle spese di mantenimento già sostenute nonché quella avente ad oggetto la corresponsione del periodico mantenimento in favore del minore e per il periodo dalla nascita alla decisione e per l'ulteriore periodo da quest'ultima in poi (compresa la fase eventuale tra il raggiungimento della maggiore età e l'autosufficienza economica).

(... Omissis...)

Svolgimento del processo.

Con ricorso depositato in data 22.5.2007, F, nella sua qualità di genitore esercente la potestà sul minore figlio G, premettendo di aver intrattenuto una relazione sentimentale con R da cui è nato, il 4.8.1992, G, ha chiesto che questo T.M. voglia dichiarare ai sensi dell'art. 269, c.c. giudizialmente la paternità di R con riguardo al figlio.

La ricorrente ha precisato che la relazione con il convenuto era iniziata nel gennaio 1991, dopo circa quattro anni da quando il sig. R e la sua famiglia erano andati ad abitare nello stesso edificio in cui viveva la ricorrente ed il marito. Ha assunto che lei ed il sig. R avevano iniziato a trascorrere anche week end fuori Genova e che ai primi del mese di gennaio 1992 la stessa sig. ra F comunicava al sig. R di aspettare un bambino da lui, ma, a tale notizia, il sig. R veniva preso dall'ansia e dalla paura perché era sposato ed aveva dei figli; alla nascita del bimbo, il 4.8.92, gli veniva dato il nome di P G essendo nato in costanza di matrimonio tra F e P. Il sig. R dopo due giorni si era recato all'Ospedale a visitare il neonato.

A seguito di separazione consensuale tra F e P, omologata il 7.6.94, il bambino veniva affidato alla madre.

P proponeva successivamente domanda di disconoscimento di paternità e il Tribunale di Genova con sentenza del 16.5.1997 n. xxxx, passata in giudicato, accoglieva la domanda dichiarando che la paternità del minore G non era del sig. P. Il minore conseguentemente acquisiva il cognome della madre.

Il sig. R, portato a conoscenza della sentenza di disconoscimento di paternità, si recava presso l'abitazione della sig.ra F nel novembre 1997 e discuteva del mantenimento economico del bimbo, iniziando così a versare lire 500.000 - euro 260,00 mensili alla madre fino all'ottobre 2004, fino a quando cioè la madre del bimbo gli chiedeva di riconoscerlo.

Si è costituito ritualmente in giudizio il convenuto, il quale ha eccepito l'infondatezza del ricorso negando sia la relazione sentimentale con la ricorrente che la paternità del minore. Egli ha affermato di aver intrattenuto esclusivamente rapporti di amicizia con la ricorrente ed il marito.

Le parti sono state entrambe personalmente sentite in udienza ed hanno confermato i rispettivi assunti.

In corso di causa con istanza depositata il 10.1.08 il convenuto ha chiesto la sospensione del procedimento, avendo domandato al P.M. la revocazione della sentenza n. 1159 del 1997, con la quale il Tribunale aveva accolto la domanda di disconoscimento di paternità del sig. P. Tuttavia con provvedimento del 24.1.08 il PM ha rigettato la domanda del sig. R e questo T.M., con ordinanza del 4.2.08, ha respinto l'istanza di sospensione del procedimento che occupa.

Su istanza della ricorrente è stata disposta una consulenza tecnica d'ufficio genetica, in relazione alla quale il convenuto non si è presentato all'appuntamento fissato dal CTU, per l'espletamento dei necessari esami emato- genetici. A detti esami si sono sottoposti invece la ricorrente ed il figlio.

La causa istruita con produzioni documentali, prova per testi, audizione del minore G è stata tenuta a decisione sulle conclusioni sopra trascritte.

Motivi della decisione.

La domanda è fondata e merita accoglimento.

Dei testi escussi, la madre della ricorrente T ha dichiarato di esser al corrente della relazione sentimentale intercorsa tra il sig. R e la figlia, iniziata nel gennaio 1991. Ciò le aveva riferito la figlia dopo la nascita del bambino.

La teste ha affermato di aver visto il sig. R recarsi, senza la presenza della moglie, a far visita al neonato in ospedale e portare in quella occasione dei fiori a F.

La T ha dichiarato altresì che nel novembre 1997, dopo la pronuncia della sentenza di disconoscimento di paternità del sig. P, la stessa teste aveva telefonato personalmente al convenuto invitandolo a recarsi a casa sua, in cui viveva anche sua figlia dopo aver lasciato la casa coniugale. Ricevuto il sig. R la madre della ricorrente aveva mostrato a questi la sentenza di disconoscimento di paternità del piccolo G ed il convenuto, dopo aver affermato di sentirsi male, si era seduto per riprendersi. Aveva poi preso in braccio il bambino che nel frattempo era entrato nella stanza.

La stessa teste ha dichiarato che il convenuto aveva così iniziato a corrispondere mensilmente alla figlia le somme di lire 500.000 poi 260,00 euro. A questo riguardo ha precisato di aver più volte ricevuto le telefonate del sig. R, tramite le quali egli avvertiva ogni mese del suo arrivo per la consegna del denaro alla sig.ra F a titolo di contributo al mantenimento del bambino.

La sig.ra T ha riferito altresì di aver visto dalla finestra di casa il sig. R consegnare il denaro alla figlia. Inoltre ha affermato che l'elogiavano di tali somme da parte del sig. R avvenne fino al mese di ottobre 2004 e cessò appunto dopo tale mese quando la sig.ra F chiese al convenuto di riconoscere il figlio, tramite il proprio legale. La T ha confermato altresì le visite, pur non regolari, del sig. R al piccolo G, anch'esse interrotte quando la figlia gli chiese di riconoscere il bimbo.

Il teste M, all'epoca dei fatti sacerdote, ha dichiarato di aver ricevuto le confidenze della ricorrente nel corso di colloqui privati che ella iniziò con lui in occasione della preparazione al battesimo del bambino. In tali circostanze la sig.ra F oltre che raccontare la sua relazione col convenuto, gli aveva riferito le sue precarie condizioni economiche.

G ha dichiarato, nel corso dell'audizione del 23.9.08, la sua volontà di esser riconosciuto dal sig. R. Egli ha affermato che quando era piccolo aveva avuto un buon rapporto con quest'ultimo. Tale rapporto affettuoso era continuato fino quattro anni prima dell'udienza (del 23.9.08), poiché successivamente egli e la madre avevano chiesto formalmente il riconoscimento della sua paternità. In particolare, dopo l'invio di una lettera da parte della madre in tal senso, il sig. R aveva interrotto i contatti con loro. Ha precisato che incontrava R ogni tanto e che egli stesso gli diceva che era suo padre, per cui per tale motivo egli e la madre avevano deciso di intentare la causa in argomento.

Alla luce di tali risultanze, valutate unitamente al rifiuto documentato da parte del convenuto di sottoporsi alla consulenza ematologica - genetica, volta ad accettare la sua paternità con riguardo al minore, deve ritenersi provato che R è il padre naturale di G.

La giurisprudenza più recente, da questo collegio condivisa, ha infatti affermato che nel giudizio diretto ad ottenere una sentenza dichiarativa della paternità naturale il rifiuto ingiustificato di sottoporsi a indagini genetico-ematologiche costituisce comportamento valutabile dal giudice ai sensi dell'art. 116 c.p.c. comma 2, e che in assenza di prova certa, difficilmente acquisi-

bile, di rapporti sessuali fra le parti, consente al giudice di desumere prova della paternità da tale rifiuto, traendone la dimostrazione anche unicamente dalla condotta processuale del preteso padre, globalmente considerata e posta in correlazione con le dichiarazioni della madre (Cass., sez. I, 9/4/2009 n. 8733). Tale apertura giurisprudenziale, sempre più marcata, alla possibilità di provare la paternità o maternità deve porsi anche in correlazione all'evoluzione della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha facilitato l'accesso all'accertamento dello *status* di figlio naturale con l'eliminazione del previo esperimento del giudizio di ammissibilità dell'azione. (Sent. Corte Cost. del 10/2/2006 n. 50)

Si osserva, inoltre, che la norma fondamentale di riferimento in tema di prova della genitura è l'art. 269 c.c., che al comma 2 recita "la prova della paternità e della maternità può essere data con ogni mezzo", ed è ormai consolidato l'orientamento secondo cui nei giudizi volti all'accertamento della paternità o maternità naturale, il giudice può trarre argomenti di prova e fondare addirittura la propria decisione anche solo sulla base del comportamento processuale del presunto genitore, il quale si sia sottratto ingiustificatamente all'esperimento della prova emato-genetica. Con riguardo alle giustificazioni addotte dal preteso genitore al fine di esimersi dagli esami emato-genetici, non può ritenersi una valida ragione per astenersi da detti esami quella relativa alla tutela della propria riservatezza.

Infatti nel giudizio diretto a ottenere una sentenza dichiarativa della paternità o maternità naturale, tra gli argomenti di prova idonei a fondare il convincimento del giudicante rientra anche il rifiuto aprioristico della parte di sottoporsi a esami ematologici, che non può ritenersi giustificato con il mero richiamo a possibili violazioni della legge n. 675 del 1996 sulla tutela della riservatezza, tenuto conto sia del fatto che l'uso dei dati nell'ambito del giudizio non puo' che esser rivolto ai fini di giustizia, sia del fatto che il sanitario chiamato dal giudice a svolgere l'accertamento è tenuto tanto al segreto professionale che al rispetto della legge anzidetta (v. Cass., 7/11/2001 n. 13766).

Pertanto nel caso di specie, l'asserzione del sig. R che gli esami sul suo DNA rivelerebbero le cose più intime della sua persona, in particolare la sussistenza di malattie (v. lettera spedita dal convenuto allegata alla relazione del CTU) non può ritenersi idonea giustificazione a sostenere il rifiuto di sottoporsi agli accertamenti tecnici disposti.

Tale rifiuto analizzato congiuntamente agli altri elementi probatori raccolti, tra i quali l'audizione del minore, che ha riferito come il convenuto lo trattasse come un figlio andandolo a trovare e le dichiarazioni della T circa la contribuzione al suo mantenimento da parte del sig. R avvenuta dal novembre 1997 all'ottobre 2004, consentono di ritenere accertata la paternità del convenuto con riguardo a G.

Relativamente all'istanza della ricorrente che ha chiesto di porre a carico di R, una somma a titolo di assegno di mantenimento del figlio, deve ritenersi che tale domanda proposta in corso di causa (all'udienza del 2/12/2008) sia effettivamente una domanda nuova su cui il convenuto non ha accettato il contraddittorio.

Tuttavia, pur se la richiesta di condanna del convenuto alla corresponsione di un assegno di mantenimento non possa esser formulata per la prima volta nel corso del procedimento di primo grado in difetto di accettazione del contraddittorio, in quanto integra una domanda nuova, tuttavia resta fermo il potere del giudice adito in applicazione dell'art. 277 2° co. c.c., di assumere d'ufficio i provvedimenti che stimi opportuni per il mantenimento del figlio con la sentenza che dichiara la filiazione naturale (v. fra molte Cass., del 23/7/1994 n. 6868).

A questo riguardo questo Tribunale, nell'interesse del minore ad avere adeguati mezzi per il suo mantenimento e per la sua istruzione, ritiene opportuno disporre a carico di R un assegno di mantenimento di euro 1.500,00 mensili, somma determinata sulla base dei redditi dell'obbligato, emergenti dalla dichiarazione dei redditi prodotta in atti ma altresì dalle visure immobiliari prodotte dalla ricorrente dalla quale emergono i numerosissimi beni immobili - generatori di reddito - di cui il convenuto è proprietario. Quest'ultimo risulta inoltre non avere altri figli a carico. Tale somma sarà rivalutata annualmente sulla base degli indici Istat.

Inoltre appare opportuno, ai fini della completa determinazione del mantenimento dovuto al giovane G , porre a carico del sig. R , il 50% delle spese straordinarie documentate.

Al genitore naturale che abbia per intero provveduto alle spese di mantenimento del figlio, spetta altresì, iure proprio, il diritto di conseguire, con la sentenza che accerti la procreazione naturale dell'altro genitore, il rimborso pro quota di dette spese, a partire dalla data della nascita, segnando questa l'insorgenza dell'obbligo di entrambi di concorrere in quel mantenimento (v. Cass., 8/8/1989 n. 3635). Inoltre la sentenza di accertamento della filiazione naturale pone a carico del genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, compreso quello del mantenimento; tale obbligazione decorre, nell'interesse del minore, dalla data della nascita e stessa decorrenza ha anche l'obbligo di rimborsare pro quota l'altro genitore che abbia provveduto integralmente al mantenimento del figlio. È il giudice minorile (quindi sia il Tribunale per i minorenni che la Sezione civile per i minorenni della Corte d'appello), adito per il riconoscimento della paternità naturale di un minore, competente senz'altro a conoscere di ogni domanda consequenziale di natura economica, tra cui, oltre quella avente ad oggetto il rimborso delle spese di mantenimento già sostenute per il minore ai sensi dell'art. 38 (nella nuova formulazione) disp. att. c.c., anche quella avente ad oggetto la corresponsione del periodico mantenimento in favore dello stesso minore e per il periodo dalla nascita alla decisione e per l'ulteriore periodo da quest'ultima in poi (compresa la fase eventuale tra il raggiungimento della maggiore età e l'autosufficienza economica) (v. Cass 30/6/2005 n. 14029 e Cass., 22/12/06 n. 27488).

Pertanto le spese di mantenimento sopportate in favore del figlio da parte della ricorrente devono esserle rimborsate nella misura della metà a decorrere dall'8 agosto 1992, data di nascita del ragazzo. (... *Omissis...*)

P.Q.M.

Visti l'art. 269 e 277 c.c.;

Visto il parere conforme del PM

Dichiara

che G, nato a XX il XXXX è figlio naturale di R , nato a XX il XXXX;

Ordina

All'Ufficiale dello Stato Civile del Comune di XX di provvedere alle conseguenti annotazioni nel Registro dello Stato Civile.

Dispone

- che a titolo di contributo al mantenimento del figlio R corrisponda alla madre di G entro il giorno 5 di ogni mese la somma di euro 1.500,00, oltre al 50% delle spese straordinarie documentate, con modalità documentabili, somma dovuta dalla data della presente sentenza;

- che il sig. R rimborsi la somma di euro 260,00 mensili per il periodo dall'agosto 1992 al mese di ottobre 1997; inoltre per il periodo dal novembre 2004 al mese di ottobre 2009 le somme mensili qui di seguito indicate: euro 1.250,00 mensili per il periodo dal novembre 2004 all'ottobre 2005; euro 1300,00 mensili per il periodo dal novembre 2005 all'ottobre 2006; euro 1.350,00 mensili per il periodo dal novembre 2006 all'ottobre 2007; euro 1.400,00 mensili per il periodo dal novembre 2007 all'ottobre 2008; euro 1.450,00 mensili per il periodo dal novembre 2008 all'ottobre 2009;

- Che detti arretrati siano corrisposti ratealmente in quattro anni dal sig. R, con importi uguali per ciascun anno, direttamente alla sig.ra F con modalità documentabili.

- Condanna R alla rifusione delle spese processuali in favore della ricorrente, che si liquidano in complessivi euro 3.820 di cui euro 1.720 per diritti ed euro 1200 per onorari, ivi comprese le spese sostenute per gli esami effettuati dal CTU sulla madre e sul minore, oltre ad accessori di legge. (...*Omissis...*)

Tribunale per i Minorenni di Genova, 11 dicembre 2009
- Pres. Sansa - Rel. Atzeni.

MINORE - applicazione del Regolamento CE 2201/2003
- eccezione alla regola generale prevista nell'art. 8 del Regolamento - possibilità in presenza di determinate condizioni, di trasferire la causa al giudice di un altro Stato membro più indicato a conoscere del caso.

La normativa comunitaria consente, nell'interesse superiore del minore, al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire la causa al giudice di un altro Stato membro se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso.

In presenza di uno o più presupposti indicati all'art. 15. punto 3., infatti, la condizione in cui si trova il minore merita di esser atten- tamente accertata dall'Autorità Giudiziaria dello Stato con cui il minore ha una relazione speciale, al fine anche di dare completezza alla trattazione degli aspetti relativi al suo mantenimento da parte del padre e di regolamentazione dei rapporti con questi, oggetto dell'istanza della madre proposta presso il Tribunale di detto Stato membro, permettendo così al giudice straniero di apprezzare nel suo complesso la condizione del bambino e di valutare meglio quale sia il più opportuno regime di custodia e luogo di residenza.

(...*Omissis...*)

Visti gli atti relativi al minore A nato a X (Polonia) il XXX di R e H

Rilevato che:

- con ricorso depositato in cancelleria in data 6.11.2007, il padre del minore, chiedeva l'affidamento a sé del figlio, perché fosse collocato presso i nonni paterni; domandava altresì che fossero regolate le modalità di incontro del bimbo con la madre;

- il padre del bambino esponeva che il piccolo era nato dall'unione di fatto con la sig.ra H ed aveva risieduto anagraficamente presso i nonni paterni;

i due genitori avevano raggiunto l'accordo secondo cui il bambino sarebbe stato nei mesi di giugno e luglio con la madre mentre nei mesi di agosto e settembre col padre;

- il Sig. R precisava nel ricorso che il figlio si trovava al momento con la madre, cittadina polacca, in Polonia;

- all'udienza fissata dinanzi a questo Tribunale, la madre del minore non si costituiva; il giudice fissava altra udienza per la rinnovazione della notifica ritenuta irregolare; alla successiva data

di comparizione la sig.ra H , benchè regolarmente citata, non si costituiva né compariva;

- all'udienza del x/x/2008 il padre del minore dichiarava al giudice delegato che il figlio si trovava in Polonia dal mese di settembre 2007 ove la madre l'aveva portato con sé, senza il suo accordo; di aver ricevuto dal Tribunale di T un provvedimento datato 13/11/2007 che disponeva il suo obbligo di contribuire al mantenimento del figlio;

- il padre del bambino dichiarava altresì di aver ricevuto un atto di citazione, datato 9/12/2007, a comparire dinanzi al Tribunale di T per l'udienza del 3.03.2008, nella procedura attivata dalla madre del minore, volta alla determinazione della somma dovuta dal R a titolo di "alimenti" in favore del figlio; nello stesso atto di citazione inoltre la madre chiedeva la regolamentazione degli incontri tra padre e figlio (pag 2 della chiamata in giudizio dinanzi al giudice polacco tradotta in italiano); il ricorrente ha prodotto in giudizio tali due provvedimenti tradotti in lingua italiana;

- alla successiva udienza dell'8.7.2008, il R dichiarava che Tribunale di T , in data 28.05.2008, aveva stabilito che egli avrebbe dovuto contribuire al mantenimento del piccolo A, corrispondendo alla madre la somma di XX mensili;

il ricorrente precisava che il predetto Tribunale polacco non si era ancora pronunciato sull'istanza della madre tesa alla regolamentazione degli incontri padre-figlio.

- con decreto in data 25.8.08 questo T.M. - ai sensi degli artt. 8 e 15. punti 3 e 5 del Regolamento CE 2201/2003 - ha chiesto all'organo giudiziario polacco di valutare l'opportunità di dichiararsi competente per il presente giudizio di affidamento del bimbo ai genitori e per la regolamentazione delle visite a quello tra essi non collocatario, agli effetti e nei termini previsti dalla stessa norma;

- a fondamento della predetta decisione questo T.M. ha osservato che nel caso di specie si realizzano due delle ipotesi indicate nell'art. 15.3 del Regolamento CE 2201/2003 (relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale); tale norma prevede un'eccezione alla regola indicata nell'art. 8, dello stesso regolamento, nei termini in cui il Tribunale adito nell'ambito di una causa avente ad oggetto la responsabilità genitoriale può investire l'Autorità Giudiziaria di un altro Stato membro (c.d meglio situato) sull'opportunità di dichiararsi in sua vece competente quando il minore abbia con tale Stato un legame speciale in relazione a specifiche circostanze indicate nella suddetta norma, valutato l'interesse superiore del minore;

ha considerato infatti questo Tribunale che ricorrono, nel caso che occupa due delle circostanze previste dalla disposizione comunitaria e precisamente quella contenuta nella lettera c) il minore è cittadino polacco, e quella indicata nella lettera d) in quanto la madre del minore è residente abitualmente in Polonia;

- col decreto 25.8.08 si è rilevato pertanto l'esistenza di un legame particolare di A con lo Stato polacco; si è evidenziato inoltre che l'organo giurisdizionale polacco era a conoscenza dell'argomento della causa, avendo la madre proposto ricorso in Polonia per ottenere il contributo al mantenimento del figlio, e contestualmente anche la regolamentazione degli incontri del bimbo col padre ;

- con istanza depositata in data xx.x.2009 il R assumendo il decorso dei termini (di sei settimane) previsti dall'art.15.5 del Regolamento CE 2201/2003 e l'assenza di una decisione in merito da parte dell'Autorità giudiziaria polacca, ha chiesto che questo T.M. si pronunci sulla domanda di affidamento a suo tempo proposta;

- lo stesso ricorrente ha, peraltro, depositato agli atti del procedimento una ordinanza del Tribunale regionale di T datata x.x.2009

(tradotta in italiano), nella quale si leggeva che detto Tribunale aveva riunito i procedimenti relativi a due cause pendenti ed in particolare quella relativa all'individuazione "del luogo di soggiorno di R e quella relativa alla limitazione dei diritti del padre"; - in data successiva x.x.2009 è pervenuta a questo Ufficio la decisione (tradotta in italiano) pronunciata dal Tribunale di T, con cui riconosce la propria competenza ai sensi dell'art. 15.3 del Regolamento CE 2201/2003 affermando che il bambino possiede un vincolo speciale con lo Stato polacco poiché la madre ha sempre risieduto in Polonia ed in più il minore possiede la nazionalità polacca.

- Risulta da detto documento che il 1.7.09 si è tenuta dinanzi al Tribunale polacco un'udienza nella quale si è trattato della custodia del minore, della stabilizzazione del luogo di soggiorno del medesimo e dei suoi contatti col padre e che le parti hanno raggiunto un accordo sulla base del quale il luogo di soggiorno del bambino sarà quello di residenza della madre;

- In tale decisione si legge quindi che il Tribunale di T, afferma la sua competenza a trattare la causa in argomento, atteso il provvedimento di questo Tribunale e ritenuto che nel caso esaminato si sono create le premesse indicate nell'art. 15 p. 3 del regolamento citato.

Ciò premesso il collegio osserva:

il Regolamento CE 2201/2003 affermando che le regole di competenza in materia di responsabilità genitoriale ivi previste devono necessariamente informarsi all'interesse superiore del minore e in particolare al criterio di vicinanza, statuisce la regola generale per cui la competenza giurisdizionale appartiene anzitutto ai giudici dello Stato membro in cui il minore risiede abitualmente. Nel dodicesimo considerando del regolamento si legge che è fatto salvo il caso in cui si verifichi un cambiamento della sua residenza o il caso in cui vi sia l'accordo fra i titolari della responsabilità genitoriale. In particolare tale normativa comunitaria consente, nell'interesse del minore, al giudice competente, a titolo eccezionale e in determinate condizioni, di trasferire la causa al giudice di un altro Stato membro se quest'ultimo è più indicato a conoscere del caso. Tuttavia, in questa ipotesi, il giudice adito in seconda istanza non è autorizzato a trasferire il medesimo caso a un terzo giudice.

È evidente che la previsione eccezionale è dettata dalla necessità di modulare la decisione del giudice tenendo conto della particolare e concreta situazione del minore e pertanto del suo preminente interesse, valutato da quell'organo giurisdizionale che è in grado di meglio conoscere la sua condizione anche tramite i servizi socioeducativi sul suo territorio.

Inoltre il punto 5 dell'art. 15 del regolamento recita che "le autorità giurisdizionali di quest'altro Stato membro possono accettare la competenza, ove ciò corrisponda, a motivo delle particolari circostanze del caso, all'interesse superiore del minore, entro 6 settimane dal momento in cui sono adite in base al paragrafo 1, lettere a) o b). In questo caso, l'autorità giurisdizionale preventivamente adita declina la propria competenza. In caso contrario, la competenza continua ad essere esercitata dall'autorità giurisdizionale preventivamente adita ai sensi degli articoli da 8 a 14".

Al punto 6 dello stesso articolo è previsto altresì che "le autorità giurisdizionali collaborano, ai fini del presente articolo, direttamente ovvero attraverso le autorità centrali nominate a norma dell'articolo 53.

Alla luce dei dati conoscitivi acquisiti si evince che il Tribunale di T ha accettato la propria competenza a decidere il caso che occupa.

Già col provvedimento del 25.8.08 questo Tribunale aveva os-

servato che la condizione in cui si trova il minore nel suo attuale paese di residenza merita di esser attentamente accertata in loco, al fine di dare continuità alla pronuncia determinativa del suo mantenimento da parte del padre, permettendo così al giudice polacco di apprezzare nel suo complesso la condizione del bambino e di valutare meglio quale sia il più opportuno regime di custodia, il luogo di soggiorno. Tale logica è in linea col Regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari (non ancora in vigore) che ha previsto all'art. 3 lettera d) la competenza, a trattare i temi economici, del giudice dell'azione relativa alla responsabilità genitoriale, qualora la domanda circa l'obbligazione alimentare sia accessoria a detta azione (salvo che tale competenza sia fondata unicamente sulla cittadinanza di una delle parti). Conformemente alla dottrina maggioritaria tale aspetto relativo alla competenza può comunque già ritenersi incluso nel campo di applicazione dell'art. 5, n. 2 del Regolamento CE n. 44/2001, come appare indicare l'undicesimo preambolo del Regolamento CE n. 2201/2003 (sulla competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale - Bruxelles II) che chiarisce che "i giudici competenti ai sensi del presente Regolamento saranno in genere competenti a statuire in materia di obbligazioni alimentari in applicazione dell'art. 5, paragrafo 2 del Regolamento CE n. 44/2001. Si era rilevato inoltre nel provvedimento 25.8.08 che i servizi sociali e minorili polacchi possono fornire approfondite informazioni sulle reali condizioni di vita del bimbo e che essi possono essere con l'Autorità giudiziaria polacca, gli organismi più adatti a trattare il caso, di cui invece il servizio sociale del comune di V non si è mai occupato (non avendolo mai avuto in carico) e non può occuparsi data la distanza dal luogo ove si trova il bambino. È evidente quindi che la normativa comunitaria è sempre informata al rispetto dell'interesse del minore valutato nel caso concreto, nei limiti di quelle particolari circostanze di cui all'art. 15. punto 3, che fungono da parametro indicatore di quel legame speciale del bambino con uno Stato diverso da quello in generale competente.

La tutela di tale preminente interesse informa anche il termine delle sei settimane indicato dall'art. 15. punto 5. del regolamento 2201/2003 richiesto perché avvenga la pronuncia del giudice interpellato.

L'interpello è possibile ai sensi del punto 2 lett. a) su richiesta di una parte o b) su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o c) su iniziativa di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro con cui il minore abbia un legame particolare, conformemente al paragrafo 3.

Lo stesso punto 2 recita che il trasferimento della causa può tuttavia essere effettuato su iniziativa dell'autorità giurisdizionale o su richiesta di un'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro soltanto se esso è accettato da almeno una delle parti. Alla luce dell'accordo raggiunto dai genitori circa il luogo di residenza del minore dinanzi al giudice polacco il trasferimento della causa deve ritenersi accettato.

Sulla base di detto accordo, avvenuto nel luglio 2009, deve ritenersi superata e in esso assorbita l'eccezione sollevata nel marzo 2009, precedente a tale intesa delle parti, circa la asserita e non provata osservanza del termine di 6 settimane (che deve valutarsi dalla data di ricezione del decreto 25.8.08 da parte del Tribunale polacco).

P.Q.M.

Visto il parere favorevole del P.M.

Visti gli artt. 8 e 15 Regolamento CE 2201/2003

Dichiara la propria incompetenza con riguardo al ricorso proposto da R. (...Omissis...)

Documenti

Nuove prospettive in tema di procreazione assistita

Francesca Ricco

Avvocato, Foro di Genova

Abstract: L'unica metodologia utilizzabile per prospettare soluzioni soddisfacenti alle nuove questioni in materia di p.m.a, è quella che, attenta ai valori fondamentali della persona, guardi al bilanciamento degli interessi, tenendo conto essenzialmente della peculiarità del caso concreto.

Sommario: 1. Premessa. - 2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009. - 3. Il fatto - 4. Rilievi di incostituzionalità - 5. Questioni aperte: a) Dibattito sulla natura dell'embrione; b) Modalità di conservazione dell'embrione: la tecnica del criocongelamento; c) La necessità di nuove linee guida - 6. La P.M.A. nel contesto europeo. - 7. Limiti numerici alla produzione di embrioni? La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese. - 8. La sentenza del 13 febbraio 2009 della Corte di Appello di Bari in tema di surrogazione di maternità: a) L'imputazione di maternità; b) Il divieto di surrogazione di maternità in Italia; c) Comparazione con le legislazioni degli altri paesi Europei; d) Il caso; e) L'interesse superiore del minore. - 9. Conclusioni.

1. Premessa.

I dubbi interpretativi e applicativi della legge sulla procreazione medicalmente assistita (p.m.a), la varietà delle legislazioni europee, i recenti orientamenti della giurisprudenza, sollecitano una riflessione sul tema.

In particolare l'interprete si deve chiedere, entro quali limiti l'elasticità del sistema può, oggi, consentire risposte adeguate ai nuovi problemi che coinvolgono la sfera più intima delle persone, atteso che, in mancanza di risposte adeguate da parte dell'ordinamento, sono e saranno ancora i giudici a dover affrontare le questioni più spinose, aperte dalla legge n. 40 del 19 febbraio 2004.

2. La sentenza della Corte Costituzionale n. 151 del 2009.

La Consulta, con la sentenza n. 151 dell'8 maggio 2009, ha dichiarato parzialmente illegittima la legge sulla procreazione medicalmente assistita, nella parte in cui disciplina la fecondazione in vitro e il trasferimento di embrioni.

Più precisamente ha stabilito che la legge 40 è in parte illegittima, in violazione dell'art. 3 Cost. Cost., sotto il duplice profilo del principio della ragionevolezza e di quello dell'uguaglianza- ove prevede la produzione di non più di tre embrioni per volta da impiantare contemporaneamente - e dell'art. 32 Cost., ove non prevede che il trasferimento degli stessi, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna. (1)

Al di là di detto importante pronunciamento, l'impianto della legge 40 non è cambiato: resta ferma la possibilità di creare embrioni, solo ai fini di procreazione e restano i divieti alla loro crioconservazione, soppressione e selezione a fini

eugenetici, anche se le eccezioni introdotte in tema di crioconservazione, sottolineano una maggiore tutela introdotta nei confronti della salute della donna, rispetto agli altri soggetti coinvolti, restituendo finalmente dignità al ruolo del medico, sin'ora sminuito dalla legge, che ne faceva un esecutore di ricette preconfezionate (2).

È opportuno sottolineare come la norma al momento della sua entrata in vigore, vietando la crioconservazione e imponendo per di più che l'impianto fosse unico e contemporaneo, andava ad incidere in ragione di una proclamata tutela riconosciuta all'embrione, su una prassi che prima del 2004, vedeva i Centri di fecondazione inseminare un numero di ovociti (3), quando possibile, superiore a tre, con l'obiettivo di impiantare un numero di embrioni (4) di buona qualità pari a due o tre al massimo, che quindi dessero concrete speranze di gravidanza, per poi procedere al congelamento degli altri embrioni in soprannumero, da impiantare in seguito, se il tentativo precedente non fosse andato a buon fine (5). La Consulta, stabilendo che sarà il medico in scienza e coscienza a decidere caso per caso il numero strettamente necessario di embrioni da impiantare, introduce a tutela della salute della donna, il principio di non vincolatività per il medico; principio reso, ora, più forte da un punto di vista costituzionale (6), che permette di bilanciare i rigidi dettami della legge 40, rispetto al *modus operandi*, antecedente la sua introduzione, caratterizzato dall'assenza di regole.

3. Il fatto.

Per meglio ricomprendere le questioni implicate, occorre, preliminarmente, ricostruire i termini del dibattito.

La Warm, associazione senza fini di lucro, rappresentativa degli interessi collettivi di centri e professionisti svolgenti attività di procreazione medicalmente assistita con altri enti di analoga finalità, impugnano, chiedendone l'annullamento al Giudice amministrativo (*rectius Tar Lazio*), le linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita, come approvate con Dm 21 luglio 2004, in attuazione dell'art. 7, L. 18 febbraio 2004 n. 40.

La questione proposta tocca in realtà la norma primaria, che ne costituisce il fondamento ed è l'occasione per sollevare questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 14, commi 1, 2, 3 e 4 della citata legge 40, con riferimento agli artt. 3 e 32 Cost. (7).

Anche il Tribunale ordinario di Firenze, di lì a poco, si fa portatore davanti alla Consulta di una nuova questione di legittimità costituzionale, in relazione all'articolo 14, comma 2 e 3 e 4 e all'art. 6, comma 3, con riferimento questa volta agli artt. 2, 3, 13 e 32 della Costituzione (8).

Le questioni relative al 1° comma dell'art. 14 (che vieta la crioconservazione e la soppressione di embrioni soprannumerari) e quelle relative al 4° comma dell'art 14 (che vieta la riduzione embrionaria di gravidanze plurime) vengono ritenute inammissibili per carenza di motivazione sulla rilevanza.

Manifestamente inammissibile per difetto di rilevanza e del pari ritenuta la questione sollevata relativa all'art 6, comma 3, nella parte in cui non consente la revoca della volontà dopo la fecondazione dell'ovulo.

L'attenzione della Corte si rivolge, dunque, ai commi 2 e 3 dell'art. 14, secondo il quale le tecniche di riproduzione “non devono creare un numero di embrioni superiore a quello strettamente necessario ad un unico e contemporaneo impianto, comunque non superiore a tre”. Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna, non prevedibile al momento della fecondazione, è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data di trasferimento, da realizzare non appena possibile”.

4. Rilievi di incostituzionalità.

Quello che la Consulta censura è, da un lato, la prospettiva interna della legge sulla p.m.a., in base alla quale la pratica medica cui sarebbe costretta la donna si pone in contrasto con i principi ai quali la legge n. 40 del 2004 dichiara di volersi ispirare, nello specifico con il principio della graduatità dell'intervento attraverso la minore invasività possibile del trattamento sanitario e con la violazione dell'obbligo di tutela di tutti i soggetti coinvolti nella procedura; e dall'altro la sua prospettiva esterna, che richiama una generale ricostruzione del rapporto tra autonomia del medico e intervento eteronomo del legislatore, secondo la quale la prescrizione di una pratica medica (9), di per sé rischiosa per la salute della donna, trova nella legge e non in esigenze di carattere medico, il suo fondamento, prescindendo da qualsiasi valutazione delle conseguenze fisiche e psicologiche sulla paziente (10).

Il primo rilievo di incostituzionalità si sviluppa secondo due linee argomentative parzialmente connesse: la *ragionevolezza* del bilanciamento nella tutela dei diversi interessi coinvolti e la *corrispondenza* tra finalità dichiarate e modalità di realizzazione, in termini di proporzionalità ed adeguatezza (11).

Per quanto riguarda il primo profilo, se la finalità della legge consiste nella salvaguardia di una pluralità di posizioni giuridiche, una ragionevole composizione non può assumere il carattere dell'assolutezza nella tutela di una di queste, dovendosi ricercare un equilibrio, che comporta necessariamente “l'affievolimento” dei livelli di tutela, la cui intensità deve essere costituzionalmente conforme (12).

Coerentemente, si deve dedurre che la tutela legislativa assicurata all'embrione non è assoluta, ma deve ricomporsi in modo armonico con la concomitante finalità di consentire un aspettativa di gravidanza attraverso la p.m.a..

Infatti, se all'embrione fosse riconosciuto un livello assoluto di protezione, la possibilità di trasferire sino a tre embrioni sarebbe incoerente, in quanto implicitamente si ammetterebbe la possibilità di sacrificare sino a due embrioni in caso di gravidanza singola; dovendosi ammettere, al contrario, “la produzione e l'impianto di un solo embrione al fine di evitare il sacrificio degli altri contemporaneamente impiantati” (13).

Questo significa che la legge nel momento in cui prevede l'obbligo di impianto contemporaneo di tre embrioni implicitamente dà per scontato, che alcuni possano disperdersi e ammettere un nuovo impianto, dopo un tentativo fallito, vale a confermare tale assunto.

Ciò vale a dire che se l'embrione è titolare di interesse meritevole di tutela, non anche esso è titolare dell'unico interesse in gioco, ma concorre con altri interessi del pari rilevanti e degni di protezione.

Pertanto la tutela accordata all'embrione non è piena ed incondizionata, ma è relativa e tale da doversi necessariamente

sincronizzare con gli altri interessi coinvolti, che fanno capo *in primis* alla donna (14).

Il secondo anello logico di tale catena ermeneutica, che ha nel riconoscimento della relattività della garanzia dell'embrione il proprio fondamento intrinseco, consiste nella dichiarazione dell'*irragionevolezza* del limite e del divieto posti dall'art 14, comma 2 e 3, della legge 40/2004.

L'*irragionevolezza* viene individuata nella misura in cui la legge frusta proprio quelle esigenze a cui proclama di voler dar soddisfazione: proprio la predeterminazione del numero degli embrioni producibili e successivamente impiantabili, imposta dalla norma in modo aprioristico e a prescindere da ogni concreta valutazione del medico curante sulla persona, che intende sottoporsi al procedimento di p.m.a, non sarebbe in linea con quel bilanciamento di interessi, che la legge 40/04 sembrerebbe voler perseguire (15).

In ciò si rileverebbe la disparità di trattamento dovuta alla circostanza che situazioni diverse sarebbero sottoposte allo stesso trattamento predeterminato per legge.

Infatti la previsione di variabilità da uno a tre embrioni impiantabili, sulla scorta del comma 2, art. 14, garantirebbe concrete possibilità di gravidanza alle persone di medie condizioni fisiche, mentre non fornirebbe la medesima possibilità alle donne non giovani o a quelle che non riescono a produrre contestualmente tre embrioni di buona qualità (16).

Senza dimenticare, che in quelle ipotesi in cui maggiori siano le possibilità di attecchimento, si ravviserebbe un pregiudizio di diverso tipo alla salute della donna, quella di gravidanze plurime.

Una intrinseca *irragionevolezza*, quindi, la cui fondatezza risulta rafforzata dall'ulteriore passaggio della motivazione, con la quale si richiamano quelle regole di diligenza, competenza scientifica ed efficacia (best practice) del trattamento sanitario, la cui determinazione deve essere ricondotta all'autonomia e alla responsabilità del medico, che sempre con il consenso del paziente, opera le scelte professionali più idonee al singolo caso, basandosi sullo stato delle conoscenze a disposizione (17).

La Consulta sembra quindi applicare tale regola di fondo, riconoscendo come deve essere attribuita al medico, la possibilità di una valutazione del singolo caso sottoposto al trattamento.

Ed è proprio tale ultimo passaggio argomentativo a costituire il nucleo duro della motivazione, fondandosi, oltre che sulla non corrispondenza tra finalità della legge, natura della p.m.a. e soluzioni operative individuate, anche sull'implicita necessità di individuare limiti all'esercizio discrezionale del potere legislativo nell'ambito della pratica clinica (18).

L'*irragionevolezza* emergerebbe, altresì, nella comparazione che la Consulta fa con la disciplina dell'interruzione volontaria della gravidanza, poiché la tutela dell'embrione, cui si ispira il divieto di crioconservazione e di soppressione, di cui all'art 14 legge 40, scomparirebbe una volta effettuata con successo l'inseminazione, essendo consentito l'aborto, almeno fino al novantesimo giorno di gravidanza.

Il secondo rilievo di incostituzionalità si fonda sull'assunto che l'art. 14, comma 3 della legge 40, non prevedendo che il trasferimento degli embrioni, da realizzare non appena possibile, debba essere effettuato senza pregiudizio per la salute della donna, viola l'art 32 della Costituzione.

Infatti, il limite al numero degli embrioni riproducibili ed il divieto di crioconservazione sarebbero contrari alla tutela del diritto alla salute della donna, nella misura in cui, in caso di esito negativo dell'impianto (unico e contemporaneo), sia

necessario assoggettare la donna ad un successivo trattamento ovarico, ad una pratica medica che comporta in sé il rischio della sindrome di iper stimolazione ovarica.

Pratica che a prescindere da ogni valutazione delle conseguenze sul piano fisico e psicologico della paziente ad essa sottoposta, sarebbe in contrasto con gli stessi principi ispiratori della legge in esame, ed in particolare con quello della “minore invasività”, espressamente enunciato nell’art 4, comma 2, lett.a (19).

Ciò che si rivela in contrasto con l’art. 32 Cost è, pertanto, l’eccessiva rigidità delle disposizioni legislative, che non riconoscono un adeguato rilievo all’autonomia del medico rispetto alla determinazione delle modalità procedurali e sostanziali dell’intervento medico, tale da consentire il rispetto tanto della finalità della legge, quanto dei principi di gradualità e di minore invasività da essa enunciati, che si esprimono nella necessità costituzionale di tutelare la salute della donna.

La decisione in commento è assolutamente in linea con i principi già scolpiti in epoca pregressa dalla stessa Corte costituzionale (20), secondo la quale “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell’embrione che persona deve ancora diventare” (21).

Il legislatore avrebbe dovuto valorizzare tale principio e temperare e bilanciare congruamente i diritti in gioco, al fine di evitare l’imposizione di norme illogiche.

5. Questioni aperte.

È evidente come le questioni coinvolte siano tante e tali da sollevare dibattiti anche non strettamente giuridici, involgendo temi che, trasversalmente toccano diversi altri ambiti, come quello etico e sociale.

a) Dibattito sulla natura dell’embrione.

Ci si chiede se sia giusto riconoscere all’embrione umano i diritti propri degli individui sviluppati, primo fra tutti il diritto alla vita.

Nel dibattito odierno sulla natura da attribuire all’embrione si affermano due ipotesi contrapposte.

La prima, sostenuta principalmente dal Cattolicesimo, attribuisce all’embrione lo stato giuridico di persona sin dal concepimento e, basandosi sul principio di sacralità della vita, nega non solo la possibilità di distruggere l’embrione, ma anche di crioconservarlo (22).

La seconda, di orientamento laico, ritiene l’embrione al suo stato iniziale come un agglomerato di cellule, privo di caratteristiche tali da poterlo riconoscere come persona e, in ragione di ciò, ritiene che i genitori possano decidere in ordine alla sua destinazione.

C’è poi una terza tesi per così dire mediana, secondo cui l’embrione, pur non avendo la capacità giuridica di ordine generale, potrebbe, tuttavia, essere considerato titolare di alcuni diritti, come ad esempio il diritto alla salute (23).

Proprio sulla scia della posizione cattolica la legge 40, all’art.1, dichiara espressamente, che compito primario della legge è quello di assicurare i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito, al quale pare venga attribuita la qualità di soggetto.

Si tratta, dunque, dell’enunciazione di un principio forte, in grado di caratterizzare tutta la normativa e di costituire il punto di riferimento costante di ogni eventuale dubbio interpretativo (24).

Ciò premesso va subito rilevato come il termine “concepito”, non venga mai utilizzato negli altri articoli della legge, dove invece si ritrova il solo termine embrione, che peraltro non viene definito in modo espresso: se ne deduce la coincidenza tra le due espressioni e il convincimento che la legge stessa ha voluto affermare il principio secondo il quale il concepimento si realizza nel momento in cui l’embrione si forma e che le misure a tutela del concepito, sono le misure dettate a tutela dell’embrione (25).

Tuttavia c’è da riscontrare uno scollamento tra quanto la legge sancisce e quanto il codice civile dispone, atteso che l’art. 1 del codice civile subordina l’acquisto della capacità giuridica alla nascita, e per definizione chi è concepito, non è per ciò stesso ancora nato.

Inoltre opinione dominante è quella secondo cui il concepito, pur tenuto in conto da singole disposizioni codicistiche, viene in rilievo solo in quanto nasca e subordinatamente all’evento della nascita (26).

Ed è vero che fin dal concepimento inizia il processo biologico che poterà alla nascita.

Ma ciò non può impedire di tenere distinte la fase iniziale (l’embrione) e la fase finale di quel processo (il bambino che nasce). Non farlo sarebbe trattare in modo uguale situazioni profondamente diverse, in palese contraddizione con il principio di uguaglianza (27).

La stessa legge sull’interruzione di gravidanza (28), che pure all’art 1, riconosce la tutela della vita umana fin dal suo inizio, attua, poi, una mediazione tra la tutela del concepito e il diritto alla salute della donna.

L’autodeterminazione, si è osservato, risulta garantita dalla legge 194 non come valore in sé che ponga a discrezione della madre la vita del feto, ma come metodo di assunzione di responsabilità in ordine alla soluzione del conflitto tra diritto alla vita del feto e diritto alla salute della madre (29).

La Corte Cost., dichiarando parzialmente illegittima la legge 40, ha inteso inserirla nella stessa linea evolutiva (del nostro ordinamento), in cui risulta già inserita la legge 194, i cui principi costituzionali (art. 2 e 32) sono già stati precisati dalla richiamata Corte Cost. (30), quando ha affermato che salute della donna, che è già persona, e vita del concepito, che persona non è ancora, non possono essere messe sullo stesso piano e nel bilanciamento degli interessi in gioco la prima deve prevalere sulla seconda (31).

b) Modalità di conservazione dell’embrione: la tecnica del criocongelamento.

La sentenza in commento conserva il divieto generale di crioconservazione (32), di cui al comma 1 dell’art 14, ma vi introduce una deroga, prevedendo implicitamente la possibilità del ricorso alla tecnica del congelamento per quegli embrioni prodotti, ma non impiantati per scelta medica.

Sul piano della pratica medica la sentenza in esame segna una svolta e apre questioni applicative molto delicate.

Oggi la sorte degli embrioni in vitro attualmente conservati nei centri è affidata ad un decreto ministeriale, ma si prospetta la necessità, dopo l’intervento demolitorio della Consulta, di una riforma legislativa che regolamenti la crioconservazione, nei limiti della deroga apportata. Attualmente essi non possono essere né distrutti né essere impiegati a fini di ricerca scientifica. Quando non ne sia possibile l’impianto e siano stati dichiarati in stato di abbandono sono destinati a deteriorarsi e andare perduti, in spregio di qualunque velleità legislativa di tutela. Le ricerche sulle cellule staminali di origine embrionale schiudono grandi speranze per la terapia di gravi malattie come il diabete, il morbo di Parkinson o quello di Alzaimer (33).

Alla luce della risoluzione del Parlamento europeo del dicembre 2003, che ha incoraggiato la ricerca sulle cellule staminali di origine embrionale, chiudere a priori la porta a questo tipo di ricerche, per conservare embrioni destinati ad andare distrutti, appare una scelta che rifiuta di compiere il necessario bilanciamento tra dignità dell'embrione, diritto alla salute (art 32 Cost.), solidarietà verso chi soffre, libertà della scienza (art 33 Cost.).

Se di un diritto alla vita dell'embrione può parlarsi, questo non è certo quello a restare imprigionato nel freddo, è piuttosto quello ad avere una possibilità di nascere: un'aspirazione che si può realizzare solo se una donna acconsente ad iniziare la gravidanza.

Quando questo non sia possibile, prima che il passare del tempo ne determini l'inevitabile deterioramento, il dono dell'embrione può costituire un atto di solidarietà conforme e non in contrasto, con la particolare dignità che gli compete (34).

c) La necessità di nuove linee guida.

Le società scientifiche, subito dopo la sentenza costituzionale, hanno provveduto a tracciare "una sintesi condivisa e pragmaticamente applicabile", in cui individuare gli scopi da perseguire, i punti chiave del progetto terapeutico individuale, gli aspetti salienti delle procedure cliniche (35).

Sarebbe opportuno che seguissero da parte delle società scientifiche interessate delle vere e proprie linee guida applicative (*rectius* protocolli terapeutici) (36) per indicare al medico il comportamento clinico da tenere, atteso che il percorso terapeutico, prima della sentenza della Corte Cost., era rigidamente predefinito dal legislatore, mentre, dopo la dichiarazione di incostituzionalità in commento, risulta affidato all'autonomia e alla responsabilità del medico, che rimane comunque sottoposto in caso di inosservanza della buona pratica clinica a sanzioni, anche penali.

Dopo la sentenza della Corte anche le ultime linee guida ministeriali (37) andranno aggiornate: si prospetta, infatti l'opportunità di una regolamentazione oltre che tecnica anche giuridica (38) della crioconservazione (si pensi alla previsione di un termine finale), degli standard di sicurezza dei centri e delle procedure, tenuto conto delle conoscenze internazionali più aggiornate, rispetto ai quali i centri italiani potrebbero essere rimasti indietro, dato il divieto di avvalersi della tecnica di crioconservazione fino a ieri vigente (39).

6. La P.M.A. nel contesto europeo.

La scelta italiana di disciplinare per legge la procreazione medicalmente assistita (p.m.a.) è largamente coerente con il panorama internazionale, ed europeo in particolare.

Non solo in Italia, infatti, ma anche in altri Paesi d'Europa, come Francia, Germania, Svizzera, Austria, Spagna e Portogallo, vi sono leggi in materia di procreazione medicalmente assistita.

In Gran Bretagna, invece, è stata prevista sin dal 1990 una legge quadro, che istituisce una Autorità indipendente chiamata a risolvere i problemi che via via si pongono in materia di p.m.a.

Quale il significato comune a tutti gli interventi legislativi in materia? Ogni legge sulla p.m.a. contiene soprattutto limiti e divieti, che vengono imposti alle scelte individuali e all'operato di medici e biologi.

La *ratio* di tali limiti e divieti si rinvie nella scelta operata dal legislatore, che non accetta che le decisioni in materia siano demandate per intero agli attori della p.m.a., in parti-

colare al medico, ma rivendica per sé una valutazione bilanciata degli interessi in gioco: *in primis*, da un lato, le aspettative di donne e uomini che chiedono di essere aiutati a divenire genitori, quando vi siano problemi e difficoltà particolari; dall'altro lato, le esigenze di tutela del prodotto del concepimento (40).

7. Limiti numerici alla produzione di embrioni? La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese.

La disciplina contenuta nell'art. 14 della legge 40/2004 non ha equivalenti nelle leggi europee.

In particolare sono solo apparenti le analogie, a questo proposito, tra la legge italiana e la legge tedesca, che pure stabilisce il divieto di trasferire più di tre embrioni per ciclo e il divieto di fecondare più oociti di quanti si intendono trasferire nel corso del singolo ciclo di trattamento.

Nelle due leggi, alla formula embrione si attribuiscono significati molto distanti l'uno dall'altro.

La legge italiana non contiene nessuna definizione di embrione, a dispetto della plurivocità del termine nel linguaggio biologico e delle difficoltà di uscire dall'equivoco anche sul piano dell'interpretazione sistematica.

In ogni caso sembra vincente, nella lettura della legge italiana, la tesi che colloca l'inizio della vita umana nel momento dell'attivazione dell'ovocita; la legge tedesca, contiene, invece, una definizione di embrione e la nozione che ne fornisce è decisamente più restrittiva di quella che si è affermata in Italia. Per il legislatore tedesco di embrione può parlarsi solo dopo la fusione dei nuclei (più correttamente il legislatore avrebbe dovuto far riferimento all'*anfimissi*, cioè alla formazione di un unico patrimonio genetico, diverso da quelli dai quali ha avuto origine), ma si tratta solo di una imprecisione tecnica, che non mette in discussione la chiara scelta compiuta da quel legislatore.

La legge tedesca assicura, dunque, al prodotto del concepimento una tutela meno oltranzista di quella predisposta dalla legge italiana, o almeno da quella ricavabile dalla legge italiana se in tale sede si interpreta embrione nell'accezione più ampia, comprensiva già dell'ovocita attivata.

B) Un limite numerico - fissato in tre unità - relativo sia agli oociti (41) che possono essere fecondati, sia ai preembrioni che possono essere trasferiti per ciascun ciclo di trattamento, è stato presente in Spagna tra il 2003 e il 2006.

Con la riforma del 2006, tuttavia il limite imposto alla fecondazione degli oociti è stato soppresso: l'art 3 comma 2 L. 26 maggio 2006 n. 14 ribadisce ora il solo divieto di trasferire un numero di preembrioni superiore a tre per ciascun ciclo di trattamento. Si è pertanto reso necessario disciplinare *ex novo*, nell'ambito della legge 2006, la crioconservazione di gameti (42) e preembrioni, per i quali si prevede che possano essere destinati, oltre che all'utilizzo da parte del coniuge, anche alla donazione per fini riproduttivi o alla donazione per fini di ricerca, nonché ancora, che la loro conservazione possa cessare senza alcuna utilizzazione ulteriore. La legge portoghese del 2006, d'altro canto affida integralmente al medico le determinazione del numero di oociti da inseminare in ciascun processo di fertilizzazione *in vitro*: come criteri ai quali ispirare tale scelta, la legge indica la situazione clinica della coppia e l'esigenza generale di prevenire gravidanze multiple.

Quanto al numero di embrioni sarà quello considerato necessario da parte del medico per la riuscita del trattamento, secondo la buona pratica clinica e i principi del consenso informato.

Per gli embrioni non trasferiti nel corso del primo ciclo di trattamento si prevede la crioconservazione, con possibilità per la coppia di chiederne il trasferimento nell'utero della donna entro tre anni, decorsi i quali gli embrioni potranno essere donati ad altra coppia che si trovi nelle condizioni indicate dalla legge per l'accesso alla p.m.a, ovvero potranno essere destinati alla ricerca (43).

8. La sentenza del 13 febbraio 2009 della Corte d'Appello di Bari in tema di surrogazione di maternità.

Anche in tema di maternità surrogata appare opportuno prendere le mosse da un esame della giurisprudenza, al fine di ricercare, anche in questo particolare caso di p.m.a., l'eventuale e possibile coerenza del sistema legislativo vigente rispetto alle nuove questioni.

a) L'imputazione di maternità.

La ricostruzione dei principi regolatori della maternità non è oggi pacifica.

Tre sono le tesi elaborate circa l'imputazione della maternità, facenti leva ciascuna su un diverso legame tra la donna e il nato: il legame gestativo, quello genetico e quello sociale. La tesi "gestativa" fa riferimento al parto (art 269, 3° comma c.c.) ed è storicamente radicata in un contesto in cui non era nemmeno ipotizzabile un conflitto tra titoli differenti di maternità. La tesi "genetica", prendendo atto dall'eventuale dissociazione tra gestazione e derivazione genetica, valorizza quest'ultima.

La tesi "sociale", infine, relativizza il vincolo biologico (ossia da parto o da geni) integrando con la volontà consapevole e la responsabilità della filiazione: di qui l'idea di non vincolare in termini assoluti la maternità al dato biologico, ma di considerare preminente il vincolo sociale ed affettivo. Emerge, dunque, il carattere trino della maternità che, proprio nelle ipotesi di surroga di maternità per concepimento e gestazione, trova la massima espressione (44).

b) Il divieto di surrogazione di maternità in Italia.

Si ha surrogazione di maternità quando una donna, disponendo dei propri gameti (45), assume l'obbligazione di affrontare una gravidanza per poi separarsi dalla creatura, frutto della gestazione al termine della stessa, per darla alla coppia che, ha, per così, dire appaltato il "servizio" di maternità.

La madre surrogata fornisce un duplice contributo: mette a disposizione il proprio patrimonio genetico - fornendo l'ovocita per la formazione dello zigote (46) - ed assolve altresì all'indefettibile funzione di gestazione in favore della coppia dei genitori "committenti".

L'ovocita della madre surrogata viene fecondato con i gameti del padre committente per mezzo della tecnica della Fivet (47) e solo dopo che l'embrione si sarà formato in vitro, questo sarà trasferito nell'utero della madre surrogata. Chiaro il duplice servizio offerto dalla madre "appaltatrice": ella si impegna a conferire il proprio contributo genetico e si impegna a portare a termine la gravidanza.

Sotto un profilo del tutto indistinto, il nostro legislatore ha sussurrato sotto l'insoddisfacente e troppo ampia categoria di "maternità surrogata", il fenomeno affatto non assimilabile al caso precedente, che più propriamente avrebbe dovuto essere definito come "locazione di utero".

In tale ultima ipotesi l'embrione viene fatto formare in vitro, utilizzando i gameti di entrambi i coniugi "committenti-conduttori", e solo in seguito viene trasferito nell'utero del madre locatrice - appaltatrice.

Pertanto, in questo caso, il servizio reso dalla cd. madre portante, che in realtà non è affatto madre, ma unicamente "gestante -surrogata", è unico e consiste nell'obbligazione di affrontare, fino alla nascita, una gravidanza che, abbia ad oggetto l'embrione formato con i gameti dei coniugi "committenti-conduttori".

Alla luce di quanto sopra si rinviene una profonda aporia ermeneutica nell'art.12, comma 6, della legge 40 del 2004, laddove si riferisce alla surrogazione di maternità: con tale espressione il nostro legislatore ha inteso ricomprendere indifferenziatamente ipotesi ontologicamente distinte che ha, poi, assoggettato ad un'unica ed identica pena, assolutamente incongrua e ingiustificata (48).

c) Comparazione con le legislazioni degli altri paesi europei.

Diversi ordinamenti ammettono la maternità surrogata, in particolare come risulta dal rapporto del Senato francese del 5 giugno 2008 n 421 sulla maternità surrogata, questa è ammessa in Belgio, Paesi Bassi, Grecia, Regno Unito, Israele, Ucraina, India, Usa e Canada, mentre continua ad essere vietata in Italia, Germania, Svizzera, Francia e Spagna, anche se in quest'ultimo Paese si provvede alla trascrizione dei provvedimenti stranieri (49).

Il primo ordinamento europeo a codificare in materia è stato il Regno Unito, che non solo vanta la più risalente legge organica in materia di surroga di maternità, ma ha anche istituito un procedimento giudiziario volto ad attribuire la maternità alla committente, purché sposata.

Secondo l'*Human Fertilisation and Embriology Act 1990* (HFEA), infatti, il giudice - su richiesta della coppia committente- può emanare una decisione, detta *parental order*, di trasferimento della maternità dalla surrogata (che in ragione del parto, è in principio considerata madre) alla committente (50).

In presenza di alcuni requisiti, quali la gratuità del contratto di surroga, l'esistenza di un vincolo genetico con almeno uno dei coniugi committenti, il consenso della surrogata, il *domicile* del nato e di almeno uno dei committenti nel Regno Unito, il giudice rilascia il *parental order*, che viene iscritto in uno speciale registro con conseguente annullamento dell'atto di nascita originario, in cui figura la maternità della surrogata e redazione di un nuovo atto di nascita.

Anche la legge greca del 19 dicembre 2002 prevede che, l'impianto nel corpo di una donna di un embrione altrui è subordinato alla previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, che su richiesta della committente (che ha onere di fornire documentazione medica attestante la propria impossibilità ad affrontare la gravidanza), verifica la gratuità e la presenza della forma scritta dell'accordo intercorso tra i committenti e la madre surrogata.

Una volta ottenuta l'autorizzazione, la committente si presume madre del nato, salvo il caso di concepimento con oocita della surrogata.

Tuttavia, anche nei Paesi che vietano tale prassi, è stata riconosciuta la necessità di giungere a conclusioni in grado di assicurare l'interesse del minore.

Si consideri al riguardo la pronuncia della Corte di Appello di Parigi del 25 ottobre 2007, prima sezione, nella quale è stata riconosciuta la genitorialità di una coppia che, in California, si era avvalsa della maternità surrogata (51).

Anche in Spagna, la *Direccion General de los Registros el Notariado*, il 18 febbraio 2009, ha accolto il ricorso di una coppia omosessuale, a cui era stata negata la trascrizione di un

certificato di nascita emesso negli Usa, ritenendola da un lato non contraria all'ordine pubblico, in quanto la Spagna consente l'adozione da parte delle coppie omosessuali e dall'altro lato, necessaria proprio perché in grado di salvaguardare l'interesse superiore del minore e idonea a garantire l'unicità dello *status filiationis* (52).

In Inghilterra, la *High Court of Justice Famil Division* (53) ha riconosciuto che, malgrado una coppia di inglesi avesse stipulato in Ucraina un contratto di maternità surrogata dietro corrispettivo, vietato dal diritto inglese, per assicurare l'effettivo interesse del minore, era necessario emettere il *parental order* a vantaggio della coppia (54).

In presenza di previsioni di questo tipo, frequenti ormai anche oltreoceano (Arkansas, California Nevada), possono ormai configurarsi conflitti di legge in materia di maternità e problemi di riconoscimento di atti di nascita o provvedimento giudiziari esteri attributivi di maternità alla committente (55).

Proprio in merito al riconoscimento di provvedimenti stranieri e precisamente di *parental order* inglesi, la Corte di Appello di Bari è stata recentemente chiamata a pronunciarsi. È la prima volta che, dopo l'entrata in vigore della legge 19 febbraio 2004 n. 40, che sanziona penalmente "chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza.. la surrogazione di maternità" (art 12, comma 6), un giudice italiano è adito da una committente per far dichiarare la propria maternità, in esecuzione di una pronuncia estera (56).

d) Il caso.

Una cittadina italiana sposata in Italia con un cittadino inglese, non potendo avere figli per vie naturali, a seguito di un intervento chirurgico di asportazione dell'utero, commisso in Inghilterra ad una donna inglese, disposta a sottoperso a inseminazione artificiale con seme del marito committente, una gravidanza.

In adempimento del contratto di maternità nel 1997 la donna partorisce un bambino e nel 2000, con le medesime modalità una bambina.

I fratellini, registrati in Inghilterra come figli della surrogata e del padre committente, vengono affidati subito dopo la nascita ai genitori committenti, che li portano in Italia, dove vengono trascritti gli originari atti di nascita.

Nel contempo in attuazione dei *parental order*, emanati dal Giudice inglese, la coppia ottiene nel Regno Unito la modifica degli originari atti di nascita con l'indicazione della committente come madre.

Solo a seguito della separazione personale in Italia dei coniugi e della richiesta di affidamento congiunto dei minori, la madre committente chiede la rettifica anche degli atti di nascita italiani, previo riconoscimento dei *parental order*.

Nel 2007 il Comune di Bari (comune di residenza della madre committente) respinge la domanda, in quanto l'ordinamento italiano non prevede l'attribuzione di maternità a seguito di contratto di surroga, poiché contrario ai valori fondamentali del nostro ordinamento, inclusi quelli derivanti dal diritto internazionale.

Di qui il ricorso alla Corte di Appello di Bari, da cui la madre committente chiede ed ottiene il riconoscimento e l'esecuzione in Italia dei menzionati provvedimenti inglesi (57).

e) L'interesse superiore del minore.

La sentenza *de quo* è una sentenza di fondamentale importanza, non solo per quanto riguarda la specifica questione della maternità surrogata, ma anche per i riflessi più generali che la pronuncia può determinare a vantaggio della cir-

colazione di atti, che attestano uno *status* ormai consolidato in altri Stati. Questo soprattutto nei casi in cui siano coinvolti Paesi membri dell'Unione Europea.

Pertanto, non si può che condividere la decisione barese e ciò in ragione che nel caso concreto la soluzione accolta risponde all'interesse superiore dei minori coinvolti, poiché si tratta di un riconoscimento, cristallizzato ormai in dieci anni di vita familiare (58).

Per tutelare i principi fondamentali del nostro ordinamento, tra i quali sono inclusi quelli di natura internazionale, la legge di riforma 218/95, all'art. 64, prevede come limite al riconoscimento e all'attuazione delle sentenze straniere, la possibile contrarietà degli effetti prodotti da tali atti all'ordine pubblico.

A tale norma si aggiunge l'art. 65, sui provvedimenti relativi alle persone, ai rapporti di famiglia e ai diritti della personalità e l'art 66 sui provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria che sono riconosciuti automaticamente, con possibilità di contestarne l'efficacia solo se essi producono effetti contrari all'ordine pubblico e non siano stati rispettati i diritti essenziali di difesa.

Al riguardo si sottolinea come la legge 218/95 si allinei alla disciplina contenuta nella Convenzione di Bruxelles del 1968, ripresa poi, tra gli altri nei regolamenti comunitari 44/2001 e 2201/2003.

Si vede, poi, come la legge 218/95 favorisca la libera circolazione delle pronunce e restringa gli interventi dell'autorità giudiziaria italiana, scegliendo di bloccare il riconoscimento e l'esecuzione dei provvedimenti stranieri ai soli casi di manifesta incompatibilità con i principi fondamentali (59).

È opportuno precisare che, alla luce della richiamata giurisprudenza di Cassazione, il controllo di legittimità dei provvedimenti giudiziari stranieri debba essere effettuato, tenendo conto degli effetti concreti da questi prodotti (60). Corretta, dunque, appare la precisazione della Corte di Appello barese, per cui la valutazione va operata con riferimento agli effetti che in concreto e non già in astratto spiegherebbero, nel nostro ordinamento i provvedimenti stranieri di cui si chiede il riconoscimento; quantunque la Corte prosegua chiarendo che tale valutazione va compiuta "comparativamente, con gli effetti derivanti dal rigetto della domanda attore.

Nel caso *de quo* se non fossero trascritti in Italia i *parental order* inglesi, i bambini risulterebbero nel nostro Stato figli della madre biologica, mentre in Inghilterra di quella legale. La diversa attribuzione di maternità arrecherebbe sicuramente un danno al benessere psichico dei bambini, con conseguenze sul loro equilibrio e sulla loro crescita (61).

Da quanto detto, ci sembra che, pur in presenza di un principio fondamentale da tutelare - quale potrebbe essere la prevalenza della verità biologica su quella legale, entri in gioco un altro interesse fondamentale prioritario, anche considerando la sua derivazione da una fonte internazionale, qual è l'interesse superiore del minore (62).

Nel caso di Bari i due minori hanno bisogno di una certezza formale sul loro *status* che deve essere unico in tutta Europa, proprio per consentire ai bimbi e ai loro genitori l'esercizio di libertà fondamentali del Trattato CE quali, in particolare, la libera circolazione delle persone e il diritto di stabilimento (63). Irrilevante, poi, che all'epoca dei fatti non fosse presente in Italia un divieto espresso in materia di surrogazione di maternità: infatti, non si può ritenere, che la diversità di disciplina tra due ordinamenti possa da sola fondare la violazione dell'ordine pubblico (64).

La violazione di regole per così dire procedurali non può mettere in forse lo stato del nato, che per quanto possibile, dovrebbe adeguarsi al suo interesse di uomo, protetto nella sua individualità.

Quello dell'interesse superiore è un principio suscettibile di prevalere su altri principi fondamentali dell'ordinamento; prova ne sia la giurisprudenza straniera che, vuoi in sede di dichiarazione di maternità, sia in sede di riconoscimento di provvedimenti stranieri di maternità, sembra quasi configurare l'interesse del minore come controlimite rispetto all'ordine pubblico (65).

L'interesse superiore del fanciullo, anche grazie alla Convenzione del 1989, è assurto a principio informatore della disciplina dei rapporti familiari e quindi idoneo a indirizzare il giudice in sede di riconoscimento di decisioni straniere. In definitiva, con la decisione del caso in esame, i Giudici baresi, effettuando un bilanciamento tra l'esigenza di coerenza interna dell'ordinamento, che condurrebbe a rifiutare il riconoscimento del provvedimento straniero e esigenza di garanzia del minore, che in astratto, almeno, sarebbe invece nel senso del riconoscimento (66), non hanno fatto altro che tutelare, garantendolo *tout court*, l'unicità dello *status filiationis*.

9. Conclusioni.

Avviandoci alla conclusione di questa rassegna giurisprudenziale e consapevoli di essere ben lontani dall'aver prospettato soluzioni alla molteplicità di questioni che discendono dal tema della procreazione medicalmente assistita, possiamo solo rilevare, come l'innovazione in campo genetico, propone situazioni nuove e diverse, nelle quali la procreazione non è più fatto naturale e spontaneo e come il mero rinvio ai principi generali e alle norme dettate in materia di filiazione non sia più esaustivo.

Quid iuris?

La dottrina prevalente è concorde sulla necessità di un diritto leggero, che, costruisca un primo nucleo di disciplina su punti di convergenza, in modo da consentire il riconoscimento della pluralità di concezioni etiche presenti nella società, ma che rifiuti norme, che intervengano su aspetti specifici, lasciando ampio spazio alla valutazione della singola situazione, nel suo concreto atteggiarsi (67).

Alla luce di quanto sopra discende, che l'esame della fattispecie concreta e la necessità di dare risposte differenziate in relazione alla specificità di ogni singolo caso, non rappresenta solo una necessità, ma è anche l'unica opzione praticabile, che consenta di dare risposte coerenti alle diverse ipotesi, che emergono dalla realtà, rispetto alle quali si riscontra un processo in rapida evoluzione, che non permette rigide classificazioni.

Si deve, pertanto, ritenere, che l'unica metodologia per procedere correttamente e prospettare soluzioni abbastanza soddisfacenti, in una materia tanto delicata come quella della p.m.a, sia quella che, attenta ai valori fondamentali della persona, guardi al bilanciamento degli interessi, tenendo conto essenzialmente della peculiarità del caso concreto (68).

Note:

(1) Per approfondire l'argomento si veda anche Fam. Pers. Succ., 2009, 8-9, 684, nota di Fantetti;

(2) Gilda Ferrando, Fecondazione in vitro e diagnosi pre impianto dopo la decisione della Corte costituzionale, in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, rivista n. 11/ 2009, Cedam, pag 521 e ss;

(3) Ovocita (= oocita) è la cellula uovo che fondendosi con lo spermatozoo dà luogo all'embrione durante la fecondazione. Spermatozoo e oocita vengono collettivamente definiti gameti.

(4) Embrione: il prodotto del concepimento fino alla fine del terzo mese di vita intrauterina, in Devoto-Oli;

(5) A. Dodaro Procreazione assistita e questioni di legittimità costituzionale in internet, <http://dejure.giuffrè.it/psixshared/temporary/ftmp1075971969.htm>, pag. 2;

(6) Procreazione medicalmente assistita, due nuove commissioni, in internet, indirizzo internet: <http://legge40tocala.blogspot.com/2009/05procreazione-medicalmente-assistita>

(7) Tar Lazio 21.1.2008, n. 398, in NGCC, 2008, parte I, 499 e ss, con commento di Simone Penasa. Per approfondire l'analisi del Tar si veda, A. Dodaro, cit;

(8) Ordinanza 12 luglio 2008 n. 323; ordinanza 26 agosto 2008 n. 382. Detti rilievi di incostituzionalità vengono riuniti dalla Corte Cost. con la sentenza Tar 21 gennaio 2008;

(9) La pratica medica è quella della stimolazione ovarica;

(10) G. Ferrando, cit, pag. 1 e ss;

(11) A. Dodaro, Procreazione Assistita e Questioni di Legittimità Costituzionale, Giur Merito, 2008, 4, 1144;

(12) A. Dodaro, cit., pag. 2 e ss;

(13) A. Dodaro, cit., pag 2 e ss;

(14) A. Dodaro, cit, pag . 2 e ss;

(15) A. Dodaro, cit, pag. 3 e ss;

(16) G. Ferrando, cit., pag. 2 e ss;

(17) G. Ferrando, cit, pag . 1 e ss;

(18) G. Ferrando cit, pag .1 e ss;

(19) G. Ferrando, cit pag. 1 e ss;

(20) Corte Cost. sentenza n. 27 del 18.02.1975.

(21) Si sottolinea come la sentenza della Corte Cost. n. 151/09 in commento, in linea con il principio di salvaguardia del diritto della donna alla tutela della propria salute (principio già presente in precedenti pronunciamenti), valorizzi il concetto, secondo cui il medico deve produrre solo gli embrioni strettamente necessari a realizzare le finalità procreative delle tecniche. Nello stesso senso, la sentenza additiva la Corte Cost. datata 01.04.2009, con la quale la Corte Cost. ha stabilito che il trasferimento degli embrioni da realizzare, (*in allora, ovvero prima della sentenza 151/09*) non appena possibile, “deve essere effettuato senza pregiudizio della salute della donna”.

(22) P. Riccio, La fecondazione assistita, in internet, <http://www.filosoficonet/fecarticiale.htm>, pag 4;

(23) Zatti, Corpo nato, Corpo nascente, capacità, diritti: l'art. 1 c.c. e la vita prenatale, ora in Zatti, Maschere del diritto. Volti della vita, Milano,2009,163 e ss.

(24) Legge 4 Febbraio 2004, n. 40, art 1. La finalità della legge, in Codice ipertestuale della Famiglia, curato da Bonolini, Utet, 2009, pag. 3078;

(25) Legge 4 Febbraio 2004, n. 40, art 1., La finalità della legge, in Codice ipertestuale della Famiglia, curato da Bonolini, Utet, 2009, pag. 3078;

(26) A. Dodaro, cit, pag 1 e ss;

(27) G. Ferrando, La nuova legge in materia di procreazione medicalmente assistita: perplessità e critiche, in Corriere Giuridico, n. 6 del 2004, pag. 812;

(28) Legge n. 194 del 22 maggio 1978;

(29) G. Ferrando, cit , pag. 812 ;

(30) C. Cost., sentenza n. 27 del 18.02.1975;

(31) G. Ferrando, cit, pag .1 e ss;

(32) Crioconservazione: con detto termine si intende la tecnica di conservazione in azoto liquido di gameti ed embrioni, la cui durata non può superare i cinque anni;

(33) G. Ferrando, cit., pag. 812 e ss;

(34) G. Ferrando, cit. pag. 813 e ss;

(35) G. Ferrando, cit. pag. 11 e ss.;

(36) Le linee guida (e ve ne sono vari tipi: linee guida riguardanti la salute in generale, la pratica clinica, piani di intervento, percorsi clinici) sono raccomandazioni sviluppate sistematicamente per assistere il medico ed il paziente quando è necessario prendere decisioni circa le cure mediche appropriate per circostanze cliniche specifiche. Le linee guida, in quanto *raccomandazioni che riguardano la sicurezza e l'efficacia delle pratiche cliniche*, possono non essere appropriate per tutte le situazioni cliniche ed è per questo che è bene lasciare libera scelta al medico di seguire o meno questo tipo di raccomandazioni su base individuale, in modo che predisponga la cura secondo le singole condizioni specifiche del paziente. P.J.Schwartz, *Implicazioni legali delle linee guida mediche. Una task force della Società Europea di Cardiologia*. Articolo pubblicato per la prima volta in *European Heart Journal* 1999; 20:1152-57. Indirizzo internet: www.giornale-italiano-cardiologia.it/pdf_files/20000343.pdf

(37) D.M. 11 aprile 2008;

(38) È bene sottolineare che le linee guida provenienti da organizzazioni accreditate nel mondo scientifico, quali ad esempio la ESC (Società Europea di Cardiologia) non hanno un'autorità legale specifica e non sono in alcun modo legalmente vincolanti. Nonostante ciò, possono avere un significato legale potenziale in quanto esse rappresentano lo stato dell'arte e, come tali, aiutare i legislatori nella regolamentazione di attività cliniche o medico-legali controverse. PJ Schwartz, cit;

(39) G. Ferrando, pag. 11 e ss.;

(40) E. Dolcini, Limiti numerici alla produzione di embrioni? La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese, pag 4, in internet: <http://dejure.giuffrè.it/psixshared/temporary/ftmp-1877643496.htm>; pag. 4;

(41) Oocita: vedi supra nota 3;

(42) Gameti: spermatozoo e oocita vengono collettivamente definiti gameti;

(43) Emilio Dolcini, cit., pag. 4 e ss, viene riportato in forma integrale nella parte riguardante "La risposta delle legislazioni tedesca, spagnola e portoghese";

(44) C. Campiglio, Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità, in Rivista di dir. Int. Privato e processuale, pag. 593 e ss;

(45) Gameti: vedi nota 40;

(46) Zigote: la cellula risultante dall'unione dei gameti nella riproduzione sessuale;

(47) FIVET: tecnica di fertilizzazione in vitro con embryo transfer;

(48) Legge 4 Febbraio 2004, n. 40, art 12. Le principali sanzioni contemplate dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita, in Codice ipertestuale della Famiglia, curato da Bonolini, Utet, 2009, pag. 3108

(49) M. Castellaneta, Dietro l'interesse del minore si nasconde il rischio di un turismo procreativo, in Guida al diritto Famiglia e minori, 5/09, pag. 68;

(50) Per approfondire si veda "Trascrivibile all'anagrafe un provvedimento estero di maternità surrogata", in Guida al diritto n 5 del 2009, pag. 66;

(51) M. Castellaneta, cit., pag. 68 e ss;

(52) L'informazione è tratta dal sito <http://conflictfla.s.net>, in M. Castellaneta, pag. 68;

(53) Sentenza del 9 dicembre 2008;

(54) M. Castellaneta, cit., pag. 68;

(55) C. Campiglio, cit., pag. 590 e ss;

(56) C. Campiglio, cit., pag. 592 e ss;

(57) C. Campiglio, cit., pag. 592 e ss;

(58) C. Campiglio, cit., pag. 594 e ss;

(59) M. Castellaneta, cit., pag. 66;

(60) Cfr. Cass., 4 maggio 2007 n. 10215. La presente sentenza è stata richiamata dalla sentenza della Corte di Appello di Bari in commento;

(61) M. Castellaneta, cit., pag. 69 e ss;

(62) M. Castellaneta, cit., pag. 69;

(63) M. Castellaneta, cit., pag. 69;

(64) C. Campiglio, cit., pag. 594 e ss;

(65) C. Campiglio, cit., pag. 603;

(66) C. Campiglio, cit., pag. 600 e ss;

(67) L. Rossi Carleo, Maternità surrogata e status del nato, in internet De Jure, indirizzo:mhtml:file://Z: maternità surrogata.mht, pag. 1;

(68) L. Rossi Carleo, cit., pag. 1.

L'importanza della comunicazione scritta tra servizio sociale e magistratura

Simona Facco

La scrittura si configura come uno strumento di lavoro indispensabile per l'Assistente Sociale in diversi ambiti e a diversi livelli, basti pensare a tutte quelle che sono le occasioni nelle quali, all'interno dei vari servizi, ci si trova a dover stendere relazioni, elaborare progetti, comunicare con l'esterno e con soggetti terzi; i destinatari di tali elaborati possono poi essere differenti tra loro e ciò richiede la particolare capacità da parte del professionista di utilizzare stili e registri diversi a seconda delle caratteristiche di coloro cui si intende rivolgere.

Il processo di comunicazione, a partire dal servizio all'interno del quale si opera, frequentemente sviluppa connessioni con altri organismi, agevolando l'integrazione tra diverse professionalità e favorendo la visibilità del lavoro sociale.

La comunicazione scritta tra Servizio Sociale e Magistratura è volta essenzialmente a fornire informazioni all'organo giudicante, deve quindi riportare in modo in modo chiaro e preciso tutta quella serie di dati i quali possono rivelarsi fondamentali ai fini decisionali; non risulta sufficiente, dunque, per l'Assistente Sociale il solo "saper scrivere", bensì occorre saper scrivere in maniera finalizzata, con la consapevolezza di rivolgersi ad un interlocutore "particolare" il quale dovrà trarre da quanto riportato per iscritto le informazioni necessarie per poter esercitare il proprio compito.

È il servizio a fornire, attraverso la propria competenza tecnica e mediante la propria indagine, buona parte degli elementi di cui la Magistratura necessita per esercitare il proprio ruolo: relazionando per iscritto si deve riuscire a costituire una sorta di corrispondenza tra gli elementi valutativi di cui l'Assistente Sociale dispone e il compito decisionale che, su base normativa, è proprio dei giudici. Gli elementi riportati all'interno delle relazioni di Servizio Sociale necessitano di poter essere realmente compresi nella loro interezza poiché possono essere resi coerenti con la lettura giuridica che deve essere effettuata.

Affinché la comunicazione risulti essere proficua è desiderabile che si realizzi una vera e propria condivisione di linguaggi, di significati e di simboli; in riferimento a ciò è possibile considerare un ulteriore elemento: l'aspetto emozionale nella comunicazione scritta tra Servizi e Autorità Giudiziaria, per il quale può risultare innanzitutto necessario trovare una modalità di esprimere il non verbale osservato in modo che questo aggiunga comunque significato ai contenuti verbali riportati.

Altro aspetto di particolare rilevanza in riferimento al tema oggetto di trattazione è quello connesso alla responsabilità: scrivere con responsabilità significa essere consci della potenzialità del peso delle proprie parole, riconoscere la forza che queste possono avere nell'influenzare le decisioni di chi istituzionalmente le deve assumere; questo tipo di responsabilità si colloca all'interno di quella che è la specifica responsabilità di ruolo che impone ai singoli professionisti di considerare sempre le possibili conseguenze del loro intervento.

Quanto fin qui affermato può senz'altro venir meglio compreso facendo riferimento ad una ricerca che è stata realizzata dagli Assistenti Sociali operanti all'interno dell'Ufficio di Esecuzione Penale Esterna del Ministero della Giustizia; in tale ambito infatti gran parte dell'operatività professionale di Servizio Sociale confluisce nel contenuto di relazioni scritte, indirizzate al Tribunale di Sorveglianza. Tali relazioni vertono sui progetti che stanno alla base della concessione di misure alternative alla detenzione nei confronti di soggetti colpiti da condanne penali definitive; successivamente risultano utili nell'aggiornare la Magistratura circa il lavoro di Servizio Sociale svolto attraverso interventi di aiuto e controllo dei soggetti stessi durante lo svolgimento di dette misure. Emerge dunque chiaramente, all'interno di questa realtà, l'importanza per l'Assistente Sociale di poter disporre delle adeguate competenze al fine di relazionare in maniera esauritiva. Obiettivo della ricerca è stato quello di verificare come i dati considerati all'interno della relazione sociale fornita al Tribunale di Sorveglianza e finalizzata all'udienza, corrispondano agli elementi presenti nell'ordinanza emessa da parte dello stesso organo, al fine di valutare l'incisività delle relazioni prodotte dagli Assistenti Sociali in riferimento alle decisioni poi assunte in sede di giudizio.

In maniera particolare con tale ricerca ci si è proposti di:

- Raccogliere dati circa gli elementi valutativi e progettuali presenti nella relazione sociale;
- Raccogliere dati circa gli elementi presenti nelle relazioni e recepiti all'interno delle ordinanze;
- Identificare gli elementi ricorrenti delle relazioni di Servizio Sociale e metterli in relazione con la misura concessa in ciascuna ordinanza.
-

I metodi di indagine utilizzati sono stati, in una prima fase, esclusivamente quantitativi ed hanno riguardato la verifica relativa alla presenza o all'assenza di determinate informazioni, sia nell'ordinanza che nella relazione redatta al termine dell'inchiesta sociale; la seconda parte della ricerca è stata invece volta ad individuare, attraverso l'analisi di un campione di fascicoli, gli elementi presenti sia nella relazione che nell'ordinanza, in rapporto alla concessione di ogni singola misura.

Ai fini di comparazione tra gli aspetti presenti nelle relazioni e nelle ordinanze sono stati presi in considerazione i seguenti undici elementi:

- Situazione familiare d'origine
- Situazione familiare attuale
- Storia lavorativa
- Situazione lavorativa attuale
- Stato di salute fisico
- Stato di salute mentale
- Situazione abitativa
- Atteggiamento rispetto al reato
- Atteggiamento rispetto all'ipotesi di riparazione del danno
- Formulazione prognosi.
- Altro (eventuali elementi presenti nelle relazioni non rientranti a far parte delle altre categorie).

Sulla base degli elementi presenti nella relazione sociale è stato possibile costruire indici di frequenza relativi alla tipologia e alla quantità delle informazioni presenti; analoga

operazione è stata eseguita in riferimento agli elementi presenti all'interno delle ordinanze. La messa in relazione degli indicatori ricavati ha permesso di far emergere spunti utili al fine di poter valutare il grado di incisività delle informazioni fornite dal Servizio al Tribunale.

Dall'analisi dei fascicoli esaminati, contenenti sia le relazioni sia le ordinanze, è emerso come all'interno delle prime gli elementi maggiormente presi in considerazione siano quelli riguardanti la situazione familiare attuale del soggetto, la situazione lavorativa e quella abitativa; ciò può ricondursi al fatto per cui tali dati, opportunamente inquadrati e contestualizzati, risultano essere in grado di delineare i principali aspetti di un progetto di vita da realizzarsi nell'ambito della legalità. Aspetti relativi allo stato di salute fisico o mentale sono invece risultati meno diffusamente trattati nonostante vengano naturalmente considerati laddove il soggetto risulti affetto da patologie che si ritiene utile segnalare (la stessa cosa può dirsi dire per la dipendenza da sostanze).

La comparazione degli elementi riportati nelle relazioni rispetto a quelli presenti nelle ordinanze ha consentito di evidenziare come gli aspetti che vengono recepiti con maggior frequenza dal Tribunale siano quelli riguardanti la situazione lavorativa, l'eventuale dipendenza da sostanze, e l'atteggiamento rispetto all'ipotesi di riparazione del danno da parte del suo autore.

La ricerca svolta dagli Assistenti Sociali dell'U.E.P.E. è stata anche orientata, attraverso l'analisi di una campione di fascicoli, all'individuazione di elementi presenti sia nelle relazioni che nelle ordinanze, in riferimento alla concessione di ogni singola misura alternativa a seconda della specifica tipologia; a tal fine il campione di riferimento è stato costituito in base a criteri di casualità, sono stati quindi esaminati 38 affidamenti in prova al Servizio Sociale, 17 detenzioni domiciliari, sei affidamenti terapeutici, e tutti i casi di semilibertà essendo il numero molto esiguo (7 in totale).

Dall'analisi del campione è emerso come, indipendentemente dalla misura concessa, nelle relazioni vengano considerati spesso aspetti poco caratterizzanti (quali la situazione e la storia lavorativa del soggetto), mentre gli Assistenti Sociali dovrebbero concentrarsi maggiormente su altre informazioni, di volta in

volta differenti a seconda della natura della misura alternativa; ad esempio qualora la decisione verta sulla possibilità di concedere o meno l'affidamento terapeutico, l'attenzione dovrà incentrarsi in modo particolare sulla situazione di dipendenza dalla sostanza, qualora invece si debba decidere in riferimento alla concessione dell'affidamento in prova al Servizio Sociale, sarà necessario concentrarsi su altri aspetti quali quelli concernenti la situazione lavorativa e abitativa del soggetto in esame.

Al fine di integrare quanto emerso dalla ricerca, inoltre, sono state poste, mediante la somministrazione di un questionario, una serie di domande a tre Magistrati di Sorveglianza di Genova.

I Magistrati intervistati hanno dichiarato come, nonostante non sempre tutti gli aspetti trattati nelle relazioni vengano poi espressamente riportati nelle ordinanze, tutte le informazioni fornite dagli Assistenti Sociali vengano comunque tenute in considerazione e valutate ai fini decisionali.

Al fine di poter disporre indicazioni circa una eventuale possibilità di miglioramento del contenuto delle relazioni è stato chiesto ai Magistrati se vi siano elementi generalmente poco considerati da parte degli Assistenti Sociali e che, al contrario, meriterebbero di essere approfonditi ai fini di fornire informazioni utili ad una più completa valutazione per il giudizio; è stato risposto che gli elementi necessari risultano essere in realtà sempre presenti, tuttavia potrebbe rivelarsi utile in determinati casi fornire qualche dato in più circa la situazione economica del soggetto, la sua eventuale disponibilità al risarcimento del danno o, ancora, allo svolgimento di attività di volontariato.

Dalle interviste è comunque emersa una soddisfazione comune circa le modalità espositive utilizzate per la stesura delle relazioni, le quali sono state definite chiare e comprensibili; è stata inoltre sottolineata la fondamentale importanza del ruolo giocato dalla relazione sociale per le decisioni assunte in sede di giudizio; si evince dunque come la stessa venga considerata una vera e propria risorsa della quale potersi avvalere nel corso delle udienze, ed emerge in maniera inequivoca l'importanza per l'Assistente Sociale di poter disporre delle competenze necessarie al fine di relazionare in maniera puntuale.

Sezione mediazione, conciliazione, arbitrato

Documenti

Mediazione civile (D.Lgs. 28/2010). Prime riflessioni.

Stefano Andrea Vignolo
Avvocato, Foro di Genova

SOMMARIO: 1. Cosa è la mediazione civile e commerciale. - 2. Passato e futuro della mediazione. - 3. Il tentativo obbligatorio “a larghissimo raggio”. - 4. Alcuni aspetti problematici del nuovo procedimento “uniforme” di mediazione. - 5. Le sanzioni (per le parti). - 6. Le sanzioni (per l'avvocato). - 7. I vantaggi (per tutti?). - 8. Il periodo transitorio.

1. L'inquadramento sistematico.

Deflazionare il sistema giudiziario italiano dal carico degli arretrati è la finalità, implicita seppur chiarissima, del nuovo istituto della “mediazione civile e commerciale”.

Un fenomeno che, dopo alcuni anni di crescita più o meno “spontanea”, viene oggi regolamentato dal Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale 5 marzo 2010, n. 53) in attuazione della c.d. “mini-riforma” del processo civile (Legge 69/2009) ed in linea con i principi contenuti nella Direttiva 2008/52/CE del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione nelle controversie transfrontaliere (già recepita con “legge comunitaria” 7 luglio 2009, n. 88).

Il Decreto 28 rappresenta quella vera e propria “legge-quadro” sulla mediazione che molte parti sociali e professionali hanno reclamato a gran voce per anni nella speranza di veder messo ordine nel variegato mondo delle “A.D.R.” (*Alternative Dispute Resolutions*).

Una speranza, questa, subito disattesa dal legislatore italiano, il quale si è preoccupato di creare nuove regole per il futuro, lasciando però intatte le eterogenee norme regolatrici di alcuni fenomeni conciliativi preesistenti (D.P.L. laburista, Co.Re.Com., Camere di Commercio, commissioni paritetiche, etc.) in barba alle più elementari esigenze di uniformità. Ma non solo. Le numerose pecche redazionali del testo normativo (oramai una costante del nostro affannato legislatore) evidenziano un coacervo di profili problematici che complicheranno non poco la vita ai cittadini e ai professionisti coinvolti nella riforma.

Il Decreto 28 definisce “mediazione” l’attività svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti: (i) sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (c.d. “mediazione *compositiva*”); (ii) sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia (c.d. “mediazione *propositiva*”).

Contrariamente a quanto accade nel linguaggio comune, non vanno confusi i concetti di “mediazione” e “conciliazione”. La mediazione è lo strumento utilizzato per raggiungere la conciliazione, mentre la conciliazione è l’atto (voluto dalle parti litiganti) che pone fine alla lite (questione ulteriore e diversa è poi quella dell’efficacia esecutiva del documento contenente la volontà transattiva).

Per giungere al risultato positivo della conciliazione, il Decreto 28 delinea un articolato sistema di supporto e facilitazione alle

parti affidato ad “organismi di mediazione” (enti pubblici o privati) abilitati a gestire il procedimento sotto il controllo del Ministero della Giustizia.

Le regole di accreditamento degli organismi, i requisiti professionali dei mediatori, e le modalità della loro formazione saranno dettagliati in un futuro decreto ministeriale, il quale, con ogni probabilità, seguirà lo schema del previgente d.m. 222/04 in tema di controversie societarie.

Non a caso, la stessa definizione di mediatore, come contenuta nell’art. 1 del Decreto 28, si limita a ricopiare l’art. 1 del d.m. 222/04: “la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo”. Nulla di nuovo sotto il sole, dunque.

2. Passato e futuro della mediazione.

Prima dell’approvazione della “legge-quadro” 28/2010, si conoscevano in Italia tre tipologie di attività conciliativa:

(a) il tentativo facoltativo di conciliazione, liberamente scelto e regolato dalle parti litiganti, fatta salva la possibilità di applicazione di “protocolli” uniformi di conciliazione come quello “Unioncamere” adottato dalle camere di conciliazione insediate presso le Camere di Commercio territoriali;

(b) il tentativo obbligatorio di conciliazione, introdotto negli ultimi anni “a macchia di leopardo” su alcune materie ritenute particolarmente sensibili (controversie di lavoro, telecomunicazioni, subfornitura, *franchising*);

(c) la mediazione giudiziale endo-processuale, prevista e regolata dal codice di rito (conciliazione davanti al Giudice unico di Tribunale *ex art. 185 c.p.c.*, davanti al Giudice di Pace *ex art. 320 c.p.c.*, davanti al c.t.u. *ex art. 199 c.p.c.*, nonché la misteriosa procedura di conciliazione in forma non contentiosa davanti al Giudice di Pace *ex art. 322 c.p.c.*).

Il Decreto 28 interviene fortemente su questa classica tripartizione.

In primo luogo, il Decreto riconosce e conferma il modello del tentativo facoltativo di conciliazione, ma solo entro la cornice delle nuove regole contenute nella “legge-quadro”, alla quale tutti gli organismi attuali di mediazione dovranno conformarsi, fatte salve le procedure già esistenti (es: Camera di Commercio, Co.Re.Com, etc.).

In secondo luogo, il Decreto estende fortemente il modello del tentativo obbligatorio di conciliazione ad una miriade di materie che potrebbero coprire, nelle intenzioni del legislatore, oltre la metà del contenzioso nazionale.

In terzo luogo, il Decreto crea una nuova (quarta) tipologia di mediazione, che potremmo definire, con una sorta di ossimoro, “mediazione giudiziale extra-processuale”, la quale ricorre quando il giudice non si pone nelle dirette vesti di conciliatore, ma invita le parti a rivolgersi all’organismo di mediazione, realizzando così una sorta di “appalto” dell’attività conciliativa ad un soggetto esterno, anche di natura privata (purchè accreditato presso il Ministero della Giustizia).

Due parole in più meritano questo ultimo punto.

Il potere del giudice appare improntato ad amplissima discrezionalità, dal momento che l’opportunità della delega può essere valutata in relazione alla natura della causa, allo stato

dell'istruzione e al comportamento processuale delle parti. È doveroso notare che, trattandosi di modello conciliativo esultante dal tentativo "obbligatorio", il giudice può formulare l'invito alle parti in relazione a *qualunque* controversia (ivi compresa quella pendente anche nel grado di appello) purchè prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Trattandosi, per l'appunto, di mero "invito", le parti devono dichiarare espressamente di aderirvi. Nessun obbligo, dunque. Ma è facile comprendere l'effetto "psicologico" negativo che un eventuale rifiuto potrà riflettere sulla valutazione del comportamento delle parti ai fini del giudizio di merito e, soprattutto, ai fini della regolazione delle spese processuali.

3. Il tentativo obbligatorio "a larghissimo raggio".

Il nuovo modello "obbligatorio" di conciliazione (che entrerà in vigore il 20 marzo 2011), prescrive, a pena di improcedibilità della domanda, l'esperimento del tentativo presso gli organismi accreditati quando la controversia rientra in questo fascio di materie: condominio - diritti reali - divisione - successioni ereditarie - patti di famiglia - locazione - comodato - affitto di azienda - risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti - risarcimento del danno derivante da responsabilità medica - risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o altro mezzo di pubblicità - contratti assicurativi - contratti bancari - contratti finanziari.

La lista di materie, già mastodontica all'interno dello schema governativo di Decreto, è stata ulteriormente gonfiata dalle commissioni parlamentari con la materia del "risarcimento del danno derivante dalla circolazione dei veicoli e natanti", cagionando potenziali problemi di coordinamento con l'attuale meccanismo di "spatium deliberandi" prescritto dalle leggi assicurative in funzione deflattiva del contenzioso giudiziale.

Si noti inoltre che i rilevantissimi contenziosi in materia di contratti bancari e finanziari non potranno essere mediati presso qualsivoglia organismo accreditato, ma solo presso i due enti (pubblici) indicati dal Decreto 28, ossia rispettivamente l'Arbitrato Bancario Finanziario (A.B.F.) recentemente riformato sotto l'égida della Banca d'Italia (ex art. 128-bis del D.Lgs. 385/93) e la Camera di Conciliazione e di Arbitrato presso l'Autorità di settore CONSOB (istituita con D.Lgs. 179/07). Si tratta di una scelta positiva nell'ottica della specializzazione tecnica dei due organismi, ma fortemente censurabile dal punto di vista pratico, poiché il cittadino dovrà affrontare il disagio della relazione con commissioni di mediazione concentrate *ex lege* in poche sedi nazionali (Milano - Roma - Napoli).

L'onda d'urto del nuovo obbligo è leggermente attenuata da alcune eccezioni, introdotte dal legislatore per preservare la celerità dei riti processuali cautelari, o quanto meno "sommari".

La condizione di procedibilità non opera (ovvero opera solo in parte) in presenza di procedimenti di concessione di provvedimenti urgenti e cautelari, procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata, procedimenti in camera di consiglio, azione civile esercitata nel processo penale, procedimenti per ingiunzione, inclusa la fase di opposizione (ma questo solo fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione), procedimenti per convalida di licenza o sfratto (ma solo fino al mutamento di rito di cui all'art. 667 c.p.c.), procedimenti possessori (ma solo fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'art. 703, comma 3, c.p.c.).

A parte queste (poche, ma) sacrosante deroghe, è facile intuire come l'amplissimo raggio d'azione dell'art. 5 del Decreto trasformerà magicamente il tentativo obbligatorio di conciliazione da limite settoriale (eccezione) a principio generale del sistema (regola), il tutto con l'aggravante della forte disomogeneità delle materie individuate dal legislatore, fattore questo già criticato dal C.N.F. nel parere reso al Ministro della Giustizia in data 30 ottobre 2009.

La riforma, nel suo complesso, pone dubbi di coordinamento con l'attuale assetto processuale, e financo di ordine costituzionale. È vero che in casi analoghi il Giudice delle Leggi ha salvato il meccanismo della temporanea improcedibilità della domanda giudiziale. Ma ciò è sempre accaduto in relazione a specifiche e limitate materie (es: ordinanza n. 51/09 in tema di telecomunicazioni e funzione del Co.Re.Com), mentre qui assistiamo ad una trasversalità di portata tale da far sorgere ben più gravi sospetti, ivi compreso quello di violazione della "legge-delega" 69/2009 che non lasciava presagire un così dilagante effetto.

4. Alcuni aspetti problematici del nuovo procedimento "uniforme" di mediazione.

In ossequio alla natura sostanziale di "legge-quadro", il Decreto 28 delinea un procedimento *standard* di mediazione che ruota attorno ad alcuni principi cardine: celerità, informalità, semplicità, esecutività.

Tralasciando in questa sede la puntuale descrizione delle "fasi" della mediazione (da adesso espressamente consentita anche per via telematica), l'attenta lettura del Decreto porta ad evidenziare alcune questioni problematiche.

In primo luogo, il problema della tempistica.

La procedura di mediazione dovrebbe concludersi nell'arco di quattro mesi, con la precisazione che il suddetto termine esula dalla sospensione feriale. Non è dato però capire cosa succeda se il termine non viene rispettato. Nei tentativi "obbligatori" che già conoscevamo, infatti, esisteva un'efficace sanzione contro le inerzie del mediatore: decorso un *tot* di giorni dalla presentazione dell'istanza (es. trenta per la procedura Co.Re.Com o sessanta per la procedura D.P.L.) la conciliazione doveva ritenersi fallita, con l'effetto automatico dell'avveramento della condizione di procedibilità. Questa sanzione, stranamente, non è stata replicata nel Decreto 28. L'omissione può significare due cose: (a) che la parte deve attendere l'effettiva conclusione della procedura di mediazione (procedura che può durare quattro mesi, ossia il doppio della D.P.L. laburista e ben quattro volte il Co.Re.Com.); ma soprattutto (b) che la parte si trova le mani legate in caso di inerzia del mediatore, dal momento che non viene prevista nel Decreto alcuna procedura sollecitatoria verso l'ente di mediazione e nemmeno una sanzione per lo sfaramento del termine di quattro mesi (indicato come "non superiore a", ma con sostanziale contenuto meramente ordinatorio).

In secondo luogo, il problema del "foro" della mediazione.

Non esiste nel Decreto 28 alcun criterio di competenza territoriale, ma solo un accenno alla litispendenza: in caso di più domande relative alla medesima controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda, avuto riguardo (non alla data di deposito dell'istanza, ma) alla data della ricezione della comunicazione di convocazione da parte dell'organismo. Si tratta di una norma scritta malissimo (lo ha rilevato anche il C.N.F. nel parere del 30 ottobre 2009) dove l'assenza di criteri di competenza territoriale potrebbe prestarsi ad abusi: ad esempio, la parte contrattuale più forte potrebbe adire la propria A.D.R.

“casalinga” obbligando la parte contrattuale debole ai conseguenti costi di spostamento per non subire effetti pregiudizievoli nella successiva fase giudiziale.

In terzo luogo, il problema della prescrizione.

È vero che l'art. 5, comma 6, del Decreto garantisce il duplice effetto (interruttivo sulla prescrizione ed impeditivo sulla decadenza), ma con la sibillina precisazione *“dal momento della comunicazione alle altre parti”* (e non dalla semplice presentazione dell'istanza di mediazione). Visto che la comunicazione (con ciò intendendo quella di convocazione dell'udienza di mediazione) è rimessa all'organizzazione e ai tempi dell'organismo di mediazione, la parte istante corre forti rischi di danno per inerzia altrui. Le soluzioni pragmatiche potrebbero essere due: (i) quella di notificare l'istanza alla controparte, ottenendo da subito l'effetto recettizio dell'atto, e depositare successivamente l'originale alla segreteria dell'ente; (ii) quella di depositare l'istanza all'ente e farsi rilasciare una copia conforme ad uso comunicazione, munita del timbro di deposito. Opzione, questa seconda, che sembra espressamente consentita dall'art. 8, comma 1, del Decreto quando indica che “la domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, *anche a cura della parte istante*”.

In quarto luogo, il problema dell'esecutività.

Rispetto ad alcune esperienze attualmente vigenti in Italia, si può notare un criticabile fattore di arretramento sul punto dell'esecutività del verbale di conciliazione. Oltre che nelle mediazioni “endo-processuali” (per ovvie ragioni di coerenza sistematica) le leggi speciali assegnavano direttamente la forza di “titolo esecutivo” anche in altre ipotesi, ad esempio il verbale positivo sottoscritto in sede Co.Re.Com. Con la riforma, invece, assume valore generale il meccanismo già indicato per la conciliazione D.P.L., ossia la previa “omologazione” da parte del Presidente del Tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo, chiamato al controllo di regolarità formale del titolo e di rispetto sostanziale del duplice limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative dell'ordinamento. Se scopo del Decreto 28 era semplificare la vita ai cittadini, appare evidente il rischio di un drammatico effetto *boomerang*: in caso di inadempimento del debitore, il creditore dovrà affrontare i costi, i tempi e le formalità (seppur semplificate) del giudizio di omologa, col rischio di veder vanificata l'intera procedura di mediazione in caso di rigetto dell'istanza da parte del Presidente del Tribunale.

5. Le sanzioni (per le parti).

Scopo dell'intero Decreto 28 è spingere al massimo il ricorso alla mediazione, ritenuta, a torto o a ragione, la panacea di tutti i mali della Giustizia.

Il Decreto tenta di bilanciare “carota e bastone” attraverso una serie di sanzioni e di vantaggi per le parti litiganti.

La prima sanzione è posta a carico dell'attore, e consiste nella già accennata obbligatorietà della conciliazione (art. 5).

Nelle materie a tentativo obbligatorio di conciliazione, il mancato esperimento della procedura di mediazione comporta la radicale improcedibilità della domanda giudiziale.

La seconda sanzione è posta a carico del convenuto (art. 8, comma 5).

Il cittadino convocato all'udienza di mediazione non è obbligato a presentarsi. Ma “dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'articolo 116, 2^o comma, del codice di procedura civile”. Si tratta di una sanzione piuttosto blanda, che però, al

contempo, consente un ampio margine discrezionale al giudice nel valutare l'adeguata “sanzione civile” per la parte ritenuta colpevole del fallimento della mediazione preliminare. La terza sanzione è una possibile “sorpresa” a carico di entrambe le parti, fortemente avversata dal C.N.F. nel parere del 30 ottobre 2009 (art. 13).

“Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta conciliativa formulata dal mediatore, il giudice: a) esclude la ripetizione delle spese della parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, relativamente al periodo successivo alla stessa; b) condanna al pagamento delle spese processuali di controparte relative allo stesso periodo; c) condanna al versamento in favore dello Stato di un'ulteriore somma, di importo corrispondente al contributo unificato dovuto nella causa”. Una sanzione di simile tenore, ma meno draconiana, è prevista in caso di difformità parziale tra giudizio di merito e proposta del mediatore. È anche vero, però, che l'ammorbidente del Decreto durante il passaggio parlamentare ha fatto declassare la “proposta” del mediatore da obbligatoria a facoltativa (torna obbligatoria solo su concorde richiesta di tutte le parti), per cui, salvo immaginare un particolare zelo del mediatore nell'indicare (*rectius*, imporre) la proposta *ex officio*, sarà ben difficile per il giudice interpretare la “colposità” del comportamento tenuto dalle parti durante la fase di mediazione, vanificando di fatto l'astratta gravosità della sanzione.

6. Le sanzioni (per l'avvocato).

Novità assoluta nel panorama italiano è una quarta sanzione, che riguarda esclusivamente l'avvocato.

All'art. 4, comma 3, del Decreto si legge che “all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione”.

Dopo le vibranti critiche del C.N.F., la versione originaria dello schema di Decreto che prevedeva la radicale *nullità* dell'incarico professionale è stata ritirata dal Governo e sostituita con la più modesta sanzione di *annullabilità*.

Ma resta comunque il fatto che, per la prima volta in Italia, un mero vizio *informativo* (che dovrebbe tutt'al più comportare un'eventuale responsabilità risarcitoria di natura pre-contrattuale oppure un illecito disciplinare) assume il pesante ruolo di vizio *sostanziale* del rapporto professionale di mandato, caducandolo (seppur nei limiti dell'azione di annullabilità e senza effetto demolitorio sulla procura *ad lites*, come insegna Cass., Civ., 2 settembre 1997, n. 8388).

Nel concreto, è pur vero che la norma richiede la prova scritta della mera “informativa” al cliente (sulla falsariga della raccolta del consenso al trattamento dei dati personali), ma è verosimile pensare che il foglio recante l'informativa dovrà anche contenere un accenno all'oggetto del mandato, in modo da garantire la coerenza con la (futura) attività di mediazione obbligatoria (ed infatti, proprio in questo senso è il “modello” di

informativa veicolato dal C.N.F. con circolare del 15 marzo 2010).

Ma non solo. L'obbligo di informativa viene contemplato per la semplice “possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione”, dunque anche in relazione alla mediazione facoltativa. Il modulo informativo dovrà dunque essere somministrato dall'avvocato, per cautela, non solo al momento del conferimento del mandato giudiziale, ma anche del mero incarico stragiudiziale. Qualche dubbio si pone per l'obbligo di esibizione ed allegazione nel fascicolo processuale, che trova una sicura logica in ipotesi di controversie a tentativo obbligatorio di conciliazione, meno negli altri casi di facoltatività della mediazione.

A parte la miriade di profili criticabili, di forma e di sostanza, salta subito all'occhio una discriminazione passibile financo di censura costituzionale. L'obbligo di informativa colpisce *esclusivamente* l'avvocato, forse perché ritenuto (a torto) l'unico “colpevole” dell'ingolfamento della Giustizia. Tutti gli altri professionisti ne sono esentati, anche quando trattano materie subordinate a mediazione obbligatoria, si pensi ad un notaio in materia ereditaria, ad un commercialista in materia di affitto di aziende, o più banalmente ad un amministratore di condominio nella sua materia di lavoro quotidiano.

Peraltro, l'amplissimo perimetro dell'art. 4 del Decreto porta a concludere che l'obbligo formale per l'avvocato sia già entrato in vigore il 20 Marzo 2010 anche a prescindere dall'efficacia della nuova condizione di procedibilità.

7. I vantaggi (per tutti?).

Il Decreto 28 ha enucleato un ampio spettro di agevolazioni fiscali per promuovere l'utilizzo della mediazione civile e commerciale.

Si tratta, in estrema sintesi, dei seguenti benefici, di cui l'avvocato deve fare menzione nell'informativa al cliente: (i) esenzione totale da belli, tasse e diritti; (ii) esenzione da imposta di registro sul verbale di positiva conciliazione fino ad euro 50.000; (iii) estensione alla mediazione della possibilità di ammissione al patrocinio a spese dello Stato; (iv) attribuzione al cittadino di un credito di imposta (spendibile nella dichiarazione dei redditi) pari a tutto o parte del compenso riconosciuto all'organismo di mediazione.

Una delle maggiori novità del Decreto 28 è proprio la tendenziale onerosità economica della mediazione.

Fatte salve le procedure preesistenti (che restano gratuite quando contemplato dalla *lex specialis*) la mediazione gestita dai futuri organismi accreditati dovrà essere retribuita sulla base di tabelle ministeriali.

In via transitoria, opera la tabella di cui al d.m. 223/04 (controversie societarie) che prevede, di regola, un *ticket* fisso di segreteria pari a 30 euro per ciascuna parte ed un compenso per il mediatore calcolato secondo scaglioni di valore della controversia (da un minimo di 40 euro ad un massimo di 6000 euro, sempre per ciascuna parte).

Un appunto merita il profilo “consumeristico” delle mediazioni. Il Decreto 28 ha fatto salve le conciliazioni “paritetiche”, ossia le “commissioni di conciliazione” organizzate per mezzo di accordi privati tra associazioni di consumatori e imprese di *utility* nel quadro dell'art. 141 del Codice del Consumo. Peccato però che l'art. 16 del Decreto, per di più con effetto immediato, abbia obbligato questi mediatori “paritetici” a conformarsi ai d.m. 222 e 223 del 2004, sia sotto il profilo dei requisiti di qualità, sia soprattutto sotto il profilo del tariffario ministeriale, obbligando *de facto* il consumatore a contribuire economicamente alla procedura (contrariamente al passato) con l'effetto di cagionare anche una possibile violazione delle

Raccomandazioni della Commissione Europea n. 98/257/CE e 2001/310/CE in tema di risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo.

Sempre il profilo squisitamente organizzativo può riservare delle interessanti opportunità per il ceto forense.

Premesso che il Decreto 28 non sembra consentire la fornitura di servizi di mediazione da parte di singole persone fisiche, gli organismi deputati alla mediazione dovranno essere costituiti sotto forma di enti pubblici o privati che diano garanzia di serietà ed efficienza, previa iscrizione in un registro sulla base di criteri di dettaglio rimessi ad un decreto ministeriale di prossima emanazione.

Non tutti gli organismi di mediazione sono però uguali. I Consigli degli Ordini degli Avvocati (al pari delle Camere di Commercio) godono di una corsia preferenziale che permette loro l'iscrizione nel registro “a semplice domanda” senza controllo preventivo dei requisiti da parte del Ministero. Simile la posizione degli altri ordini professionali (diversi dagli avvocati) ai quali sarà consentito costituire camere di mediazione, ma limitatamente alla loro specialità professionale e previa autorizzazione del Ministero.

La circostanza dell'esenzione dei Consigli forensi dall'autorizzazione preventiva del Ministero dovrebbe favorire una più ampia diffusione e capillarità delle camere di mediazione, garantendo l'elevata qualità dei mediatori grazie al duplice controllo professionale, formativo prima e deontologico poi.

Resta da vedere, nel concreto, come le magre “casse” dei singoli consigli professionali potranno conciliarsi con l'obbligo normativo di avvalersi di “proprio personale” (dunque senza oneri per lo Stato) e utilizzando i locali messi a disposizione dal presidente del tribunale (art. 18).

8. Il periodo transitorio.

Alla luce del fortissimo impatto che la riforma avrà sulla gestione del contenzioso civile e commerciale, il Decreto 28 ha saggiamente previsto un differimento dell'entrata in vigore della nuova condizione di procedibilità (art. 5) allo scopo di organizzare un'efficace “rete” di organismi di mediazione entro i dodici mesi indicati dall'art. 24.

Ragionando *a contrariis*, se ne desume che tutta la restante disciplina del tentativo facoltativo di conciliazione e della “mediazione giudiziale extra-processuale” trovano immediata applicazione già dal 20 marzo 2010.

Interpretazione, questa, che trova conforto nella Circolare C.N.F. del 15 marzo 2010 nella parte in cui conferma l'immediata vincolatività degli obblighi informativi a carico dell'avvocato, pur in attesa dell'entrata in vigore della parte più dirompente del Decreto.

Nel frattempo, l'art. 23, comma 2, fa comunque salvi tutti i casi preesistenti di tentativo obbligatorio di conciliazione davanti agli organismi già operanti sul territorio nazionale.

A conclusione di questo breve commento, sia consentito adottare le franche parole del civil-processualista Remo Caponi: “pur con tutto il favore culturale con cui si può seguire lo sviluppo di un sistema equilibrato di composizione stragiudiziale delle controversie, suscita un poco di pena lo Stato italiano, poiché scarica prevalentemente sulla società civile il peso della propria inefficienza nella risposta alla domanda di giustizia proveniente dai propri cittadini”.

Dobbiamo a questo punto sperare, e lavorare tutti con impegno, affinché la concreta attuazione del Decreto 28 possa fugare questa amara (ed innegabile) impressione, favorendo un nuovo e positivo approccio al mondo della mediazione civile e commerciale.

Profili critici nella attuazione della delega legislativa in materia di conciliazione stragiudiziale

Tomaso Galletto

Avvocato, Foro di Genova

Membro della Commissione C.N.F per la Mediazione

Sommario: 1. Premessa. - 2. Mediazione "facilitativa" e "valutativa". - 3. Mediazione obbligatoria e facoltativa. - 4. Le scelte del legislatore delegato ed i profili di criticità. - 5. Il ruolo degli avvocati: il compito degli ordini forensi e i doveri del singolo professionista. - 6. Gli organismi "speciali" di conciliazione. - 7. La "competenza" degli organismi. - 8. Mediazione e arbitrato. - 9. Miti e realtà della conciliazione.

1. Premessa.

In attuazione della delega al Governo in materia di mediazione e conciliazione delle controversie civili e commerciali, contenuta all'art. 60 della legge 19 giugno 2009 n. 69, l'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia ha predisposto con sollecitudine uno schema del decreto legislativo destinato a regolare la materia.

Il testo ministeriale, reso noto a metà novembre 2009, si ispira ai contenuti della recente direttiva dell'Unione europea in materia (direttiva n. 52/2008) e tuttavia se ne discosta sotto diversi profili operando scelte che appaiono discutibili alla luce dell'esperienza che negli ultimi decenni è maturata - sia a livello internazionale che interno - nel campo della composizione amichevole delle controversie in materia civile e commerciale.

È su queste scelte assai discutibili che sembra utile appunmare maggiormente l'attenzione.

In questa prospettiva le osservazioni che seguono non si configurano quale organico commentario dello schema legislativo in esame, e sono invece intese a sottolineare quegli aspetti che suscitano le maggiori perplessità.

Di esse si cercherà di dare conto, assai sinteticamente, attraverso le considerazioni che seguono.

Prima di affrontare nel merito le questioni originate da tali scelte (opinabili) operate dagli estensori dello schema legislativo è comunque opportuno richiamare brevemente alcuni aspetti che assumono particolare rilievo nella materia della conciliazione stragiudiziale delle controversie civili.

2. Mediazione "facilitativa" e "valutativa".

Tra i diversi tipi di procedure conciliative si distingue principalmente tra "conciliazione facilitativa" (*facilitative mediation*) e "conciliazione valutativa" (*evaluative mediation*).

Nella prima il conciliatore deve guidare la discussione delle parti finché queste non abbiano, autonomamente, trovato un punto di incontro nei rispettivi interessi; si tratta di una procedura che può risultare talvolta lenta poiché il conciliatore non può proporre alcuna soluzione di tipo impositivo. Nella seconda ipotesi, invece, l'attività del conciliatore si spinge oltre la mera assistenza alla negoziazione; sono previste delle sedute private in cui le parti in piena libertà possono descrivere il loro punto di vista, presentare documenti e ipotizzare gli aspetti della vicenda su cui sono disposti a raggiungere un accordo; una volta esaminati i diversi aspetti della controversia, spetta al conciliatore proporre una ipotesi risolutiva tentando di convincere le parti ad accettarla.

In merito è stato osservato come il primo tipo di conciliazione appaia più efficace tenuto conto che prevede una scelta liberamente presa dalle parti - le quali sostanzialmente temono invece di doversi adattare a impostazioni di terzi esterni - ed in definitiva dà migliori garanzie per una futura collaborazione.

Di fatto, tanto la direttiva comunitaria (n. 52/2008) quanto la Legge Modello in tema di conciliazione internazionale approvata dalla Assemblea Generale della Commissione delle Nazioni Unite per il commercio internazionale (UNCITRAL) nella seduta del 24 gennaio 2003 hanno privilegiato l'opzione per la mediazione "facilitativa", riservando alla richiesta congiunta delle parti l'intervento "valutativo" del mediatore.

3. Mediazione obbligatoria e facoltativa.

Un altro aspetto fondamentale della conciliazione riguarda la obbligatorietà o meno dell'esperimento del tentativo di accordo amichevole.

Secondo opinione largamente diffusa l'essenza del fenomeno della conciliazione stragiudiziale consiste nella "volontarietà" dell'accesso alla mediazione assistita e nella "non vincolatività" dell'esito di essa senza il consenso delle parti. In questa prospettiva si ritiene che il legislatore debba astenersi dall'imporre il ricorso a forme di conciliazione stragiudiziale (o quanto meno limitare grandemente le ipotesi di obbligatorietà), proprio per preservare il carattere genuinamente "volontario" del ricorso alla conciliazione.

L'esperienza non solo (italiana) insegna invero che ove le parti siano obbligate ad un tentativo di conciliazione anteriormente all'introduzione del processo, spesso la vicenda si esaurisce con un nulla di fatto, perché le parti vivono questa opportunità come un ostacolo (formale) che occorre superare per poter instaurare la controversia in sede giudiziale.

4. Le scelte del legislatore delegato ed i profili di criticità.

Veniamo ora alle scelte privilegiate nello schema di decreto legislativo in esame.

Sin dalla definizione dell'attività di mediazione (art. 1, lett. a)) compare l'ipotesi della mediazione "valutativa" che si sostanzia "nella formulazione di una proposta per la risoluzione" (della controversia).

Ma è all'art. 11 che l'opzione per la mediazione "valutativa" si profila netta. Si prevede infatti che quando l'accordo non è raggiunto direttamente dalle parti il mediatore debba formulare "una proposta di conciliazione" previa informazione alle parti sulle possibili conseguenze di cui al successivo art. 13 (regolazione delle spese del futuro giudizio a carico della parte che abbia rifiutato la proposta se il provvedimento giurisdizionale corrisponde al contenuto di essa).

Questa scelta suscita rilevanti perplessità perché vulnera, di fatto, un principio cardine della mediazione/conciliazione stragiudiziale: quello della riservatezza del relativo procedimento. Il verbale di mancato accordo sulla proposta del conciliatore è destinato a (poter) trasmigrare nel fascicolo del procedimento giurisdizionale, sia pure al dichiarato fine di consentire la regolazione delle spese (anche) in deroga al principio della soccombenza. Non solo. Per poter formulare la proposta il mediatore non potrà che fare riferimento alle informazioni che ciascuna delle parti avrà fornito nella aspettativa che esse non avrebbero potuto essere utilizzate a suo danno.

La funzione aggiudicativa che in tal modo viene assegnata al procedimento conciliativo non trova giustificazione né nella

disciplina comunitaria (che non menziona l'ipotesi della mediazione *"valutativa"*) né al prototipo di immediato riferimento, costituito dal procedimento in tema di conciliazione societaria di cui agli artt. 38-40 del D.lgs. 5/2003 che la prevede soltanto a fronte della concorde richiesta delle parti. Anche il recente intervento legislativo in materia di procedure di conciliazione e arbitrato nelle controversie tra risparmiatori e intermediari finanziari (D.lgs. 8 ottobre 2007 n. 179 e regolamento attuativo adottato dalla Consob con delibera 16763 del 29 dicembre 2008) nel rinviare alle preesistenti disposizioni in tema di conciliazione societaria ha escluso l'ipotesi di mediazione *"valutativa"* salvo concorde richiesta delle parti.

La diversa scelta ipotizzata dal legislatore delegato si pone quindi in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata sia con il D.lgs. 5/2003 sia con i successivi provvedimenti settoriali in materia di conciliazione, che a tale schema base hanno fatto rinvio.

D'altra parte non può sfuggire che l'obbligo per il mediatore di formulare *"comunque"* una proposta nell'ipotesi in cui le parti non raggiungano direttamente tra loro un accordo, obbligo imposto senza alcun temperamento riferito alla natura della controversia e al grado di conoscenza dei fatti che il mediatore sia stato posto in condizione di acquisire, pone le premesse affinché le parti affrontino il tentativo di conciliazione con cautela e circospezione.

Situazione questa in cui viene mortificata l'essenza dell'istituto della conciliazione stragiudiziale, che presuppone un approccio non circospetto alla negoziazione.

L'obbligo (e non la facoltà) per il mediatore di formulare una proposta destinata a trasmigrare - se non accettata - nel futuro processo per assumere rilievo ai fini della regolazione delle spese sembra porre le premesse per il fallimento della iniziativa. Altra scelta che è destinata a far discutere riguarda la previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione (a pena di improcedibilità) rispetto ad una vasta gamma di controversie. Dispone in proposito l'art. 5 dello schema di decreto legislativo che l'esperimento del tentativo di conciliazione è *"condizione di procedibilità"* di azioni relative a controversie in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazioni, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante da responsabilità medica e da diffamazione a mezzo stampa (o altro mezzo di pubblicità), contratti assicurativi, bancari e finanziari (per questi ultimi rinviando ai procedimenti previsti dalle norme di settore: l'art. 128-bis del Testo Unico Bancario, D.Lgs. 385/93, nonché la delibera attuativa del CICR in data 29 luglio 2008 n. 275 per i contratti bancari e il già citato D.Lgs. 179/2007 e la delibera CONSOB n. 16763 del 29.12.2008 per i contratti dei risparmiatori).

La norma non prende in considerazione il procedimento obbligatorio di conciliazione in materia di utenza delle telecomunicazioni, che è destinato a sopravvivere (anche per effetto della norma di chiusura di cui all'art. 23 comma 2). L'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249, invero, prevede che le controversie tra utenti e gestori di servizi di telefonia debbono essere precedute, a pena di improponibilità, da un tentativo di conciliazione da esperirsi davanti al Comitato Regionale per le Comunicazioni (CORECOM) competente per territorio, secondo il procedimento disciplinato dai successivi regolamenti di attuazione.

In questa scelta si sostanzia la finalità deflattiva del contenzioso civile che è assegnata al provvedimento legislativo in itinere. Gli uffici ministeriali stimano in circa un milione

l'anno i procedimenti civili interessati dalla nuova condizione di procedibilità.

Rispetto a tale scelta si evidenziano rilevanti profili problematici che conviene esaminare partitamente.

La relazione di accompagnamento all'articolato si fa carico di un primo rilevante profilo di criticità costituito dalla verifica della compatibilità della previsione del tentativo obbligatorio di conciliazione con l'esercizio del diritto di agire in giudizio ai sensi dell'art. 24 Cost.

La relazione conclude, sul punto, per la compatibilità costituzionale del sistema alla luce dei precedenti della Consulta rispetto ad analoghe previsioni legislative che pongono l'esperimento di un tentativo di conciliazione quale condizione di procedibilità della domanda in sede giudiziale (controversie di lavoro e controversie agrarie, per citare le più rilevanti ipotesi).

È probabile che sotto questo profilo non venga ravvisata una violazione dell'art. 24 Cost., proprio in funzione del rilevante interesse pubblico sotteso alla finalità deflattiva del contenzioso che, in ipotesi, la disposizione in esame vuole (vorrebbe) conseguire.

È sotto un altro profilo che possono avanzarsi dubbi di legittimità costituzionale della condizione di procedibilità che il legislatore delegato vorrebbe introdurre.

La legge delega, infatti, non contiene alcun principio o direttiva che legittimi la scelta del legislatore delegato, né tale scelta può trovare giustificazione nella direttiva comunitaria n. 52/2008: anzi, la legge delega sembra orientata ad indirizzare il legislatore delegato a modellare il proprio intervento sulla falsariga del D.Lgs. 5/2003 il quale, come è noto, non prevede il tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa prospettiva l'ipotesi di incostituzionalità per eccesso di delega si rivela non improbabile.

Ma alla scelta in discussione si possono muovere altre obiezioni.

Intanto, la vastità e l'eterogeneità delle materie in cui la condizione di procedibilità è destinata ad operare.

Il catalogo delle materie è invero molto vasto e spazia da istituti nei quali il contenzioso è oggettivamente esasperato e troppo gravoso per l'amministrazione della giustizia (il condominio) a vicende che hanno un effetto inflattivo della giustizia civile assai moderato (la diffamazione a mezzo stampa).

Indipendentemente dai rilievi che precedono, poi, è intuitivo che la pretesa di fronteggiare - secondo le stesse previsioni ministeriali - circa un milione di tentativi obbligatori di conciliazione per ciascun anno sembra oggettivamente irrealistica, anche alla luce della fallimentare esperienza della conciliazione obbligatoria in materia di lavoro.

Per poter dare una risposta efficiente alla prevista domanda di conciliazione (obbligatoria) occorrerebbero (decine di) migliaia di mediatori professionali e una diffusione capillare degli organismi di conciliazione.

In assenza di uno straordinario impegno dell'avvocatura non è prevedibile che la domanda (indotta) di conciliazione possa trovare adeguata risposta ed è per contro del tutto verosimile il rischio che il tentativo di conciliazione si concreti in un differimento puro e semplice dell'inizio del processo.

5. Il ruolo degli avvocati: il compito degli ordini forensi e i doveri del singolo professionista.

Il ruolo fondamentale assegnato all'avvocatura nell'ambito della conciliazione stragiudiziale è riconosciuto dalla stessa legge delega con la previsione che i consigli degli ordini fo-

rensi possono costituire organismi di conciliazione avvalendosi del proprio personale ma utilizzando locali loro messi a disposizione dall'amministrazione della giustizia.

L'art. 18 dello schema di decreto legislativo ripete sostanzialmente le disposizioni della delega, aggiungendo che gli organismi di conciliazione istituiti dai consigli degli ordini forensi potranno usufruire di locali loro messi a disposizione dal Presidente del Tribunale.

Anche alla luce di quanto si è in precedenza osservato in merito alle numerose ipotesi di conciliazione obbligatoria emerge con evidenza il ruolo fondamentale assegnato ai consigli degli ordini forensi.

Questi sono chiamati ad una grande responsabilità, ben avvertita dal Consiglio Nazionale Forense che ha costituito una apposita commissione i cui lavori sono tra l'altro finalizzati alla predisposizione di un regolamento-tipo per i procedimenti di conciliazione amministrati presso i vari consigli degli ordini e delle più appropriate regole di formazione dei mediatori, attraverso corsi di perfezionamento a ciò specificamente dedicati.

Non vi è dubbio che gli organismi istituiti dai consigli degli ordini forensi siano destinati a costituire l'ossatura fondamentale, omogeneamente radicata sul territorio, dell'intero sistema di conciliazione stragiudiziale delle controversie.

Si tratta quindi di una grande sfida che l'avvocatura può affrontare cogliendo l'opportunità di lavoro che essa offre per i giovani avvocati: essi infatti possiedono già le nozioni giuridiche di base indispensabili per assistere le parti nella redazione di un accordo valido ed eseguibile anche coattivamente e potranno rapidamente acquisire, attraverso la frequenza ad appositi corsi, la specifica professionalità del mediatore che coinvolge diverse discipline (dalla psicologia all'*"arte della negoziazione"*, disciplina quest'ultima che in molti paesi ha ormai dignità scientifica).

Sarebbe importante che il legislatore delegato tenesse in gran conto i suggerimenti che provengono dall'avvocatura e che sono finalizzati a migliorare l'efficienza del sistema. Soltanto un convinto coinvolgimento della classe forense, infatti, può determinare le condizioni necessarie per il successo della conciliazione stragiudiziale.

Venendo ora ai doveri dell'avvocato, si osserva che la bozza di decreto legislativo (art. 4, ultimo comma) prevede l'obbligo per il professionista *"nel primo colloquio con il cliente"* di informare quest'ultimo, chiaramente e per iscritto, della possibilità di usufruire delle forme di conciliazione previste nel decreto e delle agevolazioni fiscali che ad esse sono connesse.

In difetto di informazione scritta la norma sanziona di nullità il contratto d'opera professionale dell'avvocato. Il documento contenente le richieste informazioni deve altresì essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio e in difetto sarà il giudice d'ufficio a informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

La relazione illustrativa, per parte sua, chiarisce che la nullità del contratto d'opera non si riverbererebbe sulla procura alla lite, che trova la sua autonoma disciplina nella legge processuale, e configurerebbe una *"nullità di protezione"* in favore del cliente. Si evidenzia altresì, nella relazione, l'opinione che il mero vincolo disciplinare al rispetto della previsione in tema di informativa al cliente non sarebbe sufficiente allo scopo.

Rispetto alle previsioni in esame possono essere mossi numerosi rilevi.

Intanto è opportuno osservare che sul punto la legge delega (art. 60, comma 3, lettera n) della legge n. 69/2009 si limita a prevedere *"il dovere"* dell'avvocato di informare il cliente della

possibilità di avvalersi della mediazione assistita. Ne consegue che la previsione sanzionatoria della nullità del contratto d'opera professionale in difetto della prescritta informativa potrebbe configurare un eccesso di delega con conseguente incostituzionalità della disposizione non sorretta da specifica indicazione legislativa che la legittimi.

Ma anche volendo superare il possibile rilievo di eccesso di delega, sfuggono le ragioni della previsione in esame.

È noto infatti che una delle situazioni tipiche riconducibili alla funzione dell'azione di indebito arricchimento di cui all'art. 2041 c.c. è proprio quella del contratto nullo in cui una delle parti abbia eseguito la sua prestazione. Ne consegue che dalla nullità del contratto d'opera professionale per difetto della richiesta informativa deriverà il diritto dell'avvocato che abbia eseguito il mandato professionale ad agire per indebito arricchimento.

Il Consiglio Nazionale Forense ha espresso netto dissenso rispetto all'ipotesi di nullità del contratto d'opera introdotta dalla bozza e non è escluso un ripensamento ministeriale in proposito.

L'effetto deterrente della sanzione disciplinare per violazione dell'obbligo di informativa al cliente, infatti, non dovrebbe essere sottovalutato; per rendere più efficace tale sanzione sarebbe sufficiente la previsione dell'obbligo del giudice, che verifichi il mancato deposito del documento contenente le prescritte informazioni, di procedere d'ufficio alla segnalazione del fatto al competente consiglio dell'ordine.

6. Gli organismi *"speciali"* di conciliazione.

Fermo restando il ruolo preminente assegnato all'avvocatura nella istituzione di organismi di conciliazione, lo schema di decreto legislativo all'art. 19 prevede che altri consigli degli ordini professionali possano - previa autorizzazione ministeriale - costituire *"organismi speciali"* di conciliazione.

Secondo quanto emerge dalla relazione illustrativa questi *"speciali"* organismi di conciliazione dovrebbero avere una competenza limitata alle specifiche materie tecniche oggetto delle varie professioni regolamentate (medici, ingegneri, commercialisti e così via).

Da un lato è evidente la differenziazione di questi *"speciali"* organismi di conciliazione rispetto a quelli istituiti dai consigli degli ordini forensi: questi ultimi godono, per così dire, di una competenza generale, indipendentemente dalla materia del contendere. Dall'altro lato, tuttavia, non si può non rilevare che rispetto all'ambito di operatività degli *"speciali"* organismi di conciliazione istituiti dai consigli degli ordini professionali diversi da quelli forensi si pone un problema delicato.

Ove la materia del contendere coinvolga un appartenente all'ordine che gestisce l'organismo di conciliazione, infatti, vengono necessariamente messi in discussione i profili di imparzialità e di indipendenza che connotano la figura del mediatore.

Di tale situazione si è dimostrato consapevole il legislatore in materia di arbitrato amministrato, prevedendo all'art. 832 c.p.c. che *"le istituzioni a carattere associativo e quelle costituite per la rappresentanza degli interessi delle categorie professionali non possono nominare arbitri nelle controversie che contrappongono i propri associati o appartenenti alla categoria professionale a terzi"*.

Si potrà naturalmente obiettare che le due situazioni non sono equiparabili perché quella presa in considerazione dall'art. 832 c.p.c. riguarda una procedura aggiudicativa in senso stretto qual è l'arbitrato e non una procedura conci-

liativa, ma resta il fatto - ineliminabile - della dubbia sussistenza, nell'ipotesi considerata, dei necessari requisiti di terietà del mediatore.

7. La "competenza" degli organismi.

Un aspetto della normativa in itinere che merita particolare attenzione è quello dell'accesso ai vari organismi di conciliazione.

La modalità di avvio del procedimento si sostanzia nel deposito della domanda di conciliazione presso un organismo abilitato (art. 4 della bozza). Nulla si dispone in ordine ai criteri di individuazione di tale organismo, consentendo così alle parti, ma anche a quella che unilateralmente decide di avviare la procedura, di scegliere liberamente a quale organismo rivolgersi.

L'unico criterio richiamato per la selezione tra più domande di conciliazione relative alla medesima controversia è quello della prevenzione, ancorata al dato temporale del deposito della prima domanda.

La relazione ha cura, in proposito, di precisare le ragioni della scelta di non ancorare l'accesso alla conciliazione a rigidi criteri di competenza "territoriale", ravvisate da un lato nelle difficoltà applicative anche ai fini della risoluzione di contrasti sulla scelta e, dall'altro, nella previsione che - almeno in alcune materie - gli organismi di conciliazione "ben difficilmente conosceranno una distribuzione così capillare da riprodurre la competenza degli uffici giudiziari".

È innegabile che l'introduzione di qualsiasi criterio selettivo della "competenza" degli organismi di conciliazione in ragione della loro ubicazione territoriale ponga delicate questioni (quale criterio adottare? Chi decide sui conflitti di competenza?) e che la soluzione più semplice è quella al momento ipotizzata.

Ma se le ragioni che inducono a prevedere l'assenza di regole sulla competenza territoriale si giustificano certamente con riferimento all'ipotesi della conciliazione volontaria, molti dubbi in proposito si pongono con riferimento al tentativo obbligatorio di conciliazione.

In questa ipotesi, infatti, il legislatore intende porre una "condizione di procedibilità" dell'azione giurisdizionale costituita dall'esperimento del tentativo di conciliazione.

Ma in tutte le ipotesi in cui il legislatore impone un tentativo obbligatorio di conciliazione, a pena di improcedibilità della domanda giudiziale, si rinviene una precisa individuazione dell'organismo incaricato della relativa procedura (così in tema di controversie di lavoro l'art. 410 c.p.c.; in materia agraria l'art. 46 della legge n. 203/82; in tema di telecomunicazioni l'art. 1 della legge 31 luglio 1997 n. 249 e regolamenti attuativi; in tema di sub-fornitura l'art. 10 della legge 18 giugno 1998 n. 192, per citare le principali ipotesi).

L'attuale previsione della bozza di decreto legislativo prevede non solo l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione in un rilevante elenco di materie (riferibili a circa un milione di controversie per ciascun anno), ma anche l'obbligatorietà della mediazione "valutativa" in caso di insuccesso di conciliazione su base volontaria.

In questa prospettiva la previsione che il tentativo di conciliazione debba avere luogo davanti ad un organismo avente sede nell'ambito della circoscrizione territoriale del giudice che sarebbe competente per il merito della controversia sembrerebbe auspicabile.

Resta naturalmente aperto il problema relativo alla regolamentazione dei possibili contrasti sulla competenza territoriale dell'organismo adito, ma si tratta di un problema

comune a tutti i tentativi obbligatori di conciliazione già noti, rispetto ai quali il legislatore non ha apprestato alcun rimedio esplicito: in ogni caso potrebbe essere previsto che l'organismo di conciliazione debba verificare d'ufficio la propria competenza ai fini dell'utile esperimento del tentativo di conciliazione obbligatorio.

8. Mediazione e arbitrato.

Per quanto concerne il rapporto tra mediazione ed arbitrato la bozza di decreto legislativo (art. 5, comma 7) prevede che il tentativo obbligatorio di conciliazione nelle materie individuate costituisca altresì condizione di procedibilità dell'arbitrato previsto dalle parti per la risoluzione dei loro conflitti.

Le ragioni di tale previsione sono giustificate dalla relazione accompagnatoria con la natura aggiudicativa della pronuncia arbitrale.

Per converso, non si applica all'arbitrato la disciplina delle spese in deroga al principio della soccombenza di cui all'art. 13, perché - sempre secondo la relazione - nel procedimento arbitrale la disciplina delle spese sarebbe "peculiare" e non vi sarebbe necessità, per l'arbitrato, di scongiurare l'abuso del processo.

L'obbligatorietà del tentativo di conciliazione anche in sede arbitrale è assai opinabile, in quanto invasiva dell'autonomia privata nel cui ambito, secondo l'insegnamento della Suprema Corte, si esaurisce il fenomeno arbitrale.

Né sembrano persuasive le argomentazioni, sopra ricordate, con le quali la relazione cerca di giustificare la scelta.

Ancor meno giustificata appare la previsione di una condizione di procedibilità dell'arbitrato alla luce della ratio deflattiva del contenzioso giurisdizionale che giustifica, secondo talune decisioni della Corte Costituzionale, l'obbligatorietà del tentativo di conciliazione.

Detto ciò, non si vuole sostenere in astratto l'incompatibilità della conciliazione con l'arbitrato, ma in concreto l'inopportunità che il tentativo di conciliazione sia obbligatorio anche in presenza di clausola compromissoria o compromesso.

Se è vero, infatti, che nella prassi gli arbitri verificano comunque in via preliminare la sussistenza delle condizioni per giungersi ad una soluzione non contenziosa della controversia, non può sottacersi che le differenze ontologiche tra conciliazione ed arbitrato consentano la coesistenza degli istituti attraverso le cosiddette clausole "multi - step" con le quali le parti prevedono di impegnarsi all'esperimento di un tentativo di conciliazione assistita e, in caso di insuccesso, il deferimento della controversia in arbitrato.

Ma in questa ipotesi si tratta di una scelta volontaria delle parti e non della introduzione di un procedimento obbligatorio nell'ambito dell'autonomia privata.

Nell'attuale assetto dei rapporti tra esercizio della giurisdizione e arbitrato la scelta in discussione costituisce una (probabilmente inutile) forzatura che non merita consenso.

9. Miti e realtà della conciliazione.

Occorre fare cenno, in conclusione, a taluni fraintendimenti che spesso accompagnano i dibattiti in tema di conciliazione stragiudiziale.

Questa forma di composizione stragiudiziale delle controversie non può essere mitizzata al punto di farla assurgere al ruolo di soluzione capace di per sé di risolvere le croniche disfunzioni del nostro sistema di giustizia civile.

È sufficiente leggere le considerazioni di Piero Calamandrei sullo stato della giustizia civile in Italia (nel 1921), recente-

mente riproposte nel volume *“Sine causidicis”* edito dal C.N.F., per rendersi conto che la situazione, a quasi un secolo di distanza, non è poi così diversa (o migliore) da quella allora descritta.

Non sarà certo l'ampliamento della ipotesi di tentativo obbligatorio di conciliazione che potrà porre rimedio alla inefficienza della giustizia civile, che abbisogna di ben altri interventi che presuppongono peraltro l'utilizzo di risorse oggi (apparentemente) non disponibili.

Anzi, come molti hanno osservato, il successo della conciliazione stragiudiziale presuppone (o dovrebbe presupporre) un efficiente sistema della giustizia civile che induca a preferire la soluzione negoziata al rischio della soccombenza totale in giudizio.

Se poi guardiamo il fenomeno della conciliazione stragiudiziale quale oggi si presenta nel nostro ordinamento possiamo agevolmente constatare che i dati non sono molto confortanti.

È vero che, alla luce delle statistiche diffuse da UNIONCAMERE (le uniche disponibili), nell'ultimo decennio si è assistito ad una crescita esponenziale delle conciliazioni

(peraltro con diffusione non omogenea nel territorio): ma si tratta di poche migliaia di controversie evitate, con effetto pressoché nullo sul contenimento del contenzioso.

Un altro mito da sfatare riguarda l'ipotesi, che si vorrebbe accreditare, che la mediazione non ha bisogno degli avvocati, ben potendo le parti raggiungere un accordo soddisfacente con il solo ausilio del mediatore.

Se la situazione giuridica di ciascuna parte non ha formato oggetto di esame da parte di un avvocato non vi sarà consapevolezza dei profili di debolezza di ciascuna posizione, e ciò non favorisce certamente un accordo.

Ancora, non si vede come - senza l'ausilio di un avvocato - le parti possano ragionevolmente confidare sulla efficacia e vincolatività dell'eventuale accordo raggiunto con la sola assistenza di un mediatore non giurista.

La conciliazione ha quindi bisogno degli avvocati per avere successo; beninteso, di avvocati che ne abbiano colto le molte opportunità positive per la categoria.

Questa è la vera sfida che l'introduzione di un sistema organico di conciliazione stragiudiziale pone all'avvocatura. Ed è una sfida che si può vincere.

CM moto concessionario



Piazza Paolo Da Novi
41/43 R - Genova
Tel. 010 58 71 61
info@cmmoto.it
www.cmmoto.it

**643 sportelli bancari
416 agenzie assicurative
oltre 2.000.000 di clienti
oltre 500 anni di storia**



**Un unico
grande gruppo,
dal 1483.**

 **BANCA CARIGE**
Cassa di Risparmio di Genova e Imperia

 **CASSA DI RISPARMIO
DI SAVONA**

 **Banca Cesare Ponti**
PRIVATE BANKING

 **Cassa
di Risparmio
di Carrara S.p.A.**

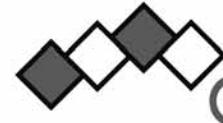
 **BANCA
DEL MONTE
DI LUCCA SPA**

 **Creditis**
Servizi Finanziari

 **CARIGE SGR**
Asset Management SpA - Società di Gestione del Risparmio

CARIGE ASSICURAZIONI

**CARIGE VITA NUOVA
ASSICURAZIONI**

 **GRUPPO
BANCA CARIGE**

Un porto sicuro nella vostra città.

www.gruppocarige.it

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze e Ordinanze

Corte Costituzionale, sent. 14 luglio 2009, n. 214 - Pres. Amirante - Est. Mazzella.

LAVORO - apposizione di un termine al contratto di lavoro subordinato per ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo - abrogazione della legge che consentiva l'apposizione del termine per le assunzioni operate per sostituire lavoratori assenti dei quali era indicato nel contratto a termine il nome - eccezione di delega - violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario - insussistenza - infondatezza della questione.

LAVORO - possibilità di apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato per le assunzioni da parte di imprese concessionarie di servizi postali nei limiti indicati nella legge - disparità di trattamento - incidenza sulle funzioni del potere giudiziario - insussistenza - Infondatezza della questione.

LAVORO - apposizione indebita di un termine alla durata dei contratti di lavoro subordinato - previsione per i soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina dell'obbligo d'indennizzo a favore dei lavoratori - disparità di trattamento - violazione dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria e degli obblighi discendenti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo - insufficiente motivazione sulla rilevanza - difetto di rilevanza - inammissibilità delle questioni.

LAVORO - previsione per i soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della nuova disciplina dell'obbligo d'indennizzo a favore dei lavoratori - disparità di trattamento - sussistenza - illegittimità costituzionale - assorbimento degli ulteriori profili d'inconstituzionalità.

È infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 1, c. 1, e 11, d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, c. 1, Cost., nella parte in cui consentono di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere produttivo, tecnico, organizzativo o sostitutivo e abrogano la legge che consentiva l'apposizione del termine solo per sostituire lavoratori assenti dei quali era indicato il nome nel contratto a termine (Cost. artt. 76, 77, 117 c. 1; direttiva 1999/70/CE del 28 giugno 1999; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, artt. 1, c. 1, e 38). (1)

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, inserito dall'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, in riferimento agli artt. 3, c. 1, 101, 102 e 104 Cost., nella parte in cui consente di apporre un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato se l'assunzione è effettuata da imprese concessionarie di servizi postali nei limiti indicati dalla legge (Cost. artt. 3, 101, 102 e 104; direttiva 1997/67/CE del 15 dicembre 1997; d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 2, c. 1-bis). (2)

Sono inammissibili, per insufficiente motivazione e per difetto di mo-

tivazione in ordine alla rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in riferimento agli artt. 3, 24, 111, e 117, c. 1 (in relazione all'art. 6 della CEDU), Cost., nella parte in cui stabilisce, in caso di indebita apposizione di un termine al contratto di lavoro, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere ai lavoratori un indennizzo solo per i giudizi in corso all'entrata in vigore della nuova disciplina (Cost. artt. 3, 24, 11 e 117, c. 1; Convenzione europea dei diritti dell'uomo, art. 6; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 4-bis). (3)

È costituzionalmente illegittimo, in riferimento all'art. 3 Cost., l'art. 4-bis del d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, in quanto stabilisce, in caso di indebita apposizione di un termine al contratto di lavoro, l'obbligo del datore di lavoro di corrispondere ai lavoratori un indennizzo solo per i giudizi in corso all'entrata in vigore della nuova disciplina, così determinando un'irragionevole discriminazione fra situazioni di fatto identiche (Cost. artt. 3, 24, 11 e 117, c. 1; art. 6; d.lgs. 6 settembre 2001, n. 368, art. 4-bis). (4)

(...Omissis...)

Considerato in diritto.

1. - Con separate ordinanze, le Corti di appello di Torino, Genova, Bari, Caltanissetta, Venezia, L'Aquila e Roma ed i Tribunali di Roma, Trani, Ascoli Piceno, Trieste, Viterbo, Milano e Teramo hanno sollevato, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 24, 76, 77, 101, 102, 104, 111 e 117, 1° comma, della Costituzione, questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, 2, comma 1-bis, 4-bis ed 11 del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES).

2. - La parziale identità di molte delle questioni proposte e l'appartenenza di tutte le norme censurate allo stesso testo normativo rendono opportuna la riunione dei giudizi al fine della loro decisione con un'unica sentenza.

3. - I Tribunali di Roma (r.o. n. 413 del 2008) e di Trani (r.o. n. 434 del 2008) dubitano, in particolare, della legittimità degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368 del 2001.

La prima delle predette norme stabilisce che «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» [le parole «, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro», sono state aggiunte dall'art. 21, comma 1, del decreto-legge 25 giugno 2008 n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133].

L'art. 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, invece, dispone, al comma 1, l'abrogazione, tra l'altro, dell'intera legge 18 aprile 1962, n. 230 (Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato), la quale, all'art. 1, 2° comma, lettera b), consentiva l'apposizione del termine al contratto di lavoro subordinato «quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempreché nel contratto di lavoro a ter-

mine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione».

Ad avviso dei rimettenti, le norme censurate, nel sopprimere l'art. 1, 2º comma, lettera b), della legge n. 230 del 1962 e, quindi, nell'abolire l'onere dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito quale condizione di liceità dell'assunzione a tempo determinato di altro dipendente, violerebbero l'art. 77 Cost., poiché la legge di delega 29 dicembre 2000, n. 422 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee - Legge comunitaria 2000), in esecuzione della quale è stato emanato il d.lgs. n. 368 del 2001, attribuiva al Governo esclusivamente il potere di attuare la direttiva 1999/70/CE, la quale non conteneva alcuna disposizione in tema di presupposti per l'apposizione delle clausole del termine. Sussisterebbe contrasto, poi, con l'art. 76 Cost., poiché la menzionata legge n. 422 del 2000 non prevedeva principi direttivi ulteriori rispetto all'attuazione della direttiva 1999/70/CE la quale, alla clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro da essa recepito, dispone che l'applicazione dell'accordo non può costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso, mentre le disposizioni censurate, eliminando la necessità dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito, determinerebbero un arretramento della tutela garantita ai lavoratori dal precedente regime. Infine, ad avviso del solo Tribunale di Roma, sarebbe lesa anche l'art. 117, 1º comma, Cost., per violazione dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

3.1. - La questione non è fondata nei termini di seguito precisati.

Entrambi i rimettenti omettono di considerare adeguatamente che l'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, dopo aver stabilito, al comma 1, che l'apposizione del termine al contratto di lavoro è consentita a fronte di ragioni di carattere (oltre che tecnico, produttivo e organizzativo, anche) sostitutivo, aggiunge, al comma 2, che «L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta, direttamente o indirettamente, da atto scritto nel quale sono specificate le ragioni di cui al comma 1».

L'onere di specificazione previsto da quest'ultima disposizione impone che, tutte le volte in cui l'assunzione a tempo determinato avvenga per soddisfare ragioni di carattere sostitutivo, risulti per iscritto anche il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione. Infatti, considerato che per "ragioni sostitutive" si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto.

Non avendo gli impugnati artt. 1, comma 1, ed 11 del d.lgs. n. 368 del 2001 innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina contenuta nella legge n. 230 del 1962, non sussiste la denunciata violazione dell'art. 77 della Costituzione. Invero, l'art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega n. 422 del 2000 consente al Governo di apportare modifiche o integrazioni alle discipline vigenti nei singoli settori interessati dalla normativa da attuare e ciò al fine di evitare dis-

armonie tra le norme introdotte in sede di attuazione delle direttive comunitarie e, appunto, quelle già vigenti.

In base a tale principio direttivo generale, il Governo era autorizzato a riprodurre, nel decreto legislativo di attuazione della direttiva 1999/70/CE, precetti già contenuti nella previgente disciplina del settore interessato dalla direttiva medesima (contratto di lavoro a tempo determinato). Infatti, inserendo in un unico testo normativo sia le innovazioni introdotte al fine di attuare la direttiva comunitaria, sia le disposizioni previgenti che, attenendo alla medesima fattispecie contrattuale, erano alle prime intimamente connesse, si sarebbe garantita la piena coerenza della nuova disciplina anche sotto il profilo sistematico, in conformità con quanto richiesto dal citato art. 2, comma 1, lettera b), della legge di delega. Non sussiste neppure la denunciata lesione dell'art. 76 Cost., poiché le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime e, pertanto, non si pongono in contrasto con la clausola n. 8.3 dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela già goduto dai lavoratori.

Per la stessa ragione (insussistenza, sotto il profilo in esame, di un contrasto con la normativa comunitaria) è infondata la censura formulata in riferimento all'art. 117, 1º comma, Cost., il quale impone al legislatore di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

4. - Il Tribunale di Roma (r.o. n. 217 del 2008) dubita della legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001, aggiunto dall'art. 1, comma 558, della legge 23 dicembre 2005, n. 266 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2006). In virtù di tale disposizione è consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1º gennaio dell'anno cui le assunzioni si riferiscono.

Ad avviso del rimettente, la norma, consentendo alle aziende concessionarie di servizi nei settori delle poste di stipulare contratti di lavoro a tempo determinato (oltre che per le cauziali e nelle forme previste dall'art. 1 dello stesso d.lgs. n. 368 del 2001) anche liberamente entro i limiti temporali e quantitativi in essa indicati, violerebbe, da un lato, l'art. 3, 1º comma, Cost., poiché introdurrebbe, ai danni dei lavoratori operanti nel settore delle poste, una disciplina differenziata del lavoro a termine priva di ragionevolezza e di valide ragioni giustificatorie e, dall'altro, gli artt. 101, 102 e 104 Cost., perché l'introduzione di una «acausalità» per le assunzioni a termine nel settore postale sottrarrebbe ingiustificatamente al giudice ordinario il potere di verifica delle effettive ragioni oggettive e temporanee poste alla base di dette assunzioni.

4.1. - La questione non è fondata.

Innanzitutto non è ravvisabile alcuna lesione dell'art. 3 della Costituzione.

La norma censurata costituisce la tipizzazione legislativa di un'ipotesi di valida apposizione del termine. Il legislatore, in base ad una valutazione - operata una volta per tutte in via generale e astratta - delle esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali di disporre di una quota (15 per cento) di organico flessibile, ha previsto che tali imprese pos-

sano appunto stipulare contratti di lavoro a tempo determinato senza necessità della puntuale indicazione, volta per volta, delle ragioni giustificatrici del termine.

Tale valutazione preventiva ed astratta operata dal legislatore non è manifestamente irragionevole.

Infatti, la garanzia alle imprese in questione, nei limiti indicati, di una sicura flessibilità dell'organico, è direttamente funzionale all'onere gravante su tali imprese di assicurare lo svolgimento dei servizi relativi alla raccolta, allo smistamento, al trasporto ed alla distribuzione degli invii postali, nonché la realizzazione e l'esercizio della rete postale pubblica i quali «costituiscono attività di preminente interesse generale», ai sensi dell'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 (Attuazione della direttiva 1997/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio).

In particolare, poi, in esecuzione degli obblighi di fonte comunitaria derivanti dalla direttiva 1997/67/CE, l'Italia deve assicurare lo svolgimento del c.d. «servizio universale» (cioè la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 chilogrammi; la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 chilogrammi; i servizi relativi agli invii raccomandati ed agli invii assicurati: art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 261 del 1999); tale servizio universale «assicura le prestazioni in esso ricomprese, di qualità determinata, da fornire permanentemente in tutti i punti del territorio nazionale, incluse le situazioni particolari delle isole minori e delle zone rurali e montane, a prezzi accessibili a tutti gli utenti» (art. 3, comma 1); l'impresa fornitrice del servizio deve garantire tutti i giorni lavorativi, e come minimo cinque giorni a settimana, salvo circostanze eccezionali valutate dall'autorità di regolamentazione, una raccolta ed una distribuzione al domicilio di ogni persona fisica o giuridica (art. 3, comma 4); il servizio deve esser prestato in via continuativa per tutta la durata dell'anno (art. 3, comma 3).

Non è, dunque, manifestamente irragionevole che ad imprese tenute per legge all'adempimento di simili oneri sia riconosciuta una certa flessibilità nel ricorso (entro limiti quantitativi comunque fissati inderogabilmente dal legislatore) allo strumento del contratto a tempo determinato.

Si aggiunga che l'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001 impone alle aziende di comunicare ai sindacati le richieste di assunzioni a termine, prevedendo così un meccanismo di trasparenza che agevola il controllo circa l'effettiva osservanza, da parte datoriale, dei limiti posti dalla norma. La questione non è fondata neppure sotto il profilo della pretesa violazione degli artt. 101, 102 e 104 della Costituzione.

La norma censurata si limita a richiedere, per la stipula di contratti a termine da parte delle imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste, requisiti diversi rispetto a quelli valevoli in generale (non già l'indicazione di specifiche ragioni temporali, bensì il rispetto di una durata massima e di una quota percentuale dell'organico complessivo). Pertanto il giudice ben può esercitare il proprio potere giurisdizionale al fine di verificare la ricorrenza in concreto di tutti gli elementi di tale dettagliata fattispecie legale.

5. - Con diciannove distinte ordinanze, le Corti di appello di Torino (r.o. n. 427 del 2008), Genova (r.o. n. 441 del 2008), Bari (r.o. n. 12 del 2009), Caltanissetta (r.o. n. 43 del 2009), Venezia (r.o. n. 93 del 2009), L'Aquila (r.o. n. 95 del 2009) e Roma (r.o. n. 102 del 2009), ed i Tribunali di Roma (r.o.

n. 413 del 2008), Ascoli Piceno (r.o. nn. 442 e 443 del 2008), Trieste (r.o. n. 4 del 2009), Viterbo (r.o. n. 22 del 2009), Milano (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009) e Teramo (r.o. n. 70 del 2009), hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del d.l. n. 112 del 2008.

La norma censurata dispone che «Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente ad indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 (Norme sui licenziamenti individuali), e successive modificazioni».

I giudici rimettenti, premettendo che, secondo il «diritto vivente», in caso di violazione delle prescrizioni contenute nell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001, può essere disposta la conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato e riconosciuta al lavoratore una tutela risarcitoria piena, affermano che l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001 violerebbe: l'art. 3 Cost., poiché è fonte di irragionevole disparità di trattamento, collegata al solo dato temporale del momento di proposizione del ricorso giudiziale, tra lavoratori che si trovano nella identica situazione di fatto (r.o. nn. 413, 427, 441, 442 e 443 del 2008; 4, 12, 25, 26, 27, 28, 43, 86, 87 e 93 del 2009); l'art. 3 Cost., in quanto introduce una disciplina priva di ragionevolezza, perché: a) interviene nei rapporti di diritto privato sacrificando arbitrariamente il diritto del lavoratore assunto illegittimamente a tempo determinato a godere della tutela garantita dalla legge vigente all'epoca dell'instaurazione del rapporto e favorendo contemporaneamente il datore di lavoro che ha dato luogo all'illegittimità (r.o. nn. 442 e 443 del 2008); b) non è ravvisabile alcuna giustificazione razionale nel fatto che la disposizione modifichi la regola sostanziale rispetto ad una categoria di soggetti, riducendo la tutela mentre pendono i giudizi, proprio e solo per il fatto di avere una causa in corso (r.o. n. 102 del 2009); c) la delimitazione temporale del trattamento discriminatorio si riferisce alla mera penitenza del processo, e quindi ad una circostanza assolutamente accidentale (r.o. nn. 22, 70 e 95 del 2009); gli artt. 3, 1° comma, e 24 Cost., perché viola il generale principio dell'affidamento legittimamente posto dal cittadino sulla certezza dell'ordinamento giuridico (r.o. nn. 413 del 2008; 12, 22 e 70 del 2009); l'art. 10 Cost., poiché lede il principio di parità di trattamento che è principio generale del diritto internazionale e comunitario che l'Italia si è impegnata a rispettare (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009); gli artt. 11, secondo periodo, e 117, 1° comma, Cost., perché, riducendo la tutela accordata in precedenza dall'ordinamento ai lavoratori assunti con contratto a tempo determinato, viola la clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato recepito dalla direttiva 1999/70/CE e, conseguentemente, l'obbligo del legislatore interno di rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario ed internazionale (r.o. nn. 442 e 443 del 2008); l'art. 24 Cost., perché compromette il diritto di difesa dei lavoratori ricorrenti, sottraendo loro la possibilità di ottenere il vantaggio della conversione del contratto in rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la cui prospettiva aveva direttamente condizioni

zionato l'esercizio del loro diritto di azione (r.o. nn. 427 del 2008; 24, 25, 26, 27, 28, 43, 86, 87, 93 e 102 del 2009); l'art. 111 Cost., con riferimento al principio del giusto processo, perché la norma censurata modifica, nel corso dei procedimenti giudiziali, la tutela sostanziale accordabile al diritto azionato, senza che ricorrano idonee ragioni oggettive o generali (r.o. nn. 93 e 102 del 2009); gli artt. 101, 102, 2° comma, e 104, 1° comma, Cost., poiché un intervento legislativo che riguardi solamente alcuni giudizi in corso ad una certa data è privo del requisito di astrattezza proprio delle norme giuridiche ed assume un carattere provvidenziale generale invasivo dell'ambito riservato alla giurisdizione (r.o. nn. 413 del 2008 e 22 del 2009); l'art. 117, 1° comma, Cost., in connessione con l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 (ratificata dalla legge 4 agosto 1955, n. 848), il quale impedisce al legislatore di intervenire con norme ad hoc per la risoluzione di controversie in corso (r.o. nn. 413 e 441 del 2008; 4, 12, 22, 43, 25, 26, 27, 28, 70, 86, 87, 93, 95 e 102 del 2009); l'art. 117, 1° comma, Cost., poiché la norma censurata costituisce un completamento o una modifica del d.lgs. n. 368 del 2001 e dunque un'applicazione della direttiva 1999/70/CE e avrebbe pertanto dovuto rispettare la clausola di non regresso enunciata nella clausola 8, punto 3, dell'accordo quadro recepito dalla medesima direttiva (r.o. nn. 25, 26, 27, 28, 86 e 87 del 2009).

5.1. - Nel giudizio introdotto dall'ordinanza n. 4 del 2009 è intervenuta l'associazione "Articolo 21 Liberi di", che non era parte nel relativo giudizio a quo.

Per costante giurisprudenza di questa Corte, possono partecipare al giudizio incidentale di legittimità costituzionale le sole parti del giudizio principale e i terzi portatori di un interesse qualificato, immediatamente inerente al rapporto sostanziale dedotto in giudizio (da ultimo, sentenza n. 47 del 2008). L'associazione "Articolo 21 Liberi di" motiva il proprio intervento con la necessità di rappresentare alla Corte che il lavoro precario è largamente diffuso anche nel settore dell'editoria e della radiotelevisione. L'interesse dell'associazione è, quindi, privo di correlazione con le specifiche e peculiari posizioni soggettive dedotte nel giudizio principale ed il suo intervento deve essere dichiarato inammissibile.

5.2. - Le questioni sollevate dalle Corti di appello di Torino, Caltanissetta, Venezia e L'Aquila e dal Tribunale di Teramo sono inammissibili per insufficiente motivazione sulla rilevanza.

Infatti gli atti di rimessione nulla dicono circa la legittimità o meno del termine apposto ai contratti di lavoro oggetto dei relativi giudizi a quibus. Pertanto questa Corte non è posta in condizione di verificare la sussistenza, nelle singole fattispecie, del requisito della rilevanza, perché ben potrebbe darsi che, in quelle ipotesi, non sussista violazione né dell'art. 1, né dell'art. 2, né dell'art. 4 del d.lgs. n. 368 del 2001, con conseguente inapplicabilità dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001 nei giudizi principali.

5.3. - La questione sollevata dalla Corte d'appello di Bari è inammissibile per un'analogia ragione. Infatti, il giudice a quo si esprime in termini meramente possibilistici circa la fondatezza della tesi - sostenuta dal lavoratore - della nullità del termine apposto al contratto per cui è causa e, quindi, neppure in tal caso questa Corte può essere certa della rilevanza della questione.

5.4. - Le questioni sollevate dal Tribunale di Milano sono inammissibili per difetto di rilevanza, perché nella motiva-

zione di ciascun atto di rimessione si legge che il relativo giudizio a quo è stato promosso dopo l'entrata in vigore della norma censurata, mentre l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001 si applica solamente alle controversie in corso alla data della sua entrata in vigore.

5.5. - Residuano, pertanto, le questioni sollevate dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo.

Il Presidente del Consiglio dei ministri ha eccepito l'inammissibilità di tali questioni (ad eccezione di quella sollevata dal Tribunale di Roma), perché i rimettenti non hanno spiegato per quale ragione, nella fattispecie concreta oggetto del loro giudizio, pur ammettendo che il termine sia stato illegittimamente apposto, non si dovrebbe dichiarare l'estinzione del rapporto per mutuo consenso.

L'eccezione non è fondata.

In effetti, l'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno n. 442 del 2008 espressamente dà atto dell'infondatezza dell'eccezione di estinzione del rapporto per mutuo consenso sollevata dal datore di lavoro nel giudizio principale.

Nelle ordinanze delle Corti di appello di Genova e di Roma sono indicate le eccezioni sollevate in secondo grado dalle parti datoriali e tra esse non figura quella di estinzione del rapporto per mutuo consenso; ciò è sufficiente al fine di tenere rilevante la questione di legittimità dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001 nei relativi giudizi principali, poiché questi ultimi sono giudizi di secondo grado nei quali, in difetto di una specifica eccezione sollevata dalla parte interessata, il giudice non può affermare l'estinzione del rapporto di lavoro per mutuo consenso.

Analogamente, nell'ordinanza del Tribunale di Ascoli Piceno n. 443 del 2008 sono riportate tutte le difese del datore di lavoro e, tra queste, non v'è l'eccezione di estinzione per mutuo consenso, non rilevabile d'ufficio.

Nella propria ordinanza di rimessione il Tribunale di Trieste lascia impregiudicata l'eccezione di estinzione per mutuo consenso formalmente eccepita dal datore di lavoro e tuttavia aggiunge che, in ogni caso, nella fattispecie oggetto del giudizio a quo, vi sarebbero gli estremi per la dichiarazione della costituzione di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato dalla data di sottoscrizione del primo contratto di lavoro a tempo determinato tra le parti alla scadenza dell'ultimo; conseguentemente, l'art. 4-bis impedirebbe anche tale, sia pure ridotta, declaratoria di conversione del rapporto.

L'ordinanza del Tribunale di Viterbo è stata pronunciata nel corso di un giudizio cautelare promosso poco dopo la scadenza del contratto a termine, onde - avendo il lavoratore immediatamente reagito in sede giudiziale - non sussiste la circostanza del consistente lasso di tempo intercorso tra la scadenza del termine e la proposizione del ricorso giudiziale richiesta dalla giurisprudenza di legittimità per poter affermare che si sia formato un mutuo consenso per l'estinzione del rapporto.

5.6. - Con riferimento alle questioni sollevate proprio dal Tribunale di Viterbo, il Presidente del Consiglio dei ministri eccepisce, inoltre, la loro inammissibilità perché, dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione, apparirebbe che la fattispecie dedotta nel giudizio principale sia da ricondurre all'ambito di operatività dell'art. 5 del d.lgs. n. 368 del 2001 (che disciplina l'ipotesi della successione dei contratti a termine), fattispecie cui non si applica l'art. 4-bis dello stesso d.lgs. n. 368.

L'eccezione non è fondata.

Infatti il Tribunale di Viterbo afferma espressamente che l'ordine di riammissione in servizio della lavoratrice - contenuto nell'ordinanza pronunciata ai sensi dell'art. 700 c.p.c. contro la quale è stato proposto il reclamo che il rimettente deve decidere - è stato pronunciato perché il giudice di prime cure aveva ritenuto la violazione dell'art. 1 del d.lgs. n. 368 del 2001 per omessa indicazione delle causali dell'assunzione a tempo determinato, fatti-specie che rientra pacificamente nell'ambito di operatività dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368.

5.7. - Nel merito le questioni sollevate in riferimento all'art. 3 Cost. dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo sono fondate. In effetti, situazioni di fatto identiche (contratti di lavoro a tempo determinato stipulati nello stesso periodo, per la stessa durata, per le medesime ragioni ed affetti dai medesimi vizi) risultano destinatarie di discipline sostanziali diverse (da un lato, secondo il diritto vivente, conversione del rapporto in rapporto a tempo indeterminato e risarcimento del danno; dall'altro, erogazione di una modesta indennità economica), per la mera e del tutto casuale circostanza della pendenza di un giudizio alla data (anch'essa sganciata da qualsiasi ragione giustificatrice) del 22 agosto 2008 (giorno di entrata in vigore dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112).

Siffatta discriminazione è priva di ragionevolezza, né è collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un certo regime normativo ad un altro. Infatti l'intervento del legislatore non ha toccato la disciplina relativa alle condizioni per l'apposizione del termine o per la proroga dei contratti a tempo determinato, ma ha semplicemente mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fatti-specie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro.

Deve pertanto essere dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, con assorbimento delle questioni sollevate in riferimento ad altri parametri costituzionali dalle Corti d'appello di Genova e di Roma e dai Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste e Viterbo.

P.Q.M. la Corte Costituzionale

riuniti i giudizi,

1) dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4-bis del decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368 (Attuazione della direttiva 1999/70/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES), introdotto dall'art. 21, comma 1-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133;

2) dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale del medesimo art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevate, in riferimento agli artt. 3, 10, 11, 24, 111, 117, 1° comma, della Costituzione, dalle Corti di appello di Torino, Bari, Caltanissetta, Venezia e L'Aquila e dai Tribunali di Milano e Teramo con le ordinanze indicate in epigrafe;

3) dichiara non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, e 11 del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevate, in riferimento agli artt. 76, 77 e 117, 1°

comma, della Costituzione, dal Tribunale di Roma con l'ordinanza n. 413 del 2008 e dal Tribunale di Trani con l'ordinanza indicata in epigrafe;

4) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1-bis, del d.lgs. n. 368 del 2001, sollevata, in riferimento agli artt. 3, 1° comma, 101, 102 e 104 della Costituzione, dal Tribunale di Roma con l'ordinanza n. 217 del 2008. (... *Omissis...*)

(1-4) La coerenza del sistema tra interventi improvvisti del legislatore e giudizio costituzionale di ragionevolezza.

1. La sentenza interviene a dirimere le questioni di legittimità costituzionale sollevate da numerose autorità giudiziarie di cui si dà conto nel successivo commento.

2. Il d.lgs. n. 368 del 2001, recante attuazione della direttiva 1999/70/CE, concernente l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso dall'UNICE, dal CEEP e dal CES (1), emanato a seguito della legge delega 29 dicembre 2000, n. 422, "Legge comunitaria 2000" (2), viene nuovamente portato al vaglio della Consulta (3), essendo contestato, nella sua costituzionalità, sotto molteplici profili e da una pluralità di giudici (4), fra cui anche la Corte d'Appello di Genova (5), che, in particolare, ne ha censurato l'art. 4-bis rispetto al disposto degli artt. 3 c. 1 Cost. e 117 c. 1 Cost., richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea sul caso *Mangold* C-144/04, l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul caso *Scordino c. Italia*, (n. 1) del 29 marzo 2006 (6).

La Corte costituzionale, occorre dirlo subito, ha dichiarato inammissibili, per carenza di motivazione sulla rilevanza, le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 4-bis proposte dalle Corti di appello di Torino, Bari, Caltanissetta, Venezia e L'Aquila, e dai Tribunali di Milano e Teramo, rigettando invece le censure presentate dai Tribunali di Roma e Trani, relative all'art. 1 primo c., nonché dell'art. 11 di tale decreto, per violazione degli artt. 76, 77 e 117 della Costituzione, e dell'art. 2 c. 1-bis, per violazione degli artt. 3 primo c. Cost., e 101, 102, 104 Cost..

Si darà conto ora delle motivazioni che hanno spinto la Consulta alla dichiarazione di non fondatezza delle questioni menzionate, destinando il paragrafo seguente all'analisi dei rilievi di incostituzionalità dell'art. 4-bis del d.lgs. n. 368/2001, unitamente al *decisum* della Corte, la quale, accogliendo la censura che assume come parametro l'art. 3, c. 1, della Costituzione, ha inoltre dichiarato "l'assorbimento" delle questioni di legittimità sollevate in relazione agli ulteriori parametri invocati dai giudici *a quibus*.

Dunque, l'art. 1, primo c., novellato dall'art. 21, c. 1, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133, ha disposto che: "È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro"; mentre l'art. 11, c. 1, ha prescritto l'abrogazione della legge 18 aprile 1962, n. 230 ("Disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato").

A parere dei Tribunali di Roma e di Trani, tali disposizioni violerebbero gli artt. 76 e 77 della Costituzione, poiché la delega conferita al Governo avrebbe autorizzato la sola attuazione della direttiva 1999/70/CE, non necessitando in-

vece l'intera abrogazione della previgente disciplina. In altri termini, la direttiva a cui dare attuazione, a ben vedere, recherebbe solamente l'obiettivo di rendere effettivi il principio di non discriminazione e la garanzia dagli abusi derivanti dall'utilizzo in successione di contratti o rapporti a tempo determinato (da leggersi in combinato con il vincolo contenuto nella clausola di non regresso *ex art. 8 punto 3* dell'Accordo (7)).

Inoltre, a parere del solo Tribunale di Roma, tali disposizioni si rivelerebbero lesive dell'art. 117, c. 1, Cost., per violazione dei "vincoli" derivanti dall'ordinamento comunitario: infatti la Corte di Giustizia nel caso *Mangold*, causa C-144/04, p. 52, avrebbe chiarito che la clausola n. 8 punto 3 della direttiva 1999/70/CE non vieterebbe, in quanto tale, una *reformatio in peius* della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato "quando non è in alcun modo collegata con l'applicazione di questo [accordo quadro]". Tale *reformatio*, si sostiene, sarebbe invece avvenuta proprio nell'atto di trasposizione della direttiva. Il Tribunale di Roma ha denunciato altresì la violazione degli artt. 3 c. 1, 101, 102 e 104 Cost. ad opera dell'art. 2 c. 1-bis del d.lgs. 368/2001, il quale ha introdotto per le aziende concessionarie del servizio postale la possibilità, entro determinati limiti temporali e quantitativi (8), di assumere lavoratori a tempo determinato *senza l'obbligo* di indicazione scritta della *causale* (requisito invece previsto in generale dall'art. 1), risultando altresì più lieve la disciplina sanzionatoria *ex art. 5 c. 3*, poiché la successione di contratti nell'ambito materiale dell'art. 2 non prevederebbe, come di regola in base all'art. 1, la conversione del contratto a tempo indeterminato. Conseguirebbe, pertanto, una disparità irragionevole di trattamento fra i lavoratori in generale ed i lavoratori addetti al servizio postale, essendo questi ultimi sfavoriti rispetto ai primi, nonché una lesione della funzione giudiziaria, impedita nella verifica delle ragioni oggettive che giustificano l'azienda a procedere ad assunzioni a tempo determinato, operazione valutativa preclusa, infatti, dalla mancanza del requisito della indicazione scritta della causale.

Come già anticipato, la Consulta ha dichiarato non fondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 1, c. 1, 11 nonché 2 c. 1-bis del d.lgs. 368/2001 (9), anche se, esaminando attentamente le disposizioni contenute all'art. 1, c. 1, del decreto, e ponendole in raffronto a quelle della previgente normativa, sembrerebbe dubbio affermare che il livello di tutela, accordato ai lavoratori a tempo determinato, sia rimasto immutato. Probabilmente la Corte ha preferito optare, in relazione all'esame di queste censure, per un *self-restraint*, non lasciandosi andare ad un'operazione valutativa ad essa in principio preclusa: infatti, il riconoscimento di una innovazione "lesiva" del tasso di tutela accordato dalla vecchia legge n. 230/1962 avrebbe potuto portare la Corte ad effettuare una "rischiosa" analisi del merito della normativa. Che un'innovazione, comunque, ci sia stata rispetto al previgente regime pare indiscutibile, seppur ricollegata dalla stessa Corte alla necessità di dare attuazione alla direttiva, nel quadro di una disciplina, per come dire, "unificata" (10).

Altro discorso vale invece per il rigetto della questione concernente l'art. 2, c. 1-bis: la disparità di trattamento, nel settore dei servizi postali, sarebbe invece giustificata e non irragionevole, costituendo "esigenza ingeribile" la garanzia del buon funzionamento di tale servizio, qualificato come "attività di preminente interesse generale" (11). Il legislatore con tale normativa avrebbe, pertanto, cercato di coniugare le esigenze delle imprese concessionarie di servizi postali (interessate alla flessibilità dell'organico) con la tutela della buona amministrazione di un servizio incidente sull'interesse e sui diritti della collettività (12).

Infine, non sarebbero violati gli artt. 101, 102 e 104 Cost., in quanto pur presentando la normativa censurata "requisiti diversi rispetto a quelli valevoli in generale [...] il giudice ben può esercitare il proprio potere giurisdizionale al fine di verificare la ricorrenza in concreto di tutti gli elementi di tale dettagliata fattispecie legale" (13).

3. Venendo, dunque, all'unica disposizione annullata dalla Corte costituzionale, come già detto, i remittenti vi hanno variamente individuato la violazione degli artt. 3 c. 1, 24, 101, 102 c. 2, 104 c. 2 e 117 c. 1 della Costituzione: tuttavia il profilo di incostituzionalità espressamente accolto ha riguardato la lesione del solo art. 3 Cost., essendo rimasti assorbiti gli ulteriori parametri (14). Essa statuiva che "*Con riferimento ai soli giudizi in corso alla data di entrata in vigore della presente disposizione, e fatte salve le sentenze passate in giudicato, in caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 1, 2 e 4, il datore di lavoro è tenuto unicamente a indennizzare il prestatore di lavoro con un'indennità di importo compreso tra un minimo di 2,5 ed un massimo di sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo ai criteri indicati nell'articolo 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni*" (15).

Non è questa la sede per affrontare una disamina circa la differenza fra risarcimento e indennizzo, ma si può notare come quest'ultimo sia costituito da un *minor importo* (16) (oltre che da un diverso titolo), rilevando infatti maggiormente un'altra questione: come ben evidenziato dal Tribunale di Roma, tale norma apriva un varco temporale, operando, *con efficacia retroattiva*, una distinzione di trattamento fra i lavoratori che avessero intrapreso una causa, rimasta pendente fino alla data di entrata in vigore di predetta disposizione, ed i lavoratori che invece, o avendo ottenuto una sentenza passata in giudicato (17), o essendosi riservati il diritto di agire in un momento successivo, avrebbero beneficiato della conversione del contratto da tempo determinato a tempo indeterminato, conseguente alla violazione della disciplina relativa all'apposizione del termine. Quest'ultimo principio è, come anche viene sottolineato dalla Corte d'Appello di Genova, ben stabilito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass., 21 maggio 2008, n. 12985) che, offrendo un'interpretazione sistematica dell'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 (18), e richiamandosi inoltre alle statuzioni della Corte di Giustizia nei casi *Adeneler* (causa n. 212/04), e *Mangold* (causa n. 144/04), ha affermato che: "[...]la disciplina degli effetti della contrarietà del contratto a norme imperative trova in questo campo (come anche in altri) significativi adattamenti, volti appunto ad evitare la conseguenza della nullità del contratto [...]" la quale non essendo "[...] idonea a travolgere integralmente il contratto [...], ne determina la cd. conversione in un "normale" contratto di lavoro (o meglio, la qualificazione del rapporto come normale rapporto di lavoro, in ragione della inefficacia della pattuizione relativa alla scelta del tipo contrattuale speciale [...]). Tutto ciò, del resto, rappresenta una naturale e generale conseguenza del fatto che, nel campo del diritto del lavoro - in ragione della disuguaglianza di fatto delle parti del contratto [...] - le norme imperative non assolvono solo al ruolo di condizioni di efficacia giuridica della volontà negoziale, ma, insieme alle norme collettive, regolano direttamente il rapporto, in misura certamente prevalente rispetto

all'autonomia individuale, cosicchè il rapporto di lavoro, che pur trae vita dal contratto, è invece regolato soprattutto da fonti eteronome, indipendentemente dalla comune volontà dei contraenti, ed anche contro di essa. Non hanno quindi modo di trovare applicazione, in questo campo, quei limiti alla operatività del principio di conservazione del rapporto [...].

Si comprende tuttavia come una siffatta operazione ermeneutica, che avrebbe potuto associare l'art. 1 del decreto legislativo in parola all'art. 1419 c.c., sia rimasta impedita dall'inserimento dell'art. 4-bis da parte del decreto legge n. 112 del 2008, che ha impedito al giudice di accordare la tutela generale ai lavoratori con cause aperte e non risolte al momento dell'entrata in vigore di tale articolo, derivandone, secondo le autorità remittenti, la violazione dell'art. 3, c. 1 Cost. In tal senso, si sarebbe infatti prodotta una discriminazione irragionevole, che pone in sfavore il trattamento dei lavoratori con liti pendenti, nonché una violazione dell'art. 24 Cost., non potendo più gli stessi ottenere per i diritti lesi, ma acquisiti, quel "ristoro" sul quale avevano fatto affidamento, e per il quale non è più possibile perdurare nella lite; venendosi oltretutto ad interferire con il "naturale" sillogismo giudiziale, il legislatore avrebbe introdotto nell'ordinamento una norma che va ad incidere sulla funzione giurisdizionale, impedendo ai giudici di pervenire, per via interpretativa, a quelle pacifiche conclusioni dapprima accennate.

A ciò aggiungasi la violazione dell'art. 6 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (19), e, conseguentemente dell'art. 117, c. 1, Cost. (in riferimento al mancato rispetto degli "obblighi internazionali"), ad opera oltretutto di una norma che, chiaramente indirizzandosi a sfavore di una determinata categoria di lavoratori, è priva di quei requisiti di astrattezza e generalità tipici della normazione legislativa, pertanto qualificabile come "norma-provvedimento", lesiva, in tale contesto, degli artt. 101, 102, c. 2, e 104 c. 2 Cost., e sotponibile dunque ad uno scrutinio stretto di ragionevolezza (sicché, essendo, per sua natura e portata, "doppiaamente discriminatoria", per la sua ammissibilità dovrebbero rassarsi quegli "interessi costituzionalmente tutelati" la cui garanzia si rivelò improcrastinabile, e non altrimenti realizzabile, pena la sua caducazione da parte della Corte (20)). La Corte riconosce pertanto il vizio dell'art. 4-bis, "smascherando" anche l'artificio con cui il legislatore aveva cercato di introdurlo nell'impianto del decreto: tale norma veniva infatti definita "transitoria", pur non presentandone assolutamente i connotati, rivelandosi così quest'aggettivazione del tutto priva di sincerità (21). Si legge infatti nel dispositivo: "Siffatta discriminazione è priva di ragionevolezza, né è collegata alla necessità di accompagnare il passaggio da un certo regime normativo ad un altro". Proseguendo: "[...] l'intervento del legislatore non ha toccato la disciplina relativa alle condizioni per l'apposizione del termine o per la proroga dei contratti a tempo determinato, ma ha semplicemente mutato le conseguenze della violazione delle previgenti regole limitatamente ad un gruppo di fattispecie selezionate in base alla circostanza, del tutto accidentale, della pendenza di una lite giudiziaria tra le parti del rapporto di lavoro".

Può pertanto concludersi, osservando come grazie al controllo rigido di ragionevolezza, la Corte costituzionale sia pervenuta nella specie a far recuperare al sistema quella coerenza che era stata incrinata dal legislatore.

Note:

(1) A sua volta la direttiva menzionata reca in allegato l'Accordo quadro siglato dalle seguenti organizzazioni intercategoriali: Unione delle confederazioni delle industrie della Comunità europea (UNICE), Centro europeo dell'impresa a partecipazione pubblica (CEEP), Confederazione europea dei sindacati (CES), firmatarie di un accordo che, contenendo "*i principi generali e i requisiti minimi relativi al lavoro a tempo determinato*", mira a costituire "*un quadro generale che garantisca la parità di trattamento ai lavoratori a tempo determinato, proteggendoli dalle discriminazioni, e un uso dei contratti di lavoro a tempo determinato accettabile sia per i datori di lavoro sia per i lavoratori*". Per raggiungere tal fine, dette organizzazioni hanno invitato la Commissione a presentare suddetto Accordo al Consiglio dell'Unione europea, in modo da consentire la traduzione delle clausole ivi contenute in un atto a carattere vincolante per gli Stati membri aderenti all'Accordo sulla politica sociale annesso al Protocollo n. 14 del Tce: ciò che precisamente il Consiglio ha fatto adottando tale direttiva, vincolante ex art. 249 Tce per ciò che riguarda il risultato da raggiungere, restando invece a discrezionalità degli Stati membri le forme e i mezzi idonei.

In relazione a ciò, si noti che la politica della cd. "flexecurity" è al centro delle riflessioni della Comunità europea: si veda ad esempio la Decisione adottata dal Consiglio dell'Unione europea del 15 luglio 2008 "sugli orientamenti per le politiche degli Stati membri a favore dell'occupazione" (2008/618/CE), in tema di sicurezza occupazionale e protezione sociale, nonché le Comunicazioni della Commissione delle Comunità europee del 2 luglio 2008 "Non discriminazione e pari opportunità: Un impegno rinnovato" COM(2008)420 def., e del 27 giugno 2007 "Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza" COM(2007)359def..

(2) Per meglio capire le censure che verranno di seguito esaminate, meritano di essere qui riportati anche i "Principi ed i criteri direttivi generali della delega legislativa", ex art. 2 della suddetta legge: al primo c. lett. b) viene stabilito che "per evitare disarmonie con le discipline vigenti per i singoli settori interessati dalla normativa da attuare, saranno introdotte le occorrenti modifiche o integrazioni alle discipline stesse [...]", disposizione che si pone in collegamento con l'art. 1 c. 4 della legge delega: "Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al c. 1, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi fissati dalla presente legge, il Governo può emanare, con la procedura indicata nei commi 2 e 3, disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi emanati ai sensi del c. 1": si tratta, evidentemente, del fenomeno dei cd. "decreti correttivi", il cui uso, come afferma autorevole dottrina, è ormai trasmodato in un conferimento perdurante del potere legislativo all'esecutivo. La delega inoltre, all'art. 2 c. 1 lett. f) enuncia il seguente principio: "i decreti legislativi assicureranno in ogni caso che, nelle materie trattate dalle direttive da attuare, la disciplina disposta sia pienamente conforme alle prescrizioni delle direttive medesime, tenuto anche in conto delle eventuali modificazioni comunque intervenute fino al momento dell'esercizio della delega".

(3) La Corte Costituzionale, già con sentenza del 25 febbraio 2008, n. 44, dichiarò incostituzionali per violazione dell'art. 77 primo c. Cost., gli artt. 10 commi 9 e 10, 11, commi 1 e, conseguentemente, 2, di tale decreto, "nella parte in cui abroga l'art. 23, c. 2, della legge 28 febbraio 1987, n. 56, in quanto emanati in assenza di delega".

(4) Ben tredici giudici condividono il rilievo d'incostituzionalità concernente l'art. 4-bis del d.lgs. n. 368 del 2001, unanimemente reclamando la violazione dell'art. 3 primo c. della Costituzione, nonché, variamente, degli artt. 24 c. secondo, 101, 102 c. 2, e 104 c. 2, nonché 111, e 117 della Carta Fondamentale: i giudici *a quibus* sono infatti le Corti di appello di Roma, Genova, Torino, Venezia, L'Aquila, Caltanissetta e Bari ed i Tribunali di Roma, Ascoli Piceno, Trieste, Viterbo, Milano e Teramo. Il Tribunale di Roma

presenta anche la censura d'incostituzionalità dell'art. 2 c. 1-bis di tale decreto, per violazione degli artt. 3 c.1, 101,102 e 104 Cost., condividendo con il Tribunale di Trani la questione di legittimità relativa agli artt. 1 c.1 e 11 per violazione degli att. 76, 77 e 117 c. 1 Cost..

(5) Ordinanza del 26 settembre 2008, r.o. n. 441 del 2008, in *G.U.* prima serie speciale del 21 gennaio 2009, n. 3.

(6) Ricorso n. 36813/97, punto 126.

(7) Brevemente la clausola n. 1 dell'Accordo enuncia l' "Obiettivo": "... a) migliorare la qualità del lavoro a tempo determinato garantendo il rispetto del principio di non discriminazione; b) creare un quadro normativo per la prevenzione degli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

Le clausole n. 2 e 3 illustrano rispettivamente il "Campo d'applicazione", cioè l'operatività *ratione personae* dell'Accordo, e le "Definizioni". La clausola n. 4 concerne il "Principio di non discriminazione" ed il principio del *pro rata temporis*, mentre la clausola n. 5 riguarda le "Misure di prevenzione degli abusi". Le clausole nn. 6, 7 e 8 trattano rispettivamente l' "Informazione e possibilità di impiego", l' "Informazione e consultazione", le "Disposizioni di attuazione": di quest'ultima è bene, fin d'ora riportare il punto terzo concernente la cd. "clausola di non regresso", più volte citata dai giudici *a quibus*, che ne deducono la violazione ad opera dell'art. 1 del d.lgs n. 368/2001, ed in relazione alla quale è intervenuta la pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Mangold C-144/04*; in tale punto si statuisce infatti che "L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso": si intende quindi il livello di tutela già offerto, e presente negli ordinamenti degli Stati membri. La Corte di giustizia ha inoltre fornito un'interpretazione delle clausole menzionate nelle decisioni *Angelidaki C-378/07* del 23 aprile 2009 (che ribadisce l'obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario per i giudici nazionali) e *Impact C-268/06* del 15 aprile 2008 (che afferma l'effetto diretto della clausola contenente il principio di non discriminazione), ribadendo nella decisione *Virginie Ponin C-63/08* del 29 ottobre 2009, l'importanza del principio di tutela giurisdizionale effettiva. Decisioni consultabili nella sezione "casi scelti" del sito www.giurcost.it.

(8) D.lgs. n. 368/2001, art. 2 c. 1 bis: "Le disposizioni di cui al c. 1 si applicano anche quando l'assunzione sia effettuata da imprese concessionarie di servizi nei settori delle poste per un periodo massimo complessivo di sei mesi, compresi tra aprile ed ottobre di ogni anno, e di quattro mesi per periodi diversamente distribuiti e nella percentuale non superiore al 15 per cento dell'organico aziendale, riferito al 1° gennaio dell'anno in cui le assunzioni si riferiscono. Le organizzazioni sindacali provinciali di categoria ricevono comunicazione delle richieste di assunzione da parte delle aziende di cui al presente c.".

(9) Più precisamente, con riguardo alle disposizioni contenute nei primi due articoli, e stando al profilo denunciato dal rimettente, non è stata riscontrata la violazione degli artt. 76 e 77 Cost.; al terzo punto del *Considerato in diritto* si legge infatti: "Non avendo gli impugnati [articoli] innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina contenuta nella legge n. 230 del 1962, non sussiste la denunciata violazione dell'art. 77 della Costituzione", non sussistendo "[...] neppure la denunciata lesione dell'art. 76 Cost., poiché le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime e, pertanto, non si pongono in contrasto con la clausola n. 8.3 dell'accordo-quadro recepito dalla direttiva 1999/70/CE, secondo la quale l'applicazione dell'accordo non avrebbe potuto costituire un motivo per ridurre il livello generale di tutela già goduto dai lavoratori. Per la stessa ra-

gione (insussistenza, sotto il profilo in esame, di un contrasto con la normativa comunitaria) è infondata la censura formulata in riferimento all'art. 117, primo c., Cost. [...]".

(10) Si noti come, in prima battuta, la Corte affermi: "Non avendo [...] innovato, sotto questo profilo, rispetto alla disciplina contenuta nella legge n. 230 del 1962", per poi ammettere che "[...] inserendo in un unico testo normativo sia le innovazioni introdotte *al fine di* attuare la direttiva comunitaria, sia le disposizioni previgenti [...] si sarebbe garantita la piena coerenza della nuova disciplina anche sotto il profilo sistematico, in conformità con quanto richiesto dal citato art. 2, c. 1, lettera b), della legge di delega"; comunque ribattendo che "[...] le norme censurate, limitandosi a riprodurre la disciplina previgente, non determinano alcuna diminuzione della tutela già garantita ai lavoratori dal precedente regime [...]".

(11) Si veda il quarto punto del *Considerato in diritto*, che richiama l'art. 1, c. 1, del d.lgs. n. 261 del 1999, attuativo della direttiva 1997/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio.

(12) In tema di disparità di trattamento fra i lavoratori (sempre rilevate nel servizio del settore postale), retroattività della normativa e sindacato sulla ragionevolezza, si veda la sentenza della Corte costituzionale n. 419 del 2000, punti 10 e 11 del *Considerato in diritto*.

(13) Punto quarto del *Considerato in diritto*.

(14) Si può notare che già il rilievo di incostituzionalità circa il mancato rispetto del canone della ragionevolezza era già stato avanzato dalla I Commissione permanente (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni) nel parere sul disegno di legge n. 1386-B di conversione del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, Atti Parlamentari, XVI legislatura, Camera dei Deputati n. 1386-C.

(15) È il già citato art. 4-bis recante "Disposizione transitoria concernente l'indennizzo per la violazione delle norme in materia di apposizione o di proroga del termine", inserito nell'impianto del d.lgs. n. 368/2000, dall'art. 21 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 "disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria", convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

(16) In assenza di tale norma, ed in base ad una giurisprudenza consolidata, il lavoratore avrebbe diritto al risarcimento dei danni parametrato alle retribuzioni maturate dal momento in cui il prestatore abbia messo in mora il datore di lavoro, offrendogli le sue prestazioni.

(17) In relazione al principio di intangibilità del giudicato e norme retroattive, il legislatore ha almeno tenuto presente il *dictum* della giurisprudenza della Corte: si vedano, ad esempio, le sentenze nn. 234/2007 e 282/2005.

(18) La Suprema Corte pone infatti in collegamento l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001 con l'art. 1419 del Codice civile.

(19) La Corte d'Appello di Genova nell'ordinanza di rinvio, opportunamente, richiama anche la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul caso *Scordino c. Italia* (n.1), 29 marzo 2006, ricorso n. 36813/97, punto 126: "La Cour réaffirme que si, en principe, il n'est pas interdit au pouvoir législatif de réglementer en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant de lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige (*Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* [GC], n. 24846/94 et 34165/96 à 34173/96, § 57, CEDH 1999-VII, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, 22 ottobre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VI). Tale norma pone quindi al legislatore il *divieto di ingerenza* sulla funzione giudiziaria, al fine di condizionare l'esito dei processi.

(20) Si vedano le sentenze della Corte n. 364/1999; n. 185/1998; 153/1997; n. 2/1997; n. 205/1996; n. 134/1996; n. 492/1995; n. 347/1995; n. 306/1995. Si può notare come l'utilizzo del controllo "stretto" di ragionevolezza in relazione alle "norme-provvedimento", aventi per di più efficacia retroattiva, si sia ben radicato nella giurisprudenza della Consulta che, arrivando anche a superare la distinzione fra leggi di interpretazione autentica (tipicamente retroattive) e norme-provvedimento innovative (in tema G. SERGES, *Norme sulla formazione e limiti all'interpretazione autentica. (Brevi riflessioni a margine del recente «Statuto dei diritti del contribuente»)* in F. MODUGNO (cur.), *Trasformazioni della funzione legislativa*, vol. II, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, Milano, 2000, pagg. 263 ss.) , parifica queste due categorie, assumendo per il vaglio di entrambe lo stesso criterio: le differenziazioni apportate da queste devono rivelarsi ragionevoli, al fine di non nuocere alla coerenza dell'intero ordinamento. Infatti la sentenza della Corte n. 6/1994 (come pure la n. 153/1994) rovescia l'impostazione della decisione n. 155/1990, ponendo sullo stesso piano le due specie di norme considerate, e affermando che, essendo costituzionalizzato ex art. 25 Cost. solo il divieto di retroattività della norma penale sfavorevole, "[...]" la

possibilità di adottare norme dotate di efficacia retroattiva (anche indipendentemente dal loro eventuale carattere interpretativo) non può essere esclusa, ove le norme stesse vengano a trovare un'adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si pongano in contrasto con altri principi o valori costituzionali specificamente protetti, così da evitare che la disposizione retroattiva possa «trasmudare in un regolamento irrazionale ed arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti» [...].

(21) Sulla *ratio* e le caratteristiche delle disposizioni transitorie si veda G. GROTTANELLI DE' SANTI, voce *Diritto transitorio*, in Enc. giur., pag. 1: "Le disposizioni transitorie [...], spesso dirette ad evitare il troppo brusco passaggio dal regime della legge vecchia a quella della legge nuova, avrebbero un carattere di *terzietà* appunto in quanto propongono ed impongono una disciplina dei rapporti diversa da quella prevista negli altri due regimi (e per definizione limitata a fattispecie esistenti e quindi perlomeno in astratto determinabili) e destinata ad esaurirsi nella produzione dei suoi effetti una volta portato a buon fine il «passaggio» che di esse stesse costituisce occasione e causa".

Massime

T.A.R. Liguria, sez. II, 18 settembre 2009, n. 331 - Pres. FF Bianchi - Est. Morbelli - F.P. (Avv. Granara) c. Ministero della Giustizia (Avvocatura dello Stato).

AVVOCATO - esame per l'iscrizione all'Albo - prove scritte - annullamento delle prove che presentino segni di riconoscimento - inclusione nella busta della traccia fornita dalla commissione - annullamento da parte della commissione - ricorso del candidato e istanza incidentale di sospensione - accoglimento dell'istanza di sospensione in quanto l'inclusione della traccia non sembra costituire segno di riconoscimento idoneo.

(R.D. 22 gennaio 1934, n. 37, art. 23; legge 6 dicembre 1971, n. 1034, art. 21)

L'inclusione nella busta, contenente la prova scritta, della fotocopia della traccia fornita dalla commissione non sembra costituire

segno di riconoscimento idoneo a giustificare l'annullamento della prova e la conseguente esclusione del candidato dal concorso.

C.F.

(...Omissis...)

Rilevato che il ricorso appare assistito da sufficienti elementi di fondatezza avuto riguardo alla circostanza che l'inclusione nella busta della fotocopia della traccia fornita dalla commissione non sembra costituire segno di riconoscimento idoneo a giustificare l'esclusione della ricorrente;

P.Q.M.

accoglie l'istanza incidentale di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Sezione di diritto tributario

Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 19 marzo 2009, n. 47 - Pres. Schito - Rel. Glendi.

ACCERTAMENTO - maggior plusvalenza accertata - utilizzo del valore precedentemente accertato ai fini dell'imposta di registro - legittimità - sussistenza.

ACCERTAMENTO - utilizzo ai fini delle imposte sui redditi del valore precedentemente definito per l'imposta di registro - onere della prova contraria in capo al contribuente - sussistenza.

In linea di principio, l'Amministrazione può avvalersi di precedenti accertamenti di valore degli stessi fatti economici effettuati ai fini dell'applicazione di altri tributi, quando le singole leggi di imposta non stabiliscono differenti criteri di valutazione, per cui se l'Agenzia ha rettificato il valore ai fini dell'imposta di registro con atto notificato e nella specie definito dall'acquirente, non si vede perché non possa utilizzarlo ai fini della tassazione sulla plusvalenza.

Pur in presenza di un valore definito ai fini dell'imposta di registro, non può essere impedito al venditore di dimostrare che il prezzo della cessione è stato di fatto inferiore al valore di mercato del bene. La prova può esser data anche con ricorso ad elementi indiziari (Cass., N. 19830/2008).

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale Genova, sez. I, 25 maggio 2009, n. 185 - Pres. Di Bernardo - Rel. Bruni - P.L.A (Dott. Tagariello) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

ACCERTAMENTO - Iva - autentica firma - fallimento - nota di variazione.

La mancata autenticazione, da parte del difensore, della firma del ricorrente, costituisce una mera irregolarità, che non comporta l'inammissibilità del ricorso.

Una Società non può giustificare il mancato versamento Iva, con la circostanza di non aver potuto recuperare detta Imposta, in quanto il suo cliente, tenuto al saldo delle relative fatture, è stato assoggettato a procedura fallimentare. In tal caso, infatti, la Società sarebbe comunque tenuta a versare la relativa Imposta in relazione alle fatture emesse e, solo successivamente, potrebbe effettuare una nota di variazione sui registri Iva per i crediti non riscossi; anche considerando che, qualora la procedura fallimentare non sia ancora stata chiusa, non è possibile conoscere quali crediti saranno soddisfatti.

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 27 marzo 2009, n. 62 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

AGEVOLAZIONI "PRIMA CASA" - pertinenze - condizioni e requisiti necessari per beneficiare del trattamento di favore tributario - sussistenza.

AGEVOLAZIONI "PRIMA CASA" - revoca beneficio

"prima casa" fruito in sede di registrazione dell'acquisto dell'unità pertinenziale - ammissione al beneficio solo allorchè anche l'abitazione principale fosse stata acquistata a titolo oneroso - insussistenza.

In materia di "pertinenze" ciò che consente la fruizione del trattamento di favore tributario sia nei casi di acquisto a titolo gratuito, che in quelli a titolo oneroso, è la ricorrenza delle seguenti condizioni: a) l'essere il bene (la pertinenza) ubicato nello stesso territorio comunale che ospita l'abitazione "principale", presso il quale il contribuente deve aver posta la residenza; b) la non titolarità, in esclusivo o in comunione con il coniuge, di diritti di proprietà, usufrutto e abitazione di altro alloggio nello stesso territorio; c) la non sussistenza di ipotesi di analoghe titolarità su immobili abitativi, acquistati fruendo dei benefici prima casa, posti su tutto il territorio nazionale.

Il comma 3 della Nota II bis del DPR 131/86 afferma come, il beneficio previsto ai fini dell'imposta di registro e dell'Iva, compete anche rispetto all'acquisto, seppure con atto separato, delle pertinenze, sempre che sussistano le condizioni di cui alle lett. a), b) e c) della suddetta Nota; condizioni tra le quali non rientra l'essere stata, l'abitazione principale, acquistata onerosamente.

Allo stesso modo, il comma 3 dell'art. 69 L. 342/2000, riferendosi al trattamento agevolato in tema di acquisti a titolo gratuito, si limita a richiamare la sussistenza dei requisiti e condizioni di cui sopra, ove per "requisiti" si intendono quelli identificativi delle abitazioni di tipo "non di lusso" e per "condizioni" quelle dettate dalla nota II bis.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. V, 7 aprile 2008, n. 44 - Pres. Broda - Rel. De Stefano.

AGEVOLAZIONI "PRIMA CASA" - immobile pervenuto mortis causa con richiesta benefici "prima casa"- revoca benefici per vendita dell'immobile ereditato senza riacquisto entro l'anno di un nuovo immobile con medesima destinazione - realizzazione entro l'anno di rustico adibito a residenza del contribuente su terreno precedentemente acquistato - investimento per la costruzione parificato all'acquisto - sussistenza.

Nel caso in cui il contribuente, entro un anno dalla vendita dell'immobile per il quale chiedeva ed otteneva le agevolazioni in sede di successione mortis causa, abbia comunque provveduto a costruire (su terreno acquistato precedentemente), accatastare e destinare a propria residenza ed abitazione principale un nuovo immobile, sempre ubicato nello stesso Comune, non deve vedersi revocato tale regime agevolato in quanto il fatto che non sia stato riacquistato un nuovo immobile, bensì costruito, non costituisce motivo di revoca delle concesse agevolazioni. La ratio legis si ritiene comunque rispettata: la causa di esclusione della decadenza trova giustificazione nell'investimento necessario alla costruzione del nuovo immobile da adibire a propria abitazione, come troverebbe giustificazione nell'investimento necessario per acquistare un nuovo immobile.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 17 febbraio 2009, n. 34 - Pres. Picozzi - Rel. Glendi.

AVVIAMENTO - cessione ramo d'azienda - avviso di rettifica e liquidazione - determinazione del valore di avviamento - illegittimità della valutazione fatta in base a criteri generali ed astratti - sussistenza.

In caso di avviso di rettifica e liquidazione relativo al valore di avviamento indicato nell'atto di cessione di un ramo d'azienda, che eleva il valore di avviamento rispetto a quanto dichiarato, lo stesso è censurabile qualora non tenga conto di elementi specifici del bene considerato, come ad esempio l'incidenza sul valore di mercato dei necessari lavori di ristrutturazione già previsti nel contratto di locazione ceduto insieme all'azienda.

Pertanto, dovendo essere preso in considerazione il prezzo che il bene ha in comune commercio, ovvero quello che il venditore ha la maggior probabilità di realizzare e l'acquirente di pagare, occorre che la valutazione non sia fatta in base a criteri generali e astratti, ma si tenga conto delle condizioni proprie del singolo bene.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, n. 99, del 28 gennaio 2009 - Pres. Di Noto - Rel. Garavano - Equitalia Polis (Avv. Calisi) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Chiavari.

AVVISO DI LIQUIDAZIONE - notifica - erroneo Ufficio locale - improcedibilità.

È improcedibile il ricorso notificato ad erroneo Ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate (non sanato attraverso la costituzione in giudizio), in quanto caratterizzato da notifica inesistente, poiché agli Uffici locali vanno riconosciute la qualità di parte e l'accesso alla difesa (nella specie, peraltro, tale principio di diritto è stato dettato in un caso in cui la notifica era avvenuta presso un indirizzo non corrispondente ad alcun ulteriore e diverso Ufficio locale).

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 16 febbraio 2009, n. 33 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo

CARTELLA DI PAGAMENTO - impugnazione della cartella non per vizi propri - doglianze relative agli atti prodromici- inammissibilità - sussistenza.

CARTELLA DI PAGAMENTO - onere della prova della non rituale notifica dell'atto prodromico in capo al contribuente - sussistenza.

La regola fissata al comma 3, secondo periodo, dell'art. 19 D.Lgs. 546/92, impone che tutti gli atti autonomamente impugnabili, siano gravati esclusivamente per vizi propri e non per violazioni riguardanti atti/provvedimenti ad essi preordinati. Pertanto nei casi in cui vengono contestati unitariamente il ruolo e la cartella, la lett. d) comma 1 del suddetto articolo, impone che le censure abbiano ad oggetto solo ed esclusivamente i vizi in cui sarebbe incorso l'Ente Impositore nella predisposizione del ruolo e quelli propri dell'Agente della Riscossione nella emissione/ notifica della cartella di pagamento. Tutto ciò sempre che, l'atto preordinato alla cartella, sia stato regolarmente notificato al contribuente.

Incombe al contribuente l'onere di eccepire e fornire prova della non avvenuta o non rituale notifica dell'atto prodromico.

R. P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. VI, 20 febbraio 2009, n. 59 - Pres. Giaccardi - Rel. Silvano.

CARTELLA DI PAGAMENTO - omessa indicazione del codice fiscale - inammissibilità del ricorso - insussistenza.

CARTELLA DI PAGAMENTO - carenza di motivazione - nullità - sussistenza.

Qualora nel ricorso non venga indicato il codice fiscale di parte ricorrente, tale circostanza non può comportarne l'inammissibilità in quanto l'art. 18 del D.Lgs. 546/92 prevede espressamente che tale omissione non determini l'inammissibilità del ricorso.

L'Ente Impositore ha sempre l'obbligo, come rilevato dalla Corte di Cassazione (sentenza del 16/9/2005 n. 18385), di chiarire nella cartella esattoriale, sia pure succintamente, le ragioni - intese come indicazione sia della mera causale che della motivazione vera e propria - dell'iscrizione a ruolo dell'importo preteso, in modo da consentire al contribuente l'esercizio del diritto di difesa, atteso che alla cartella di pagamento devono ritenersi comunque applicabili i principi di ordine generale indicati per ogni provvedimento amministrativo dall'art. 3 L. 7 agosto 1990, n. 241. Tale obbligo, nel caso della cartella di pagamento, risulta soddisfatto laddove siano presenti i contenuti obbligatori minimi di tale atto. Il decreto interministeriale del 3/9/1999 n. 321 prevede che nel caso in cui l'iscrizione a ruolo consegua ad un atto precedentemente notificato, devono essere indicati gli estremi di tale atto e la relativa data di notifica.

Qualora la cartella indichi quale riferimento utile alcuni verbali ispettivi, senza alcun preciso riferimento agli estremi ai quali si riferiscono, né alla notifica degli stessi, non è possibile identificare con certezza il titolo sul quale si basa la pretesa impositiva e pertanto va riconosciuta l'illegittimità della cartella impugnata per violazione dell'obbligo di motivazione imposto dalla legge.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 25 maggio 2009, n. 186 - Pres. Di Bernardo - Rel. Bruni - B.A. (Dott. Medicina) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

CARTELLA DI PAGAMENTO - Irap - solve et repeate - autonoma organizzazione - prova.

In tema di Irap, deve ritenersi infondata la tesi secondo cui - in carenza di autonoma organizzazione - il ricorrente dovrebbe comunque provvedere al pagamento dell'imposta dovuta, a seguito della propria dichiarazione, e richiedere successivamente il rimborso di quanto versato, non essendo più configurabile l'istituto del solve et repeate.

Ai fini della dimostrazione dell'assenza di autonoma organizzazione non è, tuttavia, sufficiente la produzione in giudizio del solo quadro RE (dal quale è possibile dedurre esclusivamente la sussistenza dei redditi di lavoro autonomo), non accompagnato dal registro dei beni ammortizzabili.

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 27 gennaio 2010, n. 21/4/10 - Pres. Ghigliazza - Rel. Muzico - Iride Acqua Gas s.p.a. (Avv. Salvini) c. Agenzia territorio di Genova.

CATASTO - diga del Brugneto - accatastamento in categoria D/7 - legittimità - sussistenza.

La diga del Brugneto correttamente è classificata nella categoria

D/7, trattandosi di immobile destinato a speciali esigenze di attività industriale che presenta potenzialità di autonomia funzionale e reddituale. Non si addice, per contro, alla diga il classamento in categoria E/3, attribuibile a costruzioni o fabbricati per speciali esigenze prove di redditività (fortificazioni, fari, fabbricati destinati all'esercizio del culto e simili). (Conformi le sentenze del 27/10/2010, n. 20/4/10 e 22/4/10).

F.G.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 17 aprile 2009, n. 80 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

CLASSAMENTO CATASTALE - immobile destinato ad attività di culto - variazione d'ufficio- autonoma rilevanza di locale censito con destinazione a "deposito" (Cat. C/2) - insussistenza.

CLASSAMENTO CATASTALE - attribuzione di rendita catastale a fabbricato classato in categoria E/7 - necessità del presupposto della cessione a titolo gratuito o in locazione - sussistenza.

Occorre preliminarmente accertare, attraverso la documentazione prodotta, lo scopo cui è destinato l'intero edificio acquisito dall'associazione religiosa.

Per quanto riguarda l'autonoma rilevanza del locale censito con destinazione a deposito, occorre rilevare che incombe all'Ufficio dare conto della autonoma rilevanza censuaria del vano.

Per quanto riguarda l'attribuzione di una rendita catastale all'unità in Cat. E/7, il testo della massima n. 59 (Massimario- Quadro Generale delle Categorie del N.C.E.U.), appare convalidare la tesi della non assoggettabilità. In essa si legge che i locali censiti in Cat. E/7 vengono dotati o meno di rendita a seconda che siano ceduti in affitto o gratuitamente. Pertanto essendo il bene in questione di proprietà dell'Ente privato di culto e destinato a tale attività essenziale, ad esso non potrà essere attribuita alcuna rendita.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, 12 novembre 2009, n. 305/4/09 - Pres. e Rel. Grandinetti.

DAZI DOGANALI - Introduzione di beni in deposito Iva - Mancato assolvimento del tributo - Legittimità - Sussistenza.

Ai sensi dell'art. 50-bis, 4° comma, del d.l. n. 331 del 1993, conv. nella l. n. 427 del 1993 l'introduzione dei beni in un deposito Iva è consentita senza pagamento del tributo, in attesa della destinazione finale dei beni immagazzinati.

A rafforzare tale interpretazione è intervenuta la l. n. 2 del 2009, che afferma la regolarità della non corresponsione dell'Iva sulle prestazioni di servizi afferenti beni custoditi in un deposito Iva anche se eseguite nei locali limitrofi al deposito stesso.

F.G.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 9 giugno 2009, n. 102 - Pres. Piazza - Rel. Icardi.

DIRITTO CAMERALE - unità locale avente carattere stagionale - iscrizione alla Camera di Commercio limitatamente ad un periodo specifico - cessazione attività - principio del "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacquit" - non debenza del diritto annuale - sussistenza.

L'art. 2 del D.M. 11.5.2001 n. 359 indica, quale presupposto per il pagamento del diritto alla camera di commercio, l'iscrizione o l'annotazione dell'impresa nel registro di cui all'art. 8 L. 580/1993; tale dovere cessa, ex art. 4 stesso D.M., con la presentazione della domanda di cancellazione dall'indicato registro ed in seguito alla cessazione dell'attività. Tale diritto è dovuto anche per le unità locali ex art. 7. Nessuna norma espressamente prevede che la domanda di cancellazione dal registro delle imprese debba essere presentata autonomamente rispetto alla domanda di iscrizione: non è pertanto consentito all'interprete di richiedere ulteriori incombenti, ove non previsti dalla legge (ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacquit).

Pertanto, il contribuente che abbia contestualmente comunicato la data di inizio e di cessazione dell'attività, specificando altresì che trattasi di attività di carattere stagionale e, come tale esercitata per un periodo limitato, ha rispettato in tal modo, entrambi i requisiti previsti dalla legge, ossia l'effettiva cessazione dell'attività e la relativa domanda. In tal caso, non si ritiene dovuto il diritto annuale, essendo il debito limitato al periodo di effettivo esercizio dell'attività.

R.P.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IX, 9 febbraio 2010 - Pres. Canepa - Rel. Becco - OMR Italia s.p.a. (Avv. Galanti) c. Agenzia delle Dogane.

DOGANA - Art. 220 c.d.c. - buona fede dell'importatore - fattispecie.

L'errore commesso dal laboratorio chimico della Dogana e la complessità della normativa comunitaria relativa alla classificazione TARIC di un prodotto ("fogli e nastri su supporto di rame rinforzato di fibre di vetro" piuttosto che di "Teflon") rendono applicabile il principio di cui all'art. 220 c.d.c.: errore scusabile, commesso in buona fede, generando la non debenza dei dazi doganali pretesi.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. VI, 3 febbraio 2009, n. 40 - Pres. Piazza - Rel. Lomazzo.

IMPOSTA DI REGISTRO - avviso di liquidazione - revoca agevolazioni acquisto "prima casa" - acquisto al grezzo - non prevedibilità all'atto dell'acquisto di inconvenienti atti ad impedire il rispetto del termine per stabilire la residenza - insussistenza.

Qualora gli acquirenti di una casa "allo stato grezzo ed in corso di costruzione", abbiano beneficiato del regime agevolato previsto per l'acquisto della "prima casa", devono assumere la residenza nel luogo ove vi è l'abitazione, entro 18 mesi dalla stipula del rogito di acquisto. Tale ritardo può trovare giustificazione solo nel caso in cui si verifichino eventi non prevedibili al momento dell'acquisto dell'immobile e non altrimenti evitabili (in tal senso si è espressa la Risoluzione n. 140/E del 10.04.2008). Si evince che trattandosi di casa in costruzione, la pur incontestata ed incontestabile necessità di opere di ristrutturazione ed ampliamento non può da sola impedire il rispetto del termine dei 18 mesi. Rilevante, al riguardo, la circostanza che i contribuenti fossero, già prima dell'acquisto, a conoscenza della causa che avrebbe potuto impedire il rispetto della condizione, accettando il rischio di non riuscire ad assumere la residenza entro il termine concesso dalla normativa vigente, non potendo pertanto in sede di ricorso, invocare la non prevedibilità dell'impedimento, né la sua inevitabilità.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. III, 20 dicembre 2009, n. 251, Pres. Brusco - Rel. Mazzarino - Spinelli (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Chiavari.

IMPOSTA SUL REDDITO - assegno corrisposto dal padre alla madre dei figli riconosciuti per il loro mantenimento - non deducibilità per il marito erogante - art. 50 c. 1 lett. i) t.u.i.r. - non imponibilità per la moglie.

(Artt. 147 e 261 c.c. - applicabilità; art. 433 c.c. - non applicabilità; art. 10 lett. c t.u.i.r.)

Avvenendo la corresponsione delle somme di che trattasi, ai sensi degli artt. 147 e 261 c.c. (e non in ottemperanza all'obbligo alimentare di cui all'art. 433 c.c.) trova applicazione la previsione dell'art. 10, comma 1, lett. c) t.u.i.r. che esclude gli assegni destinati al mantenimento dei figli dalla deduzione del reddito.

Conseguentemente non può trovare applicazione l'art. 50 c. 1 lett. i) TUIR con esenzione, in capo della ricorrente, dell'onere di dichiarazione delle somme percepite per il mantenimento dei figli

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 18 febbraio 2009, n. 37 - Pres. e Rel. Mignone - Oddone c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

IRAP - consulente - presupposto impositivo - insussistenza.

Non è soggetto ad Irap chi svolge attività di consulenza amministrativo-gestionale e di pianificazione aziendale, utilizzando come studio la propria abitazione principale o svolgendo l'attività direttamente presso gli uffici del cliente committente, con il solo ausilio di un computer, o comunque possedendo beni strumentali limitatissimi, e senza l'ausilio di alcun dipendente o collaboratore.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 14 maggio 2009, n. 155 - Pres. Delucchi - Rel. Simonazzi - E.C. S.r.l. c. I.C.A. S.r.l.

IMPOSTA SULLA PUBBLICITA' - messaggi estranei al nome od all'indirizzo dell'impresa - esenzione - insussistenza.

In tema di pubblicità effettuata con autoveicoli, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 507/1993, sono esenti dall'imposta le scritte che riportano il marchio, la ditta, la ragione sociale e l'indirizzo dell'impresa, non anche quelle scritte che non possono essere ricondotte alla ragione sociale dell'impresa (nella specie, accanto all'indicazione della ragione sociale e del marchio dell'azienda, gli autoveicoli riportavano anche i seguenti messaggi, ritenuti dai Giudici "scritte pubblicitarie" e come tali assoggettate ad imposizione: "il vostro partner nel vending" e "gran caffè Garibaldi il caffè dei due mondi").

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIV, 12 maggio 2009, n. 79 - Pres. e Rel. Di Noto - Camera (Dott. Albertazzi e Poggi) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 1.

IRAP - avvocato - presupposto impositivo - insussistenza.

Non costituisce autonoma organizzazione quel corredo minimale di strumenti e, al limite, di collaboratori, senza il quale la particolare

attività professionale, o di lavoro autonomo, sarebbe inconcepibile ed irrealizzabile nell'attuale contesto sociale. Per converso, sussiste l'autonoma organizzazione tutte le volte in cui tale soglia strumentale minima sia superata grazie alla presenza di un insieme più o meno ampio di fattori materiali e/o umani, non strettamente indispensabili per la particolare tipologia di attività, ma coordinatamente e sinergicamente utili per aggiungere valore allo svolgimento, alla produttività ed alla redditività della stessa.

Non è pertanto soggetto ad Irap l'avvocato che ha esercitato la professione forense avvalendosi del proprio lavoro e dell'indispensabile corredo strumentale, senza essere in alcun modo coadiuvato da dipendenti o da altri collaboratori.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 17 febbraio 2010, n. 36 - Pres. Balba - Rel. Musico - Leone (Avv. Lovisolo) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

IRPEF - cessione licenza commerciale - rettifica valore imposta di registro - automatica trasposizione valore rettificato a fini irpef - illegittimità.

IRPEF - rettifica valore imposta di registro - autonoma definizione di parte acquirente - valore indiziario dell'occultamento del corrispettivo a fini irpef - configurabilità.

È illegittima l'azione accertatrice che sulla base della rideterminazione del valore dichiarato dall'acquirente di una licenza commerciale ai fini dell'imposta di registro, assuma tale valore come corrispettivo della cessione anche ai fini delle imposte sui redditi, accertando così in capo al venditore un reddito ed una plusvalenza da cessione non dichiarata.

Infatti, il valore definito da una sola delle parti contraenti ai fini dell'imposta di registro, non può costituire un dato vincolante anche per l'altra parte rimasta estranea al procedimento intercorso con l'Ufficio accertatore, tanto più che il maggior valore accertato ai fini dell'imposta di registro ha un mero valore indiziario e che l'azione accertatrice non era, nella specie, fondata su altri elementi certi né aveva adeguatamente motivato l'incongruità del valore accertato al prezzo dichiarato.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XII, 9 giugno 2009, n. 164 - Pres. Fenizia - Rel. Toscano - P.E. (Avv. Ruotolo) c. Concessionario Equitalia Polis S.p.a.

ISCRIZIONE IPOTECARIA - valore - requisiti - impugnabilità - nullità per mancata indicazione del responsabile del procedimento - non sussiste.

È lecita l'iscrizione ipotecaria anche se l'importo complessivo del credito non supera gli 8.000 euro, poiché l'art. 76 co. 1 D.p.r. 602/1973 concerne la sola fattispecie dell'espropriazione forzata (contra, di recente, Cass., sez. Unite, 22 febbraio 2010, n. 4077).

La comunicazione di iscrizione ipotecaria può ritenersi un atto impugnabile nanti le Commissioni tributarie, pur non rientrando nell'elenco di cui all'art. 19 D.lgs 546/1992, che deve interpretarsi estensivamente, ricomprensivo tutti gli atti che portano a conoscenza del contribuente una ben determinata pretesa tributaria.

La comunicazione dell'iscrizione dell'ipoteca non deve necessariamente contenere l'indicazione dei termini per ricorrere e dell'organo competente per il gravame. In ogni caso, tale eventuale

ipotesi di nullità verrebbe sanata dalla costituzione in giudizio del ricorrente, ex art. 156 c.p.c.

Anche gli atti di iscrizione ipotecaria devono contenere l'indicazione del responsabile del procedimento ma, a norma del d.l. 248/07, convertito in L. 31/2008, tale omissione comporta la nullità solo degli atti emessi successivamente al 1° giugno 2008.

A.Q.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, sez. IV, Pres. Rel. Grandinetti - Agenzia delle Dogane.

IVA ALL'IMPORTAZIONE - Destinazione a Deposito Doganale - Prestazioni di servizi svolti in locali limitrofi al deposito - legittimità - non debenza del tributo.

Ad avviso di questa Commissione, richiamata anche la decisione di questa sezione I^a pronunciata il 16 aprile 2009, il ricorso deve essere accolto. Infatti dall'art. 50 bis, 4 c. DL 331/3 convertito nella L. 427/93 si evince che l'introduzione dei beni in un deposito IVA è consentita senza pagamento del tributo, in attesa della destinazione finale dei beni immagazzinati.

A rafforzare tale tesi è intervenuta anche la L. 27 gennaio 2009 n. 2 che afferma la regolarità della non corresponsione dell'IVA sulle prestazioni di servizi relativi a beni custoditi in un deposito IVA anche se eseguite nei locali limitrofi al deposito stesso.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 7 aprile 2009, n. 111 - Pres. Lavezzo - Rel. Graziano - Scartascini. c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 3.

MISURE CAUTELARI - sequestro conservativo - presupposto - insussistenza.

Ai fini dell'applicabilità del sequestro conservativo (art. 22, D.Lgs. n. 472/97) è necessaria la contemporanea sussistenza del "fumus boni iuris" e del "periculum in mora". Qualora manchi il requisito del "fondato timore di perdere la garanzia del proprio credito", non è necessario indagare anche la sussistenza del "fumus", in quanto la richiesta di autorizzazione a disporre il sequestro conservativo dei beni mobili della contribuente non può comunque essere accolta (nella specie, la contribuente, a seguito della notifica dell'avviso di accertamento, aveva provveduto a pagare in misura ridotta le sanzioni dimostrando così la sua liquidità e la volontà di non sottrarsi alla corresponsione delle somme richieste con l'atto impositivo).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 5 ottobre 2009, n. 127 - Pres. Piazza - Rel. Glendi.

NOTIFICAZIONE - notifica a mezzo posta - mancata apposizione della relata di notifica - inesistenza della notifica - sussistenza.

In caso di notificazione a mezzo posta ex art. 14 della l. n. 890 del 1982, deve affermarsi, conformemente a quanto stabilito dalla recente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 9377 del 2009), che la mancanza sull'atto impositivo della relata di notifica determina la giuridica inesistenza della notificazione.

F.G.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 29 gennaio 2009, n. 20 - Pres. Picozzi - Rel. Icardi.

NOTIFICAZIONE ATTI - società in liquidazione successivamente cancellata - notifica effettuata presso la ex sede sociale - nullità - sussistenza.

Nel caso in cui una società venga messa in liquidazione e successivamente cancellata, la notifica dell'avviso di accertamento deve essere effettuata presso la residenza del liquidatore e non presso la sede della società stessa in quanto in quest'ultimo caso, risulterebbe effettuata ad un soggetto giuridicamente inesistente.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. II, 16 febbraio 2009, n. 36 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo

PROCESSO TRIBUTARIO - dichiarazioni di terzi - idoneità a provare il fatto - sussistenza.

Nel processo tributario, le dichiarazioni di terzi hanno valore di indizi che, qualora vengano ritenuti dalla Commissione idonei a provare il fatto, possono essere assunti ad elemento fondante della pretesa.

R.P.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 10 novembre 2009, n. 155 - Pres. Picozzi - Rel. Icardi.

REGISTRO - compravendita di immobile - base imponibile - deroga al criterio del prezzo-valore - applicabilità nei confronti del WWF Italia - sussistenza.

La deroga prevista dall'art. 1, 497° comma, della l. n. 266 del 2005, in forza della quale per gli acquisiti effettuati da persone fisiche che non agiscono nell'esercizio di imprese, arti o professioni, aventi ad oggetto immobili ad uso abitazione, la base imponibile non è costituita dal valore venale in comune commercio (c.d. criterio del prezzo-valore), è applicabile anche nei confronti della onlus "WWF Italia" che non svolge attività di natura commerciale.

F.G.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 16 marzo 2009, n. 59 - Pres. Loffredo - Rel. Mazza - Lini (Avv. Guerci) c. Agenzia delle Entrate Ufficio di Genova 2.

RIMBORSO - ritenute trattamento previdenziale - termine presentazione istanza - tassazione - disciplina.

Nel caso in cui debba essere richiesto il rimborso delle ritenute indebitamente effettuate su di un trattamento previdenziale integrativo gestito dall'I.N.P.S. il termine per presentare la relativa istanza è quello decennale previsto per la prescrizione ordinaria, non potendosi applicare il termine di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 602/73, non trattandosi di un errato versamento ma di un indebito oggettivo (art. 2033 c.c.). Ai fini fiscali devono essere equiparati i trattamenti pensionistici erogati da fondi integrativi gestiti direttamente e non dall'I.N.P.S. con quelli complementari direttamente a carico di quest'ultimo ente.

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 6 marzo 2009, n. 45 - Pres. Loffredo - Rel. Mariani - T.A. c. Equitalia Polis S.p.A. (Avv. Calisi).

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - mancata indicazione responsabile procedimento - legittimità.

Con l'art. 36, comma 4 ter, del D.L. n. 248/2007, convertito dalla Legge n. 31/2008, il legislatore ha precisato che l'obbligo di indicazione del responsabile del procedimento entrerà in vigore dal 1° giugno 2008; prima di tale data, la sua mancata indicazione non è causa di nullità della cartella di pagamento (nella specie era stata impugnata una cartella di pagamento notificata nel 2007, per IRPEF dovuta per il 2000, emessa a seguito di avviso di accertamento diventato definitivo in quanto non impugnato: con il ricorso era stato unicamente censurato il mancato rispetto dell'obbligo, incombente sul Concessionario, di indicazione del responsabile del procedimento).

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. I, 5 ottobre 2009, n. 128 - Pres. Piazza - Rel. Lomazzo - Barberis A. (Avv. Rossi) c. Direzione provinciale ufficio controlli di Savona.

RISCOSSIONE - coniuge co-dichiarante - responsabilità solidale - limitazione al debito Irpef - sussistenza - responsabilità per debito Iva e sanzioni - esclusione.

Il coniuge co-dichiarante risponde in via solidale unicamente per il debito Irpef accertato in capo al marito con avviso di accertamento. La responsabilità solidale ex art. 17 della l. 114/1977 non si estende, invece, al debito Iva e alle sanzioni.

F.G.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XX, 3 novembre 2009, n. 288 - Pres. Rovelli - Rel. Orsi - Nuova Avec snc (Avv. Odino) c. Amiu S.p.A. (Avv. Lovisolo), e c. Comune di Genova e Equitalia Polis S.p.A.

TRIBUTI LOCALI - tariffa di igiene ambientale - necessità atto prodromico - insussistenza.

TRIBUTI LOCALI - tariffa di igiene ambientale - legittimità gestore del servizio a riscuotere la tariffa a mezzo ruolo- sussistenza - necessità convenzione con Agenzia delle Entrate - insussistenza.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento e fattura commerciale - difetto di motivazione - insussistenza.

TRIBUTI LOCALI - tariffa di igiene ambientale - concessione agevolazioni - presentazione denuncia - necessità.

L'art. 49 del D.lgs. n. 22/1997, riproducendo il meccanismo di riscossione della previgente TARSU (D.Lgs. n. 507/93), prevede che questa avvenga tramite ruolo (D.P.R. n. 602/73) sulla base della denuncia di inizio occupazione che il contribuente è tenuto a presentare all'inizio dell'occupazione e che ha valore per i periodi di imposta successivi e senza la previa necessaria emissione di un qualche atto prodromico alla cartella di pagamento; ciò in quanto la preventiva emissione di avvisi di accertamento si rende necessaria solo in caso di rettifica della denuncia incompleta o infedele o di omessa presentazione della denuncia iniziale o di variazione.

In applicazione dell'art. 49, c. 13, D.Lgs. n. 22/97, che attribuisce la potestà di riscuotere la T.I.A. al soggetto che gestisce il servizio, Amiu S.p.A. è legittimata a formare il ruolo per riscuotere essendo stata incaricata dal Comune di Genova di applicare la Tariffa quale soggetto gestore in virtù di un apposito contratto di servizio. Proprio perché la legittimazione di Amiu S.p.A. a formare il ruolo ed a riscuotere la T.I.A. sorge e nasce direttamente dalla legge non c'è necessità di alcuna specifica convenzione con l'Agenzia delle Entrate.

La cartella di pagamento è stata adottata in conformità al modello di cui al provvedimento dell'Agenzia delle Entrate 22/01/2004 asolvendo pienamente all'obbligo di motivazione: essa infatti contiene tutti gli elementi che devono essere obbligatoriamente previsti ed ha comunque permesso al contribuente di predisporre le proprie difese e che si instaurasse un valido contraddittorio senza lesione dei diritti costituzionalmente garantiti. Analogamente, reca una valida motivazione anche la fattura commerciale inviata dal gestore del servizio, riportando in maniera chiara la fonte della richiesta, gli elementi sia di fatto che di diritto che la giustificano anche sotto un profilo quantitativo, in conformità a quanto ha affermato la Corte di Cassazione (Sent. 9 agosto 2007, n. 17526).

La concessione di riduzioni tariffarie è subordinata alla presentazione al soggetto gestore del servizio di una apposita denuncia dalla quale risultino i presupposti che possono giustificare la concessione del beneficio. L'obbligo di presentare la denuncia si rinnova di anno in anno con la conseguenza che l'inottemperanza a tale obbligo legittima il soggetto gestore a pretendere coattivamente il tributo liquidato.

AN.GI.

Documenti

Antieconomicità, abuso del diritto e interposizione soggettiva, quali ipotesi di disconoscimento dell'attività del contribuente*.

Antonio Lovisolo

Ordinario di Diritto Tributario

Facoltà di Giurisprudenza - Università di Genova

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. Premessa. - 2. Sul sindacato di "economicità" delle singole componenti reddituali. - 2.1. Sul piano dei costi. - 2.2. Sul piano delle componenti positive. - 3. Valide ragioni economiche, "abuso del diritto" ed "elusione fiscale". - 4. Interposizione soggettiva. - 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Dalla lettura di numerose sentenze della Corte di Cassazione in questi ultimi anni e dalla prassi amministrativa, emerge un costante dato di fatto: il contribuente che voglia porre in essere un'attività "fiscalmente irreprensibile" deve mettersi nell'ottica di tenere un comportamento "economicamente giustificato".

Occorre prendere atto del fatto che oramai la esistenza di "valide ragioni economiche" rappresenta elemento valutativo di primaria rilevanza, utilizzato dall'organo accertatore e dal giudice tributario sia con riferimento alla determinazione delle singole componenti reddituali sia riguardo la loro deducibilità sia (soprattutto) nell'esercizio dei poteri "riqualificatori" delle operazioni poste in essere dal contribuente, attraverso formule quali (ad esempio) "abuso del diritto", "elusione fiscale" ed "antieconomicità delle scelte imprenditoriali", costituendone (le valide ragioni economiche) l'imprevedibile minimo comune denominatore.

A ciò ha condotto la evoluzione del "diritto vivente" quale elaborato dalla Giurisprudenza, soprattutto della Suprema Corte, secondo la quale: il comportamento "assolutamente contrario" ai canoni dell'economia, che il contribuente non giustifichi in alcun modo, legittima la ricostruzione presuntiva delle diverse componenti reddituali, o la ricostruzione induttiva della operazione posta in essere dovendo il contribuente fornire una giustificazione razionale delle proprie scelte imprenditoriali (generando, quindi, una sorta di "inversione dell'onere della prova").

Tale affermazione, tuttavia, richiede alcune puntualizzazioni in relazione alle diverse forme e situazioni in cui tale "antieconomicità" si manifesta, dovendosi distinguere, a seconda delle fattispecie in relazione alle quali assume rilevanza la "antieconomicità" o "l'assenza di valide ragioni economiche" dell'azione del contribuente.

In questa prospettiva, si possono considerare le ipotesi in cui

tal "antieconomicità" si manifesti in relazione alle singole e specifiche componenti reddituali, ovvero quelle in cui essa investa la intera "struttura" di un'operazione, come avviene per l'abuso del diritto, la elusione o l'interposizione soggettiva (simulazione).

2. Sul sindacato di "economicità" delle singole componenti reddituali.

Sotto il primo profilo, è notorio l'indirizzo ormai (molto diffuso) della Suprema Corte che tende a sindacare (legittimando i conseguenti recuperi a reddito) la antieconomicità dei costi oppure dei ricavi (o plusvalenze).

2.1. Sul piano dei costi.

L'esistenza del principio di "inerenza" che ne governa la deducibilità, comporta (anche a mio giudizio) la possibilità di una loro valutazione sia "qualitativa" che "quantitativa".

Il concetto di "inerenza" (sul quale ritorneremo fra qualche pagina) è sufficientemente "elastico" da escludere la "afferenza" all'attività d'impresa (e quindi la loro deducibilità) dei costi significativamente "eccessivi" rispetto ad un loro comprovato "valore normale", allorquando il contribuente non adduca ragioni economico - imprenditoriali idonee a giustificare tale scostamento.

In questa prospettiva, si pensi, ad esempio, alla indedutibilità del costo sostenuto per l'acquisto di materie prime e servizi (salvo si giustifichi l'incongruità del costo, ad esempio, per la necessità di sottrarre alla concorrenza un buon fornitore, magari esclusivo o per ragioni contingenti collegate alla "urgenza" di effettuare un acquisto).

Oppure, si pensi alla indedutibilità delle perdite sui crediti riconnesse a rinunce unilaterali (salvo, ad esempio, si dimostri che il recupero di tale credito sarebbe stato "impossibile" o particolarmente oneroso o comunque che tale "rinuncia" sia corrispondente ad una particolare politica commerciale di "fidelizzazione" del cliente o di sostegno della Società partecipata debitrice).

Caso particolare è, poi, quello della sindacabilità della congruità del compenso corrisposto agli amministratori. In proposito si "intrecciano" diverse contrastanti pronunzie della Suprema Corte.

Basti ricordare che, da ultimo (sent. 2 dicembre 2008, n. 28595), la Suprema Corte sancisce "l'assenza di parametri quantitativi o tabelle, contenenti limiti massimi di spesa", legittimando il comportamento del contribuente.

Pronuncia inspiegabile nel più generale contesto della Giurisprudenza della Suprema Corte che, tendendo a dare rilievo alla "incongruità" dei costi d'impresa, intravvede, nella "antieconomicità" dell'azione del contribuente, una situazione di "sospetto" sotto il profilo della condivisibilità quantitativa delle componenti reddituali.

In particolare, la ricordata "elasticità" del concetto di inerenza è ben evidenziata dalla recente sentenza della Suprema Corte (Cass., 21 gennaio 2009, n. 1465 in GT 2009 sulla quale ritornerò infra sub 3) nella quale (attraverso la previa valutazione della non abusività della operazione posta in essere) si evidenzia che un costo è inerente se è "economicamente giustificato": ma a tal fine "non è necessario che esso sia

(*) Relazione svolta il 23 ottobre 2009 al Seminario di studi su *questioni attuali sostanziali processuali di diritto tributario* organizzato presso la Facoltà di Economia dell'Università di Genova.

stato sostenuto per ottenere una ben precisa e determinata componente attiva di quel reddito, ma è sufficiente che esso sia correlato in senso ampio all'impresa in quanto tale, e cioè sia tendenzialmente idonea a produrre utili (Cass., 30 luglio 2007, n. 16826).

“Ancora è stato rimarcato che l'inerenza implica la presa in esame della funzione dei beni e dei servizi acquisiti, prescindendo dalla entità della spesa e dalla circostanza che i versamenti siano stati erogati ad un soggetto diverso dal contribuente il quale abbia a sua volta provveduto alla acquisizione di quei beni o dei servizi (Cass., 21 aprile 2008, n. 10257) come pure è stato precisato che le spese per acquisti di beni rientrano nella nozione di inerenza anche se prodromiche all'espletamento di nuove attività consentite dall'oggetto sociale (Cass., 21 marzo 2008, n. 7808).

“Più perspicuamente è stata ritenuta la deducibilità dei costi, anche se non direttamente ricollegabili a ricavi o ad un fine di immediata redditività, nell'ambito di strategie di gruppo (Cass., 1° agosto 2000, n. 10062 e Cass., 26 gennaio 201, n. 1133) perché l'attività d'impresa non può essere sempre ricollegata ad un'esigenza di immediata realizzazione di profitto, soprattutto quando la stessa operi in contesti più ampi di quelli dell'operatore singolo”.

Come si vede, tenuto conto che, secondo la previsione dell'art. 75, comma 5 t.u. 1986 n. 917, la inerenza è da valutarsi in relazione alla “attività d'impresa” (e non già a “specifici ricavi”), la “economicità” di un costo (e quindi la sua “inerenza”) è da valutarsi in senso ampio anche nell'ottica di un vantaggio di gruppo o di un utile potenziale.

2.2. Sul piano delle componenti positive.

Particolare considerazione occorre, invece, a mio giudizio, svolgere in relazione alla contestazione “dell'antieconomicità” delle componenti positive (ricavi o plusvalenze).

Certamente, ad esempio, l'applicazione di “percentuali di ricarico” palesemente “abnormi” od ingiustificate può condurre ad una ricostruzione presuntiva dei ricavi (salvo ovviamente la prova contraria).

In questa prospettiva si consideri che è consentita la ricostruzione dei ricavi solo ove sussistano “gravi incongruenze” rispetto alle risultanze degli studi di settore o a quelli “fondatamente attesi” secondo regole di “normalità” che tengano conto delle caratteristiche della impresa (art. 62 sexies d.l. 1993, n. 337).

L'esistenza di tali “gravi incongruenze” può essere valutata anche in relazione alla “economicità” della gestione della singola impresa: si pensi (a titolo di esempio) alla scarsa redditività incompatibile con un elevato numero di dipendenti ovvero (sempre ad esempio) al sostentimento di costi incompatibili con le dimensioni della impresa e l'attività svolta, ovvero al protrarsi di una attività continuativamente in perdita, pur in presenza della apertura di un nuovo punto vendita vicino a quelli già esistenti (Cass., 2008, n. 24436).

Tanto è vero che recentemente la Suprema Corte (Ord. 15 giugno 2009, n. 13925) ha ritenuto illegittimo l'accertamento induttivo se i ricavi dichiarati sono coerenti con gli studi di settore.

Particolari considerazioni occorre, invece, svolgere allorquando (come sovente accade) l'atto impositivo proceda al “sindacato di congruità” delle componenti positive (ricavi o plusvalenze) la cui riconduzione “a normalità” comporta la rettifica in aumento dell'imponibile dichiarato.

Invero, non ritengo che in generale, dalla contestazione della “incongruità” di un ricavo possa derivarne immediatamente

ed “automaticamente” il suo recupero a reddito.

Si consideri, infatti, che (sia ai fini Iva che dell'imposizione sul reddito) la determinazione dei ricavi (o delle plusvalenze), dei corrispettivi è riconnessa al prezzo (o corrispettivo) effettivamente praticato per la transazione (art. 85, 86 t.u. 1986, n. 917 art. 13, comma 1 d.p.r. 1972, n. 633) piuttosto che al suo “valore di mercato”.

Il sindacato di “congruità” di tali componenti reddituali rappresenta, infatti, ipotesi eccezionale di determinazione quantitativa, esperibile solo nei casi previsti dalla legge (ad esempio art. 85, comma 2; art. 110, comma 7 t.u. 1986, n. 917; art. 13, comma 2, lett. c) e d) d.p.r. 1972, n. 633).

E, pertanto, evidente che riconoscere, un generalizzato sindacato sulla “congruità” del prezzo (corrispettivo) dichiarato, finirebbe con l'estendere la rilevanza della congruità delle componenti reddituali, al di là dei casi specifici previsti dalla legge.

Ciò premesso, si consideri, tuttavia che allorquando le norme indicate fanno riferimento ai “corrispettivi”, intendono attribuire rilevanza agli “effettivi e veri” prezzi praticati dalle parti e non a quelli “apparenti e simulati”.

Pertanto, se è vero che, al di là delle tassative ipotesi di rilevanza del “valore normale” della transazione, di fronte ad un prezzo “incongruo” non può essere assunto direttamente quale componente positivo il relativo valore ricondotto “a congruità”.

È tuttavia altrettanto vero che il discostamento fra prezzo dichiarato e valore di mercato del bene, può configurarsi quale elemento “indiziario” della simulazione del corrispettivo medesimo che, per assumere pieno valore “probatorio” deve essere corroborato da ulteriori elementi addotti dall'Amministrazione (ad esempio attraverso riscontri bancari, controlli incrociati ecc...) idonei a dimostrare che il prezzo praticato non è quello “effettivo” ma è “simulato”.

“Simulazione del prezzo” che è situazione evidentemente diversa da quella di sua “incongruità”.

In altre parole, in via di principio, non è legittima la trasposizione ricavo incongruo = ricavo da rettificare in base alla sua “congruità”.

In realtà, al convincimento della “incongruità del ricavo”, deve seguire (da parte dell'Amministrazione) la prova del “prezzo (corrispettivo) simulato”.

Né potrebbe dirsi che alla dimostrazione dell'incongruità del ricavo possa sempre e comunque presuntivamente desumersi, l'esistenza di “prezzi simulati”: altrimenti non esisterebbero i “buoni” ed i “cattivi” affari!

Tutt'al più la formula: “ricavo incongruo” = “prezzo simulato” può essere adottata ove sistematicamente si riscontri la praticabilità di “prezzi incongrui” soprattutto, in presenza di un'impresa generalmente “in perdita”.

Particolari considerazioni occorre svolgere quanto al settore delle vendite immobiliari.

Gli artt. 39, 1° comma lett. d) ultima parte, d.p.r. 1973, n. 600 e 54, 3° comma ultima parte d.p.r. 1972, n. 633 prevedevano che la differenza fra prezzo (corrispettivo) e valore di mercato del bene costituisce prova presuntiva di “attività non dichiarate” o di “passività dichiarate”.

Invero, tale eccezionale previsione confermava, innanzitutto, che al di fuori del settore dei diritti reali immobiliari, valesse la “regola” cui ho fatto riferimento circa il valore meramente “indiziario” della differenza prezzo / valore (come tale, oggetto di ulteriori necessari approfondimenti probatori).

In secondo luogo, ricordo che la presunzione prevista degli artt.

39 e 54 cit. operava solo sul piano dell'accertamento e non in relazione al presupposto del tributo (IVA, IRE o IRES) che era (ed è), pur sempre, (generalmente) ragguagliato al prezzo "effettivo" della transazione, potendo, quindi, il contribuente dare la prova oltre che della "congruità" del prezzo praticato anche quello (certamente non agevole) della sua effettività.

Come è noto, a seguito della attivazione da parte della Commissione Cee di una procedura di infrazione (la n. 2007/4575) a carico del nostro Paese (ai sensi dell'art. 226 del trattato), è stato emanato in sede comunitaria un Parere motivato nel quale (in conformità a quanto esposto anche nelle pagine che precedono) si ribadisce che la base imponibile IVA è in via di principio correlata al prezzo praticato e non al valore normale del bene o servizio (tranne le tassative ipotesi prevista anche dalla Direttiva).

Pertanto, (al di là delle ipotesi previste) il valore normale della transazione assume rilievo solo *"in caso di frode o evasione fiscale"*.

Il nostro legislatore con la legge comunitaria per il 2009 (7 luglio 2009, n. 88) si è prontamente adeguato a tale cogente indirizzo, abrogando il ricordato "passo" dell'art. 54 d.p.r. 1972, n. 633 e (per quanto non strettamente dovuto trattandosi di tributi estranei alla precisazione della Direttiva) quello omologo dell'art. 39 comma 1 cit. d.p.r. 1973, n. 600. In conseguenza di tale abrogazione, si è ritornati al regime *quo ante* sopra delineato: anche per il settore immobiliare al di là delle tassative ipotesi di rilevanza del "valore normale" della transazione, la semplice "incongruità" del prezzo (di vendita o di acquisto) non può dì per se solo comportare l'assunzione dei valori ritenuti congrui.

Bensì tale differenza si configuri quale elemento indiziario della simulazione del prezzo vero.

Semmai, problema che si pone, al riguardo, è quello della retroattività di tale abrogazione e della sollevabilità d'Ufficio (piuttosto che ad istanza di parte) della problematica riconnessa a tale abrogazione.

Ed infatti, la riconosciuta incompatibilità comunitaria della previsione dell'art. 54 d.p.r. 1972, n. 633 (ai fini IVA quindi), deve, a mio avviso, far propendere per l'efficacia retroattiva della abrogazione dell'art. 54, 3° comma ultima parte cit., anche perché la Suprema Corte, seppure per le sentenze dei giudici Comunitari (mentre qui si è in presenza di un Parere della Commissione), ritiene che le stesse debbano essere applicate d'Ufficio (Cass., sez. un. 18 dicembre 2006, n. 26948 ed ivi riferimenti alle conformi sentenze della Corte di Giustizia).

Qualche perplessità mi viene nel riconoscere l'efficacia retroattiva alla abrogazione dell'art. 39, 1° comma lett. d) d.p.r. 1973, n. 600 (ai fini della imposizione diretta) per la quale non esiste omologo supporto argomentativo "comunitario".

Tuttavia, la necessità di evitare una differente determinazione di base imponibile per tributi "contigui" (sul reddito ed IVA) può far propendere per l'effetto retroattivo anche di tale abrogazione.

3. Valide ragioni economiche, "abuso del diritto" ed "elusione fiscale".

Prospettiva (solo) parzialmente diversa è formulabile in relazione alla rilevanza che le "valide ragioni economiche" assumono in presenza di operazioni del contribuente la cui struttura sia contestata sotto il profilo dell' "abuso del diritto" o della "elusione fiscale".

Non è questa la sede per affrontare i profili generali dell' "abuso del diritto" e della "elusione fiscale", sui quali, an-

ch'io ho espresso la mia opinione (1), mi limito pertanto a rilevare che, in relazione a tali contestazioni della "struttura" di operazioni (più o meno complesse), le "valide ragioni economiche" si configurano quasi alla stregua di una sorta di "alibi" del corretto comportamento del contribuente che (come il passeggero a cui, controllato su di un mezzo pubblico, sia richiesto il titolo di viaggio), deve poterle esibire se vuole proseguire la propria corsa senza incorrere nella "sanzione" del disconoscimento dei relativi effetti fiscali.

Certamente la importanza fondamentale che rivestono le "valide ragioni economiche" è il dato che accomuna un ormai costante indirizzo della Suprema Corte ed in relazione al quale ricordo che le tre sentenze delle Sezioni Unite nn. 30055, 30056 e 30057 del 23 dicembre 2008 e la sentenza n. 1465 del 2009.

In particolare, con riguardo alle tre sentenze di fine 2008 le "valide ragioni economiche" si configura quale clausola generale antielusiva che le Sezioni Unite (a mio giudizio del tutto correttamente) hanno ricondotto al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione.

Secondo l'indirizzo della Suprema Corte, il principio "solidaristico" sancito dall'art. 53 Cost. impone che nessuno può sottrarsi al proprio obbligo contributivo, attraverso l'uso "abnorme" (seppure legittimo) dei negozi ed atti giuridici in quanto non sorretto da un autonoma e valida ragione economica, diversa dal risparmio d'imposta.

Ed infatti, viola tale principio solidaristico colui che realizza lo stesso risultato economico, manifestando la stessa capacità contributiva ma formalmente non verificando il presupposto del tributo per l'abuso dello strumento giuridico non economicamente giustificato.

In altre parole, le "valide ragioni economiche" rappresentano il "metro" con il quale misurare l'uso ("abnorme" o non e cioè "legittimo" o non) dello strumento giuridico utilizzato al fine di determinare il regime fiscale applicabile.

Si è già ricordata la recente sentenza della Sezione Tributaria della Suprema Corte (21 gennaio 2009, n. 1465), nell'ambito di un contesto complessivo attinente la rilevanza del concetto di "inerenza" ritiene che la valutazione della inerenza di un componente negativo non possa essere avulsa anche da una valutazione della complessiva "abusività dell'intera operazione", e partendo da questo presupposto formula alcuni principi assolutamente condivisibili "saldando" la (sopra illustrata) problematica della "economicità" della "inerenza" delle componenti reddituali deducibili con quella della "abusività" dell'operazione sotto il profilo della determinazione dei costi.

In particolare, la Suprema Corte ben individua quali siano gli oneri probatori dell'Amministrazione e quali del contribuente.

Il Giudice di legittimità ritiene essere "onere dell'Amministrazione finanziaria - non solo - prospettare il disegno elusivo a sostegno delle operate rettifiche ma - anche - le supposte modalità di manipolazione o di alterazione di schemi classici ritenute come irragionevoli in una normale logica di mercato se non per pervenire a quel risultato di vantaggio fiscale". A sua volta, il contribuente deve opporre la prova contraria correlata alla "esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore che giustifichino operazioni così strutturate".

Prova contraria che - in relazione alla fattispecie esaminata - la Suprema Corte (con pronuncia da condividere) ha individuato nell'esistenza di un obiettivo di gruppo di assicurarsi - pervenendo ad un prezzo di rivendita più basso - vantaggiose posizioni commerciali di competitività sui mercati.

I condivisibili principi testé riportati, dimostrano come la Suprema Corte, al fine della risoluzione delle fattispecie portate alla sua attenzione, ormai (sotto diversi profili ed ambiti normativi) prediliga un particolare punto di osservazione, che è quello della necessaria presenza di una *“valida motivazione economica”* che giustifichi l’operazione compiuta (od anche solo la detrazione del costo subito o l’entità del ricavo praticato), in quanto laddove tali ragioni manchino, sorge nell’organo giudicante il *“sospetto”* che la concatenazione negoziale sia stata strumentale alla fruizione indebita di un vantaggio fiscale.

4. Interposizione soggettiva.

Anche la previsione dell’art. 37, 3° comma d.p.r. 1973, n. 600 sulla *“interposizione soggettiva”* non si sottrae alla problematica sin qui affrontata.

Si ricorda che tale previsione normativa così recita: *“in sede di rettifica o di accertamento d’ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l’effettivo possessore per interposta persona”*. Tale norma certamente si applica alle sole ipotesi di *“interposizione fittizia”*, cioè di *“simulazione soggettiva”* allorquando, cioè, un reddito viene fatto *“apparire”* di *“spettanza”* di un soggetto *“interposto”* che funge da *“schermo”* all’interponente, suo effettivo titolare.

Si tratta, tuttavia, di individuare quali ipotesi siano riconducibili a tali forme di *“interposizione fittizia”*, dovendosi, a mio giudizio, in esse ricomprendersi (al beninteso solo fine dell’applicazione di tale previsione normativa) anche talune fattispecie (tradizionalmente riconducibili a forme di *“interposizione reale”*) di *“fiducia cum amico”*, caratterizzate da un ruolo meramente *“passivo”* dell’interposto che svolge la propria attività senza alcun proprio apprezzabile *“interesse economico”* (se non a quello di percepire un proprio *“compenso”*) ma nell’interesse esclusivo dell’interponente.

In particolare (a mio avviso) sono riconducibili in tale previsione normativa tutte le ipotesi in cui l’interposto si qualifichi come mero *“strumento passivo”* dell’interponente di cui è mero *“prestanome”* o *“testa di legno”*.

In relazione all’applicazione dell’art. 37, comma 3 cit., la

mancanza presso *“l’interposto”* di una sua funzione propria, *“economicamente giustificata”*, finisce con il consentire di attribuirgli il ruolo, meramente passivo, di intestatario del bene o dell’attività, con funzione di mero occultamento dell’effettivo titolare (interponente), legittimando la conseguente attribuzione reddituale all’interponente piuttosto che all’interposto. (2)

5. Conclusioni.

In conclusione, pur non essendo questa la sede per approfondire ulteriormente il variegato e complesso tema della rilevanza della *“economicità”* dell’azione del contribuente, ho tuttavia ritenuto di evidenziare sotto diversi profili ed in relazione a diverse ipotesi (*“abuso del diritto”* ed *“elusione fiscale”*, *“interposizione soggettiva”* o mera contestazione di singole componenti reddituali) cheoggidì l’operatore economico riesce a trovare un sicuro riparo da contestazioni fondate sul carattere *“abusivo”*, od *“elusivo”* del proprio agire, laddove sia in grado di *“blindare”* il complesso degli atti in cui si estrinseca la propria attività con solide motivazioni di carattere economico che evidenziano la esistenza di autonoma *“business purpose”*, sottesa sia alla complessiva operazione posta in essere (non motivata solo da ragioni di *“risparmio d’imposta”*) sia alla praticabilità di componenti positivi o negativi del tutto consoni e correlati a valide ragioni economico -imprenditoriali.

Note:

(1) Si veda: *“Il principio di matrice comunitaria dell’abuso del diritto entra nell’ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura, o clausola generale antielusiva? L’evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte”* in Dir. Prat. Trib., II, 2007, pag.723 ss; *“La Corte di Cassazione crea l’abuso di diritto e rilancia l’idea di una clausola generale antielusiva”* in Riv. Dir. Trib. 1/2009, pagg. 49 e segg.; *“L’art. 53 Cost. come fonte della clausola generale antielusiva ed il ruolo delle ‘valide ragioni economiche’ tra abuso del diritto, elusione fiscale ed antieconomicità delle scelte imprenditoriali”* in Giur. Trib. 3/2009.

(2) Si veda ampiamente in relazione a tale problematica il mio: *“Possesso di reddito ed interposizioni di persona”* in Dir. Prat. Trib. 1992, I, pag. 1665 e segg.

Sezione di diritto penale

Massime

Cassazione Penale, sez. VI, 26 giugno 2009, n. 35149 - Pres. Roberto De Giovanni - Rel. Giovanni Conti.

ATTI - doveri del difensore - grave negligenza - mancata assistenza - mancata tempestiva impugnazione - remissione in termini - sussistenza.

(Art. 175 c.p.p.)

La grave negligenza del difensore di fiducia, il quale manchi della padronanza di ordinarie regole di diritto che dovrebbero costituire il bagaglio tecnico di qualsiasi soggetto legittimato alla professione forense, comporta una mancata assistenza difensiva, la quale giustifica - nell'ipotesi di decorrenza per mancata o tardiva presentazione dell'impugnazione - la concessione della remissione in termini. (Nel caso di specie il difensore di fiducia non aveva presentato tempestivamente i motivi di appello, ritenendo erroneamente che i termini non fossero ancora scaduti).

A.TOR.

forza di una licenza di concessione regolarmente rilasciata e per la quale venga dall'interessato avanzata ben prima della scadenza tempestiva richiesta di rinnovo l'eventuale ritardo nell'emissione del provvedimento autorizzatorio da parte della pubblica amministrazione non può ridondare in danno del privato, talché anche se per un periodo vi sia stata occupazione abusiva (nel senso che per quanto la richiesta di titolo fosse stata avanzata tempestivamente l'autorità abbia tardato a rilasciarla) non si deve considerare integrato il reato di occupazione abusiva essendo carente sussistere l'elemento psicologico della fattispecie criminosa ipotizzata. (Nel caso di specie l'Autorità Portuale aveva ritardato nell'emissione del provvedimento autorizzatorio ai fini dell'occupazione di un'area demaniale. L'istanza di rinnovo era stata presentata dal prevenuto ben prima della scadenza della licenza di concessione e l'occupazione abusiva si era protratta per soli trenta giorni).

CR.SEN.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 22 settembre 2009, n. 997 - Giudice Borzone.

CIRCOSTANZE del reato - circostanze attenuanti generiche - reato di detenzione di materiale pedo-pornografico - ingente quantitativo - rilevanza nella determinazione della pena - inidoneità ad escludere di per sé l'art. 62 bis c.p.

(Artt. 62-bis, 133 e 600-quater c.p.)

La rilevante quantità del materiale pedopornografico detenuto - nel caso di specie ben 232.069 immagini e 3171 file video - pur giustificando l'allontanamento della pena base dai minimi editoriali, non esclude di per sé la concedibilità delle circostanze attenuanti generiche nel caso in cui vi siano elementi che le giustifichino quali ad esempio l'incensuratezza, il buon comportamento processuale e la stabile posizione lavorativa. (Nel caso di specie i fatti di causa sono precedenti alla riforma dell'art. 62-bis C.P. introdotta dall'art. 1 del D.L. 23 maggio 2008 n. 92 convertito, con modifiche, nella Legge 24 luglio 2008 n. 125).

A.TOR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 14 luglio 2009 - Giudice Faraggi.

DELITTI contro il patrimonio - delitti contro il patrimonio mediante frode - circonvenzione di persone incapaci - prova dello stato di infermità o deficienza psichica - necessità - mera età avanzata della persona offesa dal reato - insufficienza.

(Art. 643 c.p.)

Qualora non via sia prova alcuna (documentazione o altri elementi) in ordine alla reale sussistenza dello stato di infermità o deficienza psichica della persona offesa dal reato, elemento imprescindibile per la configurabilità del delitto di circonvenzione di persone incapaci, le predette condizioni non possono essere di per sé ed implicitamente desunte dal mero dato anagrafico dell'età avanzata. (Nella fattispecie concreta, il Giudice ha pronunciato sentenza di assoluzione nei confronti dell'imputato con la formula "perché il fatto non sussiste" desumendo, in mancanza peraltro di prove in senso contrario, l'assenza di situazioni di infermità o deficienza psichica dalla circostanza che la persona offesa, nonostante l'età avanzata, era apparsa lucida e coerente nella narrazione dettagliata dei fatti)

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 gennaio 2010 - Giudice Baldini.

CODICE della navigazione - occupazione abusiva - ritardo nell'emissione provvedimento di autorizzazione da parte della P.A. - insussistenza.

(Art. 1161 cod. nav.)

Nel caso in cui l'occupazione di un'area demaniale avvenga in

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 30 novembre 2009 - Est. Carpanini.

DELITTI contro il patrimonio - rapina - tentativo - violenza non finalizzata all'impossessamento - insussistenza.

(Artt. 56 e 628 c.p.)

Non può qualificarsi tentata rapina la condotta di chi reagisca con violenza nei confronti della persona offesa non per cercare di impossessarsi del bene mobile altrui che questa gli aveva rifiutato, bensì solo come reazione a detto rifiuto, come manifestazione di rabbia, una sorta di punizione. Non ricorre pertanto l'ipotesi del tentativo di rapina, non ravvisandosene gli elementi costitutivi, mentre sussiste il reato di lesioni.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 28 agosto 2009 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro la libertà personale - violenza sessuale - toccamento dei glutei - qualificazione della condotta quale atto sessuale - sussistenza.

(Art. 609 bis c.p.)

Il toccamento dei glutei - zona tipicamente erogena - quale atto diretto ed idoneo a compromettere la libertà della persona attraverso l'eccitazione o l'istinto sessuale dell'agente, va qualificato come atto sessuale. Peraltra, in tale ipotesi, può senz'altro ritenersi concretizzata l'ipotesi attenuata di cui all'ultimo comma dell'art. 609 bis c.p., qualora la condotta in sé considerata - assai poco invasiva - non si sia estrinsecata in una effettiva violenza.

NIC.LI.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini preliminari, 23 giugno 2009 - Est. Giacalone.

DELITTI contro la persona - aggravante dell'aver agito per finalità di odio e discriminazione razziale - assenza del pericolo di emulazione da parte di terzi o di diffusione del riprovevole sentimento - sussistenza dell'aggravante.

(Art. 3 co. 1 L. 205/93)

È configurabile l'aggravante di cui all'art. 3 comma 1 L. 205/93 anche se l'azione non si presenti come intenzionalmente diretta o, quanto meno, potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare il riprovevole sentimento, o il pericolo di comportamenti discriminatori o di atti emulatori.

Ai fini della sussistenza dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso è sufficiente che la condotta lesiva si ponga come consapevole esteriorizzazione di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato su un pregiudizio di razza, avuto riguardo alle peculiari modalità dell'azione nonché al contesto ambientale della stessa. (1)

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 11 febbraio 2010 - Est. De Matteis.

DELITTI contro la persona - aggravante dell'aver agito per finalità di odio e discriminazione razziale - assenza del pericolo di emulazione da parte di terzi o di diffusione del riprovevole sentimento - insussistenza dell'aggravante.

(Art. 3 co. 1 L. 205/93)

In tema di aggravante di cui all'art. 3 comma 1 L. 205/93 occorre distinguere tra le "motivazioni" e le "finalità" perseguiti dall'agente: le prime si sostanziano nell'ispirazione interiore che ha determinato l'agente, mentre le seconde rappresentano un'azione esterna della condotta, intenzionalmente diretta ed almeno potenzialmente idonea a suscitare negli altri lo stesso riprovevole sentimento di discriminazione. L'aggravante istituita dall'art. 3 della Legge 205/93 non sanziona i "motivi", ma le "finalità" di discriminazione dell'azione criminosa. (2)

(1-2) Nota

Le due sentenze sopra massimate esprimono principi di diritto in netto contrasto tra loro: mentre la prima ritiene sufficiente ai fini dell'integrazione dell'aggravante di cui all'art. 3 L. 205/93 che la condotta "si ponga come consapevole esteriorizzazione di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato su un pregiudizio di razza", la seconda chiede che l'azione persegua un "deliberato fine di discriminazione razziale" non bastando che sia "posta in essere da persone con riprovevoli sentimenti razzisti".

Il primo giudice era chiamato a decidere una contestazione di tentato omicidio, minaccia e ingiurie, reati tutti aggravati dalla finalità di discriminazione e di odio etnico e razziale che veniva ritenuta sussistente sulla scorta del fatto che "in precedenti occasioni l'imputato non aveva risparmiato offese a sfondo razziale e intimidazioni per affermare in modo assurdo la sua superiorità" e che "era risaputa l'avversione dell'imputato verso il giovane albanese". Anche nell'occasione le offese avevano un inequivocabile riferimento razziale "bastardi, albanesi di merda, figli di puttana".

L'orientamento espresso in questo caso afferma la sussistenza dell'aggravante de qua "ogni qualvolta l'azione posta in essere esprime nel soggetto agente l'esistenza di un pregiudizio manifesto di inferiorità verso la persona di colore, razza, nazionalità, etnia o religione diversa, come espressione non già di un disvalore occasionale del fatto, bensì del dato culturale che lo connota. L'azione deve pertanto essere rapportata al contesto ambientale e culturale in cui si è svolto il fatto e recare il disvalore richiesto dalla legge proprio in ragione della valenza discriminatoria o di conflittualità apodittica che l'autore intende perseguire in ragione della diversità dell'offeso".

Il secondo giudice affrontava invece un caso di ingiurie, minacce e lesioni. La contestata aggravante di cui all'art. 3 L. 205/93 veniva esclusa argomentando che le frasi riportate in imputazione, "devo ammazzare questi zulù, sporco negro di merda, puzzì", sono "sicuramente espressione di una motivazione razziale, ma non certo espressione di una specifica finalità di discriminazione od odio razziale".

Le due pronunce si schierano su opposte posizioni in relazione alla valenza interpretativa da attribuire al lemma "finalità" usato dal legislatore che ha dato vita a due diversi indirizzi giurisprudenziali anche da parte del giudice di legittimità. In senso conforme a quello condiviso dalla seconda decisione sopra massimata vedasi Cass. pen., sez. V n. 44259 del 17/11/2005, Paoletich (in Riv. Pen. 2006, 3, 320) secondo cui "ai fini della configurabilità della circostanza aggravante della "finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso", quale prevista dall'art. 3, comma 1, del D.L. 26 aprile 1993, n. 122, conv. con modif. in legge 25 giugno 1993, n. 205, non può considerarsi sufficiente una semplice motivazione interiore dell'azione, ma occorre che questa, per le sue intrinseche caratteristiche e per il contesto nel quale si colloca, si presenti come inten-

zionalmente diretta e almeno potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare in altri il suddetto sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro o nell'immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori. Si deve, inoltre, escludere che possa automaticamente ricondursi alla nozione di "odio" ogni e qualsiasi sentimento o manifestazione di generica antipatia, insofferenza o rifiuto, pur se riconducibile a motivazioni attinenti alla razza, alla nazionalità, all'etnia o alla religione, e si deve altresì considerare, quanto alla "discriminazione", che la relativa nozione non può essere intesa come riferibile a qualsivoglia condotta che sia o possa apparire contrastante con un ideale di assoluta e perfetta integrazione, non solo nei diritti ma anche nella pratica dei rapporti quotidiani, tra soggetti di diversa razza, etnia, nazionalità o religione, ma deve essere tratta esclusivamente dalla definizione contenuta nell'art. 1 della Conv. di New York del 7 marzo 1966, resa esecutiva in Italia con la legge n. 654/1975, secondo cui (nel testo italiano), essa «sta ad indicare ogni distinzione, esclusione, restrizione o preferenza basata sulla razza, il colore, l'ascendenza o l'origine etnica, che abbia lo scopo o l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale o in ogni altro settore della vita pubblica»). (Nella specie, in applicazione di tali principi, la Corte ha annullato con rinvio, per difetto di motivazione, la sentenza di merito con la quale era stata ritenuta la sussistenza dell'aggravante in questione relativamente al reato di ingiurie addebitato all'imputato per avere questi, in occasione di una rissa - per la quale l'aggravante non risultava contestata - rivolto ad alcune straniere di origine colombiana l'espressione «sporche negre, cosa fanno queste negre qua»).

Di segno opposto, altra pronuncia della medesima sezione della Suprema Corte che enuncia il principio di diritto adottato nel primo provvedimento sopra riportato in massima: "Al fine della configurazione dell'aggravante della finalità di discriminazione o di odio etnico, nazionale, razziale o religioso (art. 3 d.l. n. 122 del 1993, conv. in legge n. 205 del 1993), non è necessario che la condotta incriminata sia destinata o, quanto meno, potenzialmente idonea a rendere percepibile all'esterno ed a suscitare il riprovevole sentimento o, comunque, il pericolo di comportamenti discriminatori o di atti emulatori, giacché ciò varrebbe ad escludere l'aggravante in questione in tutti i casi in cui l'azione lesiva si svolga in assenza di terze persone". (In applicazione di questo principio la S.C. ha ritenuto integrata l'aggravante in questione nella condotta del soggetto attivo che aveva proferito l'espressione ingiuriosa "non voglio vedere marocchini davanti al locale" e successivamente aveva aggredito la persona offesa che si era rifiutata di allontanarsi, cagionandole lesioni, affermando che tale condotta si pone come consapevole esteriorizzazione di un sentimento di avversione o di discriminazione fondato su un pregiudizio di razza, avuto riguardo alle peculiari modalità dell'azione nonché al contesto ambientale della stessa). Cass. pen., sez. V, 11/7/2006 n. 37609 (in Riv. Pen., 2007, 9, 916).

Cristina Brigneti
Avvocato, Foro di Genova

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 17 novembre 2009 - Giudice Giacalone.

DELITTI contro l'assistenza familiare - maltrattamenti in famiglia - lesioni - assorbimento - esclusione - concorso formale - sussistenza.

(Artt. 81, 572, 581, 582 e 585 c.p.)

Il delitto di lesioni personali volontarie non può ritenersi assorbito in quello di maltrattamenti in famiglia, trattandosi di delitti che concorrono materialmente fra loro per la diversa obiettività giuridica.

(Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto la condotta dell'imputato integrante gli estremi del reato di maltrattamenti, in quanto caratterizzata dalla reiterazione dei comportamenti violenti, intimidatori e vessatori nell'ambito familiare, tali da assumere un carattere di abitualità. Inoltre il Giudice ha riconosciuto la penale responsabilità dell'imputato per il comportamento lesivo serbato dall'imputato verso la moglie e la figlia).

CR.SEN

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 19 novembre 2009, n. 1278 - Giudice Carpanini.

DELITTI contro l'assistenza familiare - maltrattamenti in famiglia - pluralità di condotte - continuazione - sussistenza.

(Artt. 81 e 572 c.p.)

In tema di maltrattamenti in famiglia ex art. 572 C.P., un'interruzione della condotta criminosa, seppure di consistente durata, che sia del tutto estranea alla volontà dell'imputato non fa venire meno l'abitualità della condotta del reato e l'unicità del reato fra i due periodi di maltrattamenti contestati.

(Fattispecie relativa ad una condotta di maltrattamenti protrattasi per vari anni durante i quali vi fu anche un periodo di detenzione in carcere di circa un anno e otto mesi. Il giudice ha ritenuto sussistente un unico reato di maltrattamenti che non sarebbe stato interrotto dalla detenzione in carcere)

A.TOR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari di Genova, 13 luglio 2009 - Giudice Fucigna.

DELITTI contro l'attività giudiziaria - falsa testimonianza - oggetto della dichiarazione - contenuto non direttamente incidente sull'accertamento dei fatti - insussistenza.

(Art. 372 c.p.)

Non può ritenersi provato il delitto di falsa testimonianza nel caso in cui la dichiarazione resa nel procedimento civile in relazione ad un sinistro stradale non abbia ad oggetto la dinamica dell'investimento ma solo quanto avvenuto immediatamente prima ed immediatamente dopo il sinistro. Peraltro la circostanza che l'imputato non abbia risposto positivamente alla domanda dell'agente accertatore che, nell'immediatezza del sinistro, richiedeva agli astanti se vi fossero testi oculari non è di per sé idonea ad integrare la prova della

falsa testimonianza in relazione a quelle dichiarazioni rese per la prima volta nel corso dell'istruttoria civile.

NIC.LI.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari di Genova, 14 luglio 2009 - Giudice Papillo.

DELITTI contro la vita e l'incolumità individuale - abbandono di minore - mancata esposizione a situazione di pericolo - esclusione.

(Art. 591 c.p.)

Non sussiste il delitto di abbandono di minore qualora l'incolumità di quest'ultimo non venga a trovarsi in situazione di pericolo.

(Nel caso di specie il minore di anni 8, nel rientrare a casa da scuola non trovava nessuno e, dopo avere suonato più volte il campanello di casa, si rivolgeva ad una vicina che lo ospitava in casa allertando entrambi i genitori separati. Nella motivazione il giudice ha anche fatto cenno al fatto che l'assenza di persone in casa è stata probabilmente dovuta ad un'incomprensione tra i genitori separati circa chi dei due avrebbe dovuto restare a casa ad aspettare il minore, ma ha ritenuto che il profilo sopra descritto assorbisse la necessità di un approfondimento probatorio in tal senso).

NIC.LI.

Tribunale di Genova in Composizione Collegiale, sez. I, 2° Collegio, 27 febbraio 2007 - Est. Lepri.

DELITTI contro l'incolumità pubblica - disastro ferroviario colposo - cause dirette e cause indirette - distinzione.

(Artt. 430, 449 commi 1 e 2 c.p.)

In tema di delitti colposi di danno occorre distinguere tra cause dirette ed immediate di verificazione dell'evento, ossia quelle che nel caso di specie determinarono la fuga del convoglio con conseguente schianto dello stesso, e cause indirette o mediate relative cioè a situazioni non verificate che, se si fossero verificate, avrebbero potuto impedire l'innestarsi del meccanismo eziologico o interrompere il procedimento causale di verificazione dell'evento.

(Nel caso di specie il Tribunale ha ritenuto che né l'omessa o irregolare compilazione di registri, né la mancata predisposizione di radio-telefoni idonei a consentire, nel corso della manovra, le comunicazioni tra dirigente di movimento e manovratore, potessero, con il necessario grado di certezza processuale, essere considerate cause dell'evento in quanto è risultato non adeguatamente provato che, senza tali omissioni o irregolarità, il meccanismo causale produttivo dell'evento non si sarebbe comunque innestato ed irrimediabilmente incerto è apparso altresì che da dette omissioni o irregolarità sia dipeso il mancato arresto dell'iter di produzione dell'evento incriminato).

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 9 luglio 2009 - Giudice Baldini.

PROVA - mezzi di prova - riconoscimento effettuato in

sede di individuazione fotografica - successiva riconoscizione - esito negativo - pronuncia di assoluzione ex art. 530 cpv c.p.p. con formula "per non aver commesso il fatto".

(Artt. 361 c.p.p. - 213 e ss. c.p.p.)

Qualora il riconoscimento del presunto autore di un reato avvenga in occasione di un'individuazione fotografica eseguita nella fase delle indagini e, successivamente, tale unico, ancorché pesante, elemento indiziario sia sconfessato dall'esito negativo della riconoscizione di persona espletata, con le formalità previste dal disposto di cui all'art. 214 c.p.p., con le forme dell'incidente probatorio, all'udienza preliminare, non è possibile pervenire alla pronuncia di penale responsabilità dell'imputato.

(Nel caso di specie, la persona offesa dal reato di truffa allorché sottoposta, nel corso delle indagini, ad individuazione fotografica aveva riconosciuto in modo certo ed inequivocabile l'indagato; mentre, in sede di riconoscimento aveva indicato, sempre con assurta "certezza", quale autore del reato, una controfigura).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 6 luglio 2009 - Giudice Califano.

REATI stradali - guida senza patente - guida di motoveicolo senza patente - possesso di autorizzazione ad esercitarsi - assenza di istruttore - insussistenza.

(Art. 116 C.d.S.)

Deve escludersi l'applicabilità dell'art. 116 C.d.S. - che punisce la condotta di colui che conduce un autoveicolo o un motoveicolo senza aver conseguito la patente di guida - nel caso in cui la contestazione sia mossa a persona che si trovasse alla guida di un motoveicolo senza la patente ma con un'autorizzazione ad esercitarsi ex art. 122 C.d.S., atteso che tale norma consente la guida ai fini di esercizio in vista dell'ottenimento del titolo di guida e permette tale attività senza l'obbligo per costoro di farsi assistere alla guida da altra persona con funzioni di istruttore.

(Nel caso di specie il Giudice ha respinto la richiesta di emissione di decreto penale di condanna del P.M. in quanto dagli atti risultava che l'imputato era in possesso dell'autorizzazione ad esercitare la guida)

CR.SEN.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 15 luglio 2009, n. 879 - Giudice Carpanini.

REATI stradali - guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti o psicotrope - accertamenti necessari - protocollo operativo - esame delle urine - insufficienza

(Art. 187 C.d.S.)

Il protocollo operativo per gli accertamenti ex art. 187 CdS prevede una serie di adempimenti che devono essere rispettati per tenere provata l'alterazione del soggetto che si trovava alla guida: il campione biologico deve essere suddiviso in tre aliquote, una per l'analisi, una per l'analisi di conferma ed una per eventuali controanalisi richieste a scopo giudiziario; è poi prevista l'annotazione di una serie di informazioni sul prelievo e conservazione dei campioni; infine l'analisi delle urine dovrebbe essere associata all'analisi su un campione di saliva e, in caso di positività dell'una

e negatività dell'altra, il risultato dovrebbe essere considerato negativo.

Nel caso in cui tali adempimenti non vengano eseguiti, il solo risultato positivo dell'esame delle urine non può essere sufficiente a dimostrare la sicura alterazione dell'imputato conseguente all'assunzione di cocaina, tanto più che nessuna indicazione viene fornita circa la concentrazione della sostanza stessa, per cui non è dato sapere se essa fosse in quantitativo tale da determinare l'alterazione del soggetto.

FR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 14 luglio 2009, Giudice Faraggi.

STRANIERI - esercizio dell'azione penale - soggetto attinto da provvedimento di espulsione - accertamento in ordine alla presenza sul territorio nazionale - necessità - attività di integrazione probatoria - irreperibilità - sentenza di non doversi procedere.

(Artt. 422 - 425 c.p.p. - 13, comma 3 quater, D.lgs. 286/98)

Nel caso in cui all'udienza preliminare emerga che l'imputato è stato attinto da provvedimento di espulsione, ove questi risultati irreperibile sul territorio dello Stato all'esito delle ricerche effettuate quali attività di integrazione probatoria disposta dal Giudice ex art. 422 c.p.p., dovrà essere pronunciata in base al combinato disposto degli artt. 425 c.p.p. e 13, comma 3 quater, D.lgs. 286/98, sentenza di non doversi procedere perché l'azione penale non può

essere esercita per assenza dell'imputato dal territorio nazionale a seguito di espulsione.

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 14 luglio 2009 - Giudice Baldini.

STRANIERI - facoltà ed obblighi inerenti al soggiorno degli stranieri sul territorio dello stato - mancata ottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto - giustificato motivo - non sussistenza.

(Art. 6, co. 3 D.lgs. n. 286/98)

Non integra la fattispecie di cui all'art. 6, co. 3 D.lgs. n. 286/98 la condotta dello straniero irregolare presente sul territorio dello Stato, che, su richiesta degli ufficiali e degli agenti di pubblica sicurezza, non esibisce il proprio passaporto, qualora egli, dopo aver addotto di non averlo con sé, in quanto custodito a casa per timore di smarirlo, si presenti poi tempestivamente in caserma munito del proprio passaporto per consentire la compiuta identificazione. (Nella fattispecie l'imputato era stato fermato mentre si apprestava ad uscire da un immobile ove stava eseguendo lavori di ristrutturazione, in qualità di manovale: per timore di smarrire il passaporto, ne aveva portato con sé solo la copia della prima pagina, che aveva esibito agli operanti. Pochi giorni dopo, l'imputato aveva tempestivamente esibito il proprio passaporto, in originale, come intimatogli).

NIC.LI.