

## 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.SE.), 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, Enrico Righetti

#### sezione di diritto amministrativo:

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

#### sezione di diritto costituzionale regionale:

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

#### sezione di diritto tributario:

Antonio Lovisolo

#### sezione di diritto penale:

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

#### sezioni locali:

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

#### Hanno collaborato a questo numero

#### sezione di diritto civile:

Giovanni Adezati, Rossella Atzeni, Francesca Bagnasco (F.BGN.), Francesca Bartolini (FBART.), 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 Brigandi (EL.BR.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Chiara Capodieci, Ilaria Carassale (IL.CRS.), Valentina Carlini (V.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Stefano Cavanna, Chiara Cellerino (C.CELL.), Lara Cipriani (LA.CIP.), Enrico Clerici (E.CLE.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Pierpaolo Curri (P.CU.), Francesca Dagnino (F.DA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Daniela Degiovanni (DA.DE.), Raffaela Demaria (R.D.), Ettore 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.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Oriana Guarina (OR.G.), Luca Guerrini (LU.GRR.), Silvia Guglielminetti, Viviana Isola, Andrea La Mattina (A.LA.M.), Tiziana Landi (TZ.LND.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Dott. Federica Marchese (FE.MAR.), Cristina Marras, Alessandro Massa, Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Raffaele Nicolini (RAF.NIC.), Diego Nucifora (D.NCF.), Anna Maria Occasione, Silvia Olcese (SI.OL.), Caterina Oliva, Nicola Orecchia, Giorgia Orsi, Carlo Pasero (C.PA.), Sara Pasquini (S.PSQ.), Pier Luigi Luciano Pesce, Nicolò Pescetto (N.P.), Stefania Polidoru (STE.POL.), Patrizia Piano, Stefania Piano, Giovanni Porcile, Andrea Rava (A.RAV.), Federico Repetti (F.RPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Francesca Ricco, Raffaella Romoli (R.RO.), Anna Ruberto, Giovanna Rupnik, Alessandro Saccmani (A.SAC.), Beatrice Scafidi (B.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Federico Semino (FD.SMN.), Andrea Sergio, Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Federica Testini, Gualtiero Timossi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Jenny Verduci (J.V.), Maria Cristina Villa (M.C.V.), Giacomo Viotti, Fabio Zanolli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

#### sezione mediazione, conciliazione e arbitrato:

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

#### sezione di diritto tributario:

Sara Armella, Alessia Baldassarre (A.B.), Andrea Bodrito, Fausto Cappello, Giuseppe Croce (G.C.), Filippo Da Passano (F.P.), Elizabeth Frixione (EL.FR.X.), Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Marco Grimani (MA.GRI.), Claudia Nouvion (C.N.), Agnese Querci (A.Q.), Roberta Pera (R.P.)

#### sezione di diritto penale:

Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Michele Ciravagna (M.CIR.), Luca Aldo Forlani, Marco Gerunzi, Giovanni Battista Gramatica di Bellagio, Simone Gramatica di Bellagio, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagnino (M.MG.), Emanuele Olcese, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Luigi Sannino (L.SN.), Cristina Senes (CR.SEN.), Chantal Torrigino (CH.T.)

#### Direttore responsabile:

Fabrizio De Ferrari

#### Sede della Redazione:

De Ferrari Comunicazione S.r.l., via Riboli, 20 - 16145 Genova

Tel. 010 3621713 - Fax 010 3626830

editorialetipografica@editorialetipografica.com

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

© De Ferrari Comunicazione S.r.l.

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

# Indice

## SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Contratto di trasporto aereo

Contratto in genere

Lavoro

Posta

Procedimento cautelare (vedi la voce: Posta)

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Appalto

Comodato (vedi la voce: Separazione di coniugi)

Competenza civile (vedi la voce: Trasporto (contratto di))

Comunione e condominio

Concorrenza (disciplina della)

Contratti bancari

Contratto in genere

Danni in materia civile (vedi la voce: Contratto in genere)

Danno (risarcimento del)

Distanze legali

Esecuzione forzata

Giurisdizione civile (vedi anche la voce: Trasporto (contratto di))

Inguria e diffamazione

Locazione

Mediazione e mediatore (vedi anche la voce: Procedimento civile)

Notificazione e comunicazione di atti civili

Obbligazioni in genere

Possesso e azioni possessorie

Procedimenti cautelari (vedi anche la voce: Possesso e azioni possessorie)

Procedimento civile

Proprietà

Proprietà (azioni a difesa della)

Responsabilità civile (vedi anche la voce: Inguria e diffamazione; Proprietà)

Revocatoria (azione)

Separazione di coniugi

Servitù

Spese giudiziali in materia civile

Trasporto (contratto di)

### Note a sentenza

-Trasporto aereo: il criterio di quantificazione del danno subito dal viaggiatore, *Francesca Bagnasco*, 5

-Status del condominio – consumatore e criterio di competenza territoriale delle relative controversie, *Stefano Andrea Vignolo*, 8

-Sull'indennità di anzianità dei dipendenti delle Camere di Commercio, *Camillo Belfiore*, 12

### Documenti

-La responsabilità professionale del medico. Comunanze e distinzioni in ambito civile e penale, *Claudio Viazzi*, 25

-Requisiti acustici passivi degli edifici. Evoluzione normativa, *Santo Durella*, 37

-Brevi note sulla sentenza delle sezioni unite n. 19246 del 2010. Molto rumore per (quasi) nulla?, *Francesca Cuomo Ulloa*, 43

-L'incontro dello straniero con il diritto italiano e il ruolo delle professioni legali, *Andrea Fusaro*, 46

-Ubi societas, ibi ius. L'ordinamento del paese

che non c'è. Intersezioni e presagi tra diritto e letteratura, ovvero il diritto che possiamo (e non vogliamo) aspettarci. Lineamenti di "diritto costituzionale" della distopia, *Roberto Negro*, nota introduttiva *Michele Marchesiello*, 52

## SEZIONE FAMIGLIA E MINORI

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Adozione

Famiglia e minori

### Documenti

-Proposizione delle domande economiche e di affidamento del figlio naturale: ripartizione di competenza tra Giudice minorile e Giudice ordinario, *Anna Maria Occasione*, 67

-Potestà sui figli naturali e competenza del giudice. In margine ad una pronuncia del Tribunale per i minorenni di Genova, *Gilda Ferrando*, 73

## SEZIONE MEDIAZIONE E CONCILIAZIONE

### Documenti

-Estensione dell'efficacia della clausola compromissoria nei casi di surrogazione legale degli assicuratori, *Enrico Righetti*, 77

## SEZIONE DI DIRITTO COSTITUZIONALE REGIONALE

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Ambiente

Benefici penitenziari

Recidiva (vedi la voce: Benefici penitenziari)

Regione Liguria

### Note a sentenza

-Danno ambientale e individuazione dei responsabili davanti alla Corte di Giustizia, *Carolina Pruzzo*, 81

-L'esclusione degli automatismi nell'accesso all'affidamento in prova al servizio sociale per i recidivi: una interpretativa di rigetto "mascherata", *Francesca Bailo*, 85

## SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Accertamento

Acquisto prima casa

Classamento di unità immobiliare

Condoni e sanatorie

Condono

Elusione fiscale

Importazione

Imposta di registro

Imposta sulle donazioni

Introduzione della merce nei dispositivi iva

Irap

Irpeg (vedi la voce: Accertamento)

Iscrizione ipotecaria

Iva

Mancata emissione dello scontrino fiscale

Misure cautelari

Oneri fiscali (vedi la voce: Perdite su crediti)

Perdite su crediti

Processo tributario

Rimborsi di versamenti diretti

Sanzioni  
Tributi locali

## SEZIONE DI DIRITTO PENALE

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate integralmente

Circolazione stradale  
Stranieri

### Voci delle sentenze e ordinanze pubblicate in massima

Circostanze del reato (vedi anche la voce: Delitti contro l'onore)

Concorso di persone (vedi la voce: Reato in genere)

Delitti contro il patrimonio

Delitti contro l'amministrazione della giustizia

Delitti contro l'incolumità pubblica

Delitti contro l'onore

Delitti contro la libertà morale

Delitti contro la persona

Delitti contro la pubblica amministrazione

Reati stradali

Reato in genere

Stupefacenti

### Nota redazionale

-Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 23 giugno 2019, n. 787, *Alessandro Tòrri*, 104

### Documenti

-Dalla sentenza della Corte di Giustizia 11 giugno 1987, ai Trattati di Lisbona. Rapporti tra diritto comunitario ed il diritto penale nazionale, *Giuseppe M. Giacomin*, 106

## SEZIONE DI DIRITTO CIVILE

### SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)

#### Corte d'Appello di Genova

-18 gennaio 2010, n. 860, voce Lavoro, 9

#### Tribunale di Genova

-25 ottobre 2010, n. 3927, voce Contratto in genere, 7

#### Tribunale di Tortona

-ord. 17 dicembre 2010, voce Posta, voce Procedimento cautelare, 12

#### Giudice di Pace di Genova

-28 settembre 2010, n. 9061, voce Contratto di trasporto aereo, 5

### SENTENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)

#### Corte d'Appello di Genova

-sez. I, 14 ottobre 2009, n. 1272. Voce Giurisdizione civile, 17

-sez. II, 1° dicembre 2009, n. 1245, voce Inguria e diffamazione, voce Responsabilità civile, 18

-sez. II, 11 dicembre 2009, n. 1250, voce Responsabilità civile, 21

**Tribunale di Albenga**

-7 luglio 2009, voce Comunione e condominio, 15  
-8 luglio 2009, voce Mediazione e mediatore, 18  
-26 marzo 2010, voce Danno (risarcimento del), 17  
-7 aprile 2010, voce Responsabilità civile, 21  
-26 aprile 2010, voce Responsabilità civile, 21, voce Spese giudiziali in materia civile, 23  
-7 maggio 2010, voce Notificazione e comunicazione di atti civili  
-29 luglio 2010, voce Procedimenti cautelari, 19

**Tribunale di Chiavari**

-5 maggio 2010, voce Distanze legali, 17  
-ord. 14 dicembre 2010, voce Procedimento civile, 20

**Tribunale di Genova**

-sez. VI, 20 giugno 2007, n. 2280, voce Contratti bancari, 16  
-sez. III, 4 novembre 2009, voce Possesso e azioni possessorie, voce Procedimenti cautelari, 19  
-sez. I, 15 febbraio 2010, n. 649, voce Trasporto (contratto di), voce Giurisdizione civile, voce Competenza civile, 23  
-17 febbraio 2010, voce Comunione e condominio, 15  
-sez. III, 17 febbraio 2010, n. 702, voce Proprietà (azioni a difesa della), 20  
-sez. I, 23 febbraio 2010, n. 774, voce Revocatoria (azione), 22  
-23 aprile 2010, voce Proprietà, 20  
-sez. III, 4 giugno 2010, voce Comunione e condominio, 15  
-sez. III, 28 giugno 2010, voce Mediazione e mediatore, 18  
-sez. VI, 10 luglio 2010, n. 2908, voce Concorrenza (disciplina della), 16  
-sez. VII, 10 dicembre 2010, voce Esecuzione forzata, 17, voce Locazione, 18  
-sez. II, 13 dicembre 2010, n. 4538, voce Comunione e condominio, 16  
-sez. II, 13 dicembre 2010, n. 4542, voce Obbligazioni in genere, 18  
-sez. I, 14 dicembre 2010, n. 4566, voce Obbligazioni in genere, 19

**Tribunale di Massa**

-27 maggio 2010, n. 442, voce Contratti bancari, 16

**Tribunale di Savona**

-ord. 29 maggio 2009, voce Proprietà, 20

**Tribunale della Spezia**

-24 luglio 2010, voce Responsabilità civile, 21  
-3 novembre 2010, voce Proprietà, voce Responsabilità civile, 21  
-11 dicembre 2010, voce Separazione di coniugi, 22  
-17 dicembre 2010, voce Separazione di coniugi, voce Comodato, 22  
-22 dicembre 2010, voce Contratto in genere, voce Danni in materia civile, 17

**Tribunale di Tortona**

-28 ottobre 2009, n. 289, voce Appalto, 15

**Giudice di Pace di Tortona**

-26 marzo 2010, voce procedimento civile, voce Mediazione e mediatore, 19

**SEZIONE FAMIGLIA E MINORI****SENLENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)****Tribunale per i Minorenni di Genova**

-22 marzo 2010, voce Famiglia e minori, 64  
-24 maggio 2010, voce Adozione, 61  
-sez. IV, 24 dicembre 2010, voce Famiglia e minori, 66

**SEZIONE DI DIRITTO AMMINISTRATIVO E COSTITUZIONALE REGIONALE****SENLENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)****Corte di Giustizia delle comunità europee**  
-9 marzo 2010, C-378/08V, voce Ambiente, 81**Corte costituzionale**

-10 marzo 2010, n. 112, voce Regione Liguria, 88  
-8 ottobre 2010, n. 291, voce Benefici Penitenziari, voce Recidiva, 84

**SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO****SENLENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)****Commissione Tributaria Regionale di Genova**

-sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 19, voce Iva, 92  
-sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 25, voce Classamento di unità immobiliare, 90  
-sez. I, 5 marzo 2010, n. 20, voce Processo tributario, 93  
-sez. XII, 8 marzo 2010, n. 32, voce Processo tributario, 93  
-sez. VIII, 22 marzo 2010, n. 37, voce Imposta di registro, 91  
-sez. X, 1 aprile 2010, n. 14, voce Condoni e sanatorie, 90  
-sez. X, 1 aprile 2010, n. 16, voce Condoni, 90  
-sez. IV, 9 aprile 2010, n. 40, voce Acquisto prima casa, 90  
-sez. IV, 9 aprile 2010, n. 41, voce Processo tributario, 93  
-sez. I, 16 aprile 2010, n. 42, voce Irap, 91  
-sez. IV, 10 giugno 2010, ord. n. 23, voce Sanzioni, 93  
-sez. III, 5 luglio 2010, n. 62, voce Accertamento, voce Irpeg, 90

**Commissione Tributaria Provinciale di Genova**

-sez. I, 17 marzo 2010, n. 62, voce Rimborsi di versamenti diretti, 93  
-sez. I, 16 aprile 2010, n. 91, voce Perdite su crediti, voce Oneri fiscali, 93  
-sez. IV, 25 maggio 2010, n. 161, voce Accertamento, 90  
-sez. IV, 11 giugno 2010, nn. 172 e 173, voce Iva, 92  
-sez. V, 13 luglio 2010, n. 168, voce Tributi locali, 93  
-sez. XII, 14 luglio 2010, n. 162, voce

Iscrizione ipotecaria ex art. 77 d.p.r. n. 602 del 1973, 92

-sez. IX, 26 luglio 2010, n. 225, voce Elusione fiscale, 91  
-sez. IV, 10 agosto 2010, n. 229, voce Tributi locali, 94  
-sez. XIII, 13 agosto 2010, n. 210, voce Tributi locali, 94  
-sez. X, 23 settembre 2010, n. 229, voce Misure cautelari, 92

**Commissione Tributaria Provinciale di Savona**

-sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 25, voce Imposta sulle donazioni, 91  
-sez. V, 4 marzo 2010, n. 40, voce Mancata emissione dello scontrino fiscale, 92  
-sez. VIII, 22 marzo 2010, n. 37, voce Imposta di registro, 91  
-sez. V, 20 maggio 2010, n. 76, voce Importazione, 91

**SEZIONE DI DIRITTO PENALE****SENLENZE E ORDINANZE PUBBLICATE INTEGRALMENTE (ordine cronologico)****Tribunale di Genova**

-4 marzo 2010, n. 1098, voce Stranieri, 97  
-7 maggio 2010, n. 541, 98  
-8 novembre 2010, n. 1170, voce Circolazione stradale, 95

**SENLENZE E ORDINANZE PUBBLICATE IN MASSIMA (ordine cronologico)****Tribunale di Genova**

-23 giugno 2009, n. 787, voce Delitti contro l'onore, voce Circostanze del reato, 103  
-11 gennaio 2010, voce Reati stradali, 104  
-12 gennaio 2010, voce Delitti contro la persona, 103  
-12 gennaio 2010, n. 13, voce Delitti contro la persona, 102,  
-ord. 22 gennaio 2010, voce Delitti contro l'amministrazione della giustizia, 102  
-4 febbraio 2010, n. 119, voce Stupefacenti, 105  
-18 febbraio 2010, voce Reato in genere, voce Concorso di persone, 105  
-23 febbraio 2010, voce Delitti contro l'amministrazione della giustizia, 102  
-25 febbraio 2010, voce Circostanze del reato, 101  
-sent. 1 marzo 2010, voce Delitti contro la libertà morale, 101  
-8 aprile 2010, voce Delitti contro l'incolumità pubblica, 103  
-28 aprile 2010, voce Delitti contro la pubblica amministrazione, 103  
-28 aprile 2010, n. 468, voce Delitti contro il patrimonio, 101  
-19 maggio 2010, voce Circostanze del reato, 101  
-15 giugno 2010, n. 701, voce Delitti contro l'amministrazione della giustizia, 102  
-19 luglio 2010, voce Circostanze del reato, 101  
-23 settembre 2010, voce Delitti contro l'onore, 103

**NH MARINA**

**GENOVA | ITALIA**



**NH MARINA**  
Molo Ponte Calvi, 5  
16124 Genova (Italia)  
Tel. +39 010 25391  
[jhgenovamarina@nh-hotels.com](mailto:jhgenovamarina@nh-hotels.com)  
[www.nh-hotels.it](http://www.nh-hotels.it)

NH Marina è un edificio moderno e funzionale aperto nel 2000, che si trova nell'area del Porto Antico di Genova ed è costruito in lunghezza su quattro piani.

L'hotel riserva ai suoi ospiti uno stile unico negli ambienti eleganti e spaziosi della hall e in tutti gli spazi comuni, propone una perfetta combinazione di stile e comfort che si delinea in tutte le sue 140 camere tra cui 7 suite.

Circondato dall'acqua il ristorante "Il Gozzo", si affaccia sull'incantevole spettacolo del Porto Antico lasciando intravedere la Lanterna simbolo di Genova. Il ristorante d'estate offre la possibilità di cenare e pranzare in terrazza coccolati dall'atmosfera magica del Porto.



# Sezione di diritto civile

## Sentenze e Ordinanze

Giudice di Pace di Genova, 28 settembre 2010, n. 9061  
 - Giudice Paolicchi - M.S. (Avv. Cerasoli) c. Air One (contumace).

### **CONTRATTO di trasporto aereo - responsabilità del vettore - danno - liquidazione.**

(Artt. 1218 e 1681 c.c.)

*In virtù del contratto di trasporto aereo di persona, stipulato con l'acquisto del biglietto da parte del viaggiatore, il vettore assume anche l'obbligazione accessoria di trasportare i bagagli del viaggiatore medesimo. Pertanto, in forza di tale contratto, la convenuta diviene custode del bagaglio e risponde di eventuali danni e manomissioni dello stesso, nonché di eventuali sottrazioni di merce in esso contenute. (1)*

(...Omissis...)

### **Svolgimento del processo**

Con atto di citazione del 5 agosto 2009, ritualmente notificato, il Sig. M. S., residente in Manduria (Taranto), evocava in giudizio nanti il Giudice di Pace di Genova la società Air One Spa per sentirla dichiarare responsabile e di conseguenza per vederla condannare al completo risarcimento del danno patito per la sottrazione del bagaglio ed il danneggiamento della valigia di sua proprietà subito in occasione del viaggio effettuato dall'attore usufruendo dei voli AP 4405 — AP 4117, sulla tratta Brindisi-Roma-Genova.

Asseriva l'attore che in occasione del suddetto viaggio si accorgeva che lo stesso era stato manomesso; in particolare le cerniere della valigia, assicurate con un lucchetto al momento della registrazione del bagaglio al check-in, erano state forzate ed irrimediabilmente danneggiate.

Asseriva altresì l'attore che, recandosi all'Ufficio Lost & Found dell'Aeroporto di Genova per sporgere denuncia in relazione al danneggiamento, scopriva che dall'interno della valigia mancava un giaccone di pelle nuovo del valore di € 354,00, acquistato dal Sig. M. per regalarlo ad un amico.

Per tale danno oltre a € 169,00 (valore della valigia) pari ad un importo totale di € 523,00 unitamente al danno non patrimoniale derivante dal fatto di non aver potuto regalarlo alcunchè all'amico (importo da calcolarsi equitativamente), l'attore chiedeva con la presente azione il ristoro, non avendo ottenuto in precedenza alcuna risposta dalla convenuta, che riteneva responsabile in base al contratto di trasporto stipulato. Nell'udienza del 20 novembre 2009 si presentava parte attrice che insisteva come in atti; la convenuta non si costituiva e veniva dichiarata contumace. Nell'udienza dell'11 dicembre 2009 veniva ammessa la prova delegata dedotta dalla parte attrice presso il Giudice di Pace di Manduria. Successivamente, nell'udienza dell'11 giugno 2010, all'esito dell'espletamento della suddetta prova delegata, il Giudice di Pace rinviava la causa per la precisazione delle conclusioni e, nell'udienza del 16 giugno 2010, tratteneva la causa in decisione sulle conclusioni come in epigrafe riportate.

### **Motivi della decisione**

In via pregiudiziale: è stata dichiarata la contumacia della convenuta Air One SPA, non costituitasi nei termini di legge.

Nel merito: Il Giudice di Pace, letti ed esaminati gli atti di causa, ritiene di poter accogliere le richieste di parte attrice in quanto fondate in fatto e diritto e meritevoli di accoglimento.

Dagli atti di causa infatti si rileva che l'attore stipulò con la società Air One un contratto avente per oggetto il trasporto del sig. M. e del relativo bagaglio.

In forza di tale contratto la convenuta, divenuta custode del bagaglio, risponde di eventuali danni e di manomissioni dello stesso, così come delle eventuali sottrazioni di merce, in esso contenute, in forza sia della normativa codicistica, sia per le vigenti direttive comunitarie.

L'attore ha provato l'effettivo avverarsi del danno, attraverso la prova delegata, ed il suo importo, mediante la produzione in atti, importo che viene liquidato in € 523,00, comprensivo dell'importo di € 354,00 relativo alla sottrazione del giaccone di pelle ed € 169,00 per l'effrazione della chiusura della borsa, oltre interessi e rivalutazione dal fatto fino al completo soddisf.

La convenuta, non costituitasi, nulla ha opposto alla tesi di parte attrice, che ha diritto al risarcimento dei danni subiti. Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva.

### **P.Q.M.**

Il Giudice di Pace di Genova, definitivamente pronunciando con sentenza provvisoriamente esecutiva, nella causa intentata da M. S. contro Air One, convenuta contumace, così dispone:

dichiara responsabile la convenuta del danno patito dall'attore a seguito dell'effrazione del bagaglio e della sottrazione di merce in esso contenuta in occasione del trasporto effettuato in data 11.01.2009 sui voli AP 4405 - 4117.

condanna la convenuta al pagamento di € 523,00 a favore dell'attore a titolo di completo soddisf del danno subito; su tale importo sono riconosciuti interessi e rivalutazione dal fatto al completo soddisf.

condanna la convenuta al pagamento delle spese e competenze di lite. (...Omissis...)

**(1) Trasporto aereo: il criterio di quantificazione del danno subito dal viaggiatore.**

**Sommario:** 1. Il caso. - 2. La natura giuridica del contratto. - 3. Il contesto normativo, in particolare la Convenzione di Montreal. - 4. Il quantum del danno risarcibile. - 5. Conclusioni.

### **1. Il fatto.**

Il sig. M. stipulava con Air One un contratto di trasporto aereo di persona e bagagli da effettuarsi in data 11/01/2009, avente ad oggetto i voli AP 4405-AP 4117, sulla tratta Brindisi-Roma-Genova; giunto a Genova con il volo di cui sopra, al momento del ritiro dal *tapis roulant* del proprio bagaglio registrato, si accorgeva che lo stesso era stato manomesso e che dal suo interno mancava un giaccone di pelle nuovo (del

cui scontrino comprovante l'acquisto egli era in possesso), acquistato solo pochi giorni prima come regalo da portare ad un amico di Genova. Al reclamo, inviato ad Air One nei modi e nei termini di legge e corredata da tutta la documentazione richiesta, seguivano numerosi contatti tra la Compagnia aerea ed il sig. M. (il quale dapprima agiva personalmente, e poi per il tramite del proprio difensore di fiducia), ma costui non riceveva alcuna soddisfacente proposta di risarcimento.

Nel corso della fase istruttoria venivano prodotti diversi documenti (atti a provare il contesto normativo comunitario, nonché il danno patrimoniale concretamente patito dall'attore) e veniva espletata prova testimoniale.

La convenuta Air One rimaneva contumace.

## 2. La natura giuridica del contratto.

Con il contratto di trasporto aereo la Compagnia si impegna al trasferimento, verso corrispettivo, di persone o cose da un luogo all'altro; in particolare, il contratto di trasporto di persone prevede anche l'obbligazione accessoria di trasportarne i bagagli. La normativa civilistica qualifica il vettore quale garante dell'incolumità del passeggero e dei beni che costui porta con sé.

L'esecuzione del contratto di trasporto, pertanto, ha inizio con la consegna della cosa al vettore e viene adempiuta con la riconsegna del bagaglio al viaggiatore, sussistendo a carico del vettore, che detiene le cose trasportate, l'obbligo di conservarle e custodirle fino alla loro consegna finale.

Con specifico riferimento al caso *de quo*, al momento del *check-in* il sig. M. ha affidato il proprio bagaglio in custodia alla Compagnia la quale, secondo le regole generali in materia di obbligazioni (art. 1218 c.c.), è tenuta, in caso di inadempimento, al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento medesimo è stato determinato da causa a lei non imputabile; sempre secondo la disciplina codicistica, in riferimento al trasporto di persone effettuato con qualsiasi mezzo, il vettore risponde dei sinistri che colpiscono la persona del viaggiatore durante il viaggio e della perdita o dell'avarìa delle cose che il viaggiatore porta con sé, a meno che fornisca la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (art. 1681 c.c.).

## 3. Il contesto normativo, in particolare la Convenzione di Montreal.

In ogni caso, non si trascuri il fatto che, in caso di ritardo o smarrimento del bagaglio, il consumatore può essere risarcito nei limiti di quanto previsto dalle convenzioni internazionali, nonché dalla normativa nazionale di recepimento delle direttive comunitarie e dalla stessa disciplina codicistica: si è, infatti, assistito nell'ultimo decennio ad uno sviluppo sempre crescente di una politica comunitaria tesa alla tutela del consumatore, parte debole nei rapporti intercorrenti con le grandi società che sovente agiscono in spregio ai suoi più elementari diritti.

Di fondamentale importanza è la Convenzione di Montreal che, in un'ottica di miglioramento della tutela offerta al passeggero, è stata sottoscritta nel 1999 da un vastissimo numero di Stati allo scopo di adeguare e rifondere le normative più risalenti in un unico testo; tale Convenzione è stata, poi, recepita nell'ordinamento italiano dal Regolamento 889/2002.

La Convenzione di Montreal (espressamente richiamata dall'art. 15.2 e 15.3.7 delle Condizioni Generali di Trasporto di Air One, dove viene sancito che "Niente di quanto contenuto

*in queste Condizioni Generali di Trasporto rappresenta un'esclusione o limitazione della nostra responsabilità ai fini della Convenzione o delle leggi applicabili*") prevede la responsabilità del vettore aereo per distruzione, perdita o danni del bagaglio fino alla concorrenza di 1.000 DSP anche se il suo comportamento è esente da colpa, salvo il difetto inerente al bagaglio stesso (artt. 17.2 e 22.2 Convenzione).

La responsabilità del vettore aereo, pertanto, sussiste presuntivamente per il fatto stesso che l'evento che ha causato la distruzione, la perdita o il deterioramento si è prodotto a bordo dell'aeromobile, oppure nel corso di qualsiasi periodo durante il quale il vettore medesimo aveva in custodia i bagagli consegnati.

Occorre precisare che il DSP (Diritto Speciale di Prelievo) è un'unità monetaria che equivale a poco più di un Euro.

Si è appena accennato al fatto che tale Convenzione è stata stipulata allo scopo di migliorare il grado di protezione offerta al viaggiatore in caso di "disavventure" alla persona o ai bagagli avvenute nel corso di viaggi aerei.

Ed infatti, prima del 1999 veniva indistintamente applicata la Convenzione di Varsavia del 1929, in base alla quale la responsabilità del vettore aereo nel trasporto di bagagli registrati e di merci è limitata e quantificata sulla base del loro peso (fino a 17 DSP per Kg): in altre parole, veniva effettuata una stima del peso del bagaglio danneggiato, sottratto o manomesso ed il risarcimento al quale il passeggero poteva ambire era pressocchè irrisorio ed assolutamente non parametrato al reale danno patito.

Tuttavia, la Convenzione di Varsavia (seppure risalente a più di 80 anni fa) non è stata abrogata, ma resta residualmente applicabile alle Compagnie aeree dei pochi Paesi che ancora oggi vi aderiscono; alle Compagnie aeree dell'Unione Europea, nonché a quelle dei Paesi che esplicitamente aderiscono alla Convenzione di Montreal, invece, è applicabile quest'ultima, come chiarito dalla "Guida rapida sui diritti del passeggero nei casi di disservizi del trasporto aereo", ampiamente diffusa dall'ENAC (Ente Nazionale Aviazione Civile) sia all'interno degli aeroporti, sia sulla rete internet.

Tale affermazione, proveniente direttamente da ENAC, insieme alla sopra citata disposizione contenuta nelle Condizioni di Trasporto predisposte da Air One secondo cui codesta compagnia soggiace alla Convenzione di Montreal, vale di per sé a dipanare ogni eventuale dubbio che residuisse in merito alla normativa applicabile al caso di specie: il criterio del peso resta applicabile ai passeggeri di Compagnie aeree che ancora aderiscono alla Convenzione di Varsavia. Per i vettori che aderiscono alla Convenzione di Montreal (e, comunque, per quelli dei Paesi comunitari), è, invece, previsto un limite di responsabilità maggiore, valutato sull'effettivo danno patito (e dimostrato) dal passeggero, comunque nei limiti di 1.000 DSP.

Nel caso di specie, in sede stragiudiziale la Compagnia aerea, ignorando le disposizioni delle proprie Condizioni Generali di Trasporto (che, come detto, richiamano esplicitamente la Convenzione di Montreal), invocava l'applicazione della Convenzione di Varsavia, in spregio alla Convenzione di Montreal (decisamente più vantaggiosa per l'utente, in quanto prevede unicamente un limite al risarcimento ma non impone un criterio per la quantificazione del medesimo, lasciando intendere che, qualora si fornisca la prova dell'effettivo danno subito, il vettore dovrà risarcirlo interamente, sempre entro i limiti quantitativi previsti).

Ma vi è di più. Infatti, si rileva un importantissimo dato testuale, ricavabile dalla lettura delle due convenzioni: mentre

l'art. 22.2 della Convenzione di Varsavia equipara la responsabilità del vettore aereo per perdita, danneggiamento o manomissioni di bagagli registrati a quella per la perdita, danneggiamento o manomissioni di merci, la Convenzione di Montreal prevede un trattamento differenziato, richiamando il criterio del peso unicamente per le merci (art. 22.2 e 22.3 Convenzione di Montreal).

Anche la Direzione Generale dell'Energia e dei Trasporti, organismo appartenente alla Commissione Europea con sede a Bruxelles, interpellata dal difensore del sig. M. sul caso di specie, ha sostanzialmente confermato che “...sembrerebbe che da parte di Air One ci sia stato un malinteso nel richiamare l'ipotesi di risarcimento sulla base del peso del bene considerato. Tale criterio, in effetti, non si applica ai bagagli da stiva consegnati dal passeggero al momento della registrazione, ma alle merci trasportate dal vettore per motivi commerciali”.

#### 4. Il quantum del danno risarcibile.

In un caso pressoché analogo, il Giudice di Pace ha statuito che “In tema di responsabilità del vettore per perdita, avaria o distruzione parziale del bagaglio, presupposto essenziale è che il viaggiatore provi, mediante produzione del biglietto di viaggio e degli scontrini relativi al bagaglio, l'esistenza del contratto di trasporto e, non contenendo tale produzione alcuna indicazione sul contenuto del bagaglio, il viaggiatore è tenuto anche a fornire la prova, con qualunque mezzo idoneo, del danno subito” (Giudice di Pace di Partanna dott. Polizzi, 20 luglio 2004).

La sussistenza del rapporto giuridico sopra descritto è stata provata dall'esibizione dei biglietti di viaggio e del talloncino relativo alla valigia imbarcata.

L'onere probatorio ex art. 2697 c.c. in merito al danno subito è stato pienamente assolto dall'attore: l'iter istruttorio ha confermato la fondatezza della domanda, ed i fatti di causa prospettati nelle premesse dell'atto di citazione hanno trovato riscontro nella deposizione dettagliata e puntuale della testimone escussa.

L'attore ha, pertanto, esaurientemente provato che il giaccone era contenuto nella valigia, diligentemente chiusa con un lucchetto e da lui stesso affidata ad Air One al momento del *check in*; la testimone escussa ha, inoltre, confermato che il giaccone oggetto di causa era stato acquistato dal sig. M. come regalo da portare ad un amico di Genova. D'altronde, tali circostanze non sono state in alcun modo contestate dalla società convenuta, che è rimasta contumace durante l'intero processo.

Sovente, in vertenze analoghe a quella *de quo*, il problema maggiore è quello di quantificare il valore del bene sottratto o danneggiato; al contrario, nella vicenda oggetto di causa tale problema viene superato dall'esistenza dello scontrino comprovante l'esborso del sig. M. per l'acquisto del giaccone, avvenuto solo pochissimi giorni prima dell'increscioso evento.

#### 5. Conclusioni.

La sentenza in esame presenta profili di interesse non per l'affermazione in essa contenuta del principio di diritto (già chiaramente enunciato sia dal codice civile che dalla giurisprudenza) secondo cui il vettore, in quanto custode del bagaglio, risponde di eventuali danni, manomissioni o sottrazioni del medesimo, ma perché affronta per la prima volta la problematica, di estrema utilità pratica, della quantificazione del danno risarcibile al viaggiatore dalla Compagnia aerea.

La peculiarità del caso *de quo* è costituita dal fatto che, per determinare l'ammontare del risarcimento, il Giudice non ha dovuto fare ricorso a criteri equitativi, poiché l'attore è stato

in grado di provare (mediante prova testimoniale, ma soprattutto con l'esibizione dello scontrino, provvidenzialmente conservato proprio perché l'acquisto del giaccone era avvenuto solo pochi giorni prima del fatto) sia il valore monetario del bene medesimo, sia quello della valigia danneggiata.

Alla luce di ciò, la soluzione del Giudice di Pace di Genova è senza dubbio condivisibile perché riconosce finalmente al viaggiatore l'integrale ristoro del danno subito, danno del quale è chiamato a rispondere il vettore sia in virtù della normativa codicistica, sia con riferimento a quella internazionale; e ciò, si noti, coerentemente con la linea adottata dal legislatore comunitario, volta a tutelare sempre più il viaggiatore in quanto contraente debole.

Le pretese attoree (ampiamente ricomprese nel limite previsto di 1.000 DSP) sono state integralmente soddisfatte proprio in virtù della prova, particolarmente forte, fornita dal sig. M. della perdita patrimoniale subita, prova che, nella maggior parte dei casi, se si esclude l'esame testimoniale, è assai arduo avere; sebbene emanato da un GdP, e con una motivazione non molto approfondita, tale provvedimento potrebbe costituire un valido precedente perché, si ribadisce, accoglie tutte le doglianze e le argomentazioni giuridiche dettagliatamente svolte dall'attore, riconoscendo finalmente al viaggiatore il risarcimento del danno effettivamente subito, e non una mera cifra simbolica non parametrata al caso concreto.

**Francesca Bagnasco**  
**Avvocato, Foro di Genova**

Tribunale di Genova, 25 ottobre 2010, n. 3927 - Giudice Unico Caiazzo - Condominio X di Santa Margherita Ligure (Avv. A. Ruberto) c. Impresa Y (Avv. Fella).

**CONTRATTO in genere – consumatore – condominio quale consumatore – disciplina applicabile.**

**CONTRATTO in genere – consumatore – condominio quale consumatore – foro inderogabile del consumatore – sussistenza.**

*Il condominio, quale ente di gestione che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, dev'essere considerato consumatore, con la conseguenza che nei suoi confronti trova applicazione il Codice del Consumo. (1)*

*Quando il condominio stipula un contratto fuori dai locali commerciali del soggetto professionale, sussiste la competenza territoriale inderogabile del giudice del luogo di residenza o domicilio del consumatore. (2)*

*(...Omissis...)*

L'impresa Y presentava al Tribunale di Genova il 3 dicembre 2009 ricorso per decreto ingiuntivo per il pagamento del corrispettivo di un contratto di appalto, che si assumeva dovuto dal Condominio X in Santa Margherita Ligure. Il giudice adito emetteva decreto ingiuntivo n. 897 del 23 febbraio 2009, al quale si è opposto l'ingiunto introducendo la causa in corso.

L'opponente ha eccepito preliminarmente, con l'atto di citazione, il difetto di competenza del Tribunale di Genova a favore del Tribunale di Chiavari, richiamandosi all'art. 63 del D.Lgs. n. 206 del 2005, norma che istituisce anche per i “contratti negoziati fuori dai locali commerciali” (oltre che per i “contratti a distanza”) conclusi fra un professionista ed

un consumatore, il foro esclusivo ed inderogabile del domicilio del consumatore stesso.

L'eccezione è fondata.

Sotto il profilo soggettivo, il condominio è pacificamente riconducibile alla nozione giuridica di "consumatore" ai fini dell'applicazione del D.Lgs. n. 206 del 2005. La più recente giurisprudenza della Suprema Corte ha avuto modo di precisare che al contratto concluso con il professionista dall'amministratore del condominio, ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, si applica la normativa a tutela dei consumatori oggi trasfusa nel Codice del consumo del 2005, atteso che l'amministrazione agisce quale mandatario con rappresentanza dei vari condomini, i quali devono essere considerati consumatori, in quanto persone fisiche operanti per scopi estranei ad attività imprenditoriale o professionale (v., per tutte, Cass., sez. III, 12 gennaio 2005, n. 452).

Sotto il profilo oggettivo, il contratto di appalto in questione è senz'altro riconducibile alla categoria dei "contratti negoziati fuori dei locali commerciali" di cui agli artt. 45 e sg. del D.Lgs. n. 206 del 2005, poiché concluso - come risulta dallo stesso documento contrattuale prodotto in allegato al ricorso per decreto ingiuntivo - il 29 agosto 2006 in Santa Margherita Ligure e non nella sede dell'impresa appaltatrice (localizzata in Sori).

Troverà applicazione, pertanto, sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo l'art. 63 del D.Lgs. n. 206 del 2005, norma che prevede il foro esclusivo ed inderogabile del domicilio del consumatore.

Deve quindi essere dichiarata la nullità del decreto ingiuntivo per incompetenza del giudice che lo ha emesso.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

#### P.Q.M.

Il Tribunale in composizione monocratica, definitivamente pronunciando, dichiara la nullità del decreto ingiuntivo n. 897 del 23 febbraio 2009, per incompetenza territoriale del giudice che lo ha emesso; condanna il convenuto al rimborso delle spese di giudizio sostenute dall'attore che liquida in € 1.577,00 per diritti, € 258,00 per spese ed € 2.240,00 per onorari, oltre spese generali, oneri fiscali e previdenziali.

#### (1-2) Status del condominio-consumatore e criterio di competenza territoriale delle relative controversie.

La sentenza del Tribunale di Genova, che decide in punto preliminare di rito un caso di opposizione a decreto ingiuntivo, può idealmente scindersi in due parti.

**Il principio contenuto nella massima sub 1**, è pienamente condivisibile e si pone in linea con l'interpretazione dominante maturata sul punto.

Il condominio, essendo qualificato nel codice civile come mero ente di gestione sfornito di personalità giuridica distinta da quella dei suoi partecipanti, gode dello *status* di consumatore ai sensi del Codice del Consumo. L'organo amministrativo agisce infatti quale mandatario con rappresentanza dei molteplici condomini, i quali devono essere considerati a loro volta consumatori, ossia persone fisiche che agiscono per scopi estranei alla propria attività imprenditoriale, artigianale o professionale eventualmente svolta, ai sensi dell'art. 3, comma primo, lett a), c.cons.

Sulla riconducibilità del condominio alla categoria del consumatore si segnalano, nella giurisprudenza di legittimità,

Cass. Civ. (ord.), sez. III, 24 luglio 2001 n. 10086 e Cass. Civ. (ord.), sez. III, 12 gennaio 2005, n. 452, e nella giurisprudenza di merito Tribunale Roma, sez. X, 22 marzo 2010, n. 6423, Tribunale Bari, sez. II, 24 settembre 2008, n. 2158 e Tribunale Modena (ord.), sez. I, 20 ottobre 2004.

**Il principio contenuto nella massima sub 2** presenta, invece, qualche incertezza in più.

Il Tribunale di Genova, una volta accertato l'elemento oggettivo della stipula di un c.d. "contratto negoziato fuori dai locali commerciali", ha ravvisato l'automatica applicabilità dell'art. 63 c.cons., a mente del quale "per le controversie civili inerenti all'applicazione del presente capo la competenza territoriale inderogabile è del giudice del luogo di residenza o di domicilio del consumatore, se ubicati nel territorio dello Stato". Trattasi di un criterio di competenza territoriale particolarmente rigoroso, in quanto specificamente dichiarato *ex lege* inderogabile (ossia, esclusivo).

Gli interpreti hanno però sollevato alcuni dubbi sulla portata applicativa della norma.

Il fatto che l'art. 63 c.cons. sia collocato all'interno delle disposizioni sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali ed i contratti a distanza (artt. 45-67 c.cons.) potrebbe limitare la competenza territoriale inderogabile alle sole liti concernenti gli aspetti che qualificano il *quid pluris* della normativa consumerista speciale (es: informativa, recesso, effetti del recesso, etc.) con esclusione delle liti che coinvolgono tutti gli altri aspetti, più squisitamente civilistici, inerenti la fase genetica e la fase funzionale del contratto (lettura restrittiva, questa, fatta propria da Cass. Civ., sez. III, 14 gennaio 2000, n. 372).

In senso contrario si pone però il dato testuale dell'art. 63 c.cons., nella parte in cui si riferisce alle "controversie civili" concernenti l'applicazione del capo I del codice (rubricato "particolari modalità di conclusione del contratto"), differenziandosi così dai previgenti art. 12 D.Lgs. 50/92 e art. 14 D.Lgs. 185/99 che specificavano il richiamo alle sole disposizioni dei corrispondenti decreti. Una lettura, questa, che estende *orizzontalmente* la competenza territoriale inderogabile a qualsiasi controversia concernente il tipo contrattuale in oggetto, e non soltanto alla controversia sul diritto di recesso del consumatore (cfr. Cass. Civ., sez. III, 29 ottobre 1998, n. 10809).

È bene comunque precisare che, qualunque sia la tesi prescelta dall'interprete, nulla muta in ordine al risultato pratico voluto dalla pronuncia del Tribunale di Genova. In effetti, anche a voler escludere la diretta applicazione dell'art. 63 c.cons., soccorrebbe la lettura dominante dell'art. 33, comma secondo, lett. u), c.cons. che identifica un "foro del consumatore" di carattere trasversale a tutte le controversie B2C; per una delle ultime pronunzie conformi si veda Cass. Civ. (ord.), sez. III, 20 marzo 2010, n. 6802 (pubblicata in Foro Italiano, 2010, I, 2442). Pur trattandosi di un criterio più debole rispetto a quello individuato dall'art. 63 c.cons. (per i soli contratti negoziati fuori dai locali commerciali e per i contratti a distanza), appare evidente come nel caso di specie la competenza territoriale sarebbe stata ugualmente dichiarata in favore del Tribunale di Chiavari. E ciò, sia per la totale assenza di prova (a carico del professionista appaltatore) della trattativa individuale sulla pattuizione della clausola derogativa della competenza in favore del Tribunale di Genova, sia comunque per il difetto di prova dell'assenza del significativo squilibrio sostanziale tra le parti nello specifico caso sottoposto al vaglio giudiziale.

**Stefano Andrea Vignolo**  
**Avvocato, Foro di Genova**

Corte d'Appello di Genova, 18 gennaio 2010, n. 860 - Pres. De Angelis - Est. Ravera - X (Avv.ti Roccella e Genovesi) c. Camera di Comm. Industria e Artigianato di Genova (Avv. Pugliese).

**LAVORO - indennità di anzianità - dipendenti delle Camere di Commercio - omnicomprensività della retribuzione come base di calcolo dell'indennità di anzianità - insussistenza - mancanza di copertura della spesa.**

*L'omnicomprensività della retribuzione, valida per legge ai fini della pensione, non si applica alle regole per la quantificazione dell'indennità di anzianità dei Dipendenti delle Camere di Commercio perché la legge affida la determinazione di tali regole alla contrattazione collettiva, che non ha mai provveduto alla copertura della relativa spesa, indispensabile in virtù dell'art. 81 della Costituzione. (1)*

**Svolgimento del processo**

Con ricorso al tribunale di Genova la Camera di Commercio, Industria, Artigianato ed Agricoltura di Genova (CCIAA) proponeva opposizione avverso decreto ingiuntivo, con il quale detto tribunale le aveva intimato di pagare a Messina Rocco la somma di lire 41.363.740, oltre accessori, a titolo di differenza per indennità di anzianità, maturata all'atto della cessazione del rapporto.

La ingiunzione si fondava sul presupposto che l'art. 77 del regolamento del 1982, relativo alla indennità di anzianità del personale camerale, prevedeva la inclusione, nell'ultima retribuzione da moltiplicare per gli anni di servizio, delle voci pensionabili, e poiché, ormai, sia il compenso per lavoro straordinario, sia il compenso incentivante, sia la indennità di cui all'art. 36 del CCNL, erano divenute pensionabili ad opera dell'art. 2 comma 9 legge 335/95, le medesime dovevano essere incluse nell'ultima retribuzione, di talché indennità di anzianità spettante era maggiore di quella già percepita (che non aveva considerato dette voci).

Analoga controversia veniva promossa anche da F. Silvana ed il Tribunale provvedeva alla riunione delle due cause che venivano respinte, con motivazione che riprendeva pronunciamento di questa Corte in analoga controversia.

Avverso la sentenza hanno proposto appello i signori M. Rocco e F. Silvana che ritengono errata la pronuncia e ne chiedono la riforma.

Si è costituita in giudizio la CCIAA che ha chiesto la conferma dell'impugnata sentenza.

All'odierna udienza i difensori discutevano la causa ed il Collegio decideva la controversia come da separato dispositivo di cui veniva data pubblica lettura.

**Motivi della decisione**

L'appello è infondato.

Questa Corte si è pronunciata numerose volte sulla questione del presente giudizio (cfr. C./CCIAA dell'8.4.2003, B./CCIAA del'11.4.2003, B./CCIAA del 30.11.2005 e altre) con motivazione del seguente tenore.

“Come noto la l. 335/05 ha modificato la base imponibile utile ai fini della pensione. Infatti l'art. 2 comma 9 ha rinviato, ai fini della determinazione della base contributiva e pensionabile, all'art. 12 della l. 30.4.1969, n. 153, disposizione che fornisce una nozione onnicomprensiva di retribuzione peraltro ai soli fini previdenziali. Infatti, secondo il costante orientamento della Suprema Corte, “nel rapporto di lavoro subordinato, la retribuzione imponibile, ai fini del calcolo dei contributi previdenziali ed assistenziali, è costituita non solo dal corrispettivo della prestazione lavorativa, bensì da tutte le utilità eco-

nomiche che il lavoratore riceve, ovvero ha diritto di ricevere - in esse comprese le erogazioni indebite e ripetibili, in mancanza di effettiva ripetizione da parte del datore di lavoro - che rinvengono la loro causa nel rapporto di lavoro, indipendentemente dalla qualificazione datane dalle parti, fatta eccezione per le sole erogazioni espressamente escluse dalla base imponibile ex art. 12 l. 30 aprile 1969 n. 153. (Nella specie la S.C. ha cassato la sentenza impugnata che aveva escluso dalla retribuzione imponibile le somme versate mensilmente dal datore di lavoro ai propri dipendenti e da questi erroneamente qualificate come erogazione a titolo di indennità di anzianità) (Cass. 11.11.2002, n. 15813)”.

Proprio a seguito dell'estensione della base imponibile utile ai fini previdenziali i ricorrenti hanno ritenuto che l'art. 77 del regolamento CCIAA autorizzasse loro a richiedere nel computo della base di calcolo dell'indennità di anzianità anche le voci di retribuzione divenute pensionabili e quiescibili per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 2 comma 9 della l. 335/95. In sostanza il rinvio operato dall'art. 77 del regolamento CCIAA avrebbe natura recettiva e non meramente formale. Orbene, secondo il Collegio deve innanzitutto rilevarsi come l'indennità di anzianità di cui si discute, riguardando un ente pubblico quale la CCIAA, ha natura mista (retributiva, previdenziale e assistenziale, cfr. Corte Cost. 193/99, 63/1992, 319/1991) e che la legge 335/95 non introduce di per sé automaticamente nuove voci nella base di calcolo della c.d. indennità di anzianità. Essa opera solamente un rinvio alla l. 153/69 ai soli fini “della determinazione della base contributiva e pensionabile” e proprio per i lavoratori assunti prima del 1<sup>o</sup> gennaio 1996 (come i ricorrenti) l'art. 2 comma 7 della l. 335/95 demanda alla contrattazione collettiva nazionale, nell'ambito dei singoli comparti, la definizione delle modalità di applicazione della disciplina in materia di trattamenti di fine rapporto “ai sensi del comma 6”, richiamando altresì la necessità dell'emanazione di un DPCM contenente le disposizioni di esecuzione.

È poi principio ineludibile del nostro sistema (cfr. art. 81 comma 4 Cost., nonché giurisprudenza della Corte costituzionale che richiede la determinazione dei mezzi di copertura riguardi anche le spese che vanno a gravare su bilanci futuri, cfr. Corte Cost. 30/59; 17/68) che ogni atto normativo sia primario che secondario, nonché di fonte contrattuale collettiva pubblicistica (quantomeno per contenere il costo del lavoro: cfr. art. 48 d. lgs. 165/01; art. 40 TU che sanziona di nullità e non applicabilità, le clausole contrattuali decentrate che comporti oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione), che comporti un impegno di spesa debba prevederne anche la copertura.

L'art. 77 del regolamento CCIAA pertanto, prevedendo che nella base imponibile dell'indennità di anzianità debba tenersi conto anche di “eventuali assegni pensionabili e quiescibili” determina un inammissibile allargamento della base imponibile di tale indennità senza peraltro prevedere la copertura della spesa. Copertura che del resto non può ritenersi in sé (come sembrerebbe avere ritenuto il tribunale) perché nel caso in esame non si discute di una nuova indennità sui cui sarà possibile compiere la copertura ma si controverte su una indennità mai coperta in relazione a soggetti per i quali la copertura non potrà mai essere realizzata.

L'art. 77 del regolamento deve pertanto essere disapplicato perché contra legem.”

La sopraestesa motivazione ha portato a difformi orientamenti della Suprema Corte che, dopo una serie di pronunce

che avevano portato alla cassazione delle decisioni genovesi (Cass. 10437, 11519 del 2006), solo di recente ha ripensato il proprio orientamento confermando le decisioni di questa Corte (Cass. 18288/09, 18382/09, 20037/09).

Le convincenti ultime argomentazioni del Supremo Collegio inducono questa Corte a mantenere ferma la propria giurisprudenza con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Sussistono giuste ragioni, tenuto conto del mutamento di giurisprudenza del Supremo Collegio, per compensare integralmente tra le parti le spese del grado

#### P.Q.M.

Definitivamente pronunciando sull'appello avverso al sentenza n. 806 pubblicata in data 22.6.2004 dal Tribunale di Genova respinge l'appello (...omissis...)

#### (1) Sull'indennità di anzianità dei dipendenti delle Camere di Commercio.

**Sommario:** 1. Il caso. - 2. Le leggi che disciplinano la materia. - 3. Tirando le fila da questa complessa normativa, si può enucleare il seguente principio. - 4. La prima sentenza. - 5. La seconda sentenza. - 6. Considerazioni.

##### 1. Il caso.

La Corte di Appello di Genova conferma il proprio costante orientamento, tenuto fermo nonostante il contrario indirizzo (successivamente, però, modificato) della Corte di Cassazione, che ha finito per accogliere in questa materia la tesi della Corte territoriale. Sembra opportuno leggere questa decisione della Corte genovese alla luce dei precedenti pronunciamenti (di segno fra loro opposto) della Corte di Cassazione sull'argomento (fra le altre, sentenze 17 maggio 2006 n. 11519 e 17 settembre 2009 n. 20037).

Prendendo spunto dalle sentenze della Suprema Corte ora citate, rileviamo che due ex dipendenti di una Camera di Commercio si rivolgono, a distanza di qualche anno l'uno dall'altro, al giudice del lavoro, chiedendo l'emissione di un decreto ingiuntivo per un certo importo, a titolo di ricalcolo dell'indennità di anzianità, nella cui determinazione non si era tenuto conto di taluni elementi, divenuti, a loro dire, computabili a partire dal 1° gennaio 1996. Il Tribunale accoglie il ricorso. A seguito di opposizione della Camera di Commercio si apre un giudizio, concluso in secondo grado con due sentenze della Corte d'Appello di Genova, che respingono la domanda dei due ex dipendenti. Sempre a distanza di alcuni anni l'uno dall'altro, costoro ricorrono in Cassazione avverso la decisione della Corte territoriale, ma l'esito del ricorso è ben diverso, anzi opposto, per il primo e per il secondo. Nel primo caso la domanda dell'ex dipendente trova accoglimento, mentre nel secondo caso la domanda viene respinta. Poiché i due casi erano perfettamente identici, val la pena di esaminare le due sentenze della Corte Suprema per indagare sui motivi che hanno determinato due soluzioni opposte, pur restando identica la normativa di riferimento.

##### 2. Le leggi che disciplinano la materia.

Riassumiamo brevemente per chiarezza. La legge 23 febbraio 1968 n. 125 stabilisce, all'art. 3, che il trattamento economico, assistenziale e previdenziale del personale delle Camere di Commercio sia disciplinato da apposito regolamento interministeriale. Tale regolamento è oggi - e lo era anche all'epoca in cui i due ex dipendenti furono collocati a riposo

e all'epoca in cui vennero emanate le due sentenze di cui ci stiamo occupando - il D. I. 12 luglio 1982, che, all'art. 77, secondo comma, così recita: *"All'atto della cessazione dal servizio al personale di ruolo camerale....compete, oltre ai rispettivi trattamenti di quiescenza, una indennità di anzianità a carico dei bilanci camerali, commisurata a tante mensilità dell'ultima retribuzione fruita, a titolo di stipendio, di tredicesima mensilità ed altri eventuali assegni pensionabili e quiescibili per quanti sono gli anni di servizio prestati alle dipendenze delle Camere."*

Successivamente interviene la legge 29 dicembre 1993 n. 580, che, all'art. 19, primo comma, così recita: *"Al personale delle Camere di Commercio si applicano le disposizioni previste dalla legge 23 ottobre 1992 n. 421 e dal decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29."* Il che vuol dire che il rapporto di lavoro del personale camerale deve essere regolato dalla contrattazione collettiva.

Sopravviene la legge 8 agosto 1995 n. 335, che, all'art. 2, sexto comma, nel disciplinare il trattamento di fine servizio del personale camerale, affida alla contrattazione collettiva la determinazione dei necessari adeguamenti della struttura retributiva e contributiva. Ancora, il settimo comma così dispone: *"La contrattazione collettiva nazionale, nell'ambito dei singoli comparti, definisce altresì....le modalità per l'applicazione nei confronti dei lavoratori già occupati alla data del 31 dicembre 1995 della disciplina in materia di trattamento di fine rapporto."* Essendo i due lavoratori interessati dalle sentenze in esame entrambi già occupati alla data del 31 dicembre 1995, questa disposizione si applica proprio a loro. Il successivo nono comma dell'articolo ultimo citato dispone l'applicazione ai dipendenti pubblici della previsione dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969, estendendo, ai fini della determinazione della base contributiva e pensionabile, il concetto di retribuzione a tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in dipendenza del rapporto di lavoro.

Infine, il D. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165, all'art. 48, terzo comma, stabilisce che *"i contratti collettivi sono corredati da prospetti contenenti la quantificazione degli oneri nonché l'indicazione della copertura complessiva per l'intero periodo di validità contrattuale, prevedendo con apposite clausole la possibilità di prorogare l'efficacia temporale del contratto, ovvero di sospenderne l'esecuzione totale o parziale in caso di accertata esorbitanza dai limiti di spesa."* Lo stesso testo legislativo, all'art. 69, secondo comma, stabilisce che *"in attesa di una nuova regolamentazione contrattuale della materia, resta ferma....la disciplina vigente in materia di trattamento di fine rapporto."*

##### 3. Tirando le fila da questa complessa normativa, si può enucleare il seguente principio.

L'indennità di anzianità del personale camerale assunto anteriormente al 1° gennaio 1996 è fissata in tante mensilità di stipendio quanti sono gli anni di servizio prestati alle dipendenze della Camera di Commercio, comprendendo nello stipendio non solo lo stipendio vero e proprio, ma anche il rateo di tredicesima mensilità ed altri eventuali assegni, purché valevoli ai fini pensionistici. Ma, in conseguenza della privatizzazione del pubblico impiego, le modalità di applicazione di questo principio sono affidate ai contratti collettivi, che però devono espressamente indicare la quantificazione complessiva degli oneri di spesa e specificare la copertura finanziaria di tali oneri, ferma restando l'impossibilità giuridica di esorbitare dai limiti di spesa, senza adeguata copertura.

##### 4. La prima sentenza.

Sintetizzando il ragionamento della prima sentenza, che accoglie la domanda del lavoratore, si ha il seguente *iter* logico-

giuridico: poiché la legge attribuisce al contratto collettivo il compito di determinare gli aggiustamenti retributivi necessari a realizzare la composizione dell'indennità di fine rapporto; poiché tale contratto collettivo è intervenuto ed è pure intervenuto il parere di regolarità finanziaria del comitato di settore; poiché esiste il controllo della Corte dei Conti; tutto ciò vuol dire che esistono i mezzi per far fronte ai maggiori oneri derivanti dall'inclusione nell'indennità di anzianità di tutte le voci di retribuzione valevoli ai fini pensionistici. Dunque spetta al lavoratore l'integrazione da lui richiesta al fine di comprendere nella base di calcolo dell'indennità di fine rapporto tutti gli assegni pensionabili, nessuno escluso e in qualunque momento siano stati concessi (purchè, naturalmente, già esistenti al momento della cessazione del rapporto). La Corte Suprema aggiunge ancora che non si pongono problemi di copertura finanziaria, e ciò per due ragioni: la prima è che, per legge, la regolamentazione collettiva delle modalità di attuazione della disciplina del trattamento di fine servizio deve anche stabilire i necessari adeguamenti della struttura retributiva e contributiva del personale, cosa che, nel caso in esame, è avvenuta, avendo il contratto collettivo dettato quelle modalità di attuazione richiamando la disciplina contenuta nel regolamento del 12 luglio 1982; la seconda è che la previsione, nel nono comma dell'art. 2 della legge n. 335 del 1995, del rinvio alle regole per la determinazione della base retributiva e pensionabile, trova in sé stessa la copertura finanziaria, stante il parallelismo tra base contributiva e base pensionabile. Questo perché la principale obiezione della Camera di Commercio convenuta era che non tutti quegli "assegni pensionabili e quiescibili" trovavano copertura finanziaria e quindi risultava violato il principio cardine della finanza pubblica, per cui ogni spesa doveva recare, ai sensi del quarto comma dell'art. 81 Cost., l'indicazione dei mezzi per farvi fronte.

## 5. La seconda sentenza.

Il punto di partenza dell'*iter* logico-giuridico di questa decisione è l'art. 69, secondo comma, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 (quello che disciplina il pubblico impiego privatizzato), che conferma per i dipendenti delle Camere di Commercio la disciplina vigente in materia di trattamento di fine rapporto, quale risulta dal D. I. del 1982, disposizione poi espressamente richiamata dall'accordo sindacale. Questo significa che la norma regolamentare richiamata va interpretata come comprensiva solo delle voci che, all'epoca, venivano incluse nell'indennità di anzianità, senza tener conto delle voci pensionabili e quiescibili attribuite non da una disposizione concernente l'indennità di fine rapporto, ma da altra fonte normativa concernente la retribuzione da considerare ai fini previdenziali. All'uopo bisogna tener conto del fatto che, nel settore del pubblico impiego, l'omnicomprensività del trattamento stipendiale ai fini della previdenza è intervenuta solo con la legge del 1995 n. 335, e solo ai fini previdenziali. Si deve altresì tener presente che il sistema adottato nel settore del pubblico impiego era quello che, ai fini dell'indennità di fine rapporto, solo alcune voci retributive venivano prese in considerazione. Nella dichiarazione congiunta allegata al C.C.N.L. di settore risulta che i contraenti intesero fare riferimento all'art. 77 del regolamento del 1982 senza includere nell'indennità di fine rapporto le voci denominate pensionabili e quiescibili non già dalla contrattazione collettiva, bensì da una fonte eteronoma, ossia quella destinata a spiegare i suoi effetti nei rapporti con l'ente previdenziale e non nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore. Infatti, le parti non intesero modificare la disciplina ri-

sultante, all'epoca, dal D. I. del 1982, nella convinzione che l'indennità di anzianità costituisse istituto di carattere previdenziale, su cui non poteva incidere la contrattazione collettiva (vedasi in tal senso la dichiarazione congiunta n. 3 allegata al C.C.N.L. di settore del 14 settembre 2000). Dal che si deduce che i contraenti non vollero che la retribuzione da computare ai fini dell'indennità di anzianità fosse omnicomprensiva, perché l'omnicomprensività disposta dalla legge n. 335 del 1995 riguardava lo specifico settore della pensione e non riguardava invece il rapporto di lavoro.

Per di più, nel C.C.N.L. non si trova traccia della copertura del maggior onere che si determinerebbe accogliendo la tesi del lavoratore, né si trova indicazione dell'autorizzazione alla spesa che il contratto, inteso come pretende il lavoratore, avrebbe comportato. In definitiva, poiché occorrerebbe una previsione espressa da parte della contrattazione collettiva - con indicazione dei relativi mezzi di copertura - affinché una voce retributiva sia inclusa nel calcolo dell'indennità di anzianità e poiché l'interpretazione della disposizione contrattuale conduce ad escludere l'omnicomprensività ai fini suddetti, gli assegni pensionabili e quiescibili da prendere in considerazione sono solo quelli già considerati come tali all'epoca del regolamento del 1982.

## 6. Considerazioni.

Con la seconda delle sentenze la Corte Suprema ribalta il precedente indirizzo, risultante da varie sentenze conformi e, da ultimo, da una decisione (la n. 3189 del 2009) che aveva stabilito il principio, secondo il quale "il rapporto di impiego del personale dipendente dalle Camere di Commercio risulta disciplinato sulla base di regolamenti, fonti di diritto oggettivo ai sensi dell'art. 1 delle preleggi, e, con riferimento ai criteri di computo dell'indennità di anzianità applicabile al suddetto personale all'atto della cessazione dal servizio, deve ritenersi che l'art. 77 del relativo regolamento approvato con D. M. 12 luglio 1982, riguardante tale materia, stabilisce che gli assegni pensionabili rilevanti ai fini del calcolo debbano essere individuati sulla base della normativa previdenziale in vigore al momento della stessa cessazione dal servizio. Pertanto risultano pensionabili anche tutte le voci retributive accessorie, compreso il lavoro straordinario, e come tali da includersi nel calcolo dell'indennità di anzianità".

Va osservato, al riguardo, che i rilievi della Corte Suprema, contenuti nella prima delle due sentenze su richiamate, non risolvono nulla. Infatti, non basta limitarsi a dire che la regolamentazione collettiva deve indicare gli aggiustamenti della struttura retributiva necessari per far fronte a una spesa; né basta dire che la norma costituzionale circa la necessità della copertura finanziaria è stata osservata mediante il rinvio all'art. 77 del regolamento del 1982. Occorreva anche dire quale adeguamento della struttura retributiva era stato adottato ai fini della copertura della spesa e quale norma pattizia indicava i mezzi per far fronte alla spesa suddetta. Invece, nella sentenza non si rinviene nulla di tutto ciò. Del tutto irrilevante poi risulta il richiamo al parallelismo tra base contributiva e base pensionabile, perché esso non influenza minimamente sulla determinazione quantitativa dell'indennità di anzianità, unica cosa che qui interessava ai fini della copertura della spesa. Infatti, nel momento stesso in cui si dichiarano pensionabili certi elementi della retribuzione, per ciò stesso vi si applicano i contributi previdenziali, ma questo riguarda solo la pensione e non anche il trattamento di fine rapporto. È certo che vi è parallelismo tra aumento della base di calcolo e aumento della corrispondente con-

tribuzione previdenziale (e conseguente aumento della pensione). Ma è altrettanto vero che questo non ha nulla a che vedere col trattamento di fine rapporto, che è cosa a sé, ben diversa dalla pensione e che deve avere una propria diversa e specifica fonte di finanziamento.

Insomma, non è sufficiente affermare che i soggetti preposti alla sorveglianza della regolarità finanziaria della spesa (comitato di settore e Corte dei Conti) non hanno sollevato obiezioni; bisognava anche dire che erano state individuate e indicate le fonti del finanziamento, specificando altresì quali fossero tali fonti. Ma questo nella sentenza della Suprema Corte non si trova. Si trova solo l'apodittica affermazione che, avendo la spesa superato i controlli previsti dalla legge, doveva darsi per scontato che essa fosse regolare.

A questo punto bisogna ribadire quanto si trova già affermato nelle sentenze della Corte Suprema, e cioè che la Camera di Commercio è un'Amministrazione Pubblica, facente parte del sistema complessivo della finanza pubblica (che comprende, oltre allo Stato, ogni altro ente che faccia parte della Pubblica Amministrazione, perché tutti insieme formano un complesso unico). Quindi essa è tenuta all'osservanza dell'art. 81, quarto comma, Cost., che impone che le norme (leggi, ma non solo; anche regolamenti, atti amministrativi, contratti collettivi) che comportino maggiori spese per tutti gli enti che concorrono a formare il complesso della finanza pubblica rechino l'indicazione espressa dei mezzi per far fronte alle spese suddette, con la conseguente impossibilità per tali enti di far fronte a delle spese, per le quali non siano indicati i mezzi di copertura finanziaria. Bisogna quindi che esista un atto avente idoneo valore normativo che indichi espressamente la copertura di tali oneri.

Ora, una lettura, per quanto scrupolosa, del contratto collettivo di settore, valevole per il periodo in cui i dipendenti di cui si tratta furono collocati a riposo, non consente di reperire alcuna disposizione relativa all'inserimento, nel trattamento di fine rapporto, degli "assegni pensionabili e quiescibili", utili a fini previdenziali, né tanto meno alcuna disposizione che indichi espressamente i mezzi per farvi fronte. Se ne deve concludere che i contraenti esclusero tali assegni dal novero di quelli che concorrono a formare la base di calcolo dell'indennità di anzianità.

Al riguardo, la clausola contrattuale che esclude ogni dubbio in proposito è quella per cui *"restano confermate le disposizioni del D. I. 12 luglio 1982 e successive modifiche e del D. I. 20 aprile 1995, relativamente agli istituti dell'indennità di anzianità e dei fondi di previdenza, trattandosi di istituti attinenti ad aspetti previdenziali e quindi estranei alla disciplina del rapporto di lavoro."* Da ciò si evince che i contraenti intesero tenere ben distinta la disciplina dell'indennità di anzianità da quella previdenziale e quindi intesero non applicare la norma sulla omnicomprensività di cui alla legge n. 335 del 1955, dato che questa aveva solo finalità e carattere previdenziale. Ancorché possa ritenersi erroneo il convincimento che l'indennità di anzianità avesse esclusivamente finalità previdenziali - dato che essa ha prevalentemente il carattere di retribuzione differita - risulta evidente che le parti intesero, con quella disposizione pattizia, escludere dalla indennità di fine rapporto le disposizioni sulla omnicomprensività già introdotte a fini pensionistici.

È perciò ozioso chiedersi se il rinvio alla norma previdenziale in vigore al momento della cessazione dal servizio sia da intendere come recettizio o come meramente formale (cosa che si legge in talune decisioni della Cassazione) dato che non è reperibile nella volontà manifestata dalle parti - nelle

norme pattizie che sole possono regolare la materia - alcun rinvio a quella normativa.

Certamente, sorprende il fatto che, nel regolamentare gli aggiustamenti della struttura retributiva ai fini dell'indennità di anzianità, la contrattazione collettiva non abbia tenuto conto della progressione propria della dinamica salariale, ma, di fronte a due disposizioni contrattuali come quelle or riferite, non rimane spazio per ulteriori dubbi. Quando nella contrattazione collettiva si legge sia il rinvio al regolamento del 1982, sia la rinuncia a modificare l'indennità di anzianità (perché considerata di carattere previdenziale), non si può che ritenere che le voci stipendiali accessorie da computare per l'indennità di anzianità non possono essere quelle stesse che si computano per la pensione.

E, infine, la norma legislativa (legge 30 marzo 2001 n. 165, già citata) che impone addirittura di sospendere l'esecuzione del contratto collettivo, se si superano i limiti di spesa, ci sembra l'indiscutibile riprova della bontà della decisione della Corte genovese.

**Camillo Belfiore**  
**Presidente Onorario della Corte di Cassazione**

---

Tribunale di Tortona, Ord. 17 dicembre 2010, Pres. Delucchi - Rel. Polidori - Moglia (Avv. A. Cavagnaro) c. Poste Italiane S.p.A. (Avv. G. Mantelli).

**POSTA - servizi postali - corrispondenze e pacchi - diritto del domiciliatario di ritirare presso gli uffici postali corrispondenza destinata al mandante - fondatezza - nozione di destinatario ai sensi del regolamento di esecuzione dei libri I e II del codice postale e delle telecomunicazioni.**

**PROCEDIMENTO cautelare - provvedimenti di urgenza - reclamo - art. 700 c.p.c. - obbligo di fare - determinazione del petitum e della causa petendi - deduzione di fatti idonei a fondare una futura azione - ammissibilità.**

(D.P.R. 29 maggio 1982, n. 655 art. 28 - D.P.R. 29 maggio 1982, n. 655 art. 37; art. 700 c.p.c.)

*È fondata la domanda del ricorrente di emissione di un'ordinanza di condanna della Poste Italiane S.p.A. a provvedere alla consegna immediata al ricorrente medesimo ovvero a persona da lui delegata di corrispondenza indirizzata a soggetto domiciliato presso il suo studio in presenza di una valida delega.*

*Ai sensi delle rilevanti norme del Regolamento di esecuzione dei libri I e II del codice postale e delle telecomunicazioni portato dal D.P.R. 665/1982, in particolare articoli 28 e 37, per destinatario della corrispondenza deve intendersi non solo la persona alla quale la corrispondenza è rivolta ma anche il c.d. domiciliatario che, per il ritiro di detta corrispondenza, ha facoltà di delegare altri soggetti.*

*La domanda proposta in via cautelare e d'urgenza di emissione di un provvedimento di condanna alla consegna di cose, nella fattispecie corrispondenza, deve ritenersi ammissibile se tale domanda è determinata quanto a petitum e causa petendi, e se il ricorrente ha dedotto in atti fatti idonei a fondare una futura azione, nella fattispecie azione per risarcimento dei danni.*

Ritenuto che i fatti rilevanti per la decisione, incontestati tra le parti in causa, possono essere riassunti come segue; premesso, in particolare:

che, sin dalla fase stragiudiziale, l'Avv. Marco Balossino è solito istruire pratiche aventi ad oggetto sinistri stradali; che, in tale ambito, le compagnie di assicurazione indirizzano abitualmente la loro corrispondenza ai danneggiati, ma la trasmettono "presso" lo studio dell'avvocato, indicandone il recapito;

che, nel periodo compreso tra il 9.8.2010 e il 22.8.2010, con la chiusura dello studio per le ferie estive, gli operatori di Poste Italiane S.p.a. hanno immesso nella cassetta delle lettere dello studio dell'Avv. Marco Balossino gli "avvisi di deposito";

che, in data 25.8.2010, la segretaria dello studio, munita di delega sottoscritta dall'avvocato, si è recata presso gli sportelli di Poste Italiane S.p.a., Agenzia di Tortona, Piazza Roma 1, al fine di provvedere al ritiro delle raccomandate;

che, tuttavia, la consegna di dette raccomandate è stata rifiutata da Poste Italiane S.p.a. sul presupposto che il titolare destinatario della corrispondenza non sarebbe l'Avv. Marco Balossino, bensì il soggetto presso di lui domiciliato;

letta la domanda con cui il reclamante chiede ora che, contrariamente a quanto ritenuto in primo grado, sia ordinato a Poste Italiane S.p.a. di provvedere alla consegna immediata delle comunicazioni postali cui si riferiscono gli avvisi di deposito lasciati in cassetta;

ritenuto che, in via preliminare, sussistono i presupposti per considerare determinata - quanto a petitum e causa petendi - la domanda avanzata in sede cautelare, anche in vista dell'eventuale giudizio di merito;

ritenuto che, in effetti, dal tenore complessivo del ricorso introattivo si desume come, sin dal primo grado del giudizio cautelare, il ricorrente abbia dedotto fatti idonei a fondare una futura azione per risarcimento danni;

ritenuto che, dunque, la domanda, per come formulata, non presenta profili di inammissibilità o nullità;

ritenuto che, ciò posto preliminarmente, nel merito il reclamo va accolto e la tutela d'urgenza richiesta va accordata; rilevato che, infatti, quanto al fumus boni iuris, l'art. 37 del D.P.R. 655/1982 (recante «Regolamento di esecuzione dei libri I e II del codice postale e delle telecomunicazioni») stabilisce che «Le corrispondenze raccomandate od assicurate distribuite in ufficio sono consegnate, previo rilascio di una ricevuta, soltanto ai rispettivi destinatari che provino la loro identità [...]»; evidenziato che, però, a norma dell'art. 28 del D.P.R. 655, cit., per "destinatario" della corrispondenza si intende non solo «[...] una o più persone [...]», cui la corrispondenza è rivolta, ma anche «[...] una persona perché [gli oggetti di corrispondenza] li rimette ad un'altra [...]»: e tale è il c.d. "domiciliatario";

ritenuto che, in base a quanto sopra, devono reputarsi abilitati al ritiro della corrispondenza non recapitata e depositata presso l'ufficio postale, in quanto entrambi "destinatari", sia il soggetto cui la corrispondenza è rivolta e di cui è indicato l'indirizzo, sia il mero "domiciliatario";

ritenuto che, d'altra parte, coerentemente, sia l'uno che l'altro devono altresì reputarsi abilitati alla delega per il ritiro della corrispondenza non recapitata e depositata presso l'ufficio postale, come si evince dallo stesso art. 37, D.P.R. 655, cit., laddove si precisa che, oltre ai «[...] destinatari che provino la loro identità [...]», in alternativa la consegna può avvenire anche «[...] ai loro rappresentanti, mandatari o delegati [...]»;

ritenuto che, all'evidenza, per «[...] loro [...]» delegati [...] si intendono i delegati dei destinatari, ma questi ultimi (deleganti) sono, come detto, tutti i destinatari secondo il rego-

lamento postale, compresi, quindi, i meri "domiciliatari"; ritenuto che, del resto, non sussiste motivo per differenziare il trattamento in maniera tale per cui, del tutto irragionevolmente, da un lato l'operatore postale potrebbe consegnare la corrispondenza "domiciliata" presso lo studio del legale, direttamente all'avvocato o alla segretaria, mentre, dall'altro, lo stesso operatore non potrebbe curare detta consegna ai medesimi soggetti presso l'ufficio postale, in caso di mancata ricezione presso lo studio;

ritenuto che, in proposito, neppure può opporsi che presso l'ufficio postale il difensore dovrebbe quantomeno provare il rapporto che lo lega ai soggetti presso di lui domiciliati (attraverso l'esibizione del mandato);

ritenuto che, infatti, ai fini della mera "domiciliazione" è sufficiente nella corrispondenza un'indicazione quale quella usata nella specie, del tipo "a Tizio c/o Avv. Marco Balossino, in Tortona, Via Valenziano 6", laddove l'indirizzo indicato è quello dello studio legale;

ritenuto che, semmai, il mandato difensivo è ciò che eventualmente facoltizza il difensore ad aprire la corrispondenza presso di lui domiciliata;

ritenuto che, nondimeno, tale procura è rilevante nei rapporti interni tra cliente e professionista, mentre non è incombente spettante agli operatori postali quello di accertare l'esistenza di detto mandato (e, in caso di mancanza, le conseguenze dell'eventuale violazione della corrispondenza);

ritenuto che, dunque, quanto al fumus boni iuris, in presenza di una valida delega dell'Avv. Marco Balossino, quale destinatario "domiciliatario", nella specie gli operatori postali avrebbero dovuto consegnare alla segretaria del legale, quale delegata, la corrispondenza indirizzata allo studio del difensore, non recapitata e depositata presso l'ufficio postale;

ritenuto che, in mancanza, va ordinata d'urgenza la consegna;

ritenuto che, del resto, quanto al periculum in mora, si divide la deduzione del reclamante, secondo cui il pericolo nel ritardo sussiste in quanto il contenuto delle lettere inviate in forma di "raccomandata a.r." dalle compagnie di assicurazione, a seguito di denuncia di sinistro, è rappresentato secondo consuetudine da atti soggetti a scadenza (come assegni bancari e/o quietanze di pagamento);

ritenuto che, in definitiva, va accolto il reclamo e va ordinato a Poste Italiane S.p.a. di provvedere alla consegna immediata all'Avv. Marco Balossino, o a persona da lui validamente delegata, delle comunicazioni postali cui si riferiscono gli avvisi di deposito prodotti (allegati al n. 3 del ricorso introattivo nel primo grado del giudizio cautelare);

ritenuto che, peraltro, l'adozione del presente provvedimento è sufficiente ad evitare ogni tipo di pregiudizio a parte reclamante, anche per il futuro, onde non è necessaria la pubblicazione dell'ordinanza a mezzo stampa locale, come pur richiesto;

considerato che le spese del doppio grado del giudizio cautelare, regolate come da dispositivo, seguono la soccombenza;

#### P.Q.M.

visto l'art. 700 cpc, in riforma dell'ordinanza depositata il 22.9.2010, ordina a Poste Italiane S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, con sede in Roma, Viale Europa 190, e alla relativa Agenzia in Tortona, Piazza Roma 1, di provvedere all'immediata consegna all'Avv. Marco Balossino, o a persona da lui validamente delegata, delle comunicazioni postali cui si riferiscono gli avvisi di deposito prodotti (allegati al n. 3 del ricorso introattivo, nel primo grado del giudizio cautelare).

restaurant  
**YUAN**

Via Ettore Vernazza, 8  
16100 Genova  
tel. 010 5702327  
[www.ristoranteyuan.com](http://www.ristoranteyuan.com)



# Massime

Tribunale di Tortona, 28 ottobre 2009, n. 289 - Giudice Unico Bianchi - Cogefar (Avv. Luzi) c. Biandrate (Avv. Zani) e c. Consorzio Alta Velocità Torino-Milano (Avv. Spandri).

**APPALTO - opere pubbliche - affidamento a società consorziata - subappalto - esclusione.**

*In tema di opere pubbliche, ai fini dell'art. 18, comma 1, n. 4, L. 19 marzo 1990, n. 55 (oggi confluito nell'art. 118, comma 4, D.Lgs. 163/06, Codice dei contratti pubblici), l'affidamento di lavori da parte della società consortile appaltatrice ad una propria consorziata, non costituisce subappalto.*

Tribunale di Albenga, 7 luglio 2009 - Giudice Unico Princiotta - O. (Avv. Mastrogiovio) c. Condominio Primaria (Avv. Armando).

**COMUNIONE e condominio - nomina amministratore - mancato raggiungimento del quorum deliberativo - istituto della "prorogatio imperii" - applicabilità.**

(Artt. 1129, 1130 e 1136 c.c.)

**COMUNIONE e condominio - assemblea condominiale - delibera - invalidità - impugnazione - sostituzione con altra delibera presa in conformità alla legge - cessazione della materia del contendere - sussiste.**

(Artt. 1136, 1137 e 2377 c.c.)

*Qualora, in sede di assemblea di condominio, non si raggiunga il quorum deliberativo per la nomina o conferma dell'amministratore di condominio, l'amministratore uscente rimane in carica in forza del principio della così detta "prorogatio imperii" e continua ad esercitare tutti i poteri previsti dall'art. 1130 c.c. attinenti alla vita normale ed ordinaria del condominio, fino a quando non sia stato sostituito con la nomina altro amministratore.*

(Conf.: Cass., Sez. 2, 25 marzo 1993, n. 3588).

*La norma di cui all'art. 2377, u.c., cod. civ., secondo la quale l'annullamento della deliberazione assembleare non può aver luogo se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge o dell'atto costitutivo, anche se dettata con riferimento alle società per azioni, ha carattere generale ed è pertanto applicabile anche alle assemblee dei condominii negli edifici. Di conseguenza, nel giudizio di impugnazione di una delibera assembleare di condominio, si verifica la cessazione della materia del contendere, quando risulti che la successiva assemblea dei condomini, regolarmente convocata, abbia validamente deliberato sugli stessi argomenti della deliberazione impugnata.*

(Conf.: Cass., Sez. 2, 30 dicembre 1992, n. 13740).

RO.NE.

Tribunale di Genova, 17 febbraio 2010 - Giudice Unico Vinelli - M. (Avv. Orsolino e Forino) c. Condominio di Salita Morelli 8 (Avv. Dalessio Clementi).

**COMUNIONE e condominio - avviso di convocazione**

**assembleare - invio presso la residenza del condominio - spedizione a mezzo posta con lettera raccomandata - presunzione di conoscenza - sussiste.**

(Artt. 1136 e 1335 c.c.; art. 66 disp. att. c.c.)

**COMUNIONE e condominio - "eccesso di potere" di delibera assembleare - "principio di collaborazione" tra i condomini - nozione.**

(Art. 2 Cost; Artt. 1117, 1136 e 1137 c.c.)

*La spedizione a mano posta di avviso di convocazione di assemblea di Condominio, presso la residenza del condominio, comporta la conseguenziale applicazione del disposto di cui all'art. 1335 c.c. In base a tale norma, che è applicabile a tutte le dichiarazioni ricettive, anche non negoziali, le stesse si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario. Nel caso, poi, di spedizione con raccomandata, l'avviso di ricevimento costituisce prova dell'arrivo a destinazione; in mancanza di avviso di ricevimento, conformemente al prevalente indirizzo della giurisprudenza di legittimità, l'arrivo a destinazione può presumersi anche soltanto sulla base delle ricevuta di spedizione e, conseguentemente, incombe sul destinatario l'onere di provare di essersi trovato senza sua colpa nell'impossibilità di acquisire la conoscenza dell'atto.*

(Conformi: Cass. 4 giugno 2002, n. 8073; Cass. 30 Luglio 2002, n. 11302; Cass. 24 novembre 2004, n. 22133).

*Il cd. "eccesso di potere", con riferimento alle delibere delle assemblee condominiali, è ravvisabile quando la decisione è priva di una qual-sivo glia plausibile giustificazione; la delibera, infatti, deve ispirarsi all'ottica della migliore e proficua gestione della cosa comune e, di conseguenza, si ha "eccesso di potere" quando la decisione assembleare sia del tutto "deviata" rispetto a tale principio.*

*Il "principio di collaborazione", particolarmente sentito in una entità ristretta quale quella condominiale, comporta che i partecipanti devono collaborare e cooperare per la tutela e la migliore gestione del bene comune e che le decisioni assunte dalla maggioranza devono trovare una ragionevole giustificazione; pertanto, in assenza di plausibili giustificazioni, non si verte più nell'ambito di un legittimo esercizio del potere discrezionale assembleare, ma, invece, nell'arbitrio.*

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 4 giugno 2010 - Giudice Unico Vinelli - Cond. Via Currò 6 (Avv. Gallo) c. R. (Avv. Vallarino).

**COMUNIONE e condominio - sottotetto - parti comuni - presunzione di condominialità - condizioni e presupposti.**

(Art. 1117 c.c.)

*La presunzione di condominialità, in difetto di titolo contrario, di cui all'art. 1117 c.c., è applicabile solo quando il sottotetto risulta in concreto, per le caratteristiche strutturali e funzionali, sia pure in via potenziale, oggettivamente destinato all'uso comune o all'esercizio di un servizio di uso comune.*

(Conforme: Cass. 26 giugno 2002, n. 8698).

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. II civ. , 13 dicembre 2010, n. 4538 - Giudice Unico Bonino - C. (Avv. Casazza) c. Condominio di Salita San Leonardo 13 (Avv. Laganaro).

**COMUNIONE e condominio - amministratore - legittimazione passiva - costituzione in giudizio - autorizzazione o ratifica dell'assemblea condominiale - ipotesi di necessità.**  
(Artt. 1130 e 1131 c.c.)

*L'amministratore di Condominio, al di fuori delle ipotesi previste dall'art. 1131, I comma c.c., in relazione all'art. 1130 c.c., può anche costituirsi in giudizio una volta convenuto da un terzo ex art. 1131, II e III comma c.c., senza previa autorizzazione dell'assemblea, ma dovrà, in tal caso, ottenere la necessaria ratifica del suo operato da parte della assemblea per evitare la pronuncia di inammissibilità dell'atto di costituzione.*

RO.NE.

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

**CONCORRENZA (disciplina della) - patto di non concorrenza - violazione - cessione di attività commerciale - responsabilità del cedente - sussistenza - azione inibitoria - carenza di interesse alla pronuncia.**

**CONCORRENZA (disciplina della) - patto di non concorrenza - violazione - cessione di attività commerciale - risarcimento del danno - onere della prova.**

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

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

F. BGN.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 20 giugno 2007, n. 2280 - Giudice Unico Castiglione - Ter. s.r.l. (Avv. Piga) c. B. s.p.a. (Avv. Lucarelli).

**CONTRATTI bancari - azione di ripetizione di interessi e commissioni non dovute - termine di prescrizione - decorrenza.**

(Artt. 2935 e 2946 c.c.)

**CONTRATTI bancari - documentazione del rapporto di conto corrente - periodo di tenuta - decorrenza prescrizione.**

(Art. 2220 c.c.)

*Se in un conto corrente bancario non si assiste a movimentazioni, l'azione di ripetizione del correntista per somme indebitamente trattenute dalla banca si prescrive nel termine di dieci anni dall'ultima operazione.*

*Alla banca non può essere ordinato di esibire la documentazione afferente al rapporto di conto corrente, per periodo di tempo superiore a dieci anni dall'ultima registrazione. Il periodo di tempo per il quale la banca non è più tenuta a conservare la documentazione del rapporto di conto corrente è coperto da prescrizione.*

Tribunale di Massa, 27 maggio 2010, n. 442 - Pres. Dova - Est. Puzone - T. e M. (Avv. Rustighi) c. Cassa di Risparmio di Carrara s.p.a. (Avv. Borchi).

**CONTRATTI bancari - risoluzione per inadempimento - mancata informazione al cliente dei rischi dell'investimento - insussistenza.**

(Art. 1453 c.c.)

**CONTRATTI bancari - obbligo di predisporre il prospetto informativo - sollecitazione all'investimento - insussistenza.**

(Art. 94 D. L.vo 58/1998)

*Non sussiste inadempimento, tale da condurre ad una pronuncia di risoluzione del contratto stipulato tra un istituto di credito e un investitore, in caso di omessa informazione al cliente sui rischi relativi all'investimento prescelto, giacchè l'esistenza di un rischio insito nell'acquisto di strumenti finanziari costituisce un dato di comune esperienza che, in quanto tale, non deve essere specificamente evidenziato dalla banca al proprio cliente.*

*Parimenti, non costituisce inadempimento, tale da determinare la risoluzione del contratto, la rassicurazione fornita dall'impiegato addetto allo sportello, circa l'assenza di rischio nell'investimento prescelto dal cliente: costituisce una nozione di comune esperienza, senz'altro acquisita da ogni soggetto normalmente inserito nell'attuale società, l'esistenza di un rischio progressivamente crescente, in proporzione all'aumento delle possibilità di rendimento offerto dall'investimento.*

*I soggetti che intendano effettuare una sollecitazione all'investimento hanno l'obbligo di predisporre un prospetto informativo. Detto prospetto, a norma degli articoli 94 e seguenti D. L.vo 58/1998 (Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) deve contenere tutte le informazioni che, a seconda delle caratteristiche dei prodotti finanziari e degli emittenti, sono necessarie affinché gli investitori possano pervenire a un fondato giudizio sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, e sull'evoluzione dell'attività dell'emittente nonché sui prodotti finanziari e sui relativi diritti. L'obbligo di consegna all'investitore del prospetto informativo, tuttavia, sussiste solamente se l'intermediario finanziario esegua un'operazione nell'ambito delle attività di sollecitazione all'investimento. Nello specifico, non costituisce sollecitazione all'investimento la vendita di azioni ed obbligazioni eseguita dalla banca in favore di un proprio correntista.*

A.F.

Tribunale della Spezia 22 dicembre 2010 - Giudice Unico Pelosi - Z. (Avv. Barabino) c. C. (Avv. Manzi) e c. Fondiaria sai. S.p.a. (Avv. Zuccarelli).

**CONTRATTO in genere - domanda restitutoria - domanda risoluzione implicita - allegazione.**

(Art. 1453 c.c.)

**DANNI in materia civile - danno alla salute - lesioni colpose - tabelle - criteri giurisprudenziali - causa lesioni.**

(Art. 2059 c.c.)

**DANNI in materia civile - danno alla salute - risarcimento danni patrimoniali.**

(Art. 2059 c.c., art. 139 D.Lgs. 209/2005)

*La domanda di risoluzione per inadempimento del contratto d'opera intellettuale, intercorso tra paziente e medico, necessaria al fine della proposizione della relativa domanda di restituzione delle somme pagate dal paziente, può essere proposta anche in modo implicito, essendo sufficiente l'allegazione di tutti gli elementi di fatto necessari alla controparte e al Giudice per valutare la sussistenza o meno dei presupposti della risoluzione e cioè l'inadempimento e la gravità dello stesso (tramite la specificazione dei danni alla salute riportati).*

*Nella determinazione equitativa del danno alla salute e alla integrità morale conseguente a lesioni colpose (nel caso di specie derivanti da un intervento odontoiatrico), si applicano in via analogica le tabelle del D.M. Ministero dello Sviluppo del 27/5/2010 in attuazione dell'art. 139 T.U. Assicurazioni, in luogo dei criteri di liquidazione di natura giurisprudenziale. Infatti, è vero che tali tabelle hanno un ambito di applicazione specifico (incidenti stradali); ma è anche vero che la lesione del diritto alla salute deve essere risarcita con criteri unitari, onde evitare disparità di trattamenti tra identiche lesioni discendenti unicamente dalla diversa causa di tali lesioni.*

*Il risarcimento del danno patrimoniale è diretto a reintegrare la parte di quanto perduto in conseguenza dell'altrui prestazione e non può, quindi, comportare un arricchimento della parte. Pertanto nel caso in cui, a seguito di cure odontoiatriche dannose consistenti nell'installazione di un impianto protesico, il paziente si sia dovuto sottoporre ad una spesa volta alla rimozione dell'impianto medesimo e ad ulteriori spese per l'applicazione di un nuovo impianto protesico, tale ultima spesa non deve essere risarcita una volta che sia stata richiesta la restituzione di quanto pagato al primo dentista. Infatti, qualora si riconoscessero a titolo di risarcimento anche le spese per la realizzazione dell'impianto protesico, la paziente otterebbe l'applicazione di tale impianto a costo zero, avendo ottenuto la restituzione di quanto pagato al medico e da questi le somma per eseguire la prestazione originariamente richiesta.*

EU.MI.

Tribunale di Albenga, 26 marzo 2010 - Giudice Unico Princiotta - M. (Avv. Ramò) c. A. (Avv. Fiori).

**DANNO (risarcimento del) - perdita di capacità lavorativa specifica - criteri di liquidazione.**

(Artt. 2056 e segg. c.c.)

*La liquidazione del danno per la perdita di capacità lavorativa specifica (inteso come danno permanente e futuro), può avvenire con criteri equitativi solo dopo che sia stata verificata con la prova scientifica medico - legale la gravità e permanenza della invalidità al lavoro specifico.*

(Conforme: Cass. civ., Sez. III, 1 dicembre 2009, n. 25289)

RO.NE.

Tribunale di Chiavari, 5 maggio 2010 - Giudice Unico Davini - A.I. (Avv. Nicatore) c. T. S.r.l. (Avv. Paone).

**DISTANZE legali - nuova costruzione - calcolo distanze - riferibilità espressa da parte delle disposizioni urbanistiche al fabbricato nel suo complesso - necessità.**

(Art. 873 c.c.)

*Qualora un edificio venga ricostruito con ampliamento della volumetria si è in presenza di una nuova costruzione ai fini del calcolo delle distanze. Queste ultime, se previste da nuove disposizioni, vanno riferite al nuovo fabbricato nel suo complesso ove lo strumento urbanistico contenga una norma espressa in tal senso, oppure, in mancanza, alle sole parti eccedenti la dimensione dell'edificio originario. (Nella specie il Tribunale ha rigettato la richiesta di parte attrice di condanna alla demolizione o all'arretramento di un fabbricato non riguardando l'ampliamento la parete confinante con il terreno dell'attore e non essendovi nella disciplina urbanistica locale una norma che permetesse di ritenere nuovo l'intero immobile).*

C.GIA.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 10 dicembre 2010 - Giudice Unico Mauceri - N. S.p.a. c. O. S.n.c. c. B. Sas.

**ESECUZIONE forzata - pignoramento presso terzi - mancata e/o contestata dichiarazione del terzo - procedimento istruttorio consequenziale di accertamento - natura e carattere - oneri probatori.**

(Art. 2697 c.c. ; artt. 547 e 548 c. p. c.)

*Il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, pur trovando svolgimento nell'ambito dell'esecuzione forzata, costituisce un ordinario giudizio di cognizione, assoggettato, quindi, alle ordinarie regole processuali, tra le quali, a tutta evidenza, sono da annoverare quelle relative alla "distribuzione" dell'onere probatorio ai sensi dell'art. 2697 c.c. Pertanto, incombe sul creditore procedente, attore nel giudizio ex art. 548 c. p. c., fornire la prova in ordine all'esistenza ed all'oggetto dell'obbligazione del terzo verso il debitore, mentre grava sul terzo pignorato provare l'intervenuto verificarsi di un fatto estintivo o modificativo della pretesa attorea, oltre che la sua anteriorità, rispetto alla notifica dell'atto di pignoramento presso terzi.*

RO.NE.

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

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

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

*Ad ogni modo, indipendentemente dal requisito soggettivo, la proposizione di una domanda di risarcimento in forma specifica comporta necessariamente, in un gran numero di casi, la cognizione dell'illegittimità del provvedimento amministrativo in base*

*al quale i soggetti di cui sopra hanno agito, con conseguente elisione degli effetti dell'atto amministrativo in caso di accoglimento della domanda medesima.*

F. BGN.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 1° dicembre 2009, n. 1245 - Pres. Sangiuliano - Est. Oddone - S.n.c. (Avv. Zuffada) c. X (Avv. Farina).

**INGIURIA e diffamazione - danno - fattispecie - esclusione.**

(Art. 2059 c.c.)

**RESPONSABILITÀ civile - condanna alla rimessione in pristino - criteri.**

(Artt. 890 c.c., 53 reg. d'igiene del Comune di Savona)

*La segnalazione all'Autorità amministrativa onde compia accertamenti secondo le sue competenze, sempre che non contenga in sé dichiarazioni in cui sia ravvisabile un contenuto diffamatorio, anche se può comportare un rallentamento nell'attività industriale non dà luogo al risarcimento del danno. Questo, in particolare, quando le immissioni acustiche potrebbero essere state ridotte con accorgimenti conseguenti agli accertamenti della p.a., dal momento che, in tale ipotesi, non risulta la prova di alcun danno.*

*In assenza di un'adeguata prova relativa alla gravità degli abusi edilizi commessi, deve essere rigettata la domanda di rimessione in pristino. (Nella specie, il Giudicante non ha ritenuto fornito la prova della utilizzazione non regolamentare degli impianti industriali, con la conseguenza che non v'è stata condanna alla rimessa in pristino, ha tuttavia escluso che il rallentamento dell'attività industriale conseguente ai fatti de quibus integri danno risarcibile.)*

F.CUD.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 10 dicembre 2010 - Giudice Unico Bolelli - P. (Avv. Bargagliotti) c. P. (Avv. Da Passano).

**LOCAZIONE - immobili urbani - uso promiscuo - disciplina applicabile al contratto.**

(Artt. 1571 e segg. c.c.)

*Nel caso in cui l'uso promiscuo dell'immobile sia previsto nel contratto locatizio, il rapporto deve considerarsi regolato dall'uso prevalente voluto dalle parti. Si deve pertanto accettare quale uso debba ritenersi prevalente, sia sulla base del contenuto del contratto, che del comportamento delle parti.*

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 8 luglio 2009 - Giudice Unico Princiotta - D. Casa (Avv. Ramò) c. T. (Avv. Garibaldi).

**MEDIAZIONE e mediatore - stipula di contratto preliminare - diritto alla provvigione - sussiste.**

(Art. 1755 c.c.)

*Il tema di mediazione, il diritto del mediatore alla provvigione sorge tutte le volte in cui, tra le parti che si sono avvalse della sua opera, si sia validamente costituito un vincolo giuridico che consente a ciascuna di esse di agire per l'esecuzione del contratto, con*

*la conseguenza che anche un contratto preliminare di compravendita (nella specie di compravendita immobiliare), validamente concluso e rivestito del prescritto requisito della forma scritta, ove richiesto "ad substantiom", deve considerarsi come atto conclusivo dell'affare e idoneo, pertanto, a far sorgere in capo al mediatore il diritto alla provvigione, senza che, in contrario, spieghi influenza la circostanza che al preliminare non sia poi seguita la stipula del contratto definitivo.*

(Conf.: Cass., Sez 3, 6 agosto 2004, n. 15161).

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 28 giugno 2010 - Giudice Unico Vinelli - G. (Avv. Svampa) c. B. Srl (Avv. ti Cherchi e Piciocchi).

**MEDIAZIONE e mediatore - dipendenti che esplicano attività meramente accessoria e strumentale - obbligo di iscrizione nel ruolo - insussistenza.**

(Artt. 1754 e segg. c.c.; art. 6, comma 1, Legge 3 febbraio 1989, n. 39)

*Gli ausiliari delle società di mediazione debbono essere iscritti nel ruolo previsto dall'art. 6, comma 1, Legge 3 febbraio 1989, n. 39, quando per conto della società, risultano, formalmente o di fatto, assegnati allo svolgimento di attività mediatizie in senso proprio, provvedendo a compiere gli atti di rilevanza esterna con efficacia nei confronti dei soggetti intermediati. Tale iscrizione non è, invece, richiesta per quei dipendenti della società che esplicano attività accessoria e strumentale a quella di vera e propria mediazione, in funzione di ausilio ai soggetti a ciò preposti.*

(Conforme: Cass. Sez. III, 9 aprile 2009, n. 8708; Cass. 17 giugno 2002, n. 8697; Cass. 16 gennaio 2006, n. 729).

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 7 maggio 2010 - Giudice Unico Princiotta - S. s.p.a. (Avv. Scarfi) c. S. s.r.l. (Avv. Caratozzolo).

**NOTIFICAZIONE e comunicazione di atti civili - consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario - momento perfezionativo della notifica.**

(Artt. 137 e segg. c.p.c.)

*La notificazione si perfeziona, per il notificante, alla data di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. (Nella specie, si trattava di atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, preso in carico dall'ufficiale giudiziario prima della scadenza del termine di giorni quaranta, previsto dagli artt. 641 e 645 c. p. c.).*

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 13 dicembre 2010, n. 4542 - Giudice Unico Carrozzino - I. s.r.l. (Avv. ti Lombardi, Mannino e Del Prete) c. I. s.r.l. (Avv. ti Volpi e Ricchi).

**OBBLIGAZIONI in genere - competenza per territorio - forum destinatae solutionis - sussiste.**

(Art. 20 c.p.c.)

*Competente a conoscere di una causa è anche il giudice del forum*

*destinatae solutionis, quando l'obbligazione dedotta in giudizio attiene al pagamento di fornitura di merce e quando il pagamento debba essere effettuato presso il domicilio del creditore, ai sensi dell'art. 20 c.p.c (foro facoltativo per le cause relative a diritti di obbligazioni).*

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 14 dicembre 2010, n. 4566 - Giudice Unico Lucca - V. (Avv.ti Porretti Massucco e Congiu) c. S. (Avv. Chiti) e c. F. (Avv. Canepa).

**OBBLIGAZIONI in genere - incapacità naturale - azione di annullamento - termine di prescrizione - decorrenza.**  
(Artt. 1442 e 2934 e segg. c.c.)

*Ai sensi dell'art. 1442 c.c. l'azione di annullamento del contratto derivante da incapacità naturale si prescrive in cinque anni.*

*Il termine prescrizionale (dies a quo) per l'annullamento del contratto per incapacità naturale, decorre dal giorno della conclusione del contratto stesso.*

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., ord. 4 novembre 2009 - Pres. Frascherelli - Rel. Vinelli - Villa Serena S.p.a. (Avv.ti Fagiani e Moraglia) c. C.C. (Avv. Corradi).

**POSSESSO e azioni possessorie - molestia - azione di manutenzione - condizioni.**

(Art. 1170 c.c.)

**PROCEDIMENTI cautelari - reclamo in via incidentale - ammissibilità.**

(Artt. 669 terdecies e 334 c.p.c.)

*L'atto di molestia contemplato dall'art. 1170 c.c. può consistere in qualsiasi attività o atto materiale che arrechi al possessore un disturbo apprezzabile. Tale carattere molesto deve essere valutato avendo riguardo non solo al dato temporale ma anche allo stato complessivo dei luoghi in cui viene compiuto l'atto stesso.*

*(Nella specie, il Giudice della fase cautelare, dott. La Mantia, con ordinanza del 16 settembre 2009, aveva ritenuto sussistente la molestia solo in ordine all'impedimento della chiusura del cancello posto a protezione dell'area di proprietà della casa di cura, a causa del ripetuto posteggio di una autovettura innanzi ad esso. Era stato tuttavia escluso che la circolazione all'interno del cortile antistante la struttura sanitaria al fine di effettuare l'inversione di marcia potesse cagionare un apprezzabile disturbo al possessore, essendo una condotta del tutto occasionale e perpetrata per il solo tempo necessario all'inversione, in un luogo peraltro caratterizzato da un numero elevato di vetture già presenti.*

*Il Collegio, nella fase di reclamo, accoglie l'impugnazione della casa di cura, ritenendo atto di molestia anche la circolazione dell'autovettura all'interno del cortile, seppur temporanea in quanto finalizzata alla sola inversione di marcia. Infatti, attese le ridotte dimensioni del sedime stradale e l'elevato traffico veicolare giornaliero di persone dirette alla casa di cura, l'inversione nel fondo altrui, seppur di breve durata, integra comunque una molestia che compromette sensibilmente, in modo potenzialmente reiterabile, l'esercizio del potere di fatto sulla cosa posseduta).*

*Deve ritenersi ammissibile il reclamo incidentale in quanto la norma di cui all'art. 334, comma 1, c.p.c., che ammette la cosid-*

*detta impugnazione tardiva, deve essere considerata espressione di un principio generale del sistema delle impugnazioni, applicabile anche ai giudizi camerali aventi ad oggetto contrapposte posizioni di diritto soggettivo e destinati a concludersi con provvedimenti di carattere decisivo.*

*Attraverso siffatta lettura analogica, che va oltre una mera lettura restrittiva in senso letterale, è così possibile conformarsi allo spirito deflattivo della riforma introdotta dalla legge n. 51 del 2006, che ha reso il giudizio di merito di quasi tutti i procedimenti cautelari meramente eventuale, evitando la probabile instaurazione del giudizio di merito da parte del resistente non ammesso a fare valere le proprie ragioni in sede incidentale.*

F. RPT.

Tribunale di Albenga, 29 Luglio 2010 - Giudice Unico Princiotta - P. (Avv. Mastrogiovio) c. R. (Avv.ti Zunino e Gribald).

**PROCEDIMENTI cautelari - azione di reintegrazione - spoglio violento - presunzione di volontà contraria da parte del possessore - sussiste.**

(Art. 1168 c.c.)

*Ricorre spoglio violento anche nella privazione dell'altrui possesso mediante alterazione dello stato di fatto in cui si trova il possessore, eseguita contro la volontà, anche soltanto presunta, del possessore stesso; presunzione sussistente sempre che manchi la prova di una manifestazione univoca di consenso e che non è superata dal semplice silenzio, fatto di per sé equivoco, che non può essere interpretato senz'altro come manifestazione di consenso o di acquisenza.*

(Conforme: Cass., Sez. 2 civ., 13 febbraio 1999, n. 1204).

RO.NE.

Giudice di Pace di Tortona, 26 marzo 2010, Giudice Tiby - C. (Avv. Siess) c. R. (Avv. Rognoni).

**PROCEDIMENTO civile - disponibilità delle prove - limiti processuali - inderogabilità.**

**MEDIAZIONE e mediatore - mediazione unilaterale - nozione - sussistenza nel caso di specie.**

*Il principio contenuto nel riformato art. 115 c.p.c. va letto nel più ampio contesto dei poteri del giudice e, pertanto, va interpretato anche in relazione alle scansioni processuali che il codice fissa per la formazione della prova (nella specie, il limite oltre il quale non è più possibile, da parte del convenuto, rimettere in discussione i fatti dedotti dall'attore e non contestati in modo specifico con la comparsa di risposta è stato individuato nelle memorie istruttorie quali atti processuali volti a sottoporre al giudice il c.d. thema probandum, ovvero tutti quei fatti che il giudice "deve porre a fondamento della decisione" (art. 115 comma 1 c.p.c.).*

*Va ricondotta nella c.d. mediazione unilaterale (con conseguente obbligo di iscrizione al ruolo dei mediatori previsto dalla L. 39/1989), e non in quella di procacciatore d'affari, l'attività di chi, avendo agito su incarico e nell'esclusivo interesse dei venditori e senza aver mai avuto alcun rapporto con l'acquirente, abbia procurato la vendita dell'immobile.*

A.B.

Tribunale di Chiavari, ord. 14 dicembre 2010 - Giudice Unico Del Nevo - B.M. (Avv. Mora) c. C.O. (Avv.ti Petrocchi e Lodi).

**PROCEDIMENTO civile - procedimento sommario di cognizione - disciplina prima udienza ed eccezioni - applicazione disciplina rito ordinario - necessità.**

(Artt. 183 e 702 bis c.p.c.)

*La disciplina della prima udienza di cui al procedimento ex art. 702 bis c.p.c., in mancanza di una esplicita regolamentazione della stessa, deve essere ricavata in via analogica da quella dell'art. 183 c.p.c., prevista per il rito ordinario, secondo la quale l'attore può proporre all'udienza di prima comparizione le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale proposta dal convenuto. Ne deriva che terminata la prima udienza non è più possibile formulare eccezioni finalizzate a paralizzare la domanda riconvenzionale avversaria, neppure utilizzando la memoria prevista dal sesto comma n. 1 art. 183 c.p.c., in generale, posto che la suddetta disposizione consente all'attore solo di precisare o modificare eccezioni già proposte, e in particolare stante la speciale natura del rito di cui all'art. 702 bis c.p.c..*

*(Nella specie il Tribunale ha ritenuto tardiva l'eccezione di prescrizione della domanda di parte resistente avanzata dal ricorrente non alla prima udienza, ma solo a quella successiva)*

C.GIA.

Tribunale di Savona, ord. 29 maggio 2009 - Pres. Giorgi - Est. Ammendolia - X (Avv.ti L. e G. Buffa e Mirenghi) c. Discoteca Y (Avv. Giacchero).

**PROPRIETÀ - immissioni acustiche - tollerabilità - nozione - revoca del provvedimento cautelare - presupposti.**

(Art. 669 decies c.p.c.; art. 844 c.c.)

*Ai sensi dell'art. 669 decies c.p.c. la modifica del provvedimento cautelare precedentemente emesso può essere disposta, esaurita l'eventuale fase di reclamo, solo "se si verificano mutamenti nelle circostanze o se si allegano fatti anteriori di cui si è acquisita conoscenza successivamente al provvedimento cautelare.*

*Nessuna rilevanza ai fini della revoca o della modifica dell'ordinanza originaria può avere la mera modifica della situazione strutturale della discoteca gestita, ove questa non abbia comportato anche una riduzione del rumore differenziale al di sotto del limite di 3 db o entro i diversi limiti eventualmente stabiliti da norme sopravvenute, con rilievo esclusivo alla tollerabilità per la salute umana.*

*Nei rapporti tra privati è da considerarsi intollerabile, ai fini e per gli effetti di cui all'art. 844 c.c., l'immissione rumorosa che, nonostante sia contenuta nei limiti previsti dalla disciplina pubblicistica, eccede il rumore di fondo (e non solo quello residuo) di oltre 3 db (Cass., n. 1021/1977; Cass., n. 38/1978; Cass., n. 161/1996; Cass., 915/1999; Cass., n. 1565/2000; Cass., n. 10736/10736).*

Tribunale di Genova, 23 aprile 2010 - Giudice Unico Vinelli - T. (Avv. Spagliardi) c. Vicolo (Avv. De Gregori).

**PROPRIETÀ - immissioni acustiche - tollerabilità - accertamento - "criterio comparativo".**

(Art. 844 c. c.; L. 26 ottobre 1995, n. 447 ; D.P.C. M. 14 novembre 1997)

**PROPRIETÀ - immissioni acustiche - danno alla salute - nesso eziologico - necessità - "danno esistenziale" - presupposti.**

(Artt. 844 e 2043 e segg. c.c.)

*In tema di limite di tollerabilità delle immissioni acustiche, la giurisprudenza ha elaborato il cd. "criterio comparativo"; secondo tale criterio, per valutare il limite di tollerabilità delle immissioni sonore, occorre tener conto della rumorosità di fondo della zona, in relazione alla reattività dell'uomo medio e considera intollerabili le immissioni che eccedono di tre decibel la rumorosità di fondo. Tale criterio è oggettivo e relativo: oggettivo, in quanto consente di valutare la rumorosità sulla base del parametro oggettivo dell'uomo medio, prescindendo dalle specificità delle singole persone interessate alle immissioni e relativo, in quanto tiene conto della particolare situazione ambientale e, cioè, delle condizioni naturali e sociali dei luoghi, delle abitudini della popolazione, del contesto produttivo in cui si svolge l'attività in conflitto e degli interessi in conflitto.*

(Conforme: Cass. n. 1151/03).

*È necessaria la prova in concreto della effettiva nocività delle immissioni e dei danni derivati alla salute; ciò in quanto, nel nostro ordinamento vigente, il diritto al risarcimento del danno conseguente alla lesione di un diritto soggettivo non è riconosciuto con caratteristiche e finalità punitive, pure nell'ipotesi di "danno in re ipsa", in cui la presunzione si riferisce solo all'an debeat e non alla effettiva sussistenza del danno e della sua entità materiale, per cui permane la necessità della prova di concreto pregiudizio economico ai fini della determinazione quantitativa e della liquidazione del danno per equivalente pecunario.*

*Il cd. "danno esistenziale", ai fini della sua risarcibilità, necessita dei seguenti presupposti: a) che il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato, ovvero; b) che ci si trovi di fronte ad ipotesi di risarcimento del danno non patrimoniale espressamente previste dalla legge, ovvero; c) che il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di "tutela costituzionale".*

(Conforme: Cass. S.U., n. 26972/08)

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. III civ., 17 febbraio 2010, n. 702 - Giudice Unico Vinelli - A.M. (Avv. Frumento) c. Ministero per i Beni Culturali (Avvocatura dello Stato).

**PROPRIETÀ (azioni a difesa della) - esistenza di titolo idoneo al trasferimento della proprietà - prova orale - sufficienza - prospettazione della mala fede dell'acquirente in controprova - necessità.**

(Artt. 1147, 1153 c.c.)

*La proprietà di beni mobili può essere provata anche attraverso le deposizioni precise e concordanti dei testi esclusi, i quali riferiscono l'esistenza di un contratto avente effetto traslativo, mentre, spetta a chi resiste all'azione di rivendicazione dimostrare l'eventuale mala fede dell'accipiens al momento della consegna a non dominio. (Nella specie, il Giudicante ha ritenuto fornita la prova del titolo astrattamente idoneo al trasferimento della proprietà di nove statuine lignee assolutamente oggetto di un furto, sul presupposto che la buona fede in capo all'accipiens è presunta, mentre è mancata la prova contraria, ovvero*

*che le statuine fossero coincidenti con quelle sottratte alla convenuta, che ne rivendicava la proprietà).*

S.PSQ.

Tribunale della Spezia, 3 novembre 2010, Giudice Unico Pelosi - M.F. (Avv. Brogneri) c. M.R. (Avv.ti Ratti e Messuri).

**PROPRIETÀ - immissioni - danno non patrimoniale - risarcimento - prova - necessità.**

(Art. 844 c.c.)

**RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - liquidazione - criteri.**

(Art. 2043 c.c.)

*Il danno da immissioni è da considerarsi un danno conseguenza che, come tale, rifugge da automatismi risarcitorii e non può mai dirsi in re ipsa, necessitando sempre di allegazione e di prova e pre-suppone sempre op un reato o la lesione di un diritto costituzionalmente inviolabile.*

*Nella liquidazione del danno non patrimoniale è necessario procedere ad una liquidazione personalizzata che tenga conto del caso concreto. A tale fine il giudice ben può disattendere le tabelle in uso presso il suo Tribunale (Cfr. Cass. n. 392/07 e App. Roma 14 maggio 2010).*

*La risarcibilità del danno non patrimoniale, consistente nel deterioramento della qualità della vita, può essere risarcito in quanto viene leso un diritto costituzionale, non essendo necessario che il pregiudizio sofferto goda di tutela sul piano costituzionale.*

(Conforme Cassazione n. 392/2007 e Cass., sez. un., 26973/08)

P.CU.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 11 dicembre 2009, n. 1250 - Pres. Sangiolo - Rel. Sorrentino - F.S. (Avv.ti Fossati e Girotto) c. Condominio x (Avv. Cesarone).

**RESPONSABILITÀ civile - danni risarcibili - criteri di valutazione - fattispecie.**

(Art. 2051 c.c.)

*La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia ex art. 2051 c.c., esige che il custode adotti le misure necessarie all'accessibilità e ispezionabilità dei luoghi onde prevenire possibili danni determinati dalla non conoscenza dello stato dei medesimi. che non possono essere ascritti al caso fortuito, ma che sono imputabili al custode, in quanto non siano conseguenza "abnorme" rispetto alla condotta omissiva. (Nella specie, il Giudicante riteneva la responsabilità del condominio in quanto le infiltrazioni lamentate dagli appellanti insistite nel loro appartamento erano da ricollegarsi all'omessa attività di manutenzione del sito. Quindi, condannava parte convenuta a tenere indenni gli attori anche dalle spese di locazione di altro alloggio da parte degli appellanti per il periodo interessato dalle manifestazioni di umidità e dall'esecuzione dei lavori di risanamento).*

S.PSQ.

Tribunale di Albenga, 7 aprile 2010 - Giudice Unico Princiotta - Cervini (Avv.ti Adorno e Cardone) c. Bruno (contumace).

**RESPONSABILITÀ civile - danni provocati da animale - presunzione di responsabilità a carico del proprietario - sussiste.**

(Art. 2052 c.c.)

*L'art. 2052 c.c. prevede una presunzione di responsabilità a carico del proprietario dell'animale (nella specie, un cane), che abbia causato danni a terzi, previo l'accertamento del nesso di causalità fra il fatto dell'animale e l'evento dannoso.*

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 26 aprile 2010 - Giudice Unico Princiotta - Francisetti e D. G. (Avv. Silva) c. T. (Avv. Paleologo) c. C.U.I. s. p. a. (Avv. Contatore) e c. F. (Avv. Simoncini).

**RESPONSABILITÀ civile - impianto di scivolo veloce in sottostante piscina - responsabilità del gestore per esercizio di attività pericolosa - sussiste - risarcimento del danno biologico - criteri.**

(Artt. 1223e segg., 2043 e 2050 c.c.)

*La gestione di un impianto di scivolo veloce in sottostante piscina, concreta un'ipotesi di "attività pericolosa", con conseguente responsabilità risarcitoria del gestore in caso di sinistro, se non prova di aver adottato tutte le cautele idonee ad evitare il danno.*

*Il cd. danno biologico deve essere inteso quale lesione temporanea o permanente all'integrità psico - fisica della persona, suscettibile di accertamento medico legale e che esplica un'incidenza negativa sulle attività quotidiane e sugli aspetti dinamico relazionali della vita del danneggiato, indipendentemente da eventuali ripercussioni sulla sua capacità di produrre reddito.*

(Conforme: Cass., S.U., n. 26972/08)

RO.NE.

Tribunale della Spezia, 24 luglio 2010, Giudice Unico Pelosi - M.M. (Avv. Marsigli) c. USL5 (Avv. Lucianetti) e c. T.F. (Avv.ti Pacini e Colapietro) e c. P.L. (Avv. Pisani) e c. Ass. UNIPOL (Avv. Lucianetti).

**RESPONSABILITÀ civile - struttura ospedaliera - obbligazioni complesse - responsabilità del medico da inadempimento - onere della prova.**

**RESPONSABILITÀ civile - trattamento sanitario necessario - omissione del consenso informato - lesioni - prova del nesso di causalità - necessità.**

*Il paziente deve fornire la prova del contratto, dell'aggravamento delle proprie condizioni di salute o dell'insorgenza di nuove patologie per effetto dell'intervento o, comunque, del mancato miglioramento e del relativo nesso di causalità, mentre spetta alla struttura la prova che la prestazione sia stata eseguita in modo diligente e quegli esiti siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile.*

*L'attività medico chirurgica realizzata senza il consenso dell'avente diritto, che ne costituisce un presupposto di liceità, comporta, qualora derivino delle conseguenze pregiudizievoli per la salute del paziente, la responsabilità del medico, anche laddove l'intervento sia stato eseguito correttamente. A fronte dell'allegazione di parte attrice dell'assenza della volontà di sottoporsi all'intervento chirurgico, era onore dei soggetti convenuti dimostrare di aver ottenuto il consenso all'intervento, previa adeguata informazione.*

*In caso di attività medico chirurgica realizzata senza il consenso dell'avente diritto si configura un illecito omissivo e pertanto, al fine di giudicare l'esistenza di un nesso causale tra omessa informazione e danno alla salute, occorre valutare, in via ipotetica, cosa sarebbe successo se i medici avessero informato o meno la paziente. Se si ritiene che questa, comunque, si sarebbe sottoposta all'intervento medico, allora non sussiste alcun nesso causale. Nel caso in cui invece si ritiene che la donna lo avrebbe rifiutato, sussiste il nesso di causalità tra il danno estetico lamentato e l'omessa informazione.*

*(Nel caso di specie non c'è prova del fatto che una valida informatica avrebbe indotto la paziente a rifiutare il trattamento terapeutico. Questo, infatti, era necessario per completare gli effetti benefici di una precedente operazione; a fronte di un possibile danno estetico per una signora di oltre 70 anni e di un possibile eventuale e quasi insignificante peggioramento del visus, vi era il beneficio di un possibile miglioramento della vista, rispetto ad un soggetto sotto tale profilo gravemente handicappato).*

P.CU.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 23 febbraio 2010, n. 774 - Giudice Unico Pellegrini - F.I. e L.M. (Avv.ti Rognoni e Guastamacchia) c. O.G. (Avv. Parodi).

**REVOCATORIA (azione) - sospensione necessaria dell'azione ai fini dell'accertamento del credito - non necessita - trasferimento di quote immobiliari al coniuge separato - scientia fraudis dell'acquirente - condizioni.**

(Art. 2901 c.c.)

*In tema di revocatoria, non è necessaria la sospensione del giudizio in pendenza di una controversia sull'accertamento del credito "litigioso", poiché tale azione potrà poi anche non esplicare alcuna utilità, ma non sarà mai idonea a generare un conflitto di giudicati. Inoltre, deve ritenersi, che l'eventus damni non richieda la prospettiva di un effettivo ed attuale depauperamento della garanzia patrimoniale. Pertanto, qualora mediante gli accordi in sede di separazione personale dei coniugi, siano state trasferite quote di comproprietà di immobili, l'azione de qua può essere esperita senza che sia indispensabile l'accertamento definitivo sul credito in questione. In tale ipotesi, il creditore dovrà comunque fornire la prova del consilium fraudis del convenuto, sempre che l'atto di trasferimento non possa considerarsi come "atto dovuto", ossia volto ad assolvere la peculiare funzione di adempimento degli obblighi di mantenimento post separazione. (Nella specie, il Giudicante ha valutato la natura dell'accordo, sempre a suo autorevole parere connotato di una particolare discrezionalità, giungendo ad escluderne nel merito la qualificazione di "atto dovuto", tenuto conto non vi erano figli minori e poteva desumersi, dal tenore dell'atto di trasferimento, che il convenuto volesse in particolare preservare le ragioni ereditarie della famiglia).*

F.CUD.

Tribunale della Spezia, 11 dicembre 2010 - Pres. Pelosi - B. (Avv. Simeone) c. M. (Avv. Tiepidino).

**SEPARAZIONE di coniugi - assegnazione casa coniugale - tutela minore - necessità.**

(155 quater c.c.)

**SEPARAZIONE di coniugi - affidamento del minore - inadempimento patrimoniale - pregiudizi esistenziali - rimedi.**

(709 ter. c.p.c.)

*L'assegnazione della casa coniugale, a seguito di separazione, è esclusivamente finalizzata alla protezione della prole, al fine di attribuire ai figli una prospettiva di stabilità e di certezza in un momento di precario equilibrio familiare e a garantire agli stessi la conservazione dell'ambiente domestico in cui sono cresciuti; l'abitazione segue pertanto il minore, a prescindere dalle condizioni economiche dei genitori e dalla proprietà della stessa. Ciò comporta che la casa viene assegnata al coniuge con il quale il figlio trascorre maggior tempo. Nel caso in cui il minore passi un identico lasso temporale con entrambi i genitori, la stabilità viene garantita prevedendo che il minore medesimo rimanga nella casa coniugale, nella quale si alterneranno per il periodo di rispettiva competenza i genitori.*

*L'art. 709 ter c.p.c. prevede una serie di misure che possono essere adottate dal Giudice in caso di "gravi inadempimenti" o di "atti che arrechino pregiudizio al minore" o che "ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affido", riferendosi quindi ai provvedimenti relativi all'esercizio della potestà genitoriale e alle modalità dell'affido. Tale norma può trovare applicazione a casi di inadempimento patrimoniale, solo in quanto chi agisce in giudizio alleghi e dimostri in termini precisi quali sono i pregiudizi di tipo esistenziale da essi derivanti, che il minore ha patito e che hanno trasformato quella lite, altrimenti patrimoniale, in una controversia coinvolgente l'esercizio della potestà genitoriale e le modalità dell'affido. Non è pertanto sufficiente un inadempimento patrimoniale per giustificare l'applicazione dell'art. 709 ter c.p.c.*

EU.MI.

Tribunale della Spezia, 17 dicembre 2010 - Giudice Unico Pelosi - N.C. (Avv. Barabino) c. G. (Avv. Busoni) e c. L.N. (Avv. Romanelli).

**SEPARAZIONE di coniugi - assegnazione della casa coniugale - effetti rispetto ai terzi.**

(Art. 155 ss. c.c.)

**COMODATO - casa coniugale - vincolo di destinazione - durata - criteri.**

(Art. 1809 c.c.)

*La sentenza di separazione coniugale non può pregiudicare i diritti dei terzi che nel giudizio di separazione non furono parti.*

*Il giudice della separazione non crea, con l'assegnazione della casa coniugale, un titolo di legittimazione ad abitare l'immobile, quanto conserva la destinazione dello stesso a casa coniugale e familiare. Il provvedimento di assegnazione non attribuisce un diritto di godimento diverso da quello esistente prima della separazione essendo l'unico effetto innovativo dell'assegnazione, l'esclusione di uno dei coniugi (quello appunto non assegnatario) dall'utilizzo della casa familiare, mentre il coniuge che rimane nell'abitazione conserva lo stesso diritto di godimento originalmente attribuitogli o, ove non fosse parte del contratto attributivo di tale diritto, subentra nel rapporto nella stessa posizione dell'originario contraente.*

*Il contratto di comodato, il quale preveda quale implicito termine la destinazione dell'immobile quale casa coniugale al fine del soddisfacimento delle esigenze familiari, cessa quando viene meno quel vincolo di destinazione. Ciò si verifica quando la casa finisce di essere il centro degli affetti, degli interessi e delle consuetudini della famiglia e specificamente del figlio minore in funzione del quale opera l'assegnazione.*

EU.MI.

Tribunale di Genova, Giudice Unico Vinelli - T. (Avv. Vignolo) c. R. (Avv. Salvati) c. C. e altri (Avv. ti Roppo e Canepa) c. M. (contumace).

**SERVITÙ - principio di indivisibilità - nozione.**

(Art. 1071 c. c.)

*Il principio della cd. "indivisibilità", di cui all'art. 1071 c.c., comporta, in caso di frazionamento del fondo dominante, la permanenza ex lege del diritto su ogni frazione del fondo medesimo, salve le ipotesi di aggravamento delle condizioni del fondo servente; in particolare, la servitù continua a gravare sul fondo servente nella medesima precedente consistenza a favore di ciascuna di quelle già componenti l'originario unico fondo dominante, ancora considerato alla stregua di un "unicum" al fine dell'esercizio della servitù, ancorché le singole parti appartengano a diversi proprietari, a nulla rilevando se alcune di queste, per effetto del frazionamento, vengano a trovarsi in posizione di non immediata contiguità con il fondo servente.*

RO.NE.

Tribunale di Albenga, 26 aprile 2010 - Giudice Unico Princiotta - S. (Avv. ti Altamura e Musso) c. A. (Avv. Bandini).

**SPESE giudiziali in materia civile - responsabilità aggravata - nozione - criteri liquidativi.**

(Art. 1226 c.c.; art. 96 c. p. c.)

*Sussiste la responsabilità della parte per "illecito processuale" ex art. 96 c. p. c., quando risulti che la stessa si sia azionata in via monitoria per un credito insussistente e quando abbia resistito nel giudizio di opposizione, nonostante la consapevolezza di una propria rilevante violazione di obblighi professionali.*

*Il danno da responsabilità aggravata deve essere valutato d'ufficio in via equitativa ai sensi dell'art. 1226 c.c.*

RO.NE.

Tribunale di Genova, sez. I civ., 15 febbraio 2010, n. 649, - Giudice Unico Braccialini - M. (Avv. Bianchi) c. L. N. S.p.A. (Avv. Manica) e c. altri.

**TRASPORTO (contratto di) - responsabilità del vettore - responsabilità extracontrattuale - responsabilità dei dipendenti - sussistenza.**

(Artt. 1693, 2043 e 2049 c.c.)

**GIURISDIZIONE civile - trasporto multimodale - patto di deroga della giurisdizione nazionale - forma.**

(Art. 1352 c.c.)

**COMPETENZA civile - trasporto - diversi titoli di responsabilità del vettore - cause connesse - spostamento.**

(Artt. 1693 e 2043 c.c.; art. 106 c.p.c.)

**TRASPORTO (contratto di) - legittimazione attiva del mittente - disposizioni in tema di vendita con consegna piazza a piazza - deroghe pattizie - disciplina sul trasporto - rapporti.**

(Artt. 1689 c.c.)

*La mancata riconsegna della merce configura tanto un inadempimento vettoriale, che una forma qualificata di responsabilità aqui-*

*liana, che va oltre la semplice dimensione della negligenza nella custodia del container, e di cui i vettori terrestri devono rispondere per fatto dei dipendenti che, tra l'altro, rende inoperanti le limitazioni legali del debito.*

*Nel settore dei trasporti multimodali non può dirsi che esista un uso di alcun tipo, analogo al comparto dei trasporti marittimi, per cui il rapporto contrattuale, con tutte le sue clausole, comprese quelle derogative della giurisdizione, è affidato alla sottoscrizione del solo vettore. Pertanto, in applicazione dell'art. 1352 c.c. relativo alla forma convenzionale dei contratti, per rendere valido ed opponibile al caricatori l'intero articolato unilaterale predisposto dal vettore, occorre la sottoscrizione del titolo anche da parte di quest'ultimo. In mancanza di tale dimostrazione, non esiste alcuna valida deroga convenzionale in favore della giurisdizione straniera.*

*In tema di trasporto, qualora non si censuri la semplice negligenza contrattuale nella custodia dei beni affidati per il trasporto terrestre ma si prospetti piuttosto la cooperazione di maestranze infedeli dipendenti dai vettori terrestri con l'organizzazione criminale perpetrante la razzia delle merci, l'estensione della domanda e la chiamata in causa per comunanza della lite sono possibili alla luce dell'articolo 2043 c.c. Ed invero, la coesistenza di un titolo contrattuale verso la raccomandataria dell'armatore per un trasporto multimodale e di una causa petendi extracontrattuale nei confronti dei vettori e depositari terrestri determina anche la conseguenza di radicare la competenza a statuire su tutto l'oggetto contenzioso. Infatti, nel momento in cui la convenuta principale nega la propria responsabilità per l'occorso e indica quali responsabili diretti altri vettori, viene introdotta una domanda di accertamento negativo che determina la comunanza della lite con tutti i successivi chiamati, una situazione processuale perfettamente assimilabile alla chiamata in garanzia "propria" che, come noto, consente lo spostamento delle cause in tal modo connesse e la possibilità di radicare il contenzioso presso il foro relativo ad uno solo dei convenuti delle cause "comuni".*

*L'operatività delle disposizioni civilistiche in tema di trasporto, in base alle quali in caso di perdita di carico è legittimato a sotoporre le relative doglianze al vettore il mittente delle merci mai recapitate non è esclusa dalle norme in materia di vendita con consegna da piazza a piazza - pur derogabili dalle specifiche pattuizioni intercorse tra le parti del concreto rapporto.*

F. BART.

Rama Assicurazioni, deve arrivare lo spazio

# Documenti

## *La responsabilità professionale del medico*

### *Comunanze e distinzioni in ambito civile e penale*

**Cons. Claudio Viazzi**

Presidente del Tribunale di Genova

**Sommario:** 1. Premesse. - 2. Il processo di autonomizzazione e divaricazione del processo civile dal processo penale. - 3. La costruzione progressiva di un sistema squilibrato: due interrogativi di fondo aperti. - 4. Il principio di ripartizione degli oneri probatori ex art. 2697 CC ed il processo di sua progressiva elusione. - 5. Alcuni itinerari autonomi della causalità civile e lo svilimento delle regole di imputazione causale. - 6. Ruolo della CTU e della medicina legale nell'accertamento (insoddisfacente) del nesso causale: alcuni chiarimenti indispensabili ed un nuovo rapporto da costruire tra sapere medico e sapere giuridico. - 7. Giusto processo ex art. 111 Cost., tutela delle vittime della malasanità e prova del nesso causale: alcune proposte in tema di causalità incerta, alla ricerca di un punto di maggior equilibrio del sistema. - 8. Qualche riflessione conclusiva.

#### **1. Premesse.**

Se si scorrono i repertori giurisprudenziali degli ultimi lustri in tema di causalità, onere probatorio e responsabilità civile si constata agevolmente un'assoluta prevalenza di decisioni in materia di responsabilità medica ed, in tale materia, pronunce e massime ruotanti attorno a questioni quasi sempre di causalità omissiva. E ciò a conferma del rilievo centrale di tali problematiche nell'ambito della responsabilità civile ma al contempo delle perduranti "fibrillazioni" del sistema nel suo complesso su tale terreno.

Cercare quindi di dare un senso riassuntivo compiuto alle operazioni giurisprudenziali compiute nell'arco quanto meno dell'ultimo decennio non è impresa facile, anche perché il tema coinvolge direttamente temi cruciali del processo quali la costruzione giudiziale del fatto ed il come raggiungere la verità nel giudizio, così come viene anche in primo piano il rapporto tra giudice e saperi scientifici diversi attraverso cui necessariamente si può raggiungere quella verità. Rapporto che nel nostro settore chiama in causa il medico legale e la CTU che è lo strumento spesso decisivo attraverso il quale il nesso causale viene ricostruito e trasferito quindi nel cuore motivazionale della decisione finale.

Per prima cosa, allora, sembra proficuo individuare - per rendere l'intera riflessione più chiara - entro quali coordinate giurisprudenziali si snoderà la relazione: è una sorta di "quadrilatero" il cui caposaldo centrale è costituito dalla nota sentenza n. 589/99, i cui quattro lati di perimetro sono presidiati da altri fondamentali "arresti" della Suprema Corte di cui occorre tener conto e da cui partire: a) sentenza Cass. Civ. n. 589/99 che ha inquadrato nel sistema contrattuale "da contatto sociale" la responsabilità civile del medico ospedaliero; b) sentenza delle SSUU n. 13533/01 sulla distribuzione del-

l'onere probatorio in tema di inadempimento del contratto; c) sentenza delle SSUU penali n. 30328/01 introduttiva del c.d. decalogo sullo standard probatorio occorrente per la sussistenza del nesso causale nel reato omissivo improprio; d) Sentenze n. 21619/07 e SSUU civili n. 581/08 sulla scala discendente degli standard probatori occorrenti per l'accertamento del nesso di causa in sede penale, civile e nel sottosistema della responsabilità civile per la c.d. perdita di chance. Questi diversi interventi hanno, in poche parole, fondato nel corso dell'ultimo decennio, nel settore della responsabilità civile del medico, il **diritto vivente** in materia anche di accertamento del nesso di causa, e quindi la riflessione non può non snodarsi entro queste coordinate, nella chiara consapevolezza che attraverso tali arresti si è consumata una colossale operazione di **politica del diritto** (gli anglosassoni la chiamerebbero *policy*), alla ricerca di quale debba essere - ragionando di causalità nel reato e nell'illecito civile - lo standard probatorio occorrente per la conferma degli enunciati di fatto che il giudice deve narrare e per fondare quindi la **"decisione giusta"** nei due processi, allorché si deve acclarare se la responsabilità contestata sia basata su fatti veri o falsi.

Rovello noto che ha accompagnato la giurisprudenza per molto tempo, con esiti contraddittori e spesso clamorosamente inappaganti (si ricordino le pronunce della Cassazione penale in cui si ritenevano sufficienti, per l'accertamento della colpevolezza, gradi di probabilità sul piano causale del 30% circa il fatto che l'evento fosse stato determinato dall'omissione del medico) frutto di scarsa attenzione alle riflessioni della migliore dottrina. Viceversa, con l'assetto complessivo scaturito dalle citate pronunce può oggi dirsi tranquillamente che gli insegnamenti e moniti della dottrina più attenta (ricordo Federico Stella per il penale e Michele Taruffo per il civile) hanno finalmente fatto breccia, anzi addirittura trionfato, per lo meno a livello di giurisprudenza della Cassazione. Dal che discende, come sempre accade in vicende del genere, il problema non facile dell'allineamento effettivo della giurisprudenza di merito, problema che coinvolge profili delicati proprio sul piano delle concrete scelte compiute in ogni processo, dai gradi ritenuti sufficienti nelle prassi degli uffici di conferma probatoria dei fatti accertati, al ruolo infine determinante giocato dai medici-legali (e dalle metodologie utilizzate) in questi accertamenti.

#### **2. Il processo di autonomizzazione e divaricazione del processo civile dal processo penale.**

Dopo una lunga fase di pressoché indiscussa totale unificazione delle regole di giudizio del processo civile rispetto a quello penale, fase peraltro contraddistinta più da confusioni e di sbandamenti che da una razionale costruzione dei momenti unificanti tra i due processi (posto che, comunque, le regole fondamentali fissate negli art. 40 e 41 del c.p. hanno sempre operato indiscutibilmente anche nel processo civile che conosce, a sua volta, sul piano del nesso causale le sole norme espresse degli art. 1223 e 2055 c.c.), da qualche tempo il processo di autonomizzazione e divaricazione tra i due processi è avanzato in maniera netta ed oggi può dirsi come un punto fermo, non solo della giurisprudenza della

Suprema Corte: un vero salto separa ormai i due mondi processuali, quello penale improntato ad un evidente favor costituzionale per l'imputato e dunque orientato verso una impostazione restrittiva e più rigorosa della conferma probatoria esigibile per cui si richiede per la condanna la prova della colpevolezza dell'imputato *beyond any reasonable doubt*; e quello civile dove il chiaro favor per la vittima spinge inarrestabilmente - anche in una evidente logica compensativa rispetto alla stretta operante nel penale - verso un ampliamento dei criteri di conferma probatoria ritenuta razionalmente sufficiente per condannare l'autore dell'illecito, utilizzandosi così sempre più il criterio della *preponderance of evidence / probability*, criterio che "si applica nel processo civile statunitense, secondo il quale il giudice deve scegliere l'ipotesi fattuale che riceve il supporto relativamente maggiore rispetto ad ogni altra ipotesi" (M. Taruffo, *La semplice verità - Il Giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009, pag. 222).

Ora su questo fenomeno di progressiva autonomizzazione tra i due processi un'influenza sicura l'hanno giocata le nuove disposizioni dell'art. 111 Cost. sul giusto processo, imponendo standard probatori differenti proprio in relazione ai diversi beni coinvolti nei due tipi di giudizio: libertà, reputazione, buon nome ecc. nel penale; diritti risarcitorii nel civile. Diversità radicale di beni e valori in gioco che comporta un altrettanto differente apprezzamento delle due possibilità di errore che sono sempre in agguato in ogni processo (assolvere un colpevole o condannare un innocente): mentre infatti, come si è giustamente rimarcato (F. Stella, *Giustizia e modernità - Laprotezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano 2003, pag. 96-101), nel processo penale è giusto preferire che resti libero un colpevole piuttosto che finisca in galera un innocente, nel processo civile è davvero indifferente che vinca l'attore o il convenuto e può darsi che la comunità sia effettivamente indifferente nella scelta tra i due tipi di errore, e ciò proprio per la diversità della posta in gioco. Il che porta ad optare giustamente per la regola meno stringente del "più probabile che non", che richiede semplicemente la convinzione del giudice che l'esistenza di un fatto sia più probabile che la sua non esistenza.

Concludendo quindi su questo punto preliminare, possiamo allora dire che la **decisione giusta** nei due processi si traduce nell'odierno diritto vivente, nell'applicazione di due regole molto diverse tra loro: l'oltre il ragionevole dubbio nel penale ed il più probabile che non nel civile. E questo si colloca come conclusione di un progressivo passaggio da un'epoca di unificazione delle regole di giudizio nei due processi (la stessa sentenza delle SSUU penali del 2002 dava sostanzialmente per pacifico che la nozione di causa penalmente rilevante stabilita dal c.p. si applicasse anche al distinto settore della responsabilità civile e che tutti i principi del decalogo si attagliassero ad entrambi i giudizi) alla fase attuale di fortissima divaricazione, creandosi in tal modo a livello teorico e sistemico un assetto davvero equilibrato e bilanciato tra i due processi, incentrato l'uno sul favore per l'imputato e l'altro sul favore per la vittima.

### 3. La costruzione progressiva di un sistema squilibrato: due interrogativi di fondo aperti.

Sei anni sono trascorsi tra l'intervento delle SSUU penali e quelle civili per mettere a punto con chiarezza le due categorie concettuali della "quasi certezza" e della "probabilità preponderante", come segnale definitivo della divaricazione delle regole probatorie operanti nei due settori e come momento di sistemazione generale ed equilibrata dei due pro-

cessi. Ma detto questo, è altrettanto noto che l'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale degli ultimi anni nel settore civile, nell'ambito di un generale processo di tutela sempre più pregnante delle c.d. "vittime della modernità" (vale a dire vittime delle imprese produttrici di beni, inquinamenti e malattie professionali, prodotti tossici, malasanità e via discorrendo), è approdata ad esiti (si pensi all'imputabilità sempre più diffusa del fatto incerto) rivelatori di nuovi ed evidenti squilibri verificatisi nelle prassi giurisprudenziali e su cui val la pena oggi riflettere criticamente e cercare qualche antidoto. Mi riferisco a fenomeni preoccupanti che diventano ancor più esplicativi e chiari se solo si procede a collegare con un minimo di approfondimento i tanti fili che legano determinate disinvolte operazioni giurisprudenziali (spesso avallate dalla stessa Cassazione) in materia di ripartizione degli oneri probatori, accertamento del nesso di causa e costruzione giudiziale del fatto: svuotamento dell'art. 2697 c.c.; processo di "evaporazione" del nesso causale (sempre più presunto e sempre meno accertato); moltiplicazione dei casi di inversione degli oneri probatori e di meccanismi presuntivi; riduzione drastica del tasso di veridicità delle decisioni. Questi sono, sinteticamente, i principali squilibri con cui confrontarsi anche nell'ottica della loro compatibilità con un processo civile "giusto" come richiesto dal novellato art. 111 Cost.

E qui soccorre certamente il prezioso insegnamento di chi ha delineato magistralmente per primo quali debbono essere i criteri di giustizia della decisione giudiziaria (M. Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta, in Interpretazione e diritto giudiziale*, a cura di M. Bessone, Torino 1999, pag. 291). Si tratta, è utile ricordarlo, di tre criteri combinati e sommati tra loro: 1) correttezza della scelta e dell'interpretazione della regola giuridica applicabile al caso; 2) accertamento attendibile dei fatti rilevanti del caso; 3) impiego di un procedimento valido e giusto per giungere alla decisione.

Ora, proprio il secondo criterio che attiene all'attendibilità del giudizio sui fatti rimanda alla questione del grado di conferma "accettabile" che le prove disponibili sono in grado di attribuire alle ipotesi relative ai fatti della causa, vale a dire ad un giudizio che si dovrebbe strutturare nella scelta ogni volta dell'ipotesi "caratterizzata dal grado più elevato di conferma probatoria"; scelta che dovrebbe allora escludere le "ipotesi che non raggiungono un livello adeguato di conferma sulla base degli elementi conoscitivi disponibili" e includere al contrario l'ipotesi "sostenuta da prove preponderanti", contesto in cui "il limite minimo è rappresentato appunto dalla prevalenza dell'ipotesi positiva su quella negativa, in termini di conferma probatoria".

Il primo interrogativo che si pone a questo punto, prima ancora di analizzare un po' più da vicino gli squilibri sopra elencati, può consistere allora nel chiedersi questo: è un bene o un male - rispetto alle esigenze costituzionali del giusto processo - che sempre più sovente le decisioni anziché fondarsi sulla prova dei fatti finiscano per basarsi sulla mancata prova degli stessi? Oppure, detto in altri termini: è davvero un bene o un male che "l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, e quindi il ragionevole dubbio in base all'evidenza disponibile sulla reale efficacia condizionante della condotta omissiva del medico rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo" situazioni che secondo le SSUU penali del 2002 "comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio" possano pressoché automaticamente trovare al con-

trario applicazione ed accoglienza nelle azioni risarcitorie civili, soprattutto grazie all'entrata in campo di meccanismi presuntivi se non vere e proprie inversioni dell'onere probatorio di invenzione giurisprudenziale?

Il secondo interrogativo di fondo che permea la presente riflessione scaturisce a sua volta da una considerazione d'insieme sul quadrilatero giurisprudenziale prima descritto, e dal dubbio se i suoi lati siano perfettamente tra loro combacianti o permangano delle smagliature e discontinuità che debbono essere ancora scavate dalla giurisprudenza e superate attraverso nuovi futuri arresti.

In particolare c'è da chiedersi se la sentenza delle SSUU civili del 2008 sulla scala degli standard probatori sia il punto d'arrivo di una lunga riflessione oppure il punto di partenza per nuovi ed ulteriori sviluppi su terreni ancora bisognosi di assestamento che, esemplificando, si possono individuare quanto meno nella problematica della perdita di chance e della prova necessaria per ottenerne il ristoro, nell'onere della prova ed il rischio della mancata prova nei casi di causalità incerta, nelle concuse non imputabili in relazione all'art. 2055 c.c. .

La regola di giudizio introdotta del “più probabile che non” come si combina, nelle prassi concrete, con la questione dell’allocazione finale del rischio della mancata prova nei frequenti casi dubbi ed incerti che si verificano in ordine alla causa dell’evento lesivo? Non è forse vero che, passando al settore specifico della responsabilità medica, quando è il convenuto a dover fornire la prova contraria o liberatoria di aver effettuato correttamente tutto ciò che poteva fare per evitare....o di aver adempiuto diligentemente la propria prestazione, egli non soccombe solo se la prova che doveva fornire rasenta la certezza mentre soccombe anche ogni qual volta la causa resti incerta, indipendentemente dal grado di probabilità che la condotta posta in essere sia stata provata come diligente e corretta? È conforme, in altri termini, al principio di parità delle armi nel giusto processo civile ex art. 111 Cost. la regola non scritta ma implicita in tante decisioni secondo cui “la probabilità che la vittima...sia risarcita da un convenuto colpevole aumenta notevolmente quando è il convenuto a sostenere l'onere della prova”? (così si domandava eloquentemente un autore americano già nel 1986, Harris, Toxic Tort Litigation and the Causation Element: is there any hope of reconciliation?, citato nel libro di F. Stella, Giustizia e modernità, op. cit., pag. 493).

#### **4. Il principio di ripartizione degli oneri probatori ex art. 2697 c.c. ed il processo di sua progressiva elusione.**

Il tentativo di rispondere alle domande appena poste, deve allora partire in primo luogo dall'analisi del primo grosso fenomeno distorsivo che si è compiuto negli ultimi tempi sul terreno applicativo della norma dell'art. 2697 c.c., fenomeno che si è sostanziatato nel suo svuotamento e nella sostituzione del preceppo in esso contenuto con altre regole iuris elaborate dalla giurisprudenza.

**a)** Che la norma dell'art. 2697 c.c. sull'onere della prova sia disposizione centrale del sistema, in quanto norma di “chiusura” del medesimo (come insieme di direttive volte a quella che si è definita semplificazione analitica della fatispecie, al fine cioè di evitare che il carico probatorio fosse a carico interamente dell'attore) ed al contempo “in bianco” (perché rinvia, al di là del criterio generale, di volta in volta alle scelte legislative fatte per ogni istituto dal diritto sostanziale) ed a una duplice struttura sostanziale-processuale (in quanto norma

che serve alla realizzazione del diritto nel processo ma non è in grado di operare in esso senza recepire di volta in volta dal diritto sostanziale il suo contenuto) è sicuramente un dato alquanto scontato tra gli interpreti. Meno scontato è, viceversa, guardare alla norma come ad un preceppo legislativo che pone anche, contemporaneamente, dei precisi “paletti” al giudice, nel senso di vietargli il *non liquet*, di imporgli criteri vincolanti sul riparto degli oneri probatori tra le parti, e di costituire come tutte le norme sul diritto delle prove, un chiaro limite alla discrezionalità giudiziale ed all'affermarsi di visioni “flessibili” della gestione processuale degli oneri probatori.

Ma ancor meno avvertito tra gli interpreti (tranne poche eccezioni, v. M. Taruffo, Presunzioni, inversioni, prova del fatto, in RTDPC 1992, pag. 733 ss; G. Verde, L'onere della prova nel processo civile, relazione dattiloscritta all'incontro di studio del CSM sul tema “L'onere della prova e l'attività istruttoria nei diversi riti processuali civili”, Roma 23/25.11.2009) è sicuramente lo sconcertante sbandamento che connota l'attuale giurisprudenza in materia della Corte di Cassazione, se solo si confrontano due illuminanti recenti massime della stessa: “La ripartizione dell'onere della prova tra lavoratore titolare del credito e datore di lavoro deve tener conto *oltre* che della ripartizione della fatispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi...anche del principio - riconducibile all'art. 24 Cost. ed al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio - della **riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova**; conseguentemente ove i fatti possano essere solo noti all'impreditore e non anche al lavoratore, incombe al primo l'onere della prova negativa” (Cass. Sez. lavoro 25.7.2008 n. 20484); “L'obiettiva difficoltà in cui si trovi la parte di fornire la prova del fatto costitutivo del diritto vantato non può condurre ad una diversa ripartizione del relativo onere della prova che grava, comunque, su di essa; né d'altro canto la circostanza che detta prova sia venuta a mancare per fatti imputabili alla parte che ha interesse contrario alla prova stessa, implica che questa debba considerarsi acquisita e la domanda debba essere accolta” (Cass. Civ. 2.9.2005 n. 17702). Il contrasto tra le due pronunce appare dunque evidente e irriducibile, né sembra semplicisticamente componibile richiamando le peculiarità, per la prima massima, dello speciale sottosistema lavoristico mentre l'altra sarebbe espressione più delle regole del sistema generale.

La domanda da porsi è, in realtà, se sia accettabile che in base all'art. 24 Cost. (che opera allo stesso modo nel sistema generale ed in quello lavoristico) ed all'esigenza di garantire un effettivo esercizio del diritto d'azione, quando le prove siano in possesso di una sola parte quest'ultima sia tenuta a fornirle comunque (anche *contra se*) pena la sua soccombenza. Che questo ragionamento porti alla pericolosa vanificazione del principio del riparto degli oneri probatori fissato dall'art. 2697 c.c. sembra indubbio.

E questa vanificazione la si è determinata facendo uso del principio, davvero scompaginante e sicuramente “metagiuridico”, della **vicinanza della prova**, che è diventato da un po' di tempo in qua un vero proprio grimaldello per forzare la soluzione di casi concreti attraverso una serie sempre più ampia di operazioni sperimentalate in materia di inversione degli oneri probatori a favore di diverse tipologie di parti, sostanzialmente ritenute più deboli, tra le quali campeggiano anche le vittime della malasanità.

In tal modo, peraltro, (e di ciò ci si dimentica troppo facil-

mente) si finisce col pretermettere totalmente altri strumenti offerti dal sistema per sopperire alle difficoltà probatorie della parte onerata allorché certi mezzi di prova sono nella disponibilità dell'altro litigante: esibizione, giuramento decisorio o suppletorio; valutazione giudiziale del comportamento della parte; uso di elementi indiziari; ricorso ad iniziative istruttorie d'ufficio (in presenza della c.d. *semiplena probatio*). Con la soluzione, viceversa, escogitata dalla Cassazione il rischio che si corre è quello di un esercizio creativo della funzione giudiziaria, che assume in tal modo un ruolo di supplenza impropria rispetto al legislatore, al di là dei casi in cui, nella sua insindacabile discrezionalità ha ritenuto di intervenire espressamente modificando gli oneri probatori a favore di certe parti (v. nuovo art. 1749 c.c.; art. 120 codice del consumo; art. 23 ult. c. TU interm. Finanz.; art. 5 l. 604/66 sui licenziamenti individuali).

Sta di fatto che il consolidamento in giurisprudenza del criterio sostitutivo/correttivo della vicinanza della prova ha comportato evidenti riflessi e ricadute sulla concezione stessa del nesso di causa e sull'atteggiarsi della sua prova: l'apertura delle Corti all'idea per cui è più congruo ed equo far gravare l'onere sulla parte che si trova nella concreta possibilità di controllo dei fattori che hanno inciso sulla sequenza causale che ha condotto all'evento dannoso o che è più in grado di fornire tale prova, ha comportato il consolidarsi del principio per cui la prova del nesso di causa non è più dimostrazione di un fatto normalmente costitutivo del diritto fatto valere dall'attore ma tema di prova condiviso dalle parti in causa il cui onere probatorio diventa mobile, cioè si sposta da una all'altra parte a seconda delle informazioni che ciascuna parte detiene e può mettere a disposizione del giudice. Conclusione che ci ha sicuramente avvicinato ai sistemi di common law ma a prezzi non certo secondari in termini di compatibilità con il sistema normativo vigente.

**b)** Se si scende poi dal terreno generale al sottosistema della responsabilità medica, si vede subito qual è l'esito esplosivo dell'operazione ermeneutica appena esaminata sommata all'altra operazione "creativa" compiuta, dopo l'avvenuta contrattualizzazione del rapporto medico ospedaliero-paziente dl 1999, con la nota sentenza delle SSUU del 2001 sul riparto degli oneri probatori in tema di responsabilità contrattuale in cui si è superato il tradizionale orientamento (aderente peraltro alla lettera degli art. 1218 e 1453 c.c.) secondo cui in caso di azione di risoluzione e/o risarcimento del danno da inesatto adempimento era l'attore a dover fornire la prova dell'inadempimento.

Ebbene, con la pronuncia delle SSUU l'onere probatorio a carico dell'attore è stato notevolmente alleggerito dovendo lo stesso fornire solo la prova del contratto oltre alla mera allegazione dell'inadempimento, mentre a carico del convenuto è stato posto l'onere di provare l'adempimento o l'impossibilità per causa non imputabile ex art. 41 cpv c.p.. E che si sia trattato anche qui di un'operazione fondata su argomenti meta-giuridici lo si ricava da una semplice lettura delle ragioni addotte nella motivazione a fondamento della decisione: un'asserita ontologica distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale (per cui solo nella seconda il fatto illecito si porrebbe come fatto costitutivo della pretesa); l'esigenza di affidarsi a criteri di ragionevolezza; il principio della vicinanza della prova (eccolo ricomparire....) e la difficoltà della prova del fatto negativo (per cui sarebbe il debitore la parte facilitata a dare la prova anche dell'esatto adempimento).

In tal maniera la Suprema Corte ha dato una risposta unica e generalizzante a situazioni sostanziali che buona parte degli in-

terpreti hanno sempre ritenute diverse e che processualmente si presentavano con differenti sfaccettature perché diversi erano gli effetti perseguiti attraverso il processo; ma così facendo ha finito per ripartire anche qui gli oneri prescindendo dalla norma positiva e creando al suo posto una regola diversa.

Ora è evidente che tutto questo ha avuto ricadute pesanti sull'assetto della responsabilità contrattuale medica allocando diversamente (rispetto al passato) il rischio dell'incertezza probatoria, perché lo si trasferiva dalla vittima alla struttura sanitaria ed al medico mediante lo spostamento del baricentro dell'accertamento del nesso causale: mentre prima era l'attore, asserita vittima della malasanità, a dover dare la prova del nesso tra condotta inadempiente del medico e peggioramento della sua situazione patologica, dopo le SSUU è il convenuto a dover dare la prova dell'esecuzione diligente della prestazione professionale e del nesso causale tra esiti peggiorativi ed evento imprevisto e imprevedibile sopravvenuto.

In conclusione può dirsi tranquillamente che, in completa assenza di mutamenti normativi sostanziali, la rideterminazione dei carichi probatori attraverso le operazioni ermeneutiche esaminate, si è rivelato il *deus ex machina* di un mutamento significativo del diritto vivente, vale a dire lo strumento più duttile per perseguire l'obiettivo dichiarato di politica del diritto della maggior tutela delle vittime dei rischi sanitari.

**c)** Ma non è finita. Anche nel settore della responsabilità extracontrattuale si è verificato negli ultimi anni un analogo fenomeno di traslazione degli oneri, con dinamiche giurisprudenziali speculari a quella analizzata in materia di responsabilità contrattuale, ritenendosi sovente che - nonostante si affermi in linea di principio che i fatti costitutivi del diritto al risarcimento del danno siano tutti a carico del danneggiato - il danno emerge comunque ex se (prima facie; res ipsa loquitur; ecc.) riducendo così il problema solo alla determinazione della sua misura sulla base di argomentazioni presuntive (e del richiamo alla regoletta dell'*id quod plerumque accidit*). In altre situazioni si assiste ad un incassellamento forzato della fatispecie - che sarebbe inquadrabile nell'art. 2043 c.c. - attraverso la qualificazione giuridica del fatto in norme (ad es. l'art. 2050 c.c.) in cui il legislatore ha definito in altro modo gli oneri probatori dando per presunto nesso causale e/o la colpa: per esemplificare si possono ricordare i casi di responsabilità oggettiva da prodotto in cui la relazione causale tra danno alla salute e medicinale asseritamente difettoso viene accertata in via presuntiva e facendo riferimento alla categoria della causalità idonea o generale (effettivo uso del farmaco; insorgenza di una patologia nella vittima, fino ad allora sana, rientrante nei rischi tipici del farmaco); così come indirizzi non dissimili di applicazione di meccanismi presuntivi si riscontrano nel settore degli infortuni e delle malattie professionali, dove nuovamente impera una concezione di causalità idonea o normale o adeguata a cagionare i danni lamentati (che sono spesso conseguenza solo ragionevolmente possibile della condotta attiva od omissiva del datore di lavoro).

Ma il fenomeno sicuramente emergente più di frequente dalla giurisprudenza è quello della elaborazione di vere e proprie presunzioni - nell'assenza di precise indicazioni legali - attraverso cui si spostano gli oneri probatori alleggerendo il danneggiato a favore del danneggiato mediante il ricorso a criteri metagiuridici quali, nuovamente, la disponibilità o vicinanza della prova, l'andamento tipico in casi simili, massime d'esperienza che anziché essere il parametro di valutazione degli indizi diventano esse stesse indizi, l'apparenza o

la verosimiglianza, e così via.

Esemplare, da questo punto di vista, è la sentenza delle SSUU n. 582 dell'11.1.2008 in materia di trasfusioni e onere della prova in cui i giudici, effettuando una drastica semplificazione del giudizio di fatto (rispetto ad una complessa vicenda in cui nei due giudizi di merito non si era riusciti ad accettare se l'infezione contratta dall'attore fosse causalmente dipendente dalle trasfusioni effettuate in una delle due strutture sanitarie convenute) e utilizzando lo schema della "costellazione di indizi", hanno ritenuto, attraverso il ricorso all'istituto delle presunzioni, sussistente il fatto che si trattava di accettare. Schema alla cui base sta il principio dell' *id quod plerumque....* ragion per cui la costellazione è di per se segno attendibile della sussistenza presunta del fatto da accettare: su tale base vengono quindi calati i diversi elementi indiziari emergenti dalla costellazione quali la sacca del donatore rimasto ignoto, il tipo di patologia insorta, la data d'insorgenza della stessa, l'assenza della patologia prima delle avvenute trasfusioni, per inferire la prova del nesso causale tra l'azione dei convenuti ed il contagio subito dall'attore.

Ora, appare evidente che l'elemento indiziante principe è stato ritenuto la perdita o la mancanza di elementi probatori (nella specie la documentazione relativa alla trasfusione) o la loro incompletezza (v. cartella clinica), circostanza imputabile al convenuto e quindi tale da riflettersi negativamente sullo stesso; e questo spiega come il ragionamento della Corte si sia modellato su un'idea di giustizia correttiva, o promozionale/assistenziale in forza della quale la **lacuna probatoria**, se si verifica presso la parte più forte del conflitto (che è solitamente il danneggiante e non la vittima), diventa prova presunta della sua colpevolezza da cui far discendere la relazione causale (dal fatto noto, cioè, all'ignoto secondo il meccanismo inferenziale ex art. 2727 e 2729 c.c.).

Così l'effetto finale dell'operazione compiuta è oltremodo significativo: la traslazione del principale carico probatorio, che è quello relativo al nesso causale, sul convenuto, traslazione che è avvenuta in modo sostanzialmente identico nella responsabilità contrattuale ed in quella extracontrattuale, al di là delle declamazioni di principio e l'ossequio formale prestato alle norme vigenti, a cominciare dall'art. 2697 c.c.. Basta leggere un passo illuminante della sentenza in esame per sincerarsi di quanto appena detto: " *In questo caso non può sostenersi che il nesso causale sia risultato provato sulla base della sola prova della causalità generale* (notazione mia: il richiamo alla causalità generale ci dice soltanto che la trasfusione "può" causare un'epatite, cioè ne è causa idonea, ma non certo quell'epatite di cui si discute in causa), *in quanto è provata anche la causalità specifica sulla base della prova presuntiva.... Il punto di partenza in tutti questi casi continua ad essere quello per cui l'attore è tenuto a provare il nesso di causalità, ma si tratta di una prova che può essere caratterizzata da meccanismi di tipo presuntivo. Come ha rilevato attenta dottrina dinnanzi alla prova del nesso di causa il danneggiato non è lasciato solo ma a quest'ultimo si affianca il soggetto evocato in giudizio in veste di responsabile, ove egli sia tenuto per norma giuridica o tecnica a documentare la sua condotta o determinati fatti, registrandosi cioè una situazione in cui entrambe le parti non possono rimanere inerti dinnanzi al problema della causalità*".

## 5. Alcuni itinerari autonomi della causalità civile e lo svilimento delle regole di imputazione causale.

Accanto allo svuotamento del contenuto precettivo della regola di giudizio fissata nell'art. 2697 c.c., si colloca poi l'altro processo di progressiva evaporazione del concetto di

nesso causale e della sua prova nel sistema generale della responsabilità civile così come sviluppatosi nell'ambito della progressiva autonomizzazione della causalità civile da quella penale.

L'enucleazione di regole del gioco diverse nei due processi è stata la strada maestra attraverso cui si è sviluppato tale processo di divaricazione, nonostante un indubbio background comune fissato nei principi generali che regolano la causalità materiale delineati dagli art. 40 e 41 c.p.. La responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale si snoda invero attraverso modelli di imputazione atipici (qualunque atto o fatto è suscettibile di produrre un danno risarcibile) con lo spostamento (ma qui si annida il pericolo...) del baricentro dell'architettura di tali modelli d'imputazione dal soggetto responsabile al danneggiato: fatto che ha comportato criteri di imputazione sempre più svilcolati dal rapporto causale ed incentrati sul mero aumento del rischio (si veda tutta la tematica della perdita di chance).

Non sempre si ricorda tuttavia che, in ogni caso, un responsabile è sempre necessario se non si vuole trasformare impropriamente la r.c. in una generale assicurazione contro i danni (e senza per giunta il pagamento di premio) e che "l'atipicità dell'illecito attiene all'evento dannoso ma non al rapporto eziologico tra lo stesso e l'elemento che se ne assume generatore, individuato sulla base del criterio di imputazione. È vero altresì che, contrariamente alla responsabilità penale, il criterio di imputazione della r.c. non sempre è una condotta colpevole; ciò comporta solo una varietà di criteri di imputazione ma da una parte non elimina la necessità del nesso di causalità di fatto e dall'altra non modifica le regole giuridico-logiche che presiedono all'esistenza del rapporto eziologico" (così Cass. SSUU n. 582/08 cit.). In altri termini occorre stare molto attenti a non finire col sopprimere nella ricostruzione dell'illecito il profilo del nesso causale materiale tra l'azione od omissione dell'asserito autore e l'evento dannoso riducendo i profili da ricostruire solo a quelli attinenti alla causalità c.d. giuridica.

Insomma, atipicità dell'illecito non equivale ad atipicità dei principi applicabili in tema di causalità: un nesso causale è sempre necessario e sempre dev'essere ricostruito secondo la regola della prova della preponderanza dell'evidenza operante nel processo civile (di cui si dirà); ed in assenza di norme civili specifiche sul nesso causale occorre fare ancora riferimento ai principi generali di cui agli art. 40 e 41 c.p., salvo poi valutare di volta in volta il nesso tra l'elemento individuato dalla norma come criterio di imputazione (che non sempre è la condotta del soggetto chiamato a rispondere) e l'evento dannoso.

Ciò che in definitiva muta tra i due processi dovrebbe essere soltanto la regola probatoria regolante il procedimento logico-giuridico ai fini della ricostruzione del nesso, e non la concezione che si segue di causalità: in altri termini la causalità omissiva (che è quella che viene più spesso in gioco a proposito di colpa medica) non è diversa a seconda che la responsabilità del medico si debba accettare nel penale o nel civile fatta eccezione per lo standard probatorio occorrente per la conferma positiva dell'enunciato fattuale secondo cui l'omissione del medico X ha "causato" l'evento lesivo a carico di Y.

Viceversa le strade concrete intraprese negli ultimi tempi da parte della dottrina e dalla giurisprudenza sono state sovente altre e legate tra loro dal filo conduttore della necessità di garantire il più possibile al danneggiato un adeguato ristoro, obiettivo perseguito anche attraverso "strappi" evidenti ri-

spetto ai principi ed al prezzo di macroscopici squilibri tra le parti nel processo. Il più evidente essendo quello introdotto dalla tematica della risarcibilità della “chance” in cui la probabilità o addirittura la mera possibilità diventa oggetto di lesione ed un nesso causale che rimane incerto si traduce non in reiezione della domanda risarcitoria ma, sempre più spesso, in un accoglimento della domanda anche se con minor ristoro.

Basta pensare all'esempio dell'errore diagnostico del medico cui segue la morte del paziente ad una certa distanza di tempo: ora nel processo civile la causalità rilevante si atteggiava molto diversamente - proprio in relazione all'atipicità dei fatti lesivi ed alla varietà dei modelli d'imputazione - a seconda dei pregiudizi che caso per caso si possono prendere in considerazione. Le conseguenze dannose non sono vincolate dai margini della fattispecie normativa ma comprendono qualsiasi alterazione negativa qualificabile come danno ingiusto. Così tra l'errore e la morte ci possono essere nessi causali intermedi a seconda dell'evento dannoso che si ponga come ultimo anello della sequenza causale, ovvero degli eventi che si pongano a base di diverse domande eventualmente proposte (principale e subordinate). Il danno, in altri termini, non necessariamente coincide con la perdita della vita o una lesione permanente (come nel penale dove le fattispecie sono tassative, limitate e di stretta interpretazione - v. in tal senso anche la recente SSUU penali n. 2437/09 sul rapporto tra violazione del consenso informato e reato di violenza privata), ma può consistere anche solo in una diminuzione delle aspettative o chance di vita della vittima ovvero in altri riflessi negativi sul suo stato di benessere e condizioni di salute: citando casi concretamente decisi si possono così ricordare la sottoposizione ad un intervento chirurgico più radicale ed invasivo; un trattamento subito a base di terapie dolorose e pesanti; sofferenze ed ansie derivanti dall'aumento di rischio di perdere la vita; anticipazione dell'exitus, comunque ineluttabile, per un peggioramento delle condizioni di salute determinato dalla ritardata diagnosi; la perdita, addirittura, di fiducia nell'operato dei sanitari scaturente dalla mancata diagnosi (cd danno da sfiducia).

E proprio questi esempi segnalano i pericoli insiti nel concetto di chance (già acutamente individuati da tempo da A.M. Princigalli, *Perdita di chance e danno risarcibile*, in *Riv. Critica di dir. Privato*, 1985 n. 18, pag. 315 ss) utilizzato a mani basse nel campo della responsabilità del medico, che ha presentato fin dall'inizio “un significato ambiguo proprio perché la chance non è un diritto o un’opportunità presente nel patrimonio dell’individuo bensì è l’opportunità di una migliore qualità della vita o l’opportunità di guarigione. In questo senso non è possibile stabilire un collegamento certo in termini di causalità materiale tra condotta ed evento” e la chance diventa così lo strumento per obbligare al risarcimento un medico ogni volta che questi potrebbe andarne indenne non essendovi certezza in termini di causalità. Evidenti, a questo punto, sono almeno due effetti perniciosi dell'operazione: lo scivolamento rischiosissimo dell'obbligazione medica verso l'approdo del tutto improprio dell'obbligazione di risultato all'interno di una concezione della causalità improntata alla teoria dell'aumento del rischio (che non è quella accolta dal nostro sistema che si basa invece sulla teoria condizionalista della causa necessaria) e l'addossamento al convenuto debitore della prestazione sanitaria, per effetto dell'inversione dell'onere probatorio di cui s'è detto, di una prova liberatoria sostanzialmente diabolica. Se è vero, infatti, che la perdita di chance è stata costruita dal punto di

vista probatorio (v. la prima sistemazione del concetto attuata da Cass. 11.12.03/4.3.04 n. 4400) in termini di mera possibilità di conseguimento di un risultato più favorevole determinata dall'inadempimento del medico, come può quest'ultimo provare il contrario?

In realtà, occorre convenire che negli ultimi lustri la materia della responsabilità civile dei medici è divenuto il principale laboratorio per le operazioni di policy a favore della vittima ogni qual volta sia leso un diritto della persona, attribuendosi così alla responsabilità civile una funzione preminente di ridistribuzione di risorse.

La regola operazionale centrale è rappresentata dal ricondizionamento del nesso causale tra condotta del medico e danno, nel senso che il primo tende a presumersi quando il sanitario abbia tenuto una condotta astrattamente idonea a causare il danno anche in assenza di certezza circa l'effettiva eziogenesi dell'evento dannoso (ci si accontenta così della mera possibilità; si parla di causalità generale; e così via).

Da tempo si sono così individuati una serie di indici che contribuiscono a rendere presunta la prova del nesso causale: es. la tipologia dell'operazione, per cui se è di facile esecuzione il nesso di causa si presume (rientrandosi nei casi disciplinati dall'art. 1176 cpv c.c. e non in quelli più rari di cui all'art. 2236 c.c.) e spetta pertanto al medico provare l'esistenza e l'efficienza eziologica di altri fattori imprevisti o imprevedibili idonei a provocare il danno (cfr. ad es. ex plurimis Cass. 16.11.1988 n. 6220); le attività sanitarie ad alta vincolatività in cui la semplice omissione di una regola di condotta fa presumere la responsabilità; l'entità e tipologia delle conseguenze dannose prodotte dall'intervento (*res ipsa loquitur*); il collegamento temporale tra intervento e lesioni (regola però infida del *post hoc propter hoc*); il raffronto tra condizioni di salute del paziente al suo ingresso in ospedale e i pregiudizi lamentati come conseguenza della condotta dei medici. Orbene di fronte a tutti questi indici che determinano di fatto una sorta di inversione dell'onere probatorio, la prova liberatoria che deve fornire il medico diventa per nulla semplice se si tiene conto che costituisce altro principio interpretativo consolidato quello per cui tale prova non si raggiunge attraverso la mera prospettazione di dubbi, incognite ed eventualità che possono incidere favorevolmente per l'imputato ma non, in sede civile, per il convenuto: il che dimostra la delicatezza del compito affidato al CTU (su cui torneremo) e l'importanza estrema che il medesimo conosca a fondo queste problematiche, a cominciare dalle differenze tra il penale ed il civile.

Occorre invece che la prova del fatto contrario si fondi su circostanze che non debbono far apparire il fatto ignoto come l'unica ed univoca conseguenza logica possibile di quello noto, bastando che “il fatto da provare sia desumibile dall'altro come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità” (Cass. 16.11.1993 n. 11287): passaggio interpretativo, questo, molto importante anche se, purtroppo ignorato praticamente dalla successiva prassi interpretativa.

Infatti il principio così espresso, se applicato correttamente e consapevolmente, avrebbe dovuto evitare di addossare al convenuto la responsabilità un po' troppo frettolosamente tutte le volte in cui la causa restasse incerta (in base cioè ad una interpretazione troppo disinvolta dell'art. 1218 c.c. secondo cui l'inversione dell'onere probatorio cessa di essere un meccanismo di prova per diventare alla fin fine un meccanismo di predeterminazione della soccombenza). Alla luce, infatti, dell'attuale orientamento consacrato a partire da

Cass. N. 21619/07 e SSUU n.581/08 si dovrebbe anche qui applicare la regola del “più probabile che non”, oppure tale regola probatoria vige solo quando a provare è onerato l’attore danneggiato e non quando lo è il convenuto asserito danneggiante?

Interrogativo che, come si può agevolmente immaginare, non appare di poco conto specie nell’ampio e particolare settore delle omissioni diagnostiche di determinate patologie (spesso tumorali) in cui la dimostrazione del nesso di causa finisce col coincidere con la prova della c.d. perdita di chance di maggiore sopravvenienza (che a volte si richiede addirittura di esprimere in percentuali di probabilità di maggior vita o di probabilità perdute). Basta, in questi casi, un giudizio medico-legale di mera “verosimiglianza scientifica” per far scattare la presunzione dell’esistenza del rapporto eziologico? In presenza di una CTU che abbia affermato di non poter quantificare le probabilità che una tempestiva diagnosi avrebbe potuto evitare l’evento dannoso lamentato dall’attore (limitandosi ad affermazioni - non infrequenti nelle consulenze - del tipo che è scientificamente possibile o verosimile, o non è escluso che, o è possibile o non inverosimile, ecc. ecc.) scatta comunque la responsabilità del medico oppure occorre pur sempre sottoporre gli elementi probatori raccolti alla regola del “più probabile che non”? se così non fosse - anticipando la conclusione che infra verrà meglio elaborata - la complessiva operazione giurisprudenziale compiuta sul terreno probatorio diverrebbe ancor più squilibrata in quanto all’ inversione dell’onere della prova , già ottenuta con la “contrattualizzazione” del rapporto paziente/struttura sanitaria, si aggiungerebbe un ulteriore fardello rappresentato dal diverso atteggiarsi dello standard probatorio occorrente per ritenere sussistente il nesso causale a seconda di chi sia la parte onerata della prova. E come si concilia allora tale conclusione con l’art. 111 Cost.?

## 6. Ruolo della CTU e della medicina legale nell’accertamento (insoddisfacente) del nesso causale: alcuni chiarimenti indispensabili ed un nuovo rapporto da costruire tra sapere medico e sapere giuridico.

Prima però di rispondere a questo interrogativo, occorre completare il quadro relativo all’infelice condizione in cui versa l’accertamento del nesso causale nel processo civile, affrontando un ulteriore fattore spesso squilibrante che consiste nel ruolo e contributo non sempre positivo e adeguato che svolge e fornisce la medicina legale in questo settore attraverso l’opera del CTU.

Tutti sappiamo che lo strumento probatorio principale e sovente decisivo per accettare l’eziologia dei fatti, in materia di colpa medica, è la CTU affidata al medico legale; dal che deriva un problema cruciale, che è quello delle interazioni tra la valutazione del nesso di causa effettuata in sede di CTU e successivo giudizio finale compiuto dal giudice in sede di ricostruzione giuridica del fatto, interazioni che corrono soprattutto tra due momenti di cui non sempre si ha chiara la distinzione (nel ripartire ruolo e compiti tra consulente e giudice) che sono quello della costruzione del nesso causale materiale (tra la condotta umana e l’evento naturale) che spetta di solito all’esperto e quello anche logicamente successivo della causalità giuridica che determina l’ambito delle conseguenze dannose ricollegabili alla condotta del soggetto e che spetta al giudicante.

Il pericolo evidente, peraltro, e sempre incombente è che la sentenza sia alla fine errata “se la medicina legale opera con concetti e metodi suoi propri che spesso non hanno nulla a che vedere con i concetti e metodi del diritto”, e tale pericolo

è proprio dimostrato da “una prassi giudiziaria la quale, alimentata dall’erroneo affidamento del giudice in un linguaggio, in una metodologia, in una epistemologia uniforme delle due aree di conoscenza, molto spesso sfocia in sentenze di condanna razionalmente fondate sull’apparato conoscitivo della medicina ma infondate, e perciò ingiuste, sotto il profilo dell’apparato conoscitivo del diritto” (F. Stella, La costruzione giuridica della scienza medica: la medicina legale, pag. XII della prefazione all’opera di M. Barni, Consulenza medico-legale e responsabilità medica, Milano, 2002).

Tassello dunque indispensabile dell’analisi sviluppata in questa relazione è una riflessione anche sui limiti dell’odierna medicina legale in cui è tutt’ora diffusa l’idea di fondo che medicina e diritto siano mondi lontani per statuto culturale, apparati conoscitivi, metodi d’indagine e concetti utilizzati; laddove oggi il principale compito richiesto al medico legale, (soggetto che opera come ponte tra diritto e medicina nel settore più delicato di integrazione costituito dall’accertamento giudiziario della colpa professionale ), è proprio la “costruzione giuridica della scienza medica” che annulli quella distanza che tradizionalmente teneva separate scienza e diritto. Compito, in altri termini, che il medico legale deve svolgere, se vuol essere davvero “legale”, avendo sempre presenti e misurandosi costantemente con i principi normativi, le regole giuridiche vigenti , le concezioni accolte dalla giurisprudenza in materia di nesso causale nel campo penale ed in quello civile.

Cosa significa esattamente essere medici **“legali”**? quali sono le basi culturali giuridiche indispensabili per fregiarsi giustamente di tale qualifica professionale? Quelle mediamente correnti sono sufficienti per il ruolo sempre più pregnante che ha il medico legale nei processi penali e civili? Si tratta di limiti strutturali della specializzazione (esistono diplomi di perfezionamento?) o comunque è un problema risolvibile quanto meno a livello di formazione professionale, attraverso incontri interdisciplinari sempre più frequenti?

Soccorrono qui, certamente, le parole illuminanti di uno dei più noti studiosi viventi di medicina legale a proposito della perizia medico-legale nella responsabilità medica (ma riferibili benissimo al problema più ampio di tutte le tipologie di CTU), : “È la più complessa prestazione professionale richiesta agli specialisti in medicina legale ed ai medici che assumono la veste di periti e consulenti. Essa richiede innanzi tutto una vasta competenza medica, ed in particolare una conoscenza ed una matura esperienza nello specifico capitolo della medicina e della chirurgia cui appartiene il caso oggetto della indagine peritale. Ma richiede nel contempo una conoscenza sufficientemente approfondita degli aspetti giuridici penali e civili ed in particolare dei problemi del consenso, del concetto di necessità medica, della natura dell’obbligazione e delle regole doverose di condotta professionale del medico, della speciale difficoltà della prestazione d’opera, della colpa in generale e della colpa professionale in particolare; ed inoltre anche degli aspetti essenziali della procedura penale e civile che riguardano l’attività dei periti e dei consulenti. Si tratta di aspetti giuridici che non possono essere conosciuti approssimativamente in quanto presuppongono chiare conoscenze dottrinali e soprattutto giurisprudenziali” (A Fiori, Medicina legale della responsabilità medica, Milano 1999, pag. 681). E lo stesso autore, sempre in relazione al problema dei rapporti tra diritto e medicina legale ha più di recente riconosciuto come: “nell’ambito del diritto vigente il compito dello studioso di medicina legale è più ristretto condizionato com’è, e deve rigorosamente esserlo, dalle norme esistenti ed anche dalle interpretazioni di esse elaborate dai giuristi. A queste

inderogabili esigenze deve dunque tassativamente adeguarsi la metodologia medico-legale. Non può sussistere dunque alcun dubbio, nell'ambito della medicina forense sul fatto, di cui il medico legale deve prendere atto operando in conseguenza, che la teoria condizionalistica della causalità - non già quella della causalità adeguata - è quella che sta alla base del nostro attuale ordinamento.....Non è immaginabile che i medici legali abbiano in proposito idee divergenti nel corso della loro attività pratica, in quanto la loro funzione "ancillare" rispetto alle esigenze della giustizia richiede anzitutto che essi conoscano la realtà dell'ordinamento vigente e ad essa adeguino sia le proprie elaborazioni dottrinali *de jure condito*, sia ancor più le loro prestazioni professionali. Ne consegue che non solo i principi seguiti ed insegnati a studenti e specialisti, devono essere inderogabilmente quelli provenienti dall'ordinamento, ma che anche la terminologia impiegata deve essere quella ufficiale, proveniente dalle norme giuridiche e non deve consentire divagazioni neologistiche. È questa la ragione per cui si è già in passato raccomandato, in tema di nesso causale, l'abbandono di espressioni come "causa occasionale", "momento sciogliente" "momento rivelatore" : concetti ed espressioni assenti dall'ordinamento e fonti non infrequenti di equivoci e di errori in un settore già per proprio conto gravato da grandi difficoltà concettuali e, soprattutto applicative" (A. Fiori, Il nesso causale e la medicina legale: un chiarimento indifferibile, in Riv. It. Med. Legale, 2002, pag. 252). Essere più chiari di così è difficile!!

C'è dunque un' esigenza di fondo di superare uno stato complessivo di inadeguatezza delle perizie medico-legali specie laddove si collocano (a cominciare proprio da quelle in materia di responsabilità professionale) in aree di confine in cui si intersecano con le competenze del giudice confermando la verità dell'affermazione che qui la CTU "fa sentenza" . Fornire al giudice valutazioni sulla condotta professionale di un sanitario identificandone l'eventuale inadeguatezza per inosservanza di norme o regolamenti o per negligenza, imprudenza e financo imperizia, graduare in termini di gravità la valutazione della condotta ritenuta inadeguata ed infine stabilire il rapporto di causalità tra detta condotta ed il danno, stabilire la natura di speciale difficoltà della prestazione medica effettuata, tutto ciò significa si fatto penetrare nel "cuore" del processo e condizionarlo il più delle volte in modo decisivo ed irreversibile.

Il giudizio sulla sussistenza della colpa chiaramente è di spettanza del giudice così come gli appartiene la costruzione dei profili giuridici della causalità dopo il preliminare accertamento di quelli materiali, ma i confini rispetto alla competenza del CTU sono sfumati al punto che, senza tante ipocrisie, frequente è la richiesta esplicita nei quesiti di stabilire se sussista colpa professionale e se questa abbia causato eventi dannosi: richiesta che non appare in realtà impropria se non si traduce in una vera e propria delega in bianco al consulente della decisione ma se invece impegna il CTU ad individuare solo i presupposti tecnici che consentono poi al giudice di affermare la responsabilità, a cominciare dalla doverosa illustrazione motivata, da parte del consulente, delle leggi scientifiche "di copertura" in cui va sussunto ogni nesso causale su cui si indaga.

A conferma di quanto s'è detto sopra, è frequente l'utilizzo nei quesiti (ed io credo giustamente) di criteri non autenticamente medici bensì di criteri indicati dalla giurisprudenza che non possono non orientare l'iter logico e scientifico che dovrà seguire la consulenza: mi riferisco ad esempio al richiamo espresso ai criteri elaborati dalla giurisprudenza in tema di valutazione della difficoltà o meno dell'intervento, o della sua alta

vincolatività ; oppure, come da qualche tempo si è fatto in questo Tribunale, all'inserimento nel quesito relativo al nesso causale, del riferimento al suo accertamento in termini di **preponderante probabilità scientifica**.

La questione delle **basi giuridiche** e del loro costante aggiornamento diventa così una necessità inderogabile per qualsiasi attività medico-legale, che si integri del resto con l'attività di un giudice altrettanto avveduto in materia: nessuna perizia o CTU in ambito penale, civile, assicurativo o amministrativo può essere eseguita dall'esperto senza essenziali conoscenze del problema giuridico che ha reso necessario l'accertamento tecnico e delle regole del processo in cui viene resa la prestazione professionale.

La traduzione, del resto, in conclusioni giuridiche pertinenti da parte del giudice delle analisi e conclusioni del CTU può svolgersi solo se questi è in grado di realizzare nel proprio lavoro un'autentica **interfaccia**; che è il presupposto dell'intesa interdisciplinare che è a sua volta il supporto indispensabile per la corretta formulazione dell'incarico (il giudice deve sapere che non sempre è possibile trasferire multevoli fenomeni fisici o biologici di incerta classificazione negli schemi rigidi del diritto e nelle pretese di certezza che avanza ogni processo; e l'esperto deve rendersi conto delle esigenze giudiziarie nelle quali è chiamato ad entrare, di cosa il magistrato abbia bisogno in termini tecnici o scientifici ma *sub specie juris* ) : l'intesa è quindi realizzabile ma solo sulla base di questa duplice disponibilità, che rimuove un frequente errore concettuale sul come utilizzare l'opera del tecnico che risiede nel ritenere che il giudice possa predeterminare da solo il contenuto della collaborazione (senza l'ausilio delle parti e senza lo stesso a volte prezioso contributo dello stesso esperto nominato: v. la prassi sbagliata di non applicare quasi mai il primo comma dell'art. 194 c.p.c.). In questo contesto più generale di maggiore compenetrazione tra i due mondi (medicina e diritto) si colloca il problema del nesso causale nella medicina legale, oggetto negli ultimi anni di riflessioni convergenti ed irreversibili (per i risultati ottenuti) ad opera degli studiosi più avvertiti nei due settori (F. Stella nel campo penale, R. De Matteis nel campo civile ed in particolare nel sottosistema della responsabilità medica, A. Fiori e M. Barni nel settore medico-legale) : sintetizzando in poche parole i risultati di questa comune riflessione si può ricordare la necessità di abbandonare nella medicina legale una concezione autonomistica del rapporto causale e della tradizionale criteriologia al cui centro continui a collocarsi il criterio della possibilità-probabilità scientifica, mescolato con gli altri, e senza una chiara distinzione tra i criteri che concernono i profili di "causalità generale" da quelli che focalizzano l'attenzione del consulente sul profilo della "causalità individuale"; l'evitare poi i gravi fraintendimenti derivanti dalla confusione tra causalità generale (*ex ante*) e causalità individuale (*ex post*) che è sempre quella su cui deve rispondere ogni perito o CTU; la necessaria conoscenza della distinzione insuperabile tra gli standards probatori vigenti nel processo penale e in quello civile: la regola dell' "oltre ogni ragionevole dubbio" e quella meno stringente del "più probabile che no" (v. modifica introdotta in Tribunale al quesito sul nesso causale in cui si chiede al CTU di rispondere in termini di "preponderante probabilità scientifica").

In conclusione il mondo del diritto e del processo non possono continuare ad essere un mistero per la maggior parte dei medici legali; occorre avere chiare le diverse regole di fondo che vigono nel processo penale ed in quello civile, a cominciare dal diverso atteggiarsi in ordine al livello probatorio occorrente per stabilire un nesso di causalità tra la con-

dotta e l'evento - nessuno scandalo, quindi, che lo stesso sanitario assolto dall'accusa di omicidio colposo possa essere poi condannato come responsabile delle morte del paziente in sede civile: non è quindi la stessa cosa espletare una perizia in sede penale o una CTU in sede civile; occorre conoscere a fondo il procedimento davanti al CTU e tutte le problematiche ad esso connesse (a cominciare dai poteri di cui dispone il consulente ma al contempo dei loro limiti); non si possono ignorare le questioni inerenti al risarcimento dei danni ed all'evoluzione giurisprudenziale sul danno non patrimoniale; infine va affrontata la questione del linguaggio utilizzato nelle relazioni peritali scritte (v. A. Fiori, "Medicina legale della responsabilità medica", cit. pag. 755 ss.): altro terreno di necessario avvicinamento della cultura del medico legale al mondo del processo in cui rivolta i suoi accertamenti (il CTU non parla ai "colleghi" CTP ma al giudice ed alle parti processuali, ragion per cui quello che ai profani è noto come "ginocchio ballerino" è meglio che sia definito così nella relazione medico-legale anziché soltanto in termini criptici incomprensibili di "lassità legamentosa in varo valgo").

Una ricostruzione, in conclusione, più attendibile e soddisfacente nel nesso di causa di fatto passa quindi necessariamente anche attraverso un rinnovato e stretto dialogo tra medici e giuristi ed una saggia integrazione tra l'aggiornata criteriologia medico-legale (resa necessaria dal metodo) e le esigenze della teoria condizionalistica specie nella sua versione/variante più accreditata ed avanzata della sussunzione sotto leggi scientifiche di copertura. Ed in tal modo può comporsi logicamente il rapporto tra causalità adeguata/generale e causalità necessaria/individuale, se ogni CTU esplicitasse adeguatamente nel suo elaborato l'iter metodologico seguito per cui il criterio preliminare della possibilità scientifica, normalmente utilizzato nell'indagine, (criterio per cui in assenza di una certa azione od omissione l'evento si sarebbe o meno prodotto) rappresenti soltanto il necessario punto di partenza e non erroneamente - come spesso si fa - il punto di arrivo, supportato da adeguate indagini circa le leggi scientifiche di copertura, verso il successivo obiettivo della prova del nesso causale nel caso specifico (passandosi così correttamente sul piano della causalità individuale e della condizione necessaria).

## 7. Giusto processo ex art. 111 Cost., tutela delle vittime della malasanità e prova del nesso causale: alcune proposte in tema di causalità incerta, alla ricerca di un punto di maggior equilibrio del sistema.

a) A questo punto della riflessione, si deve necessariamente cercare di tirare le fila dei diversi discorsi fatti al fine di dare qualche indicazione sistematica e "di prospettiva", cercando al contempo di dare risposta ai due interrogativi posti all'inizio. Sul primo tema degli squilibri determinatisi nel settore della r.c. in relazione alla tutela delle vittime dellamodernità la risposta, come sembra di aver dimostrato, è ampiamente affermativa e gravemente allarmata: il messaggio/programma di F. Stella, recepito dalle SSUU penali del 2002 nella vicenda Franzese, si è sviluppato ben "oltre le intenzioni" nel settore civile, si potrebbe dire "al di là di ogni ragionevole previsione"; e la prima corposa "vittima" degli squilibri creati dalle politiche del diritto perseguiti è stato proprio il nesso causale, stritolato nella morsa concentrica di diverse operazioni ermeneutiche effettuate da parte della dottrina e dalla giurisprudenza in materia principalmente, ma non solo, di responsabilità civile del medico e delle strutture sanitarie.

Attorno ad esso si è infatti chiusa la morsa prodotta da diverse tecniche, elaborate su piani diversi ma tutte poi confluite in questo sottosistema, con gli effetti distorti e costi generali che sono sotto gli occhi di tutti: inversione oneri probatori ed allocazione "diseguale" del rischio della mancata prova; presunzione del nesso causale e della colpa in diversi comparti della responsabilità; frequente adesione alle teoriche della causalità idonea e dell'aumento del rischio, ancora molto diffuse tra i medici legali e, ad es., giudici del lavoro; evaporazione della prova del nesso nella perdita di chance con scomparsa di uno standard minimo ai fini dell'imputazione causale; disattenzione costante alla criteriologia seguita dai medici legali e via discorrendo.

Le esigenze del giusto processo non si possono, a questo punto, più sottovalutare così come occorre riconsiderare, in un necessario percorso di riequilibrio del sistema, l'esigenza di fondo che le decisioni siano adottate, giustamente ed il più possibile sulla base dell'accertamento dell'esistenza dei fatti anziché sulla mancata prova della loro inesistenza.

Raggiungere la verità nel processo è certamente un traguardo possibile, opportuno ed essenziale per il funzionamento di una società realmente democratica e da questo punto di vista occorre sicuramente porre un altolà alle dinamiche appena descritte, per recuperare uno standard minimo accettabile di prova che renda attendibile il giudizio sui fatti di causa.

b) Ma andiamo oltre. Non è certamente più rinvocabile, poi, la soluzione della tormentata questione della distribuzione del rischio per l'incertezza dei fatti controversi - una volta terminata l'istruttoria -; questione che deve fare i conti, alla fine, con il principio del **giusto processo** che, come recita il 1° comma del novellato art. 111 Cost. " **si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità**".

Ora, la parità delle armi deve comportare eguale trattamento davanti al giudice e dunque anche **un'eguale distribuzione dei rischi sull'esito del processo** in presenza di livelli medio-bassi o comunque incerti di conferma probatoria dei fatti da accertare. Il che significa una cosa ben precisa: che indipendentemente da quale sia di volta in volta la parte onerata della prova, il livello minimo di conferma al di sotto del quale si alloca il rischio della mancata o insufficiente prova deve essere sempre lo stesso anziché variare in funzione del *favor* nei confronti di una delle parti che ha già orientato in un certo modo la ripartizione dell'onere.

Ora, nessuno nega che un certo squilibrio probatorio tra la posizione del paziente e del medico o della struttura sanitaria discenda inevitabilmente dalla ricostruzione effettuata dalla giurisprudenza (in modo ormai irreversibile) del rapporto secondo lo schema degli art. 1218 e 1453 c.c., in cui comunque a monte è il legislatore che è intervenuto sulla ripartizione degli oneri probatori favorendo, per una scelta insindacabile di politica del diritto sostanziale, in tal modo le opportunità di vittoria dell'una parte a scapito dell'altra.

Ma se così è per le ipotesi legali di inversione o modificazione degli oneri probatori rispetto ai criteri generali fissati dall'art. 2697 c.c., è certamente discutibile, invece, che sia il giudice ad aggiungere ulteriori manipolazioni delle regole probatorie in nome di esigenze equitative ed assistenziali squilibrando ulteriormente a danno della c.d. parte forte l'allocazione dei rischi dell'esito incerto delle prove raccolte (v. sui pericoli insiti in tali operazioni, G. Verde, *Le presunzioni giurisprudenziali*, in Foro It. 1971, V, col. 177 ss; M. Taruffo, *Presunzioni, inversioni, prova del fatto*, in RTDPC, 1992, pag. 733 ss).

La stessa giurisprudenza della CEDU, in casi di lesione della vita, integrità fisica o dignità dell'uomo ci fornisce indicazioni preziose: da un lato non esita ad invertire l'onere probatorio a favore della parte ritenuta in situazione di debolezza (con operazione analoga a quella effettuata dalle Corti nostrane) ma dall'altro effettua poi il suo sindacato sul "diritto ad un processo equo" e quindi sulle modalità di concreta amministrazione delle prove nel senso del rispetto del principio della parità delle armi e di un giusto equilibrio tra i contendenti, in quanto **nessuna delle parti deve essere posta in una situazione di netto svantaggio rispetto alla controparte.**

Entro queste coordinate di fondo come dovrebbe allora risolversi l'incertezza sui fatti allegati dal paziente ed in particolare l'incertezza sul nesso causale? Ora, in linea di massima possiamo dire che si risolva a favore del paziente se colui che si trova più vicino alle fonti di prova non sia in grado di prospettare una ricostruzione degli eventi più verosimile di quella allegata dalla vittima; e possiamo quindi ritener che la posizione privilegiata del medico rispetto alle fonti di prova comporti come scelta coerente con un processo giusto il fatto che il carico probatorio relativamente all'adempimento gravi su di lui (ovvero gravi la prova della sequenza causale alternativa non imputabile). Ma assolutamente incoerente con queste premesse sta l'ulteriore conseguenza - che si trae dalle concrete prassi giurisprudenziali - che si finisce sempre con l'addebitare al/ai convenuti le conseguenze derivanti da qualsiasi incertezza intorno al fatto lesivo, qualunque sia il grado di probabilità logica emergente dal quadro probatorio che il fatto sia derivato da altra causa non imputabile. Se questa causa alternativa (o l'esatto e compiuto adempimento) non risulta provata dal convenuto in termini probabilistici tali da sfiorare la certezza, la condanna segue ineluttabilmente.

Ciò posto, sembra davvero un processo "ingiusto" quello in cui alla ripartizione diseguale dell'onere della prova (che può trovare peraltro fondamento nella tutela del diritto costituzionale alla salute e nell'ottica dell'art. 3cpv Cost.) si sommi anche una inespressa (ma data per scontata) ulteriore regola probatoria diseguale nel momento decisionale in cui si pesa lo standard probatorio occorrente per stabilire la sussistenza della responsabilità del sanitario o il suo contrario.

Al contrario, per assicurare un minimo di riequilibrio a salvaguardia della parità delle parti, la regola del "più probabile che no" deve applicarsi anche al convenuto onerato della prova di aver fatto tutto quello che doveva fare per adempire diligentemente e correttamente alla propria prestazione professionale, ovvero che l'eventuale inadempimento è dipeso da causa altra e a lui non imputabile. E quindi la pretesa risarcitoria va respinta non solo tutte le volte in cui il convenuto abbia fornito la prova liberatoria in termini di quasi certezza (che è quasi una prova diabolica), ma anche quando sono risultate maggiori le probabilità che il medico abbia adempiuto ovvero che la causa della patologia o dell'aggravamento sopravvenuti non siano a lui imputabili, rispetto alle probabilità contrarie.

In conclusione il concetto di prova sufficiente o insufficiente deve valere allo stesso modo indipendentemente dal fatto che la prova gravi sull'attore oppure sul convenuto.

E quindi, se il processo civile è il luogo di ricerca della verità (più) probabile, sia l'attore sia il convenuto debbono vincere allorché riescano a dimostrare il proprio assunto in termini di "preponderanza dell'evidenza" essendo invece inaccettabile che il convenuto, come spesso accade, o dimostra il fatto

ed il nesso causale con certezza (o quasi) oppure qualunque margine di incertezza che residuasse, giocherà a suo sfavore. Ora, può darsi che questa sia una conclusione logica e quasi al limite dell'ovvietà, ma sta di fatto che nelle prassi circola esattamente l'idea contraria, (più o meno consapevolmente elaborata), ed in ogni caso mai fino ad oggi risulta che la Suprema Corte abbia affermato a sua volta in modo netto questo principio; il che non guasterebbe proprio, trattandosi esattamente di un principio di diritto che farebbe quanto meno chiarezza su un punto rimasto fino ad oggi nell'ombra.

c) Questo non è, comunque, l'unico percorso praticabile per ristabilire un minimo di riequilibrio nel settore che si è andato esaminando e non divaricare in maniera intollerabile, rispetto al processo penale, l'accertamento del fatto nel processo civile dove si tutelano le vittime della modernità.

Segnali importanti di un cambio di rotta, rispetto alla scala gerarchica degli standards probatori fissata nella sentenza n. 21619/07, si riscontrano in alcune recenti pronunce della Suprema Corte in materia di prova della perdita di chance, in cui si è andati ben oltre il pensiero di Travaglino (noto estensore di quell'arresto) affermandosi chiaramente che per il suo riconoscimento occorre la prova, anche presuntiva, "dell'esistenza di elementi oggettivi e certi dai quali desumere, in termini di certezza o di elevata probabilità, e non di mera potenzialità l'esistenza di un pregiudizio economicamente valutabile" (Cass. 19.2.2009 n. 4052; 11.5.2010 n. 11353; 28.9.2010 n. 20351).

Il discostamento dalle sentenze del 2007 e 2008 in cui si ancorò lo standard probatorio occorrente per provare la sussistenza della chance alla mera possibilità, appare quindi radicale se non, addirittura, paradossalmente sbilanciato (con il riferimento fatto alla certezza) richiedendosi più di quanto si continua a richiedere (v. ancora di recente Cass. 8.7.2010 n. 16123) ai fini della prova del nesso causale in un caso di risarcimento "ordinario". Sta di fatto, comunque, che la ricostruzione precedente in termini di possibilità non ha evidentemente retto alle diffuse critiche e perplessità suscite in dottrina e in molti giudici dall'uso disinvolto che della chance si è fatto nel rapporto medico-paziente, come *excamotage* molte volte utile ad aggirare problemi di nesso causale incerto trasferendo l'incertezza sull'an in una certezza di minor risarcimento.

La convinzione, più che la sensazione, è che attraverso la chance si sia manifestata una sorta di riedizione delle teoriche, superate proprio dalla famosa sentenza delle SSUU penali del 2002, sull'aumento del rischio che si sono così trasferite sul terreno del processo civile, assicurandosi un "contentino" in termini risarcitorii a chi, per esemplificare, pur non avendo provato che la condotta negligente del sanitario abbia provocato il decesso, si ritiene abbia comunque potuto aumentare il rischio della morte (parlandosi, così, di aggravamento della possibilità che l'esito negativo si produca"). In realtà, l'assenza nel diritto civile di specifiche norme sul nesso causale ha lasciato aperto il campo, per lungo tempo, ad almeno due scuole di pensiero che si fronteggiano ancora oggi: la prima, che dovrebbe essere maggioritaria (e sostenuta, comunque, dall'autorevole insegnamento della Cassazione) che è quella che insegna come l'attore (o comunque chi ha l'onere) debba dimostrare che le sue ragioni sono fondate "più probabilmente che no" e che quindi a suo favore milita la preponderanza dell'evidenza in merito all'esistenza della condizione *sine qua non* (o nella sua versione corretta della causa adeguata); la seconda, spesso utilizzata incon-

sciamente (perchè magari sottesa implicitamente alla CTU) è quella che, per perseguire con forza estrema finalità proprie di tutela del diritto civile specie in materia di responsabilità, ha finito per sostituire alla causa necessaria che resta l'architrave del nostro sistema, la più evanescente “causa idonea” e la teorica dell'aumento del rischio, abbassando in tal modo drasticamente gli standard probatori occorrenti per ottenere un risarcimento sotto livelli minimi di accettabilità e svincolando sempre più il criterio di imputazione dal rapporto causale.

Ecco, l'ancoraggio (che forse oggi si sta superando, come si vedrà) della **perdita di chance alla mera “possibilità”** è proprio figlio di questo modo di impostare il problema della causalità materiale, da quando questo istituto ha abbandonato l'alveo lavoristico in cui era stato inventato, finendo per assumere nel campo della responsabilità medica connotati aleatori inaccettabili. Nel diritto del lavoro la perdita di chance è sempre stata usata per il risarcimento di un danno futuro di difficile quantificazione (mancata assunzione, mancato avanzamento di carriera, ecc. ecc.) : opera cioè sul piano della **causalità giuridica**, vale a dire dopo risolto il problema dell'an respondeatur (di cui si occupa la causalità materiale), per determinare l'ambito delle conseguenze dannose ricollegabili alla condotta del soggetto.

Nella responsabilità medica, al contrario, l'impiego avviene solitamente nel caso in cui la causa è incerta e la possibilità/probabilità di un danno diventa così oggetto di lesione, con un vero salto logico, non riuscendosi a costruire la prima: è il caso di cure o interventi errati oppure omessi che possono aver privato il paziente di una possibilità di sopravvivenza o di migliore qualità della vita, e il danno liquidato non è più danno biologico in senso stretto ma danno non patrimoniale generico (alcuni lo chiamerebbero “esistenziale”), non certo determinabile dal CTU che ha i propri barheme e ragiona solo in percentuali di invalidità permanente biologica.

Ora, tale costruzione avviata dalla nota sentenza della Cassazione n. 4400/04 (est. Segreto) è stata in questi anni oggetto di numerose critiche in dottrina e da vari studiosi di medicina legale (v. ad es. i contributi critici in Riv. It. Med. legale 2004, pag. 798 ss) richiedendosi quanto meno sul piano probatorio una probabilità concreta e ragionevole e ritenendosi non ristorabile una chance scarsa (10% di probabilità? 10% di risarcimento!). E nonostante il criterio della “mera possibilità” sia assurto per così dire alla dignità di “dogma” ad opera delle SSUU, l'eresia per questo non si è arrestata e la ribellione è esplosa con le recenti sentenze prima citate delle sezioni semplici (in attesa, a questo punto, di un nuovo inevitabile arresto delle SSUU): la perdita di chance esiste ed ha un preciso rilievo sostanziale ma va ancorata ad un inadempimento realmente colpevole ed occorre che anch'essa risulti quindi **più probabile che non** frutto di una condotta che abbia causato un peggioramento dello stato di benessere o della qualità della vita del paziente.

Frequenti sono i casi che si affacciano nelle aule giudiziarie di ritardi diagnostici seguiti dalla morte del paziente in cui è escluso o è solo possibile il nesso causale tra l'omissione e la morte, mentre è certo (o altamente probabile) il nesso tra l'omissione ed il peggioramento: la colpa è qui chiaramente per omissione e si deve quindi ragionare secondo il metro del più probabile che non per collegare in punto di fatto etiologicamente l'omissione all'evento peggiorativo. Ed allora, se il termine finale del collegamento causale non è la morte o la lesione permanente, ma uno dei tanti altri eventi lesivi che, come si è illustrato in precedenza, possono venire in rilievo

nel processo civile complice l'atipicità dell'illecito, non è forse più corretto e chiaro concettualmente fare riferimento al **bene costituito dal benessere esistenziale della persona** anziché ricorrere alla figura inafferrabile ed equivoca della perdita di chance? Il peggioramento delle condizioni di salute del paziente è la conseguenza sicura (o quasi) della condotta del medico; questa ha inciso sulla perdita di questo bene della persona, costituito dal suo stato di benessere/qualità della vita, diritto fondamentale della persona a cavallo tra gli art. 2 e 32 Cost., e si deve quindi risarcire un danno non patrimoniale, inteso quale vero e proprio danno emergente, determinato ex art. 1226 c.c.. Ma, concludendo sul punto, un risarcimento ci può essere solo se come conseguenza della prova che la perdita di tale benessere esistenziale è stata determinata dall'azione od omissione del medico in termini di evidente causalità materiale secondo il criterio del più probabile che non.

Anche questo, in definitiva, sembra un percorso razionale imboccato per far recuperare al sistema un certo equilibrio evitando che sulla base dell'inversione dell'onere probatorio che sta al centro della responsabilità contrattuale del medico, si arrivi sempre a risarcire qualcosa, anche in casi di conclamata bassissima probabilità di un nesso, finendosi per pretendere dal debitore una vera *probatio diabolica* e trasformando, come s'è già evidenziato in precedenza, l'obbligazione del medico in una obbligazione di puro risultato.

## 8. Qualche riflessione conclusiva.

L'analisi approfondita di alcuni degli itinerari interpretativi più recenti in tema di ripartizione degli oneri probatori e ricostruzione del nesso causale ha evidenziato una serie di profonde ed allarmanti distorsioni a livello di sistema, a cominciare dal ruolo che assume il giudice (spesso inconsapevolmente) in queste operazioni, spesso effettuate in singoli casi o settori senza una “copertura legale” precisa. La ripartizione giurisprudenziale degli oneri probatori cessa sempre più spesso, come ci ha insegnato magistralmente la dottrina più avvertita (M. TARUFFO, Presunzioni, inversioni, prova del fatto, op. cit., p. 750) , “un meccanismo di prova e diventa in realtà un **meccanismo di predeterminazione della soccombenza**” ; e l'effetto più evidente di ciò sta nella manipolazione che si determina del giudizio di fatto , quando, finita la prova della causalità nella “terra di nessuno” dell'incertezza, del dubbio, o dell'ignoto, si finisce facilmente con l' optare per la soccombenza della parte (il medico) su cui si fa gravare il rischio dell'esito incerto.

Ed una tale manipolazione degli oneri non serve più a fondare la decisione sulla prova dei fatti ma ad evitare che questi vengano provati. In tal modo, evaporatosi il nesso causale e riducendosi quasi a zero il tasso di veridicità della decisione, la regola di giudizio ex art. 2697 c.c. applicabile alla mancata prova, da regola formale finale atta ad impedire il *non liquet* diventa ipotesi primaria ai fini della decisione.

Certamente sono comprensibili e condivisibili le esigenze di fondo perseguitate dalle Corti sul terreno che si sta esaminando, così come alcuni dei principali strumenti utilizzati per realizzare certe operazioni di politica del diritto: la tutela di diritti fondamentali della persona anche attraverso l'applicazione diretta dei principi costituzionali ai rapporti privati (v. ad es. SSUU novembre 2008 sul danno non patrimoniale); la lettura correttiva di norme vigenti secondo un'interpretazione “costituzionalmente orientata”; la tutela di certe parti più deboli in relazione a valori costituzionali preminenti anche in funzione compensativa della minor tutela

che le vittime di certi eventi possono ottenere dal processo penale per le ragioni che si sono evidenziate all'inizio.

Sta di fatto, però, che in tal modo si determina e si dilata al massimo la "tensione" istituzionale tra legge e giudice, tensione che non può essere in ogni caso semplicisticamente ricomposta col richiamo letterale dell'art. 101 Cost. o con l'evidazione nostalgica del modello giacobino del giudice "bocca della legge", laddove il concetto di "legge" non comprende soltanto le norme ordinarie ma un sistema di fonti ben più ricco ed articolato a cominciare dalle norme costituzionali.

Ed allora resta un problema di equilibrio nelle operazioni compiute e di professionalità degli interpreti a che, entro tale contesto delicato, quella "tensione" non sconfini mai in supponenza inaccettabile e usurpatrice del principio di separazione dei poteri, e le operazioni compiute di semplificazione del giudizio di fatto mediante inversioni e presunzioni giurisprudenziali non siano incontrollate e senza limiti. Saranno, si, laboratorio più o meno sofisticato per esperimenti "di confine" da parte di un interprete che tende a "creare" anziché ad applicare/interpretare le regole del giudizio (si veda, appunto, la regola iuris della **vicinanza della prova** divenuta ormai regola sostitutiva di quella codificata dall'art. 2697 c.c.), ma questo non toglie che certe garanzie minime, determinati paletti, soglie negli standard probatori utilizzati, vengano salvaguardate, pena l'arbitrio e lo svuotamento della funzione più democratica del processo che resta quella di tutelare i diritti dei cittadini attraverso l'accertamento positivo della verità attraverso un "giusto processo".

Non si possono, del resto, ignorare a livello di sistema complessivo i "costi dello squilibrio" che si stanno pagando di fronte alla crescita esponenziale del contenzioso e dei risarcimenti.

Le compagnie assicurative per prime, da tempo, si sono munite attraverso il drastico aumento dei premi, modificazioni sostanziali nella modulistica delle polizze e, dulcis in fundo, nella rinuncia a coprire sempre più spesso determinate strutture sanitarie.

Parallelamente aleggia sempre di più tra le strutture sanitarie e su tutti noi il fantasma della c.d. **medicina difensiva**, che si nasconde esaurendo il suo impegno dietro il rassicurante fronte delle operazioni di routine; che non fa più ricerca e sperimentazione; che nei casi più rischiosi, prima di intervenire, si ripara dietro mille esami, pareri e consulti spesso inutili e costosissimi per il SSN; che trasforma il rapporto col paziente sul versante dell'informazione in una appendice contrattuale burocratizzata analoga ai contratti di adesione; che ripropone infine una medicina sempre più classista mediante il consistente innalzamento dei costi di tutte le operazioni più difficili e l'emarginazione dei pazienti più poveri che non se le possono permettere.

Ecco perché, alla fine, sarebbe del tutto miope, da parte della giurisprudenza, specie di legittimità (che parla e afferma principi in generale) non introdurre definitivamente e convintamente i correttivi riequilibratori e gli antidoti di cui s'è detto. Perché vedere bene da vicino e male in lontananza è esattamente la differenza che corre tra il singolo caso individuale in cui una giurisprudenza più arcigna può essere accettata nei confronti del professionista colpevole e l'ottica complessiva entro cui non ci si avveda che una giurisprudenza troppo "espansiva" e protettiva nei confronti dell'assirita vittima aumenta a dismisura i rischi sistematici di scivolamento dell'intero settore non solo verso la medicina difensiva, ma anche verso una deformazione della stessa

medicina legale in medicina legale difensiva ed un avvittamento del diritto assicurativo in diritto a sua volta difensivo. E questo è come dire che l'attuale trend sregolato non può continuare all'infinito, perché la "miniera" della responsabilità civile dei medici non ha una vena inesauribile

Ed è in questo contesto che si colloca il profilo cruciale della politica del diritto, scandagliato in questo scritto, del destino del nesso di causa, sempre più caratterizzato da un processo di svilimento delle regole di accertamento e di imputazione in una sorta di inversione proporzionale tra il livello sempre più alto della posta in gioco, in termini di danni alla persona e l'abbassamento della soglia di derivazione eziologica dei danni dalla condotta medica.

Chi scrive sarà magari un po' "retro" e testardo ma continua a propendere per una ricostruzione unitaria e rigorosa il più possibile dei criteri di imputazione causale nei due processi penale e civile, variando unicamente alla fin fine praticamente solo lo standard probatorio occorrente per la conferma dell'esistenza del fatto addebitato: oltre ogni ragionevole dubbio/più probabile che non.

Ne consegue, quindi, concludendo, che nel processo civile almeno un tasso di probabilità logica maggiore di quello contrario occorre sempre pretendere per poter ottenere qualunque tipo di risarcimento, non potendosi e non dovendosi mai trasferire un problema di incertezza causale sul terreno del minor danno risarcibile, mediante un uso improprio dell'art. 1226 c.c., concernendo l'equità un problema di incertezza del quantum del danno ma mai dello stesso an. In tal modo il processo civile che quotidianamente ci troviamo a gestire sarà sicuramente più conforme ai canoni costituzionali ed all'altezza di una società democratica: costerà probabilmente più fatica per tutti, giudici, avvocati e medici legali, ma, considerando la posta in gioco, penso valga abbondantemente la pena sopportare tale fatica supplementare.

## Requisiti acustici passivi degli edifici Evoluzione normativa

**Santo Durelli**  
Avvocato, Foro di Genova

**Sommario:** 1. *L'inquinamento acustico, fenomeno sempre più in crescita - 2. La normativa pubblicistica e l'art. 844 c.c. - 3. Il D.P.C.M. 05.12.1997 - 4. Normale tollerabilità e limiti di accettabilità - 5. La Legge 27 febbraio 2009, n. 13. - 6. La Legge 7 luglio 2009, n. 88. - 7. La Legge 4 giugno 2010, n. 96. - 7.1. L'incostituzionalità della norma. - 7.2. Il ricorso alle regole dell'arte 8. Conclusioni.*

### 1. L'inquinamento acustico, fenomeno sempre più in crescita.

Basta scorrere le pagine dei giornali per rendersi conto della estensione e della gravità del problema dell'inquinamento acustico, purtroppo sempre in crescita, in specie nelle grandi città. Il rumore è causa di stress, nervosismo, insonnia, difficoltà di concentrazione e, nei casi più gravi, di vere e proprie patologie.

Per dare le dimensioni del fenomeno dell'inquinamento acustico basti considerare i seguenti dati.

- L'Ufficio Regionale per l'Europa dell'Organizzazione Mondiale della Sanità ha constatato che un europeo su cinque è esposto a rumori prolungati, anche nelle ore notturne, che impediscono di riposare e di dormire.

- L'OMS ha diramato delle linee guida dove ha indicato come il limite del rumore notturno non debba eccedere il valore dei 40 decibel, ritenendosi che un soggetto esposto durante il sonno a livelli di inquinamento acustico maggiori di 40 db puo' subire leggeri danni alla salute e che un'esposizione a lungo termine ad un livello di rumore notturno superiore a 55 db puo' addirittura determinare un aumento della pressione sanguigna fino a causare infarti e forme di disordine mentale. Purtroppo nelle nostre trafficate città questi valori sono pressoché constantemente superati. L'Italia è da considerare un Paese di città *fracassone*. I risultati diramati in occasione del Primo Convegno Nazionale sulla "Governance del rumore ambientale" e un'indagine svolta da Legambiente, hanno evidenziato come quasi tutte le città monitorate nel 2009 hanno riscontrato un "volume" troppo alto sia di giorno che di notte.

- Le cronache hanno registrato le vibrante proteste degli abitanti di intere zone dove è particolarmente animata la vita notturna. Mi riferisco, ad esempio, alla "movida" di città come Milano, Roma, ma anche della nostra stessa Genova, con immancabile coda di polemiche seguita alla chiusura anticipata dei locali.

- Ed è ancora recente la protesta degli abitanti del Ponente cittadino (anche) per l'inquinamento acustico prodotti dalle navi e dalle operazioni di carico-scarico nel Porto di Voltri.

- È recentissima infine la pubblicazione dei risultati di un'indagine svolta da Confedilizia secondo cui la principale causa di stress a livello condominiale consiste proprio nei rumori da calpestio e nel vociare alto dei vicini.

### 2. La normativa pubblicistica e l'art. 844 c.c..

La materia del rumore è disciplinata da varie norme, alcune codicistiche, ossia l'art. 844 c.c. e l'art. 659 del Codice Penale, altre speciali di natura pubblicistica, ossia la

Legge Quadro n. 477 del 1995 e suoi decreti attuativi (alcuni per specifici settori tra i quali ricordiamo il D.P.R. 18.11.98 "Regolamento recante norme in materia di traffico ferroviario", D.P.R. 09.11.99 n. 476 "Regolamento concernente il divieto di voli notturni", il D.P.R. 03.04.01 n. 304 "Regolamento recante disciplina delle emissioni sonore prodotte nello svolgimento delle attività motoristiche", il D.P.R 30.03.04 "Disposizioni per il contenimento e la prevenzione dell'inquinamento acustico derivante dal traffico veicolare", il D.P.C.M. 5.12.1997 sulla "Determinazione dei requisiti acustici passivi degli edifici", argomento, quest'ultimo, delle presenti note.

Il rapporto tra le due norme è di reciproca autonomia e complementarietà.

L'art. 844 c.c., è norma fondamentale per il singolo che subisce il rumore, consentendo la reazione e la tutela in sede giudiziale allorchè le immissioni cui è sottoposto il soggetto superino la normale tollerabilità. La giurisprudenza, dietro indicazioni di tipo medico scientifico, considera intollerabili le immissioni che superino di tre decibel il rumore di fondo di quella zona, lasciando comunque al Giudice un margine di discrezionalità per valutare la specificità di ogni singolo caso ("avuto anche riguardo alla condizione dei luoghi [...] l'Autorità Giudiziaria deve contemperare le esigenze della produzione con le ragioni della proprietà").

La normativa pubblicistica, invece, non ha come suo obiettivo primario la tutela del singolo, bensì è finalizzata alla tutela della collettività: contempera le esigenze collettive alla fruizione di un ambiente meno inquinato con le altre esigenze, spesso con questo configgenti, della produzione e del commercio; considera che il rumore sia un male necessario e cerca di contenerlo e gestirlo; fissa dei limiti di accettabilità del rumore, sia in emissione (rumore misurato in prossimità della fonte), sia di immissione (rumore misurato in prossimità del ricevente), limiti che cambiano a seconda della zona della città e della fascia oraria, diurna (6-22) o notturna (22-6).

I Comuni inoltre hanno, tra i molti altri in materia, il compito di verificare il rispetto dei limiti di accettabilità, procedendo a verifiche con loro tecnici (Polizia Municipale sezione acustica) e/o dell'ARPA.

Non vi sono margini di discrezionalità nella valutazione del singolo caso da parte all'autorità amministrativa: se il limite predeterminato viene superato l'immissione è illegittima, diversamente è accettabile.

### 3. Normale tollerabilità e limiti di accettabilità.

Tra la "normale tollerabilità" prevista dall'art. 844 c.c. ed i "limiti di accettabilità" fissati dalla normativa pubblicistica non vi è coincidenza.

Senza entrare in questa sede nello specifico si può affermare che i limiti della normale tollerabilità sono molto più rigorosi rispetto ai limiti della accettabilità.

Un rumore può rientrare nei limiti di accettabilità ma essere superiore alla "normale tollerabilità".

Per contro se un rumore supera i limiti della accettabilità amministrativa sicuramente supera anche i limiti della normale tollerabilità.

Un esempio chiarirà meglio il concetto. Si prenda il caso di un attività produttiva (quale una officina, un supermercato, un locale di intrattenimento) che disturba gli abitanti delle case circostanti; quel rumore, verificato dai tecnici del Comune e/o ARPA potrebbe rientrare nei limiti

di accettabilità, nel qual caso il Comune non può elevare sanzioni o disporre provvedimenti inibitori e/o limitativi e/o modificativi nei confronti di quell'attività; ma quello stesso rumore può essere tuttavia superiore ai tre decibel rispetto a quello di fondo e, quindi, risultare intollerabile, consentendo al singolo di agire giudizialmente per ottenere la cessazione o, quantomeno, il contenimento del rumore nei limiti, per l'appunto, della tollerabilità.

#### 4. Il D.P.C.M. 05.12.1997. Determinazione dei requisiti acustici degli edifici.

Ciò premesso, veniamo al rumore all'interno degli edifici. La norma pubblicistica di riferimento è il D.P.C.M. 05.12.97 (emanato in attuazione dell'art. 3 comma 1 lett. e) della L. 447/95) "il quale *"determina i requisiti acustici delle sorgenti sonore interne agli edifici ed i requisiti acustici passivi degli edifici e dei loro componenti in opera, al fine di ridurre l'esposizione umana al rumore"*".

Stabilisce i valori limiti prestazionali della struttura edilizia e degli impianti in essa collocati, a fine di garantire il comfort abitativo legato all'assenza di disturbo da rumore. I limiti cui viene sottoposta la costruzione si riferiscono sia alla propagazione del rumore per via aerea, valutata attraverso il calcolo del potere fonoisolante tra ambienti e dell'isolamento acustico di facciata, sia a quella per via strutturale, legata a rumori di tipo impattivo e determinata mediante il calcolo del livello di rumore di calpestio. Si tratta di requisiti passivi, ossia applicati a prescindere dall'esposizione al rumore dell'ambiente abitativo o dalle eventuali sorgenti in esso presenti. In altri termini una costruzione deve rispettare quei valori a prescindere se si trovi in campagna o in città, e ciò in quanto sono stati fissati i requisiti di base in modo che gli edifici siano idonei anche ad eventuali cambiamenti a posteriori del clima acustico (si pensi, ad esempio, alla realizzazione di una nuova strada). Oltre ai parametri sopra citati sono fissati i limiti del livello massimo di pressione sonora prodotto dagli impianti tecnologici a funzionamento continuo (quali gli impianti di riscaldamento, condizionamento e areazione) e del livello equivalente (ottenuto eseguendo una media) degli impianti a funzionamento discontinuo (ascensori, scarichi idraulici, rubinetteria, ecc.).

Nonostante aspetti nebulosi, se non contraddittori, la norma ha segnato una svolta importante nel settore dell'acustica edilizia, consentendo a tutti coloro che ne vengono a contatto (dai costruttori, ai progettisti, alle parti che compravendono un immobile, ai giudici, agli avvocati, ecc) di avere finalmente dei parametri di riferimento per le loro valutazioni e determinazioni.

Il rispetto dei requisiti acustici ha poi assunto rilievo fondamentale nella costruzione dei nuovi edifici (quantomeno in linea astratta, poiché nella pratica sono state molte le costruzioni che lo hanno disatteso).

Infatti, ai sensi del D.P.R. n. 380 del 2001 Testo Unico Edilizia e, per quanto riguarda la Liguria, della Legge Regionale n. 6 del 2008 art. 31, la domanda per il rilascio del permesso del titolo edilizio deve essere accompagnata da relazione del progettista che, oltre alla conformità del progetto ai piani territoriali di livello sovra comunale, agli strumenti urbanistici, al regolamento edilizio, deve attestare anche la conformità alle norme di sicurezza e quelle igienico sanitarie, tra cui sono ricompresa senz'altro quelle per la protezione dall'inquinamento acustico.

Ad opera eseguita, ed ai sensi dell'art. 37 della citata L.R. n. 8, è richiesta, al fine di ottenere il certificato di agi-

bilità, la dichiarazione del progettista o del tecnico acustico competente che attesti la rispondenza ai requisiti di sicurezza, igiene e salubrità dell'opera. Ricordo, a sottolineare la delicatezza di questo obbligo, che la mancata consegna del certificato di agibilità al momento della vendita, se di per sé non rende nulla la stessa, espone però il venditore ad azioni dell'acquirente di risoluzione del contratto e/o riduzione del prezzo, comunque di risarcimento del danno. Parimenti anche la revoca dell'agibilità ove fosse disposta dalla P.A. dopo aver verificato la mancanza dei requisiti di legge.

Questo quadro non subisce modificazioni, a mio parere, dall'entrata in vigore della Legge 73/2010 - Attività edilizia libera - il cui art. 5 sostituisce l'art. 6 del Testo Unico Edilizia - L. 380/2001 cit. - e ciò in quanto:

- nel liberalizzare molte attività edilizie, o sottponendole all'onere di una semplice comunicazione (minidia) la norma fa salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali, e comunque il rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle norme di sicurezza, antincendio, igienico - sanitarie (tra queste quelle acustiche);
- allo stesso modo che per la DIA, anche per la comunicazione permangono inalterati i poteri di controllo da parte dell'amministrazione comunale per verificare se i lavori nel frattempo svolti corrispondano per qualità e quantità alle indicazioni fornite nella comunicazione preventiva (così *Palleggiano, Guida al diritto, n. 24 del 12.6.10*). La carente dei requisiti acustici passivi, rispetto a quelli pattuiti tra le parti o, in difetto di pattuizione, di quelli minimi imposti dalla normativa, costituisce un'inadempienza e/o un difetto dell'opera e può originare responsabilità, a vario titolo e in capo a più soggetti.

Fino all'emanazione delle Leggi n. 13 e n. 88 del 2009 di cui si dirà, e quindi per un lasso di tempo significativamente lungo, era opinione consolidata che il rispetto dei valori di cui al DPCM 5.12.97 non fosse garanzia assoluta di cessazione o non presenza di immissioni intollerabili: si riteneva cioè che l'ottemperanza amministrativa non togliesse facoltà al soggetto terzo che subiva le immissioni, se ed in quanto intollerabili, di agire nei confronti di coloro i quali erano stati individuati possibili responsabili del disturbo.

Con la Legge n. 13 il Legislatore è intervenuto sul concetto di normale tollerabilità ex art. 844 c.c., con disposizioni aventi riflessi anche in tema di requisiti acustici degli edifici, e con la Legge n. 88 specificamente in ordine al D.P.C.M. 05.12.97.

Si potrà discutere sulla portata e sugli effetti di queste norme, che sicuramente dimostrano il tentativo (maldestro) del Legislatore di apportare delle innovazioni al settore, connotate da incertezza per il pregiudizio che ne sarebbe potuto conseguire alle persone esposte a rumore. Analizziamole queste norme, per quanto rileva ai nostri fini.

#### 5. La Legge 27 febbraio 2009, n. 13.

La Legge 27.02.2009 n. 13, conversione in legge, con modificazioni, del Decreto Legge 30.12.2008 n. 208, recante "Misure straordinarie in materia di risorse idriche e di protezione dell'ambiente", all'art. 6 ter, dispone: **"Normale tollerabilità delle immissioni acustiche"** - 1. Nell'accertare la normale tollerabilità delle immissioni e delle emissioni acustiche, ai sensi dell'art. 844 del c.c., sono fatte salve in ogni caso le disposizioni di legge e di

regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti e la priorità di un determinato uso.

La disposizione sulla normale tollerabilità non era compresa nel citato decreto. Il suo inserimento lo si deve all'iniziativa del Sen. Monti, il quale, citando il caso dell'autodromo di Monza come dimostrazione della situazione contraddittoria che, a suo dire, si era venuta a creare a causa dell'applicazione "indiscriminata" dell'articolo 844 del codice civile (il Giudice dell'urgenza in quel caso aveva preso un provvedimento che vietava l'effettuazione del Gran Premio), ha proposto l'emanazione di una norma che valesse ad imporre l'applicazione della normativa pubblicistica, sempre e comunque, quanto meno in alcuni settori.

L'introduzione di questa disposizione ha avuto come primo e sicuro effetto quello, per usare una efficace espressione (v. A. Converso, *Le innovazioni subite dall'art. 844 c.c. Molto rumore per nulla*, in *Atti Lombardia 2010, Convegno Emissioni Sonore da impianti di produzione, energia, interazioni con il territorio*) della **codizzazione** delle norme pubblicistiche.

Si intende dire che fino a quel momento le norme pubblicistiche in materia di inquinamento acustico (Legge quadro n 447-95 e successivi decreti attuativi) e l'art. 844 c.c. operavano su piani diversi e distinti, per cui il Giudice civile, al fine della valutazione sulla illecitità di una immissione rumorosa, non teneva conto o, meglio, non era obbligato a farlo, della normativa pubblicistica, ben potendo sussistere un rumore intollerabile ex art. 844 c.c. benché rispettoso dei limiti (di accettabilità) della detta normativa.

Con l'art. 6 ter il Legislatore ha imposto al Giudice civile un nuovo precezzo, ossia di tener necessariamente conto a questo fine delle *"disposizioni di legge e di regolamento vigenti che disciplinano specifiche sorgenti"*. (Questa norma presenta dubbi di costituzionalità, come è stato osservato a livello dottrinale e anche giurisprudenziale, ma non è questo la sede per intrattenerci su questi aspetti, che consideriamo ai nostri fini come superati).

Tra le norme che disciplinano specifiche sorgenti, oltre a quelle sul traffico ferroviario, aeroportuale, da aeromobili, corse motoristiche ecc, rientrava, per l'appunto, anche il DPCM 5.12.97 (in dottrina: v. Campolongo, *Le immissioni rumorose nel vicinato*, Maggioli Editore 2010; in Giurisprudenza: Trib. Genova n. 1710-2010).

Quali gli effetti prodotti dall'introduzione di questa norma nel settore dei requisiti acustici passivi?

Senza pretesa di completezza (ed avvertendo che questi effetti non si potrebbero più produrre dopo la seconda novella della Legge n.88/09):

- nel contenzioso, tipico all'interno di condomini, ove un soggetto si assume disturbato da immissioni rumorose prodotte da impianti a ciclo continuo e/o discontinuo, appartenenti al vicino o condominiali, il parametro per la valutazione della normale tollerabilità non era più quello di matrice giurisprudenziale, ossia + 3 dBA sul rumore di fondo, ma quello per l'appunto del DPCM 5.12.97; pertanto se una fonte rumorosa proveniente dall'impianto del vicino alloggio fosse stata rispettosa dei limiti previsti dal citato DPCM, si escludeva in radice la intollerabilità del rumore, senza alcun margine per una valutazione discrezionale da parte del Giudice.

- se il vicino avesse convenuto in giudizio, eventualmente unitamente al proprietario, il costruttore, il progettista ed

il direttore lavori, assumendo che subiva rumore intollerabile a causa della carenza dei requisiti acustici passivi dell'edificio, laddove i requisiti del DPCM 5.12.97 si fossero rivelati rispettati, la pretesa di quel soggetto non poteva trovare accoglimento.

Sia consentita una digressione per svolgere due annotazioni a margine di questa disposizione, non strettamente pertinenti con il tema in discussione ma, incidendo sulla nozione della normale tollerabilità, di sicuro interesse e rilevanza.

La prima annotazione è che, quantomeno presso il Tribunale di Genova, si è ormai consolidato l'orientamento secondo cui per le fonti rumorose i casi in cui non vi è una disciplina specifica - e quindi la maggior parte - si applica ancora il criterio comparativo di elaborazione giurisprudenziale al fine di valutare la loro intollerabilità ex art. 844 c.c. In particolare è stato statuito che non costituisce disciplina specifica il DPCM 14.11.97, contenendo questo una disciplina generale (da ultimo vedasi Trib. Genova n. 1710/2010 - esemplare per completezza di trattazione e chiarezza espositiva - ed ancora Ordinanza Tribunale di Genova 7.4.10, particolarmente significativa in quanto resa in sede di reclamo a ordinanza ex art. 700 dove il primo giudice dell'urgenza aveva seguito la tesi opposta). La seconda annotazione è per il preuso, che in base all'art. 844 c.c. costituisce elemento di valutazione che il Giudice era facoltizzato a tenere in considerazione, mentre l'art. 6 ter lo fa assurgere a parametro di cui il Giudice è obbligato a tener conto. Ma va rilevato a questo riguardo che la portata della disposizione è di pochissimo momento stante che in tutti quei casi in cui la immissione rumorosa è idonea a compromettere il bene salute essa non potrà trovare applicazione. Ciò in applicazione di consolidati principi del nostro ordinamento.

Si osserva che " il preuso è un canone che è ricompreso nel perimetro costituzionale del diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost., norma che, notoriamente, subordina il diritto di proprietà alle limitazioni poste per la funzione sociale della proprietà medesima (art. 42, co. 2 Cost.). Quindi si tratta di un principio costituzionale che, però, la Costituzione stessa dichiara subvalente rispetto al diritto primario alla salute, di cui all'art. 32 Cost. (A. Converso, *op.cit.*).

Principio questo ripetutamente affermato dalla Suprema Corte, vedasi la recente sentenza 08 marzo 2010 n. 5564, per quanto afferente fattispecie anteriore alla novella del 2009, in tema di immissioni, l'art. 844, comma 2, c.c., nella parte in cui prevede la valutazione, da parte del giudice, del contemperamento delle esigenze della produzione con le ragioni della proprietà, considerando eventualmente la priorità di un determinato uso, deve essere letto, tenendo conto che il limite della tutela della salute è da ritenersi ormai intrinseco nell'attività di produzione oltre che nei rapporti di vicinato, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata, dovendo considerarsi prevalente rispetto alle esigenze della produzione il soddisfacimento ad una normale qualità della vita. Ne consegue che le immissioni acustiche determinate da un'attività produttiva che superino i normali limiti di tollerabilità fissati, nel pubblico interesse, da leggi o regolamenti, e da verificarsi in riferimento alle condizioni del fondo che le subisce, sono da reputarsi illecite, sicché il giudice, dovendo riconoscerle come tali, può addivenire ad un contemperamento delle esigenze della produzione soltanto al fine di adottare quei rimedi tec-

nici che consentano l'esercizio della attività produttiva nel rispetto del diritto dei vicini a non subire immissioni superiori alla normale tollerabilità. (Vedasi in termini anche: Cass. sez. II, 25 gennaio 06, n. 1418; Tribunale di Modena, 8 aprile 2008).

Ed allora la conclusione appare obbligata: il giudice dovrà tener conto del preuso, ma non potrà farlo prevalere sulla tutela della integrità psicofisica dell'individuo, per cui tutte le volte in cui il disturbato avrà prospettato una lesione del bene salute tutelato (nella sua accezione ampia, compreso il benessere, la serenità) il preuso non potrà mai escludere la illiceità della stessa.

#### 6. La Legge 7 luglio 2009, n. 88.

Dopo circa cinque mesi dalla prima novella, nel luglio 2009 il Legislatore è nuovamente intervenuto sulla materia del rumore, con la legge n. 88, finalizzata a compiutamente recepire la Direttiva 25.06.2002 n. 2002/49/CE - Direttiva del Parlamento e del Consiglio relativa alla determinazione e alla gestione del rumore ambientale.

L'art. 11 della L. n. 88 prevede una delega al Governo di adottare, entro sei mesi, uno o più decreti legislativi per il riassetto e la riforma delle disposizioni vigenti in materia di tutela dell'ambiente esterno e dell'ambiente abitativo dall'inquinamento acustico, di requisiti acustici degli edifici e di determinazione e gestione del rumore ambientale.

Il comma 5, che più interessa in questa sede, prevede: *"In attesa del riordino della materia, la disciplina relativa ai requisiti acustici passivi degli edifici e dei loro componenti di cui all'art. 3, comma 1, lettera e), della legge 26.10.1995 n. 447, non trova applicazione nei rapporti tra privati e, in particolare, nei rapporti tra costruttori-venditori e acquirenti di alloggi sorti successivamente alla data di entrata in vigore della presente legge".*

Bisogna chiedersi quali siano stati gli effetti della disposizione di cui al comma 5.

**A)** Sul piano pubblicistico, nessun effetto: il DPCM continuava a trovare applicazione nei rapporti con la Pubblica amministrazione, essendo inequivoca la lettera della disposizione che limitava la "sospensione" ai rapporti privatistici. Quindi sotto l'aspetto pubblicistico la situazione rimaneva invariata.

**B)** Sul piano privatistico, invece, la disposizione aveva effetti profondamente innovativi, stante che in base ad essa il DPCM 5.12.97 non poteva più trovare applicazione (quantomeno in via diretta, sul punto si ritornerà in seguito).

Analizziamoli più da vicino questi effetti "privatistici".

**B1)** Il Legislatore nell'emanare questa norma, pur avendo usato l'espressione amplissima "rapporti tra privati", ha perseguito sostanzialmente un ben determinato specifico obiettivo, ossia non rendere applicabile il DPCM 5.12.97 tra acquirenti e costruttori, in tal modo sottraendo questi ultimi alla sola sanzione cui sono esposti (e perciò da loro temuta) in caso di vizio acustico, ossia l'azione di responsabilità intentata dal privato (è fatto notorio che le sanzioni pubblicistiche restano per lo più scritte sulla carta e raramente applicate).

La non applicabilità del D.P.C..M. non era però retroattiva, disponendo il citato art. 11 c. 5 per i rapporti "sorti successivamente" alla sua entrata in vigore.

Il D.P.C.M. è stato pertanto, dalla maggior parte degli autori, considerato senz'altro ancora applicabile in tutti quei giudizi in corso alla data del Luglio 2009.

**B2)** La citata disposizione ha avuto incidenza sulla nozione di "normale tollerabilità" ex art. 844 c.c., utilizzabile nelle controversie aventi origine, non nell'ambito di un rapporto contrattuale, ma tra due titolari di proprietà diverse. La disposizione in argomento, infatti, incide sull'art. 6 ter L. 13/2009: trattandosi di due norme di eguale rango legislativo ed applicando il canone della successione delle leggi nel tempo di cui all'art. 15 preleggi, si deve ritenere che l'art. 11 ha abrogato l'art. 6 ter nei rapporti fra privati.

Quindi, il parametro per stabilire il supero della normale tollerabilità ex art. 844 c.c. è ritornato essere quello dei +3 dB(A), esattamente come ante Legge n. 13.

#### 7. La Legge 4 giugno 2010, n.96.

Con la Legge 96-2010, in vigore dal 10/7/2010, l'art. 11 è stato sostituito dall'art. 15 c. 1, lett.c) il quale dispone *"In attesa dell'emanazione dei decreti legislativi di cui al comma 1, l'articolo 3, comma 1, lettera e), della legge 26 ottobre 1995, n. 447 (termine di emanazione che era stato prorogato ad un anno e quindi sarebbe scaduto il 29.7.10 n.d.r.) si interpreta nel senso che la disciplina relativa ai requisiti acustici passivi degli edifici e dei loro componenti non trova applicazione nei rapporti tra privati e, in particolare, nei rapporti tra costruttori-venditori e acquirenti di alloggi, fermi restando gli effetti derivanti pronunce giudiziali passate in giudicato e la corretta esecuzione dei lavori a regola d'arte assicurata da un tecnico abilitato".*

Entro il termine del 29 Luglio 2010 però, nessuno dei decreti legislativi preannunciati (o altra norma di legge) è stato emesso.

Vediamo ora gli effetti della mancata emanazione e di questa nuova disposizione.

**A)** Sul piano pubblicistico, direi nessun effetto: il mancato rispetto del termine del 29 luglio ha un effetto salvifico del D.P.C.M. 5.12.2097, non essendo stata ammata alcuna norma nuova che valesse a sostituirlo, in tutto o in parte, e tenuto conto che nulla l'art. 15 specifica in merito ai rapporti tra costruttori e Pubblica Amministrazione. I Comuni pertanto dovranno continuare a richiedere la certificazione del rispetto dei limiti di legge al titolare del permesso di costruire. Nulla è cambiato insomma rispetto alla situazione precedente.

**B)** Nei rapporti privatistici, in particolare tra costruttori ed acquirenti ed aventi causa, la norma ha portata fortemente innovativa.

E possiamo dire che il Legislatore l'ha combinata davvero grossa.

Attribuendo natura interpretativa alla norma il Legislatore, implicitamente, ma inoppugnabilmente, ha inteso far retroagire la non applicabilità *ab initio* della normativa sui requisiti acustici, facendo sì che in tutti i giudizi in corso venga meno il parametro di valutazione che era stato assunto da coloro che, nel durante la sua vigenza, avevano avviato azioni giudiziali assumendo la violazione, per l'appunto, del DPCM 5.12.97.

La disposizione appare deliberatamente finalizzata a creare un vuoto legislativo, privando le parti ed il Giudice della norma cui, in questi anni (e non pochi, tredici) avevano fatto riferimento per le loro valutazioni / determinazioni circa la sussistenza o meno di un vizio acustico dell'edificio. Una "entrata a gamba tesa" su queste cause in corso, un cambiamento delle regole in corso di giudizio, non degnio di un ordinamento giuridico evoluto, anche

perchè non si scorgono esigenze che la giustificassero, se non quella di sottrarre da una scontata condanna i costruttori che in questi anni non avevano rispettato i (pur minimi e blandi) requisiti acustici passivi di cui al DPCM 5.12.97.

Una disposizione idonea a creare sgomento, smarrimento, senso di frustrazione per coloro che avevano avviato una causa di responsabilità e di risarcimento danni verso il costruttore disonesto e per i quali l'esito del giudizio è diventato improvvisamente assai incerto, non potendosi prevedere se e quando il Legislatore emanerà nuove regole, che cosa esse prevedranno e se queste saranno applicabili al loro caso.

Ma crediamo e confidiamo che il disegno che è sotteso a questa novella non verrà conseguito. In base a queste considerazioni.

### 7.1. L'incostituzionalità della norma.

Cominciamo con l'osservare che non è sufficiente che una norma si autoqualifichi come retroattiva perché lo sia effettivamente, occorrendo a questo fine un indefettibile presupposto, ossia che sussista un'incertezza oggettiva sul suo ambito di applicazione (in termini vedasi Consiglio Stato, 2 luglio 2002, n. 3612: *"Perché una norma possa qualificarsi come interpretativa e, quindi, retroattiva, nonché costituzionalmente legittima, è necessario che la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, che non integri il precetto di quest'ultima e, infine, che non adotti un'opzione ermeneutica non desumibile dall'ordinaria attività di esegesi della stessa....."* (Vedasi anche in senso conforme Consiglio Stato, sez. VI, 28 dicembre 2009, n. 8759).

Ebbene, non si può davvero dubitare che la normativa pubblicistica sulle sorgenti rumorose e requisiti acustici passivi degli edifici si applicasse anche nei rapporti privatistici. Non vi era alcuna ragione ostaiva, non vi era alcuna oggettiva incertezza, ed infatti in questi anni è stata applicata senza che da alcuna parte fosse sollevato dubbio di sorta. Del resto è stato lo stesso Legislatore che con l'art. 11 Legge 88, laddove ha disposto che la sospensione del D.P.C.M. 5.12.97 si applicava per i rapporti privatistici sorti dopo la sua entrata in vigore, a riconoscere che fino ad allora egli stesso considerava applicabile detto D.P.C.M. (anche) nel rapporto tra i privati.

Ne consegue che la disposizione in parola, benché definita interpretativa dal Legislatore, in realtà costituisce in sostanza una norma di natura innovativa (rispetto alla disposizione contenuta nel comma 5 dell'art. 11 della L. 88/2009), come tale legittimamente applicabile solo a decorrere dalla data di entrata in vigore della legge che la contiene, quindi dal 10.07.2010. Ed allora l'art. 15 L. 76/2010 che, autoqualificandosi come norma interpretativa, rende inapplicabile il D.P.C.M. 5.12.97 sin dalla sua emanazione nei rapporti privatistici, ben difficilmente si potrà sottrarre alla censura di incostituzionalità.

Ha insegnato il Consiglio di Stato con la sentenza n. 8513/09 che una norma interpretativa ad efficacia retroattiva può considerarsi costituzionalmente legittima (soltanto) a condizione che:

- la stessa si limiti a chiarire la portata applicativa di una disposizione precedente, che non adotti una opzione ermeneutica non desumibile dalla ordinaria esegesi della stessa (in tal senso ex plurimis Consiglio di Stato, V, 2.07.02 n. 3612)

- l'efficacia retroattiva della legge di interpretazione autentica è soggetta al limite del principio dell'affidamento dei consociati nella certezza dell'ordinamento giuridico, con la conseguenza dell'illegittimità costituzionale di una disposizione interpretativa che indichi una soluzione ermeneutica non prevedibile rispetto a quella affermatasi nella prassi (Corte cost. 27 novembre 2000 n. 525).

Pertinente al caso di specie è l'insegnamento della Corte Costituzionale che in un passaggio della motivazione contenuta nella sentenza n. 155/1990 ha enunciato: una legge interpretativa non viola di per sé gli artt. 101 102 e 104 cost. a meno che essa non leda il giudicato già formatosi e non sia intenzionalmente diretta ad incidere sui giudizi in corso, dovendosi, peraltro, escludere, ove non ricorrono tali circostanze, che si verifichi una lesione delle attribuzioni del potere giudiziario in quanto legislatore e giudice agiscono su piani diversi; pertanto le leggi interpretative non sono neppure contrastanti con le disposizioni degli artt. 24 e 25 comma 1 cost.

- Il principio di irretroattività costituisce un principio generale del nostro ordinamento e, se pur non elevato, fuori della materia penale, a dignità costituzionale, rappresenta pur sempre una regola essenziale del sistema a cui, salvo un'effettiva causa giustificatrice, il legislatore deve ragionevolmente attenersi, in quanto la certezza dei rapporti preteriti costituisce un indubbio cardine della civile convivenza e della tranquillità dei cittadini.

- Non ha carattere di interpretazione autentica una norma che, anziché chiarire il significato di una disciplina precedente ovvero privilegiarne una fra le possibili interpretazioni, venga ad innovarne il contenuto. Nella misura in cui si ponga come interpretativa, e dotata conseguentemente di efficacia retroattiva, tale norma risulta perciò incostituzionale.

Ed ancora la Consulta con la sentenza n. 234/2007 ha enucleato il principio per cui *"Nel rispetto del limite segnato dall'art. 25 Cost., il Legislatore può emanare sia disposizioni di interpretazione autentica, che determinano -chiarendola- la portata precettiva della norma interpretata, fissandola in un contenuto plausibilmente già espresso della stessa, sia norme innovative con efficacia retroattiva, purché la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrasti con altri valori e interessi costituzionalmente protetti"*. La disposizione di cui all'art. 15 L. n. 96 presenta tutti i crismi dell'incostituzionalità:

- l'opzione ermeneutica adottata (ossia la non applicabilità *ab initio* del D.P.C.M. 5.12.97 tra i privati) non è desumibile dalla ordinaria esegesi dello stesso documento normativo, ne è prevedibile rispetto a quella affermatasi nella prassi;

- appare intenzionalmente diretta ad incidere sui giudizi in corso promossi da acquirenti di immobili carenti di requisiti acustici contro costruttori e loro ausiliari;

- non sussisteva un'effettiva causa giustificatrice che consentisse di derogare al principio di irretroattività del nostro ordinamento ed, anzi, essa appare irragionevole ed in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti.

Ma anche immaginando che la questione venga sollevata prontamente nell'ambito di uno dei giudizi in corso, i tempi tecnici per addivenire ad una pronuncia della Corte Costituzionale sarebbero comunque sensibilmente lunghi. Con grave pregiudizio in ogni caso per coloro che avevano avviato azioni giudiziali invocando il DPCM 5.12.97. Pos-

siamo immaginare che molti degli attori di quelle cause, il cui esito è divenuto improvvisamente incerto, abbandoneranno/rinunceranno alle loro pretese fatte valere o addirittura a transazioni a condizioni che mai avrebbero accettato; ed anche quei giudizi che non saranno definiti con rinunce o transazioni, subiranno un sostanziale blocco, sotto forma di sospensione del processo o di semplici rinvii in attesa della sentenza della Consulta. Perfino nei casi di sentenze di condanna in primo grado del costruttore per violazione dei parametri del DPCM 5.12.97 si può ritenere come probabile una sospensione della provvisoria esecutorietà da parte della Corte di Appello.

In altre parole, si farebbe comunque il gioco (creare scompiglio, confusione, trascinando avanti nel tempo le cose sfruttando i tempi lunghi della nostra giustizia) di chi vuole salvaguardare la posizione e gli interessi di chi ha realizzato edifici carenti sotto il profilo acustico.

Ma forse per salvaguardare i diritti di costoro non è indispensabile addivenire ad una pronuncia di incostituzionalità del più volte citato art. 15.

## 7.2. Il ricorso alle ragole dell'arte.

La prima considerazione è quella per cui chi ha avesse agito in giudizio contro il costruttore e/o venditore lamentando il mancato rispetto dei valori del DPCM 5.12.97 ha sostanzialmente e prima di tutto fatto valere carenze o inidoneità dell'edificio sotto l'aspetto acustico, per cui il riferimento al DPCM costituisce semplicemente, nell'ambito di una lite tra privati, uno dei parametri su cui il Giudice può fondare la decisione sull'accoglimento o meno della domanda. Ma da questa indicazione da parte dell'attore il Giudicante non è affatto vincolato e, anzi, vi può prescindere totalmente, a maggior ragione se detto DPCM non è più applicabile per disposizione di legge.

La domanda, infatti, vincola il giudice in relazione ai fatti allegati ma non rispetto alle norme invocate. Il giudice ha il potere di qualificare liberamente la fattispecie dedotta in giudizio, indipendentemente dalle indicazioni di parte o dalla loro assenza in quanto è tenuto all'esatta applicazione della legge.

E per il principio "iura novit curia", il Giudice ha il dovere di conoscere e potere di applicare d'ufficio le norme, essendo le indicazioni di diritto fornite dalle parti sono solo utili al fine di meglio inquadrare la vicenda (così: Tribunale di Savona, 20 ottobre 2006).

Calzante a questo riguardo è anche la statuizione contenuta nella sentenza Cassazione 24 giugno 2003 n. 10009

"In materia di procedimento civile, sussiste vizio di ultra o extra petizione ex art. 112 c.p.c. quando il giudice pronunzia oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, ovvero su questioni non formanti oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato. Tale principio va peraltro posto in immediata correlazione con il principio "iura novit curia" di cui all'art. 113 c. 1 cpc, rimanendo pertanto sempre salva la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diverso da quelli erroneamente richiamati dalle parti."

La seconda considerazione è quella che (nonostante le ci-

tate Novelle verrebbe da dire) la carenza di un immobile sotto l'aspetto acustico rimane pur sempre un vizio della cosa, che può rientrare negli - ed essere fatto valere in forza degli - artt. 1490 e 1491 c.c., regolanti i vizi della cosa oggetto di compravendita, ovvero degli artt. 1667-1669 c.c., in materia di appalto. Infatti il Legislatore con le Leggi 88/2009 e 46/2010 stabilisce soltanto che gli edifici, sotto il profilo acustico, non devono necessariamente rispettare le norma di cui all'art. 3 c. 1 lett e) della L. 447/95, in quanto "sospese" e quindi del D.P.C.M. 5.12.97, che sull'art. 3 fonda la propria legittimità. Ne deriva che per l'accertamento circa la sussistenza o meno del vizio acustico non sarà possibile basarsi sul citato D.P.C.M. Ma ciò non significa affatto che le Novelle abbiano espunto dalla gamma dei possibili vizi di un immobile compravenduto quello di tipo acustico, ma significa soltanto che qui vizi dovranno essere valutati alla stregua di norme diverse dal D.P.C.M.

Quali sono queste norme? Quelle dell'arte, vigenti al momento in cui la prestazione è resa. Anche chi opera nel campo dell'edilizia acustica non deve decampare mai nel rendere la sua prestazione dall'obbligo di seguire dette regole, e ciò in forza di un principio generalissimo del nostro ordinamento, sancito dall'art. 1176 c. 2 c.c. (dovere di diligenza) nonché dagli artt. 2043 c.c. e 43 c. 1 c.p., secondo cui *"è colposo l'evento che si verifica a causa di negligenza, imprudenza, imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"*.

Ha insegnato la Suprema Corte chcon la sentenza n. 6171/1993 che dalla natura dell'appalto come contratto che ha per oggetto l'espletamento di un'attività che deve eseguirsi a regola d'arte con l'ausilio di regole tecniche, deve trarsi il principio secondo cui l'esecuzione dei lavori non solo con l'osservanza della perizia che a ciascun campo dell'attività inerisce, ma anche l'impostazione dell'opera stessa, nella sua progettazione e nelle sue linee generali, deve rispondere ad una funzionalità e ad una utilizzabilità tali da non renderla superflua. Compito del Giudice sarà quello di individuare quali siano queste norme in relazione al momento in cui è stata eseguita l'opera, ed in ciò egli ha margine di discrezionalità atteso il fatto che le regole dell'arte non vanno intese in modo assoluto, con riferimento cioè ai criteri della tecnica e con portata invariabile; esse devono invece adeguarsi alle esigenze ed agli scopi cui l'opera è destinata secondo la sua funzione tipica, ed a quegli altri risultati che siano stati menzionati o che siano impliciti nel contratto come elementi rilevanti (in tal senso Cass. n. 5694/1979).

Quali potrebbero essere le regole dell'arte per la insonorizzazione degli edifici e sulle sorgenti sonore? Ne indico alcune, senza alcuna pretesa di completezza:

- le Norme UNI in materia di acustica edilizia; le regole indicate dalla letteratura
- tecnica, in particolare dei paesi comunitari;
- le stesse regole del DPCM 5.12.97, benché sospese. Sull'opzione c), in particolare, è da ritenersi che le due Novelle sopra rammentate comportano solamente - come si è detto - che quella disciplina pubblicistica non si applichi ope legis, ma non escludono affatto che il giudice, in uno slancio di favore verso i costruttori-venditori, assuma i dati tecnici di cui ai due D.P.C.M. come lo stato dell'arte tecnico medio, cui far riferimento, a prescindere dalla fonte normativa.

Altrimenti detto: il giudice è perfettamente libero di as-

sumere i dati tecnici di quei due D.P.C.M., estrapolandoli dalle fonti regolamentari in cui sono contenuti. Con l'effetto per cui i due D.P.C.M. citati, non come tali ma quanto al loro contenuto, saranno comunque applicati quali termini di riferimento per ordine del giudice, in quanto integrano il principio di diligenza nell'adempimento prescritto dall'art. 1176, co. 2 c.c. Infatti, poiché quei D.P.C.M. debbono essere applicati comunque, sul solo versante pubblico, consegue che il loro rispetto integra la diligenza nell'adempimento propria del professionista (Converso, *op.cit.*).

Se si ritenesse percorribile questa strada, ossia applicare le regole dell'arte nella valutazione della sussistenza o meno del lamentato vizio acustico dell'edificio, i giudizi in corso, nei quali l'attore aveva invocato l'applicazione del DPCM 5.12.97, potrebbero procedere senza battute di arresto, con buona pace dei progetti dilatori di chi ha voluto la Novella del 2010.

## 8. Conclusioni.

In attesa che il Legislatore intervenga nuovamente sulla materia, alla luce delle svolte considerazioni, si possono trarre le seguenti sintetiche conclusioni:

- a) nei rapporti o contenziosi, ove un soggetto si assume disturbato da immissioni rumorose prodotti da impianti (a ciclo continuo e/o discontinuo), appartenenti al vicino o condominiali o di terzi in genere il parametro per la valutazione della normale tollerabilità ex art. 844 c.c. è quello di matrice giurisprudenziale, ossia + 3 dBA su rumore di fondo;
- b) nei rapporti o contenziosi tra costruttori e acquirenti o tra venditore ed acquirente di un immobile, sorti successivamente all'entrata in vigore della L. 96-2010 il DPCM 5.12.97 non si potrà più applicare, quantomeno in via diretta; la valutazione della sussistenza o meno di carenze di tipo acustico dell'edificio dovrà essere effettuata in base alle regole dell'arte, che il Giudice individuerà caso per caso;
- c) nei rapporti o contenziosi tra costruttori e acquirenti o tra venditore ed acquirente sorti anteriormente all'entrata in vigore della L. 96-2010, il DPCM 5.12.97 non si potrà applicare fino all'eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 15 L. 96-2010; se detta disposizione fosse ritenuta legittima, allora il Giudice, anche nei giudizi in corso, potrà far riferimento, al fine di valutare la sussistenza o meno di carenze di tipo acustico dell'edificio, le regole dell'arte, che il Giudice individuerà caso per caso.

## Brevi note sulla sentenza delle sezioni unite n. 19246 del 2010. Molto rumore per (quasi) nulla?\*

**Francesca Cuomo Ulloa**

*Avvocato, Foro di Genova*

La recente sentenza delle sezioni unite *n. 19246 del 2010* ha creato notevole scompiglio. Diffusasi la notizia, anche grazie ai numerosi *social network* che ormai consentono ai professionisti "rete-dipendenti" di aggiornarsi in tempo reale sulle ultimissime della cassazione (1), sono iniziate le considerazioni critiche e, insieme alle critiche, anche i primi tentativi di arginare la valanga che, si teme, potrebbe abbattersi sulla mole delle cause di opposizione nelle quali l'opponente, che non si sia avvalso della facoltà di riduzione dei termini di comparizione, si sia costituito nel termine ordinario di dieci giorni dalla notificazione dell'atto di opposizione, legittimamente fidando sulla consolidata interpretazione giurisprudenziale dell'art. 645 c.p.c.

Dalla invocata irretroattività della sentenza interpretativa della Corte (2), alla possibilità di chiedere la rimessione in termini attraverso una lettura forzata, ma "costituzionalmente imposta", anche ai sensi dell'art. 111 Cost.(3), dell'art. 184 bis (ora 153) c.p.c.(4), passando per la richiesta di un intervento urgente del legislatore(5) si sono susseguiti in dottrina(6) e in giurisprudenza i tentativi diretti a frenare l'impatto, altrimenti devastante, della sentenza: con l'inevitabile effetto di generare timore ancora maggiore tra tutti gli avvocati che - a partire dal 9 settembre e almeno fino ai primi di ottobre (quando la notizia è divenuta di dominio pubblico) si sono comunque costituiti oltre i cinque giorni, "colpevolmente" inconsapevoli della "nuova regola", imposta dalla Cassazione, e pertanto esclusi tanto dal ipotetico rimedio della rimessione in termini, quanto dal beneficio della invocata irretroattività della "norma" sopravvenuta.

Le preoccupazioni - diffuse soprattutto tra gli avvocati - sono ovviamente comprensibili, così come condivisibili paiono le critiche rivolte dai primi commentatori ad una sentenza "sconcertante" che - come ammonisce taluno "potrebbe portare alla declaratoria di improcedibilità di decine di migliaia di procedimenti!".

Mi pare tuttavia che - ad una lettura più meditata della sentenza e della sua motivazione - sia possibile intravedere anche una diversa via d'uscita, senza necessariamente dover ricorrere a soluzioni che - per quanto costituzionalmente orientate - creano perplessità, forzando, e non poco, vuoi le norme processuali (rimessione in termini applicata in un caso che evidentemente esula dalla fattispecie di decadenza incolpevole prevista dall'art. 153 c.p.c.(7)) vuoi i principi generali, trasformando - sia pure in ossequio al giusto processo costituzionale - la sentenza delle s.u. in una fonte normativa, come tale non retroattiva e vincolante per i giudici inferiori. È dunque opportuno ricapitolare brevemente le circostanze che hanno condotto alla pronuncia della sentenza incriminata. L'opposizione che ha dato origine alla controversia era stata ritualmente notificata dalla parte ingiunta, la quale tuttavia, *per errore* (così sostiene il ricorrente), aveva fissato un termine a comparire di poco inferiore a quello legale. L'opponente si era poi costituito il nono giorno e dunque oltre il termine (dimidiato) di costituzione di cinque giorni. Eccepita nel giudizio di opposizione la tardività della costituzione, il Tribunale di Lecce con sentenza del 15.6.00,

aveva dunque *correttamente* (almeno sulla base della già richiamata giurisprudenza consolidata della Cassazione) dichiarato improcedibile l'opposizione stessa.

A seguito dell'impugnazione dell'opponente, la Corte d'appello di Lecce, con sentenza dell'1.7.03, confermava la decisione di primo grado, richiamando quell'orientamento (espresso tra l'altro, con sentenza n. 37521 del 2001), secondo il quale “*l'abbreviazione dei termini di costituzione per l'opponente consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a sessanta giorni, risultando del tutto irrilevante che la concessione dello stesso sia dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo*”.

Seguiva quindi il ricorso per cassazione dell'opponente, il quale invocava l'ingiustizia dell'indirizzo accolto dalla sentenza impugnata sul quale “*la Corte d'appello si sarebbe acriticamente adagiata*”, senza considerare che “*perché possa operare l'abbreviazione dei termini di comparizione assegnati al creditore opposto sarebbe stata invece necessaria una consapevole manifestazione di volontà dell'opponente di avvalersi della facoltà prevista dalla legge*”. Rilevava inoltre il ricorrente che, nel caso di specie, il termine di comparizione assegnato era di soli sette giorni inferiore a quello minimo e che la costituzione era avvenuta il nono giorno, “*il che doveva far propendere per un mero errore materiale nel calcolo del termine di comparizione*”.

Con ordinanza del 12.11.08, la prima sezione “*ritenendo che il consolidato orientamento della corte presenti aspetti problematici*”, rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione alle sezioni unite. Dalla ricostruzione del fatto si legge altresì che “*la prima sezione ha invero ritenuto che non risponde alla sistematica del codice di rito che la disciplina dei termini di un procedimento possa discendere dalla scelta di una delle parti del giudizio, al di fuori di ogni controllo da parte del giudice*”.

Investite della questione, le s.u. esordiscono affermando che “*Le ragioni addotte dal ricorrente, in parte recepite e sviluppate nell'ordinanza interlocutoria della prima sezione civile, non sono idonee a giustificare un mutamento del costante orientamento della corte*”, aggiungendo poi - come ormai tutti sanno - che è però “*opportuno procedere a una puntualizzazione*” che è poi quella che ha generato lo sconcerto degli operatori, gettando nel panico avvocati e asseriti debitori.

Ed infatti dopo aver richiamato il costante orientamento secondo cui “*quando l'opponente si sia avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario*” e ribadito altresì come (nonostante autorevoli contrarie considerazioni dottrinali) sia parimenti fondata l'ulteriore e più recente precisazione fatta propria dalla giurisprudenza di legittimità secondo cui “*l'abbreviazione del termine di costituzione per l'opponente consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, essendo irrilevante che la fissazione di tale termine sia dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo*”, le s.u. puntualizzano “*che esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà*”.

Il dimezzamento dei termini di costituzione - hanno tutti ritenuto di leggere nelle parole della Corte - sarebbe dunque

conseguenza *automatica* della proposizione dell'opposizione: con la conseguenza che, in ogni giudizio di opposizione, il termine di costituzione dell'opponente sarebbe di cinque giorni senza che abbia più alcuna rilevanza il rispetto o meno del termine legale di comparizione assegnato al creditore opposto; e con l'ulteriore conseguenza per cui si dovrebbe ritenere tardiva la costituzione effettuata oltre il quinto giorno, anche nel caso in cui il termine ordinario di comparizione sia stato integralmente rispettato, con la fissazione dell'udienza di prima comparizione ad oltre novanta giorni dalla notificazione dell'atto di opposizione.

Da qui, lo sconcerto di fronte alla puntualizzazione fatta dalla s.u. e l'amarezza nei confronti di una sentenza che, quasi con ironia, avrebbe radicalmente innovato decenni di giurisprudenza, in un caso in cui, tra l'altro, non esistevano contrasti tali da poter fare dubitare della stabilità dell'interpretazione corrente dell'art. 645 c.p.c.

Rileggendo per l'ennesima volta la motivazione della sentenza delle s.u., un dubbio tuttavia mi è sorto: un dubbio alimentato proprio dalle modalità adottate dalle s.u. per compiere la loro “*puntualizzazione*”: e se la corte avesse in realtà davvero voluto solo puntualizzare il suo orientamento, senza stravolgere l'interpretazione dell'art. 645?

Ho così provato a rileggere - da una diversa angolatura (segnalata dalle mie integrazioni in grassetto) - la motivazione ed in particolare le poche righe che contengono la *puntualizzazione*: *ritengono le s.u. che esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico (cioè che i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale)* è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta (*e non della scelta volontaria della parte*), in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà. Nel caso tuttavia, in cui l'opponente assegna un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, (*i termini di costituzione dell'opponente rimangono di 10 giorni, ma*) resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato (*cha abbia cioè scelto lui - in mancanza della scelta dell'opponente - di costituirsi anziché nei venti giorni prima dell'udienza, fissata dall'attore - dieci giorni prima del 45 giorno dalla notifica*) di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis terzo comma.

“*D'altra parte*” - continua poi la sentenza - “*se effettivamente il dimezzamento dei termini di costituzione dipendesse dalla volontà*” - (*e non anche da un errore*) - “*dell'opponente di assegnare un termine di comparizione inferiore a quello legale, non si capirebbe la ragione per la quale secondo la giurisprudenza di questa corte sono cumulabili il dimezzamento che deriva dalla astratta previsione legale di cui all'art. 645*” (*che prescinde dalla volontà... si potrebbe aggiungere*) “*con quello che può discendere da un apposito provvedimento di dimezzamento di tali termini richiesto ai sensi dell'art. 163 bis comma 3, ossia dal convenuto opposto*” (anche se, in verità, le sentenze citate si riferiscono al dimezzamento di cui all'art. 163 bis comma 2: ossia al dimezzamento chiesto dall'attore opponente, sulla base di una esplicita manifestazione di volontà)

Così rileggendo la motivazione, in altri termini, la puntualizzazione ci sarebbe, ma sarebbe davvero di importanza mi-

nore, riguardando la sola questione della applicabilità al procedimento di opposizione dell'art. 163 bis comma 3 (e non comunque del comma 2 che la giurisprudenza ritiene specificamente applicabile): questione che le s.u. risolvono positivamente *“per esigenze di coerenza sistematica”*, oltre che per ragioni di natura pratica, riconoscendo all'opposto che abbia urgenza di accelerare i tempi dell'opposizione - (che siano stati ad esempio allungati dall'opponente attraverso la fissazione dell'udienza oltre il termine minimo di comparizione, al fine di dilazionare la decisione sulla concessione dell'efficacia esecutiva ai sensi dell'art. 648 c.p.c.) - la facoltà di richiedere egli stesso la riduzione del termine di comparizione e l'anticipazione dell'udienza - a condizione però (analogia a quella operante per l'opponente che abbia, *volontariamente o involontariamente*, dimezzato il termine di comparazione) che lo stesso provveda a costituirsi nel termine dimidiato (ossia entro 35 giorni dalla notifica dell'opposizione): giacché riduzione del termine di comparazione e di costituzione vanno necessariamente di pari passo.

D'altra parte mi pare che, solo accedendo a questa (ri)lettura della sentenza delle s.u., abbia senso e significato l'ulteriore precisazione della Corte secondo cui non *“potrebbe indurre a diverse conclusioni l'osservazione che, se si ritiene irrilevante la volontà dell'opponente di assegnare un termine di comparizione inferiore a quello legale, potrebbe sorgere il dubbio che il sacrificio del suo termine di costituzione possa essere ingiustificato, alla luce dell'art. 24 cost., come potrebbe desumersi da corte cost. n. 38/2008”* (rectius 18/2008: con il che, mi pare, le s.u. ancora una volta intendono ribadire l'orientamento che fa dipendere il dimezzamento dal solo fatto dell'assegnazione di un termine di comparazione inferiore a quello legale, a prescindere dalla effettiva volontà dell'opponente). Infatti - prosegue la motivazione - *“l'effetto legale del dimezzamento dei termini di costituzione dell'opponente, dipendente sia (leggi dal) solo fatto della proposizione dell'opposizione”* (**e non dalla volontà dell'opponente**), è *“pur sempre un effetto che discende dalla scelta del debitore”* (**scelta cioè della data dell'udienza di comparizione da cui dipende ovviamente la durata del termine di comparazione per il convenuto e non certo scelta di fare opposizione**(8)) *“che non può non conoscere quali sono le conseguenze processuali che la legge ricollega alla sua iniziativa”*.

Non so se quella proposta sia davvero l'interpretazione corretta della sentenza in esame(9), anche se sono convinta che si tratti di una lettura plausibile e certamente preferibile (per il suo impatto) a quella che i più hanno accolto. In ogni caso, mi auguro che essa possa quanto meno essere presa in considerazione dalla giurisprudenza di merito (in attesa, se si vuole, di un intervento chiarificatore da parte del legislatore), per poter salvare le *“decine di migliaia di procedimenti!!!”*, senza necessariamente intaccare i principi fondamentali del nostro ordinamento processuale.

\* Articolo apparso anche in *Diritto e formazione*, n. 6/10.

Note:

(1) V. in particolare tra i primi *“post”* che hanno contribuito a diffondere la notizia, quello di Minardi, *Il diritto è morto e anche io non mi sento bene*, in [www.lexform.it](http://www.lexform.it).

(2) V. Trib. Varese, 8.10.2010, in [www.lexform.it](http://www.lexform.it), secondo cui *“in caso di decisioni alle quali non può riconoscersi effetto meramente dichiarativo, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento civile italiano, deve escludersi l'efficacia retroattiva delle nuove regole interpretative in materia processuale e di accesso alla Giustizia”*. Ovviamente - conclude poi il Giudice di Varese, - *“con decorrenza dalla pubblicazione della sentenza (9 settem-*

*bre 2010), tutti i procedimenti civili di nuova instaurazione saranno sottoposti alla nuova interpretazione nomofilattica, ritenendo questo giudice di dover rispettare e applicare il Supremo pronunciamento per l'avvenire”*.

(3) V. Tribunale di Torino - ord. 11-10-2010, in [www.lexform.it](http://www.lexform.it) A sostegno della applicabilità di tale norma viene dunque invocato il principio di diritto espresso dalle ordinanze della Cass. nn. 14627/2010, in *Rep. Foro it.*, 2010, voce *“Cassazione civile”*, n. 82 secondo cui *“alla luce del principio costituzionale del giusto processo, la parte che abbia proposto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata giurisprudenza di legittimità in ordine alle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, incorre in errore scusabile ed ha diritto ad essere rimessa in termini ai sensi dell'art. 184 bis c.p.c., ....”*.

(4) Esclude tuttavia questa possibilità la già citata sentenza del Trib. di Varese 8.10.2010 in quanto *“la remissione si risolverebbe in una lesione del principio di ragionevole durata anche con rischio di perdita delle attività processuali sino ad ora svolte ed espletate e, dunque, comunque con un effetto di sfavore per la parte sostanziale incolpevole in spregio a quanto poc'anzi affermato”*.

(5) L'Avvocatura ha subito richiesto un intervento normativo interpretativo dell'articolo 645 del c.p.c. *“per superare la giurisprudenza capesta delle Sezioni Unite della Cassazione”*, suggerendo in particolare il CNF nel comunicato stampa del 14 ottobre 2010, una modifica nel senso che *“l'art. 165 comma 1 c.p.c. va interpretato nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163 bis comma 2 cpc”*, ovvero chiarire che *“l'art. 645, 2° comma va interpretato nel senso che la riduzione dei termini ivi prevista non riguarda i termini di costituzione”*.

(6) Caponi, *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*; Briguglio - *L'overruling delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo; ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, entrambi in [www.judicium.it](http://www.judicium.it).

(7) Cfr. in generale sui presupposti della rimessione in termini, Caponi, *La rimessione in termini*, 1996.

(8) L'iniziativa dell'opponente di proporre opposizione, infatti, non potrebbe considerarsi una *scelta* (essendolo tale solo quella di fissare l'udienza più o meno presto) ma una *necessità*, per evitare di subire un giudicato senza aver potuto neppure interloquire.

(9) è peraltro il caso di segnalare che le *“ambigue”* affermazioni della Corte sarebbero in realtà parte, non tanto della *ratio decidendi* della sentenza, bensì di un *obiter dictum*, irrilevante ai fini della decisione del caso oggetto di ricorso, nel quale come si è detto l'opponente aveva fissato (a suo dire, per errore) un termine di comparazione inferiore a quello legale. Tale notazione potrebbe poi consentire di sottolineare come, nei sistemi realmente fondati sul precedente vincolante (e non meramente persuasivo), ciò che è vincolante è solo la *ratio decidendi* (formulata dall'organo decidente nella piena consapevolezza delle sue implicazioni nel caso concreto) e non l'*obiter dictum*: essendo opportuno non sottovalutare questa differenza nel momento in cui anche nel nostro ordinamento ci si avvia, almeno dal punto di vista empirico, ad attribuire efficacia di precedente vincolante alle sentenze della Suprema Corte.

# *L'incontro dello straniero con il diritto italiano e il ruolo delle professioni legali*

**Andrea Fusaro**

Ordinario di Sistemi giuridici comparati, Università di Genova

**Sommario:** 1. *Insidie e trabocchetti nascosti nel linguaggio giuridico.* - 2. *L'incidenza dei fenomeni migratori.* - 3. *Intensificazione della contrattazione degli stranieri.* - 4. *L'accertamento della capacità negoziale.* - 5. *L'identificazione dello straniero.* - 6. *Forme di matrimonio... - 6.1....di scioglimento. - 6.2....di affidamento. - 6.3. ....di regimi patrimoniali - 7. Il controllo condotto sui documenti stranieri. - 8. La mediazione culturale nella contrattazione. - 9. L'apporto del giurista pratico alla tutela dei diritti dello straniero.*

## **1. Insidie e trabocchetti nascosti nel linguaggio giuridico.**

Quale significato può assumere la domanda “le piace il cavallo?” rivolta ad un interlocutore proveniente da una tradizione dove - a differenza da quella del parlante - la carne di cavallo è comestibile? Essa potrebbe evocare in lui non solo l’immagine dell’animale elegante, ma pure quella del filetto saporito.

La conversazione imbastita tra soggetti appartenenti a culture distanti, i quali non siano avvertiti circa le insidie racchiuse in questi “falsi amici”, rischia di trasformarsi in una commedia degli equivoci.

Si narra che qualche decennio addietro certi magnati arabi, soltanto dopo aver perfezionato ingenti investimenti immobiliari a Londra, abbiano scoperto che buona parte dei loro nuovi possedimenti non sarebbero passati alle generazioni successive, trattandosi di “leasehold”, quindi titolarità a tempo, la cui scadenza varia nel caso concreto (e sembra che molte fossero assai ravvicinate).

La conclusione di accordi, la stipula di contratti, tra soggetti provenienti da tradizioni differenti impone una mediazione, culturale prima che giuridica, laddove sono coinvolte le connessioni tra lingua e diritto (1).

Si ripete spesso che occorre una mediazione tanto più profonda quanto maggiore è la distanza che separa i due contesti, ma ha fatto scalpore la notizia diffusa un decennio fa della vendita di un figlio rimasta impunita in Michigan, poiché in quello Stato difetterebbe una proibizione corrispondente.

## **2. L'incidenza dei fenomeni migratori.**

L'incontro con lo straniero si è intensificato con i fenomeni migratori, i quali conducono sul nostro territorio soggetti portatori di tradizioni, alle quali sono legati e che pertanto vorrebbero conservare, al contempo usufruendo delle opportunità offerte dal paese ospitante.

La migrazione è l'arena delle pretese. Le più sottolineate sono quelle culturali e sociali, legate alla diversità di costumi: dall'abbigliamento (ormai paradigmatico il “chador”) alle pratiche rituali (infibulazione, escissione). Si tratta dei fenomeni la cui rilevazione conduce al cuore delle riflessioni sulla regolamentazione della società multietnica, finalizzate appunto alla ricerca di regole di compatibilità tra le diverse culture. I casi più difficili presentano rilevanza penale: richieste di aborto selettivo delle femmine; mutilazioni genitali femminili; pratiche di ratto a scopo economico; infanticidio; omicidio per causa di onore.

Altre tradizioni coinvolgono il terreno contrattuale per i rifiessi sullo stato civile: si pensi alla poligamia ed al ripudio (2), per un verso, agli sviluppi che ampliano la libertà dell'individuo anche nell'ambito del diritto di famiglia, tra cui la rilevanza accordata alla convivenza di fatto (3) ed al matrimonio omosessuale. Altro conflitto sorge rispetto alle forme di divorzio (4).

Il problema dell'accesso s'intreccia, dunque, con quello del quoziente di diritti riconosciuti (il transito dalla tolleranza all'inclusione) giacché - come si è a suo tempo notato a proposito della reciprocità (5) - poco senso avrebbe ammettere un soggetto e poi non riconoscergli alcun diritto (6).

## **3. Intensificazione della contrattazione degli stranieri.**

La contrattazione degli stranieri è cresciuta esponenzialmente negli ultimi anni con l'intensificarsi dei flussi migratori e l'inserimento degli immigrati nella vita sociale italiana, tramite l'acquisto della casa e la contemporanea stipulazione del mutuo, nonché con l'avvio di attività imprenditoriali.

L'acquisto dell'abitazione da parte di immigrati rappresentava nel 2004 il 12% del mercato. All'acquisto è frequentemente collegata la stipulazione del relativo mutuo: risulta che nel 2007 il mutuatario fosse straniero nel 10% dei mutui. Notevole anche la crescita dell'imprenditoria: oltre un terzo delle nuove imprese ha un titolare extracomunitario, con un notevole incremento dell'imprenditoria femminile, aumentata tra il 2006 e il 2007 del 73%, pesando a Milano per il 52,1% sull'imprenditoria femminile totale (il 7,9% in Italia).

## **4. L'accertamento della capacità negoziale.**

In via pregiudiziale occorre, dunque, accettare l'attitudine dello straniero a contrattare nel nostro paese, operazione che un tempo tendeva ad esaurirsi nell'accertamento della c.d. reciprocità- introdotta nel codice del 1942 all'art.16 preleggi cod. civ.-, l'antica regola per cui allo straniero è assicurata la stessa quota di diritti che nel suo paese è riconosciuta al cittadino italiano (7). In Italia il principio di reciprocità, sopravvissuto alla riforma del diritto internazionale privato, è stato tuttavia ridimensionato dal “Testo Unico sull'immigrazione e la condizione giuridica dello straniero” sia tramite il riconoscimento della pienezza della capacità allo straniero regolarmente soggiornante (8), sia garantendogli comunque il godimento dei diritti fondamentali, anche nell'assenza di quei presupposti (9).

Tale indagine si è, così, arricchita del confronto con le regole in tema di immigrazione (10), le quali giocano ora ampliando ora riducendo - nei fatti (11)- la capacità dello straniero: per un verso, in ragione della nota disciplina - contenuta nel Testo Unico sull'immigrazione (12)- che ammette lo straniero regolarmente soggiornante (13) a godere di tutti i diritti civili; per l'altro, poiché in difetto del permesso di soggiorno- laddove necessario- è precluso l'accesso alla contrattazione immobiliare (14).

In questa fase il giurista pratico viene a contatto con le regole sull'immigrazione, le ricadute burocratiche delle politiche dei governi (15)-, di cui deve verificare il rispetto, misurandosi con lo iato tra la nettezza della prescrizione legislativa e la vischiosità della macchina burocratica, che ha generato regole di compromesso, come a proposito della ultrattivitá del permesso scaduto nelle more del suo rinnovo (16).

Le difficoltà che un tempo si concentravano nell'accertamento della reciprocità e poi nella sua spiegazione allo straniero, oggi si distribuiscono sul terreno dei permessi di sog-

giorno, occorrendo accertarne non soltanto la sussistenza, ma pure la tipologia (17). Ci si trova, così, a confrontarsi con problemi che trascendono non solo la dimensione statale, ma pure quella comunitaria (18), dovendosi dare carico di comunicarne i condizionamenti rispetto all'attività negoziale, in ragione dell'interferenza con la regolarità del soggiorno, a propria volta - s'è visto- presupposto della capacità giuridica e di agire (19). In questa fase, dunque, il giurista si trova ad illustrare le nostre regole allo straniero.

### 5. L'identificazione dello straniero.

In ordine all'identificazione della persona, all'accertamento della capacità d'agire ed allo stato civile occorre confrontarsi con regole straniere, accostandole a quelle interne, con cui devono coordinarsi.

Intanto per l'individuazione del nome, la cui composizione varia a seconda del paese (20), basti pensare all'oscillazione tra patronimico e matronimico e ad altri criteri ancora, tra i quali la perdita del cognome da parte della donna maritata. Certamente si ricava il nome dai documenti di identità, ma lo si deve pur sempre trattarlo in maniera consapevole: basti pensare alla eventuale variazione del cognome tra l'acquisto e la rivendita di un bene (come può capitare ad una signora, per l'intervenuto matrimonio), laddove occorre acquisire certezza dell'identità dell'alienante.

Anche la capacità di agire deve essere acclarata in concreto (21): la maggiore età varia, non essendo ovunque fissata al diciottesimo anno (22).

Rispetto all'accertamento dello stato civile si presenta l'aggravante che non sempre esso emerge dai documenti di identità, oppure lo straniero comunica verbalmente l'intervento di variazioni - quale il divorzio -, per la cui prova produce documenti per la nostra mentalità inconsueti (23), spesso da interpretare al fine di valutarne la pertinenza e plausibilità.

La difficoltà talora enorme di tali indagini (24) non esime dal tentativo di appurare lo stato civile ed il regime patrimoniale dei soggetti coniugati.

### 6. Forme di matrimonio...

Nel consumare questo sforzo ci si affaccia su modalità per noi impensabili di conclusione del matrimonio e di scioglimento; esse vengono poste in relazione con le regole internazionalistiche, con l'ordine pubblico che filtra il riconoscimento di condizioni e regole saggianone la compatibilità con il nostro ordinamento (in particolare, matrimonio, divorzio, adozione) (25).

Sul primo fronte basta citare il matrimonio telefonico tra pakistani che, rispetto ad un caso in cui un coniuge risiedeva in Italia, è stato riconosciuto valido da una piuttosto recente pronuncia milanese (26), sulla scorta della nostra regola internazionalprivatistica (27) secondo cui la validità del matrimonio formato all'estero dev'essere effettuato sulla base della legge del luogo di celebrazione (28).

Apposita attenzione merita, poi, il matrimonio islamico (29). Sul matrimonio non già poligamico in concreto, ma contratto secondo una legge che ammetta la poligamia od il ripudio unilaterale, è reperibile una sentenza della Cassazione pronunciata un decennio fa - alla quale è stata data grande evidenza sulle riviste giuridiche (30) - la quale ne ha escluso la contrarietà con il nostro ordine pubblico, in quanto formatasi in conformità alla legge locale (31), così da creare un vincolo rilevante ai fini successori (32). La Corte si è appoggiata alla propria giurisprudenza, secondo cui "a mente dell'art. 115 c.c. ed in armonia

con quanto previsto dagli art. 17 e 26 delle preleggi e 50 della legge sullo stato civile, il matrimonio celebrato da cittadini italiani all'estero secondo le forme ivi stabilite e sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato e capacità delle persone previsti dal nostro ordinamento, è immediatamente valido e rilevante anche in Italia, indipendentemente dall'osservanza delle norme italiane riguardanti le pubblicazioni, che possono dar luogo soltanto ad irregolarità suscettibili di sanzioni amministrative, e la trascrizione nei registri dello stato civile, la quale ha natura certificativa e di pubblicità e non costitutiva (33)". In motivazione è stata richiamata adesivamente la citazione contenuta nella sentenza impugnata di "un autorevole indirizzo dottrinario, secondo cui occorre distinguere la regolamentazione del rapporto giuridico controverso dalla rilevazione dei suoi presupposti, la regolamentazione della questione principale da quella pregiudiziale o preliminare, con la conseguenza che la disciplina di tali presupposti o questioni, posta dall'ordinamento straniero, al pari del diritto o "status" che si presenta come acquisito rispetto alla situazione da accettare, costituiscono essenzialmente elementi interpretativi (ove a ciò occorra procedere) delle norme straniere richiamate dalle disposizioni di diritto internazionale privato per la soluzione del caso concreto e che, in quanto tali, non sono direttamente immessi nell'ordinamento interno: è stato affermato, così, che il figlio e la moglie del mussulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia e, ancora, che l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido - o di una filiazione legittima - rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'inserzione nella "ex fori" delle norme straniere che ammettono la poligamia o vietano i matrimoni misti, non pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno". In particolare, è stata sottolineata "l'insostenibilità della tesi secondo cui ad un matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero - sia pure nel rispetto delle forme ivi stabilite ed in presenza delle persone - non potrebbe riconoscersi alcun effetto giuridico, ove la "lex loci" preveda caratteristiche contrastanti con i principi fondamentali del nostro ordinamento, discende dal principio del c.d. "favor matrimonii", alla cui stregua l'atto non perde validità se non sia stato impugnato per una delle ragioni indicate negli artt. 117 e segg. cod. civ. (nelle quali non può non essere ricompresa quella del matrimonio contratto secondo un rito che preveda la poligamia e/o lo scioglimento del vincolo "ad nutum") e non sia intervenuta una pronuncia di nullità o di annullamento. Ne deriva che, in virtù della validità interinale del matrimonio contratto da cittadino italiano all'estero pur secondo una legge che consente la poligamia e/o il ripudio, ma nel rispetto delle forme ivi stabilite e ricorrendo i requisiti sostanziali di stato e capacità delle persone, non si può disconoscerne l'idoneità a produrre effetti nel nostro ordinamento, sino a quando non se ne deduca la nullità e non intervenga una pronuncia sul punto". È stato altresì tenuto conto della prassi amministrativa, delle istruzioni impartite allo Stato civile per la trascrizione di matrimoni islamici (34). Sulla base di queste premesse la Cassazione ha concluso che: "nel regime anteriore all'entrata in vigore della l. 31 maggio 1995 n. 218, sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, il matrimonio celebrato da cittadini italiani all'estero, secondo le forme ivi stabilite, qualora sussistano i requisiti sostanziali previsti dal nostro ordinamento relativamente allo stato e capacità delle persone, è immediatamente valido e rilevante anche in Italia (con conseguente acquisizione da parte dello straniero della qualità di coniuge, anche in relazione al diritto successorio), senza che rilevi, in senso contra-

rio, in caso di matrimonio islamico, che quel matrimonio, secondo l'ordinamento nel quale è stato contratto presenti caratteristiche (quali la previsione della poligamia e del ripudio) contrarie all'ordine pubblico interno e al buon costume” (35).

#### 6.1. ...di scioglimento.

Sul secondo si incontra il “ripudio” proprio della cultura islamica, oggetto di una sentenza piuttosto recente, la quale ha negato che possa valere a negare alla madre il diritto al riconciliamento con i figli, pur privandola della potestà, escludendo che la potestà di entrambi i genitori sui figli sia principio di ordine pubblico internazionale. La fattispecie concerniva il figlio minore di una cittadina del Regno del Marocco “ripudiata” dal marito il quale, con l'atto di ripudio, ed in conformità della Moudawana (codice dello stato delle persone colà vigente), aveva escluso la moglie dalla tutela del minore, riservandola a se stesso. Secondo la Cassazione: “in materia di disciplina dell'immigrazione, l'art. 29, comma 1, lett. b), d.lg. n. 286 del 1998, stabilendo che lo straniero può chiedere il riconciliamento per i figli minori “a carico”, prevede esclusivamente che il genitore che chieda il riconciliamento sia quello che provvede al sostentamento, non anche che egli sia titolare della potestà, esclusiva o concorrente, sul figlio minore; pertanto, ai fini del rilascio del visto per l'ingresso in Italia, è necessario soltanto che il genitore che lo chiede offra sufficienti garanzie in ordine alla convivenza con il minore nel territorio italiano, alla disponibilità di un alloggio idoneo a questo fine ed alla titolarità di un reddito adeguato, non rilevando in contrario che titolare della potestà, quindi della rappresentanza legale del minore, in base al diritto del paese d'origine, sia il genitore che ivi ancora risiede, il quale non conviva con il minore, non provveda al suo sostentamento e abbia anche dato l'assenso all'espatrio del medesimo, dato che nel sistema della legge del minore, applicabile ai sensi dell'art. 36 l. n. 218 del 1995, la titolarità esclusiva della potestà spettante ad un genitore non esclude che questi consenta alla convivenza del figlio con l'altro genitore, al quale in tal caso è delegato l'esercizio concreto della potestà” (36).

#### 6.2. ...di affidamento.

Sul fronte della filiazione si scopre la “Kafalah”, istituto di diritto islamico a protezione dell'infanzia abbandonata, che in alcune occasioni è giunta nelle aule dei nostri tribunali (37) ed in più occasioni della stessa Cassazione, la quale l'ha finalmente assimilata al nostro affidamento: “sulla base di una visione costituzionalmente orientata della norma contenuta nell'art. 29, comma 2, decreto legislativo n. 286/98, l'istituto di diritto islamico della Kafalah è da includere, insieme all'adozione e, all'affidamento, tra i presupposti necessari per rendere praticabile il c.d. riconciliamento familiare. Diversamente, una sua pregiudiziale esclusione penalizzerebbe tutti i minori di paesi arabi, illegittimi, orfani o comunque in stato d'abbandono per i quali tale istituto è l'unico strumento di protezione previsto dagli ordinamenti islamici; la kafalah, infatti, permette al minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed assistenza nell'ambito della propria famiglia legittima, di essere accolto da due coniugi od anche un singolo affidatario, che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l'affidato entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che lo accoglie” (38).

#### 6.3. ...di regimi patrimoniali.

Anche rimanendo nell'ambito della tradizione giuridica oc-

cidentale si constata un ventaglio ampio di regimi patrimoniali, cosicché l'accertamento di quello applicabile nel caso concreto è l'esito di una ricerca condotta sul diritto straniero (39) che conduce il giurista pratico a confrontarsi con regole talora distantissime dalla sua mentalità, abituata all'alternativa secca tra separazione e comunione dei beni (40).

Caratteri di internazionalità possono derivare al matrimonio non solo dalla diversa cittadinanza dei coniugi, ma anche dalla residenza abituale in un paese diverso dal loro, dal cambiamento di cittadinanza durante il matrimonio. Per effetto della regola internazionalprivatistica la quale applica ai coniugi di diversa cittadinanza la legge del paese dove la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata, gli stranieri non connazionali sebbene coniugati all'estero si trovano soggetti alla legge italiana (41), la quale li pone in comunione legale, regime da loro spesso sconosciuto e comunque indesiderato. Qui occorre non già comprendere la regola straniera, ma spiegare quella italiana, eventualmente suggerendone modifiche (42). Questo vale anche per le coppie di connazionali, alle quali si offre la possibile adozione del nostro regime patrimoniale, inclusa la separazione dei beni che può riuscire conveniente sotto il profilo fiscale od anche civilistico (altro è che non sempre questa scelta è accolta dal loro paese di provenienza, laddove continuano ad essere regolati dal regime originario) (43).

#### 7. Il controllo condotto sui documenti stranieri.

Altro compito è il controllo dell'adeguatezza dei documenti stranieri- dalla procura al testamento -, dandosi carico della loro traduzione, provvedendovi direttamente, laddove sia in grado, oppure affidandosi ad esperti (44)

Si affrontano, allora, tutte le difficoltà proprie di questa attività, oggetto di tante riflessioni rivolte a sottolinearne il contenuto culturale prima che lessicale (45), svolgendo quindi anche in questo ambito un ruolo di mediazione giuridica.

#### 8. La mediazione culturale nella contrattazione.

È inevitabile l'assolvimento da parte del giurista pratico del ruolo di mediatore giuridico pure in occasione della contrattazione cui assista.

Le testimonianze raccolte sul campo abbondano. Intanto circa le difficoltà di identificazione. Un ostacolo è legato all'usanza del velo. Sembra che alcuni istituti di credito abbiano rifiutato di aver a che fare con donne musulmane, a causa dell'impossibilità di accertarne l'identità a causa del loro rifiuto di togliersi il velo; nel caso di un contratto di mutuo la situazione sarebbe stata sbloccata soltanto grazie alla circostanza che pure il funzionario di banca era donna. Non sono mancate le noti dolenti: pare siano stati tentati scambi di identità, contando sulla confusione indotta dai tratti somatici orientali; è stato riferito che in uno studio del nord-est ad una cessione di quote sociali si sarebbe presentato un venticinquenne con tutti i documenti di identità appartenenti ad un quarantenne. A Rimini sarebbe stato scoperto l'utilizzo del medesimo permesso di lavoro da parte di sette connazionali. Alcune narrazioni hanno testimoniato la sorpresa di coppie islamiche di trovarsi in comunione di beni, regime per loro ignoto.

Particolarmente ghiotto è risultato il racconto che vede quale protagonista un pakistano musulmano da tempo residente a Milano, dove si era ormai ambientato. Al momento di firmare il contratto di mutuo, costui avrebbe domandato al funzionario della banca di vendergli la penna, motivando la sua richiesta con l'esigenza di “risolvere un problema”: il divieto

della "riba", ossia di pagare interessi su denaro ricevuto, che sarebbe stato aggirato considerando gli interessi il prezzo pagato per l'acquisto della penna.

In molti hanno riferito circa le convinzioni inveterate circa la vigenza delle tradizioni di appartenenza, come quella delle ghanesi dell'assenza di alcuna loro libertà di autodeterminazione sia personale sia economica, tale per cui quello che guadagnano spetterebbe al marito; dei migranti subsahariani oppure in ordine all'appartenenza dei figli al padre (46).

Talora la difficoltà di cogliere i meccanismi giuridici espone lo straniero a rischi di malversazioni. Invero nella pratica della contrattazione immobiliare si ha spesso la sensazione che l'attenzione per i termini economici faccia velo alla comprensione dei termini giuridici, come accade a margine dell'acquisto dell'alloggio finanziato tramite mutuo bancario, laddove la rata di rimborso è rapportata al canone di locazione, percependo il consolidamento della proprietà soltanto al termine dell'ammortamento del mutuo. Esito è la scarsa attenzione alle componenti della somma finanziata (47).

## 9. L'apporto del giurista pratico alla tutela dei diritti dello straniero.

Il giurista pratico deve, quindi conoscere la mentalità, insieme alle categorie giuridiche altrui, perché soltanto la consapevolezza dei riferimenti altrui consente di dialogare, operando quale mediatore culturale; nell'assolvere a questo compito gli è di ausilio la comparazione, la quale a propria volta filtra gli apporti della sociologia del diritto e delle altre discipline coinvolte.

A fianco di questa competenza tecnica dei singoli professionisti, si registra il contributo corporativo-mediato dalle istituzioni - attraverso iniziative autonome oppure coordinate con quelle comunitarie rivolte all'affinamento delle regole esistenti ed alla formulazione di nuove. Sono progetti rivolti all'avvicinamento delle regole di diritto internazionale privato oppure all'elaborazione di regole o strumenti uniformi.

Il contributo così fornito si colloca a livello maggiormente applicativo, ma non inferiore, atteso che riguarda proprio la concretizzazione di quelle opportunità giuridiche che diversamente rimarrebbero teoriche.

### Note:

(1) R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992, p. 12 ss. sottolinea lo speciale significato di lingua e diritto: come gli individui di una stessa società non possono comprendersi se non parlano la stessa lingua, ugualmente una regola giuridica per disciplinare un rapporto deve avere lo stesso significato per tutte le parti.

(2) Il giurista vi guarda sullo sfondo della evoluzione del diritto internazionale privato della famiglia in una società multiculturale dove si assiste a migrazione di gruppi etnici assolutamente legati alla loro cultura, ciò che influisce soprattutto nel diritto di famiglia rispetto al quale la religione esercita un forte condizionamento. In alcuni paesi le minoranze etniche cercano di ottenere una certa autonomia anche in riferimento al diritto di famiglia, come accade in Italia ove figurano parecchi matrimoni: civile, concordatario, cattolico, ebraico, secondo il rito della tavola valdese.

A questo fenomeno si affianca quello delle famiglie plurietiche (ed i cinefili pensano ad "East is east", al "Grosso, grasso matrimonio greco", a "La sposa turca", ed altri ancora). Il diritto internazionale sarebbe ormai chiamato, piuttosto che a favorire l'integrazione delle minoranze etniche, a tutelare l'identità culturale delle persone, e di questa tendenza sarebbe espressione il favore verso il riconoscimento - sulla base dell'art. 8 CEDU - di un diritto della persona

alla protezione di un suo stile di vita: l'ordinamento giuridico internazionale proteggerebbe la "continuità culturale della persona". La protezione della persona metterebbe, quindi, in crisi quell'idea di un diritto di famiglia uniforme e universale che sembrava consolidarsi sulla base del principio dell'uguaglianza dei coniugi e della parità di trattamento del figlio nato in costanza di matrimonio e di quello nato fuori, della facilitazione del divorzio e della garanzia al coniuge economicamente più debole di un adeguato tenore di vita anche dopo lo scioglimento del matrimonio. Degno di rilettura il contributo di E. Jayme, *Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1993, 295

(3) Nel mondo occidentale è, invero, emergente l'atteggiamento liberale basato sui valori illuministici, i cui sviluppi tuttavia contrastano con precetti religiosi di altri paesi, specie del diritto islamico, ove predomina il modello della famiglia patriarcale. Si registra allora una significativa mutazione per cui contro lo sbarramento opposto in ambito europeo ai diritti islamici che violano precetti costituzionali si invocano i diritti dell'uomo e la libertà di religione, per difendere l'applicabilità del diritto personale, riscoprendo così il principio di nazionalità di cui oltre un secolo e mezzo fa fu paladino Pasquale Stanislao Mancini

(4) Ad esempio, quello consensuale del diritto dei paesi asiatici (Giappone, Thailandia), fortemente influenzato dal confucianesimo (ma c'è anche in Israele).

(5) Lo ricorda F. Toriello, *La condizione giuridica dello straniero. Profili di diritto comparato e comunitario*, Padova, 1997

(6) Come reagisce il diritto internazionale privato? Tra le tecniche suggerite dalla dottrina spicca quella di integrare la legge sostanziale richiamata con quella accantonata almeno come "fatto". Sullo scenario internazionale si segnala, poi, la comparsa di nuove norme sostanziali di famiglia per la società multiculturale, quale una legge inglese sul matrimonio poligamico, e le convenzioni bilaterali tra la Francia e l'Africa del nord.

(7) Ai sensi dell'art. 1, Ic., D. P.R. 394/1999: "1. Ai fini dell'accertamento della condizione di reciprocità, nei casi previsti dal testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di seguito denominato: «testo unico», il Ministero degli affari esteri, a richiesta, comunica ai notai ed ai responsabili dei procedimenti amministrativi che ammettono gli stranieri al godimento dei diritti in materia civile i dati relativi alle verifiche del godimento dei diritti in questione da parte dei cittadini italiani nei Paesi d'origine dei suddetti stranieri".

(8) Occorre integrare la norma con la disciplina di attuazione, contenuta nel D. P.R. 31 agosto 1999, n.394(modificato dal D. P.R. 18 ottobre 2004 n. 334, pubblicato sulla G.U. n. 33 del 10 febbraio 2005, S.O. n. 17), in particolare l'art. 1, secondo comma

(9) Come rispetto al diritto al risarcimento del danno da fatto illecito, secondo una convinzione radicata anche presso la nostra giurisprudenza e ribadita da Cass. 7 maggio 2009 n. 10504 "l'art. 16 delle disposizioni sulla legge in generale (cc.dd preleggi) sulla condizione di reciprocità è applicabile solo in relazione ai diritti non fondamentali della persona dal momento che i diritti fondamentali, come quelli alla vita, all'incolumità ed alla salute, siccome riconosciuti dalla Costituzione, non possono essere limitati da tale articolo, con la conseguenza che la relativa tutela deve essere assicurata, senza alcuna disparità di trattamento, a tutte le persone, indipendentemente dalla cittadinanza (italiana, comunitaria ed extracomunitaria)".

(10) Si segnala il volume di E. Calò, *La nuova disciplina della condizione dello straniero*, Ipsoa, 2000.

(11) Invero la norma riprodotta infra alla nota (13) configura un reato, piuttosto che sottrae la capacità di negoziare, ma l'esito operativo(prescindendo dal terreno strettamente civilistico) non è molto distante. Al riguardo occorre segnalare il ridimensionamento della portata della norma operato da Cass pen., 7. 5. 2009, n.

19171, la quale ha escluso integri il reato in questione la locazione di un immobile ad un extracomunitario senza permesso di soggiorno se il canone richiesto è equo, mancando l'ingiusto profitto

(12) Art. 2, I e II c., d.lgs.25 luglio 1988 n.286: "I). Allo straniero comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. II) Lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente. Nei casi in cui il presente testo unico o le convenzioni internazionali prevedano la condizione di reciprocità, essa è accertata secondo i criteri e le modalità previste dal regolamento di attuazione.“

(13) Dalla disciplina di attuazione, in particolare Art. 1, II c., D.P.R. 394/1999 che delimita la nozione correlandola alla finalità per la quale il soggiorno è stato consentito: " 2. L'accertamento di cui al comma 1, non è richiesto per i cittadini stranieri titolari della carta di soggiorno di cui all'articolo 9 del testo unico, nonché per i cittadini stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi di lavoro subordinato o di lavoro autonomo, per l'esercizio di un'impresa individuale, per motivi di famiglia, per motivi umanitari e per motivi di studio, e per i relativi familiari in regola con il soggiorno."

(14) Art.12, comma 5 bis, d. lgs. 25. 7. 1998, n. 286, introdotto dal d.l. 23. 5. 2008, n. 92, convertito con legge 24. 7. 2008, n. 125: "5-bis. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque cede a titolo oneroso un immobile di cui abbia la disponibilità' ad un cittadino straniero irregolarmente soggiornante nel territorio dello Stato È punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività' di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina".

(15) Le elaborazioni compiute in seno ai "migration studies" hanno preso ad occuparsi dei flussi migratori dagli inferni e dai purgatori del mondo - si intende in senso economico - verso il paradiso. Il diritto aspira ad operare una selezione all'interno dell'elevato numero di quanti avanzano pretese: questione incandescente verso cui il diritto si affacciava cauto. Il primo problema che deve affrontare è quello dell'ammissione nella Terra Promessa che evoca lo spettro del razzismo e chiama in gioco la cultura dell'imparzialità; poi, mostra come al mutare delle condizioni sociali non mutino le tecniche utilizzate per controllare i confini; ancora, rende evidente che la cifra delle risposte istituzionali è il principio della piena sovranità dello Stato, che ha condotto a considerare l'ingresso come un privilegio: con l'ulteriore conseguenza, da tempo denunciata, dell'ampliarsi della discrezionalità della Pubblica Amministrazione. Ciò che è stigmatizzato come il riflesso di una concezione dello Stato difficilmente armonizzabile con il nuovo ordine mondiale: U. Mattei, *Ai confini della terra promessa. Immigrazione, povertà, razzismo ed i limiti del diritto*, in *Foro it.*, 1992, V, 458.

(16) Direttiva Ministero dell'Interno, 20 febbraio 2007. In tema si segnala altresì Cass. 25. 1. 2007 n. 1649, secondo la quale non può essere espulso l'immigrato senza permesso di soggiorno che abbia chiesto di essere messo in regola, se la procedura non si sia conclusa.

(17) Occorre invero accertare la finalità per la quale il soggiorno è stato consentito, così come indicato alla nota (12).

(18) La legittimazione dell'Unione in materia di migrazione riposa nella "comunitarizzazione" di alcune materie di "affari interni": l'articolo 63, paragrafo 3 del trattato CE (introdotto dal Trattato di Amsterdam del 1997) affida al Consiglio la competenza ad adottare "misure in materia di politica dell'immigrazione" precisamente in

ordine alle "condizioni di ingresso e soggiorno e norme sulle procedure per il rilascio da parte degli Stati membri di visti a lungo termine e di permessi di soggiorno.

(19) Il diritto all'unità familiare assurge, notoriamente, a diritto fondamentale della persona umana. Ciò riveste un significato particolare alla luce della collocazione - da parte del Trattato di Amsterdam - dell'immigrazione nel pilastro comunitario, da cui discende la sottoposizione degli atti al sindacato della Corte di Giustizia, ed alla luce della competenza della Corte di Lussemburgo per i diritti umani, atteso che l'art. 8 della CEDU (Convenzione Europea sui diritti dell'uomo) sancisce il rispetto della vita privata e familiare. A fronte della soddisfazione per le incrementate prospettive di tutela di questo diritto, gli esperti del settore segnalano però anche il rischio di conflitti tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo

(20) Si segnala E. Calò, *Il nome nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 221

(21) G. Petrelli, *Formulario notarile commentato*, vol. III, tomo 1, Milano, 2003, p. 94 ss.

(22) Sopravvivono talora ipotesi di potestà maritale, della cui compatibilità con l'ordinamento italiano vi è però da dubitare.

(23) Ad esempio una lettera di un legale

(24) Potrebbe essere alla base dell'eccezione alla regola della necessaria indicazione del regime patrimoniale nella nota di trascrizione degli acquisti immobiliari affermato da Risol. Min. Fin. Dir Gen. Tasse e Imp. Dir., 28. 4. 1989, n. 400384, la quale tuttavia riguardava coniugi inglesi, quindi regolati da un diritto che non contempla alcun regime patrimoniale (addirittura difetta il lessico, cosicché si utilizza l'espressione "matrimonial property", che tuttavia ha significato affatto diverso, come ho illustrato in *I rapporti patrimoniali tra coniugi in prospettiva comparistica*, in G. Alpa e G. Capilli (cur.), *Diritto privato europeo*, Cedam, 2006, pp. 53 ss.. Sul punto si segnala lo studio di F. Salerno Cardillo, *Le convenzioni matrimoniali provenienti dall'estero. Opposibilità ai terzi del regime patrimoniale tra coniugi regolato da legge straniera in materia di diritti reali immobiliari*, in A.A.V.V., *Gli atti provenienti dall'estero*, Quaderno della Fondaz Ital Notar., 2/2007, Il Sole 24 ore, p. 112 ss.

(25) In tema si segnala E. Calò, *I riflessi dell'immigrazione islamica sul diritto di famiglia*, in *Fam e Dir*, p. 85

(26) Trib. Milano, 2. 2. 2007, in *Dir. Fam.*, 2008, 1 155, con nota di Bianchini: "Ritenuto che ai sensi dell'art. 28 l. n. 218 del 1995 il giudizio sulla ritualità e validità del matrimonio deve essere effettuato alla luce della legge del luogo di sua celebrazione o della legge nazionale dei coniugi, è valido e positivamente rilevante, ai fini del ricongiungimento familiare in Italia, il matrimonio celebrato per telefono qualora nel Paese d'origine (Pakistan) di coloro che lo hanno contratto una celebrazione siffatta è considerata rituale e fonte del vincolo coniugale".

(27) Art. 28 legge 218/1995

(28) Si segnala l'analisi di E. Calò, *Il matrimonio telefonico pakistano*, in *Studi e Materiali, Consiglio Nazionale Notariato*, Milano, 2007, p.1193

(29) R. Aluffi Beck-Peccoz, *Il matrimonio nel diritto islamico*, in R. Aluffi Beck-Peccoz, A. Ferrari, A. Mordechai Rabello, *Il matrimonio. Diritto ebraico, canonico e islamico: un commento alle fonti* (a cura di S. Ferrari), Torino, Giappichelli, 2006, pp. 181ss.; Id. *Il diritto islamico*, in S. Ferrari (cur.), *Introduzione al diritto comparato delle religioni*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 173 ss.. Nell'ambito della letteratura italiana sul diritto islamico è fondamentale il volume di F. Castro, *Il modello Islamico*, nel *Tratt. Dir. Comp.*, dir. da R. Sacco, Torino, 1997

(30) Cass., 2.3.1999, n. 1739, in *Riv.not.*, 1999,469, *Fam e dir.*, 1999, 327 con nota di Zambrano, *Foro it.*, 1999, I, 1458, *Riv.internaz. priv. e proc.*, 1999, 613, *Arch.civ.*, 1999, 1377, con nota di Santasierre. In tema si segnala il contributo di R. Aluffi Beck-Peccoz, *Polygamy in Europe*,

in *Derecho y Religión*, vol. I, 2006, pagg. 209-222, nonché M. Grondona, *Il matrimonio poligamico*, in *Tratt dir fam.*, dir. Da G. Ferrando, vol. I, Bologna, 2007, 495.

(31) Il caso riguardava l'applicazione delle leggi somala.

(32) Nella specie si constata che”.. il matrimonio è stato regolarmente trascritto - e, per altro verso, che è fuori discussione che il matrimonio sia stato contratto nel rispetto delle forme stabilite dalla “lex loci” e che sussistessero i requisiti di stato e capacità previsti dal nostro ordinamento...incontestato - come si è visto - che il matrimonio è stato contratto secondo le forme stabilite dalla legge somala e che sussistevano i requisiti di stato e capacità dei contraenti, non v’è motivo per escluderne la validità nel nostro ordinamento e, quindi, l’efficacia in relazione sia al diritto successorio...la Corte di merito non ha riconosciuto effetti giuridici ad un atto nullo, ma, accertata la validità formale e - nei limiti precisati - sostanziale di esso, si è limitata a rilevare l’estraneità al rapporto attinente all’incidenza della poligamia e del ripudio nella validità dello stesso matrimonio sotto il profilo del contrasto con i principi posti dall’art. 31 delle preleggi.....A tale principio si è, all’evidenza, attenuto il giudice di merito, avendo precisato che il profilo dell’ordine pubblico e buon costume, connesso con la poligamia ed il ripudio, era estraneo al rapporto dedotto in giudizio e che, comunque, lo “status” di coniuge, acquisito, dalla S. N. I. nel rispetto delle condizioni richieste dalla nostra legge, manteneva rilievo in sede ereditaria. Quanto all’argomento che, nell’ipotesi di matrimonio islamico (e, in ogni caso, contratto secondo una legge che ammetta la poligamia od il ripudio unilaterale), l’atto non potrebbe essere qualificato come matrimonio nel senso voluto dal nostro ordinamento, perché il vizio sarebbe generico, riguardando il consenso stesso, è sufficiente osservare che il principio del “favor matrimonii” e, quindi, della sua validità interinale non soffre eccezioni in situazioni che pur configurano la medesima incompatibilità ontologica con l’ordine pubblico ed attengono, in diversa misura, alla validità del consenso, quali il matrimonio contratto in violazione degli artt. 84, 86, 87 e 88 c.c.: in ipotesi, cioè, espressamente previste dall’art. 117 c.c. come motivo d’impugnazione, con la conseguente necessità di una pronuncia di nullità o di annullamento “:Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.* 1999, I, 2695, con nota di Di Gaetano.

(33) Cass., 17 settembre 1993, n. 9578, in *Giust. civ.* 1994, I, 79:”il matrimonio celebrato da cittadini italiani all'estero, secondo le forme ivi stabilite - e che risultano osservate proprio sulla base del citato atto - e sempre che sussistano i requisiti sostanziali relativi allo stato ed alla capacità delle persone previsti nel nostro ordinamento, è immediatamente valido e rilevante, nell'ordinamento italiano, indipendentemente dall'osservanza delle norme italiane relative alla pubblicazione, che possono dar luogo solo ad irregolarità suscettibile di sanzioni amministrative, e dalla trascrizione nei registri dello stato civile”.

(34) “... a tale principio si è attenuto il Ministero di Grazia e Giustizia nella circolare n. 1-54-FG-3(86)1395 del 4 febbraio 1987, emanata per impartire direttive agli uffici di stato civile sulla trascrizione di matrimoni islamici (nello stesso senso della trascrivibilità di detti matrimoni sono le circolari del 3 ottobre 1988, su conforme parere del Consiglio di Stato, Sez. III, ord. 7 giugno 1988, e del 7 febbraio 1989)”.

(35) La soluzione è stata ribadita a fini della pubblica sicurezza da App. Torino, 18 aprile 2001, in *Dir. Fam.*, 2001, 1492 :”Ai sensi e per gli effetti degli art. 29 l. n. 40 del 1998 e 31 d.lg. n. 286 del 1998, va consentita al coniuge extracomunitario di un cittadino anch’esso extracomunitario (di sesso maschile), munito di regolare permesso di soggiorno, svolgente in Italia un’attività lavorativa ed in condizioni familiari, abitative, economiche e sociali positive, di permanere in Italia allo scopo di consentire alla madre la prosecuzione delle cure parentali prodigate al figlio minore comune e rivelatesi d’esito felice, non rilevando in contrario che il marito, contratto legittimo ma-

rimonio poligamico (bigamico) nella propria terra d’origine, viva in Italia anche con l’altra moglie: la permanenza in Italia della madre va, infatti, consentita non allo scopo di omologare un’unione matrimoniale poligamica, ma allo scopo di tutelare il primario e più grande diritto del minore a non essere separato, senza adeguato motivo, da uno dei genitori”.

(36) Cass., 9 giugno 2005, n. 12169, in *Giust. civ.* 2006, 2 381, *Dir. Fam.* 2006, 1 76

(37) Trib. Min. Trento, 10 settembre 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 149, con nota di Long: “Il minore marocchino affidato nel suo paese di origine a due coniugi italiani mediante provvedimento di “kafala” e autorizzato all’ingresso in Italia dalla Commissione per le adozioni internazionali, non potendo essere adottato con adozione legittimamente a causa della non equiparabilità della “kafala” ad un provvedimento preadottivo, si trova in una situazione di constatata impossibilità di affidamento preadottivo, e può quindi, nel suo interesse, essere adottato dagli affidatari mediante adozione in casi particolari”. App. Bari, 16. 4. 2004, in *Fam e dir.*, 2005, 61, con nota di R. Gelli, *La Kafala di diritto islamico. Prospettive di riconoscimento nell’ordinamento italiano*, ha invece affermato l’efficacia per legge del provvedimento giudiziale marocchino di omologazione dell’atto notarile di Kafala, in quanto provvedimento di volontaria giurisdizione

(38) Cass., 17 luglio 2008, n. 19734, in *Dir. & Giust.*, 2008, con nota di Vecchi. In motivazione si legge: “Negli ordinamenti musulmani infatti - stante la sancita illiceità di qualsiasi rapporto sessuale fuori dal matrimonio, l’esclusa giuridicità, ad ogni effetto, nei confronti del padre, dei figli naturali, e la considerazione di quelli adottati come “non veri figli” (Sura, 23<sup>a</sup>, versetto 4) - il dovere di fratellanza e di solidarietà, cui pure esorta il Corano (ivi, versetto 5), è assolto, nei confronti dei minori illegittimi, orfani o comunque abbandonati, attraverso l’unico strumento, appunto, di tutela e protezione dell’infanzia, definito “Kafalah”. Mediante il quale il minore, per il quale non sia possibile attribuire la custodia ed assistenza (hadana) nell’ambito della propria famiglia (legittima), può essere accolto da due coniugi od anche da un singolo affidatario (kafil), che si impegnano a mantenerlo, educarlo ed istruirlo, come se fosse un figlio proprio, fino alla maggiore età, senza però che l’affidato (makful) entri a far parte, giuridicamente, della famiglia che così lo accoglie. Ogni singolo Paese di area islamica ha disciplinato, in maniera più o meno dettagliata, la Kafalah. La quale - espressamente riconosciuta come istituto di protezione del fanciullo anche nella Convenzione di New York del 20 novembre 1989 (sub. art. 20) - è nella maggior parte delle legislazioni disposta con procedura giudiziaria, o previo accordo (tra affidanti e affidatari) comunque autorizzato da un Giudice, e con previsione di autorizzazioni, da richiedersi dal Kefil all’Autorità competente, per atti di particolare rilievo, come, tra l’altro, l’espatrio. E ciò anche nel caso specifico del Marocco (cui appartengono il richiedente e la minore di cui si discute), che ha regolato, con tali modalità, la kafalah (non espressamente menzionata nel Code du statut personnel et successorale) nel (successivo) dahir portant loi n. 1-93-165 del 10 settembre 1993 e nell’ancor più recente d.p.l. n. 1-02-172 del 13 giugno 2002, intitolato alla “prise en charge des enfant abandonnés”. Di diverso avviso era stata Cass. 4. 11. 2005, n. 21395, in *Giust. civ.*, 2006, 2396.

(39) E. Calò, *Regime patrimoniale fra coniugi nel diritto internazionale privato*, in *Notariato*, 2001, p. 611

(40) Particolarmente utile si rivela quindi il volume di E. Calò, *Diritto Internazionale Privato -Regimi patrimoniali della famiglia nel mondo / Derecho Internacional Privado Regímenes matrimoniales en el mundo Volume I America Latina* Collana Studi del Consiglio Nazionale de 1 Notariato Prefazione di Luigi Ferrari Bravo, Milano, Giuffrè, 2002

(41) Altrettanto può accadere per effetto del rinvio, ad esempio il diritto inglese in materia immobiliare determina l’applicabilità della legge del paese ove è situato l’immobile

(42) Attraverso l’”optio iuris” per la legge italiana e poi la stipula di una convenzione di separazione dei beni. Come suggerisce G. Petrelli, *For-*

*mulario notarile commentato*, vol. III, tomo 1, cit., p.3 ss. la scelta per la legge è opportuno che si accompagni a quella della giurisdizione, quale unica garanzia di effettività del diritto internazionale privato del foro

(43) Come accade ai rumeni: sul punto si segnala il recente contributo di U. Bechini, *Convenzioni tra coniugi stranieri*, in *Famiglia, persone, successioni*, 2008, n. 11

(44) Competente ed autorevole il contributo di P. Pasqualis, *Il problema della circolazione in Italia degli atti notarili provenienti dall'estero*, in *Riv. Not.*, 2002, 585 ss.. Il 18 dicembre 2008 il Parlamento europeo ha emesso la risoluzione 2008/2124(INI) sull'atto autentico europeo; l'idea figura ripresa dal Libro verde per la revisione di Bruxelles I (datato 21 aprile 2009) in ordine alla richiesta di proporre eventuali modifiche anche per l'atto autentico (ultimo paragrafo e ultima domanda).

(45) Della traduzione giuridica si è occupata la comparazione, in particolare per impulso di Rodolfo Sacco, il quale nel 1996 ha fondato a Torino l'Isaidat che ha curato studi ed organizzato convegni, i cui atti sono stati pubblicati dalla casa editrice L'Harmattan: *Les multiples langues du droit européen uniforme*, a cura di R. Sacco e L. Castellani, Torino, 1999, ove figura il saggio di R. Sacco, *Langue et droit*, p.163 ss.; *L'interprétation des textes juridiques rédigés en plus d'une langue*, 2001.

(46) Per ricevere notazioni sintetiche, ma documentate sul diritto africano si segnala R. Aluffi, *Il diritto africano*, con R. Sacco, M. Guadagni, L. Castellani, Torino, Utet, 1995.

(47) A beneficio di quanti intermedian la compravendita ed il finanziamento. Nella stessa congiuntura si assiste, poi, ad una massiccia prestazione di fideiussioni da parte di connazionali, che spesso si presentano quali cugini (fenomeno frequente tra gli equadoregni).

**Ubi societas, ibi ius.**

*L'ordinamento del paese che non c'è.  
Intersezioni e presagi tra diritto e letteratura,  
ovvero il diritto che possiamo  
(e non vogliamo) aspettarci.*

**Lineamenti di “diritto costituzionale” della distopia.**

**Roberto Negro**

Avvocato, Foro di Genova

*nota introduttiva di*

**Michele Marchesiello**

Magistrato

**Nota introduttiva.**

*Il merito principale di lavori come quello di Roberto Negro, è di mettere a frutto le specifiche qualità predittive di un genere - indicato con l'etichetta di science fiction - da noi considerato di mero intrattenimento o, come si dice, “di evasione”.*

*In realtà la science fiction più accreditata include scrittori di valore, i quali hanno impegnato la propria capacità di visione nello scandagliare, più che il futuro, le utopie che incessantemente scagliano verso il futuro come lanciamo navicelle nello spazio.*

*Questi tentativi, letti in genere nella loro dimensione tecnologica e scientifica, mostrano tuttavia una straordinaria capacità di dare indicazioni anche sul futuro della nostra società e dei suoi ordinamenti “costituzionali”.*

*Proprio da questo specialissimo punto di vista Roberto Negro cerca di decifrare alcune narrazioni “di ritorno”, nella prospettiva che egli chiama della ‘distopia’, vale a dire dell’utopia negativa: quella che segnala le possibili se non probabili derive indesiderabili - al limite addirittura apocalittiche - alle quali in un futuro non troppo lontano rischia di abbandonarsi l’istinto dell’uomo sociale a darsi un ordinamento che gli consenta di vivere in una società non dominata dalla violenza, dalla paura, dalla morte.*

*Può succedere infatti - è successo - che proprio inseguendo una utopia, quell’uomo si sia trovato a vivere nell’incubo di una società criminale e dis-umana, del tutto simile a quella da cui cercava di fuggire.*

*Rileggendo alcuni libri e racconti famosi (“Il mondo nuovo”, di Huxley, “1984” di Orwell, “Il signore delle mosche” di Golding, “Il pedone” di Bradbury, “L’Accademia” di Sheckley e “La lotteria” della Jackson) Roberto Negro ci offre un’analisi precisa e impietosa del come un ordinamento possa evolvere o degenerare da una iniziale utopia positiva nella direzione di un ordine costituzionale totalitario e oppressivo.*

*Lo specifico di questa degenerazione (così lo sguardo-navicella lanciato nel futuro dagli autori esaminati da Negro) è che essa ha luogo e culmina nella totale passività e complicità della maggioranza dei sudditi. La promessa di una felicità anonima e sempre identica li induce a cedere senza difficoltà i propri diritti di individui: non solo, ma farsi tutti controllori e spie implacabili del vicino, del collega, dei genitori.*

*Il nuovo ordine totale presenta alcune caratteristiche ricorrenti. Esso governa una società gerarchica, rigidamente divisa in caste o ‘classi’ dalle quali non è consentito uscire.*

*Vi regna, come sola forma di comunicazione, la propaganda di regime, volta a dimostrare che tutti vivono nel migliore dei mondi possibili.*

*Il dissenso e l’individualità sono considerati valori negativi e implacabilmente perseguitati, anche con l’ausilio della tecnologia.*

*Lo Stato è incarnato da un leader carismatico, che - per il bene della collettività - si pone al di fuori delle regole, ammettendo solo di essere adorato e acclamato.*

*Il mondo "esterno" è considerato come intrinsecamente "nemico". Vi si praticano forme di tortura, non necessariamente fisica.*

*L'ordine "costituito" è assicurato da agenzie governative segrete e onnipotenti.*

*La tecnologia si è sviluppata perversamente nella direzione del controllo e della sottomissione a un potere che mira unicamente a perpetuare se stesso.*

*È scomparsa la distinzione tra pubblico e privato: tutto è insieme pubblico e privato.*

*Un'assenza si segnala in questi ordinamenti "distopici": quella di un sistema giudiziario indipendente in grado di far valere i diritti del singolo anche nei confronti dello Stato e dei poteri che lo dominano incontrollati. La legge si è separata definitivamente dalla giustizia, sacrificata sull'altare di un Ordine divenuto ormai autoreferenziale e tirannico anche verso chi lo sostiene.*

*Negli ordinamenti distopici, del tutto privi di speranza, svanisce l'idea stessa di futuro.*

*La distopia si pone dunque come un pronostico negativo (ma non necessariamente disperato) sul futuro del diritto e dell'ordinamento. L'utopia, al contrario, è necessaria al diritto, lo alimenta mettendolo a contatto con la prospettiva del cambiamento e della trasformazione, sia che il diritto si proponga di assecondarla, sia che intenda opporvisi contrapponendole una diversa utopia.*

*C'è infine un'altra dimensione giuridica dell'utopia (non esplorata da Roberto Negro): quella che si potrebbe definire della "a-topia", con riferimento alla tendenza attuale degli ordinamenti moderni a rendersi indifferenti al territorio, alla localizzazione, ai confini spaziali. Si assiste, in questo senso, a una vera e propria "de-localizzazione" del diritto, che corrisponde al fenomeno della "globalizzazione". La dimensione materiale, terrestre dell'ordinamento (la stessa nozione di "sovranità" che la permea e giustifica) sembra cedere a una non-dimensione, alla perdita dei connotati fisici, hard del proprio oggetto, in favore di un approccio che non a caso viene definito in termini di soft law, quale, ad esempio, si avvia a essere gran parte del diritto di produzione comunitaria.*

*In questi casi, più che di un'assenza vera e propria del "topos", del luogo, si dovrebbe forse parlare di una 'indifferenza' del luogo cui l'ordinamento aspira a estendere la propria efficacia.*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. "Diritto e letteratura" e la visione della distopia. - 3. I testi ed i temi. - 4. "Il Mondo Nuovo". La stabilità comunitaria o il "miracolo miserabile". - 5. "Il Signore delle mosche". L'illusione di Robinson Crosoe, ovvero barbarie versus diritto. - 6. "Il pedone": eccentricità e reato. - 7. "L'Accademia" o la società sicura. - 8. "La lotteria". Il capro espiatorio o la "revanche" di René Girard. - 9. L'ordinamento e la Costituzione dell'utopia negativa: concordanze. - 10. L'ordinamento e la Costituzione dell'utopia negativa: divergenze. - 11. Forme di Stato e forme di governo. - 12. I fondamenti dell'ordinamento.

*L'autentica difficoltà, non ancora colta in tutta la sua portata, consiste nella trasformazione sociologica cui il significato del termine "legalità" è sottoposto in un sistema statale moderno e altamente organizzato in cui la legalità è diventata un modo di funzionamento della burocrazia.*

C. Schmitt

*Il ragionamento sulla storia è, inseparabilmente, ragionamento sul potere.*

G. Debord

## 1. Premessa.

Il presente scritto è solo un tentativo di applicazione (e che ci si augura possa destare un po' di interesse nel mondo, a prima vista imbiancato e ri - tinto di ultramodernità o, addirittura, di post - modernità, ma, in realtà, fondamentalmente provinciale e, talvolta, sotto alcuni aspetti, addirittura arcaico, della visione sull'ordinamento giuridico da parte della contemporanea teoria del diritto), dei concetti, dei metodi e dei modelli di ricerca elaborati dalla corrente "diritto e letteratura";(1) intendiamo, in buona sostanza, applicare tali schemi euristico - esplicativi (ma, nel presente scritto, con carattere di mera esegesi), ad un genere letterario particolare e, cioè, a quella che viene usualmente chiamata letteratura dell'antiutopia o, con derivazione dal corrispondente termine in lingua inglese, della "distopia". Tale metodo di ricerca potrebbe servire anche, ed eventualmente, per un discorso, ma a più ampio raggio, sugli inevitabili, inseparabili, come direbbe Guy Debord, rapporti tra diritto e potere e, quindi, sullo "sguardo" della letteratura su diritto e potere, nonché su come i loro collegamenti possano diventare talmente stretti da far sì che le due categorie concettuali vengano ad identificarsi l'una con l'altra. Ciò si rende necessario perché la visione di chi si interessa di cose giuridiche, almeno nel nostro paese è, al di là, magari, di retoriche ed isolate (ed anzi, talvolta più che giustificate e valide) petizioni di principio, improntata, in sostanza, sempre, ad una o all'altra delle due "classiche" metodologie di approccio al diritto e cioè o a quella normativistica o a quella istituzionalistica,(2) con la negativa conseguenza, a cascata, che i relativi svolgimenti delle stesse o si irrigidiscono, nel primo caso, in sterili esercizi di analisi logica del linguaggio normativo e giudiziario, ovvero, nel secondo caso, approdano a derive consistenti in mere indagini, neppure sociologiche, ma puramente statistiche, sul diritto in azione o (miseramente) vivente; abbiamo così o un normativismo estremo e radicale o un istituzionalismo relativistico e sfuggente. L'approccio a quella misteriosa entità che chiamiamo convenzionalmente diritto, sulla scorta dei criteri di ricerca che ci forniscono gli studi di "diritto e letteratura", potrebbe essere compiuto utilmente, invece, e senza nulla togliere alla validità e alla efficacia ermeneutica dei criteri tipici della teoria e della filosofia del diritto, attraverso una sorta di terza via, che consiste, semplicemente, nel collegare il fenomeno giuridico alle cose e che con lo stesso necessariamente si intersecano, grandi narrazioni culturali e sociali e esaminando, quindi, la "narrazione giuridica" (3) quale risulta dalle reciproche influenze ed intersezioni con le altre descrizioni "narrate" da altre categorie, diverse, ma simili, in ordine allo sguardo sull'uomo e sulla società, *in primis* dalla letteratura, nella convinzione che la visione della letteratura sull'agire umano, più libera e meno vincolata a categorie ermeneutiche tipizzate, rispetto a quella del diritto, possa meglio cogliere, descrivere ed addirittura spiegare, i nessi tra il diritto e il mondo concreto in cui il diritto opera e, quindi, a meglio individuare le basi ed i "nuclei fondanti" del diritto stesso.(4) Gli approcci al diritto tradizionali(5) spesso dimenticano che stiamo assistendo ad un passaggio, magari poco percettibile o percepibile, da un sistema giuridico rigido, ad un sistema o ad un ordinamento, ancora viscoso, ma a struttura impregnata da mutevole liquidità, in cui l'elemento per così dire volatile, imprendibile e sfuggente dell'attuale sistema normativo a carattere, almeno in tendenzialità, globalizzante e totalizzante, tende ad erodere, sempre di più, le basi della fortezza delle norme,(6) senza che i difensori neppure se ne rendano

conto, sino all'inevitabile crollo finale. Ora, le visioni del diritto del futuro dovrebbero, invece, comunque, servire ad interrogarci sul fatto che è necessario anche valutare e prevedere, in qualche modo, il futuro, magari molto prossimo, di quello che per comodità possiamo chiamare sistema normativo e ciò in quanto la visione del futuro del diritto è strettamente collegata a quella del diritto del presente ed entrambe reagiscono ed inter - reagiscono tra di loro.<sup>(7)</sup> Intendiamo, allora, quello che i giuristi tradizionalisti chiamano ordinamento o sistema giuridico, nell'ottica dell'approccio al diritto contenuta nel presente scritto, come una complessa rete o una "rete di reti", non tanto di norme ed istituzioni, quanto di ideologie, di visioni del mondo ed in definitiva di varie e complesse "narrazioni giuridiche" ed, in particolare, di "sub - narrazioni culturali", anche tra di loro in contrasto, ma che vengono ad essere il pericolante terreno, spesso franco ed insicuro, su cui le varie *fictions* (racconti, narrazioni) del diritto, siano esse giudiziali, legislative o giudiziarie, vengono a misurarsi e a confrontarsi, difficilmente o con notevole sforzo, trovando nelle sabbie mobili dell'ordinamento solo un provvisorio e precario *ubi consistam* od un sempre instabile punto d'incontro. È appena il caso, qui, di notare come uno dei maggiori studiosi europei di "diritto e letteratura", François Ost, parli, proprio, di un ormai intervenuto passaggio, con riguardo all'analisi del diritto, dalla teoria della *piramide*, alla teoria della *rete*. Il presente scritto, comunque, non ha particolari ambizioni: si tratta, semplicemente, di un (modesto) tentativo di applicazione delle categorie ermeneutiche offerte dallo approccio chiamato "diritto e letteratura" (e tenendo presente che gli studiosi, in specie statunitensi, distinguono tra *law as literature* e *law in literature*), ad un genere letterario che, presumiamo, sia abbastanza conosciuto anche dai non "addetti ai lavori", e, cioè, alla cosiddetta letteratura antiutopica. È infine, anche, un'indiretta risposta al bel saggio di Pier Luigi Chiassoni dal titolo "Sul narrazionalismo forense",<sup>(8)</sup> in cui si sottolineava, sì l'utilità delle teorie proposte dall'analisi "diritto e letteratura", essendo ormai "fuori gioco" un approccio solo "formalistico" al diritto, ma se ne indicavano i limiti e se ne paventavano le possibili derive, proprio come ideologia, intendendo tale termine come denotante un insieme di valutazioni, di tipo sentimentale o irrazionalistico, palesemente metagiuridiche. Qui si vorrebbe sottolineare, come si vedrà *infra*, che l'approccio al diritto attraverso la letteratura ha, invece, un preciso carattere di "dis - velamento" e di critica della ideologia e cioè della "falsa coscienza"<sup>(9)</sup> che informa od è sottesa alle varie "narrazioni giuridiche".<sup>(10)</sup>

*Non dalla spada, né dalla rossa lancia  
Difendimi, bensì dalla speranza.*

J. L. Borges

*Sedetti di nuovo al mio tavolo, ma quell'orchestrina, i camerieri e i bei locali mi apparvero sotto ben altra luce. Compresi allora che non era noia, quella che gli avventori provavano, ma angoscia.*

E. Junger

## 2. "Diritto e letteratura" e la visione della distopia.

È sempre, allo stesso tempo, facile e difficile, parlare di un diritto per così dire virtuale, quale quello che esamineremo nelle pagine che seguono e sempre che l'ipotetico lettore, ritenendolo una sorta di ozioso divertissement, non provveda, pertanto, subito, a "voltar pagina". Facile, ovviamente, perché in tal caso, l'interprete può dar libero

sfogo alla sua fantasia; difficile perché qui, senza aiuti di manuali o repertori giuridici e senza neppure grandi ausili da un punto di vista comparativistico, si deve svolgere un lavoro di tipo esegetico o, addirittura, di *decrittazione*, su di un testo, il libro, il romanzo, il racconto, appunto, che descrive un ordinamento giuridico immaginato o immaginario, ma non per questo meno "reale",<sup>(11)</sup> e tenendo presente che il suo unico interprete (autentico), lo scrittore, spesso non può più essere consultato e, se consultato indirettamente, attraverso l'esame di altri suoi testi, ci potrà tutt'al più far sapere che sono possibili solo interpretazioni multiple;<sup>(12)</sup> tuttavia, come vedremo, la cosa può avere (anche) una ragion d'essere e, forse, una qualche sua utilità: si tratta, allora, in definitiva, per quanto riguarda le opere qui prese in esame, di un'esegesi e di un approccio ermeneutico che possono compiersi solo indirettamente, in quanto le norme giuridiche che reggono un ordinamento immaginale (e immaginario), sono nascoste nel testo il quale va, pertanto, per così dire, *decrittato*, per renderle compiutamente visibili e per farle emergere dal contenuto della narrazione, attraverso una *decifrazione di simboli*. Intendiamo qui parlare, in senso lato e con una sorta di prima approssimazione alla materia, del *diritto costituzionale* (13) della distopia.<sup>(14)</sup> Qui prenderemo in esame alcune opere, espressamente, come tema e contenuto narrativo, a carattere distopico<sup>(15)</sup> e che si ritiene siano facilmente (o non troppo difficilmente) accessibili al lettore, ed anche perché contenenti in maniera abbastanza evidente tutti i più importanti modelli (moduli), magari certamente non auspicabili, di un ordinamento costituzionale del futuro, o al limite, anche del presente, ma in situazioni di estrema urgenziale emergenza (come tale necessitata e necessitante) o eccezionali.<sup>(16)</sup> Da ciò l'interesse che il giurista può o dovrebbe avere per la letteratura, che nel caso di cui ci si occupa, potremmo definire di anticipazione e, sempre nel caso, estremamente critica ed attenta su possibili "derive" degli ordinamenti giuridici e sociali. E allora, proprio dai modelli forniti dalla corrente "diritto e letteratura", già usati ampiamente nei paesi anglosassoni e ivi noti come modelli e criteri ermeneutici del "*law and literature movement*", contrassegnato dall'acronimo "L.&L.", possiamo trovare aiuti e suggerimenti, se non per comprendere i fondamenti effettivi del diritto, almeno per darci qualche indicazione di quello che il diritto potrebbe essere, come sistema e manifestazione sociale o come potrebbe divenire, senza volere a tutti i costi spiegare il sistema giuridico solo ed esclusivamente *iuxta propria principia*, che, spesso, si rivelano mere tautologie, ma, con molta e necessaria umiltà, ricercare la fenomenologia del diritto e le basi ontologiche dello stesso, proprio nella categoria e nel sistema di narrazione, al diritto più affine e, cioè, nelle opere letterarie. Infine parrebbe, forse, almeno nella pessimistica prospettiva degli autori dell'antiutopia, necessario abbandonare il "progetto utopico" e, pertanto, il "principio speranza", se non altro per quanto riguarda il diritto, per limitarsi, semplicemente, ad una "analisi (magiormente) realistica", in particolare, proprio sulle derive e involuzioni negative, sempre possibili, del diritto del presente, che verranno a manifestarsi come eclatanti e terrificanti epifanie nel diritto del futuro; è ben vero che gli autori qui analizzati espongono, nella *fiction*, una loro propria ideologia, ma è anche vero che il loro sguardo sul mondo è uno sguardo critico e mai apologetico, come invece spesso accade per i "partigiani dell'utopia", con riferimento alla società da loro immaginata ed auspicata.

### 3. I testi ed i temi.

Si prenderanno in esame, allora, per una analisi concreta degli ordinamenti tipici dell'utopia negativa, tre romanzi e precisamente: "1984" di George Orwell, (17) "Il Mondo Nuovo" di Aldous Huxley,(18) "Il Signore delle mosche" di William Golding,(19) ed inoltre, tre racconti brevi: "Il pedone" di Ray Bradbury,(20) "L'Accademia" di Robert Shecley (21) e "La lotteria" di Shirley Jackson.(22) E se ne dovrà far un riassunto sintetico, invitando, quindi, *l'hypocrite lecteur*, ad una lettura diretta dei testi: si tratta, comunque, come già detto, di visioni sostanzialmente pessimistiche o, per così dire, di poetiche del negativo e della disperazione o di tipologia nichilistica, come, ad esempio, nella descrizione del mondo del Grande Fratello o del "brave" Mondo Nuovo.

**"1984". L'occhio totale e il collettivismo oligarchico.**  
Nell'impero di Oceania, perennemente in guerra con gli imperi rivali di Eurasia ed Estasia, e che è fondato sui principi del Socing (acronimo per Socialismo Inglese),(23) Winston Smith, addetto alla riscrittura, in particolare dei giornali del passato, per conformarlo ed adeguarlo alla pratica della neolingua e del bispensiero, tiene segretamente un diario, nonostante la strettissima sorveglianza, anche sulla vita privata ed attraverso teleschermi, del Grande Fratello (*Big Brother*), che è una sorta di ipostasi del Partito Interno, che governa Oceania. Si incontra con O'Brien, che, pur facendo parte del Partito Interno, parrebbe essere un adepti della così detta Fratellanza, guidata dal nemico storico del Socing e del Grande Fratello, Emmanuel Goldstein e viene in possesso dello scritto di opposizione al Partito Interno, attribuito allo stesso Goldstein, dal titolo di "Teoria e prassi del collettivismo oligarchico". Si è, quindi, macchiato del reato tipico del futuro, il più grave, secondo le leggi di Oceania, lo psicoreato. Scoperto, si rende conto di essere proprio stato ingannato da O'Brien e, incapace di resistere alla tremenda pressione di torture fisiche e psicologiche, finisce per tradire anche la donna che ama, Julia. Il romanzo termina, in modo del tutto angosciante, a dimostrazione che non vi è speranza alcuna, neppure nei prolet, classe sociale diseredata, in cui Winston Smith aveva riposto speranze di libertà e rivolta, con un atto di fede finale ed addirittura di amore, nei confronti del Grande Fratello, da parte del protagonista.

### 4. "Il Mondo Nuovo". La stabilità comunitaria o il "miracolo miserabile".

In un mondo futuro, collocato nella cosiddetta "Era Ford", con un governo mondiale (il sogno di tutta la letteratura utopica) che si basa sui principi di "Identità, Comunità, Stabilità", gli uomini nascono in provetta in appositi Centri di Condizionamento e già con caratteri fisici ed intellettuali che li rendono adatti al compito e all'attività che dovranno svolgere nella società. Viene casualmente scoperto e ritrovato il figlio di una donna che, a seguito di un incidente aereo, si era persa nella foresta Amazzonica ed ivi era sopravvissuta, insegnando al figlio a leggere su di un volume di opere di William Shakespeare.(24) Il giovane, John, che viene chiamato il Selvaggio, vede con occhio critico la nuova società (il Mondo Nuovo) e nonostante un importante colloquio con uno dei capi del sistema, Mustapha Mond, non riesce ad adattarsi ai costumi, alle abitudini e alle necessità del mondo che lo circonda, che consiste in un sistema basato sulla fine della famiglia, sulla totale libertà e promiscuità sessuale, sull'uso, calcolato e sapiente da parte del governo mondiale, delle droghe, per facilitare il controllo sociale ed ottenere la completa dipendenza dei cittadini e sulla pratica della ipno-

pedie e non riesce a sopportare di essere oggetto di curiosità da parte di tutti e gli è impossibile adattarsi alle regole vigenti nella società e, cioè, alle regole del Mondo Nuovo; cerca di vivere in solitudine, ma finisce per essere assediato da giornalisti e curiosi: stanco, tormentato e provato da tutto questo, si uccide. È ovvio che la stabilità comunitaria, che si basa sull'uso (*octroyé*) della droga è, in definitiva, un "miserabile miracolo", che viene svelato, come tale, proprio dallo straniero al Mondo Nuovo, John, il Selvaggio, che vi si oppone e lo contrasta proprio in sede di *ultima ratio* o di ultimativa opportunità, e, cioè, con il proprio suicidio.(25)

### 5. "Il Signore delle mosche". L'illusione di Robinson Crosoe, ovvero barbarie versus diritto.

A seguito di una imprecisa catastrofe un gruppo di ragazzi si trova, senza presenza alcuna di adulti, in un'isola sconosciuta e deserta, popolata solo da maiali selvatici. I ragazzi si adattano a vivere di pesca e di caccia e riescono a sopravvivere in tal modo. Dopo un tentativo di costituzione di una sorta di democrazia di "emergenza", in breve tempo, però, i ragazzi prendono le abitudini di una tribù primitiva e iniziano a vivere in un ambito di rapporti basati sulla violenza e sulla legge del più forte. Passa poco tempo ed i ragazzi iniziano a venerare e ad adorare un mostruoso idolo, che è poi un *totem* archetipico, e che dovrebbe assisterli ed aiutarli nella caccia, e, cioè, una testa di maiale confiscata su di un palo e circondata da nugoli di mosche;(26) il passaggio dalla civilizzazione alla barbarie avviene in tempi brevissimi e quasi senza che nessuno dei protagonisti se ne renda conto o possa in effetti rendersene conto. Il romanzo è contestualmente intessuto, pur nella eccezionalità della situazione, di una sorta di normale quotidianità della ricaduta nello stato selvaggio e di una progressiva "educazione sentimentale" all'accoglimento della barbarie; non vi è posto qui alla calvinistica rassegnazione ed alla industriosa accumulazione primitiva del capitale che, invece, permea la speranza, la visione e l'aspettazione del pre - illuminista Robinson Crosoe; non esiste, allora, alcun buon selvaggio, come Venerdì: nello stato d'eccezione la "regola" si trasforma e diventa la regola della barbarie o dello stato selvaggio.

### 6. "Il pedone": eccentricità e reato.

Il protagonista passeggiava, di notte, per le silenziose e deserte strade della città, mentre tutti gli altri abitanti sono in casa a guardare la televisione; gli si accosta un auto e un poliziotto - robot, incorporato nel veicolo, gli chiede spiegazioni sul suo inusuale comportamento. Non essendo in grado di dare giustificazioni e spiegazioni valide, il protagonista viene arrestato per comportamento antisociale e deviazionismo psicologico e portato in un centro di rieducazione. Si ricorda qui che Ray Bradbury aveva anche scritto un romanzo, "Fahrenheit 451" (tradotto, anche, in italiano, come "Gli anni della Fenice") (27) in cui si ipotizzava un futuro ordinamento sociale che prevedeva come gravissimo reato, la lettura di libri e con uno specifico organo di polizia, i "Pompieri", addetto, proprio, alla scoperta dei libri ed al loro rogo. Da alcune parti si è, però, voluto rimproverare a Bradbury una visione sulla società di tipo arcadico, arcaico e reazionario ed una difesa, in retroguardia, di un passato mondo romantico pre - tecnologico e quindi, alcuni studiosi considerano la critica dell'ordine futuro di Bradbury come l'incubo di un inguaribile passatista: resterebbe invero da vedere se, oggi, lo sguardo sul futuro dell'autore, sia poi così in contrasto con una concreta visione del presente.

## 7. "L'Accademia" o la società sicura.

In un prossimo futuro per tutelare la salute mentale e la stabilità psichica dei cittadini, esiste uno strumento, vera e propria meraviglia della medicina psichiatrica, installato in ogni abitazione, chiamato "alienometro", che misura gli *standards* psichici di normalità e di adattamento sociale. Il protagonista, che ne supera abbondantemente la soglia, deve scegliere tra il ricondizionamento (lobotomia), o l'Accademia, istituzione peraltro del tutto misteriosa e di cui nessuno sa praticamente nulla. Sceglierà l'Accademia e si ritroverà legato su di un letto di contenzione e imbottito di droghe, che lo rendono finalmente felice a tutti gli effetti e senza più problemi adattativi; ciò per l'avvenire e per tutta la durata della sua esistenza e, pertanto, in un mondo fantastico di puro sogno.

## 8. "La lotteria". Il capro espiatorio o la "revanche" di René Girard.

In una piccola città americana di provincia, la lotteria è diventata un mezzo per reperire il *pharmakòs*, che deve scacciare il male dalla comunità e si è perso, pertanto, il senso dell'origine e della originaria funzione della lotteria stessa. Annualmente, da una scatola nera, vengono tratti a sorte e, con una sorta di distribuzione per famiglie, dei biglietti con il nome degli abitanti; quello con un segno particolare indica chi verrà lapidato dagli altri membri della comunità. Nella vicenda, magistralmente narrata, il lettore pian piano e con crescente sgomento, perviene alla scoperta dell'orrore finale. Senza dubbio, "La lotteria", pur priva di ornamenti o orpelli di tipo scientifico o fantascientifico ed anche in assenza di meraviglie tecnologiche, è l'opera più angosciante ed inquietante, fra quelle qui esaminate. "La lotteria", in una considerazione ed in un'ottica atemporale o inter - temporale, potrebbe, anche, agevolmente, essere interpretata come un'esegesi esplicativa delle teorie di René Girard sul capro espiatorio (*pharmakòs*), sull'orrore del doppio e sul consequenziale meccanismo vittimario, tipico e fondativo (la base fondante) di ogni sistema giuridico e della necessità della sua "esorcizzazione" e superamento.

## 9. L'ordinamento e la Costituzione dell'utopia negativa: concordanze.

Il mondo del diritto sfuma nelle ideologie e nei rapporti di potere che determinano la vita concreta delle società distopiche, così come descritte negli scritti sopra esaminati. Viene messa in dubbio e dimenticata ogni distinzione tra diritto e potere, diritto e tecnica, diritto ed efficienza. Il diritto, allora, è solo un mezzo di controllo sociale; si tratta però in gran parte di regole non scritte (salvo per i principi costituzionali del Socing e dello Stato Mondiale de "Il Mondo Nuovo") e che acquistano un valore consuetudinario, sulla base di "regole tecniche": salvo che per "1984" e, in parte, per "Il Mondo Nuovo", che si basano su principi politico - ideologici esplicitati, si tratta di norme formatesi per consuetudine, in base alla loro collaudata efficienza ed a seguito di applicazioni uniformi. Viene a sparire il principio di separazione dei poteri e delle funzioni; quello che conta è l'efficienza ed il controllo sociale: si tratta di società assolutamente "conservatrici", e anche se situate, nella narrazione distopica, in un futuro più o meno lontano. Viene meno il significato di progresso dialettico, in quanto è necessario tutelare, in primo luogo, la stabilità del sistema sociale e del "sistema normativo". Si deve notare che in tutte le opere qui prese in esame, i vari ordinamenti o sistemi hanno una "Costituzione" che può essere scritta o non scritta ed anche una o più norme

fondamentali in senso kelseniano: in "1984" abbiamo i tre principi del Socing, "la Guerra è Pace, la Libertà è Schiavitù, l'Ignoranza è Forza", con i loro corollari e cioè la neolingua e il bispensiero, e come *grundnorm* materiale la riscrittura e la reinvenzione del passato, che diventa pertanto "liquido", (28) nel "Mondo nuovo" possiamo rintracciare i principi costituzionali dell'ordinamento, al di là dei principi di "Identità, Comunità, Stabilità", che ne rappresentano la "Costituzione formale", nei precetti dell'Era Ford, che consistono, in sostanza, nella predisposizione genetica artificiale degli esseri umani, in base alle funzioni che dovranno svolgere. Le norme costituzionali sono quelle della razionalità tecnologica e con un controllo totale dell'ordinamento sulle azioni umane, anche attraverso l'ipnopedia ed il sapiente uso della droga; (29) nella visione dell'autore, i principi costituzionali dello stato di diritto, non solo sono stati aboliti, ma neppure ve ne è bisogno: la libertà delle pulsioni individuali, anche se etero diretta, è assicurata dall'uso degli psichedelici e degli allucinogeni e dalla totale ed assoluta libertà sessuale. L'ordinamento de "Il Signore delle mosche" è basato sui principi della legge del più forte e della legge del branco, cui si adeguano i ragazzi dispersi sull'isola; qui abbiamo un ordinamento costituzionale di tipo assolutamente barbarico e regressivo, regolato dalla legge della caccia e da un progressivo slittamento in forme religiose idolatriche e totemiche; come si è detto i ragazzi prendono a venerare un idolo mostruoso, da essi stessi creato e concepito. Ne "L'Accademia" la Costituzione della società futura è basata sul principio, che viene a coincidere con la *grundnorm*, della sanità e salute psichica dei cittadini e con la conseguente tutela della loro normalità e uniformità psichica; non sono consentite devianze dalla norma; l'ordinamento è a carattere assolutamente rigido: invece del "custode della Costituzione" abbiamo un prodigo tecnologico ed una vera e propria meraviglia della tecnica in materia psicologico - psichiatrica, "l'alienometro", che misura lo scarto dalla normalità degli individui, ma abbiamo anche una istituzione, l'Accademia, appunto, che, in sostituzione della lobotomia, prevede la segregazione del deviante, e che si può ritenere perpetua, perché mai nessuno è uscito dall'Accademia, sotto l'influenza di droghe, che fanno vivere il protagonista in un totale mondo di sogno, e per sempre. La norma costituzionale fondamentale de "Il pedone" si basa su di un principio non scritto, l'eliminazione della diversità o della semplice eccentricità: in una società totalmente uniforme e basata sul controllo sociale tramite il sapientemente ed accorto uso oppressivo e suassorio dei media, in questo caso la televisione, la diversità è un pericolo ed un rischio (come d'altronde emerge in quasi tutte le opere qui esaminate e, segnatamente, in modo accuratamente approfondito e con precisione descritto, nei romanzi di Orwell e di Huxley); come tale non può essere tollerata: questo principio non scritto si traduce in norme scritte, a carattere meramente regolamentare, ma assolutamente cogente che il poliziotto - robot rammenta allo sfortunato protagonista, che passeggiava di notte da solo, il pedone, appunto e che a differenza degli altri non guarda, e chiuso in casa, la televisione. Nell'incubo de "La lotteria", la costituzione di una piccola comunità, in un mondo futuro, è basata su di un gioco e precisamente su di un gioco di sorte, la lotteria, di cui si è perduto l'originario significato e che serve, non a premiare, ma, bensì, a sacrificare chi verrà estratto a sorte; la *grundnorm* della piccola comunità infatti è da rinvenire nella necessità di trovare il capro espiatorio, ma con norme precostituite e generali ed

astratte (la norma giuridica è infatti generale e astratta), ed a questo serve la lotteria, a reperire, annualmente, il *pharmakòs* sacrificale, che dovrà stornare i mali dalla comunità. In tutte le opere, comunque, il diritto, anche se visto, al limite, come mero potere coercitivo, è, però, di essenziale importanza; serve infatti al mantenimento dell'ordine sociale e a controllarne lo sviluppo e, quindi, le deviazioni (la devianza), che non possono essere tollerate in un ordinamento che si autoafferma o che si autorappresenta come perfetto o che si avvicina alla perfezione: il diritto è visto non come elemento propulsivo e di sviluppo umano e sociale, ma se ne mette in luce l'aspetto repressivo e di controllo sociale, improntato ad una necessaria cogenza ed alla tendenzialità del mantenimento e della conservazione dell'ordinamento e del sistema. In definitiva, il diritto della distopia è un diritto "statico" della conservazione, opposto al diritto "dinamico" del cambiamento

Sia nei romanzi che nei racconti presi in esame viene riconosciuto ed evidenziati del "diritto", l'aspetto del controllo sociale, anche se, a seconda degli autori, con varie sfumature: al grado massimo ne "Il Mondo Nuovo" e in "1984" e più discreto, salvo il *climax* finale, in "La lotteria" o nel "Signore delle mosche". In tutte le opere esaminate, e qui ne sta sia l'aspetto distopico sia quello atopico, nel senso di straniamento e *detournement*, il diritto, l'ordinamento e le istituzioni risultano imbarbariti, anche se spesso si tratta di un "imbarbarimento tecnologico", rispetto ai concetti o visioni che noi ne abbiamo; il "concetto di futuro" è non solo straniante, ma addirittura angosciante. In questo senso si può parlare di un fondamentale pessimismo della letteratura della "distopia". Nella teoria generale del diritto e dello stato della utopia negativa, non vi è posto per diritti soggettivi o diritti fondamentali, ma tutto esiste o è previsto per il mantenimento dell'ordine esistente. In definitiva, ciò conferma il fatto che l'ideologia della "distopia" (meglio, nella "distopia") è a carattere conservatore.

Comune, poi, a tutte le utopie negative è la visione e la consequenziale critica del carattere totalitario o totalizzante dell'ordinamento, che è tale talvolta in forme manifeste, talaltra in forme più sfumate. L'universo distopico è allora un mondo illiberale, non perché il singolo sia privato in modo visibile, tranne che in "1984" di diritti, ma perché tendenzialmente, l'ordinamento giuridico del mondo distopico tende al controllo totale dell'uomo e della società.

Infine, la distopia e, palesemente, in "1984", è, anche, sotto molteplici profili, una critica del mondo giuridico - politico esistente ai tempi dell'autore; talvolta è una critica spietata all'ordinamento esistente proprio nel momento in cui l'autore scrive e di cui si intravedono le involuzioni e le derive; la visione di un mondo distorto del futuro è un mezzo per la critica di quello che è la società e quindi, in questo senso, la distopia è sì antiutopia, ma mantiene, in fondo, un *common core* di tipo critico - radicale o più spesso *liberal* e, talvolta, anche di tipo conservatore - reazionario e, spesso, si fa addirittura "racconto morale" per ammonire ed avvertire su possibili involuzioni o derive dell'ordinamento politico e giuridico. Una concordanza, anche se solo formale, ma molto stretta, vi è tra la narrazione di Orwell e quella di Huxley; nella prima vi è un impero, Oceania, retto dalla dittatura del Grande Fratello, che è la figura di riferimento o la forma transustanziata dei principi del collettivismo oligarchico, su cui si basa l'ideologia del Partito Interno, mentre nel secondo vi è addirittura uno Stato Mondiale, retto da una dittatura di sapienti tecnocrati e basato sui principi costituzionali della

"Comunità, Identità e Stabilità" e, anche qui, vi è un controllo totale della popolazione, che presenta differenze geneticamente programmate psico - biologiche di carattere funzionale, ed in cui diviene norma di carattere tecnico - giuridico il sapiente uso della droga di stato, il *soma*, che non ha alcun effetto negativo e problematiche secondarie o collaterali.(30)

## 10. L'ordinamento e la Costituzione dell'utopia negativa: divergenze.

Le divergenze essenziali tra le visioni del futuro qui esaminate, consistono propria nella "situazionalità" (situazione) dell'ordinamento di cui fanno parte: mentre "1984", "Il Mondo Nuovo", "Il pedone" e "L'Accademia" sono ambientate in un mondo e in un ordinamento ultra e super tecnologizzati, "Il Signore delle mosche" è ambientato in un'isola selvaggia e totalmente disabitata, mentre "La lotteria" è ambientata in una "normale" piccola città o comunità del tipo *middle west* americano; le risposte alle istanze della società e dell'ordinamento, da parte dei protagonisti, sono alquanto diverse, proprio per la diversità delle istituzioni (e situazioni) in cui vivono, con l'avvertenza che i protagonisti sentono consciamente o inconsciamente l'angoscia e il peso delle istituzioni stesse, anche se, spesso, tale sentimento angosciante (*angst*) è, forse, solo sentito e "captato" dal lettore o si riverbera sullo stesso. Abbiamo detto, da una parte, civiltà supertecnologica, ma, invece, dall'altra, mondo selvaggio, in "Il Signore delle mosche" e (forse) mondo rurale, nella "La lotteria": non sono però mondi arcadici o gisnaturalisticamente felici, questi due ultimi, in quanto, in entrambi i lavori, si possono, via via leggendo, incontrare delle incrinature, delle spie o degli indizi che portano alla scoperta di una realtà angosciante e certamente non auspicabile, fino a pervenire al *climax* finale.(31)

In un romanzo, poi, "Il Mondo Nuovo" e nel racconto "L'Accademia" le istituzioni si reggono (anche) sul sapiente uso delle droghe da parte del potere. Vi sono, inoltre, palesi divergenze nell'immagine delle società descritte dalle opere distopiche prese in esame e del loro ordinamento; Orwell, Bradbury, Huxley e Sheckley si riferiscono ad un totalitarismo tecnocratico o a una tecnocrazia totalizzante e ad un ordinamento giuridico di una società dominata e "guidata" dalla tecnologia, talvolta (1984, Il pedone, L'Accademia e Il Mondo Nuovo), talmente avanzata e sviluppata, da *confondersi* con la magia; Jackson e Golding, invece, descrivono e fanno riferimento ad un mondo dove la tecnica è scomparsa. Il punto d'incontro tra gli autori, pur nelle diversità delle situazioni e dei temi trattati, si può trovare nella loro certezza nel "pre - figurare" una evoluzione di tipo "barbarico" della società (anche in caso di raggiunta "perfezione della tecnica") e nel loro fondamentale pessimismo sul problema del potere, potere, che, anche dove formalmente non esiste, come nel romanzo di Golding o dove è divenuto mera tecnica come nell'incubo di Sheckley, diventa causa ed effetto, insieme, del "ritirarsi" del diritto dal mondo e dalla società. Rispetto alle altre opere esaminate, "La lotteria" e il romanzo di Golding differiscono dalle altre, perché l'ordinamento di cui parlano, si fa man mano, sempre più arcaico, anche sotto il profilo giuridico e sociale (ed, ovviamente, tecnico): l'ordinamento, cioè si ritira e ripiega su sé stesso, divenendo estraneo a tutto il possibile "altro"; anche il fuoco, che su di un'altura, i ragazzi, nella catastrofe narrata da Golding, tengono perennemente acceso, si trasforma, da originario *segnale*, in mero simbolo mitico, privo di ogni razionale scopo.

*Lo spettacolo è il discorso ininterrotto che l'ordine presente tiene su sé stesso, il suo monologo elogiativo. È l'autoritratto del potere all'epoca della gestione totalitaria delle condizioni di esistenza.*

G. Debord

### 11. Forme di Stato e forme di governo.

Nell'incubo orwelliano la forma di Stato è del "tipo imperiale" o imperialistico; è basata sui principi del "collettivismo oligarchico". Il governo, in sostanza, è costituito da una forma di oligarchia, espressione del Partito Interno e di cui il Grande Fratello non è altro che una forma di ipostasi o di manifestazione visibile e quindi, in ultima analisi, una grandiosa e terrorizzante epifania inverata del potere e del potere che si occupa e si preoccupa, non di *fini*, ma solo di *mezzi*; è, in definitiva, la transustanziazione del Partito Interno e dei principi del Socing, che informano la Costituzione dell'impero di Oceania. L'organizzazione amministrativa dell'impero di Oceania si basa sul Partito Interno, i cui membri hanno compiti direttivi ed organizzativi e sul Partito Esterno, i cui membri hanno compiti meramente esecutivi. In capo alla gerarchia vi è la "figura" del Grande Fratello e il governo è strutturato in vari ministeri, tra cui il Miniamor che si occupa della sorveglianza dei dissidenti e dell'ordine pubblico (una sorta di Ministero degli Interni), il Minabbond, che si occupa dei problemi economici e il Minipax che si occupa della guerra. Dal Minamor dipende la Psicopolizia, che si occupa del tipico reato del futuro, il reato di pensiero, lo *psicoreato*, appunto. La gran massa della popolazione è costituita dai *prolet*, che non hanno, sostanzialmente, particolari diritti, ma neppure particolari doveri, e che non fanno parte né del Partito Interno, né del Partito Esterno. Nel lavoro di Huxley, lo Stato è divenuto Stato Mondiale, amministrato da un'autocrazia di sapienti scienziati tecnocrati e che lo governano, senza alcuna opposizione. Nel romanzo di Golding, dopo un fallito tentativo di instaurare una forma di democrazia diretta e con un capo temporaneo ed elettivo, si ricade nella forma della comunità barbarica o, addirittura nello stato selvaggio, se ci basiamo sulle descrizioni socio - economiche di Thorstein Veblen che ne rintraccia la presenza anche nella società. Contemporanea.<sup>(32)</sup> In Golding, lo Stato di natura è esso stesso ordinamento e, quindi, forma di Stato: il governo è inteso come naturale necessità, incarnato dal capo del gruppo, con carattere carismatico e la legge è, ormai, la legge del più forte e della cogenza della naturalità. Lo Stato intravisto ne "Il pedone" è una forma allucinata di Stato di Polizia, anche inteso in senso illuministico, ma in maniera distorta; il potere esecutivo, che si occupa, allora, solo della devianza consiste in un governo "neutralmente meccanico", in quanto la burocrazia esecutivo - amministrativa è costituita da meccanismi elettronici, e si basa sull'orrore della diversità. "L'Accademia" ipotizza una sorta di Stato Sanitario ed il governo è in mano ai "tutori della salute", ma più mentale, che fisica dei cittadini. Ne "La lotteria" non si può, a rigore, parlare di una forma di Stato; tutt'al più vi è una generica forma di democrazia diretta, mentre il governo, ma solo nell'annuale ricorrenza della scelta del *pharmakòs* (un palese "stato d'eccezione"), è posto nelle mani della casualità, incarnata nell'urna della lotteria, con una sorta, pertanto, di una giuridica transustanziazione di tale gioco di puro azzardo.

*Mentre salivamo le scale, osservai: "Non sapevo che in questa città l'incivilimento fosse già tanto progredito".*

E. Junger

### 12. I fondamenti dell'ordinamento.

Possiamo allora classificare, anche se in modo sommario, i fondamenti del diritto, nella narrazione della "distopia" e della atopia,<sup>(33)</sup> come segue: il diritto è mera tecnica di controllo e scompare del tutto il riferimento alla giustizia che è, invece, nel nostro immaginario giuridico, usuale; in tutti gli autori vi è una sorta di preoccupazione e, addirittura, di angoscia per le possibili evoluzioni od involuzioni e derive della società in cui vivono; è spesso forte la critica della società futura e delle sue istituzioni, che sono anche "possibili derive" del presente; il concetto di democrazia scompare ed è sostituito dalla tecnocrazia (o autocrazia tecnologica), forte dei prodigi e delle "meraviglie della tecnica". L'ordinamento, infine, diviene, nella prospettiva dell'antiutopia, e come sua caratteristica peculiare, tendenzialmente regressivo, rispetto ai nostri usuali (ma sono poi così usuali?) *standards* di pensiero della visione della contemporanea teoria giuridica sul mondo del diritto, a noi familiare e, magari, solo per una sorta di forza d'inerzia.

Circa le norme costituzionali della distopia:<sup>(34)</sup> in "1984", sono i principi del Socing, nel "Mondo Nuovo", dell'Era Ford, lo Stato mondiale si basa sui principi di "Comunità, Identità, Stabilità". Nel "Signore delle mosche", è il potere della natura, malvagia o indifferente, che prende il sopravvento sul potere del diritto; il fondamento costituzionale della società di adolescenti descritta da Golding è un fattore, per così dire, naturalistico e, cioè, la tendenza a ripresentarsi di archetipi psicologico - normativi, tipici dello stato barbarico o selvaggio; ne "Il pedone" e ne "L'Accademia" è la pura tecnologia che sanziona ed opprime ogni comportamento deviante; questi due racconti comportano l'esistenza di una norma fondamentale di tipo costrittivo e, quindi, di un ordinamento che si basa su di un *potere neutro*, anche se per questo non meno brutale del potere *tout court* e, cioè, sul *potere della tecnica*, mentre ne "La lotteria" vi è il principio della allocazione (negativa) di *status* e di oneri, preordinato dal casuale meccanismo della lotteria, che, così come strutturata nella piccola comunità, appare come una efficace e terribile metafora di una sorta di giuridica eterogenesi dei fini.

#### Note:

(1) Forse sarebbe più esatto parlare di "griglie interpretative" o di "moduli euristico - ermeneutici" proposti dalla corrente "diritto e letteratura". Cfr., sul punto: F. Casucci (a cura di), *Diritto di parola*, Napoli, 2010; M. P. Mittica, *Diritto e letteratura. Narrazioni giuridiche. Comunità narrative*, Trieste, 2010; A. Lewis, *Gideon's Trumpet*, Birmingham, 1991; A. Scalia, *A Matter of Interpretation*, Princeton, 1997; S. Breyer, *Active Liberty*, New York, 2005; J. B. White, trad. it., *Quando le parole perdono significato*, Milano, 2010; H. Buesco, C. Trabuco e S. Ribeiro, *Direito e Literatura. Mundos em Dialogo*, Coimbra, 2010; A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, 2010; F. Ost, trad. it., *Mosè, Fschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna, 2007, opera fondamentale per l'approccio al diritto attraverso l'esame delle opere letterarie e che, facendo uso di criteri a carattere interdisciplinare, utilizza, anche, metodi e concetti tipici della filosofia del diritto e della sociologia giuridica e con particolare attenzione a quelle (auto) rappresentazioni del diritto che scaturiscono da quello che l'autore chiama "immaginario giuridico".

(2) Una sorta di "grande divisione", nell'ambito della teoria del diritto.

(3) Forse sarebbe più esatto parlare di "sub - narrazione giuridica", qualora si intenda il diritto come una mera sovrastruttura dello (sullo) agire sociale. Il diritto, poi, se esaminato alla luce dei principi della corrente "diritto e letteratura", deve intendersi non tanto come un complesso di norme, ma come una narrazione (racconto) su norme o come un *com-*

plesso racconto (che può assumere le forme, talora, di una “favola” mitologica), che *tratta* di norme o che *spiega* (tenta di spiegare) le conseguenze delle norme stesse.

(4) Abbiamo operato qui, per forza di cose, una sorta di schematizzazione: invero esistono scuole che prevedono analisi sul diritto non facilmente inquadrabili nella dicotomia norme vs istituzioni; possiamo però dire che tutte, o quasi tutte, possono, in qualche modo, dipendere dalla (o collegarsi alla) “grande divisione” di cui sopra. Un discorso a parte meriterebbero le analisi di tipo giusnaturalistico, in cui, peraltro, è evidente anche una “derivazione” di carattere teologico e, pertanto, meta-giuridica.

(5) Il normativismo estremo, infatti, può dar luogo a derive meramente razionalistico - formali, mentre l’istituzionalismo radicale può sfociare in esiti puramente sociologistico - descrittivi. Nel primo caso potremmo parlare di normolatria e nelle sindromi più gravi di codicolatria, nel secondo di istituzionalatria, con possibili esiti sociolatrici.

(6) *La turris*, ormai neppure più tanto *eburnea*, della legge.

(7) Non pare inutile richiamare il necessario collegamento tra *ius conditum* e *ius condendum*; il diritto, infatti è, sempre, *work in progress*.

(8) Cfr.: P. Chiassoni, *Sul narrazionalismo forense*, in *Nuova giurisprudenza ligure*, n. 1/2010.

(9) Falsa coscienza che corrisponderebbe alla coscienza infelice di cui parlava Bucharin a proposito del suo supposto ed inesistente, ma apertamente confessato, tradimento della ideologia leninista, citando Hegel. Nel romanzo di G. Orwell, di seguito preso in esame, è molto evidente la critica di un sistema (anche se in via indiretta), quale quello burocratico - poliziesco staliniano, che veniva a concretarsi in una dittatura *sul* proletariato.

(10) Si tratterebbe, dunque, di un’operazione intesa a togliere il *velo di Maya* che copre le forme dell’ordinamento giuridico; e se poi le svelate forme non sono quelle di cui cantava Cavaradossi, non è certo colpa della corrente “diritto e letteratura”. Con ciò non si vuole (o si può) dire che le forme del sistema siano sempre sgradevoli oppure laide; è necessario e sufficiente, allora, osservarle con l’occhio “disincantato” del naturalista!

(11) Una sorta di popperiano mondo tre? Cfr., comunque: J. L. Borges, trad. it., *Tlon, Uqbar, Orbis Tertius*, in *Finzioni*, Milano, 2003.

(12) Ben difficilmente, infatti, l’autore dell’opera ce ne darà una “interpretazione autentica” come, invece, può agevolmente fare il legislatore; comunque, nell’improbabile ipotesi che ciò avvenga, l’autore darà, con ogni probabilità una interpretazione errata o eccessivamente soggettiva e, comunque, sostanzialmente, ad esiti e risultati plurimi. Si veda, sul punto, in letteratura J. L. Borges, trad. it., *Il giardino dei sentieri che si biforciano*, in *Finzioni*, Milano 2003 e nel cinema *Rashomon* di A. Kurosawa.

(13) Per essere più esatti, però, si dovrebbe dire che nelle opere di carattere distopico, si è in presenza di una sorta di *contaminatio* tra diritto pubblico e privato o, meglio, che il diritto della distopia, tendenzialmente pubblico, si è espanso in tale misura che non avrebbe più molto senso e significato parlare della distinzione, che conserva, invece, attualmente (ancora) una sua validità e ragion d’essere, tra il diritto pubblico e il diritto privato!

(14) Il termine *distopia* è l’equivalente di *utopia negativa*; mentre l’utopia è il luogo che non c’è, o non c’è ancora (ou - topos) e che può essere un luogo desiderabile o auspicabile (eu - topos), invece la distopia (dis - topos) è il luogo che non dovrebbe essere e che ci si auspica che non ci sia; affine al concetto di distopia è quello espresso dal termine atopia (a - topos), che è il luogo che produce straniamento, perdita di sé e perdita dell’*ubi consistam*. Non si è usato il termine cacotopia (kakòs - topos) inventato, pare, da J. S. Mill e da J. Bentham, per l’aspetto certamente non eufonico del termine in lingua italiana, nonché per il fatto di essere un termine pochissimo frequentato. T. L. Sargent, in *The Three Faces of Utopianism, paper presented at the Eighteenth Annual Meeting of the Society for Utopian Studies*, 4 - 7/11/92, St. Louis. Mo., distingue tra utopianism, che è una corrente di pensiero ideologico - politico ed utopian, che è un

genere letterario; qui si potrebbe allora parlare di dis - utopianism e di dis- utopian (dystopic).

(15) Si veda: A. Colombo (a cura di), *Utopia e distopia*, Bari, 1993.

(16) Salterebbe qui all’occhio un evidente richiamo a C. Schmitt, per il quale sovrano è chi decide sullo stato d’eccezione: è anche, purtroppo, vero che il potere decisorio sullo stato d’eccezione ha poi portato, in concreto, al sorgere di distopie non letterarie o meramente virtuali, ma (e scusandoci per l’osimoro), profondamente reali! Ma questa è un’altra storia, direbbe Kipling, e che, proprio in quanto tale, viepiù giustificerebbe, l’analisi del diritto, profondamente critica e anti - ideologica, propugnata da “L. & L.”.

(17) G. Orwell, trad. it., 1984, Milano, 2002.

(18) A. Huxley, trad. it., *Il mondo nuovo*, Milano, 2007.

(19) W. Golding, trad. it., *Il signore delle mosche*, Milano, 2001.

(20) R. Bradbury, trad. it., *Il pedone*, in (a cura di) C. Fruttero e F. Lucentini, *Le meraviglie del possibile. Il secondo libro della fantascienza*, Torino, 1972.

(21) R. Sheckley, trad. it., *L’Accademia*, in (a cura di) C. Fruttero e F. Lucentini, *Le meraviglie del possibile. Il secondo libro della fantascienza*, Torino, 1972.

(22) S. Jackson, trad. it., *La lotteria*, Milano, 2007.

(23) Come si vedrà le norme costituzionali (la *magna charta*) di Oceania sono, sostanzialmente tre: la Guerra è Pace, la Libertà è Schiavitù, l’Ignoranza è Forza e consta, pertanto, di tre equivalenze, distorte, rispetto ad un sistema costituzionale di tipo liberal - democratico o liberario (quale traduzione - imperfetta - del termine inglese *libertarian*)..

(24) Il titolo in inglese del libro “*Brave new world*”, fa infatti proprio riferimento ad una frase shakespeariana,

(25) Nella sua ultima opera, *The Island* (trad. it., L’isola, Milano, 1963), Huxley parrebbe ipotizzare una società in cui un certo tipo di droga costituisce, invece, un collante sociale a carattere “umanistico” ed una sorta di chiave per una migliore apertura al mondo.

(26) Il signore delle mosche è Beelzebuth.

(27) R. Bradbury, trad. it., *Gli anni della Fenice*, Milano, 1956. Da tale opera ne aveva tratto un film, molto apprezzato dalla critica, ma un po’ meno dal pubblico, il regista F. Truffaut.

(28) Cfr.: Z. Bauman, trad. it., *Modernità liquida*, Roma - Bari, 2002.

(29) A. Huxley usa il termine *soma*, ripreso dagli antichi i testi vedici, per definire il tipo di droga comunemente usato nel “*Brave New World*”.

(30) Sulle differenze e similarità dei capolavori di Orwell e Huxley, si veda il fondamentale saggio di R. Posner, *Orwell versus Huxley: Economics, Technology, Privacy and Satire*, in *John M. Olin Law and Economics Working Paper* N. 89, Chicago.

(31) In ciò, ad esempio, *La lotteria* si trova in divergenza con il famoso romanzo di R. Barjavel, tradotto in italiano come *Diluvio di fuoco* che termina con la descrizione, questa volta sì arcadica e tendenzialmente reazionario - regressiva, di una felice società patriarcale ed a - tecnologica, auspicata dall’autore. R. Barjavel, trad. it., *Diluvio di fuoco* (tit. or., *Ravage*), Milano, 1957.

(32) T. Veblen, trad. it., *Teoria della classe agiata*, Milano, 1999.

(33) Possiamo, ad esempio, intendere il romanzo *Il Signore delle mosche* come un’opera (anche) di narrativa sull’utopia.

(34) Si potrebbe parlare, allora, e con buon fondamento, di *grundnorm*. Anche chi usa del potere può “diventare di pietra” (impietrirsi) e, cioè, divenire “dis - umano”.

WORLDHOTELS

# GRAND HOTEL SAVOIA

*Genova*



## Ristorante Novecento

*1906*

Via Arsenale di Terra 5  
Di fronte alla Stazione di Piazza Principe  
Tel. 010 27 721 - 010 261 641  
[www.grandhotelsavoia.it](http://www.grandhotelsavoia.it)



Residenza delle Città - Milano  
Hotel Ville sull'Arno - Firenze

Hotel Continental - Genova  
Enterprise Hotel - Milano

PLANETARA HOTELS

# Sezione Famiglia e Minori

## Sentenze e Ordinanze

Tribunale per i Minorenni di Genova, 24 maggio 2010 - Pres. Sansa - Est. Miniotti - PM. conforme.

### **ADOZIONE - stato di abbandono - sussistenza.**

*Sussiste lo stato di abbandono quando, considerate le gravi esperienze traumatiche subite dai minori a causa del comportamento negligente e maltrattante dei genitori, né i genitori, né le altre figure parentali hanno successivamente dimostrato risorse per riuscire a compiere un significativo cambiamento, superando le condizioni di pregiudizio constatate al momento dell'allontanamento dei minori; essi, nonostante gli aiuti loro offerti, non si sono attivati, né hanno dimostrato progetti concreti, per cambiare il loro stile di vita e le loro condizioni, così da poter garantire ai bambini un ambiente di crescita idoneo al loro sviluppo ed alle loro peculiari esigenze riparative dei gravi danni finora subiti. L'attuale inadeguatezza è così grave che un eventuale percorso di recupero del ruolo genitoriale ha tempi lunghi ed esiti incerti, non compatibili con le problematiche di attaccamento dei minori e con il loro bisogno di fruire al più presto di un ambiente stabile.*

(... Omissis...)

### **Fatto e diritto**

In data 13/02/2008 la Questura di Y segnalava al Pubblico Ministero Minorile (nel seguito PM) l'intervento nello stabile ove vivevano i minori, in quanto i vicini avevano avvertito che essi spesso venivano lasciati soli in casa; successivamente, il Servizio Sociale del Comune di Y, allertato dalla Questura, svolgeva accertamenti; nel frattempo la Questura interveniva nuovamente (14.03.08) per un'altra segnalazione relativa al piccolo B, lasciato solo in casa;

nella relazione del 27/03/2008 inviata al PM, il Servizio Sociale lamentava la scarsa collaborazione del nucleo: la nonna paterna, che pure si era rivolta al Segretariato Sociale del Servizio per segnalare l'incuria della madre verso i bambini, non si era presentata alle convocazioni, e solo dopo ripetuti tentativi gli operatori erano riusciti a parlare con i genitori. Il padre aveva dichiarato che la madre usciva tutto il giorno con i bambini e tornava a notte inoltrata, esprimendo il sospetto che facesse uso di sostanze; aveva minimizzato peraltro il suo ruolo paterno, dicendo di essere occupato tutto il giorno con il lavoro; emergeva che durante il fine settimana i genitori facevano vite separate.

La madre minimizzava le denunce a suo carico e negava l'incuria; dichiarava di non avere un buon rapporto con il compagno e con la sua famiglia, diceva di volersi trasferire a Z portando con sé i bambini presso un ex compagno; emergeva inoltre che la bambina non era mai stata visitata dal pediatra ed il bambino non aveva mai fatto visite approfondite; su indicazione degli operatori, la madre si diceva disponibile a far visitare i bambini dal pediatra, a verificare l'adempimento delle vaccinazioni; a sottoporsi insieme al compagno ad una valutazione delle capacità genitoriali presso il Consultorio.

Il PM in data 7/04/2008 chiedeva pertanto al Servizio di mantenere monitorata la situazione e di valutare l'opportunità di inserire i bambini in un affido familiare diurno con il consenso dei genitori, trasmettendo relazione di aggiornamento entro quattro mesi.

In data 18/04/2008 il Servizio Sociale segnalava al PM che nell'ambito delle indagini della Polizia giudiziaria della Procura

presso il Tribunale di Y era emerso il sospetto che la minore A fosse stata oggetto di molestie sessuali.

Acquisiti i verbali di sommarie informazioni rese dalla nonna alla polizia giudiziaria (14.04.2008) risultava che ella, oltre a riferire dell'incuria della nuora verso i bambini, esprimeva preoccupazione per alcuni atteggiamenti sessualizzati di A (la bambina tendeva a baciare sulla bocca tutti; quand'era sul letto si alzava la maglietta; aveva cercato di toccare un familiare nelle parti intime sbottonandogli i pantaloni; toccava i genitali del fratellino); finalmente presentatasi ai Servizi Sociali, la donna faceva analoghe dichiarazioni, aggiungendo di aver visto la bambina minare un rapporto sessuale; riferiva inoltre di aver saputo che spesso Sara veniva lasciata dalla madre con un vecchio, forse con problemi psichici; infine lamentava che la madre alimentava i bimbi poco ed in modo inadeguato (v. rel. SS 13.05.2008).

Il PM chiedeva aprirsi procedura di volontaria giurisdizione e, previa convocazione dei genitori, l'affido dei minori al Servizio Sociale per la collocazione in struttura con la madre, ponendo a carico del padre un congruo contributo per il loro mantenimento. Tuttavia, nelle more della convocazione dei genitori (fissata per il 20 giugno 2008), la Polizia ferroviaria di Y in data 4.06.2008 interveniva in via di urgenza, essendo stata segnalata la presenza nella zona ferroviaria, di un uomo, una donna e due bambini all'interno di un'autovettura sporca e maleodorante, solitamente utilizzata come dormitorio; sul posto, i poliziotti trovavano il piccolo B seduto legato al passeggino, vicino alla autovettura, intento a bere da una bottiglia di birra; nelle vicinanze c'era la madre, sull'auto un cittadino marocchino (M) in evidente stato di ebbrezza intento a fumare con accanto la piccola A.

D'intesa con il Servizio Sociale, i poliziotti procedevano all'allontanamento dei minori ex art. 403 c.c. ed al loro trasporto in Ospedale per accertamenti.

Con decreto 4.06.2008 questo TM affidava i minori al Servizio Sociale affinché, compiuti i necessari accertamenti sanitari, ne individuasse la migliore collocazione ed approntasse il più opportuno progetto di tutela, con divieto di ogni contatto tra i minori e la madre.

Il Servizio Sociale informava (rel. 9.06.2008) che, al momento del ricovero, B risultava positivo all'alcool e A agli oppiacei (v. referti delle analisi svolte); il TM autorizzava il trasferimento dei bimbi nella comunità K.

La madre, convocata per ben tre volte avanti al Giudice (20.06.2008; 18.07.08; 23.07.08), non si presentava; alla seconda convocazione si presentava solo il suo difensore di fiducia ma non la signora, alla terza non si presentava né la donna né il difensore; perveniva poi comunicazione che in data 9.07.2008 ella era stata arrestata per detenzione ai fini di spaccio; era stata trovata in possesso di 7 pezzi di hashish in confezioni singole del peso complessivo di gr. 9,5, di denaro in banconote di vario taglio, di attrezzatura per il confezionamento, di siringhe da insulina.

Il padre dei minori compariva alla convocazione del 18.07.08 e chiedeva di vedere i figli; peraltro si apprendeva in seguito dal Servizio Sociale che il padre, dopo l'allontanamento dei bambini, non aveva mai preso contatti con gli operatori per organizzare gli incontri.

L'osservazione dei minori in ospedale ed in comunità (v. rel. K 8.07.2008) evidenziava i gravi danni da loro subiti: in particolare,

per entrambi si riscontrava la denutrizione e la totale assenza di abitudini alimentari adeguate per l'età (mangiavano solo latte e biscotti e non conoscevano altro cibo); A presentava episodi di autoaggressione (si morsicava sulle braccia e si percuoteva a schiaffi) e manifestava chiari comportamenti sessualizzati e seduttivi, che denotavano la conoscenza di esperienze sessuali, sicuramente assistite e forse anche subite (per la dettagliata descrizione si rimanda alla relazione); la bambina inoltre aveva simulato gesti che richiamavano il consumo di droga via endovenosa e per via inalatoria, così mostrando di aver precocemente assimilato modelli di vita devianti, con sicuro danno al suo sviluppo; entrambi i bambini presentavano forti segnali di disagio ed atteggiamenti indicativi di disturbi nella sfera dell'attaccamento ed assenza di fiducia nelle relazioni con l'adulto: disperazione quando gli infermieri si allontanavano da loro; ricerca di contatto con chiunque (A chiamava "mamma" chiunque le prestasse attenzione), ed attaccamento labile.

A presentava un ritardo nelle abilità cognitive, sociali e di prescrifttura; B un ritardo in tutte le abilità e tratti di chiusura.

Le circostanze cui i bambini erano stati trovati dalla Polizia ferroviaria, le precarie condizioni di salute ed i gravi sintomi di disagio e gli importanti disturbi dell'attaccamento rilevati nell'osservazione in ospedale ed in struttura dimostravano la gravissima trascuratezza materiale ed affettiva in cui essi erano cresciuti e le preocci esperienze traumatiche e di grave privazione materiale ed affettiva subite nell'ambiente di origine.

I gravi danni riscontrati allo sviluppo fisico e psicoevolutivo dei minori trovavano la loro causa non solo nei comportamenti gravemente negligenti della madre - dedita all'uso di sostanze ed allo spaccio, che aveva fatto vivere ai figli una vita errabonda, trasportandoli da un luogo ad un altro ed affidandoli talora a persone inadeguate; non li aveva nutriti né seguiti in modo minimamente adeguato ai loro bisogni; aveva tenuto una condotta irregolare e trasgressiva anche alla presenza dei figlioletti, esponendoli ad esperienze del tutto inadeguate (anche nella sfera sessuale ed in quella del consumo della droga) - ma anche nello scarso interesse e nella povertà affettiva del padre, che non era mai stato protettivo verso i figli, non si era mai preoccupato di verificare che essi fruissero delle cure necessarie, ma si era limitato ad accusare la compagna di trascuratezza, senza adoperarsi in alcun modo per cercare soluzioni più idonee per i figli, che durante il giorno lasciava in completa balia della madre; tale sostanziale disinteresse si era evidenziato anche nella mancanza di qualsiasi iniziativa volta a ristabilire concretamente i contatti con i bambini anche dopo il loro allontanamento.

Considerata la gravità della violazione dei doveri genitoriali e del pregiudizio che ne era derivato ai minori, con decreto 6.10.2008 il TM pronunciava la decadenza di entrambi i genitori dalla potestà sui figli; contestualmente disponeva l'apertura di procedura di adottabilità, nominando ai minori un tutore, in persona dell'avv. S, che ne assumeva anche la veste di difensore; confermava l'affido dei minori al Servizio Sociale del Comune di Y e la loro collocazione in comunità, per il tempo necessario a verificare se nella famiglia di origine fossero presenti figure parentali significative capaci di svolgere un ruolo sostitutivo di quello genitoriale mancante.

Il decreto dichiarativo della decadenza dalla potestà, ritualmente notificato ai destinatari, non è stato reclamato. Veniva proseguita l'istruttoria convocando ex art. 12 legge 184/83 i genitori e la nonna paterna, che si era costituita nella procedura chiedendo l'affidamento dei nipoti: il padre si dichiarava favorevole all'affido dei figli alla propria madre, con cui egli viveva; anche la madre dei minori si dichiarava favorevole all'affido alla nonna paterna, nonostante i forti dissidi avuti in passato con lei e con il nucleo

paterno, in quanto tale soluzione avrebbe evitato l'affidamento dei bimbi a terzi.

Dagli accertamenti svolti dal Servizio sociale e dal Consultorio (v. relazioni ASL dott. ... in data 11.02.2009 e 11.05.2009) emergeva l'insussistenza di risorse idonee a vicariare quelle genitoriali mancanti; in particolare, risultava che la nonna paterna non era consapevole delle esigenze dei bambini né dell'immaturità e delle carenze del padre verso i figli, né in grado di proteggerli da eventuali ulteriori comportamenti pregiudizievoli della madre; il padre chiedeva in modo confuso i figli, con una totale delega alla propria madre della loro gestione; la nonna mostrava un progettualità incerta, tendeva a banalizzare le difficoltà presenti nella situazione familiare, e soprattutto mostrava di negare le condizioni di gravissimo disagio e di pregiudizio in cui i bambini si trovavano al momento dell'allontanamento, attribuendole in modo semplicistico alle condotte irresponsabili della madre, senza consapevolezza delle responsabilità sue e del figlio.

Frattanto, si appurava che la permanenza in comunità dei minori e le cure degli operatori avevano determinato un progressivo miglioramento, tanto che i bimbi avevano fortemente recuperato sul piano cognitivo, del linguaggio, delle competenze sociali, ed avevano mostrato un forte giovanimento derivante dalle relazione acuditive ed affettive esperimentate in comunità; la relazione del Neuropsichiatra infantile sottolineava, tuttavia, la necessità di provvedere al più presto all'inserimento dei bimbi in famiglia, adottiva o affidataria, per assicurare loro quella stabilità di riferimenti materiali, affettivi ed educativi necessari per una crescita sana e per riparare i gravi danni derivati dalle esperienze abbandoniche subite nella famiglia di origine.

Depositato il materiale istruttorio raccolto, all'udienza collegiale del 20 luglio 2009 si procedeva a trattazione e discussione, previa audizione delle parti.

Per la madre si presentava solo il difensore (adducendo impossibilità a comparire dell'assistita per un incidente, peraltro non documentato né al momento né successivamente); il padre e la nonna ribadivano le loro posizioni; in via subordinata, la nonna chiedeva l'inserimento temporaneo dei nipoti in famiglia affidataria, con incontri regolari tra lei ed i bambini.

I genitori, nonostante la decadenza dalla potestà genitoriale, continuavano a proporsi come possibili figure di riferimento per i minori, persistendo in un atteggiamento di negazione delle vicende storiche e giudiziarie trascorse, né del fatto di non aver compiuto alcun cambiamento significativo.

Nel corso dell'udienza le parti manifestavano anche un atteggiamento critico e vissuti persecutori rispetto ai Servizi Sociali e Sanitari, e mostravano di attribuire le conclusioni degli operatori ad un atteggiamento prevenuto rispetto alla loro diversa cultura di appartenenza, mostrando di non avere minimamente colto le criticità rilevate.

Il Collegio riteneva opportuno disporre CTU, sul seguente quesito:

*"il CTU, tenuto conto delle condizioni e delle esperienze traumatiche vissute dai minori, del fatto che i genitori sono stati dichiarati decaduti dalla potestà sui figli minori, esaminati gli atti e svolgendo approfondimenti sulle figure dei genitori e della nonna paterna, sulle loro relazioni e dinamiche, dovrà verificare e valutare: se vi siano nella famiglia di origine condizioni di vita, progettualità concreta, risorse specifiche per un percorso di cambiamento radicale rispetto alle condizioni di pregiudizio constatate al momento dell'allontanamento dei minori, tali da garantire ai bambini un ambiente di crescita idoneo al loro sviluppo ed alle loro peculiari esigenze di crescita e di riparazione rispetto ai gravi danni finora subiti; se tale percorso potrà svolgersi in tempi ristretti, compatibili con le problematiche di attaccamento presentate dai minori e con la loro necessità di fruire al più presto di un*

*ambiente stabile ed idoneo a garantirne le predette esigenze; il CTU valuterà il miglior progetto di tutela per i minori, esprimendosi anche in termini prognostici, avuto riguardo al prevalente interesse dei minori”*

All'udienza del 10.09.2009 veniva conferito l'incarico al dott. G, che depositava il suo elaborato in data 23.10.2009.

Le parti non avevano nominato CTP; nonostante il termine all'uopo concesso, non formulavano osservazioni alla CTU né conclusioni nel merito.

Soltanto il tutore dei minori depositava memoria in cui chiedeva dichiararsi lo stato di adottabilità dei minori e la loro tempestiva collocazione in famiglia adottiva.

La causa è stata discussa e decisa nella camera di consiglio del 24.05.2010.

Ritengono i Giudicanti che sussista lo stato di abbandono dei minori, ampiamente ed univocamente dimostrato dalle risultanze fattuali sopra riportate, dagli accertamenti svolti dai Servizi, dagli elementi raccolti in istruttoria, che hanno trovato ulteriore e piena conferma nelle approfondite indagini del CTU, le cui conclusioni, motivate e coerenti, sono interamente condivise dal Collegio.

Va rilevato che, anche nel corso della CTU, il comportamento tenuto dalle parti ha confermato il loro sostanziale disinteresse per i bambini e la loro inadeguatezza.

Le convocazioni dirette alla madre, al padre, alla nonna paterna, non sono state ritirate per compiuta giacenza. Soltanto dopo ripetuti tentativi telefonici con i rispettivi difensori, il CTU è riuscito ad avere la presenza del padre e della nonna; la madre non si è mai presentata, né ha mai preso contatti con il CTU.

Nel corso delle operazioni peritali, nessuna delle parti ha preso contatti con i Servizi per chiedere notizie dei minori o per altre comunicazioni.

Dopo essere stata dichiarata decaduta dalla potestà genitoriale, la madre ha trascorso un periodo di carcerazione, per spaccio di sostanze stupefacenti.

Dopo la scarcerazione, non ha mai preso alcun contatto con gli operatori per chiedere dei bambini, né si è mai presentata al TM, né ha preso contatti con il CTU, dopo le vane convocazioni.

Ella si è limitata, attraverso il difensore all'udienza collegiale del 20.07.2009, a dichiararsi favorevole all'affidamento dei figli alla nonna paterna, nonostante che in passato avesse riferito agli operatori di essere maltrattata dal compagno, di non andare d'accordo con la di lui madre e di ritenere l'ambiente familiare la causa dei suoi problemi con la droga; non ha mai mostrato alcuna consapevolezza dei danni subiti dai figli, di cui non ha mai chiesto notizie agli operatori, mostrando un totale disinteresse per la loro sorte.

Il padre, nonostante la pronuncia di decaduta dalla potestà, ha rivendicato competenze genitoriali, chiedendo di occuparsi dei figli insieme alla propria madre, ma di fatto non ha maturato alcun significativo cambiamento.

Gli approfondimenti svolti dal CTU, mediante colloqui e tests, hanno evidenziato una struttura di personalità molto povera ed una totale immaturità, con uno stile educativo totalmente assente e delegante la cura dei figli prima alla compagna (del cui consumo di sostanze ha dichiarato al CTU di non essersi mai accorto) e poi, secondo il suo progetto, alla madre; egli si presenta totalmente inconsapevole dei bisogni dei minori (dichiarando che in Italia c'è un eccesso di attenzione per i bambini, che nel suo paese vivono in strada senza eccessive attenzioni), limitandoli agli aspetti fisici e materiali (che peraltro non ha saputo assicurare e che si propone di delegare *in toto* ad altri). Egli non ha mostrato alcun spazio mentale per la dimensione affettiva ed emotiva verso i figli (vissuti come privi di un loro mondo interiore e di ca-

pacità emotive) ed anzi si è mostrato molto invischiato nel rapporto con la propria madre, e con sentimenti di rabbia e rancore verso le proprie esperienze di vita infantile.

Non ha maturato nessuna consapevolezza rispetto alle sue carenze ed alle sue responsabilità omissive rispetto ai maltrattamenti subiti dai minori, alla loro sofferenza, con un atteggiamento di diniego e di banalizzazione (quando ritiene sufficiente per adempiere al proprio ruolo di padre il fatto di avere un lavoro o quando critica l'eccesso di attenzioni dedicato ai minori in Italia).

Tali gravi carenze di base, difficilmente emendabili, lo rendono inadeguato a svolgere un ruolo genitoriale per i suoi figli, tanto gravemente compromessi.

Anche la nonna paterna, pur presentandosi con modalità relazionali più mature rispetto a quelle del figlio, ha evidenziato un assetto di personalità molto sofferente, caratterizzato da difese arcaiche quali il diniego rispetto ai dati di realtà e distorsioni egocentriche nella rappresentazione dei bisogni dei minori; ella ha evidenziato una polarizzazione depressiva del pensiero ed un marcato rallentamento a livello verbale, ideativo e motorio.

Ella non ha, inoltre, maturato alcuna consapevolezza rispetto alle gravi condizioni in cui versavano i minori al momento dell'allontanamento né del loro ritardo psicoevolutivo e del loro malessere; è una persona molto fragile, che ricorre a massicce negazioni e distorsioni dei dati di realtà, che ha un rapporto invischiato con il proprio figlio, e che non è pertanto in gradi di svolgere un ruolo genitoriale sostitutivo per minori così deprivati, neppure con un supporto educativo, perché priva della capacità di riconoscere e di prendersi cura dei bisogni dei minori, che è una delle dimensioni fondamentali dell'adulto accidente, riconosciuta come dimensione costante e multiculturale nello studio delle relazioni parentali.

L'osservazione dei minori effettuata dal CTU (pagg 21-23) ha riscontrato che essi presentano, con modalità diverse, la maggior parte dei sintomi comportamentali conseguenti a gravi patologie delle cure parentali, evidenziando i segni comportamentali del maltrattamento fisico e del maltrattamento psicologico.

Essi hanno dimostrato, all'inserimento in struttura, di essere del tutto privi di esperienze positive con figure di adulti accidenti (*caregivers*).

Gli effetti dei comportamenti omissivi e commissivi derivanti dalle carenze del nucleo familiare, pur avendo avuto una parziale remissione dopo la presa in carico continuativa, sono tuttora presenti nell'osservazione clinica, e richiedono che al più presto venga assicurata ai minori figure di attaccamento competenti, sensibili, capaci di rispondere ai loro bisogni, oltreché una presa in carico professionale finalizzata ad abilitare le funzioni psichiche dei minori compromesse dalle esperienze vissute.

Nella famiglia di origine vi è stata una massiccia patologia delle cure, espressa con comportamenti commissivi ed omissivi, che ha gravemente danneggiato i minori; essa si è associata al mancato riconoscimento dei diritti fondamentali dei minori, comune a tutte le figure adulte, che è rimasto immutato nel corso della procedura, nonostante gli interventi dei Servizi e del Tribunale, non avendo nessuna delle parti dato prova di consapevolezza dei danni riportati dai minori né delle loro ricadute sul loro processo psicoevolutivo.

La madre ha tenuto un comportamento antisociale, trasgressivo, con conseguente trascuratezza e maltrattamenti fisici e psicologici verso i figli fino al loro allontanamento; dopo, si è completamente defilata da ogni responsabilità, con un comportamento di manifesto abbandono dei figli, della cui sorte si è disinteressata, di fatto delegando al padre ed alla

nonna paterna ogni iniziativa diretta a mantenere i minori nell'ambito della famiglia di origine.

L'inconsistenza della figura paterna, la sua incapacità genitoriale, difficilmente emendabile in rapporto alle esigenze dei minori, la fragilità e la configurazione psicopatologica della nonna, sono tali da non garantire ai bambini un ambiente di crescita idoneo al loro sviluppo ed alle loro specifiche esigenze di cura.

Si ravvisa pertanto senza il minimo dubbio quella situazione di abbandono materiale, affettivo, ed educativo, che impone e giustifica la rescissione di ogni legame parentale tra i minori ed il nucleo di origine.

I minori debbono pertanto essere dichiarati adottabili e dev'essere loro riconosciuto il diritto fondamentale a crescere in una famiglia capace di offrire loro le cure materiali ed affettive, l'affidabilità e la stabilità necessarie per avviare un percorso di crescita adeguato alle loro esigenze e di riparazione dei danni subiti.

#### P.Q.M.

visto l'art. 15 della legge 184/1983;  
dichiara lo stato di adottabilità dei minori A e B.

Conferma l'interruzione di ogni rapporto e contatto tra il minore e la famiglia di origine (...Omissis...).

Tribunale per i Minorenni di Genova, 22 marzo 2010 - Pres. Sansa - Est. Miniotti - PM conforme.

#### FAMIGLIA e minori - nonni - rapporti con i nipoti - condizioni.

*Anche dopo la legge 54/06 non è ravvisabile in capo ai nonni una posizione di diritto soggettivo od interesse tale da essere direttamente od indirettamente azionabile in giudizio.*

*Peraltra, nel corretto esercizio della potestà sul figlio minore, il genitore non può, senza una plausibile ragione in relazione al preminente interesse del minore, vietargli il rapporto con i parenti più stretti, tenuto conto del potenziale danno, a lui derivante dall'ostacolo a relazioni affettive che sono conformi ai principi etici del nostro ordinamento, ove mantenute in termini di frequenza e durata tali da non compromettere la funzione educativa del genitore stesso. Ai nonni viene perciò riconosciuta la legittimazione a sollecitare il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà genitoriale ex art. 333,336 c.c. al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori.*

*La regolamentazione dei rapporti nipote/nonni ha come presupposto l'accertamento, in concreto, di un interesse del minore a conservare relazioni parentali che siano per lui arricchenti e significative; per contro, quando da tali relazioni derivi un pregiudizio od un rischio per la sua crescita sana ed equilibrata, tali frequentazioni non possono essere consentite, o debbono essere opportunamente limitate.*

(...Omissis...)

Visti gli atti relativi ai minori A (dieci anni) e B (sette anni), di C (padre) e D (madre, deceduta);

#### Rilevato

che con ricorso depositato il ... E ed F residenti a Z, chiedevano che fossero congruamente disciplinati i loro diritti di visita con i nipoti, residenti a Y;  
essi esponevano di aver fattivamente collaborato con i genitori nella gestione dei bambini, che allora vivevano a Z, e di averli ancor più intensamente accuditi durante la grave malattia della madre, affetta da tumore al seno, che la condusse al decesso; che du-

rante la malattia il genero, a causa delle proprie convinzioni contrarie alla medicina tradizionale, non prestò alla loro figlia adeguata assistenza medica; dopo che ella morì, lasciando testamento olografo, C si trasferì con i figli a Y, presso i propri genitori, impedendo ogni rapporto tra i figli ed i nonni materni, a loro volta proprietari di un alloggio a Y, dove erano soliti recarsi spesso; che nella procedura si costituiva il padre dei minori, contestando gli assunti avversari ed opponendosi alla ripresa dei contatti nonni-nipoti;

che la comparizione delle parti avanti al Giudice delegato evidenziava una forte conflittualità, di cui il padre ed i nonni fornivano motivazioni divergenti, portando rappresentazioni e vissuti contrastanti delle vicende passate e delle relazioni familiari; che, sull'accordo delle parti, che si erano dette disponibili sottoporsi a colloqui di mediazione e/o sostegno psicologico, veniva chiesto al Servizio Sociale ed al Consultorio di provvedere ad una valutazione complessiva delle figure adulte e all'osservazione dei minori, per approfondire le dinamiche relazionali e valutare la possibilità di una ripresa dei rapporti, individuando ed attivando i più opportuni interventi per favorire tale ripresa; che si susseguivano vari interventi volti ad avviare incontri dei nipoti con i nonni, con l'appoggio di educatrici; le relazioni di aggiornamento del Servizio Sociale e delle educatrici informavano che, superando iniziali ritrosie, i bambini erano riusciti a stabilire con le educatrici un rapporto di fiducia e con il padre e la famiglia allargata paterna si era creato un clima di maggior collaborazione e fiducia;

nel maggio 2007 il dott. T, psicologo del Servizio Sociale, avviava un intervento di osservazione e di sostegno psicologico dei minori, cui si affiancava anche un lavoro di consulenza e sostegno al padre; nella relazione 24.10.07 il dott. T rilevava che dall'osservazione e dai colloqui svolti emergeva che tra gli adulti c'era ancora un livello di conflittualità molto elevato, con un coinvolgimento emotivo legato a vicende riguardanti la storia familiare, i rapporti personali e patrimoniali, di esclusiva pertinenza del mondo adulto, ma che aveva ricadute sui minori, che venivano a trovarsi in una delicatissima situazione di conflitto di lealtà con le figure adulte; il dott. T, pertanto, reputava necessario continuare un percorso di accompagnamento emotivo e di sostegno agli adulti per creare un clima più sereno;

che in una successiva fase, accogliendo la proposta del padre, si sperimentava la possibilità che fosse il padre stesso ad accompagnare i figli agli incontri con i nonni; dopo alcune iniziali resistenze, effettuati alcuni incontri con tale modalità, ben presto emergevano nuove difficoltà; in particolare i nonni lamentavano che la presenza paterna condizionasse negativamente la loro relazione con i nipoti;

valutando tale fase, gli operatori ritenevano che, tenuto conto del rapporto di forte dipendenza dei bimbi rispetto al padre e delle persistenti difficoltà di relazione tra gli adulti, difficilmente comprensibili per i bambini, ma da loro fortemente percepiti, era inopportuno prevedere che essi rimanessero soli con i nonni (rel. 31.07.2008)

reintrodotta pertanto la figura dell'educatrice, la successiva osservazione degli incontri evidenziava che da parte dei nonni permanevano gravi difficoltà a percepire i bisogni dei minori ed a trascorrere il tempo dedicato a loro in modo compatibile con l'età e le esigenze dei bambini, prevalendo piuttosto le esigenze degli adulti, con conseguente disagio dei minori; lo spazio di ascolto e di contenimento offerto dallo psicologo veniva scarsamente utilizzato, soprattutto dai nonni, che tendevano piuttosto a rivolgersi all'educatrice, rinnovando lamentele e rimostranze, e coinvolgendola in problematiche estranee al suo ruolo; che i nonni, in particolare, esprimevano sfiducia negli interventi

degli operatori, ritenuti scarsamente efficaci a superare le difficoltà in atto, da loro attribuite esclusivamente all'ostilità paterna;

che, pertanto, per la delicatezza delle situazione e per le riscontrate difficoltà, si ravvisava la necessità di un approfondimento tramite CTU, sulla base del seguente quesito:

“Proceda il CTU: ad ascoltare i minori; ad approfondire: le loro attuali condizioni psicofisiche ed emotive, i loro vissuti rispetto alle figure adulte, i loro bisogni, le loro aspettative; la loro complessiva situazione familiare (avuto riguardo anche alla famiglia allargata) e le dinamiche tra gli adulti; la personalità dei soggetti adulti coinvolti, le loro capacità di realizzare un cambiamento rispetto all'attuale assetto, così da superare le attuali rigidità; a valutare, alla luce degli anzidetti fattori, se sia possibile stabilire, fra i nonni ed i nipoti, un rapporto rispettoso dei bisogni e della serenità dei minori”; al CtU veniva data facoltà di effettuare le necessarie sperimentazioni circa frequenza e modalità degli incontri e di avvalersi, se del caso, della collaborazione di educatori professionali;

che in data 10.09.2009 il CTU, dott.Z , depositava la relazione peritale, sulla quale si svolgeva ulteriore contradditorio, mediante deposito di note di parte (solo i nonni depositavano memoria allegando osservazioni del proprio CTP dott. ....);

### Ritenuto

che l'indagine peritale si è svolta in modo approfondito, con metodologia e tecniche adeguate ed è pervenuta a valutazioni che il Collegio condivide integralmente, qui sinteticamente riportate:

- la consulenza tecnica di ufficio ha confermato quanto già era emerso dalle osservazioni dei Servizi e cioè che i nonni presentano aspetti disturbati della personalità, che si esprimono in importanti difficoltà di relazione:

entrambi manifestano verso il genero una forte aggressività, rispetto alla quale non hanno consapevolezza, ma un meccanismo di negazione;

nei colloqui con il nonno non emerge uno spazio mentale per i nipoti, ma solo un sentimento di possesso, né è presente empatia verso i bisogni ed i sentimenti dei bambini; i risultati dei tests e dei colloqui evidenziano una personalità poco in contatto con la realtà, che il soggetto manipola introducendo aspetti affabulatori; la rigidità e le difficoltà intrapsichiche rilevate rendono difficile un cambiamento;

per la nonna, i risultati dei tests e dei colloqui hanno delineato la mancanza di capacità di introspezione e di elaborazione, e la presenza di una forte carica impulsiva, di cui la donna ha scarso controllo; la personalità si presenta come fortemente problematica, il cui stato profondamente depressivo inibisce i rapporti affettivi, con vissuti di aridità interiore, di vuoto, ed incapacità di cambiamento;

- per quanto riguarda il padre, le difficoltà rilevate non sono tali da incidere sull'adeguatezza genitoriale: egli presenta una personalità con buone capacità affettive, coartate da un tono dell'umore prevalentemente depressivo; egli non ha ancora elaborato il lutto per la perdita della moglie ed il trauma di essere rimasto solo con due bambini piccoli; per i rapporti intercorsi, il suo atteggiamento verso le visite dei figli ai nonni è ambivalente, ma presenta potenzialità di cambiamento. Egli si sforza di continuare i rapporti con i nonni per il bene dei figli, ed è consapevole dello stato emotivo dei bambini e della loro sofferenza;

- il minore A presenta uno stato depressivo, dovuto al lutto non ancora elaborato, e su iniziativa del padre, ha iniziato una psicoterapia che dev'essere proseguita;

B manifesta una immaturità globale nel comportamento e nell'emotività; la mancanza della madre lo induce a rimanere “pic-

colo” e piuttosto oppositivo; la CTU suggerisce sedute di psicomotricità;

entrambi i bimbi appaiono piuttosto chiusi emotivamente, ed è pertanto opportuno ampliare il ruolo dell'educatrice che già li segue, al fine di promuoverne l'autonomia e la socializzazione; che la giurisprudenza, anche successiva alla legge 54/06 è esplicita nell'escludere in capo ai nonni una posizione di diritto soggettivo od interesse tale da essere direttamente od indirettamente azionabile in giudizio.

Così, la Cassazione, nel caso di separazione o divorzio, ha da ultimo ribadito che la previsione dell'art. 155 c.c., nel prevedere il diritto dei minori a conservare rapporti significativi con gli ascendenti ed i parenti di ciascun ramo genitoriale, affida al giudice un elemento di indagine ulteriore nella scelta e nell'articolazione dei provvedimenti da adottare, nella prospettiva di una rafforzata tutela del diritto dei figli ad una crescita sana ed equilibrata, ma non incide sulla natura e sull'oggetto dei giudizi di separazione e divorzio, né sulle posizioni ed i diritti dei soggetti in esso coinvolti, e non consente pertanto di ravvisare diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo, che possano legittimare l'intervento dei nonni o di altri familiari, né come intervento autonomo, né come intervento ad adiuvandum (Cass., sez I, 22081 del 16.10.2009; pres. Luccioli, est. Dogliotti).

Peraltra, nel corretto esercizio della potestà sul figlio minore, il genitore non può, senza una plausibile ragione in relazione al preminente interesse del minore, vietargli il rapporto con i parenti più stretti, tenuto conto del potenziale danno, a lui derivante dall'ostacolo a relazioni affettive che sono conformi ai principi etici del nostro ordinamento, ove mantenute in termini di frequenza e durata tali da non compromettere la funzione educativa del genitore stesso. Ai nonni viene perciò riconosciuta la legittimazione a sollecitare il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà genitoriale ex art. 333,336 c.c. al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori (Cass.sent. 9606/98; sent. 364/96; sent. 1115/81);

che pertanto la regolamentazione dei rapporti nipote/nonni ha come presupposto l'accertamento, in concreto, di un interesse del minore a conservare relazioni parentali che siano per lui arricchenti e significative; per contro, quando da tali relazioni derivi un pregiudizio od un rischio per la sua crescita sana ed equilibrata, tali frequentazioni non possono essere consentite, o debbono essere opportunamente limitate;

che nel caso di specie l'indagine peritale, in linea con le risultanze degli accertamenti e delle osservazioni dei Servizi, ha messo in luce aspetti della personalità e del comportamento dei nonni tali da far ritenere le relazioni con i nipoti non solo poco arricchente ed appagante, ma con aspetti di rischio per la serenità dei bambini, sia per le modalità con cui i nonni si relazionano con loro (mancanza di empatia, autocentratura), sia per il clima di conflittualità e di rancore nei confronti del padre che spesso viene a crearsi in occasione degli incontri e le cui ricadute dannose sui bimbi sono evidenti;

che, tuttavia, per evitare bruschi tagli emotivi ai bambini in una fase così delicata e per evitare di ingenerare loro sensi di colpa o di rifiuto, i giudicanti condividono l'indicazione della CTU di mantenere le visite, riducendone la frequenza rispetto all'attuale, per le ragioni sopra evidenziate;

le visite seguiranno pertanto le modalità suggerite dalla CTU (pag. ....), ma - a differenza di quanto da essa proposto - dovranno svolgersi alla sola presenza dell'educatrice, che andrà a prendere i bambini a scuola, senza la presenza del padre o dei familiari; reputano infatti i giudicanti che la presenza del padre agli incontri possa essere oggettivamente condizionante per i bimbi e rischi di innestare pregiudizievoli dinamiche con i nonni;

l'incontro mensile avrà una durata massima di tre ore (raggiungibili con gradualità) e comprenderà preferibilmente il momento del pasto;

l'educatrice potrà interrompere l'incontro immediatamente nel caso di comportamenti dei nonni inappropriati alle esigenze dei minori o di palese disagio dei bambini;

Che il presente provvedimento ha carattere definitivo: peraltro il Servizio Sociale dovrà mantenere uno ruolo di monitoraggio della situazione dei minori e di sostegno, ampliando l'attuale ruolo dell'educatrice, con l'attuazione delle più opportune iniziative dirette a favorire una maggiore autonomia dei minori ed una maggior socializzazione;

gli operatori vigileranno inoltre sull'andamento degli incontri con i nonni e sull'osservanza delle prescrizioni, segnalando al PMM la ripetuta violazione delle prescrizioni o la presenza di circostanze pregiudizievoli per i bambini;

che alle parti dovranno impartirsi opportune prescrizioni, volte a favorire un clima di maggiore serenità per i minori;

#### **P.Q.M.**

visti gli artt. 333,336 c.c., definitivamente pronunciando; su conforme parere del PM;

#### **Dispone**

che i minori incontrino i nonni materni alla presenza di un'educatrice una volta al mese per la durata massima di tre ore (raggiungibili con gradualità) comprensive del momento del pasto;

si richiamano, per i dettagli, le modalità di pag. ... della CTU;

l'educatrice avrà facoltà di interrompere immediatamente gli incontri in casi di comportamenti inappropriati dei nonni o di manifesto disagio dei minori;

la continuazione degli incontri sarà condizionata all'avvio di colloqui dei nonni con uno psicoterapeuta che li aiuti a comprendere meglio i bisogni infantili ed a non volgere tutti gli avvenimenti in chiave persecutoria;

Dispone che il Servizio Sociale continui a monitorare l'andamento degli incontri, la situazione complessiva dei minori, avviando i più opportuni interventi di sostegno per i bambini e per il loro nucleo familiare; in particolare, il Servizio sociale amplierà il ruolo dell'educatrice, con l'obiettivo di favorire una maggiore autonomia emotiva dei bambini ed una maggior socializzazione;

il Servizio Sociale vigilerà inoltre sul rispetto delle prescrizioni e sullo svolgimento degli interventi di cura necessari per i minori (psicoterapia per A; sedute di psicomotricità per B); la ripetuta inosservanza delle prescrizioni, od il sopravvenire di circostanze pregiudizievoli per i minori saranno segnalate al Pubblico Ministero Minorile per le eventuali iniziative di competenza.

#### **Prescribe al padre:**

di adoperarsi affinché A continui l'intervento di psicoterapia già avviato;

di adoperarsi affinché B effettui sedute di psicomotricità, secondo le indicazioni degli operatori;

di collaborare con l'educatrice, favorendo attività ricreative e socializzanti dirette a promuovere una maggior sicurezza ed autonomia emotiva dei figli;

#### **Prescribe al padre ed ai nonni materni:**

di rispettare la disciplina degli incontri dei bimbi con i nonni materni dettata dal TM e dal Servizio sociale;

di rispettare il ruolo dell'educatrice, astenendosi dal trattare con la stessa argomenti polemici e non pertinenti rispetto agli incontri.

(...*Omissis...*)

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 24 dicembre 2010 - Pres. Haupt - Rel. Scarzella.

#### **FAMIGLIA e minori - fondo patrimoniale - minore - alienazione del bene del minore - autorizzazione del Tribunale - necessità - esclusione.**

*È legittima la previsione, nell'atto costitutivo del fondo patrimoniale, della alienabilità del bene senza autorizzazione del Tribunale, anche in presenza di figli minori.*

(Art. 169 c.c.)

- Visto il ricorso depositato in data 15.10.2010 dai signori F.P. e C.A. a venti un figlio minore, con il quale viene richiesta l'autorizzazione ex art. 169 c.c. alla vendita della quota di proprietà pari al 50% di spettanza di F.P. dell'appartamento sito in Genova Via R.Z. n. 1 costituita in fondo patrimoniale;

- Rilevato che i ricorrenti all'art. 3 dell'atto di costituzione del fondo patrimoniale sopra citato, prodotto in atti, , hanno espresamente derogato alla disciplina legale sancita dall'articolo 169 c.c. escludendo, pur in presenza di figli minori, la necessità di autorizzazione giudiziale nel caso di alienazione degli immobili conferiti;

- Ritenuto che il Collegio ritiene di condividere la giurisprudenza maggioritaria sul punto (cfr. *ex pluribus* Trib. Pisa 9 novembre 2005, in *Riv. Not.*, 2007, 3, 659; Trib. Milano 17 gennaio 2006, in *Riv. Not.*, 2006, 5, 1335; Trib. Lodi 6 marzo 2009) che considera legittima, alla stregua dell'art. 169 c.c., la previsione nell'atto costitutivo della alienabilità del bene senza autorizzazione del Tribunale, anche in presenza di figli minori, atteso che dall'esame della disposizione contenuta nell'art. 169 c.c. emerge che l'autorizzazione per alienare beni facenti parte del fondo patrimoniale è prevista solo nel caso in cui nell'atto costitutivo non sia esplicitamente consentita l'alienabilità dei beni e, per di più, vi siano figli minori, da ciò ricavandosi che se nell'atto costitutivo è consentita l'alienabilità, come nel caso in esame, con il solo consenso di entrambi i coniugi, viene meno uno dei due presupposti previsti perché sia necessaria l'autorizzazione del Tribunale;

- Ritenuto pertanto che per il compimento degli atti indicati non debba essere concessa alcuna autorizzazione;

- Visto l'art. 169 c.c.

Dichiara non luogo a provvedere sul ricorso.

# Documenti

## *Proposizione delle domande economiche e di affidamento del figlio naturale: ripartizione di competenza tra Giudice minorile e Giudice ordinario*

*A proposito della decisione del Tribunale per i Minorenni di Genova, 1° dicembre 2009 (in Questa rivista n. 1/10, p. 61)*

**Anna Maria Occasione**  
Avvocato, Foro di Genova

**Abstract:** Lo stato attuale della legislazione sui minori, costringe l'interprete, sia esso giudice che avvocato, a fornire forma e sostanza a norme giuridiche non sufficientemente coordinate tra loro. La varietà di soluzioni confliggenti che si susseguono a far data dall'entrata in vigore della legge 54 del 2006 motivano la necessità di compiere - in base al diritto vivente - uno sforzo di armonizzazione delle norme stesse, in nome dell'interesse del minore ad evitare che i suoi diritti rischino - in attesa della riforma della materia - di stemperarsi ed affievolirsi. Tra gli altri, la Corte di Cassazione con la sua ordinanza n. 8362 del 03/04/2007 (confermata a seguire dall'ordinanza n. 19406 del 21/09/2007 e successiva giurisprudenza) ha ritenuto che "la contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e all'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati articoli 155 e ss. c.c." abbia determinato "in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio".

Tale interpretazione che ha di recente superato favorevolmente il vaglio di costituzionalità (Corte Costituzionale n. 82 24/02/2010) ha posto questioni applicative non agevoli da superare nel caso concreto, quali la identificazione del concetto di "contestualità" come sopra espresso dal Supremo Collegio, ravvisata - per quel che più strettamente riguarda la giurisprudenza del giudice minorile genovese di cui all'oggetto - non tanto nella sua entità temporale, bensì in quella sostanziale, quale ontologica commistione degli aspetti economici e di affido del minore.

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. L'orientamento della giurisprudenza anteriore alla legge 54/2006. - 3. L'orientamento della Corte di Cassazione (a partire dall'ordinanza n. 8362/2007) successivo alla legge 54/2006. - 4. In particolare, sulla nozione di "contestualità" richiamata dalle ordinanze della Corte di Cassazione (n. 8362/2007 e n. 19406/2007). - 5. L'applicazione al caso concreto della nozione di "contestualità" nel decreto emesso dal Tribunale per i Minorenni di Genova emesso il 01/12/2009. - 6. I dubbi di costituzionalità sol-

levati da altri Tribunali per i Minorenni e la decisione della Corte Costituzionale n. 82/2010. - 7. Le riserve e le critiche della dottrina, tra diritto vivente e riforma. - 8. De iure condendo. Conclusione.

### 1. Premessa.

La legge sul c.d. affido condiviso n. 54 del 2006 recante "Disposizioni in materia di separazione dei genitori e affidamento condiviso dei figli" ha avuto il merito di introdurre nel nostro ordinamento principi giuridici (almeno tendenzialmente) adeguati alla normativa europea ed internazionale in materia, quali la centralità dei diritti ed interessi del minore rispetto ad altri con essi concorrenti e la regola della bi-genitorialità, indicando la preferenza del regime dell'affidamento condiviso della prole ad entrambi i genitori rispetto a quello esclusivo in capo ad uno dei genitori. Non ha di contro fornito risposte altrettanto chiare sul piano processuale, segnatamente allorché si tratti di disciplinare certi rapporti interni nell'ambito della filiazione naturale che costituiscono punti di intersezione tra giudice ordinario e giudice specializzato: è rimasta infatti irrisolta, ad esempio, la regolamentazione processuale dei provvedimenti di decadenza/limitazione della potestà in pendenza di procedimenti di separazione/divorzio, specie nei casi d'urgenza e, tuttora, quanto meno incerta è l'individuazione del soggetto competente a disciplinare il regime di affidamento della prole naturale.

L'art. 4, comma 2, della citata legge, infatti, ha genericamente disposto che le nuove norme "si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità di matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati" senza fornire chiarimenti circa le connessioni con le norme vigenti in materia (segnatamente, artt. 317 bis cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ.) interpretate secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale del c.d. "doppio binario".

In mancanza di una soluzione positiva è chiesto all'interprete riflettere su quale tra le varie soluzioni prospettate e prospettande nell'ampio dibattito dottrinale e giurisprudenziale consequenzialmente sorto, si debba preferire e/o eleggere a protezione dei diritti della filiazione naturale nel rispetto del principio del giusto processo e della concentrazione delle tutele. Ciò in attesa di una riforma dell'intera materia che garantisca al governo della famiglia ed alla disciplina della filiazione un giudice unico e specializzato.

### 2. L'orientamento della giurisprudenza anteriore alla legge 54/2006.

Anteriormente all'entrata in vigore della legge 54/2006, la disciplina della filiazione naturale, segnatamente nel momento di rottura della convivenza della coppia genitoriale di fatto, si ricavava dal combinato disposto degli artt. 317-bis e 38 disp. att. c.c. ed era sostanzialmente scissa in dipendenza del contenuto della domanda richiesto all'autorità giudicante.

La questione venne notoriamente affrontata dalla adunanza plenaria della Corte di Cassazione (Cass. SS.UU. 25/05/1993 n. 5847 nel caso Palmerini vs. Poupon), dove si trattava di di-

sciplinare le modalità di affidamento e di diritto di visita di una figlia naturale, riconosciuta da entrambi i genitori, che avevano cessato la loro convivenza.

La Corte di Cassazione, in allora, pur riconoscendo che il nostro ordinamento non disciplina positivamente la questione, rinveniva un riferimento normativo “*di appoggio*” nel 2º comma dell’art. 317 bis c.c., concernente l’esercizio della potestà sul figlio minore riconosciuto da entrambi i genitori naturali.

La Cassazione partiva dalla differenza fondamentale nella disciplina della crisi della coppia genitoriale, a seconda che fosse coniugale o di fatto.

Il codice infatti prevedeva (e tuttora prevede) un intervento necessario da parte del giudice nel primo caso a recidere il rapporto (secondo la struttura bi-fasica della separazione e del divorzio), osservando che nella relazione di fatto, tale intervento si prospettava (e tuttora si prospetta) come meramente eventuale, potendosi per sua natura la convivenza more uxorio interrompersi sulla base della decisione anche unilaterale di ciascuno.

In quest’ottica di differenziazione, altrettanto differenti si appalesavano le norme sull’affidamento della prole: preventive e chiare nell’ambito della famiglia coniugale, ove il giudice doveva (era tenuto) a dichiarare (art. 155 c.c. ante novella) “*a quale dei coniugi i figli sono affidati*” (regola dell’affidamento esclusivo con diritto di visita per l’altro coniuge); non altrettanto limpide nel caso di filiazione naturale, ipotizzando la legge come meramente eventuale e successivo l’intervento del giudice, prevalentemente laddove fosse chiamato “*a correggere il cattivo funzionamento dei criteri predetti ed eventualmente a stabilire regole alternative, secondo un ampio spettro di ipotesi che arriva fino alla possibilità di escludere entrambi i genitori dall’esercizio della potestà*” (così, Cass. cit.).

L’adozione dei provvedimenti in punto affidamento della prole e/o diritto di visita all’interno della famiglia di fatto, veniva quindi collocato dalla predetta giurisprudenza nel più ampio potere di disciplina dell’esercizio della potestà genitoriale (così come titola l’art. 317 bis cod. civ.) da conferirsi al Tribunale per i Minorenni in forza del rinvio operato dall’art. 38 disp. att. al già richiamato art. 317 bis c.c. .

Più nel dettaglio, posto che l’art. 38 disp. att. cod. civ. devolveva al Tribunale Ordinario la cognizione di tutti quei provvedimenti non espressamente attribuiti ad altra autorità giudiziaria, da ciò discendeva il c.d. *paradigma della ripartizione delle competenze*, disponendosi che il Tribunale per i Minorenni fosse competente a regolare l’affidamento della prole naturale ed il Tribunale Ordinario a disporre sui provvedimenti relativi al loro mantenimento (artt. 148, 261 cod. civ. e 38 disp. att. 2º comma cod. civ.).

Tale ripartizione di competenze ritenuta *funzionale* ed indrogabile (sulla inapplicabilità delle norme sulla connessione, si confronti Cass. 08/03/2002 n. 3457; Cass. 15/03/2002 n. 3898; Cass. 05/12/2002), comportava nei fatti l’esercizio di due azioni distinte (sistema della *doppia tutela*), con doppi costi e tempi di risposta non sempre coordinati (nonché, sovente, anche diversa dislocazione territoriale, non corrispondendo ad ogni sede di Tribunale Ordinario altrettanta sede del giudice specializzato).

Tale sistema ebbe, in ogni caso, l’avvallo dalla Corte Costituzionale (Corte Cost. 05/02/1996 n. 23, Corte Cost. 30/12/1997 n. 451) ritenendo rientrare nella discrezionalità del legislatore disporre modalità di intervento differenziate per la filiazione naturale e per quella legittima, sulla scorta del fatto che la convivenza more uxorio rappresenta “*l’effetto*

*di una scelta di libertà dalle regole costruite dal legislatore per il matrimonio, donde l’impossibilità, pena la violazione della libera determinazione delle parti, di estendere alla famiglia di fatto, per la diversità delle situazioni raffrontate, le regole anche processuali connesse all’istituto matrimoniale; ed inibendo comunque alle parti estendere le regole stabilito per la famiglia legittima a quelle di fatto*” (Corte Cost. 13/05/1998 n. 166 pubblicata in Cons. Stato, 1998, II, 736, Famiglia e dir., 1998, 205, n. CARBONE, Giust. civ., 1998, I, 1759, Giur. it., 1998, 1783, n. COSSU, Gazzetta giur., 1998, fasc. 23, 49, Guida al dir., 1998, fasc. 21, 40, n. FINOCCHIARO).

Del resto, tale esegesi trovava pressoché unanime conforto, considerandosi, sotto altro aspetto, le vertenze economico-patrimoniali tra i genitori non più conviventi (o mai conviventi) alla stregua di controversie tra soggetti *maggiori* ed *adulti*, come tali da decidersi in un normale giudizio contenzioso dinanzi al Tribunale Ordinario.

### 3. L’orientamento della Corte di Cassazione (a partire dall’ordinanza n. 8362/2007) successivo alla legge 54/2006.

Una delle questioni sorte nell’ambito applicativo della legge 54/2006 ha avuto particolare riferimento al secondo comma dell’art. 4 della legge stessa, a norma del quale - come già accennato nelle premesse - “*le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati*”.

La genericità della disposizione, pose subitanei dubbi di coordinamento con le norme vigenti (segnatamente art. 317 bis cod. civ. e 38 disp. att. cod. civ.) e con i principi della *ripartizione delle competenze* quali interpretati dall’orientamento sopra consolidatosi.

Ne è seguito a breve un acceso dibattito sfociato nel noto conflitto di competenza tra il Tribunale per i Minorenni e quello ordinario di Milano, risolto dalla altrettanto nota ordinanza della Corte di Cassazione n. 8362 del 3/04/2007 (cui seguì in senso conforme, l’ordinanza n. 19406 del 20/09/2007 sull’istanza di regolamento di competenza proposto d’ufficio dal Tribunale di Monza con ordinanza 11/10/2006).

Oggetto del contendere, in allora, fu la richiesta della madre di una minore nata da una unione di fatto medio tempore dissoltasi, di provvedere alla regolamentazione dell’affidamento della figlia con contestuale richiesta di determinazione della parte economica a carico del padre.

Il giudice minorile ambrosiano sosteneva che il rinvio operato dal secondo comma dell’art. 4 cit. dovesse includere anche il richiamo e l’applicazione delle norme processuali, conseguendone la disapplicazione parziale dell’art. 317 bis cod. civ. anche per l’incompatibilità del procedimento in camera di consiglio con le procedure stabilite dalla novella. In questa prospettazione, la nuova legge avrebbe inteso assicurare per la prima volta una disciplina unitaria ai procedimenti in materia di filiazione naturale, parificando l’intervento giudiziario, sotto il profilo sostanziale, processuale e di competenza a quello vigente per i figli dei genitori coniugati.

Di parere opposto, il Giudice Ordinario milanese, che richiedendo d’ufficio regolamento di competenza, negava la portata innovatrice suggerita dal tribunale minorile, limitandosi la riforma, a suo giudizio, a consentire l’estensione dei contenuti sostanziali all’interno dell’art. 317 bis cod. civ., fermo restando inalterata la situazione quo ante con riferimento alla ripartizione delle controversie tra magistratura or-

dinaria e specializzata, secondo il *contenuto* della domanda. La Suprema Corte, con l'ordinanza richiamata (dalla motivazione alquanto articolata e complessa) propose una soluzione in un qual modo *mediata*: riprendendo le motivazioni del Tribunale Ordinario di Milano, essa escluse che l'art. 4, comma 2, della legge 54/2006 avesse abrogato in parte qua l'art. 317 bis cod. civ., innovando rispetto al pregresso, affermando tuttavia, che la norma stessa dovesse ritenersi *arricchita* dei nuovi contenuti e principi di cui al novellato art. 155 cod. civ..

La Corte più precisamente ritenne che siffatta *interpretazione trova sostegno nella lettera della L. n. 54 del 2006, art. 4, comma 2, la quale, prevedendo l'applicazione delle nuove disposizioni anche "ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati", esprime chiaramente l'intenzione del legislatore di riferirsi ai procedimenti già esistenti aventi ad oggetto l'affidamento e l'esercizio della potestà sui figli naturali e, quindi, ai procedimenti di cui all'art. 317 bis cod. civ., rientranti nella competenza del tribunale per i minorenni. Tali procedimenti vengono richiamati per trapiantare in essi i nuovi principi e le nuove regole sull'affidamento condiviso, non già per modificarne i presupposti processuali".*

Ferma dunque la ripartizione di competenze in forza del binomio costituito dagli artt. 317 bis, secondo comma cod. civ. e 38, primo comma, disp. att. cod. civ., la Corte ritenne che per effetto dell'innovazione di cui sopra *"il tribunale per i minorenni competente in ordine all'affidamento dei figli naturali, lo sia anche - contestualmente - a provvedere sul contributo al mantenimento di essi."*

Il principio, come ricordato, venne confermato di lì a poco dalla successiva ordinanza del Supremo Collegio n. 19406/2007, affermando che *"la contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà e dell'affidamento del figlio, da un lato, e di quelle economiche inerenti al loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati artt. 155 e ss. Cod. civ., ha pertanto determinato - in sintonia con l'esigenza di evitare che i minori ricevano dall'ordinamento un trattamento diseguale a seconda che siano nati da genitori coniugati oppure da genitori non coniugati, oltre che di escludere soluzioni interpretative che comportino un sacrificio del principio di concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio".*

#### **4. In particolare, sulla nozione di "contestualità" richiamata dalle ordinanze della Corte di Cassazione (n. 8362/2007 e n. 19406/2007).**

La Corte di Cassazione ha modulato il concetto di *contestualità*, in modo più articolato e dettagliato nel primo dei due provvedimenti di cui all'oggetto, lasciando alla seconda valenza meramente confermativa del principio stesso.

Con l'ordinanza 8362/2007, la Corte ha focalizzato la propria attenzione anzitutto, sulla nuova formulazione dell'art. 155 c.c., sottolineando che in base alla disciplina così entrata in vigore, la misura del contributo al mantenimento del minore deve venire determinata, tra i vari parametri, in ragione dei *"tempi di permanenza di ciascun genitore"* con la prole, legando quindi in modo espresso ed ontologico la parte economica a quella dell'affidamento.

La Corte ha poi ritenuto che la sostanza del novellato art. 155 cod. civ. si debba *trapiantare* nel contenuto dell'art. 317 bis cod. civ. costituente secondo l'orientamento ormai con-

solidato la disciplina sostanziale della filiazione naturale, sicché il giudice minorile, in forza del più volte richiamato art. 38 disp. att. cod. civ., è tenuto ad applicare la novella anche in sede di regolamentazione delle liti nell'ambito della filiazione naturale.

In terzo luogo, il Supremo Collegio ha rinvenuto nella suindicata *contestualità* una forma di applicazione del principio di egualianza, tale per cui la condizione giuridica dei genitori tra loro (se coniugati o meno) non può determinare una differenza di tutela nel rapporto di filiazione, posto che gli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione incidono sulla responsabilità genitoriale ex art. 30 Cost. allo stesso modo, a garanzia della tutela della prole. Diversamente opinando, prosegue in punto la Corte, *"vi sarebbe un trattamento inferiore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela, in caso di cessazione del rapporto di convivenza tra i suoi genitori naturali, ricavassero dall'ordinamento una risposta frazionata con la perdita di quella valutazione globale (tota regiudicanda peropeata) che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare".*

In quarto luogo, ha affermato la Corte che *"lo sdoppiamento della competenza, con la necessità del genitore di adire un giudice diverso per la cognizione di una domanda intrinsecamente connessa alle statuzioni che in concreto sono state date sulla potestà e sull'affidamento, comporterebbe un evidente sacrificio del principio della concentrazione delle tutele, che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo (riconosciuto espressamente dalla coeva sentenza della Corte di Cassazione n. 4636/2007)".*

Di qui il principio di diritto secondo cui *"la contestualità delle misure relative all'esercizio della potestà ed all'affidamento del figlio, da un lato e di quelle economiche inerenti il loro mantenimento, dall'altro, prefigurata dai novellati articoli 155 e ss. c.c. ha peraltro determinato - ... - una attrazione, in capo allo stesso giudice specializzato, della competenza a provvedere, altresì, sulla misura e sul modo con cui ciascuno dei genitori naturali deve contribuire al mantenimento del figlio".*

Come accennato, il secondo provvedimento ha affermato il medesimo principio di diritto, dando così espresso seguito alla massima di cui all'ordinanza 8362/2007.

#### **5. L'applicazione al caso concreto della nozione di "contestualità" nel decreto emesso dal Tribunale per i Minorenni di Genova emesso il 01/12/2009.**

In tale contesto esegetico, il Tribunale per i Minorenni di Genova, con suo decreto 01/12/2009 (pubblicato su questa rivista, n. 1 del gennaio-aprile 2010, pag. 61 e ss.) ha statuito che 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 sulla responsabilità genitoriale, al fine di evitare il frazionamento delle tutele, a garanzia del preminente interesse del minore".*

Nel caso di specie, una madre si era rivolta inizialmente al Tribunale Ordinario di Genova affinché venisse giudizialmente determinata la misura del contributo al mantenimento della figlia minorenne, nata dalla relazione naturale con il padre di poi interrotta, le cui determinazione in punto affidamento della stessa erano già state stabilite in precedenza dal Tribunale per i Minorenni.

Ma il Tribunale Ordinario negava la propria competenza (con massima riportata, in questa Rivista, ibid. pag. 60 e

61) negando che potessero rientrare nel suo ambito decisionale le statuzioni *“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 nelle quali le due domande vengono presentate in tempi diversi, al fine di non fornire agli interessati risposte non frazionate”*.

Fulcro della motivazione del giudice specializzato genovese, la necessità di adeguarsi ai principi di concentrazione delle tutele e della ragionevole durata del processo, già invocati dalle ricordate ordinanze della Corte di Cassazione. Ma dalla motivazione traspare anche un più generalizzato impegno di cui il giudice specializzato ritiene doversi far carico, nel voler garantire al minore una tutela globale ed estesa, in una materia in cui la parte economica e la parte relativa all'affido - come disposto dall'art. 155 cod. civ. novellato - ontologicamente si compenetran.

Al di là di tale premessa, il Tribunale per i Minorenni di Genova, ravvisa il concetto di *“contestualità”* non solo nel caso in cui le due domande di determinazione del contributo al mantenimento e di affido siano state proposte nel medesimo procedimento, ma anche quando il giudice specializzato abbia già emesso una sua precedente decisione in punto affidamento e di poi si debba incidere, seppur con separato ricorso, sulla questione economica anche se non specificamente affrontata in anteprima dal giudice dei minori.

*“La cognizione globale imposta dal principio della concentrazione delle tutele non può che essere 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”.*

Il giudice minorile genovese ha in sostanza colto un aspetto processuale ed insieme pratico, condividendo in questo modo il rilievo già sollevato dal Tribunale Ordinario che sulla medesima questione aveva dichiarato la propria incompetenza a decidere su tutte le questioni *“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 che 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”*. D'altronde - come si verrà sviluppando anche infra - soluzioni di tipo diverso rappresentano processualmente il rischio del frazionamento di tutela e la vanificazione del principio di concentrazione del processo che la stessa Corte di Cassazione ha inteso promuovere e garantire a tutela dei diritti del minore.

Tali principi, del resto, erano i medesimi che hanno ispirato a livello comunitario i rapporti tra le varie autorità giurisdizionali dei diversi stati membri, al fine di evitare conflitti tra i diversi giudici nazionali. Anche in tale sede, il principio ispiratore è stato quello della concentrazione delle tutele, attribuendosi competenza al giudice della responsabilità genitoriale anche in punto alimentare, ritenendo le due questioni una accessoria all'altra (per un approfondimento, *“Diritto di famiglia ed Unione Europea”*, a cura di Sergio M. Carbone e Ilaria Queirolo, Giappichelli, Torino, 2008, pag. 364 e ss.).

## 6. I dubbi di costituzionalità sollevati da altri Tribunali per i Minorenni e la decisione della Corte Costituzionale n. 82/2010.

Più di un Tribunale per i Minorenni ha ritenuto nel mentre sollevare dubbi di costituzionalità dell'art. art. 4 comma 2 della legge 54/2006, rimasti irrisolti per manifesta inammissibilità dei relativi ricorsi, sino alla recente decisione della Corte Costituzionale n. 82 del 05/03/2010 che peraltro nulla ha mutato sul piano della normativa.

La disamina sotto il profilo del diritto costituzionale delle varie posizioni esula dalla presente trattazione. Tuttavia, merita attenzione un cenno all'ordinanza di rimessione 30/03/2007 con cui il Tribunale per i Minorenni di Palermo obiettava come la generalità dell'art. 4 cit., omettendo di specificare con esattezza i margini e le modalità di estensione stessa, costituiva fonte di inammissibile ambiguità interpretativa potendo determinante le diverse interpretazioni diversità di trattamento delle persone in situazioni conformi.

Il giudice a quo fornì esso stesso almeno tre possibili interpretazioni della disposizione in oggetto: ad un primo approssimativo, essa potrebbe indurre a ritenere che dinanzi al Tribunale per i Minorenni debbano applicarsi in blocco le norme di cui alla legge 54/2006, comprese quelle relative alle questioni economiche; una seconda lettura della medesima norma, potrebbe giustificare uno spostamento in blocco in direzione opposta, trapiantando tutta la competenza al giudice ordinario; una terza, ancora, condurrebbe ad un mantenimento del regime quo ante, con la rigida divisione della competenza per *“contenuto”* della domanda, senza quindi darsi spiegazione della necessità di introdurre la norma stessa (l'ordinanza di inammissibilità della Corte Costituzionale n. 185 del 19/05/2008 si può leggere in [http://www.minoriefamiglia.it/download/cost\\_palermo\\_inammissibile.PDF](http://www.minoriefamiglia.it/download/cost_palermo_inammissibile.PDF)).

Da ultimo, il Tribunale Ordinario di Roma con ordinanza 21/01/2009 ha sollevato nuova questione di legittimità costituzionale, prendendo avvio dalla condivisione della tesi espressa dalla Corte di Cassazione, secondo cui, a seguito nella novella, il Tribunale per i Minorenni sarebbe competente a conoscere delle controversie relative sia all'affidamento dei figli minori di genitori non coniugati sia alla determinazione dell'assegno di mantenimento quando le questioni siano proposte contestualmente. Riteneva, tuttavia, il giudice rimettente che così facendo la normativa impugnata rischi di porsi in contrasto con le regole di razionalità ed uguaglianza tra minori, nella parte in cui non prevede una generalizzata competenza funzionale dei Tribunale per i Minorenni e, dunque costringe a rivolgersi a due organismi differenti a seconda che si tratti delle modalità di affidamento del minore ovvero di assegno.

La Corte Costituzionale - infine - con la già ricordata sentenza n. 82/2010 non ha ritenuto fondata la questione sollevata dal Tribunale di Roma. La Corte ha infatti ritenuto che in forza della giurisprudenza già maturata sotto la pre vigente normativa, al legislatore *“va riconosciuta la più ampia discrezionalità nella regolamentazione generale degli istituti processuali ed è arbitro di dettare le regole della ripartizione della competenza tra i vari organi giurisdizionali, sempre che le medesime non risultino manifestamente irragionevoli”*.

Nel caso di specie, la medesima decisione ha precisato che difetterebbe la manifesta irragionevolezza sollevata, in quanto la soluzione legislativamente proposta dalla novella non viola il principio di attribuzione della competenza sulla base del diritto vivente, disponendo che nell'ipotesi di prole naturale ri-

conosciuta, sia devoluta alla cognizione del Tribunale per i Minorenni la controversia relativa all'esercizio della potestà genitoriale e la contestuale determinazione dell'assegno di mantenimento (secondo il principio della domanda) ed alla competenza del Tribunale Ordinario quando si richiede al giudice solo l'attribuzione di detto assegno (per una disamina della motivazione, si confronti, Silvia Mazza, *Alla ricerca della tanto auspicata parità processuale e sostanziale*, pubblicata su <http://www.avvocatidifamiglia.net/>).

## 7. Le riserve e le critiche della dottrina, tra diritto vivente e riforma.

La bi-partizione delle competenze, il concetto stesso di *contestualità* delle domande economiche e di affido, in sé diversamente applicabile, la varietà delle possibili interpretazioni dell'art. 4, secondo comma della legge 54/2006, la stessa motivazione resa da ultimo dalla Corte Costituzionale, sono tuttora oggetto di ampio dibattito.

In questo contesto, si inseriscono letture divergenti della novella in rapporto al modificato art. 155 cod. civ. in relazione all'art. 317 bis cod. civ., maturate anche dal contesto estero, dove consta piena parificazione dei figli, indipendentemente dalla situazione giuridica dei genitori (Francia e Germania), il tutto nell'ottica di una sistematica anche di ordine costituzionale che conduce e giustificherebbe ad una equiparazione dei diritti filiali (art. 30 Cost.).

Molta parte della dottrina, ha osservato in proposito come lo stesso art. 155 cod. civ. conforterebbe tale orientamento laddove abbandonato il concetto di "coniuge" si sia scelto a regolamentazione dei rapporti con i figli quello di "genitore", locuzione neutra ed invocabile all'interno di qualunque tipo di filiazione.

Opta per questa via, la migliore letteratura (Gilda Ferrando, *Potestà sui figli naturali e competenza del Tribunale Minorile*, in commento a Cass. civ., sez. I, ord. 3 aprile 2007, n. 8362, in *Familia*, 2007, pagg. 157-166) che, con approccio sistematico ed insieme "chirurgico" pone uno stretto collegamento tra l'art. 155 e l'art. 317 bis cod. civ., ammettendo l'applicazione di quest'ultima norma nelle ipotesi di riconoscimento del figlio naturale da parte di entrambi i genitori e nel caso di iniziale convivenza con entrambi. In questa fatti-specie, i rapporti conseguenti alla rottura della relazione tra i genitori, dovrebbero secondo l'Autrice, ritenersi disciplinati dagli artt. 155 e ss. cod. civ., in quanto ipotesi ugualmente soggette all'applicazione dei principi della responsabilità genitoriale condivisa, principio "universalmente" introdotto e prescritto dal "nuovo" art. 155 c.c..

Per converso, secondo questa prospettazione, rimarrebbero esclusi dall'attrazione di cui all'art. 155 cod. civ. i casi in cui il riconoscimento della filiazione sia avvenuto ad opera di un solo genitore o, pur essendo stato riconosciuto da entrambi, il figlio non conviva con alcuno di essi, difettando in tal caso la comune ed universale ratio di cui sopra.

Dubbi circa la coerenza con il sistema in merito all'orientamento della Corte di Cassazione, sono pervenute anche da altra parte della dottrina (M. Finocchiaro, *Il singolo tribunale non dovrebbe fissare nuove regole processuali*, in *Guida al diritto*, aprile 2010, pag. 77) fortemente critico circa l'avvallo dato dalla giurisprudenza alla perdurante contrapposizione tra i regimi della filiazione naturale e legittima, particolarmente evidente sul piano processuale laddove i figli di una coppia "in crisi" ricevono diversa tutela giurisdizionale a seconda che possano o meno invocare la loro qualità di legittimi o naturali.

In quest'ottica, l'Autore da ultimo citato, critica anche la de-

cisione assunta dal Tribunale per i Minorenni di Genova (decreto 1°/12/2009 sopra citato) "accusato" di essersi ritenuto competente "per i soli provvedimenti di quantificazione dei contributi economici dovuti dai genitori per il mantenimento dei figli naturali". La critica muove soprattutto dal fatto che non possono ritenersi ammissibili in siffatta materia deroghe alla competenza (l'art. 38 disp. att. cod. civ. non lascerebbe adito a dubbi nel senso che sono di competenza del tribunale per i minori solo i provvedimenti previsti dall'art. 317-bis e non anche quelli di natura patrimoniale, specie se richiesti "autonomamente") e che non sarebbe legittimo invocare i principi della accessorieta della domanda richiamati invece dal tribunale minorile (l'art. 31 del c.p.c. prevederebbe che si possa derogare alle norme sulla competenza solo quando la domanda accessoria sia proposta unitamente alla principale).

L'Autore sembra comunque escludere la correttezza di una qualsiasi soluzione esegetica, trovandosi via d'uscita solo in una riforma della materia, auspicando che in conseguenza dei principi già dettati nella legge 54/2006, si proceda nell'approvazione di norme che pongano rimedio in via definitiva alla discriminazione sussistente, come promosso da due recenti disegni di legge (n. 1211 comunicato alla Presidenza il 17 novembre 2008 ed il n. 1412 comunicato alla Presidenza il 26 febbraio 2009).

In particolare con il primo di questi disegni di legge, proporrebbe un'unica competenza del tribunale ordinario ed all'art. 1 prospetterebbe - in forza della necessaria armonizzazione delle norme in materia di potestà genitoriale - l'abrogazione dell'art. 317 bis cod. civ. e dall'art. 38 disp. att. cod. civ. e disposizioni transitorie l'espunzione del riferimento al predetto art. 317 bis cod. civ. .

La decisione del Tribunale per i Minorenni di Genova, in realtà, si pone in linea di coerenza con i principi già ricordati ed espressi dalla Corte di Cassazione, all'indomani della novella del 2006 e non parrebbe, dalla lettura della motivazione e dallo svolgimento del processo essersi arrogato poteri contrastanti con l'orientamento introdotto dal Supremo Collegio.

Quest'ultimo, infatti, con decisione che per certi versi indubbiamente opinabile, ha avuto se, non altro, il merito di fornire una soluzione (o se ciò appaia troppo, una *indicazione*) nel groviglio interpretativo di cui all'art. 4 della novella, trovando una "quadra" esegetica nel concetto di "contestualità" ed agganciando tale *direttiva* esegetica ad altri principi del nostro ordinamento, quali la necessità di concentrare la tutela e la ragionevole durata del processo.

Il giudice specializzato genovese ha ritenuto quindi condividere con il già menzionato decreto 1°/12/2009 siffatta linea interpretativa, ritenendosi competente a disporre in materia attinente al mantenimento della prole, all'interno di limiti ben precisi, dopo che il tribunale ordinario aveva negato la propria competenza, in ragione del fatto di essersi esso stesso già occupato della vicenda in punto affido; decisione che è apparsa saggia nei fatti, posto che nel corso del processo, il padre nei cui confronti era stato chiesto adottarsi nuove misure economiche in aumento rispetto al pregresso, instò per un ampliamento del regime di visita, "contestualizzando" così le domande di affido ed alimentari inizialmente separate. Il Tribunale Ordinario di Genova (16/07/2007 cit.) nel medesimo caso di cui sopra, si era dichiarato incompetente per tutte le decisioni consequenziali a precedenti interventi del Tribunale per i Minorenni, apparente iniquo doversi distinguere le ipotesi i cui si chiedessero contestualmente o meno domande in punto affido e domande in punto econo-

mico, “non potendo la competenza funzionale dipendere dalle scelte di tempistica delle parti”.

Per il Tribunale Ordinario, rimarrebbero di ambito proprio, invece, “tutte le disposizioni di ordine patrimoniale che conseguano ad accordi intervenuti tra i 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”.

Del resto altre fattispecie simili prospettano problemi interpretativi di grave portata ai fini della declaratoria della competenza.

Si pensi alla domanda proposta ex art. 148 cod. civ. dal genitore che abbia ad introdurre solo la domanda di natura economica ed al convenuto che nel medesimo procedimento decida, in via riconvenzionale, di mettere in discussione l'affidamento del figlio.

Se fosse stato emesso un previo provvedimento da parte del giudice specializzato in punto affido, potrebbe accedersi alla tesi proposta dai giudici genovesi, declinandosi ab origine la competenza del giudice ordinario; ma quid iuris se la “*contestualità*” della domanda dovesse rivelarsi in itinere e senza che per l'innanzi il giudice specializzato si sia pronunciato anche i punto affido?

Al quesito in linea generale ha risposto il Consiglio Superiore della Magistratura (nell'incontro di studi sul tema “*La tutela del minore nella famiglia disgregata*” - Roma 15 marzo 2010, intervento Dott. Montaruli) prospettando come unica soluzione astrattamente possibile la declinatoria da parte del giudice ordinario della propria competenza con rimessione delle parti dinanzi al giudice specializzato.

Soluzione che strida con il principio del *non frazionamento* delle tutele, ma che non pare abbia soluzione migliore allo stato e che risulta dispendiosa sia per l'ordinamento della giustizia che per le parti che debbono affrontare il giudizio, eventualmente con diversa dislocazione territoriale dei due tribunali.

#### **8. De iure condendo. Conclusione.**

La questione della ripartizione della competenza tra giudice ordinario e giudice minorile, si presenta all'interprete come uno dei *ginepri* giuridici più complessi da dirimere, in evidente assenza di norme che non dettano, allo stato attuale, una disciplina chiara della regolamentazione dei rapporti nell'ambito della filiazione naturale e più in generale, del diritto di famiglia.

Ciò si traduce, anzitutto, in un'offerta di qualità della giustizia modesta, per via delle conseguenti complicazioni e lentezze processuali, che risulta particolarmente grave laddove la facilità dell'accesso alla tutela e la rapidità di riscontro, sono legittimamente ritenuti diritto della persona. Le soluzioni che sono state prospettate, sono di per sé pressoché tutte meritevoli di nota, per il solo fatto di costituire il frutto di un approfondimento esegetico disagevole, mai fine a sé stesso, ma volto - nel rispetto del diritto vivente - a pervenire ad indicazioni operative concrete e pratiche con la miglior coerenza possibile rispetto a norme, già soggette ad interpretazione giurisprudenziale *estensiva* da anni (si veda l'art. 317 bis cod. civ.).

In quest'ottica, vale anche considerare necessariamente il mutamento di prospettiva sociale, culturale e quindi statistico che vede crescere il numero delle coppie di fatto e dei genitori naturali e nel contempo stridere con il principio di uguaglianza e di tutela della famiglia, la trattazione difforme di situazioni identiche, a seconda il figlio della cui protezione si tratti sia un minore nato fuori o dentro il matrimonio.

È anche vero, sotto altro profilo, che la tendenza del diritto va nella direzione della specializzazione (si veda, per quanto concerne gli avvocati <http://www.consiglionazionaleforense.it/> / online / Home / AreaStampa / Comunicatistampa / articolo6543.html) e che il diritto di famiglia, costituisce nel più vasto ambito del diritto, un settore di studi che richiede particolari sensibilità interdisciplinari e deontologiche, che accomuna sia i difensori che i giudicanti, dovendosi percorrere all'interno dei suoi procedimenti vie specifiche della materia (si pensi all'ascolto del minore, alla interazione tra Servizi Sociali, consulenza tecnica d'ufficio e famiglia, solo per citarne alcuni).

De iure condendo, sarebbe quanto mai auspicabile, trovando e dedicando le risorse economiche necessarie, che si possa pervenire alla istituzione di un giudice unico, davanti al quale si possano discutere, decidere ed omologare (a seconda dei casi di specie) le questioni inerenti alla famiglia nel suo complesso: un Tribunale della Famiglia, di cui si parla da anni e la cui urgenza di istituzionalizzazione è ormai impellente, al fine di poter fornire risposte rapide e certe in una materia di singolare delicatezza e pregnanza.

*Potestà sui figli naturali e competenza del giudice. In margine ad una pronuncia del Tribunale per i minorenni di Genova*

**Gilda Ferrando**

Ordinario di Istituzioni di diritto privato  
Università di Genova

**1. La rottura della convivenza prima della legge n. 54. - 2. La legge n. 54, la giurisprudenza della Cassazione. - 3. Le pronunce della Corte costituzionale. - 4. Il decreto del Tribunale per i minorenni di Genova.**

**1. La rottura della convivenza prima della legge n. 54.** La regolamentazione dei rapporti tra genitori e figli naturali in occasione della rottura della convivenza costituisce una delle innovazioni di maggior rilievo della legge n. 54/2006 e, nello stesso tempo, una delle questioni più controverse nella sua applicazione.

Il legislatore del 2006 porta a compimento il percorso, sul quale da tempo si era incamminata la giurisprudenza, che conduce al trattamento uniforme dei figli nati nel e fuori del matrimonio in occasione della crisi del rapporto tra i genitori(1).

Nel diritto applicato, la gran parte delle regole dei rapporti tra genitori e figli dettate dal codice nell'ambito della disciplina dei diritti e doveri tra coniugi o della loro separazione è stata estesa dalla giurisprudenza anche a favore dei figli naturali. Così è stato per i diritti e doveri di natura personale (art. 147 c.c.), per la ripartizione degli oneri di mantenimento (art. 148 c.c.) (2), per l'assegnazione della casa familiare(3) ed il sequestro (art. 155 c.c.) (4). Ciò è stato possibile grazie all'interpretazione evolutiva delle norme della riforma del 1975 alla luce dei principi costituzionali di egualanza tra figli legittimi e naturali e di garanzia del prevalente interesse del minore (artt. 2, 3, 30 Cost.) e nella cornice dell'art. 261 c.c., per il quale "il riconoscimento comporta da parte del genitore l'assunzione di tutti i doveri e di tutti i diritti che egli ha nei confronti dei figli legittimi". Grazie ad un'opera di autentica creazione giurisprudenziale del diritto, nelle aule dei tribunali minorili ha preso forma un procedimento di affidamento dei figli nati fuori del matrimonio in occasione della rottura della vita comune mirante a regolare l'affidamento e gli altri aspetti della potestà dei genitori.

Il codice non prevedeva una regola *ad hoc*, in quanto l'art. 317 bis disciplina la potestà sui figli naturali nel presupposto che essi convivano con uno o con l'altro genitore e che dunque l'affidamento sia già stato disposto in qualche modo, sulla base di una situazione di fatto o di un accordo, ma non indica, in caso di conflitto, come questo vada risolto. Quando negli anni '80 si posero le prime controversie al riguardo, i giudici minorili si ritennero in un primo tempo investiti di competenza in base all'art. 333 c.c., che attribuisce loro il potere di dettare provvedimenti nell'interesse del minore ogni volta che si verifichi una situazione di oggettivo pregiudizio. Ad una riflessione ulteriore apparve tuttavia una forzatura considerare la separazione dei genitori non coniugati come "pregiudizievole", non essendo diversa, dal punto di vista del bambino, dalla separazione dei coniugi o dal divorzio. Sembrò allora preferibile fare riferimento all'art. 317 bis il quale, anche se non disciplina espressamente il conflitto tra i genitori in ordine all'affidamento, attribuisce tut-

tavia al giudice ampi poteri di governo della potestà sul figlio naturale entro i quali per via interpretativa poteva comprendersi anche la soluzione del conflitto(5).

La competenza inequivocabilmente apparteneva giudice minorile, in quanto "giudice della potestà dei genitori" ex art. 38 disp. att. c.c.. I provvedimenti del giudice minorile avevano ad oggetto l'affidamento, la potestà, la regolamentazione dei poteri di visita dell'altro, talvolta risolvendosi in un controllo preventivo degli accordi intercorsi tra i genitori, in modo da attribuire ad essi maggiore stabilità(6).

Le decisioni in ordine al mantenimento dei figli naturali, la ripartizione dei relativi oneri tra i genitori non più conviventi erano invece di competenza del Tribunale ordinario, trattandosi di controversie a contenuto patrimoniale tra soggetti adulti da risolvere in un normale processo contentioso(7). Una regola, questa, che presentava gli inconvenienti pratici della duplicità del giudizio e dei maggiori costi e tempi conseguenti, ma che era sembrata non superabile se non mediante una modifica legislativa(8).

**2. La legge n. 54, la giurisprudenza della Cassazione.** Il legislatore del 2006 ha dunque portato a compimento un percorso da tempo intrapreso. Lo ha fatto tuttavia in modo sbrigativo, limitandosi ad un laconico rinvio ai novellati artt. 155 ss. c.c. (9), lasciando in tal modo aperti numerosi problemi di natura sostanziale e processuale. Dal punto di vista sostanziale, ci si chiede prima di tutto come le nuove norme si raccordino con il precedente art. 317 bis, se, e in che misura, questo sia stato abrogato o modificato(10). Dal punto di vista processuale, l'attenzione si è appuntata sulla questione del giudice competente e delle regole processuali da seguire(11).

Il fatto che la novella non abbia direttamente affrontato la questione della competenza ad emettere i provvedimenti relativi ai figli in occasione della crisi della coppia non coniugata ha immediatamente fatto insorgere un conflitto tra tribunali ordinari e giudici minorili(12), risolto dalla S.C. ribadendo, sulla base del combinato disposto degli artt. 317 bis c.c. e 38 disp. att. c.c., la perdurante competenza del Tribunale minorile, con l'importante precisazione, che ha carattere innovativo rispetto alla regola fino a quel momento seguita, che la competenza dell'organo specializzato abbraccia le questioni di natura sia personale sia patrimoniale, realizzandosi in tal modo la "concentrazione" in un unico giudizio di questioni strettamente connesse ma fino ad ora ripartite tra giudice minorile (quelle sull'affidamento) e ordinario (quelle sul mantenimento)(13).

Si introduce in tal modo una deroga alle normali regole processuali giustificata sulla base di ragioni molteplici. In primo luogo si intende evitare "un trattamento deteriore per il figlio naturale ove le sue esigenze di tutela, in caso di crisi del rapporto di convivenza tra i suoi genitori naturali, ricevessero dall'ordinamento una risposta frazionata con la perdita di quella valutazione globale (...) che soltanto una cognizione estesa anche alle conseguenze patrimoniali dell'affidamento può assicurare". In secondo luogo si vuole evitare che lo sdoppiamento delle competenze comporti "un evidente sacrificio del principio di concentrazione delle tutele che è aspetto centrale della ragionevole durata del processo", costituzionalizzato dall'art. 111 Cost..

Questa soluzione ha il pregio di concentrare in un solo organo giudiziario ogni questione, ma ha il non piccolo difetto di sottolineare la perdurante diversità tra condizione giuridica dei figli nati nel e fuori del matrimonio(14). È per que-

sto motivo che, nel commentare la pronuncia della S.C., si era ritenuta preferibile una diversa lettura della novella dal punto di vista sia sostanziale, sia processuale(15) nel segno della parità di trattamento tra figli legittimi e naturali. La differenza riguarda, come è noto, non solo il giudice competente (Tribunale ordinario, Tribunale minorile), ma anche il tipo di procedimento (contenzioso, in camera di consiglio), il regime delle impugnazioni e così via. Differenze così rilevanti che la stessa S.C. è intervenuta per attenuare quelle più evidenti, di recente ammettendo la ricorribilità in Cassazione del provvedimento emesso, in sede di reclamo, dal giudice minorile nel procedimento relativo all'affidamento dei figli di genitori non più conviventi ed al loro mantenimento(16).

L'orientamento espresso con l'ordinanza n. 8362/2007 è stato tuttavia confermato da numerose altre pronunce, tanto che ormai lo si può considerare come diritto vivente. Muovendo da quella lettura della novella la S.C. ha ulteriormente precisato che la competenza in tema di mantenimento dei figli naturali spetta al giudice minorile solo quando contestuale alla domanda di affidamento. Quando invece siano controversi soltanto diritti patrimoniali relativi al mantenimento dei figli la competenza spetta, secondo le regole generali, al Tribunale ordinario(17).

### 3. Le pronunce della Corte costituzionale.

Questa soluzione presenta inconvenienti pratici di non poco conto se solo si considerano, a mo' di esempio, i casi in cui la coppia abbia figli minori e maggiorenni, oppure quelli in cui alla presentazione di una domanda a contenuto esclusivamente patrimoniale faccia seguito, in via riconvenzionale, una domanda sull'affidamento(18).

Non sorprende perciò che "il diritto vivente" così ricostruito sia andato incontro a numerose obiezioni di legittimità costituzionale, alcune respinte dalla Corte con pronunce di inammissibilità, motivate sulla base di ragioni squisitamente processuali(19), altre invece giudicate, forse un po' sbrigativamente, infondate(20).

Il Tribunale ordinario di Roma, in consapevole contrasto con l'orientamento espresso dalla Corte di Cassazione sulla competenza del Tribunale per i minorenni solo in caso di contestualità delle domande di mantenimento con quelle di affidamento, ha sollevato la questione di legittimità dell'art. 4, c. 2 della legge 54/2006 nella parte in cui "non prevede che i procedimenti relativi ai figli minori di genitori non coniugati sono sempre attribuiti alla competenza del Tribunale per i minorenni". La Corte costituzionale, preso atto del "diritto vivente", dichiara la questione non fondata. Decisivo nella motivazione è il riferimento alla precedente giurisprudenza della stessa Corte costituzionale relativa al "diritto vivente" anteriore alla legge n. 54, secondo il quale il Tribunale minorile era competente esclusivamente per le questioni di natura personale ed il Tribunale ordinario per quelle di natura patrimoniale. La Corte con sentenza n. 451/1997(21) aveva affermato che "il legislatore, al quale va riconosciuta la più ampia discrezionalità nella regolazione generale degli istituti processuali, è in particolare arbitro di dettare regole di ripartizione della competenza tra i vari organi giurisdizionali, sempreché le medesime non risultino manifestamente irragionevoli".

La non manifesta irragionevolezza del riparto di competenze attualmente vigente viene motivata tenuto conto del fatto che "è lo stesso intervento dell'autorità giudiziaria ad atteggiarsi in modo diverso nelle due differenti ipotesi". E che

"non è sufficiente a ritenere la irragionevolezza della soluzione il rilievo in ordine alla stretta relazione che permane fra il contributo economico e le regole dell'esercizio della potestà genitoriale o la circostanza che la questione dell'affidamento potrebbe nuovamente prospettarsi in un momento successivo". Al riguardo la Corte fa infatti notare che "la relazione fra esercizio della potestà e contributo economico, ove non si concretizzi in specifiche domande, non incide sull'affidamento, mentre la possibilità di proporre successivamente una questione sull'affidamento, trattandosi di circostanza puramente eventuale, è priva di rilevanza e, in quanto tale, non può incidere sulla competenza".

In una materia largamente opinabile per via dell'incertezza del dato normativo, l'unica soluzione davvero razionale sarebbe un intervento del legislatore di ampio respiro che finalmente realizzi quella "riforma radicale della giustizia minorile così spesso preannunciata ma di cui ancora non si intravede una sicura attuazione"(22). Da questo punto di vista i progetti presentati in Parlamento per la modifica degli artt. 317 bis e 38 disp. att. c.c., appaiono soltanto rimedi posticci(23). Ed è comprensibile che, nell'attuale contesto, la Corte costituzionale segua una linea di grande prudenza.

Detto questo si può tuttavia osservare che la valutazione di ragionevolezza del dato normativo si atteggia dopo la legge n. 54, in modo molto differente rispetto alla situazione anteriore. Mentre infatti in passato la ripartizione di competenze tra tribunale ordinario e minorile avveniva sulla base delle comuni regole derivanti dall'applicazione degli artt. 148, 317 bis c.c., e 38 disp. att. c.c., l'orientamento attuale della Cassazione introduce regole speciali, in deroga, che si giustificano, nella giurisprudenza del supremo collegio, sulla base di due principi di rilevanza costituzionale: quello della piena tutela della filiazione naturale(art. 30 Cost.) e quello della concentrazione delle tutele in funzione dell'attuazione del giusto processo (art. 111 Cost.). La ragionevolezza del diritto vivente che attribuisce al giudice ordinario le questioni patrimoniali proposte autonomamente avrebbe dovuto essere più specificatamente saggiata in relazione a questi principi sui quali ora poggia il riparto delle competenze. La piena tutela dei figli naturali dovrebbe infatti deporre a favore di regole processuali che assicurano una tutela quanto più tempestiva possibile, evitino "palleggi" dei procedimenti da un giudice all'altro, scoraggino manovre difensive opportunistiche. In altri termini, una volta ritenuto che la l. n. 54 prevede regole di riparto delle competenze innovative rispetto al passato(24), in deroga rispetto a quelle generali, e giustificate in attuazione di fondamentali principi costituzionali, il problema è capire fino a che punto la deroga è ragionevole oppure no, secondo criteri più specifici di quelli genericamente indicati dalla Corte(25).

### 4. Il decreto del Tribunale per i minorenni di Genova.

In questo quadro si inserisce la pronuncia del Tribunale per i minorenni di Genova(26). Il caso può essere brevemente riassunto in questi termini. Il Tribunale per i minorenni, con provvedimento del 2006, dispone che i figli vengano affidati congiuntamente ai genitori naturali, permanendo presso la madre per otto mezze giornate e presso il padre per le rimanenti sei. Un anno dopo la madre si rivolge al Tribunale ordinario per chiedere un assegno di mantenimento per i figli, mettendo in buona sostanza in discussione le conseguenze patrimoniali del precedente provvedimento. Il Tribunale ordinario esclude che rientrino nelle proprie competenze "le disposizioni che siano ...conseguenza di de-

cisioni 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 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”(27). Il Tribunale per i minorenni, successivamente adito, afferma la propria competenza e decide nel merito.

Il decreto non intende porsi in diretto contrasto con la giurisprudenza della S.C. Introduce piuttosto una distinzione tra il caso sottoposto al suo esame ed i precedenti che giustifica l’applicazione di una regola differente, con una tecnica che ricorda quella del “distinguishing” impiegata dalle corti di common law.

La specificità del caso di specie consiste nel fatto che la domanda a contenuto patrimoniale è solo apparentemente autonoma rispetto a quella personale. In realtà una precedente decisione sull’affidamento è già stata presa e quella patrimoniale ad essa si collega, ne costituisce la logica conseguenza, in quanto la misura dell’assegno si chiede sia rapportata ai tempi di permanenza presso ciascun genitore. In sintesi, i giudici genovesi fanno notare che la costituzionalizzazione del principio della ragionevole durata del processo impone all’interprete una nuova sensibilità attenta “ai risvolti operativi che contribuiscono alla realizzazione di (tale) obiettivo costituzionale”. La concentrazione in capo ad un unico giudice delle domande in discorso persegue non solo l’obiettivo di evitare alle parti il dispendio di tempi e costi del duplice procedimento ma, soprattutto, rende possibile la cognizione globale delle questioni, approntando in tal modo una migliore tutela per il minore.

Va qui sottolineato che in campo familiare è artificioso pretendere che vi sia una netta distinzione tra questioni personali e patrimoniali, le une e le altre, invece, strettamente intrecciate sia per quanto attiene ai rapporti tra coniugi, sia per quelli relativi ai figli. Il fatto di non provvedere ai bisogni dei figli, o di provvedervi in maniera insufficiente o salutaria rivela la personalità del genitore, la sua sensibilità per i loro bisogni, in qualche modo la sua attitudine a prendersi cura di loro. Allo stesso modo possono essere rivelatrici strategie difensive che tendano ad occultare o minimizzare le possibilità economiche. È ragionevole tenerne conto nella stessa regolamentazione dell’affidamento(28). Va poi considerato che, in un sistema che prevede l’assegno come forma di integrazione del mantenimento diretto, le modalità di permanenza del figlio presso i genitori inevitabilmente influiscono sulla stessa quantificazione dell’assegno.

Quando al giudice sia sottoposta soltanto la controversia patrimoniale, come autonomo ed esclusivo oggetto del contendere - avendo i genitori definito in via amichevole ogni altra questione - allora può non essere irragionevole attribuire al giudice ordinario la competenza. Diversamente nel caso in cui il giudice debba occuparsi della globalità degli aspetti, sia pur in momenti differenti, perché allora il minore non può che essere avvantaggiato da una cognizione globale. Sussiste una complementarietà della questione economica rispetto a quella personale precedentemente esaminata che appare evidente, anche a non considerare che spesso la domanda sul mantenimento riapre anche quella sull’affidamento.

Il riferimento alla normativa europea ispirata al principio di concentrazione delle tutele(29) conforta in questa lettura, in quanto, pur non essendo applicabile ad una fattispecie

meramente interna, contribuisce ad individuare il criterio di ragionevolezza su cui prendere la decisione.

Una volta infatti che il legislatore del 2006, almeno nella lettura offerta dalla S.C., ha abbandonato le regole di diritto comune risultanti dal combinato disposto degli artt. 148, 317 bis, c.c., 38 disp. att. c.c., ed ha adottato il principio della concentrazione (in luogo di quello della separazione) delle competenze, allora il problema interpretativo diviene quello di individuare i confini entro i quali è ragionevole applicare questo principio ed oltre i quali, invece, le regole comuni devono prendere il sopravvento.

In una situazione di incertezza normativa, di fronte alla quale il legislatore non batte ciglio, il Tribunale per i minorenni di Genova si segnala per un pregevole tentativo di trovare una risposta “ragionevole”. Senza smentire i precedenti della S.C., decide il caso di specie applicando una regola coerente con i principi di piena tutela dei figli naturali, e del giusto processo.

Sotto altro aspetto la decisione, e le critiche che ha suscitato(30), mette in evidenza i limiti del “diritto vivente” individuato dalla Corte di cassazione. E conferma chi scrive nell’opinione a suo tempo espressa secondo cui una diversa lettura dell’art. 4, l. 54/2006 e delle modifiche che esso apporta al codice civile, rendendo *direttamente* applicabili ai figli naturali i nuovi artt. 155 ss. c.c., senza l’artificiosa duplicazione di queste norme nel corpo dell’art. 317 bis - che ne risulterebbe, secondo l’espressione della S.C. “rimodellato dall’interno” - avrebbe anche la conseguenza processuale (di non poco conto) di attribuire al Tribunale ordinario la competenza di ogni questione, personale e patrimoniale, insorta tra i genitori naturali in occasione della fine della convivenza(31). Ma questo è un capitolo che solo le Sezioni Unite potrebbero ormai riaprire.

#### Note:

(1) Rinvio al mio *La crisi delle unioni di fatto*, in G. Ferrando (a cura di), *Separazione e divorzio*, in *Giur. sist. civ. comm. Bigiavi*, Torino, 2003, p. 1125 ss

(2) Ad esempio, Cass. 20 aprile 1990, n. 4273, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 634, con nota di Lenti, *Sulla collaborazione dei genitori al mantenimento del figlio naturale*; Cass. 7 novembre 1981, n. 5874, in *Giust. civ.*, 1981, I, p. 2832; Cass. 12 febbraio 1977, n. 774, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 535; Cass. 22 novembre 2000, n. 15063, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 1296.

(3) Corte cost., 13 maggio 1998, n. 166, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1998, I, p. 679, con nota di Ferrando. Quanto alla trascrivibilità del relativo provvedimento, v. Corte cost. 21 ottobre 2005, n. 394, in *Riv. not.*, 2006, p. 459, con nota di Carlini. Nella giurisprudenza di merito, v. Trib. Palermo 20 luglio 1993, in *Foro it.*, 1996, I, c. 122; Trib. Genova 31 marzo 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 285, con nota di Boccaccio; Trib. min. Bari 11 giugno 1982, in *Foro it.*, 1982, I, c. 2032, con nota di Iannarelli.

(4) Corte cost. 18 aprile 1997, n. 99, in *Giur. cost.*, 1997, p. 977. Quanto all’ordine al terzo debitore di pagare direttamente al figlio una parte delle somme che spettano al genitore, cfr. Trib. min. Venezia 27 novembre 1986, in *Giur. merito*, 1986, I, p. 639; Trib. Messina 10 maggio 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 2899; Cass. 26 settembre 1987, n. 7285, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Filiazione*, n. 89. *Contra Trib.* Milano 18 aprile 1977, in *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 721.

(5) Trib. min. Bari 11 giugno 1982, in *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1339; App. Roma 6 giugno 1992, *ivi*, 1993, p. 151; Pret. Genova 21 maggio 1981, in *Foro it.*, 1981, I, c. 1459. In seguito cfr. Cass. 18 gennaio 1990, n. 233, in *Foro it.*, 1990, I, c. 455; Cass. S.U. 25 maggio 1993, n. 5847, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 520

(6) Cfr. Trib. min. Perugia 1 marzo 1994, in *Rass. giur. umbra*, 1994, p. 619; App. Venezia 26 novembre 1990, in *Dir. fam. pers.*, 1991, p. 571; Trib. min. Palermo 18 novembre 1986, in *Dir. fam. pers.*, 1987, p. 700; Trib. min. Palermo 9 gennaio 1987, *ivi*, 1987, p. 728; Trib. min. L'Aquila 31 gennaio 1994, *ivi*, 1995, 1039. *Contra* Trib. Reggio Calabria 10 ottobre 1994, *ivi*, 1995, p. 611). È in questa sede, di controllo e ratifica degli accordi, che è stata accolta la stessa domanda di affidamento congiunto, che trova nell'accordo dei genitori un suo presupposto (Trib. min. Perugia 1 marzo 1994, cit.)

(7) Cass. 20 aprile 1991, n. 4273, cit.; Cass. 8 marzo 2002, n. 3457, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 100, Cass. 15 marzo 2002, n. 3898, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 100; Trib. Roma 10 febbraio 1986, in *Dir. fam. pers.*, 1986, p. 192, con nota di Dall'Ongaro; Trib. Genova 31 marzo 1987, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 285; Trib. min. Palermo 15 gennaio 1988, in *Dir. fam. pers.*, 1988, p. 1036; App. Genova 4 maggio 1995, in *Fam. dir.*, 1995, p. 569, con nota di Figone.

(8) Corte Cost. 5 febbraio 1996, n. 23, in *Fam. dir.*, 1996, p. 207, con nota di Figone; Corte cost. 30 dicembre 1997, n. 451, in *Fam. dir.*, 1998, p. 144, con nota di Tommaseo, e in *Giur. it.*, 1997, I, 1, c. 62, con nota di Cipriani.

(9) L'art. 4, c. 2 della l. n. 54/2006 stabilisce che "le disposizioni della presente legge si applicano anche in caso di scioglimento, di cessazione degli effetti civili o di nullità del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi ai figli di genitori non coniugati"

(10) Al riguardo, v. Quadri, *Affidamento dei figli e assegnazione della casa familiare*, in *Familia*, 2006, p. 395; Sesta, *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: a) profili sostanziali*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 377; Schlesinger, *L'affidamento condiviso è diventato legge! Provvedimento di particolare importanza, purtroppo con inconvenienti di rilievo*, in *Corr. giur.*, 2006, p. 301; Balestra, *Affidamento congiunto: l'imperdonabile balletto delle competenze*, in *Fam. e minori*, 2006, I, p. 9 ss.; Id., *Brevi notazioni sulla recente legge in tema di affidamento condiviso*, in *Familia*, 2006, p. 655; Ruscello, *La tutela dei figli nel nuovo "affido condiviso"*, in *Familia*, 2006, p. 625; Dogliotti, *Filiazione naturale e affidamento condiviso*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 403. E v. anche il mio, *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 635 ss.

(11) Tommaseo, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e 2006)*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 7; Id., *Le nuove norme sull'affidamento condiviso: b) profili processuali*, in *Fam. dir.*, 2006, 390; Danovi, *I provvedimenti a tutela dei figli naturali dopo la legge 8 febbraio 2006, n. 54*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1011; Graziosi, *Profili processuali della l. n. 54 del 2006 sul c.d. affidamento condiviso dei figli*, in *Dir. fam. pers.*, 2006, p. 1886; Salvaneschi, *I procedimenti di separazione e divorzio*, in *Fam. dir.*, 2006, p. 374; Lupoi, *Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 106; De Angelis, *Affido condiviso: le norme processuali e la natura dei provvedimenti "nell'interesse dei coniugi e della prole"*, in *Giur. it.*, 2006, p. 650.

(12) Nel senso della competenza del Tribunale ordinario, v. ad esempio Trib. min. Milano 10 novembre 2006, in *Fam. e minori*, 2006, 2, p. 15; Trib. min. Roma 9 ottobre 2006, in *Fam. e minori*, 2006, 2, p. 24: Nel senso della competenza del Tribunale minorile v., ad esempio, Trib. min. Roma 22 settembre 2006, in *Fam. e minori*, 2006, 2, p. 23; Trib. Monza 11 ottobre 2006, *ivi*, 2006, 2, p. 13: Per la conservazione del riparto di competenze preesistente, v. Trib. min. Napoli 29 settembre 2006, in *Corr. del merito*, 2006, p. 191, con nota di Corder.

(13) Cass., ord. 3 aprile 2007, n. 8362, in *Fam. dir.*, 2007, p. 446, con nota di Tommaseo, *Filiazione naturale ed esercizio della potestà: la cassazione conferma (ed amplia) la competenza del Tribunale minorile*; in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 508, con nota di Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*; in *Familia*, 2007, 157, con nota di Ferrando, *Potestà sui figli naturali e competenza del Tribunale minorile*.

(14) In particolare, v. Quadri, *Affidamento dei figli*, cit., 400 s.; Fer-

rando, *Potestà sui figli naturali e competenza del tribunale minorile*, cit..

(15) Rinvio a Ferrando, *Potestà sui figli naturali*, cit.; e *La potestà sui figli naturali dopo la legge sull'affido condiviso*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, IV, 321 ss..

(16) Cass. 30 ottobre 2009, n. 23032.

(17) Cass. 25 agosto 2008, nn. 21754-21756; Cass. 5 agosto 2008, n. 21116; Cass. 7 maggio 2009, n. 10569, in *Fam. dir.*, 2009, 992, con nota di Vullo.

(18) V. Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali: la Cassazione sceglie il giudice minorile*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, 508 ss.. Sulla questione della esecutività del decreto del T.M con cui viene disposto un contributo al mantenimento del figlio, v. Corte cost., ord., 20 novembre 2009, n. 310.

(19) Corte cost., ord., 30 maggio 2008, n. 185; Corte cost. ord. 18 febbraio 2009, n. 47, in *Familia*, 2009, 3, 69, con nota di C. Marino (l'ordinanza di remissione del Trib. Siena 11 gennaio 2008, è pubblicata in *Fam. dir.*, 2008, 597, con nota di Danovi); Corte cost., ord. 6 novembre 2009, n. 286, in *Fam. dir.*, 2010, 221, con nota di Tommaseo.

(20) Corte cost. 5 marzo 2010, n. 82.

(21) V. n. 8

(22) Tommaseo, *Giustizia minorile: ancora un'elusiva pronuncia della consultazione sulla disciplina della competenza in materia di filiazione naturale*, in *Fam. dir.*, 2010, 222 (nota a Corte cost. 286/2009).

(23) Il riferimento è ai disegni di legge nn. 1211/S (depositato il 17 novembre 2008) e 1412/S (depositato il 26 febbraio 2009)

(24) È noto che in dottrina non manca chi invece ritiene che nulla sia cambiato con la nuova legge: v., ad esempio, Danovi, *Affidamento e mantenimento dei figli naturali, la Cassazione sceglie il giudice minorile*, in *Fam. pers. succ.*, 2007, p. 508 ss.; ID, *Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 597 ss.

(25) Sottolinea l'esigenza che anche per quel che riguarda il diritto di azione, le deroghe al principio di egualianza rispondano a criteri di "ragionevolezza" e "proporzionalità", Danovi, *Competenza del giudice minorile per i figli naturali e sistema delle garanzie costituzionali*, in *Fam. dir.*, 2008, p. 598.

(26) Trib. min. Genova 2 novembre 2009, in *Nuova giurisprudenza ligure*, 2010, p. 63 e in *Famiglia e minori*, 2010, 4, p. 77 con nota critica di M. Finocchiaro, *Al giudice specializzato le cause sul mantenimento della prole naturale*.

(27) Trib. Genova 16 luglio 20007, in *Nuova giur. ligure*, 2010, p. 60

(28) Nel senso che costituisca causa ostaiva all'affidamento condiviso il mancato versamento del mantenimento per i figli, v. Cass. 17 dicembre 2009, n. 26587.

(29) Il provvedimento richiama il nuovo Regolamento CE n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari (non in vigore) ed il Regolamento CE 2201/2003 secondo cui (art. 5, n.2) "i giudici competenti ai sensi del presente Regolamento saranno in genere competenti a statuire in materia di obbligazioni alimentari in applicazione dell'art. 5, par. 21 del Regolamento CE n. 44/2001

(30) Specie A. Finocchiaro, *Al giudice specializzato*, cit., 81 ss.

(31) V. Ferrando, *Potestà sui figli naturali e competenza del Tribunale minorile*, in *Familia*, 2007, 157 ss.; Ead., *La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma*, *Fam. dir.*, 2008, 635 ss.; Ead., *La potestà sui figli naturali dopo la legge sull'affido condiviso*, in *Studi in onore di Marco Comporti*, Milano, 2008, IV, 321 ss.

# Sezione Mediazione e Conciliazione

## Documenti

### Estensione dell'efficacia della clausola compromissoria nei casi di surrogazione legale degli assicuratori

**Enrico Righetti**

Professore Aggregato di Diritto processuale civile  
Università di Genova

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. Gli effetti sostanziali e processuali della surrogazione legale. - 3. Il problema della vincolatività della clausola arbitrale in caso di cessione del contratto. - 4. ....e in caso di cessione del credito. - 5. L'indirizzo della nostra giurisprudenza di legittimità. - 6. Rilievi critici sulle più recenti soluzioni adottate dalla Suprema Corte.

#### 1. Premessa.

In questi ultimi anni l'interprete - segnatamente la nostra giurisprudenza sia di legittimità che di merito - si è sempre più spesso trovato ad affrontare il problema dell'estensione soggettiva dell'efficacia della clausola compromissoria contenuta in un contratto agli assicuratori che, dopo essersi surrogati ad un contraente (assicurato) col pagamento dell'indennità, abbiano promosso (o siano subentrati in) una azione di risarcimento danni nei confronti dell'altro contraente (danneggiante). In altre parole, si è posta a livello interpretativo la domanda circa la vincolatività o meno anche nei confronti degli assicuratori, che si siano surrogati al soggetto danneggiato, della clausola arbitrale presente in un contratto che quest'ultimo aveva concluso con il terzo responsabile.

Si tratta, a ben vedere, di un tema di indubbio interesse sia sotto un profilo giuridico, in quanto la materia si situa in una zona di confine fra il diritto sostanziale e quello processuale, sia dal punto di vista pratico, anche perché particolarmente avvertito dagli operatori giuridici nel campo del diritto marittimo e dei trasporti a motivo della frequenza con cui le clausole compromissorie sono presenti nei contratti di noleggio di nave o di trasporto (ma, certamente, la prospettazione del caso non cambierebbe se ci si trovasse di fronte anche ad altro genere di rapporto contrattuale).

#### 2. Gli effetti sostanziali e processuali della surrogazione legale.

Ora, al fine di inquadrare correttamente l'oggetto della nostra indagine, occorre procedere dall'analisi delle disposizioni della legge sostanziale in tema di surrogazione legale e, segnatamente, dall'art. 1916 c.c., secondo il cui dettato: "*l'assicuratore che ha pagato l'indennità è surrogato, fino alla correnza dell'ammontare di essa, nei diritti dell'assicurato verso i terzi responsabili*".

È principio assolutamente pacifico che il diritto di surroga sancito dalla norma surrichiamata si esplica nel senso che l'assicuratore che indennizza l'assicurato in forza del contratto di assicurazione acquisisce *ope legis*, e fino a concorrenza della somma indennizzata, i diritti dell'assicurato nei confronti dei soggetti terzi responsabili, ivi compreso il diritto al risarcimento del danno. Ancora, sotto un profilo più stret-

tamente processuale, in virtù di questo stesso diritto all'assicuratore viene altresì attribuita, sempre *ope legis*, la legittimazione ad agire, in nome proprio, nei confronti del responsabile del danno.

In altre parole, l'effetto della surrogazione legale si estrinseca in una forma di successione a titolo particolare *inter vivos*; in particolare, essa fa sì che l'assicuratore venga a subentrare nella medesima posizione sia sostanziale che processuale che era propria dell'assicurato e, di conseguenza, acquisisca il diritto risarcitorio verso il responsabile nel medesimo stato in cui esso si trovava al momento della successione, ovvero sia con lo stesso contenuto e negli stessi limiti (1).

Più in particolare, come evidenziato dalla nostra Suprema Corte, "per effetto della particolare forma di successione particolare nel diritto di credito, attuatisi per via di surrogazione ex art. 1916 c.c. (e similmente, può aggiungersi, per via di cessione ex art. 1264 c.c.) quel diritto si trasferisce all'assicuratore (nei limiti dell'indennità pagata) con tutte le sue caratteristiche e modalità anche di natura processuale" (2); ed ancora "anche la surrogazione dell'assicuratore integra un'ipotesi di successione a titolo particolare nel diritto di credito dell'assicurato-danneggiato verso il terzo responsabile, così come nella cessione del credito, con la conseguenza che, in entrambi i casi, l'assicuratore (surrogante o cessionario che sia) subentra nel diritto predetto nel medesimo stato in esso si trova nel momento in cui venga comunicato al terzo responsabile la volontà di esercitare il diritto di surrogazione, ovvero gli venga notificata la cessione del credito ex art. 1264 c.c." (3). In sintesi, secondo l'univoco e costante insegnamento della nostra Suprema Corte, la surrogazione dell'assicuratore, che abbia indennizzato il danno all'assicurato, nei diritti di quest'ultimo e precipuamente nell'azione di risarcimento verso il responsabile del danno stesso, realizza una peculiare forma di successione a titolo particolare nel diritto di credito "sicché egli subentra nella stessa posizione in cui si sarebbe trovato l'assicurato se avesse agito direttamente verso il terzo responsabile ovvero succede allo stesso nel processo, se già promosso, a norma dell'art. 111 c.p.c." (4). A ben vedere, benché nessuna di esse abbia espressamente affrontato il problema della successione dell'assicuratore, surrogatosi all'assicurato, nella clausola compromissoria inserita in un contratto dal quale è sorto a favore di quest'ultimo il diritto risarcitorio, tutte queste pronunce esprimono univocamente lo stesso principio generale, secondo il quale l'assicuratore che agisce in surroga nei confronti del terzo responsabile del danno subentra nella medesima situazione-posizione, non solo a carattere sostanziale ma anche processuale, dell'assicurato e, in particolare, egli succede ai sensi dell'art. 111 c.p.c. nel processo già iniziato dall'assicurato-danneggiato.

#### 3. Il problema della vincolatività della clausola arbitrale in caso di cessione del contratto.

Tuttavia, allorquando, di recente, l'interprete si è trovato ad affrontare il problema, come sopra delineato, in merito alla vincolatività nei confronti degli assicuratori surrogatisi al soggetto danneggiato della clausola arbitrale contenuta in un contratto che era stato concluso da quest'ultimo con il terzo responsabile e, segnatamente, delle conseguenze che la sur-

rogazione legale o, più in generale, la cessione dei diritti in relazione ad un determinato contratto possono avere sugli effetti della clausola compromissoria ivi contenuta, la soluzione proposta nello specifico dalla nostra giurisprudenza è apparsa assai più fluida o sfumata. Si deve peraltro ammettere che, *de iure condito*, le disposizioni del codice di procedura civile che disciplinano la materia dell'arbitrato rituale (artt. 806 ss. c.p.c.) non sembrano, a prima vista, offrire una specifica soluzione alla questione *ut supra* prospettata.

Sempre allo scopo di impostare correttamente il problema in via sistematica, a questo punto appare opportuno distinguere le diverse fattispecie di “*cessione del contratto*” (artt. 1406 ss. c.c.) e di “*cessione del credito o del diritto*” (art. 1260 ss. c.c.), con la precisazione che, nel primo caso, si comprende la successione nell’intero contratto, mentre, nel secondo, si attua il trasferimento o la cessione soltanto di uno o di alcuni diritti nascenti da un contratto.

Sotto il primo profilo, che è utile trattare per mere ragioni di completezza di analisi, va osservato che, nella stessa nostra giurisprudenza di legittimità, è stato a più riprese affermato che, concretando la fattispecie della “*cessione del contratto*” una successione a titolo particolare nel rapporto giuridico contrattuale e determinando essa, in particolare, la sostituzione di un nuovo soggetto (cessionario) nella posizione giuridica, attiva e passiva, di uno degli originari contraenti (cedente) (5), ne consegue, tra l’altro, che anche il cessionario del contratto risulterebbe vincolato dalla clausola arbitrale ivi contenuta (6).

Tuttavia, in una serie di altre pronunce, la Suprema Corte ha ritenuto che, sempre in ipotesi di cessione dell’intero contratto, non possa ravvisarsi una estensione “automatica” della clausola arbitrale al cessionario del contratto, essendo necessario lo specifico accordo delle parti in questo senso: “*è dunque escluso che la cessione del contratto contenente la clausola comporti altresì, in difetto di specifico accordo fra le parti, automatica cessione della clausola stessa*” (7).

In dottrina, un autore di rilievo qual è FAZZALARI (8) sembra parimenti esprimersi nel senso che occorra il consenso all’accordo compromissorio anche da parte del successore (avente causa).

#### 4. ...e in caso di cessione del credito.

Passando ora ad esaminare il caso della “*cessione del credito o del diritto*” (artt. 1260 ss. c.c.), nel cui alveo, come s’è visto, deve invece essere più correttamente ricondotta la specifica fattispecie della “*surrogazione legale*” che qui ci occupa, va subito evidenziato come, sebbene appaia assai meno contrastata rispetto a quella proposta per la cessione del contratto, la soluzione che viene delineata sul punto dal nostro interprete giurisprudenziale non può peraltro non suscitare legittime perplessità. In effetti, come si vedrà *infra*, tutte le più recenti pronunce dei nostri giudici di legittimità, da un canto, hanno riconosciuto che l’efficacia della clausola compromissoria, stipulata tra debitore ceduto e creditore cedente, si estende automaticamente nei confronti del cessionario del credito, e può quindi essere legittimamente invocata dal debitore ceduto verso quest’ultimo, mentre, dall’altro, hanno negato che identica soluzione valga anche nell’ipotesi (specularmente) inversa in cui sia il cessionario a volersene avvalere nei riguardi del debitore ceduto.

Comunque, principiando, in primo luogo, dalla nostra dottrina che ha avuto modo, in questi ultimi tempi, di affrontare l’argomento, si rileva come paia esserci un orientamento assolutamente prevalente, in caso di cessione del credito e in

particolare di surrogazione legale, a favore dell’estensione soggettiva automatica degli effetti della clausola arbitrale (9). Ricordiamo, ad esempio, PUNZI che, nella sua opera monumentale dedicata all’arbitrato (10), richiama a sua volta, facendolo proprio, il pensiero di Virgilio Andrioli, secondo il quale, nell’ipotesi di surrogazione legale, “*il vincolo determinato dalla clausola compromissoria si trasferisce automaticamente, senza necessità di consenso del beneficiario*”. Ancora, Zucconi Galli Fonseca (11) parla, in caso di cessione del credito, di “*regola del trapasso automatico del vincolo compromissorio*”. Nello stesso senso, VERDE (12) rileva che “*nel cedere il credito, il cedente lo ha trasferito così come è concretamente configurato e quindi anche con la sua tutelabilità dinanzi agli arbitri. In questo modo, il cessionario accetta la clausola e deve rispettarla*”. Infine, CARLEO (13) precisa ulteriormente, con riferimento segnatamente alla posizione del debitore ceduto, che “*i diritti spettanti alla parte che non ha partecipato al negozio di trasferimento, compreso quello di ricorrere agli arbitri per le controversie relative al debito o al credito oggetto del rapporto, in forza della clausola compromissoria, devono continuare a sussestarsi senza subire mutazioni, nonostante l’efficacia del negozio di cessione*”.

#### 5. L’indirizzo della nostra giurisprudenza di legittimità.

Passando, in secondo luogo, ad esaminare gli insegnamenti offerti sul punto dalla nostra Corte di Cassazione, va osservato che un orientamento più risalente non solo riconosceva la possibilità di un’estensione *tout court* automatica dell’efficacia della clausola compromissoria al cessionario del diritto o del credito (nel senso, tra l’altro, che la clausola arbitrale avrebbe logicamente e necessariamente vincolato il cessionario con riguardo all’accertamento dell’esistenza ovvero alla quantificazione del danno), ma, a ben vedere, non sembrava operare alcuna netta differenziazione al riguardo fra le posizioni del debitore ceduto e del cessionario.

In questo senso, si possono ricordare due pronunce della nostra Suprema Corte: la prima (14) aveva statuito che “*la clausola compromissoria ... si estende anche a chi subentra nella condizione giuridica di uno dei compromittenti, come nel caso di cessione; pertanto, la clausola compromissoria, che concerne la decisione della lite sull’esistenza e l’entità del credito, attenendo ad un elemento trasmesso, è vincolante anche per il cessionario del credito*”; mentre la seconda (15) si era, ancor più incisivamente, espressa nel senso che “*il trasferimento del credito comporta automaticamente e senza bisogno di apposito accordo tra cessionario e debitore, l’opponibilità, dal secondo al primo, della clausola compromissoria relativamente al credito trasmesso*”.

Per contro, negli ultimi anni, la nostra giurisprudenza di legittimità si è posta in un’ottica un po’ più “elaborata”, vale a dire che ha inteso prospettare le proprie soluzioni sulla specifica questione in maniera più articolata. In particolare, la Corte di Cassazione ha ritenuto di dover specificamente differenziare le posizioni rispettivamente del debitore ceduto e del cessionario quanto alla “automatica” estensione degli effetti della clausola arbitrale. In sostanza, in diverse recenti pronunce essa ha ritenuto che, in ipotesi di cessione del credito, l’efficacia della clausola compromissoria, stipulata tra debitore ceduto e creditore cedente, può essere invocata soltanto dal primo (debitore ceduto) nei confronti del secondo (cessionario del credito), ma non anche viceversa, e ciò sul dichiarato presupposto che il cessionario sarebbe estraneo alla clausola stessa, la quale costituisce un negozio autonomo rispetto al contratto cui inerisce (argomento *ex art. art. 808, 2° c., c.p.c.*).

In quest'ottica, già nella sentenza a Sezioni Unite del 1998 (16), la nostra Suprema Corte aveva ritenuto di operare un netto distinguo fra le posizioni delle suddette due figure del debitore ceduto, da un canto, e del cessionario, dall'altro, esprimendo per quanto attiene a quest'ultimo l'assunto in base al quale *“il cessionario di credito nascente dal contratto nel quale sia inserita una clausola compromissoria non subentra nella titolarità di tale negozio, autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce, e non può pertanto avvalersi a suo favore della clausola nei confronti del debitore ceduto”*. Nella medesima statuizione, al fine di far comunque salvo l'indirizzo da essa precedentemente seguito, la Cassazione aveva peraltro ulteriormente precisato che il sopra enunciato principio non troverebbe invece applicazione nei riguardi del debitore ceduto, dal momento che questi conserva sempre *“la facoltà di opporre la clausola compromissoria al cessionario”*, potendo egli anche sollevare, all'uopo, la c.d. *exceptio compromissi* laddove il cessionario abbia ciononostante promosso un'azione davanti all'autorità giudiziaria ordinaria.

Ora, cosciente delle perplessità che avrebbe potuto suscitare questa dicotomia, ma intendendo comunque offrire una giustificazione alla soluzione prescelta, benché evidentemente disomogenea, la stessa Corte rileva, peraltro ineccepibilmente se ci si pone sotto il profilo del debitore ceduto, che *“se così non fosse, il debitore ceduto che in virtù della clausola ha il diritto di far decidere da arbitri le controversie sul credito si vedrebbe privato di tale diritto in forza di un accordo intervenuto fra cedente e cessionario, ed al quale egli è rimasto estraneo”*, e conclude, infine, stabilendo, sempre con riguardo alla posizione di quest'ultimo, che *“posta la premessa che una modificazione soggettiva del rapporto che si verifica anche contro la volontà del debitore non può arrecare pregiudizio alla posizione di quest'ultimo, ... nella cessione del credito il debitore ceduto può opporre al cessionario tutte le eccezioni che avrebbe potuto opporre all'originario creditore; e tra le menzionate eccezioni va ritenuta compresa anche quella, di natura processuale, derivante dal negozio compromissorio stipulato con l'originario creditore ed inserito nel contratto dal quale nasce il credito ceduto”*.

La scelta per una differenziazione fra le posizioni dei suindicati soggetti, come sopra assunta dalle Sezioni Unite nel 1998, è stata poi confermata a più riprese in tutte le successive pronunce dei nostri giudici di legittimità (17). Da ultimo, in una sentenza del 2007, la nostra Cassazione ha avuto nuovamente modo di affermare come: *“secondo la pacifica interpretazione della giurisprudenza di legittimità, in caso di cessione di un credito nascente da un contratto, nel quale sia inserita una clausola compromissoria, soltanto il debitore ceduto, e non anche il cessionario, possa avvalersi della clausola compromissoria. Tale diversità di trattamento è giustificata in ragione della diversa situazione dei due soggetti; infatti, rientrando la clausola compromissoria tra le eccezioni opponibili all'originario creditore, diversamente opinando, il debitore ceduto vedrebbe menomata la sua posizione contrattuale in forza di un accordo tra cedente e cessionario al quale egli è rimasto estraneo”* (18).

Ditalché, la soluzione andata cristallizzandosi nell'ambito della più recente giurisprudenza di legittimità è ora univocamente nel senso che, da un lato, il debitore ceduto può sempre avvalersi della clausola compromissoria vincolando così alla sua efficacia il cessionario [e ciò sul presupposto che essa rientra fra le eccezioni opponibili all'originario creditore ed atteso che, altrimenti, il primo si vedrebbe privato del diritto di far decidere da arbitri le controversie sul credito in forza di un accordo tra cedente e cessionario che non gli sarebbe opponibile], mentre, dall'altro lato, tale facoltà non

viene correlativamente ammessa a favore del cessionario [sul diverso presupposto che egli non verrebbe ad acquisire la titolarità della clausola arbitrale].

## 6. Rilievi critici sulle più recenti soluzioni adottate dalla Suprema Corte.

Un simile risultato interpretativo non sembra, tuttavia, del tutto convincente, soprattutto per quel che attiene alla delineata posizione del *“cessionario”* (che, nel caso in esame, è del tutto assimilabile a quella dell'assicuratore surrogatosi nei diritti dell'assicurato). In sostanza, questa conclusione implica una inaccettabile disparità di trattamento a scapito del soggetto cessionario, che non trova sufficiente giustificazione nel ragionamento logico-giuridico seguito dalla nostra Cassazione, in base al quale, posto che la clausola compromissoria costituirebbe un negozio autonomo e distinto rispetto al contratto al quale aderisce (art. 808, 2° c., c.p.c.), il cessionario di un credito nascente da tale contratto non potrebbe subentrare nella titolarità di tale negozio.

In realtà, l'indirizzo surriportato pare porsi in contrasto con i principi generali espressi nelle già citate statuizioni rese dalla stessa Suprema Corte in tema di surrogazione legale. Come s'è detto, questa realizza una figura di successione a titolo particolare nel diritto di credito e, segnatamente, dà luogo ad una peculiare cessione del diritto del creditore. Ricordiamo, al riguardo, che i nostri giudici di legittimità hanno sempre ritenuto che, per effetto della surrogazione *ex art. 1916 c.c.* cosiccome, similmente, di cessione *ex art. 1264 c.c.*, il diritto del creditore cedente si trasferisce al cessionario (e quindi all'assicuratore surrogatosi, nei limiti dell'indennità pagata) con tutte le sue caratteristiche e modalità, anche di natura processuale (19). In particolare, sotto questo aspetto, è stato altresì sottolineato che l'assicuratore che agisce in surroga nei confronti del terzo responsabile del danno subentra nella identica posizione, anche processuale, dell'assicurato, acquisendo in particolare la legittimazione ad agire nei riguardi del medesimo danneggiante.

Di conseguenza, nell'ipotesi, beninteso, di un arbitrato rituale e considerato che gli effetti della clausola compromissoria hanno certamente valenza processuale, in quanto, da un lato, attribuiscono agli arbitri la competenza a decidere la controversia e, dall'altro, inibiscono al giudice ordinario la conoscenza della stessa lite, non si vede allora perché gli stessi effetti non debbano estendersi anche al cessionario del diritto e perciò, correlativamente, vincolare gli assicuratori che si siano surrogati al creditore-danneggiato.

Da un canto, nell'ipotesi di instaurazione del giudizio arbitrale fra i contraenti originari anteriormente all'esplicarsi della surrogazione, la soluzione qui prospettata trova una sua giustificazione anche in ambito normativo per il fatto che il legislatore della novella del 2006 ha ora specificatamente enunciato, al 3° comma dell'art. 816 *quinquies* c.p.c., l'applicabilità *sic et simpliciter* dell'art. 111 c.p.c. all'arbitrato rituale. Dal che discende che, in pendenza di un procedimento arbitrale in cui si controverrà sul risarcimento del danno fra l'assicurato e il responsabile, l'assicuratore che indennizzi il primo, surrogandosi così *ope legis* nei suoi diritti e subentrando nella stessa posizione sostanziale e processuale in cui questi si sarebbe trovato, avrà per ciò stesso titolo a *“succedere nel processo [rectius: procedimento arbitrale], se già promosso, a norma dell'art. 111 c.p.c.”* (20).

Ma a diversa soluzione non si dovrebbe pervenire neppure nella diversa eventualità in cui il trasferimento del diritto per surrogazione legale si verifichi prima dell'inizio del procedimento arbitrale. Infatti, in tal caso, proprio sulla scorta dei

surrichiamati principi generali, l'assicuratore potrà avvalersi degli effetti processuali della clausola compromissoria, subentrando nella titolarità, nel momento in cui questi comunichi al terzo responsabile la volontà di esercitare il diritto di surrogazione, ovvero a quest'ultimo sia comunque notificata la cessione del credito *ex art. 1264 c.c.*

Infine, non va dimenticato che una simile impostazione trova parimenti conferma nella soluzione cui perviene la nostra giurisprudenza di legittimità nell'analogia fatti-specie di subentro dell'assicuratore in surroga nella clausola di proroga della giurisdizione. Infatti, nella pronuncia a Sezioni Unite del 1994 (21), dopo aver inquadrato la figura della surrogazione legale *ex art. 1916 c.c.* enunciando i pacifici e già illustrati principi in materia, la nostra Cassazione ha, infatti, avuto modo altresì di stabilire che la clausola attributiva di giurisdizione ad un giudice straniero contenuta in un contratto di trasporto marittimo internazionale concluso fra il vettore ed il destinatario ha efficacia vincolante “*anche nei confronti dell'assicuratore italiano che, surrogandosi all'assicurato - destinatario previamente indennizzato, proponga autonomamente l'azione risarcitoria nei confronti del vettore*”, con conseguente difetto di giurisdizione del giudice italiano.

**Note:**

(1) Cfr. Cass. 1 febbraio 1988 n. 909, in *Mass. Giur. it.*, 1988; Cass. 27 luglio 1981 n. 4834, in *Mass. Giur. it.*, 1981, secondo cui “*subentrando l'assicuratore nella identica posizione dell'assicurato, [egli] acquista il diritto di questi nel medesimo stato in cui esso si trovava al momento della successione (con lo stesso contenuto e con gli stessi limiti: come se ad agire verso il terzo fosse lo stesso assicurato)...*”.

(2) Vedi Cass. S.U. 2 marzo 1981 n. 1202, in *Foro it.*, 1981, I, 1600.

(3) Cass. 22 luglio 1991 n. 8168, in *Mass. Giur. it.*, 1991.

(4) Cfr. Cass. 28 maggio 1994 n. 5246, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. 5 novembre 1981 n. 5841, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1434, con nota di Galletto, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 27, con nota di Ferrone; Cass. 22 luglio 1987 n. 6386, in *Mass. Giur. it.*, 1987.

(5) Vedi *ex plurimis* Cass. 6 dicembre 1995 n. 12576, in *Contratti*, 1999, 2, 125.

(6) Cass. 16 febbraio 1993 n. 193, in *Nuova Giur. Civ.*, 1993, I, 865, con nota di Lepri; in *Giust. Civ.*, 1994, I, 2333, con nota di Buccini. Nella medesima scia si pongono altre sentenze della nostra Cassazione, secondo cui “*in generale, la cessione del contratto, realizzando una successione a titolo particolare nel rapporto contrattuale, comporta anche il trasferimento del vincolo nascente dalla clausola compromissoria con la quale le parti originarie si siano impegnate a deferire ad arbitri rituali ogni e qualsiasi controversia insorta*” (Cass. 21 giugno 1996 n. 5761, in *Riv. Arbitrato*, 1996, con nota di Criscuolo, in *Contratti*, 1996, 5, 456); ed ancora “*la clausola compromissoria, pur essendo di rigida applicazione, si estende anche a chi subentra nella stipulazione giuridica di uno dei compromittenti per effetto della cessione del contratto, in conseguenza del trasferimento, dal cedente al cessionario, dei diritti e degli obblighi nel loro complesso unitario*” (Cass. 14 febbraio 1979 n. 965, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, 2).

(7) Si veda, ad esempio, Cass. S.U. 17 dicembre 1998 n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, 2979.

(8) V. Fazzalari, *L'arbitrato*, Torino, 1997, 40, secondo cui il patto compromissorio “*vincola i compromittenti e i loro eredi, nonché l'avente causa che, per implicito e per esplicito, aderisca al patto de quo (si pensi al cessionario del contratto nel quale la clausola compromissoria abbia funzione complementare o integrativa dell'oggetto del contratto)...*”.

(9) *Contra La China, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza*, Milano, 2007, 124.

(10) Punzi, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, I, Padova, 2000, 557.

(11) Zucconi Galli Fonseca, *La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi*, Milano, 2004, 443.

- (12) Verde, *Lineamenti di diritto dell'arbitrato*, Torino, 2004, 48.
- (13) Carleo, *La successione nel rapporto compromissorio*, in *L'arbitrato profili sostanziali*, a cura di G. Alpa, Torino, 1999, 697.
- (14) Cass. 29 luglio 1964 n. 2161, in *Mass. Foro it.*, 1964, 572.
- (15) Cass. 17 settembre 1970 n. 1525, in *Mass. Foto it.*, 1970, 495.
- (16) Cass. S.U. 17 dicembre 1998 n. 12616, in *Foro it.*, 1999, I, 2979.
- (17) Cfr. Cass. 19 settembre 2003 n. 13893, in *Foro it.*, 2004, I, 638; Cass. 21 novembre 2006, n. 2468, in *Mass. Giur. it.*, 2006, in *Contratti*, 2007, 6, 575.
- (18) Cass. 21 marzo 2007 n. 6809, in *Impresa*, 2007, 6, 943.
- (19) Vedi Cass. S.U. 2 marzo 1981 n. 1202, in *Foro it.*, 1981, I, 1600.
- (20) Cfr. Cass. 28 maggio 1994 n. 5246, in *Mass. Giur. it.*, 1994; Cass. 5 novembre 1981 n. 5841, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1434, con nota di Galletto, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 27, con nota di Ferrone; Cass. 22 luglio 1987 n. 6386, in *Mass. Giur. it.*, 1987.
- (21) Cass. S.U. 28 maggio 1994 n. 5246, in *Riv. Dir. Internaz. Priv. e Proc.*, 1995, 397, in *Dir. Mar.*, 1996, 158, con nota di Frondoni, secondo cui “*con la surrogazione dell'assicuratore che ha risarcito il danno all'assicurato, nell'azione di risarcimento nei confronti del responsabile del danno stesso, si realizza una peculiare forma di successione a titolo particolare nel diritto di credito, sicché l'assicuratore subentra nella stessa posizione sostanziale e processuale in cui si sarebbe trovato l'assicurato se avesse agito direttamente verso il responsabile ..., ovvero succede all'assicurato medesimo nel processo, se già promosso, a norma dell'art. 111 c.p.c.*”.

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Sentenze e Ordinanze

Corte di Giustizia delle Comunità Europee (Grande Sezione), 9 marzo 2010 - C-378/08V - Pres. Skouris - Rel. Toader, domanda di pronuncia pregiudiziale del T.A.R. di Catania\*.

**AMBIENTE - responsabilità ambientale - principio “chi inquina paga” - direttiva 2004/35/CE - applicabilità ratione temporis - inquinamento anteriore alla data prevista per il recepimento di detta direttiva e proseguito dopo tale data - applicabilità normativa nazionale - rispetto norme del Trattato.**

**AMBIENTE - responsabilità ambientale - direttiva 2004/35/CE - normativa nazionale che imputa i costi di riparazione dei danni connessi a detto inquinamento a una pluralità di imprese - presunzione requisito del nesso di causalità - ammissibilità a condizione che sussistano indizi plausibili.**

**AMBIENTE - responsabilità ambientale - direttiva 2004/35/CE - imprese le cui attività non necessitano della dimostrazione della colpevolezza - discrezionalità dell'autorità nazionale competente nell'accertamento delle responsabilità - necessità dell'accertamento del nesso causale in base alla normativa nazionale.**

(Direttiva del Consiglio 21 aprile 2004, 2004/35/CE; d.lgs. 6 aprile 2006, n. 152)

*Quando, in un'ipotesi d'inquinamento ambientale, non siano soddisfatti i presupposti d'applicazione ratione temporis e/o ratione materiae della direttiva 2004/35/CE sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale, tale fattispecie dovrà essere allora disciplinata dal diritto nazionale, nel rispetto delle norme del Trattato e fatti salvi altri eventuali atti di diritto derivato (1).*

*La direttiva 2004/35/CE non osti a una normativa nazionale che consente all'autorità competente, in sede di esecuzione della citata direttiva, di presumere l'esistenza di un nesso di causalità, anche nell'ipotesi di inquinamento a carattere diffuso, tra determinati operatori e un inquinamento accertato, e ciò in base alla vicinanza dei loro impianti alla zona inquinata. Tuttavia, conformemente al principio «chi inquina paga», per poter presumere secondo tale modalità l'esistenza di un siffatto nesso di causalità detta autorità deve disporre di indizi plausibili in grado di dare fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti ritrovate e i componenti impiegati da detto operatore nell'esercizio della sua attività (2).*

*Gli artt. 3, n. 1, 4, n. 5, e 11, n. 2, della direttiva 2004/35 devono essere interpretati nel senso che, quando si decide di imporre misure di riparazione del danno ambientale ad operatori le cui attività siano elencate nell'allegato III di detta direttiva, l'autorità competente non è tenuta a dimostrare né un comportamento doloso o colposo, né un intento doloso in capo agli operatori le cui attività siano considerate all'origine del danno ambientale. Viceversa spetta a questa autorità, da un lato, ricercare preventivamente l'origine dell'accertato inquinamento, attività riguardo alla quale detta autorità*

*dispone di un potere discrezionale in merito alle procedure e ai mezzi da impiegare, nonché alla durata di una ricerca siffatta. Dall'altro, questa autorità è tenuta a dimostrare, in base alle norme nazionali in materia di prova, l'esistenza di un nesso di causalità tra l'attività degli operatori cui sono dirette le misure di riparazione e l'inquinamento di cui trattasi. (3).*

\* Il testo della decisione in esame è reperibile in *Consulta Online* all'indirizzo:  
[http://www.giurcost.org/casi\\_scelti/indexdirittiUE.htm](http://www.giurcost.org/casi_scelti/indexdirittiUE.htm)

**(1-3) Danno ambientale e individuazione dei responsabili davanti alla Corte di Giustizia.**

**Sommario:** 1. Premessa. La vicenda processuale - 2. Il principio comunitario “chi inquina paga” e l'attuazione da parte della normativa italiana. - 3. Le posizioni della Corte di Giustizia. - 4. Alcune conclusioni.

### 1. Premessa. La vicenda processuale.

Con la sentenza resa il 9 marzo 2010, relativa al procedimento C-378/08 (1), la Corte di Giustizia ha fornito importanti delucidazioni sulla materia della responsabilità ambientale, arrivando a chiarire incidentalmente alcuni aspetti controversi del principio di diritto comunitario “chi inquina paga” contenuto nella direttiva n. 2004/35, in particolare con riguardo alla corretta individuazione del responsabile dei fenomeni d'inquinamento e al ruolo della pubblica amministrazione nell'imporre misure di riparazione.

La vicenda (2) che ha dato origine a questa pronuncia, prende le mosse da due giudizi, entrambi pendenti nanti il T.A.R. di Catania, in cui alcune imprese insediate nel sito protetto della Rada di Augusta (fra cui la ligure E.R.G. Rafinerie Mediterranee S.P.A.), si opponevano alle misure che l'amministrazione, in sede di conferenza dei servizi decisoria, aveva imposto ai suddetti operatori industriali al fine di ottenere il risanamento ambientale di tale territorio, facendo leva soprattutto sull'unilateralità dei provvedimenti assunti dall'Autorità.

Tale controversia si è originata a sua volta in seguito a un processo instauratosi presso il Giudice amministrativo ove le medesime imprese contestavano le attività a loro imposte dall'autorità amministrativa con lo scopo di “bonificare” la Rada di Augusta, in cui si era verificato un conflitto interpretativo tra il Giudice di primo grado (TAR Sicilia sede di Catania) e il Giudice di Appello (Consiglio di giustizia amministrativa della Regione Sicilia). Infatti, se l'organo giudicante di prime cure, con sentenza n. 1254/2007, aveva accolto i ricorsi proposti dalle imprese con la motivazione sostanziale che non era stato accertato l'apporto concreto delle ricorrenti agli episodi d'inquinamento che si erano verificati nella rada, escludendo che a carico delle stesse potesse configurarsi una sorta di responsabilità di posizione, cioè svincolata dalla prova del nesso di causalità tra le attività delle industrie medesime e i fenomeni inquinatori, il Consiglio di giustizia amministrativa della Regione siciliana, in sede di appello cautelare, aveva ritenuto condivisibile l'imputazione della responsabilità del danno ambientale in capo alle im-

prese sulla base della semplice presenza delle stesse nel sito interessato, con conseguente sospensione dell'esecuzione della sentenza del T.A.R., in seguito alla quale l'amministrazione aveva ritenuto di convocare la conferenza dei servizi di cui *supra*.

A questo punto il T.A.R. Catania ha ritenuto di dover sollevare, rispettivamente con ordinanze 291/08 e 308/08, tre quesiti pregiudiziali (3) chiedendo l'intervento della Corte di Giustizia delle Comunità europee.

I tre interrogativi posti dal Giudice *a quo* riguardavano, parafrasando le intenzioni dell'organo rimettente, sostanzialmente "la compatibilità delle norme italiane sulla bonifica dei siti contaminati, quali risultanti dalla prassi amministrativa, con il principio comunitario "chi inquina paga" e con i principi stabiliti dalla Direttiva n. 2004/35" in tema di responsabilità per causazione di danni ambientali (4)".

Ulteriori questioni interpretative sono in seguito state prospettate alla Corte di Lussemburgo altresì con l'ordinanza n. 294/2008, con cui il TAR Catania ha prospettato la liceità di una normativa nazionale che permetta alla pubblica amministrazione di imporre alle imprese interventi sulle matrici ambientali diversi da quelli prescelti con apposita istruttoria in contraddittorio e già in fase di esecuzione, nonché di prescrivere tali comportamenti senza aver preventivamente valutato le condizioni sitospecifiche, il rapporto fra i costi ed i benefici, oltre agli effetti sulla salute e la sanità pubblica e i tempi di realizzazione. Tali questioni pregiudiziali hanno trovato una risposta nella decisione relativa alle cause riunite C-379/08 e C-380/08, in cui la Corte di Giustizia ha risolto in senso positivo il quesito riguardante la possibilità per la pubblica amministrazione di modificare misure riparatorie adottate con un procedimento in contraddittorio già in via d'azione, a condizione che vengano *ex post* nuovamente stabilite le garanzie del contraddittorio e della partecipazione al procedimento amministrativo, e altresì che le nuove prescrizioni siano caratterizzate da necessità e proporzionalità rispetto alla situazione ambientale da tutelare (5).

### 3. Il principio comunitario "chi inquina paga" e l'attuazione da parte della normativa italiana.

Il principio chi inquina paga, inteso come criterio di internazionalizzazione dei costi d'impresa, rappresenta il fondamento della disciplina comunitaria in materia di danno ambientale e responsabilità.

Il significato di detto assunto si ricollega ad un'imputazione del danno a colui il quale si trova nelle condizioni di controllare i rischi per l'ambiente prima del verificarsi dell'evento catastrofico, in quanto si tratta del soggetto che ha la possibilità di effettuare la c.d. *cost-benefit analysis* (6).

Com'è noto tale caposaldo ermeneutico fu utilizzato in ambito europeo già a partire dal 1973, anno in cui fu inserito nel primo programma europeo di azione in materia ambientale (la cui attuazione era stata statuita dalla CEE in occasione del vertice di Parigi del 1972), ove era stato precisato che "le spese per la prevenzione e l'eliminazione di fattori nocivi spettano all'inquinatore" (punto 5, titolo III). Tuttavia, fin dall'inizio, esso era concepito come imprescindibilmente connesso alla sussistenza di un nesso di causalità tra le azioni del responsabile e il danno causato, così come la nozione d'inquinatore delineata nella successiva raccomandazione del Consiglio n. 436/1975, faceva esplicito riferimento a "colui che degrada direttamente o indirettamente l'ambiente, ovvero crea le condizioni che portano alla sua degradazione". È però nella direttiva 2004/35/CE, recepita dagli Stati mem-

bri entro il 30 aprile 2007 ed istitutiva di un regime unico per la prevenzione e il risanamento del danno ambientale, che il principio "chi inquina paga" trova una più compiuta ed analitica affermazione.

Sul piano oggettivo le statuzioni comunitarie prescrivono cosa si deve intendere per danno ambientale, in particolare richiamando *expressis verbis* una soglia minima di offensività (il danno deve essere misurabile e significativo), oltre ad indicare in *specie* le risorse naturali da preservare e gli strumenti di riparazione delle lesioni dell'interesse protetto.

Sul piano soggettivo, mentre per alcune attività professionali tassativamente elencate sulla base di una lista elaborata dai paesi membri, viene introdotta la responsabilità oggettiva (vale a dire responsabilità anche senza negligenza, imprudenza o imperizia), mentre in generale vige il principio di colpevolezza per cui, affinché si produca la responsabilità in capo all'operatore, è necessario un atteggiamento doloso o colposo che arrechi danno ad *habitat* naturali o a specie protette.

In Italia, per converso, la prima disciplina organica in materia di danno ambientale si può far risalire all'emanazione della legge n. 349 del 1986, in cui si configura per la prima volta un vero e proprio diritto dell'ambiente. Invero, l'art. 18 di detta disciplina normativa, ha stabilito la risarcibilità del danno ambientale indipendentemente dalla violazione di diritti individuali, *id est* al fine di tutelare l'ambiente in quanto tale, superando in tal modo le concezioni teoriche più risalenti nel tempo che inquadravano il diritto all'ambiente salubre esclusivamente nell'ambito dei principi del diritto civile, in base alle quali detto diritto sarebbe pertanto stato configurabile solo come insieme di diritti soggettivi distinti fra loro.

Il sistema di responsabilità ivi delineato dal legislatore nazionale, come confermato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 641 del 1987, si inserisce perfettamente nell'ambito della responsabilità aquiliana. Tuttavia, la stessa Corte costituzionale nel medesimo giudizio ha anticipato i successivi sviluppi legislativi poi introdotti dalla normativa comunitaria, precisando che "il tipo di responsabilità civile delineato dall'art. 2043 ben può assumere nel contempo, compiti preventivi e sanzionatori, consentendo di provvedere non solo alla reintegrazione del patrimonio del danneggiato ma anche a prevenire e sanzionare l'illecito", anche se in realtà, poi, il legislatore italiano, nell'ultimo intervento normativo in materia, il d.lgs. n. 152/2006 (Codice dell'ambiente), si è mantenuto fedele alla concezione aquiliana della responsabilità ambientale, non ponendo così in attuazione le ipotesi di responsabilità oggettiva previste dalla direttiva 2004/35/CE.

### 4. Le posizioni della Corte di Giustizia.

Entrando, dunque, nel merito della sentenza pronunciatisi nella causa C-378/08, la Corte di Giustizia si è soffermata dapprima ad esaminare l'ambito di applicazione *ratione temporis* della direttiva. Sula base di quanto previsto dal testo della medesima, essa può trovare applicazione solo in caso di eventi avvenuti dopo il 30 aprile 2007, quando i danni ambientali derivano o da attività svolte successivamente a tale data o da attività svolte anteriormente a tale data, ma non ultimate prima della scadenza della medesima. Spetta dunque al Giudice nazionale valutare l'applicabilità della direttiva nella fattispecie concreta, in subordine ricorrendo eventualmente al diritto nazionale, interpretato in conformità alle norme del Trattato, fatti salvi altri atti del diritto derivato, an-

che se tuttavia, il principio inquina paga, essendo rivolto agli Stati membri della Comunità e non ai singoli operatori, non può, in quanto tale, essere invocato dai privati al fine di escludere l'applicazione di una normativa nazionale.

La Corte di Giustizia ha precisato, inoltre, che l'autorità competente a disporre misure di riparazione del danno ambientale non può mai prescindere dall'esistenza di un effettivo nesso di causalità tra il danno rilevato e il responsabile della contaminazione (7). Sulla base dell'art. 16 della direttiva in esame, non vengono però considerati incompatibili con il diritto comunitario regimi di responsabilità più rigorosi, che, per esempio, a certe condizioni, presumano il legame eziologico.

Tuttavia, "conformemente al principio chi inquina paga, l'obbligo di riparazione incombe agli operatori solo in misura corrispondente al loro contributo al verificarsi dell'inquinamento o del rischio all'inquinamento, per poter presumere secondo tali modalità l'esistenza di un nesso di causalità l'autorità competente deve disporre d'indizi plausibili in grado di dar fondamento alla sua presunzione, quali la vicinanza dell'impianto dell'operatore all'inquinamento accertato e la corrispondenza tra le sostanze inquinanti trovate impieghi da detto operatore nell'esercizio della sua attività" (8).

Si tratta ovviamente di presunzioni semplici, che potranno essere confutate dal soggetto interessato, e che comunque vengono lasciate alla prudenza del Giudice che, per quanto concerne nello specifico l'ordinamento italiano, non deve ammettere che presunzioni gravi precise e concordanti, ai sensi dell'art. 2729 c.c. (9).

### 5. Alcune conclusioni.

Il punto centrale di questa sentenza della Corte di Giustizia risiede nel tentativo di inquadrare compiutamente i presupposti giuridici della responsabilità per inquinamento ambientale.

Vengono innanzitutto rigettate tutte le impostazioni, che come si è visto sono state talvolta utilizzate anche dalla giurisprudenza italiana, che fanno riferimento a una responsabilità di posizione, vale a dire ad un tipo di responsabilità svincolata sia dal requisito della colpa, sia dal nesso causale, le quali possono per converso condurre ad una responsabilità per fatto altrui.

Tuttavia, l'affermazione "incidentale" compiuta da i Giudici di Lussemburgo, secondo i quali, a certe condizioni, è possibile per l'autorità amministrativa competente prescindere dalla prova del nesso di causalità, apre la strada ad un sistema caratterizzato da un'inversione della prova a favore dell'amministrazione, che impone pertanto al Giudice che si trovi nella situazione di dover statuire in 'ipotesi di inquinamento ambientale una verifica particolarmente attenta dei "gravi indizi" che consentono alla medesima di imporre gli obblighi di riparazione.

Il *punctum dolens* per quanto riguarda la normativa italiana concerne, poi, la tardiva attuazione che il d.lgs 152/2006 ha compiuto nei confronti della direttiva 2004/35 con riferimento a situazioni in cui si può verificare la responsabilità di un pluralità di operatori. Invero, solo con l'introduzione dell'art. 5 bis del d.lgs. 152/2006 è stato reinserito nell'ordinamento il principio della responsabilità per quote, senza il quale vi sarebbe stato il rischio dell'applicazione del concetto di responsabilità solidale ovviamente incompatibile con il principio di effettiva responsabilità. Tuttavia problemi interpretativi riguardano episodi verificatesi dopo l'appro-

vazione della direttiva ma prima dell'inserimento nel d.lgs. 152/2006 dell'art. 5 bis.

Un altro e più importante nodo "gordiano", infine, riguarda l'attuazione da parte del legislatore italiano delle ipotesi di responsabilità oggettiva stabilite dalla direttiva, che provoca uno squilibrio tra la normativa italiana, più garantista, e l'atteggiamento più severo di giurisprudenza ed amministrazione, peraltro in questa sede avallato dal Giudice comunitario.

**Carolina Pruzzo**

### Note:

(1) L'interesse della decisione, che trascende all'evidenza la dimensione regionale ligure, consiste nella delicatezza della materia trattata, che, com'è noto, è stata messa più volte in tensione anche in Liguria, nonché dalla partecipazione alla controversia di una primaria impresa operante nella nostra Regione.

(2) Per un maggior approfondimento dei fatti di causa si rimanda a E. Blasi, N. Pernice, A.C. Servillo, *Il difficile risanamento della rada di Augusta*, in *Gazzetta Ambiente*, 2009, 97 ss.

(3) Nelle medesime ordinanze il Giudice *a quo* ha sollevato un ulteriore questione pregiudiziale che si riferiva alla legittimità, in relazione al diritto comunitario, dell'affidamento a soggetti privati (Società Sviluppo Italia e Sviluppo Italia Aree Produttive s.p.a) dell'incarico di creazione di opere di bonifica, senza previo esperimento di procedure concorsuali. Tale questione è stata in giudizio dichiarata irricevibile dalla Corte di Giustizia per non essere stata sufficientemente edotta sulle circostanze di fatto (v. punto 78).

(4) Cfr. G. Taddei, *Responsabilità, nesso causale e giusto procedimento (nota a Corte di Giustizia 9 marzo 2010 in C 378/08 e CC 379-380/08)* in *Ambiente e sviluppo* 5/2010, 441, a cui si rinvia per un commento analitico delle sentenza in esame.

(5) V. punto 86 di detta sentenza in cui la Corte precisa che "occorre però esaminare se misure di tal genere, consentite dalla normativa nazionale, non eccedano i limiti di ciò che è idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti (v., in tal senso, sentenze 5 giugno 2008, causa C-534/06, Industria Lavorazione Carni Ovine, Racc. pag. I-4129, punto 25, e 11 giugno 2009, causa C-170/08, Ni-jemeiland, , punto 41).

(6) La sentenza Consiglio di Stato, sez. V, 16 giugno 2009, n. 3885/09, ha rilevato che il principio "chi inquina paga" consiste, in definitiva, nell'imputazione dei costi ambientali (c.d. esternalità ovvero costi sociali estranei alla contabilità ordinaria dell'impresa) al soggetto che ha causato la compromissione ecologica illecita (poiché esiste una compromissione ecologica lecita data dall'attività di trasformazione industriale dell'ambiente che non supera gli legali"), evidenziano una duplice valenza " sia in una logica risarcitoria *ex post factum*, che in una logica preventiva dei fatti dannosi, poiché il principio esprime anche il tentativo di internazionalizzare detti costi sociali e di incentivare- per effetto del calcolo dei rischi d'impresa- la loro generalizzata incorporazione nei prezzi delle merci, e, quindi, nelle dinamiche di mercato dei costi di alterazione dell'ambiente con conseguente minor prezzo delle merci prodotte senza incorrere nei predetti costi sociali attribuibili alle imprese e conseguente indiretta incentivazione per le imprese a non danneggiare l'ambiente".

(7) Come ha esplicitato la Corte nel cons. n. 53, "Come si evince dagli artt. 4, n. 5, e 11, n. 2, della direttiva 2004/35, così come l'accertamento di un siffatto nesso causale è necessario da parte del

l'autorità competente al fine di imporre misure di riparazione ad eventuali operatori, a prescindere dal tipo di inquinamento in questione, quest'obbligo è parimenti un presupposto per l'applicabilità di detta direttiva per quanto concerne forme di inquinamento a carattere diffuso ed esteso”.

(8) V. punto 57 della sentenza. Per un precedente nazionale conforme si può citare una sentenza del TAR Campania con commento di F. Giampietro, F. Lalli, *Ancora sul principio “chi inquina paga” (nota a TAR Campania n. 3727/2009), Ambiente e sviluppo, 3/2010, 220, ss.*, in cui il Giudice ha escluso qualsiasi responsabilità di posizione affermando che “la natura oggettiva della responsabilità non esclude certamente che si debba verificare ed accertare il presupposto causale della stessa, ossia l'avvenuto inquinamento imputabile come nesso eziologico all'impresa ed alla sua attività, tanto più che il nuovo quadro normativo impone sotto differenti profili di escludere che il responsabile della bonifica - ovvero del danno ambientale - possa essere individuato solo in virtù del rapporto esistente tra un determinato soggetto e l'apparato produttivo esistente nel terreno inquinato”.

(9) La Cassazione, nella sentenza 11 gennaio 584/2008, aveva già ammesso il ricorso alle presunzioni per individuare il nesso eziologico, affermando che “ai fini della ricostruzione del nesso causale in materia di responsabilità civile, diversamente da quella penale dove vige la regola della prova oltre ogni ragionevole dubbio, vige la regola della preponderanza dell'evidenza e del più probabile che nonostante la diversità dei valori in gioco nel processo penale tra accusa e difesa, e l'equivalenza di quelli in gioco nel processo civile tra due parti contendenti [...] il procedimento che deve necessariamente seguirsi in tema di prova per presunzioni si articola in due momenti valutativi; in primo luogo, occorre che il Giudice valuti in maniera analitica ognuno degli elementi indiziari per scartare quelli intrinsecamente privi di rilevanza, e invece, conservare quelli che, presi singolarmente, rivestano i caratteri della precisione e della gravità, ossia presentino una positività parziale o almeno potenziale di efficacia probatoria; successivamente, egli deve procedere a una valutazione complessiva di tutti gli elementi presuntivi isolati e accertare se essi siano concordanti e se la loro combinazione sia in grado di fornire una valida prova presuntiva, che magari non potrebbe darsi raggiunta con certezza considerando atomisticamente uno a alcuni indizi”.

Corte costituzionale, 8 ottobre 2010, n. 291 - Pres. Amirante - Est. Silvestri\*.

**BENEFICI PENITENZIARI - necessità di una valutazione individualizzata - incostituzionalità di presunzioni assolute se non rispondenti all'id quod plerumque accidit - presunzione di pericolosità inammissibile a meno che essa non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit.**

(Artt. 3 e 27 Cost.).

**RECIDIVA - esclusione di un condannato recidivo reiterato dall'affidamento in prova disposto per più di una volta - asserita violazione del principio di ragionevolezza - asserita violazione del finalismo rieducativo della pena - mancato utilizzo del canone dell'interpretazione conforme - inammissibilità.**

(Artt. 3 e 27, comma 3, Cost.; art. 58-quater, comma 7-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354).

*La materia dei benefici penitenziari esclude rigidi automatismi,*

*richiedendo, invece, una valutazione individualizzata; mentre, con particolare riferimento alla presunzione di pericolosità, se pur non debba essere totalmente esclusa dall'ordinamento, essa risulta costituzionalmente incompatibile se non abbia fondamento nell'id quod plerumque accidit (1)*

*È inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-quater, comma 7-bis, della l. 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevata, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Genova, in quanto il giudice a quo non ha approfondito, nella misura necessaria, la possibilità che, della disposizione censurata, venga data una interpretazione conforme ai precetti costituzionali (2).*

\* La sentenza interviene a dirimere la questione di legittimità costituzionale in via incidentale promossa dal Tribunale di sorveglianza di Genova con ordinanza del 25 novembre 2009, iscritta al numero 128 del registro ordinanze 2010 e pubblicata in *Gazz. Uff.* n. 19, prima serie speciale, dell'anno 2010.

(...Omissis...)

#### **Considerato in diritto.**

1. - Il Tribunale di sorveglianza di Genova, con ordinanza del 25 novembre 2009, ha sollevato - in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione - questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-quater, comma 7-bis, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), nella parte in cui esclude che la misura dell'affidamento in prova al servizio sociale possa essere disposta per più di una volta in favore del condannato nei cui confronti sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, quarto comma, del codice penale. La disposizione censurata è stata introdotta, nel corpo dell'art. 58-quater dell'ordinamento penitenziario, dall'art. 7, comma 7, della legge 7 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione).

2. - Preliminariamente deve essere rigettata l'eccezione di inammissibilità, proposta dall'Avvocatura dello Stato, per asserita carente descrizione della fattispecie, che non consentirebbe il controllo sulla rilevanza della questione nel giudizio principale. Sostiene la difesa dello Stato che la recidiva potrebbe considerarsi “applicata” nel giudizio di cognizione - con la conseguenza di inibire l'accesso all'affidamento in prova - solo quando abbia prodotto un concreto effetto sulla quantificazione della pena. La preclusione non varrebbe quindi nei casi di dichiarata prevalenza, in sede di bilanciamento, delle circostanze attenuanti in eventuale concorso con la recidiva, ed in tal senso viene citato un conforme orientamento della giurisprudenza di legittimità. Il difetto di indicazioni sul punto, da parte del rimettente, sarebbe pertanto di ostacolo al sindacato preliminare di questa Corte sulla rilevanza della questione. Occorre precisare che la giurisprudenza evocata dall'Avvocatura dello Stato risale in prevalenza ai primi mesi di applicazione della legge n. 251 del 2005, quando erano poste in esecuzione sentenze deliberate prima dell'entrata in vigore del quarto comma del novellato art. 69 cod. pen., che inibisce la dichiarazione di

subvalenza della recidiva rispetto alle circostanze attenuanti. Richiedere al rimettente una esplicita esclusione di tale eventualità, con riguardo ad una sentenza pronunciata nel 2009, significherebbe sollecitarlo a specificare se il giudice della cognizione non abbia per caso violato la legge, in assenza di elementi che possano far sorgere un simile dubbio. Non era necessario neppure che il giudice *a quo* chiarisse se, nel caso di specie, vi fosse stato un effettivo aumento della pena, giacché l'aggravante deve ritenersi applicata anche quando sia stata considerata equivalente rispetto alle attenuanti. Il giudizio di equivalenza implica infatti che un'aggravante spieghi pur sempre un effetto concreto, che è quello di paralizzare un'attenuante, impedendo che quest'ultima determini una diminuzione della pena (Cassazione, Sez. Un., sentenza 18 giugno 1991, n. 17). Sulla base delle precedenti considerazioni, si deve concludere che l'affermazione del rimettente, secondo cui «è stata applicata la recidiva reiterata *ex art. 99, comma 4, c.p.*», è sufficiente a far ritenere plausibile la prospettata rilevanza della questione nel giudizio principale.

3. - Le questioni sono tuttavia inammissibili per altri motivi.

3.1. - Il giudice *a quo* non ha approfondito, nella misura necessaria, la possibilità che della disposizione censurata venga data una interpretazione conforme ai precetti costituzionali. È necessario innanzitutto rilevare che non esiste, nella fattispecie, un orientamento giurisprudenziale consolidato, in senso «adeguatore», così come nella questione risolta con la sentenza di questa Corte n. 189 del 2010, concernente la disciplina dell'accesso ai benefici penitenziari da parte di coloro che siano stati condannati per evasione. Ciò non esime questa Corte dal dovere di verificare se esista una possibilità di dare della disposizione censurata una lettura tale da escludere i vizi di legittimità denunciati.

3.2. - Anche nel presente giudizio si deve partire dal costante orientamento di questa Corte, che esclude, nella materia dei benefici penitenziari, rigidi automatismi e richiede invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata, così da collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell'ermenda e del reinserimento sociale (*ex plurimi*, sentenze n. 189 del 2010, n. 255 del 2006, n. 436 del 1999). Occorre inoltre ricordare la giurisprudenza secondo cui «[...] le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di egualianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*» (sentenza n. 265 del 2010). Più specificamente, «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa» (sentenza n. 139 del 2010, in conformità alla sentenza n. 41 del 1999). Proprio con riferimento alla presunzione di pericolosità, questa Corte ha avuto modo di affermare che la stessa non deve essere totalmente esclusa dall'ordinamento, ma è costituzionalmente incompatibile se «non abbia fondamento nell'*id quod plerumque accidit*» (sentenza n. 139 del 1982).

4. - Muovendo da tali premesse generali, questa Corte osserva che il giudice rimettente non ha preso in considerazione la possibilità di dare alla disposizione censurata un'interpretazione restrittiva, nel senso che l'esclusione dal

beneficio operi in modo assoluto solo quando il reato espresivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante. Una conforme indicazione ermeneutica, per quanto in particolare concerne la pertinenza del divieto ad una seconda sperimentazione del beneficio nella specifica condizione di recidivo reiterato, proviene dai lavori parlamentari propedeutici all'approvazione della legge di riforma. L'interpretazione prospettata farebbe venir meno il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso *a priori*, per effetto di una astratta previsione normativa. Diversa è peraltro l'ipotesi in cui lo stesso condannato, dopo aver fruito di un primo affidamento in prova, concesso quando già era stato dichiarato recidivo reiterato, commetta un nuovo delitto (almeno il quarto), per il quale il giudice della cognizione, nel caso più ricorrente della recidiva cosiddetta facoltativa, ritenga i precedenti del reo concretamente significativi in punto di gravità del reato. In casi del genere non è agevole prevedere che un nuovo beneficio dello stesso tipo possa sortire effetti diversi da quelli precedente, mentre è agevole prefigurare il contrario, con la conseguenza che la scelta del legislatore di esigere l'espiazione della pena, senza possibilità di accesso alle misure specificamente escluse dalla norma censurata, non può essere ritenuta manifestamente irragionevole o arbitraria. Le funzioni di tutela della sicurezza pubblica e di prevenzione dei reati, proprie della pena unitamente alla finalità rieducativa, sarebbero fortemente compromesse se si continuasse a far leva esclusivamente su una misura alternativa alla detenzione in carcere, che, nel concreto, ha dimostrato la sua inefficacia rispetto al fine di impedire la commissione di nuovi delitti non colposi. Peraltro, il vigente ordinamento penitenziario prevede altri strumenti, diversi dall'affidamento in prova, che possono essere utilmente sperimentati per un percorso rieducativo di emenda, sia *intra* che *extra moenia*.

5. - In definitiva, e secondo la costante giurisprudenza di questa Corte (*ex multis*, e da ultimo, ordinanza n. 5 del 2010), l'omessa ricerca di una interpretazione adeguatrice da parte del rimettente è causa di inammissibilità della questione sollevata.

#### P.Q.M.

La Corte Costituzionale dichiara l'inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 7-*bis*, della legge 26 luglio 1975, n. 354 (Norme sull'ordinamento penitenziario e sull'esecuzione delle misure privative e limitative della libertà), sollevate, in riferimento agli artt. 3 e 27, terzo comma, della Costituzione, dal Tribunale di sorveglianza di Genova, con l'ordinanza in epigrafe.  
(...Omissis...).

**(1-2) L'esclusione degli automatismi nell'acceso all'affidamento in prova al servizio sociale per i recidivi: una interpretativa di rigetto «mascherata».**

**Sommario:** 1. *La ex-Cirielli al cospetto della Corte costituzionale.* - 2. *Una interpretativa di rigetto «mascherata» che risponde*

*a quanto non detto in un ben noto precedente della Corte costituzionale. - 3. Il finalismo rieducativo della pena e l'esclusione degli automatismi: una conferma.*

### **1. La ex-Cirielli al cospetto della Corte costituzionale.**

Con la l. 5 dicembre 2005, n. 251, meglio conosciuta come la “ex-Cirielli”, il legislatore ha avuto, tra le sue preminent finalità, l’inasprimento delle pene per i recidivi e, in particolare per quanto concerne il regime relativo all’ordinamento penitenziario, l’allungamento dei termini per la concessione a tali soggetti delle misure alternative alla detenzione, fissando il limite di concessione per una sola volta dell’affidamento in prova al servizio sociale, della detenzione domiciliare e della semilibertà ed escludendo, infine, la sospensione dell’esecutività della condanna *ex art. 656 c.p.p.* e l’avviso della possibilità di accedere alle misure alternative alla detenzione in caso di recidiva reiterata(1).

La presenza di numerosi rigidi automatismi volti appunto a porre un freno nell’accesso alle predette misure, non sono però sfuggiti ai giudici di sorveglianza che, dovendo dare applicazione al nuovo quadro normativo, non hanno mancato, in più occasioni, di prospettare diverse questioni di legittimità costituzionale.

Nel caso di specie, il Tribunale di sorveglianza di Genova ha sollevato questione di legittimità costituzionale del comma 7-bis del novellato art. 58-quater ord. penit., limitatamente alla parte in cui esclude la concessione, per più di una volta, dell’affidamento in prova al servizio sociale (e non anche della detenzione domiciliare e della semilibertà) al c.d. “recidivo reiterato” di cui all’art. 99, comma 4, c.p., anch’esso a sua volta modificato dalla c.d. ex-Cirielli, per l’asserita violazione degli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. Il valore preclusivo assegnato a una condizione, quella di recidivo, che non avrebbe consentito neppure un giudizio concreto in ordine sia alla pericolosità sociale del condannato, sia alla possibilità di un suo proficuo reinserimento nella realtà sociale, ad avviso del giudice *a quo*, si sarebbe posto in contrasto non solo con il principio di ragionevolezza, ma anche con il finalismo rieducativo della pena, mentre la disposizione non è parsa neppure suscettibile di una interpretazione adeguatrice, essendo chiaro ed evidente, in base alla lettera della legge, il regime di preclusione “generalizzata” introdotto sul solo presupposto della citata condizione di recidivo reiterato in capo al condannato.

A prospettazioni non dissimili, del resto, era già pervenuto un altro giudice, il quale, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale del comma 1 e del medesimo comma 7-bis dell’art. 58-quater ord. penit., in combinato disposto con l’art. 10 della l. n. 251/2005, nella parte in cui si prevedeva che le nuove preclusioni stabilite per l’accesso alla misura dell’affidamento in prova al servizio sociale si applicassero anche ai condannati per condotte punibili ai sensi dell’art. 385 c.p., o ai recidivi reiterati, per delitti commessi prima dell’entrata in vigore della c.d. l. ex-Cirielli, “indipendentemente dal comportamento tenuto successivamente alla condanna e alla casuale data di irrevocabilità delle sentenze da eseguire”, lamentava la violazione dei medesimi parametri costituzionali. Certo, non sfugge come, nel secondo caso, sia venuto in rilievo soprattutto il problema della retroattività delle disposizioni attinenti alla esecuzione della pena, ma non vi è nemmeno mancata la rimostranza per cui l’introduzione di nuove presunzioni di pericolosità, fondate, l’una, sul titolo del reato e, l’altra, sull’avvenuta applicazione della recidiva reiterata, senza considerare né il dato temporale dell’epoca del com-

messo reato, né quello della condotta successiva del condannato, fossero da ritenersi del tutto irragionevoli e comunque contrari alla rieducazione del reo. La Corte costituzionale, con la sent. n. 79/2007(2), aveva, però, accolto soltanto la prima censura(3), e, così circoscrivendo il proprio giudizio, aveva evitato di rispondere alle più sostanziali questioni concernenti la razionalità e la coerenza delle norme impugnate.

Deve, peraltro, osservarsi come, da ultimo, un terzo giudice, nel sollevare, la questione di legittimità costituzionale dell’art. 58-quater, comma 7-bis, ord. penit. (poi però definito dalla Corte costituzionale con la restituzione degli atti in quanto, nelle more del giudizio, era nel frattempo intervenuta la declaratoria d’illegitimità di cui alla sent. n. 79/2007(4)), aveva prospettato l’ipotesi che la disposizione impugnata potesse essere intesa nel senso che la preclusione operasse solo qualora si avesse già usufruito del beneficio penitenziario in relazione alla medesima pena da espiare e sulla quale aveva inciso la recidiva reiterata, ma non per altre condanne, in ossequio alla concezione per cui ogni trattamento carcerario dovrebbe avere una propria autonomia: ipotesi, tuttavia, ritenuta impraticabile, in quanto si sarebbe pervenuti “ad una interpretazione che rende la norma priva di concreta valenza sino ad abrogare la portata”, mentre lo stesso dato letterale, riferendosi “al condannato e alle misure alternative”, avrebbe impedito anche l’ipotesi, anch’essa adombrata, di circoscrivere la preclusione al tipo di misura alternativa già concessa.

### **2. Una interpretativa di rigetto “mascherata” che risponde a quanto non detto in un ben noto precedente della Corte costituzionale.**

Con la decisione in commento, la Corte costituzionale ha ritenuto, infine, di non esimersi dall’affrontare il problema posto dalla preclusione censurata, e ciò benché abbia valutato la questione sollevata inammissibile, per non aver il giudice *a quo* ottemperato al dovere di approfondire, nella misura necessaria, la possibilità che della disposizione censurata potesse venir data un’interpretazione conforme ai precetti costituzionali. Nella motivazione della sentenza, si rinviene, infatti, il percorso ermeneutico che il rimettente avrebbe dovuto seguire, secondo lo schema argomentativo tipico delle sentenze interpretative di rigetto, coincidente, tra l’altro, per alcuni aspetti, con l’ipotesi ermeneutica ritenuta invece non percorribile dal terzo giudice sopra menzionato.

La Corte, pur partendo dalla premessa per cui sul punto non esisteva un orientamento giurisprudenziale consolidato, in senso “adeguatore”, ha però tenuto a sottolineare come, secondo un proprio costante indirizzo interpretativo, debbano escludersi, nella materia dei benefici penitenziari, rigidi automatismi, per i quali è, invece, sempre richiesta “una valutazione individualizzata” che consenta di “collegare la concessione o non del beneficio ad una prognosi ragionevole sulla sua utilità a far procedere il condannato sulla via dell’emenda e del reinserimento sociale”. Ammonendo sul fatto che “le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di egualianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati”, ha, tuttavia, precisato come la presunzione di pericolosità non debba essere totalmente esclusa dall’ordinamento, restando costituzionalmente incompatibile solo se «non abbia fondamento nell’*id quod plerumque accidit*».

Per questa via, il Giudice costituzionale ha ritenuto di poter individuare una interpretazione costituzionalmente orien-

tata della disposizione impugnata, restringendo l'ambito di operatività dell'esclusione assoluta del beneficio al solo caso in cui "il reato espressivo della recidiva reiterata sia stato commesso dopo la sperimentazione della misura alternativa, avvenuta in sede di esecuzione di una pena, a sua volta irrogata con applicazione della medesima aggravante", in ciò trovando conforto nelle "intenzioni" del legislatore fatte proprie nei lavori parlamentari della legge impugnata, così da far venir meno "il rischio di una irragionevole preclusione in danno del soggetto che, pur essendo stato condannato con applicazione della predetta aggravante, si trovi nelle condizioni di poter essere valutato dal giudice come meritevole della sperimentazione di un percorso rieducativo, che non può ritenersi escluso *a priori*, per effetto di una astratta previsione normativa" (5).

### 3. Il finalismo rieducativo della pena e l'esclusione degli automatismi: una conferma.

La decisione in esame sembra, in gran parte, confermare l'ormai costante orientamento della Corte costituzionale, volto a eliminare i numerosi rigidi automatismi che, in specie per quel che riguarda l'ordinamento penitenziario, sono stati introdotti dal legislatore, già a partire dagli anni 1991-1992 (c.d. anni di piombo (6)) e, pressoché incessantemente, sino ad oggi, con la l. n. 251/2005 ma anche con i numerosi "pacchetti sicurezza" che si stanno susseguendo dal 2008. In un primo periodo (7), anche successivo all'entrata in vigore della nuova legge sull'ordinamento penitenziario del 1975 (8), la Corte costituzionale ha, infatti, sempre sostenuto una concezione "polifunzionale-additiva" (9) della pena (10), pervenendo, con la sent. n. 313/1990 (11) (per certi versi anticipata dalla famosa sent. n. 364/1988 (12)), con un decisivo *overruling*, ad affermare il primato del finalismo rieducativo della pena, inteso come "una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue" (13). Peraltrò, tale importante presa di posizione è andata a collidere con la connotazione fortemente emergenziale della legislazione dianzi ricordata, inducendo il Giudice delle leggi ad un riadattamento della sua giurisprudenza ad una concezione polifunzionale "flessibile" della pena, in cui le diverse funzioni si affiancano le une alle altre, senza alcun ordine gerarchico predeterminato, ma non a fronte di automatismi applicativi, reputatati segnare il più marcato conflitto con l'art. 27, comma 3, Cost. (14) e, se del caso, "salvati" solo attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata (15).

Conclusivamente, se, proprio a questo ultimo filone giurisprudenziale, riteniamo vada ricondotta la sentenza in commento, resta il dubbio sulla fruttuosità complessiva di un'operazione ermeneutica tesa a forzare la lettera di una disposizione, espressione di una più recente e generale scelta di politica criminale voluta dal legislatore e rischiosamente oscillante sul limite dell'illegittimità costituzionale, considerati i numerosi problemi applicativi (se non veri e propri conflitti interni alla giurisprudenza di merito e di legittimità) in assenza di un vero e proprio "diritto vivente", con l'effetto di mortificare il finalismo rieducativo della pena e, in ultimo, il volto costituzionale del diritto penale.

Francesca Bailo

#### Note:

(1) Sembra opportuno precisare che è stata invece espunta l'ipotesi, prevista originariamente nella proposta di legge n. 2055, d'iniziativa

dei deputati Cirielli, Airaghi e altri, presentata alla Presidenza della Camera dei deputati il 29 novembre 2001, di valutare annualmente, e non semestralmente, il comportamento del detenuto al fine della concessione della liberazione anticipata. L'ulteriore scelta di introdurre l'istituto della detenzione domiciliare per gli ultrasettantenni è maturata invece nel corso dei lavori parlamentari, e non nel progetto originario. Era stato, inoltre, introdotto un nuovo art. 94-bis al t.u. n. 309/1990, il quale stabiliva che il beneficio della sospensione della pena e l'affidamento in prova per i tossicodipendenti riconosciuti recidivi reiterati fosse concedibile solo per una volta ed a condizione che la pena inflitta o da scontare non fosse superiore ai tre anni. Tuttavia, il legislatore dell'urgenza del 2005, a distanza di poco più di venti giorni dalla pubblicazione della legge, con la ormai collaudata tecnica del ripensamento, ha sancito, con il D.l. 30 dicembre 2005, n. 272, la soppressione della disposizione. Nella breve vigenza della medesima era stato, peraltro, trovato il tempo per una sua impugnazione, a cui prevedibilmente la Corte costituzionale ha risposto con la restituzione degli atti (cfr. Corte cost., ord. 9 marzo 2007, n. 74, in *Giur. cost.*, 2007, 713 ss.).

(2) Corte cost., 16 marzo 2007, n. 79, in *Giur. cost.*, 2007, 767 ss., con osservazioni di C. Cesari, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta sul perenne contrasto tra rieducazione ed emergenza*, *ibidem*, 772 ss.

(3) Per meglio precisare, nella parte motiva della decisione, così come nel dispositivo, non c'è traccia dell'art. 10 della l. n. 251/2005, relativo alla disciplina intertemporale della normativa, assurto anch'esso, così come l'art. 7, commi 6 e 7 della medesima legge, a oggetto del giudizio di legittimità costituzionale. Detta disposizione, peraltro, indica una regola speciale per l'art. 6 della medesima legge, relativo alla prescrizione, mentre in tutti gli altri casi, compreso quindi l'impugnato art. 7, si richiama espressamente all'art. 2 c.p., e quindi al principio per cui, nel succedersi delle leggi penali nel tempo, deve applicarsi quella più favorevole al reo. Le preclusioni di cui all'art. 58-*quater*, commi 1 e 7-bis, ord. penit. essendo state modificate in senso peggiorativo, non si sarebbero quindi dovute applicare al caso di specie. Tuttavia, si è preferito, almeno implicitamente, avallare la tesi per cui l'art. 2 c.p. non si debba applicare alle norme penitenziarie, salvo che esse non riguardino previsioni di stretto diritto penale sostanziale, circoscrivendo di molto la portata di cui alla pure impugnata disposizione.

(4) Sul punto cfr., *amplus*, C. Cesari, *Un nuovo esercizio di equilibrio della Consulta*, cit., 776 ss.

(5) Il riferimento è alle motivazioni contenute nell'ordinanza di rimessione del 10 febbraio 2006 (r.o. n. 150 del 2007) promossa dal Tribunale di sorveglianza di Catanzaro e decisa con Corte cost., ord. 21 febbraio 2008, n. 35, in *Giur. cost.*, 2008, 376 ss.

(6) Il riferimento è, in particolare, al clima di allarme e di emergenza, già particolarmente sentito negli anni '90, e che aveva raggiunto l'apice con la consumazione degli attentati ai giudici Falcone e Borsellino.

(7) Al proposito cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. 7 giugno 1962, n. 48, in *Giur. cost.*, 1962, 597 ss.; Id., sent. 12 febbraio 1966, n. 12, ivi, 1966, 143 ss.; Id., sent. 17 febbraio 1971, n. 22, ivi, 1971, 135 ss.; Id., sent. 19 gennaio 1972, n. 9, ivi, 1972, 27 ss.; Id., sent. 28 novembre 1973, n. 167, ivi, 1973, 1800 ss.; Id., sent. 22 maggio 1974, n. 143, ivi, 1974, 96 ss.; Id., sent. 22 novembre 1974, n. 274, ivi, 1974, 2929 ss.; Id., sent. 30 luglio 1984, n. 237, ivi, 1984, 1690 ss.; Id., ord. 30 gennaio 1985, n. 23, ivi, 1985, 73 ss.; Id., sent. 25 maggio 1985, n. 169, ivi, 1985, 1242 ss.; Id., sent. 4 aprile 1985, n. 102, ivi, 1985, 630 ss.

(8) Deve peraltro segnalarsi che prima della l. n. 354/1975 era rimasto in vigore, anche dopo il 1948, il Regio decreto 18 giugno 1931, n. 787 (recante "Regolamento per gli istituti di prevenzione e di pena"), fedele traduzione dell'ideologia fascista nel settore penitenziario.

(9) Così P.P. Emanuele, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in E. D'Orlando, L. Montanari, (curr.), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 76. G. Fiandaca, *Scopi della pena tra comminazione edittale e commissurazione giudiziale*, in G. Vassalli, (cur.), *Diritto penale e giurisprudenza*

*costituzionale*, Napoli, 2006, 134, l'ha invece piuttosto definita "ecletica" o "sincretistico-additiva".

(10) Tesa, cioè, a "settoriaizzare", o per meglio dire arginare, il finalismo rieducativo della pena alla sola fase di esecuzione della stessa, in quanto tale sottratta al sindacato dalla medesima, e a riconoscere alla sanzione alternative finalità, quali quella retributiva, quella general-preventiva, quella special-preventiva e quella rieducativa, in modo che anche se una sola di queste assumeva, nel caso oggetto di giudizio, maggior spessore, veniva in ogni caso giustificata in quanto appunto volta a soddisfare uno di quei fini globalmente ad essa riconducibili.

(11) Corte cost., sent. 2 luglio 1990, n. 313, in *Giur. cost.*, 1990, 1981 ss.

(12) Corte cost. sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, 1504 ss., che ha tra l'altro sancito il principio, divenuto un vero e proprio collarino dell'art. 5 c.p., dell'*"ignorantia legis"* inevitabile-scusabile e che, per quanto più interessa in questa sede, ha anche avuto il pregio di ancorare il principio di colpevolezza alla finalità rieducativa, così ponendo le fondamenta per conferire anche a quest'ultimo una maggior precettività data dall'elevazione della rieducazione a paradigma incidente sul volto costituzionale dell'illecito punibile.

(13) Di qui il vero aspetto innovativo, per non dire rivoluzionario, della sentenza, secondo cui "il preceppo di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie".

(14) Al proposito, e solo a titolo esemplificativo, si può richiamare la giurisprudenza della Corte costituzionale pronunciata per l'incostituzionalità di alcuni rigidi automatismi applicativi relativi alla sospensione o alla revoca della detenzione domiciliare, ipotesi questa che determina anche l'insorgere dell'imputazione per il reato di evasione di cui all'art. 385 c.p. (Corte cost., sent. 13 giugno 1997, n. 173, in *Giur. cost.*, 1997, 1750 ss.; Id., sent. 12 giugno 2009, n. 177, ivi, 2009, 1977 ss.), o anche alla revoca della liberazione anticipata (Corte cost., sent. 17 maggio 1995, n. 186, in *Giur. cost.*, 1995, 1468 ss.).

(15) In questo senso, più recentemente cfr., ad es., Corte cost., sent. 28 maggio 2010, n. 189, in *Consulta OnLine*, all'indirizzo <http://www.giurcost.it/decisioni>, in cui la Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 58-*quater*, comma 1, ord. penit. (così come novellato dalla l. n. 251/2005), nella parte in cui stabilisce il divieto di concessione dei benefici penitenziari ai condannati resisi responsabili di condotte punibili ai sensi dell'art. 385 c.p., perché è possibile, ad avviso del Giudice delle leggi, dare una lettura costituzionalmente orientata della norma impugnata, non presa in considerazione dal giudice rimettente. In questo caso, però, diversamente da quello della decisione in esame, si è preso a riferimento un ormai costante orientamento della giurisprudenza di legittimità che, tenendo conto dei principi consacrati dalla stessa Corte costituzionale in relazione all'art. 27, comma 3, Cost., aveva già escluso l'applicazione automatica della preclusione, imponendosi al giudice "in presenza di una condanna per questo titolo di reato, un'analisi particolarmente approfondita sulla personalità del condannato, sulla sua effettiva, perdurante pericolosità sociale alla luce delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 385 c.p., oggetto di accertamento definitivo, sui progressi trattamentali compiuti e il grado di rieducazione compiuto prima dell'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005".

Corte Costituzionale, 10 marzo 2010, n. 112 - Pres. Amirante - Est. Tesauro - Presidenza del Consiglio dei Ministri c. Regione Liguria.

### **REGIONE Liguria - competenza legislativa regionale - principio di leale collaborazione - inapplicabilità.**

(Corte costituzionale, sentenze n. 196 del 2004, n. 249 del 2009 e n. 159 del 2008)

### **REGIONE Liguria - competenza legislativa regionale - potere estero della Regione - Legge regionale che istituisce un gruppo europeo di cooperazione territoriale (GECT) - estensione delle competenze regionali previste dal Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 - successivo intervento normativo regionale di modifica - cessazione della materia del contendere - infondatezza della questione.**

(Cost., artt. 97, 117, 118; Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006; Legge Reg. Liguria 16 febbraio 2009, n. 1)

*L'esercizio dell'attività legislativa sfugge alle procedure di leale collaborazione, dato che non risulta individuabile un fondamento costituzionale di un simile obbligo.*

*Non è fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 16 febbraio 2009, n. 1, recante «Istituzione del Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale (GECT) Euroregione Alpi Mediterraneo», per cessazione della materia del contendere, essendo pienamente satisfatto delle ragioni poste a censura l'intervento normativo regionale volto alla modifica della legge impugnata.*

B.L.

(...Omissis...)

### **Considerato in diritto.**

1. - Il Presidente del Consiglio dei ministri dubita, in primo luogo, della legittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 16 febbraio 2009, n. 1, recante «Istituzione del Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale (GECT) Euroregione Alpi Mediterraneo», per contrasto con gli artt. 97, 117, 118 della Costituzione.

La legge impugnata avrebbe violato il principio di leale collaborazione (artt. 117 e 118 della Costituzione), nonché il principio di ragionevolezza, imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione (art. 97 della Costituzione), in quanto la Regione Liguria avrebbe disciplinato la partecipazione alla costituzione del GECT prima della conclusione del procedimento mediante il quale il Governo avrebbe dovuto autorizzarne la partecipazione, a norma dell'art. 16, paragrafo 1, del Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, senza peraltro prevedere alcuna sospensione degli effetti in attesa del provvedimento autorizzatorio.

2. - La questione non è fondata.

3. - Questa Corte ha già affermato che l'esercizio dell'attività legislativa sfugge alle procedure di leale collaborazione (sentenze n. 249 del 2009 e n. 159 del 2008) e che non risulta individuabile un fondamento costituzionale di un simile obbligo (sentenza n. 196 del 2004).

Pertanto, non può ritenersi che la legge regionale impugnata sia illegittima per la mancata tempestiva interlocuzione con lo Stato, nell'ambito del procedimento autorizzatorio previsto dal regolamento europeo.

Inoltre, con riguardo ai principi di buon andamento dell'amministrazione (art. 97 Cost.), va osservato che l'art. 4 della legge, prevedendo che la partecipazione al GECT «si deve intendere perfezionata a conclusione delle procedure statali di approvazione previste dal Regolamento CE n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio», con-

tiene una sostanziale sospensione degli effetti legati all'adesione, peraltro in coerenza con le disposizioni cogenti contenute nel citato regolamento. Sicché non può ritenersi che la Regione abbia proceduto a dare attuazione alla normativa comunitaria prima che lo Stato ne abbia disposto la trasposizione nel proprio ordinamento. Ciò in effetti è avvenuto, con gli artt. 46, 47 e 48, della legge 7 luglio 2009, n. 88 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2008) e con il D.P.C.M. 6 ottobre 2009, recante «istituzione del registro dei Gruppi europei di cooperazione territoriale (GECT)».

4. - Viene, poi, censurato l'art. 1, comma 1, della legge regionale, che, indicando tra gli obiettivi della Regione Liguria e delle altre Regioni il rafforzamento dei «legami politici, economici, sociali e culturali», amplia in tal modo le competenze assegnate al GECT dal regolamento CE n. 1082/2006, che agli artt. 1, paragrafo 2, e 7, paragrafo 2, limita gli obiettivi ed i compiti del GECT «all'agevolazione e alla promozione della cooperazione territoriale ai fini del rafforzamento della coesione economica e sociale», in violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in virtù del quale la potestà legislativa deve essere esercitata dalle Regioni nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario.

4.1. - Il Presidente del Consiglio dei Ministri ha, infine, censurato l'art. 2, comma 2, che, prevedendo rispettivamente alle lettere *b* e *d*), tra i compiti del GECT la «promozione degli interessi dell'Euroregione presso gli Stati e le istituzioni europee» e la «adesione ad organismi, associazioni e reti conformi agli obiettivi del GECT», violerebbe l'art. 117, primo comma, Cost., ponendosi in contrasto con il citato art. 7 del Regolamento CE, che limita invece le attività del GECT alla «attuazione di programmi o progetti di cooperazione territoriale cofinanziati dalla Comunità».

5. - In linea preliminare, va rilevato che la Regione Liguria, con la successiva legge regionale 15 febbraio 2010, n. 2, recante «disposizioni di adeguamento della normativa regionale», pubblicata nel B.U. 17 febbraio 2010, n. 2, ha soppresso al comma 1, dell'articolo 1, la parola: «politici».

Tale modifica normativa appare di per sé sola sufficiente a ricordurre la portata precettiva della proclamazione di principio contenuta nell'art. 1, nell'ambito degli obiettivi affidati al GECT dal regolamento comunitario, della cui violazione il ricorrente si duole. Siffatto intervento legislativo, inoltre, è avvenuto prima che la disposizione impugnata abbia esplicato effetti, trattandosi peraltro di una mera enunciazione di obiettivi, neppure trasfusa nel nuovo statuto del GECT, sulla cui base è infatti successivamente intervenuta l'autorizzazione da parte dello Stato.

Ricorrono pertanto, nella specie, le condizioni richieste dalla giurisprudenza di questa Corte perché possa essere dichiarata la cessazione della materia del contendere (*ex plurimis*, sentenze n. 299, n. 200 e n. 74 del 2009; n. 439 e n. 289 del 2008).

5.1. - Anche in relazione alla censura del citato art. 2, comma 2, lettere *b* e *d*), risulta rilevante, ai fini della decisione, la citata legge regionale n. 2 del 2010, che, non solo ha soppresso il riferimento ai legami «politici», ma ha anche provveduto a modificare la lettera *d*) nel senso che gli organismi, associazioni e reti cui il GECT può aderire, debbano essere «conformi agli obiettivi di cooperazione territoriale del GECT».

Entrambe queste modifiche risultano rilevanti per ritenere che l'intervento normativo sia stato pienamente satisfattivo

anche delle ragioni di censura riferite in particolare a tali norme.

In primo luogo, infatti, le attività di partecipazione del GECT di cui alla lettera *d*) risultano *expressis verbis* ricondotte alle finalità proprie della cooperazione territoriale, in aderenza alle disposizioni del più volte citato Regolamento. Inoltre, la «promozione degli interessi dell'Euroregione presso gli Stati e le istituzioni europee», di cui alla lettera *b*), in quanto «compito» previsto per la realizzazione degli obiettivi del GECT (art. 2 della legge impugnata), risulta anch'esso ricondotto nell'ambito delle finalità di cooperazione territoriale che il regolamento comunitario affida ai GECT, attesa la già ricordata soppressione dell'obiettivo del rafforzamento dei legami «politici».

Anche con riferimento a tali censure va, pertanto, dichiarata la cessazione della materia del contendere, dovendosi escludere ogni applicazione della plessa normativa per il periodo precedente alla modifica, in virtù del citato art. 4 della legge impugnata, secondo il quale l'adesione al GECT doveva intendersi perfezionata solo a conclusione delle procedure statali di approvazione previste dal Regolamento.

#### P.Q.M. la Corte Costituzionale

1) dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale della legge della Regione Liguria 16 febbraio 2009, n. 1, recante «Istituzione del Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale (GECT) Euroregione Alpi Mediterraneo», promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione agli artt. 97, 117, 118 della Costituzione, con il ricorso indicato in epigrafe;

2) dichiara la cessazione della materia del contendere in ordine alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 comma 1 e dell'art. 2, comma 2, lettere *b* e *d*), della legge della Regione Liguria 16 febbraio 2009, n. 1, promossa dal Presidente del Consiglio dei ministri, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, con il ricorso indicato epigrafe. (*Omissis*).

# Sezione di diritto tributario

## Massime

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 25 maggio 2010, n. 161 - Pres. Di Napoli - Rel. Graziano.

### **ACCERTAMENTO - rapporto contrattuale di coassicurazione - imposta sulla cd. commissioni di delega - esenzione ai sensi dell'art. 10, primo comma, n. 2 del D.P.R. n. 633 del 1972 - applicabilità.**

*Le prestazioni riconducibili alle clausole di delega del contratto di coassicurazione devono ritenersi operazioni esenti ai sensi dell'art. 10, primo comma, n. 2 del D.P.R. n. 633 del 1972.*

*Difatti, la coassicurazione non è altro che una particolare configurazione del contratto assicurativo, adattato alle esigenze di una efficace ripartizione del rischio tra le imprese contraenti, necessaria sia per ragioni economiche finanziarie, sia per esigenze di semplificazione nei rapporti tra le imprese assicuratrici e gli assicurati. Le prestazioni riconducibili alle clausole di delega rientrano pertanto nell'ambito unitario del rapporto di assicurazione e come tali ad esse deve riservarsi il regime di esonero da Iva di cui all'art. 10 primo comma, n. 2, cit.*

C.N.

Commissione tributaria regionale di Genova, sez. III, 5 luglio 2010, n. 62 - Pres. Bonetto - Rel. Barabino.

### **ACCERTAMENTO - redditi determinati presuntivamente - divieto di doppia presunzione.**

### **IRPEG - regime del margine - cessione in perdita di auto usate da parte dei concessionari - compensazione delle perdite con ricavi derivanti dalla cessione di auto nuove - antieconomicità - non sussiste.**

*Deve essere annullato l'avviso di accertamento recante la determinazione presuntiva del reddito ai sensi dell'art. 39, comma 2, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, per carenza dei requisiti imposti dalla norma, allorquando la ricostruzione complessiva dei ricavi sia stata effettuata applicando al costo del venduto presuntivamente determinato una percentuale di ricarico anch'essa presunta. In siffatti casi, l'atto impositivo è sorretto da una serie di presunzioni in violazione al divieto di cui all'art. 2727 c.c..*

*La cessione in perdita di auto usate secondo il regime del margine non si traduce necessariamente in una operazione antieconomica celante l'esistenza di ricavi non dichiarati ove si consideri la peculiarità del mercato delle auto usate, laddove i concessionari abitualmente lavorano in perdita sulle auto ritirate in permuta compensando tali perdite con i margini realizzati sulle corrispondenti cessioni di auto nuove.*

G.C.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 9 aprile 2010, n. 40 - Pres. Maglione - Rel. Carrodano.

### **ACQUISTO PRIMA CASA - agevolazioni fiscali - atto di compravendita - termine per l'accertamento.**

*In tema di agevolazioni fiscali per la prima casa, la decorrenza del termine triennale per l'accertamento, deve essere calcolata non già dalla*

*data di registrazione dell'atto di compravendita, ma dall'anno successivo al trasferimento del bene.*

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 25 - Pres. Delucchi - Rel. D'Avanzo.

### **CLASSAMENTO di un'unità immobiliare - valutazione del classamento delle unità immobiliari limitrofe - necessità.**

*Qualora il contribuente abbia validamente supportato le richiesta di classamento di un'unità immobiliare allegando anche il classamento di numerose unità immobiliare limitrofe simili alla propria, l'unità immobiliare oggetto di domanda, in considerazione anche delle caratteristiche proprie, non può essere classificata diversamente dalle altre unità immobiliari facenti parte dello stesso immobile.*

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. X, 1 aprile 2010, n. 14 - Pres. Haupt - Rel. Cunati.

### **CONDONI E SANATORIE - fattispecie previste dagli artt. 8 e 9-bis della L. n. 289/2002 - differenza - conseguenze.**

*Gli articoli 8 e 9 bis della L. 289/2002 danno vita a due specie diverse di condono tributario. Mentre la prima introduce un condono tributario premiale, riconoscendo al contribuente il diritto potestativo di chiedere che il suo rapporto giuridico tributario sia sottoposto ad un accertamento straordinario, da effettuarsi cioè secondo regole diverse da quelle ordinarie, la seconda concede un condono tributario demenziale, che, basandosi sul presupposto di un illecito tributario, elimina o riduce le sanzioni e, a determinate condizioni, concede modalità di favore per il loro pagamento, ma senza prevedere, come logica vuole, alcuna forma di accertamento tributario straordinario.*

*Pertanto, relativamente alla fattispecie rientrante nell'art. 9 bis citato, il mancato integrale pagamento rateale del credito alle scadenze di legge comporti il venir meno, ora per allora, del beneficio di legge, con conseguente ripristino del precedente debito d'imposta determinato in base alla normativa normalmente applicabile, al quale, ovviamente, dovranno essere detratti gli importi già versati.*

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. X, 1 aprile 2010, n. 16 - Pres. Haupt - Rel. Assandri.

### **CONDONO - Pagamento integrale - Rata - Pagamento prima rata - Perfezionamento.**

*Non esiste un principio generale che imponga l'integrale pagamento al fine di poter considerare perfezionata la definizione di un condono. Al contrario nella Legge n. 289/2002 esiste una regola di segno opposto per la quale la definizione è perfezionata con il pagamento della prima rata.*

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IX, 26 luglio 2010, n. 225 - Pres. Ghiglazza - Rel. Mazzarino.

**ELUSIONE FISCALE - art. 37 bis. D.P.R. 600/73 - fusione per incorporazione - economicità dell'operazione - sussistenza - natura elusiva - inconfigurabile**

*Non può qualificarsi come elusiva ai sensi del 37 bis del d.p.r. 600/73, bensì come rispondente ad una legittima scelta imprenditoriale - pienamente giustificata dalle necessità di risparmio e di mercato - l'eliminazione di una società tramite fusione per incorporazione, che risulti, anche da un punto di vista economico finanziario e fiscale, correttamente eseguita ed idonea a raggiungere un risparmio di costi della gestione che, con altre soluzioni, non sarebbe stato possibile raggiungere.*

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Savona, sez. V, 20 maggio 2010, n. 76 - Pres. Broda - Rel. De Stefano.

**IMPORTAZIONE - esenzione - certificato EUR 1 - autenticità - mancato accertamento all'atto dell'importazione - legittimità.**

*Posto che l'importatore deve prestare particolare attenzione al fatto che i vantaggi del regime preferenziale d'importazione possono generare una sua responsabilità solidale per i dazi o le imposte non riscosse, senza possibilità di avvalersi della propria buona fede, anche in presenza di fatti a carattere doloso o di raggiro dell'esportatore, la sua responsabilità è limitata quando l'importo dei dazi legalmente dovuto non è stato riscosso per un errore dell'autorità doganale competente (ai sensi dell'art. 220, par. 2, lett. b) del Codice Doganale Comunitario) e se l'errore non poteva essere ragionevolmente scoperto dal debitore, avendo questi agito in buona fede e rispettato tutte le disposizioni previste dalla normativa in vigore relativamente alla dichiarazione in dogana.*

C.N.

Commissione tributaria regionale di Genova, sez. VIII, 22 marzo 2010, n. 37 - Pres. e Rel. Failla

**IMPOSTA DI REGISTRO - sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto - condizione sospensiva del pagamento del prezzo non realizzata - tassabilità.**

*Nella sentenza costitutiva dell'obbligo di concludere un contratto la condizione imposta dal giudice che subordina il trasferimento della proprietà all'avvenuto pagamento del prezzo va ritenuta una condizione sospensiva potestativa semplice o impropria (differentemente da quella meramente potestativa che comporta l'annullabilità dell'intero negozio). Pertanto, ai fini dell'imposta di registro (ed ipotecarie e catastali), la sentenza costitutiva del contratto sottoposta a condizione sospensiva può essere, indipendentemente dal suo effetto traslativo definitivo, comunque sottoposta a registrazione con pagamento dell'imposta in misura fissa indipendentemente dal fatto che tale condizione si sia concretamente verificata (e salvo il pagamento della differenza nel momento in cui la condizione verifica).*

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. IV, 19 febbraio 2010, n. 25 - Pres. Zerilli - Rel. Cimino.

**IMPOSTA SULLE DONAZIONI - elargizione fra fidanzati - presunzione di donazione indiretta - assenza di elementi contrari forniti dal contribuente - tassazione - legittimità.**

*In materia di imposta sulle donazioni, è legittimo l'avviso di liquidazione che abbia tassato come liberalità indiretta l'elargizione di fondi effettuata tra due soggetti aventi fra di loro legami sentimentali e finalizzata all'acquisto di un bene immobile, qualora, già in sede di contraddittorio e successivamente nel corso del giudizio, la contribuente accertata non abbia dimostrato il diverso titolo dell'elargizione.*

AN.GI.

Commissione tributaria provinciale di Genova, decr. n. 343 - Pres. Quatraro.

**INTRODUZIONE della merce nei depositi iva - sospensione cautelare per decreto presidenziale in conseguenza della eccezionale urgenza ai sensi dell'art. 47, c. 3, d.lgs. n. 546/1992**

*Si ritiene sussistente il *fumus boni iuris* con particolare riguardo a due motivi esposti nel ricorso della contribuente (relativi al fatto che l'art. 50 bis, comma 8, d.l. n. 331 del 1993 non impone l'introduzione fisica delle merci nel deposito, e al fatto che nella specie l'importatore aveva comunque assolto l'Iva all'atto dell'estrazione laddove il depositario aveva adempiuto a tutti gli obblighi a suo carico previsti dalla norma sopra citata, n.d.r.). Si ritiene sussistente il rischio di un danno grave e irreparabile a carico della ricorrente (c.d. *periculum in mora*), perché la rilevante somma richiesta alla società contribuente rischia di pregiudicare, in misura non agevolmente e tempestivamente riparabile, la prosecuzione dell'attività della ricorrente ed i rapporti con gli Istituti di credito.*

*Per tali ragioni si concede, con decreto, in via di eccezionale urgenza, la sospensione cautelare richiesta, pur in mancanza di un contraddittorio con le Dogane, ai sensi e per gli effetti dell'art. 47, comma 3, del d.p.r. n. 546 del 1992. Tale sospensione, tuttavia, al fine di contemperare anche gli interessi dell'Amministrazione doganale, è condizionata al deposito, da parte dell'istante, di apposita cauzione (nelle forme della fideiussione bancaria o assicurativa).*

A.B.

Commissione Tributaria regionale di Genova, sez. I, 16 aprile 2010, n. 42 - Pres. Soave - Rel. Venturini.

**IRAP - dottore commercialista - reddito derivante dallo svolgimento dell'attività di sindaco parallelamente a quella svolta nello studio associato esclusione.**

*Non è assoggettabile ad imposizione quella parte di reddito che un lavoratore autonomo, esercente abitualmente l'attività professionale intellettuale di dottore commercialista, abbia prodotto in qualità di sindaco di società, considerando che è dato di fatto derivante dalla comune esperienza che l'attività di sindaco non necessiti - di per sé - di particolare organizzazione, di collaboratori o particolari mezzi e che venga svolta prevalentemente presso la società e che, nel caso di specie, non vi è prova che il professionista si sia avvalso dello studio associato (o di collaboratori e/o di particolari strumentazioni) anche per l'attività di sindaco.*

AN.GI.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. XII, 14 luglio 2010, n. 162 - Pres. Fenizia - Rel. Galletto.

**ISCRIZIONE ipotecaria ex art. 77 d.p.r. n. 602 del 1973 - contestazione delle notifiche delle cartelle di pagamento prodromiche. - onere della prova in capo al concessionario.**

Notifica di cartella priva di relata - Notifica di cartella con relata che non indica nominativo e qualità del soggetto notificatore - Nullità della notifica e della cartella.

Notifica di cartella effettuata ai sensi dell'art. 140 c.p.c., con relata che dà atto della affissione dell'avviso ex art. 48 disp. att. c.p.c. presso la Casa Comunale anziché presso la porta dell'abitazione - Notifica di cartella con relata che non dà atto della spedizione della raccomandata ex art. 140 c.p.c. - Mancata produzione della cartolina A/R relativa alla spedizione della raccomandata ex art. 140 c.p.c. - Nullità della notifica e della cartella.

In caso di impugnazione dell'iscrizione ipotecaria ex art. 77 d.p.r. n. 602 del 1973, la contestazione da parte del contribuente sulla regolarità delle notifiche delle cartelle di pagamento prodromiche, onera il Concessionario della prova delle notifiche.

Deve essere dichiarata nulla la cartella la cui notifica sia priva di relata, o la cui relata non indichi nominativo e qualità del soggetto notificatore.

Deve altresì essere dichiarata nulla la cartella la cui notifica ai sensi dell'art. 140 c.p.c. dia atto della affissione dell'avviso ex art. 48 disp. att. c.p.c. presso la Casa Comunale, anziché presso la porta dell'abitazione, ovvero la cartella la cui notifica non dia atto della spedizione della raccomandata. Parimenti nulla è la cartella quando non sia prodotta la cartolina A/R relativa alla spedizione della raccomandata ex art. 140 c.p.c.

F.P.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. VIII, 1 marzo 2010, n. 19 - Pres. Failla - Rel. D'Avanzo .

**IVA - bonus qualitativi - qualificazione.**

In materia di Iva le attività previste per i bonus qualitativi sono direttamente funzionali all'attività di vendita propria del concessionario e non possono essere considerate come ulteriore attività rispetto a quella ordinaria.

AN.GI.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. IV, 11 giugno 2010, nn. 172 e 173 - Pres. Ghigliazza - Rel. Graziano.

**IVA - locazione posto barca da parte di società commerciale a tariffe di mercato - mancato godimento personale del bene da parte dei soci - diritto alla detrazione.**

Si considera commerciale l'attività di locazione di un posto barca esercitata da una società a responsabilità limitata e spetta conseguentemente la detrazione dell'Iva assolta per l'acquisto dello stesso, allorquando manchi il godimento personale o familiare del bene societario in questione da parte dei soci ed esso sia concesso in locazione a tariffe di mercato. Infatti, ai sensi dell'art. 4, comma 5, lett. a), d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 non si considera commerciale, ai fini Iva, il possesso e la gestione di complessi destinati all'ormeggio, al ricovero e al servizio di unità da diporto,

da parte di società o enti, esclusivamente qualora la partecipazione ad essi consenta, gratuitamente o verso un corrispettivo inferiore al valore normale, il godimento, personale o familiare dei beni stessi, ovvero quando tale godimento sia conseguito indirettamente dai soci o partecipanti, alle suddette condizioni, anche attraverso la partecipazione ad associazioni, enti o altre organizzazioni (nel caso, il mancato godimento personale è stato comprovato mediante la produzione del contratto recante il conferimento di mandato a terzi per la gestione dell'ormeggio di navi e natanti, dei resoconti di gestione predisposti dal mandatario e delle fatture emesse dalla società proprietaria del posto barca nei confronti del mandatario).

G.C.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, sez. V, 4 marzo 2010, n. 40 - Pres. Pellegrini - Rel. De Stefano.

**MANCATA emissione dello scontrino fiscale - deduzioni difensive presentate dalla parte - mancato atto motivato di irrogazione delle sanzioni - annullamento della sanzione - sussistenza - precedente valido ai fini della recidiva.**

In presenza di deduzioni difensive presentate dalla parte contro l'atto di contestazione cui conseguiva l'emissione della cartella esattoriale, l'Ufficio deve procedere all'irrogazione delle sanzioni con atto motivato, a pena di nullità. La conseguenza dell'inadempimento di un tale onere è pertanto l'annullamento dell'iscrizione a ruolo e l'estinzione del giudizio per intervenuta cessazione della materia del contendere. Difatti, in caso di mancanza dell'atto di irrogazione delle sanzioni non può ritenersi provata la contestata violazione, la quale non può perciò essere considerata come precedente valido ai fini della recidiva (la cui applicazione può determinare la sospensione dell'esercizio dell'attività).

C.N.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. X, 23 settembre 2010, n. 229 - Pres. Mignone - Rel. Graziano.

**MISURE cautelari - sequestro conservativo - fumus boni iuris e periculum in mora - necessaria presenza di entrambi i requisiti - solida patrimonialità - periculum in mora - esclusione.**

Il sequestro conservativo sui beni immobili del contribuente, ai sensi dell'art. 22 d.lgs. 472/1997, presuppone, come tutte le misure cautelari, la sussistenza del duplice requisito del fumus boni iure e del periculum in mora. Mancando il requisito del "fondato timore di perdere garanzia" del credito, può omettersi l'indagine circa la sussistenza del fumus boni iure; l'inesistenza, infatti, anche di uno solo dei due requisiti necessari per l'adozione di un provvedimento di misura cautelare, fa venir meno la fondatezza della sua richiesta. (Nel caso di specie, la Commissione ha respinto la richiesta di autorizzazione a procedere a sequestro conservativo, giacché non ha ritenuto sussistente il requisito del periculum in mora, avendo, la società convenuta, ampiamente documentato e provato ad essere, oltre che patrimonialmente solida, pure priva di alcun interesse a sottrarsi alla pretesa impositiva; difatti la stessa era espressamente garantita dalla solidarietà economica dei vecchi soci, i quali, avendo ceduto le relative quote, erano rimasti responsabili per le relative sopravvenienze passive).

C.N.

Commissione tributaria provinciale di Genova, sez. I, 16 aprile 2010, n. 91 - Pres. Di Bernardo - Rel. Giusti.

**PERDITE su crediti - deducibilità - art. 101, comma 5, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917 - debitori residenti in paesi "a rischio" - necessaria preventiva acquisizione di garanzie appropriate.**

**ONERI fiscali e contributivi - deducibilità - principio di cassa - principio competenza - decisione della Commissione tributaria regionale - art. 99, commi 1 e 2, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917.**

*Non sono deducibili le perdite su crediti, qualora la società creditrice abbia concesso credito senza preventivamente acquisire garanzie appropriate, in considerazione dei particolari rischi relativi agli stati esteri di appartenenza di taluni debitori, poiché ciò denota una non oculata gestione della trattativa commerciale nel suo complesso, tale da far sorgere dubbi sulla effettiva inesigibilità dei crediti in questione.*

*Sono invece deducibili gli oneri tributari (dazi doganali) versati in relazione ad un avviso di rettifica oggetto di impugnativa; la deduzione può avvenire, oltreché nel periodo di imposta del pagamento, ai sensi del principio di cassa ex art. 99, comma 1, d.p.r. n. 917 del 1986, anche, facoltativamente, nel periodo di imposta nel quale è intervenuta la sentenza della Commissione regionale, ai sensi dell'art. 99, comma 2, d.p.r. citato.*

G.C

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. I, 5 marzo 2010, n. 20 - Pres. Soave - Rel. Venturini

**PROCESSO tributario - giudice - convincimento - elementi probatori acquisiti nel processo penale - autonoma valutazione**

*Il giudice tributario può sempre fondare il proprio convincimento su elementi probatori acquisiti nel processo penale purché ne faccia oggetto di autonoma valutazione e rielaborazione (fattispecie in tema di recupero dell'IVA conseguente all'emissione di una fattura per operazioni oggettivamente inesistenti).*

AN.GI.

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. XII, 8 marzo 2010, n. 32 - Pres. Varalli - Rel. Pertica.

**PROCESSO tributario - impugnazione tardiva - Inammissibilità**

*È inammissibile l'impugnazione tardiva delle sentenze delle Commissioni Tributarie di 1 e 2 grado, anche in mancanza della comunicazione del dispositivo da parte della segreteria e senza che assuma rilievo la mancata conoscenza, per omissione del relativo avviso, della data di fissazione dell'udienza di discussione.*

AN.GI

Commissione Tributaria Regionale di Genova, sez. IV, 9 aprile 2010, n. 41 - Pres. Maglione - Rel. Carrodano.

**PROCESSO tributario - fonte di prova - sentenza penale di assoluzione - rilevanza.**

*La sentenza penale assolutoria, pur se non è vincolante in sede tri-*

*butaria, può essere presa in considerazione quale possibile fonte di prova (nel caso di specie la Commissione Regionale ha confermato l'annullamento di un accertamento emesso per l'indebita detrazione dell'IVA in occasione dell'acquisto di un autoveicolo, considerando altresì il fatto che il contribuente aveva dimostrato che il prezzo del veicolo era stato effettivamente pagato a fronte di regolare fattura, per un valore in linea con le quotazioni di mercato).*

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. I, 17 marzo 2010, n. 62 - Pres. Fezzi - Rel. Giusti.

**RIMBORSI di versamenti diretti - termine di decadenza irragionevolmente breve - pregiudizio all'essenza stessa del diritto fatto valere - decorrenza.**

*In virtù del principio della "effettività utile" della norma comunitaria, le norme nazionali che dispongano rimedi di natura restitutoria non possono prevedere termini di prescrizione o decadenza irragionevolmente brevi che annullino "l'essenza stessa dei diritti" fatti valere (nel caso di specie, la Commissione ha affermato la tempestività di un'istanza di rimborso, di per sé inammissibile in quanto presentata oltre i 48 mesi dall'avvenuto versamento ai sensi dell'art. 38 d.p.r. n. 602/1973, facendo decorrere i relativi termini dalla successiva pronuncia della Corte di Giustizia che, dichiarando l'illegittimità della norma italiana in materia, ha fatto sorgere il diritto al rimborso).*

C.N.

Commissione tributaria regionale di Genova, sez. IV, 10 giugno 2010, ord. n. 23 - Pres. e Rel. Maglione.

**SANZIONI - obiettive condizioni di incertezza nell'interpretazione e applicazione della normativa tributaria - sospensione cautelare ex art. 19, c. 2, d.lgs. n. 472/1197 - art. 48 bis d.p.r. n. 602 del 1973 - disposizioni sui pagamenti delle pubbliche amministrazioni.**

*Si sospende, in via cautelare, la riscossione delle sanzioni, sussistendo sia il fumus boni iuris sia il periculum in mora. Nel caso di specie, invero, non può escludersi una prognosi di fondatezza del gravame, avuto riguardo, in particolare, alla richiesta di applicazione delle sanzioni amministrative per obiettiva incertezza della normativa tributaria. Si rileva, inoltre, il pregiudizio che deriverebbe alla società appellante dall'esecuzione immediata dell'impugnata sentenza, attesa la notevole entità della somma richiesta a titolo di sanzioni, tale da cagionare ad essa un danno grave ed irreparabile sia sotto il profilo economico sia sotto il profilo strettamente operativo, dato il concreto rischio, per essa, di incorrere nel blocco dei pagamenti ad essa dovuti da parte degli enti pubblici ai sensi dell'art. 48 bis d.p.r. n. 602 del 1973.*

A.B.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. V, 13 luglio 2010, n. 168 - Pres. Balba - Rel. Penna.

**TRIBUTI locali - tariffa di igiene ambientale - concessione agevolazioni - presentazione denuncia - necessità.**

**TRIBUTI locali - tariffa di igiene ambientale - parte fissa**

**- remunerazione costo servizio di cui ciascun contribuente si avvale - esclusione dal pagamento - non sussiste.**

*La concessione di riduzioni tariffarie, ai sensi delle norme regolamentari, è subordinata alla tempestiva presentazione al soggetto gestore del servizio di una apposita denuncia dalla quale risultino i presupposti che possono giustificare la concessione del beneficio, presupposti che comunque dovranno essere riscontrabili in base ad idonea documentazione e ad elementi obiettivi direttamente rilevabili.*

*Il contribuente (nella specie, una società produttrice di imballaggi) non può sottrarsi al pagamento della c.d. "parte fissa" della TIA che ha la funzione di remunerare il costo di un servizio (lo spazzamento ed il lavaggio delle strade e delle piazze pubbliche) di cui egli pacificamente comunque si avvale.*

AN.GI.

*successiva del 1999 che non era stata formalmente invalidata: ciò in quanto tra la società ed il Comune era intervenuta una transazione in forza della quale il contribuente aveva rinunciato, tra l'altro, al ricorso che aveva già proposto nanti il Tar per ottenere l'annullamento della tariffa TARSU per il 1999, a fronte della disapplicazione in via di autotutela da parte del Comune della stessa tariffa del 1999 a favore della tariffa del 1990).*

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. IV, 10 agosto 2010, n. 229 - Pres. Ghiglazza - Rel. Castelli.

**TRIBUTI LOCALI - tariffa d'igiene ambientale - fattura - atto impugnabile - esclusione - natura di avviso bonario - sussistenza.**

*È inammissibile il ricorso proposto avverso una fattura con cui il soggetto gestore del servizio di raccolta dei rifiuti ha richiesto il pagamento della TIA: tale fattura non rientra nell'elenco degli atti impugnabili di cui all'art. 19 del D.lgs. n. 546/92 essendo assimilabile ad un "avviso bonario" (od invito di pagamento), tanto più che essa contiene l'espressa indicazione che in caso di mancato pagamento verrà effettuata la riscossione coattiva tramite iscrizione a ruolo (ex d.p.r. n. 602/73), costituendo solamente tale iscrizione a ruolo atto impugnabile.*

AN.GI.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, sez. XIII, 13 agosto 2010, n. 210 - Pres. Torti - Rel. Podestà.

**TRIBUTI locali - TARSU - annullamento delle tariffe successive al pagamento - rimborso - termine di decadenza decorrente dalla data in cui è sorto il presupposto per la restituzione - applicazione.**

**TRIBUTI locali - TARSU - annullamento delle tariffe - applicazione dell'ultima tariffa valida.**

*In materia di TARSU, qualora il diritto alla restituzione del tributo sia sorto successivamente al suo pagamento (perché successivamente al versamento siano state annullate dal giudice amministrativo le tariffe comunali in base alle quali era stato liquidato il tributo), il termine decadenziale per poter richiedere il rimborso non è quello specificamente previsto dall'art. 75, D.Lgs. n. 507/1993 (che fa decorrere tale termine esclusivamente dalla data dell'avvenuto pagamento) ma quello più generale previsto dall'art. 21 del D.Lgs. n. 546/1992 il quale prevede un termine decadenziale di due anni decorrente non solo dal pagamento del tributo ma anche dal momento in cui si è verificato il presupposto per la restituzione, se posteriore alla data di versamento del tributo.*

*L'annullamento da parte del giudice amministrativo delle tariffe TARSU non comporta la liberazione del contribuente da qualsiasi obbligo di pagamento per il servizio di smaltimento dei rifiuti, trovando comunque applicazione l'ultima tariffa "valida" (nel caso di specie, la Commissione ha ritenuto che l'ultima tariffa applicabile in quanto ritenuta "valida" fra le parti fosse quella del 1990 e non quella*

## Sezione di diritto penale

# Sentenze e Ordinanze

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 8 novembre 2010, n. 1170 - Giudice Baldini.

### **CIRCOLAZIONE stradale - alcoltest - atto di polizia giudiziaria - obbligo di avviso della facoltà di farsi assistere - carenza di avviso - nullità intermedia - modalità in cui deve essere eccepita - immediatamente dopo il suo compimento - decreto penale di condanna - opposizione.**

(Art. 182, 354, 356 c.p.p.; art. 114 N. att. c.p.p.; art. 186 D. L.vo 30/4/1992/ n. 285)

*L'“alcoltest” costituisce atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile ai sensi dell'art. 354, comma 3, c.p.p., cui il difensore può assistere ai sensi del successivo articolo 356, senza però diritto ad essere avvisato. In virtù dell'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria, nel compimento degli atti di cui all'art. 356 c.p.p. avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia. La violazione del citato art. 114 dà luogo ad una nullità di ordine generale, ma non assoluta che, ai sensi dell'art. 182 c. 2 c.p.p. deve essere eccepita prima del suo compimento, ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo. Una volta ammesso che la relativa eccezione non può essere formulata prima e durante l'atto, ma soltanto dopo il compimento dello stesso, il nodo da sciogliere è quello relativo al momento in cui tale eccezione debba considerarsi tardiva. Nel caso di procedimento definito con decreto penale di condanna appare dunque assolutamente logico e ragionevole individuare il primo (e certo) momento di conoscibilità della nullità (legata al mancato avviso al contravventore che era suo diritto farsi assistere da un difensore) nella notifica del decreto penale di condanna, con conseguente individuazione del termine ultimo per eccepirla in quello per proporre opposizione avverso il decreto penale medesimo.*

RA.C.

Il Giudice all'esito dell'udienza del 12 ottobre 2010 in Camera di Consiglio, ha pronunciato e pubblicato mediante lettura del dispositivo la seguente sentenza all'esito di giudizio abbreviato nei confronti di XX imputato al reato di cui all'art. 186 c. 2 D. L.vo 30/4/92 n. 285 per aver circolato alla guida di un veicolo in stato di ebbrezza per uso di bevande alcoliche. In Genova l'8/1/2007

### **Motivazione**

Con decreto penale n. 525/07 emesso dal G.I.P. presso il Tribunale di Genova in data 28.2.2007 veniva condannato alla pena di 466 Euro di ammenda in ordine alla contravvenzione di cui all'imputazione.

Avverso il predetto decreto proponeva rituale opposizione il condannato eccependo la nullità dell'accertamento delle proprie condizioni di ebbrezza (effettuato a mezzo di etilometro), non essendo siffatto accertamento stato preceduto dal rituale avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore; in ragione di ciò il prevenuto instava per la revoca del decreto penale opposto e per la contestuale pronuncia di sentenza di proscioglimento, ovvero, in subordine, per il giudizio abbreviato.

Trasmesso tale atto di opposizione al P.M. per il parere, e

verificata da quest'ultimo presso l'organo di P.G. accertatore dell'infrazione l'impossibilità di acclarare se l'avviso *de quo* fosse stato ritualmente dato al prevenuto(1), in data 10.7.2008 il G.I.P. pronunciava dunque sentenza di non doversi procedere ex art. 425 c.p.p.

Avverso tale sentenza proponeva pertanto ricorso in Cassazione la Procura Generale presso la Corte d'Appello di Genova, contestando — fra l'altro — che il verbale contenente gli esiti dell'alcoltest fosse atto soggetto a deposito ex art. 366 c.p.p. e deducendo in ogni caso la tardività dell'eccezione di nullità sollevata dalla difesa.

La Quarta Sezione Penale della Suprema Corte — qualificata come a regime intermedio la nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere dal difensore, e rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale in ordine al momento decadenziale per la eccepibilità di siffatta nullità — rimetteva dunque il ricorso innanzi alle Sezioni Unite.

Con sentenza emessa all'esito della Camera di Consiglio del 25.3.2010, il Supremo Collegio, accogliendo la questione pregiudiziale della abnormità della sentenza impugnata (in quanto pronunciata dallo stesso giudice che aveva emesso un provvedimento decisivo sul merito dell'azione penale, ed in quanto tale non revocabile, se non nei casi tassativamente previsti dalla legge), annullava tale pronuncia e disponeva la trasmissione degli atti innanzi al sottoscritto giudicante per la celebrazione del giudizio abbreviato (*ab origine* richiesto dalla difesa(2) con l'opposizione a decreto penale avanzata ex art. 464 c.p.p.).

Tutto ciò premesso, passandosi dunque alle valutazioni nel merito della vicenda nuovamente approdata innanzi a questo Ufficio, occorre dunque effettuare un triplice ordine di precisazioni.

Una prima in fatto, rilevabile dagli atti del fascicolo del P.M.: vale dire che nel caso di specie, giusta quanto esplicitamente chiarito dal personale di Polizia Municipale che ebbe ad elevare la contravvenzione allo in occasione del controllo cui venne sottoposto in data 8.1.2007, non risulta provato (né comprovabile) se a costui — prima della sottoposizione alle operazioni di rilievo a mezzo di alcoltest — sia stato dato formalmente avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore.

Una seconda in diritto, mutuata dalla pronuncia della Quarta Sezione della Cassazione che ha rimesso il ricorso innanzi alle Sezioni Unite: ivi si legge infatti che “è assolutamente pacifico che l’“alcoltest” costituisca atto di polizia giudiziaria urgente ed indifferibile ai sensi dell'art. 354, comma 3, c.p.p., cui il difensore può assistere ai sensi del successivo articolo 356, senza però diritto ad essere avvisato. In virtù dell'art. 114 disp. att. c.p.p., la polizia giudiziaria, nel compimento degli atti di cui all'art. 356 c.p.p. avverte la persona sottoposta alle indagini, se presente, che ha la facoltà di farsi assistere dal difensore di fiducia. ... La violazione del citato art. 114 dà luogo ad una nullità di ordine generale, ma non assoluta ...”

Una terza, anch'essa in diritto, correlata all'insussistenza — con particolare riguardo all'accertamento a mezzo di alcoltest — dell'obbligo di deposito del relativo verbale presso la

segreteria del P.M. con correlato avviso di deposito al difensore<sup>(3)</sup>.

Fatte queste brevi precisazioni, spetta dunque al sottoscritto prendere posizione in merito alla delicata questione processuale in ordine alla quale era stata chiamata a pronunciarsi la Corte di Cassazione (addirittura) a Sezioni Unite, vale a dire individuare quale sia il momento oltre il quale la nullità a regime intermedio integrata dall'omesso avviso all'indagato — da parte della P.G. prima di procedere ad un atto di indagine urgente — della facoltà di farsi assistere da un difensore, non possa più esserecepita.

Sul punto ritiene questo giudicante di condividere l'impostazione assunta dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione nel contesto della propria requisitoria datata 3.3.2010.

In sintesi.

Per una corretta risoluzione della questione occorre muovere dal tenore dell'art. 182 comma 2 c.p.p. il quale, testualmente, reca che *“quando la parte vi assiste, la nullità di un atto deve essere eccepita prima del suo compimento, ovvero, se ciò non è possibile, immediatamente dopo”*.

A tale riguardo — onde non svuotare sostanzialmente di significato la portata garantistica della norma — non ci si può fermare al mero tenore letterale della stessa.

In sostanza, laddove — la disposizione impone alla parte — che vi assiste di eccepire la nullità dell'atto prima del suo compimento, deve presupporsi che sussista la condizione che la parte medesima conosca — o quanto meno possa presumersi che conosca o che sia in grado di conoscere — tale nullità: e siffatta condizione deve ritenersi esclusa allorchè, come ne caso che ne occupa, il legislatore imponga alla P.G. l'obbligo di avvisare l'indagato che ha la facoltà di farsi assistere da un difensore, proprio in quanto presuppone che normalmente l'indagato non sia (e neppure debba esserlo) a conoscenza di questa facoltà, e, pertanto, impone alla P.G. di avvisarlo appunto perché egli possa esercitare il suo diritto di difesa. Sarebbe in altre parole assolutamente illogico che l'indagato possa e debba eccepire la nullità dell'atto prima del suo compimento, proprio quando tale nullità deriva dal fatto che costui non sia stato avvisato di avere la facoltà di farsi assistere, ossia proprio dalla circostanza che egli non è stato messo a conoscenza della nullità.

Una volta ammesso che la relativa eccezione non può essere formulata prima e durante l'atto, ma soltanto dopo il compimento dello stesso, il nodo da sciogliere è quello relativo al momento in cui tale eccezione debba considerarsi tardiva.

Orbene, posto che lo stato di ignoranza in ordine alla esistenza della nullità non può ritenersi essere venuto meno sol perché l'atto è stato compiuto, occorre necessariamente ancorare la presunzione di conoscenza ad un momento ben preciso, vale a dire alla presenza di un atto del procedimento a fronte del quale possa ragionevolmente presumersi che l'interessato abbia contattato un difensore in grado di eccepire la nullità.

Il che risulta del tutto agevole laddove sussista l'obbligo di deposito del verbale (all'interno del quale è trasfuso l'atto compiuto dalla P.G. alla sola presenza dell'interessato) con conseguente notifica al difensore del relativo avviso (ed onere per quest'ultimo di prendere visione degli atti mettendosi in condizione di rilevarne ed eccepirne gli eventuali vizi): purtroppo ciò non avviene nella materia in questione, laddove il verbale redatto ex art. 200 Cod. Strad. non è per l'appunto oggetto di tale deposito.

Trasponendo le argomentazioni sopra svolte al caso *de quo* appare dunque assolutamente logico e ragionevole individuare il primo (e certo) momento di conoscibilità della nullità (legata al

mancato avviso al contravventore che era suo diritto farsi assistere da un difensore) nella notifica del decreto penale di condanna, con conseguente individuazione del termine ultimo per eccepirla in quello per proporre opposizione avverso il decreto penale medesimo.

In considerazione di ciò, pertanto, deve nel caso di specie ritenersi che la difesa abbia tempestivamente dedotto la nullità dell'accertamento delle di lui condizioni di ebbrezza (effettuato a mezzo di etilometro), non essendo siffatto accertamento stato preceduto dal rituale avviso della facoltà di farsi assistere da un difensore.

Tale nullità rende dunque del tutto sfornita di prova la contestazione di guida in stato di ebbrezza mossa dal P.M.

Vero è che la prova dello stato di ebbrezza ben può essere raggiunta ricorrendo alle testimonianze degli operatori di P.G., ma appare al sottoscritto giudicante che un simile supplemento istruttorio risulti nel caso di specie sostanzialmente superfluo ed irrilevante, e ciò per un duplice ordine di motivi.

In primo luogo poiché è del tutto ragionevole ipotizzare che, a quattro anni di distanza dal fatto, costoro non siano in grado di avere un chiaro ricordo della vicenda: d'altro canto, a conforto di siffatta supposizione, non si dimentichi che proprio gli agenti di polizia municipale che sottoposero a controllo lo il giorno del fatto, appositamente interpellati dal P.M., abbiano dichiarato di non essere in grado di ricordare se gli avessero o meno dato il “famigerato” avviso.

In secondo luogo poiché l'ipotesi più lieve di cui all'art. 186 comma 2, lett. a), D. Lgs. 285/1992 — nell'ambito della quale, per costante giurisprudenza, deve farsi rientrare la condizione di ebbrezza rilevata sintomatologicamente — è stata da ultimo depenalizzata, con ciò, in forza del principio di cui all'art. 2 comma 4 c.p., imponendosi nel caso specifico una pronuncia comunque di proscioglimento.

Le considerazioni che precedono, in definitiva, conducono ad una pronuncia assolutoria di dal reato ascrittigli con la formula perché il fatto non sussiste.

In considerazione della delicatezza delle problematiche giuridiche sottese alla presente vicenda si ritiene opportuno riservare termine di giorni trenta per i deposito della motivazione.

## P.Q.M.

il G.I.P. Visti gli artt. 464, 442, 530 cpv. c.p.p. revoca il decreto penale n°. 525/07 R.dec.pen. emesso in data 28.2.2007 nei confronti di e, assolve dal reato ascrittigli perché il fatto non sussiste. Visto l'art. 544 comma 3 c.p.p.

## Note:

(1) vedasi la relazione di servizio a firma del Commissario di P.G.

(2) seppure in via di subordine.

(3) vedasi in tal senso Cass. Sez. 4, Sentenza n. 21738 del 11/03/2004 Ud. (dep. 07/05/2004) Rv. 229114 laddove si legge che *“i verbali degli atti compiuti dalla polizia giudiziaria ai sensi dell'art. 354 cod.proc.pen., tra i quali va annoverato l'accertamento strumentale dello stato di ebbrezza alla guida, previsto dall'art., 186 C. d. S. e dall'art. 379 del relativo regolamento di attuazione (c. d. ‘alcool-test’), non sono soggetti all'obbligo del deposito al difensore, contemplato dall'art. 366 cod.proc.pen., trattandosi di atti ai quali il difensore ha diritto di assistere senza preavviso e per la cui effettuazione, a differenza di quanto stabilito dall'art. 365 cod.proc.pen. per gli atti di perquisizione o sequestro compiuti direttamente dal pubblico ministero, non è prevista la designazione, all'occorrenza, di un difensore d'ufficio, ma solo l'avvertimento, ex art. 114 disp. att. cod.proc.pen., della facoltà di farsi assistere da un difensore; ragion per cui, mancando detta designazione, mancherebbe anche il soggetto nei cui confronti dovrebbe realizzarsi la garanzia”*.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 marzo 2010 n. 1098 - Giudice Panicucci.

**STRANIERI - facoltà ed obblighi inerenti al soggiorno degli stranieri sul territorio dello stato - mancata ottemperanza all'ordine di esibizione di documenti - novella di cui alla l. 94/09 (cd pacchetto sicurezza) - obbligo di esibizione di documento di identità e permesso di soggiorno - inesigibilità della condotta per stranieri irregolari - esclusione reato.**

(Art. 6 c. 3 D.L.vo n. 286/1998)

*In relazione al reato di mancata esibizione dei documenti identificativi di cui all'art. 6 c. 3 D.L.vo n. 286/1998, la novella introdotta dal cosiddetto pacchetto sicurezza (l. n. 94/2009), modificando l'articolazione della condotta, ha inciso in maniera rilevante sul soggetto attivo del reato: in oggi, infatti, è incriminato lo straniero che, senza giustificato motivo, a fronte di formale richiesta della pubblica autorità, non ottemperi "all'ordine di esibizione del passaporto o altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare permanenza sul territorio dello stato. Il dato lessicale, cioè l'uso della congiunzione "e" - in luogo della congiunzione coordinativa in funzione disgiuntiva "ovvero" di cui all'originaria fattispecie - appare assolutamente inequivocabile nei suoi effetti prescrittivi. Dunque, in tale contesto, il preccetto penale è esigibile dallo straniero in quanto egli sia in possesso di entrambi i documenti richiesti, attestanti della identità e della regolare presenza nel territorio dello stato. Da ciò discende, logicamente, l'inesigibilità del preccetto nei confronti dello straniero irregolare, cui quindi non può essere imputato il reato in questione così come formulato alla luce della novella.*

FR.BR.

Il tribunale di Genova in composizione monocratica ha pronunciato la seguente sentenza nel procedimento penale contro i.o.p. imputato del reato previsto dall'art. 6 comma 3 d.lvo 286/98 perché, a richiesta degli Ufficiali ed agenti di P.G. non esibiva, senza giustificato motivo, il passaporto o altro documento di identificazione, ovvero il permesso o la carta di soggiorno. In Genova, li 19.11.2008

**Motivi della decisione**

Al dibattimento, svolto nella contumacia dell'imputato, regolarmente citato e non comparso senza addurre alcun legittimo impedimento, si è proceduto a lettura della documentazione agli atti, comprensiva della relazione di servizio del funzionario verbalizzante e relativi allegati, acquisiti su

concorde richiesta delle parti, previa rinuncia all'esame del teste.

All'esito della istruttoria dibattimentale, PM e difesa hanno concluso come da verbale di udienza.

È emerso quanto segue:

**a) Sulle risultanze istruttorie.**

Con decreto di citazione ex art. 552 cpp, l'odierno imputato è stato tratto a giudizio per rispondere del reato di cui all'art. 6 e 3 del D.lvo n° 286/98, per non aver esibito all'atto di formale controllo operato dai funzionari di pubblica sicurezza verbalizzanti, né il passaporto, né altro documento equipollente, senza essere assistito da alcun giustificato motivo.

La verifica dell'ipotesi accusatoria è stata svolta sulla base della lettura della documentazione come sopra indicata.

La compiuta istruttoria dibattimentale ha consentito di chiarire la vicenda oggetto di procedimento. In particolare è risultato quanto segue:

nelle circostanze indicate in rubrica, l'odierno imputato veniva sottoposto a controllo ad opera degli odierni verbalizzanti;

in quel frangente, il funzionario richiedeva formalmente all'interessato di esibire il passaporto o altro documento di identità, ma lo straniero non era in grado di ottemperare, poiché del tutto privo di documenti;

a seguito di ulteriori accertamenti, gli operanti potevano verificare la irregolare permanenza dello straniero sul territorio dello stato, fin dal momento del suo ingresso;

all'esito dell'attività di indagine, i verbalizzanti denunciavano la persona per il reato di cui all'art. 6 e 3 D.lvo 286/98; successivamente al rinvio a giudizio, l'imputato non ha fornito giustificazione alcuna, rimanendo contumace nel presente dibattimento.

**b) sulla fattispecie in contestazione.**

Alla luce di quanto precede, dunque, il presente procedimento ha ad oggetto il comportamento tenuto, all'atto di un formale controllo di pubblica sicurezza, dalla persona entrata nel territorio dello stato in maniera irregolare, senza alcun titolo di legittimazione, in violazione delle norme di cui agli artt. 4 e segg. Del D.lvo 25.07.98 n° 286, persona denunciata dagli operanti per il reato omissivo di cui all'art. 6 e 3 del decreto stesso.

Tale circostanza richiede alcune considerazioni sulla fattispecie in contestazione.

In particolare:

il soggetto attivo del reato di cui all'art. 6 e 3 D.lvo 286/98. In precedenza, secondo il Tribunale di Genova (conformemente alla maggioranza della giurisprudenza di merito) la condotta incriminata dalla fattispecie di cui all'art 6 e 3 D.lvo 286/98, per quanto riferita genericamente a "lo straniero", non poteva riguardare il "clandestino", cioè la persona entrata irregolarmente, fin dall'inizio, nel territorio dello stato.

In tal senso, la mancata esibizione dei documenti richiesti, poteva integrare una condotta amministrativamente illecita, ma non prevista dalla legge come reato, per una serie di ordini di ragioni - formali (sedes materiae) e sostanziali (offensività della condotta) - analiticamente espresse nelle diverse pronunce in merito (cfr, tra le altre, Trib. Ge., sent 04.06.03, imp. Laslo) e accolte dalla buona parte della stessa giurisprudenza di legittimità (cfr, tra le altre, C. Cass., Sez. VI, sent. 27.06.01, imp. Jalal; Sez. VI, sent. 18.07.01. n° 29142).

Tuttavia, dopo la sentenza 29.10.2003 n° 45801 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, si è affermato e consolidato l'orientamento opposto (operatività della fattispecie incriminatrice nei confronti di tutti gli stranieri presenti nel territorio dello stato a prescindere dalle modalità - illegali o meno - della immigrazione, con differenziazione solo quanto a esigibilità dei documenti).

La riforma di cui alla L. 94/09.

Con l'intervento normativo del 2009 - il cd "pacchetto sicurezza" - l'art. 6 e 3 ha subito un intervento significativo. La novella in esame, infatti, modificando l'articolazione della condotta, ha inciso in maniera rilevante sul soggetto attivo del reato: in oggi, infatti, è incriminato lo straniero che, senza

giustificato motivo, a fronte di formale richiesta della pubblica autorità, non ottemperi “...all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolare permanenza sul territorio dello stato...”

dunque la norma in esame, dal punto di vista logico-formale, fonda la incriminazione penale sulla mancata esibizione di entrambi i documenti o dei loro equipollenti.

Il dato lessicale, cioè l’uso della congiunzione “e” - in luogo della congiunzione coordinativa in funzione disgiuntiva “ovvero” di cui alla originaria fattispecie - appare assolutamente inequivocabile nei suoi effetti prescrittivi.

Dunque, in tale contesto, in tanto il preceitto penale è esigibile dallo straniero, in quanto egli sia giuridicamente in possesso di entrambi i documenti richiesti, attestanti della identità e della regolare presenza nel territorio dello stato. Da ciò discende, logicamente, l’inesigibilità del preceitto nei confronti dello straniero irregolare.

Che tutto ciò sia precipitato in una scelta consapevole del legislatore è indubitabile, sol che si considerino due dati: 1) il dato storico, per cui era ben nota, al legislatore della riforma, la giurisprudenza favorevole ad una interpretazione più restrittiva della portata incriminatrice dell’art. 6 e 3 del D.lvo n. 286/98 (giurisprudenza che era stata oggetto di ampio dibattito anche a livello politico); 2) il dato finalistico del cd “pacchetto sicurezza” del luglio 2009, espressamente rivolta ad aggravare la risposta sanzionatoria complessiva dell’ordinamento rispetto ai flussi migratori incontrollati, sia penalizzando formalmente l’ingresso e il trattenimento nel territorio dello stato (art. 10 bis), sia articolando in maniera più ampia e pesante le fattispecie di presidio rispetto alla elusione dei meccanismi di allontanamento ed espulsione (art. 14), sia colpendo alcune forme di “favoreggiamento”, speculativo o meno, dell’ingresso e della permanenza dello straniero nel territorio stesso (art. 12).

ciò posto, opinare diversamente implicherebbe sostenere il rilievo di una “disattenzione” linguistica” del legislatore in un contesto in cui ogni singola parola, nel quadro di tutta la riforma, risulta calibrata e orientata al fine perseguito.

La scelta restrittiva del legislatore della riforma non può non riverberare i suoi effetti favorevoli sulle vicende pregresse. In tale quadro complessivo, l’imputato - irregolare sul territorio dello stato e, quindi, necessariamente privo di titoli di legittimazione da poter esibire - va assolto dal reato ascritto perché il fatto non sussiste, in applicazione del disposto di cui all’art. 2 c 2cp.

#### P.Q.M.

il Tribunale di Genova in composizione monocratica visto l’art. 530 c.p. assolve i.o.p. dal reato ascritto perché il fatto non sussiste.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 7 maggio 2010, n. 541 - Giudice Cusatti.

**STRANIERI - facoltà ed obblighi inerenti al soggiorno degli stranieri sul territorio dello stato - mancata ottemperanza all’ordine di esibizione di documenti - novella di cui alla l. 94/09 (cd pacchetto sicurezza) - obbligo di esibizione di documento di identità e permesso di soggiorno - inesigibilità della condotta per stranieri irregolari - esclusione reato.**

(Art. 6 c. 3 D.L.vo n. 286/1998)

*Non sussiste il reato di cui all’art. 6 c. 3 D.L.vo 286/1998 - come modificato dalla novella legislativa 94/2009 con cui la normativa in parola è stata mutata nel senso che il reato in esame sussiste laddove lo straniero ometta ingiustificatamente l’esibizione di un documento di identità e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolarità della sua dimora sul territorio dello Stato - ma il diverso reato previsto e punito dall’art. 10 bis D.L.vo 286/1998 nei casi in cui l’ordine di esibizione dei documenti sia rivolto a cittadino extracomunitario soggiornante illegalmente sul territorio italiano. Diversamente la norma in esame diventerebbe un doppione inutile, incongruo ed irrazionale della diversa fattispecie - contestualmente inserita dal Legislatore nel corpus normativo vigente in materia - di soggiorno illegale nel territorio dello Stato (art. 10 bis D.L.vo 286/1998), con la quale viene appunto sanzionata la condotta di chi entri o si trattienga sul territorio dello Stato senza essere munito del previsto permesso di soggiorno: un documento, quest’ultimo, del quale nessun operatore di p.g. potrebbe dunque mai chiedere “giustificatamente” l’esibizione a chi ne sia sforzato ab origine.*

M.CIR.

Il Giudice ha pronunciato e pubblicato la seguente sentenza nei confronti di M.C.

imputato del reato previsto e punito dagli artt. 6 comma 3 d.lvo 25 luglio 1998, 286 e succ. modificazioni e 61 n. 11 c.p. perchè, a richiesta degli agenti/ufficiali di pubblica sicurezza, non ottemperava senza giustificato motivo, all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione. Con l’aggravante del fatto commesso mentre si trovava illegalmente sul territorio dello Stato. In Genova, in data 3 dicembre 2009.

#### Motivazione

Il Giudice, letta la richiesta del P.M. di emissione del decreto penale di condanna a carico dell’imputato M. C. in relazione alla condotta di cui all’art. 6, co. 3°, D. L.vo 286/1998 e 61, n. 11-bis, c.p., per aver omesso, senza giustificato motivo, di esibire ai carabinieri il passaporto e altro documento di identificazione nonché il permesso di soggiorno - con l’aggravante di aver commesso il fatto trovarsi illegalmente sul territorio nazionale, osserva quanto segue.

La formulazione previgente della disposizione che si assume violata dall’imputato prevedeva che l’illecito penale ivi configurato fosse realizzabile alternativamente con la mancata esibizione ingiustificata del documento d’identità ovvero del permesso di soggiorno o di altro documento equipollente; a seguito della novella legislativa di cui alla l. 94/2009 con cui la normativa sui cittadini extracomunitari ha subito altre rilevanti novità, la fattispecie normativa in parola è stata modificata nel senso che il reato in esame sussiste laddove lo straniero ometta ingiustificatamente l’esibizione di un documento di identità e del permesso di soggiorno o di altro documento attestante la regolarità della sua dimora sul territorio dello Stato; innovazione non di poco momento, atteso che in tal modo la condotta - prima delineata in forma alternativa - risulta in oggi articolata in univocamente congiunta.

Da tale innovazione legislativa discende ex se, ad avviso del giudicante, che la condotta in questione sia in oggi ascrivibile, di fatto, ai soli stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato, non potendosi ritenere - ad una lettura sistematica della disposizione normativa in questione - che lo Stato esiga l’esibizione di un documento attestante la

regolare presenza sul territorio anche da chi vi dimori illegalmente per il semplice fatto di non averlo mai chiesto né ottenuto; ove così fosse, la norma in esame diventerebbe un doppione inutile, incongruo e irrazionale dalla diversa fattispecie - contestualmente inserita dal legislatore nel corpus normativo vigente in materia - di soggiorno illegale nel territorio dello Stato prevista dall'art. 10-bis D.lgs. 286/1998, con la quale viene appunto sanzionata la condotta di chi entri o si trattenga sul territorio dello Stato senza essere munito del previsto permesso di soggiorno: un documento, quest'ultimo, del quale nessun operatore di p.g. potrebbe dunque mai chiedere "giustificatamente" l'esibizione a chi ne sia sfornito ab origine.

La ratio della norma in questione è intuitiva: essa si prefigge di consentire all'Autorità di pubblica sicurezza l'esatta e compiuta identificazione del soggetto extracomunitario, che deve avvenire mediante l'esibizione - sempre che non ricorrono motivi idonei a giustificare l'omissione da parte del soggetto compulsato - di tutti i documenti utili a quel fine: cioè quelli riflettenti sia la sua identità personale, sia la regolarità della sua posizione amministrativa riguardo alla permanenza sul territorio dello Stato.

Il previgente testo della disposizione, che poneva in alternativa le due categorie di documenti (quelli sull'identità e quelli sulla regolare permanenza in Italia) e che pure sembrava, per ciò solo, applicabile agli extracomunitari presenti illegalmente sul territorio dello Stato - dovendo ritenersi che questi fossero comunque gravati dall'onere di dare conto quanto meno della propria identità mediante l'esibizione di un documento che la attestasse -, era stato interpretato dalle SS.UU. della Suprema Corte (v. sent. 227.11.2003, Mesky) nel senso che ogni straniero, "regolare" o "clandestino" che fosse, aveva l'obbligo di dare conto della propria identità esibendo il relativo documento, ma che ad essere tenuti a documentare la propria condizione di regolare presenza sul territorio dello Stato fossero solo gli extracomunitari muniti di permesso di soggiorno, non anche i "clandestini" - i quali, nel vigore della precedente norma, ne assolvevano dunque il precezzo limitandosi ad esibire agli operatori di p.s. un documento di identità -.

È in tale cornice interpretativa che il legislatore ha calato la novella legislativa del 2009, con la qual la disposizione in esame non è stata riferita - come pure sarebbe stato lecito attendersi - alla sola categoria degli extracomunitari "regolari", bensì è stata oggetto di un intervento apparentemente insignificante (la ricordata sostituzione di una congiunzione di natura disgiuntiva con altra paleamente copulativa) ma che, in realtà, ha radicalmente modificato la fattispecie penale estendendo il novero degli elementi di fatto che devono ricorrere affinché la stessa sia ritenuta sussistente.

Ora, è pur vero che di recente la Suprema Corte (v. sez. 1^, 23.09.2009, Calmus e altri) riportandosi all'autorevole dictum delle SS.UU. di cui sopra: e però l'ha fatto con motivazioni che non paiono aver tenuto nel debito conto il ricordato intervento effettuato dal legislatore nel luglio 2009, quantificando, in sostanza, come meramente formale - e, sostanzialmente, priva di significato normativo - la menzionata sostituzione della congiunzione ovvero con quella e, così valutando come irrilevante l'accertamento della natura copulativa, correlativa o alternativa di quest'ultima.

Ritiene il giudicante che tale soluzione non si soddisfi compiutamente, tenuto conto che la stessa sembra disattendere un dato letterale che è univoco e che pura sembra meritare di essere interpretato alla luce del criterio ermeneutico posto dal-

l'art. 12 delle preleggi, secondo il quale "nell'applicare una disposizione normativa non può attribuirsi ad essa altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse": un rilievo che sembra imporre il conferimento alla congiunzione "e", introdotta dal legislatore nella previsione di omessa esibizione, senza giustificato motivo, di documento d'identità e di permesso di soggiorno, il significato che le è proprio, piuttosto che riconoscerle un valore pressoché esclusivamente formale che dovrebbe far pensare, per giustificare un'innovazione testuale apparentemente irrilevante, soltanto ad una "distrazione" o, peggio, a mera sciatteria del legislatore.

Ad avviso di questo giudice, pertanto, l'innesto normativo in questione non va qualificato in termini meramente formali e deve assumere, nell'esegesi della norma novellata, il valore che gli è proprio, non potendosi pensare, sulla scorta del predetto criterio ermeneutico, che esso sia frutto di una semplice daffilance espositiva del legislatore; ed allora, se è così, il precezzo in questione deve intendersi violato in caso di mancanza e ingiustificata esibizione di entrambi i documenti.

Ciò premesso, pare indiscutibile che non possa esigersi da un extracomunitario "clandestino" una condotta - l'esibizione di un permesso di soggiorno del quale, per definizione, il medesimo è privo - che egli non potrebbe tenere in nessun caso, per la semplice considerazione che il documento attestante la sua regolare permanenza sul territorio dello Stato manca sullo stesso piano fenomenico, ancor prima che su quello, assai più limitato, della sua diretta e materiale disponibilità al momento del controllo di polizia. E se è così, pare a questo giudice che il "nuovo" testo dell'art. 6 in questione debba essere letto nel senso che non ogni "straniero" possa incorrere nelle relative sanzioni, ma solo quanti siano potenzialmente in grado di servire la condotta lecita necessaria a rispettare il precezzo così tutelato: cioè i soli stranieri lecitamente presenti sul territorio dello Stato per essere titolari di permesso di soggiorno o di altro documento equipollente.

Alla possibile obiezione fondata sul fatto che tale tesi non riposa su un esplicito aggancio testuale al dato normativo è agevole ribattere che il codice penale è disseminato di disposizioni normative apparentemente concernenti la generalità dei consociati, stando alla loro lettera, ma che in realtà, sulla scorta dell'interpretazione sistematica, vanno riferite ad una più ristretta cerchia di persone; basti pensare, per tutte all'analoga disposizione dell'art. 651 c.p., per la quale sembra imporre, letteralmente, a "chiunque" di dare indicazioni ad un pubblico ufficiale circa la propria identità personale, ma che non può non essere riferita - pur in assenza della minima indicazione testuale a riguardo - soltanto ai soggetti di nazionalità italiana, atteso che, con riguardo agli stranieri, la condotta sarebbe in oggi sempre e comunque assorbita quella prevista dall'art. 6 D. Lgs. 286/1998 - a tacere del fatto che la contestuale vigenza ab origine dello stesso art. 651 c.p. e dell'art 144 t.u.l.p.s. ("L'Autorità di p.s. ha facoltà di invitare, in ogni tempo, lo straniero... a dare contezza di sé") induce a ritenere che già negli anni 1930-31 il legislatore avesse inteso riferire il "chiunque" dell'art. 651 c.p. ai soli cittadini italiani, posto che in caso contrario non avrebbe di certo previsto un'identica fattispecie ad hoc per i soggetti di nazionalità straniera -.

Né sembra convincente il richiamo, contenuto nella citata sentenza della Suprema Corte 23.9.2009, Calmus e altri, ad una decisione delle SS.UU., la n. 7958 del 27.3.1992, con cui era stata parimenti ritenuta la questione dell'individuazione del valore da assegnare alla congiunzione "e" improvvidamente utilizzata dal legislatore per definire la pubblica

funzione (poteri autoritativi e poteri certificativi): nell'occasione, per vero, la Corte nomofilattica, nella sua più autorevole espressione, aveva preso atto dell'intervento normativo con cui era stato lo stesso legislatore, nelle more, a sostituire in tutta fretta le congiunzioni "e" di cui all'ultima parte del secondo comma dell'art. 357 c.p. con le disgiunzioni "o", adeguando in tal modo la norma, anche sotto il profilo letterale, all'unico significato plausibile sul piano logico-giuridico. Assai diverso, dunque, è il caso che ne occupa, in cui non si tratta di prendere atto di una "correzione" legislativa che, per inciso, non v'è stata - a riscontro del fatto che la scelta di utilizzare la congiunzione "e" tra i documenti d'identità e quelli attestanti la regolarità del soggiorno è stata fermamente voluta dal legislatore e tutt'altro che casuale -, bensì di conferire alla novella normativa in questione l'unica lettura che può esserne attribuita.

Ne consegue che l'art. 6, 3° co., D. Lgs. 286/1998 è riferibile, in oggi, a condotte esigibili solo da stranieri regolarmente soggiornanti sul territorio dello Stato. Per quanto attiene, invece, agli extracomunitari privi di permesso di soggiorno, con la stessa novella legislativa di cui sopra è stato introdotto - come già ricordato in apertura - il reato di soggiorno illegale sul territorio dello Stato, "proprio" di tale particolare categoria di cittadini stranieri, a fronte della cui constatazione le p.s. è tenuta innanzitutto ad attivare celermente la procedura finalizzata all'espulsione dallo Stato di chi vi si trovi senza essere munito del previsto titolo amministrativo; un'esigenza che, evidentemente, il legislatore ha sentito come preminente rispetto ad ogni altra, sì da meritare addirittura la previsione di una mera sanzione pecuniaria anziché di una pena detentiva - la cui espiazione allungherebbe, di conseguenza, i tempi di espulsione -; laddove, coerentemente, la sanzione dell'arresto è prevista - in una con l'ammenda - per gli stranieri "regolari" che violino la disposizione di cui all'art. 6, 2° co., D. Lgs. 286/1998 e dei quali, per ciò solo, sia prevedibile una lecita permanenza sul territorio dello Stato che pare *ex se* compatibile con l'espiazione della sanzione detentiva eventualmente irrogata a quel titolo.

In conclusione, ritiene il giudicante che il fatto contestato all'imputato - e da questi materialmente commesso con l'omessa esibizione del documento di cui in epigrafe - non sia previsto dalla legge come reato.

Ciò non implica che non sia ravvisabile alcun profilo di illecità nella condotta dello straniero "irregolare" il quale ometta di esibire alla p.s., che gliene abbia fatto richiesta, il solo documento d'identità: benvero, attesa l'intercorsa abrogazione del menzionato art. 144 t.u.l.p.s., nulla vieta alla polizia di impartire ad uno straniero l'ordine di *"dare cortezza di sé"* per ragioni di pubblica sicurezza e di contestargli, qualora egli non vi adempia, il reato di cui all'art. 650 c.p. - il quale, per costante giurisprudenza di legittimità, ha "resistito", giusta la clausola di riserva contenuta nell'incipit dell'art. 15 t.u.l.p.s. pur depenalizzando (*"salvo che il fatto costituisca reato"*), alla depenalizzazione, prima, ed alla definitiva abrogazione mediante il D. Lgs. 286/1998, poi del ricordato art. 144 t.u.l.p.s.: v. Cass., sez. 1<sup>a</sup>, sent. n. 43873 del 21.10.2005, ric. P.G. in proc. Bledar, Rv. 232876; Cass., sez. 1, sent. n. 23049 del 19.05.2001, ric. P.M. in proc. Abidi Faisal, Rv. 219498.

In buona sostanza, lo straniero "irregolare" che ometta di documentare la propria identità al pubblico ufficiale che gliene chieda conto potrebbe essere chiamato a rispondere della violazione di cui all'art. 650 c.p. (pur sempre sanzionabile con pena soltanto pecuniaria, in funzione della celere

espulsione di cui s'è detto). E però non può non tenersi conto che, per essere congruamente profilate sull'astratto piano normativo, le finalità di pubblica sicurezza sottese alla richiesta di esibizione di un documento d'identità ad un extracomunitario "irregolare" dovrebbero essere munite di un loro autonomo disvalore penale e riflesse in una condotta illecita fine a se stessa: laddove, in oggi, quelle stesse finalità risultano sempre e comunque assorbite e superate, sul concreto piano fattuale, dalla circostanza che la mera constatazione, ad opera del pubblico ufficiale, della condizione di irregolarità di un soggetto privo di permesso di soggiorno integra il riscontro della sussistenza del reato di cui all'art. 10-bis D. Lgs. 286/1998 (o di quello di cui all'art. 14, co. 5-ter, D.Lgs., nel caso in cui la competente autorità amministrativa ne abbia già ordinato l'espulsione dal territorio dello Stato), a fronte del quale la sua identificazione diventa "dovuta" - e non più esigibile come "spontanea" - per esigenze connesse all'instaurazione del relativo processo penale, perdendo ogni autonoma valenza sul generale piano delle finalità di pubblica sicurezza.

Deve comunque concludersi che la condotta di omessa esibizione di un documento d'identità da parte di un extracomunitario "irregolare", per quanto astrattamente ancora sussumibile sotto l'egida di una norma penale (appunto l'art. 650 c.p.), ha perso nei fatti, a fronte delle riforme di sistema succedutesi in materia, ogni autonoma valenza penale, dissolvendosi nel più generale obbligo del pubblico ufficiale di accertare l'identità di chi versi in quelle condizioni ai fini sia dell'instaurazione del procedimento penale per il reato di cui all'art. 10-bis D.Lgs. 286/1998, sia dell'attivazione della procedura per la sua espulsione (ivi compreso l'accompagnamento presso il più vicino "centro di identificazione ed espulsione": un ulteriore riferimento lessicale, quello contenuto nel novellato art. 14 del D.Lgs. 286/1998, che ribadisce come il legislatore abbia ormai devoluto all'Autorità amministrativa il compito di identificare compiutamente l'extracomunitario privo di permesso di soggiorno, così svuotando di significato ogni potenziale responsabilizzazione penale al riguardo del diretto interessato).

È dunque pacifico che C. sia stato colto nella fragranza del reato di soggiorno illegale sul territorio dello Stato di cui all'art. 10-bis D. Lgs. 286/1998 - del quale pure non v'è menzione nell'epigrafe della comunicazione della notizia di reato in atti, nonostante nel relativo testo si dia conto che si tratta di cittadini extracomunitario privo di permesso di soggiorno (come si ricava, peraltro, dalla stessa contestazione dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 11-bis, c.p.) - sicché va pronunciata sentenza di non doversi procedere nei confronti del medesimo imputato perché il fatto a lui contestato come in epigrafe non costituisce reato, con l'accessorio ordine, ex art. 331 c.p.p., di trasmissione degli atti al P.M. in sede ai fini dell'esercizio dell'azione penale relativamente al diverso reato di cui sopra.

#### P.Q.M.

Visti gli artt. 459, 3<sup>o</sup> comma e 129, 1<sup>o</sup> comma, c.p.p. dichiara non doversi procedere nei confronti di M.C. relativamente all'impugnazione a lui ascritta perché il fatto non è previsto dalla legge come reato; manda alla Cancelleria le comunicazioni di rito, nonché per la trasmissione degli atti al P.M. in sede ai fini dell'eventuale esercizio dell'azione penale nei confronti del medesimo C. in relazione al diverso reato di cui all'art. 10-bis D. Lgs. 286/1998.

# Massime

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 19 maggio 2010 - Giudice Orsini.

**CIRCOstanze del reato - circostanze attenuanti - circostanze attenuanti generiche - giovane età, confessione, pentimento - concedibilità - sospensione condizionale della pena - presunzione ex art. 164 c.p. - necessità - precedenti segnalazioni e condanne da minorenne - natura dei reati commessi - esclusione della presunzione - non concedibilità del beneficio.**

(Art. 62 bis, 163, 164, 337, 609 bis, 628 co. 1 c.p.)

*Le circostanze attenuanti generiche ex art. 162 bis possono essere concesse in ragione della giovanissima età di un imputato, della confessione resa e del pentimento dimostrato.*

*La condotta anteatta di un imputato, il quale abbia segnalazioni e condanne per reati commessi da minorenne e la natura stessa dei delitti dallo stesso posti in essere non consentono di presumere, come richiede necessariamente l'art. 164 c.p. per la concessione del beneficio della sospensione condizionale della pena, che lo stesso si asterrà dal commettere in futuro ulteriori reati.*

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 25 febbraio 2010, Giudice De Matteis.

**CIRCOstanze del reato - recidiva - recidiva reiterata - precedenti modesti - applicazione non obbligatoria.**

(Art 99 cc. 4 e 5 c.p.)

**CIRCOstanze del reato - recidiva reiterata - mancata applicazione - patteggiamento allargato - esclusione per i recidivi reiterati - non operatività.**

(Art. 444 c. 1 bis c.p.p.)

*Non deve essere applicato l'aumento per la recidiva reiterata contestata all'imputato, quando la stessa non appare significativa sotto il profilo della maggiore colpevolezza e pericolosità del reo, posto che i suoi precedenti sono modesti (nella specie, si trattava di due furti sanzionati con pene miti).*

*Ciò non è precluso dall'art. 99, c. 5, c.p., che dispone l'aumento di pena obbligatorio per i recidivi reiterati, "se si tratta dei delitti indicati nell'art. 407, c. 2, c.p.p." (tra i quali rientra il reato di estorsione aggravata contestato all'imputato), in quanto la norma citata, secondo una lettura costituzionalmente orientata, opera solo quando sia il reato oggetto di precedente condanna che quello per cui si procede rientrano nell'elenco di cui all'art. 407, c. 2, c.p.p. (cfr. Corte cost., ord. n. 171/2009) (nella specie, tale ipotesi non ricorre visti i modestissimi precedenti penali del recidivo reiterato).*

*Posto che la norma di cui all'art 444 c. 1 bis c.p.p. (che esclude la possibilità di accesso al cd patteggiamento allargato ai recidivi di cui all'art. 99 u.c.) si riferisce non alla recidiva contestata o comunque risultante dal certificato penale, ma alla recidiva dichiarata dal giudice con una specifica declaratoria, nel caso in cui il giudice abbia escluso l'applicazione della recidiva all'im-*

*putato, nei confronti di costui non opera il limite di cui all'art. 444, c. 1 bis, c.p.p..*

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 19 luglio 2010 - Giudice Fucigna.

**CIRCOstanze DEL REATO - recidiva - recidiva specifica - facoltatività - precedenti risalenti per fatti diversi e di lieve entità - considerazione ai fini della determinazione della pena - esclusione.**

(Artt. 99 c.p. - 444 e ss. c.p.p.)

*Nella determinazione della pena ex art. 444 e ss. c.p.p., è possibile, anche se la stessa sia stata contestata dal Pubblico Ministero, non tener conto della recidiva specifica, prevista in via ipotetica dalla norma, qualora i precedenti riguardino fatti completamente diversi, risalenti e di lieve entità.*

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 28 aprile 2010, n. 468 - Giudice Cusatti.

**DELITTI contro il patrimonio - riciclaggio - casistica.**

(Art. 648 bis c.p.)

*Integra il delitto di riciclaggio la condotta di chi apre un conto corrente perché vi affluisca danaro di provenienza illecita, per poi prelevarlo e trasferirlo in contanti a soggetti a lui ignoti residenti all'estero, atteso che, stante la natura fungibile del bene, in tal modo lo stesso viene automaticamente sostituito, essendo l'istituto di credito obbligato a restituire al depositante la stessa somma depositata*

M.CIR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, sentenza 1 marzo 2010 - Est. Carpanini.

**DELITTI contro la libertà morale - atti persecutori.**

(Art. 612 bis c.p.)

*Integra il delitto di cui all'art. 612 bis c.p. il comportamento di chi, con reiterate condotte, molestava la parte offesa con cui aveva intessuto una relazione sentimentale nel frattempo terminata, minacciandola di morte e di percosse in modo diuturno, inviandole numerosi sms o telefonate contenenti minacce e frasi offensive, seguendola per strada o sul luogo di lavoro, intimandole ed altresì impedendole con violenza di non frequentare altre persone o luoghi a lui sgraditi, limitandone la libertà di movimento, chiedendo ossessivamente di ristabilire il rapporto sentimentale, nonché in diverse occasioni percuotendola con pugni anche in luogo pubblico o aperto al pubblico, sì da provocarle lesioni (tutto ciò a cagione di un delirante stato di gelosia e possessività) in modo da cagionarle un perdurante e grave stato di ansia e di paura, oltre ad ingenerare nella vittima il fondato timore per la propria incolumità.*

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari , 23 febbraio 2010 - Giudice Papillo.

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - casi di non punibilità - necessità di salvamento - false dichiarazioni rese dalla persona informata sui fatti al fine di evitare conseguenze sfavorevoli derivanti dall'ammissione di aver ricevuto consapevolmente sostanza stupefacente - configurabilità.**

(Art. 384 c.p.)

Deve ritenersi presente la causa speciale di non punibilità di cui all'art. 384 c.p. qualora le false dichiarazioni, rese da persona sentita a sommarie informazioni testimoniali, appaiano ispirate dall'intento di evitare le conseguenze sfavorevoli derivanti dall'ammissione di avere ricevuto consapevolmente la sostanza stupefacente. Conseguenze sfavorevoli configurabili sia nell'ipotesi di ricevimento della sostanza per il suo uso personale (poiché il consumo di stupefacenti, benché penalmente irrilevante, costituisce comunque un illecito amministrativo) sia, a maggior ragione, nel caso in cui la sostanza sia ricevuta per favorire l'imputato, perché in tale ipotesi egli concorrerebbe nel reato (permanente) di detenzione illecita di stupefacente.

(Nel caso concreto, il cessionario aveva negato di essere a conoscenza del fatto che, all'interno del pacchetto di sigarette consegnatogli dall'imputato, fosse contenuta della sostanza stupefacente; tale affermazione era però stata smentita dalla condotta da lui tenuta in occasione della cessione (osservata e descritta da uno dei finanzieri intervenuti). In particolare, infatti, egli, all'arrivo dell'imputato si era allontanato dai due ragazzi con i quali si stava intrattenendo e, inoltre, la consegna del pacchetto era avvenuta in un tempo brevissimo con successivo immediato inserimento in tasca da parte del cessionario, circostanze queste che dimostrano come lo stesso fosse in attesa della consegna e a conoscenza del contenuto del pacchetto).

S.LIG.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 15 giugno 2010, n. 701 - Giudice Cusatti.

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - falsa testimonianza - sussistenza.**

(Art. 372 c.p.)

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - falsa testimonianza - elemento soggettivo.**

(Art. 372 c.p.)

Il delitto di falsa testimonianza è reato di pericolo e per la sua sussistenza non è dunque necessario che il giudice il quale raccoglie la testimonianza sia in concreto tratto in inganno, essendo invece sufficiente che le dichiarazioni false o reticenti risultino idonee a trarlo in errore, anche a prescindere dal grado di credibilità delle medesime o dall'eventuale inattendibilità della deposizione riconosciuta "prima facie" dallo stesso giudice.

Per incorrere nella responsabilità penale a titolo di falsa testimonianza occorre la certezza che il reo sia consapevole che quanto dichiara dinanzi al giudice non corrisponda a quanto egli sa riguardo ai fatti sui quali è chiamato a deporre in veste di testimone, non essendo il delitto integrato dalla mera condotta di chi dichiari dinanzi al giudice, quale che sia stato il reale andamento dei fatti, cose differenti da quelle accadute, ma delle quali egli non sia compiutamente a conoscenza.

M.CIR.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, ordinanza 22 gennaio 2010 - Est. Cusatti.

**DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice - mancato assolvimento dell'onere di comunicazione da parte del debitore nei confronti dell'ufficiale giudiziario delle cose o dei crediti pignorabili ex art. 388 co. 6 c.p. - risoluzione sopravvenuta della pretesa creditoria - irrilevanza - mancata ricezione "personale" da parte del debitore dell'invito dell'ufficiale giudiziario - irrilevanza - assenza di rituale intimazione al debitore della responsabilità penale in caso di omessa comunicazione all'ufficiale giudiziario - rilevanza - insussistenza del delitto.**

(Art. 388 co. 6 c.p.)

In materia di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice, con particolare riferimento all'ipotesi di cui al comma 6 relativo al mancato assolvimento dell'onere di comunicazione da parte del debitore nei confronti dell'ufficiale giudiziario delle cose o dei crediti pignorabili, è irrilevante - anche in punto di dolo generico - la documentata risoluzione sopravvenuta di ogni pretesa creditoria nei confronti dell'indagato da parte del denunciante a seguito dell'integrale sovvertimento in appello della sentenza che questi aveva cercato di portare ad esecuzione in occasione del fatto in esame.

È irrilevante la mancata somministrazione "personalmente" al debitore dell'invito la cui elusione per oltre quindici giorni è penalmente sanzionata ai sensi della predetta norma. Infatti non vi è alcuna specifica indicazione nella fattispecie normativa che faccia presumere la pretesa necessità che l'"invito" in questione debba sempre e comunque essere personalmente notificato a mani del debitore. L'avverso avviso porterebbe alla conseguenza che sarebbe estremamente agevole per chiunque aggirare la portata di tale precezzo penale trasferendosi precariamente in altro luogo o semplicemente omettendo di comparire alla presenza dell'ufficiale giudiziario che abbia effettuato un accesso nell'abitazione al fine di eseguire il pignoramento di beni. È pertanto sufficiente l'effettiva comunicazione al debitore delle responsabilità scaturenti dal mancato assolvimento dell'onere di comunicazione introdotto al 6° comma del citato art. 388 c.p., quali che siano le forme (purché corrispondenti a quelle previste dal diritto processuale civile vigente) della relativa notificazione effettuata dall'ufficiale giudiziario. (Fattispecie in cui l'invito era stato notificato mediante consegna a mani della moglie convivente).

Ai fini della sussistenza del delitto introdotto al 6° comma dell'art. 388 c.p., è necessario che l'avviso contenga tutte le indicazioni occorrenti a sensibilizzare il debitore circa le responsabilità penali alle quali egli andrebbe incontro, ove si sottraesse all'invito di comunicare all'ufficiale giudiziario anche la mera insussistenza di suoi beni pignorabili entro il prescritto termine quindicinale.

Nel caso l'ufficiale giudiziario ometta ogni rituale intimazione al debitore circa le responsabilità di cui all'art. 388, 6° co., c.p., difettando la comunicazione al debitore di oneri dal cui mancato assolvimento possano discendere conseguenze penali, risulta carente un elemento fondamentale della fattispecie penale in esame.

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 12 gennaio 2010, n. 13 - Giudice Baldini.

**DELITTI contro la persona - violenza sessuale - atti sessuali - casistica.**

(Art. 609 bis c.p.)

*Sono da sussumersi nella nozione di violenza sessuale delineata dal legislatore all'art. 609 bis e non già a quella di cui al reato di molestie (art. 660 c.p.) condotte espressive di un identico cliché costituito da approcci di natura inequivocabilmente sessuale.*

*(Fattispecie in cui l'imputato ha avvicinato uno svariato numero di giovani ragazze per poi baciarle, accarezzarle, palpeggiarle sui seni e glutei a volte strisciandosi con le zone genitali su di esse contro la loro volontà).*

M.CIR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 12 gennaio 2010, Giudice Giacalone.

**DELITTI contro la persona - violenza sessuale - fatto di minor gravità - sussistenza.**

(Art. 609 bis, u.c., c.p.)

*In tema di violenza sessuale la condotta risoltasi in tocamenti repentina da parte di persona in pesante stato di ubriachezza e l'età della persona offesa, prossima alla maggiore età, costituiscono elementi idonei a ritenere la sussistenza del fatto di minore gravità di cui all'art. 609 bis, u.c., c.p.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 28 aprile 2010, Giudice Orsini.

**DELITTI contro la pubblica amministrazione - turbata libertà degli incanti - competenza territoriale - condotta collusiva - irrilevanza.**

(Art. 353 c.p., art. 8 c.p.p.)

*Il reato di cui all'art. 353 c.p. è un reato di pericolo, che si consuma nel momento e nel luogo in cui si è impedita o turbata la gara, senza che occorra né la produzione di un danno, né il conseguimento di un profitto. Ne consegue che la collusione non incide sulla competenza territoriale, perché irrilevante è il luogo dove alcuni concorrenti si sono incontrati al fine di porre in essere le condotte collusive.*

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminarì, 8 aprile 2010 - Est. Baldini.

**DELITTI contro l'incolumità pubblica - strage - elemento materiale - incendio - differenze - fine di uccidere.**

(Art. 422 c.p.)

**DELITTI contro l'incolumità pubblica - strage - rapporto con altri delitti - omicidio - tentato omicidio - assorbimento.**

(Art. 422 c.p.)

*L'avere cosparso di benzina (schizzandola da un contenitore di plastica che ne racchiudeva oltre cinque litri) il pavimento di un locale angusto all'interno del quale si stava svolgendo un torneo di carte con la partecipazione di circa una ventina di persone molte delle quali intente a fumare, costituisce di per sé comportamento idoneo a porre in pericolo l'incolumità dei presenti, ossia di*

*un numero indeterminato di persone, ciò che costituisce l'elemento materiale del delitto di strage.*

*Tra le modalità di realizzazione di tale delitto possono rientrare anche fatti astrattamente suscettabili, di per se stessi, nell'ambito di altra ipotesi criminosa, come nel caso di specie quella di cui all'art. 423 c.p., il che, beninteso, laddove il fatto sia sorretto dal dolo specifico del "fine di uccidere" previsto dall'art. 422 c.p..*

*La prova della sussistenza di tale elemento psicologico può trarsi da vari elementi: la straordinaria potenzialità del mezzo usato (già di per sé indicativa dell'intenzione di cagionare la morte) e le frasi proferite (rivelatrici dei propositi del giudicabile).*

*Nel delitto di strage debbono ritenersi assorbiti i reati di omicidio integrando tali morti "semplice" circostanza aggravante, secondo il prevalente ed autorevole orientamento della giurisprudenza di legittimità, dell'ipotesi base costituita dal compimento di atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità.*

*Parimenti assorbita nel delitto di strage deve inoltre ritenersi anche la contestazione di tentato omicidio plurimo e le lesioni (astrattamente mortali o meno): sarebbe d'altro canto assolutamente irragionevole ipotizzare che nella fattispecie delittuosa di strage resti assorbito il più grave delitto di omicidio, e non anche i meno gravi delitti di omicidio semplicemente tentato, o di lesioni. Lo stesso termine "strage", se compare nella rubrica dell'art. 422 c.p., è però assente dal testo della norma incriminatrice, laddove la condotta è descritta in termini di compimento di "atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità", locuzione assai generica ed indubbiamente suscettibile di ricoprendere i reati di lesioni ed omicidio (tentato e consumato).*

CR.BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 23 settembre 2010 - Giudice Giacalone.

**DELITTI contro l'onore - diffamazione a mezzo stampa - competenza per territorio - giudice del luogo in cui si trova la tipografia presso la quale il giornale è stampato.**

(Art. 595 c.p.; art. 8 e ss. c.p.p.)

*La competenza territoriale, per il reato di diffamazione col mezzo della stampa, appartiene al giudice del luogo in cui si trova la tipografia dalla quale gli stampati sono usciti per essere posti in circolazione.*

*(In applicazione di tale principio, nel caso di specie, il giudice del luogo nel quale il quotidiano era stato diffuso ha dichiarato la propria incompetenza per territorio, ordinando quindi la trasmissione degli atti al Pubblico Ministero presso il Tribunale del luogo ove ha sede la tipografia presso la quale il giornale era stato stampato).*

S.LIG.

Tribunale di Genova Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminarì, 23 giugno 2009, n. 787 - Giudice Giacalone.

**DELITTI contro l'onore - ingiuria - reciprocità dell'offesa - aggravante dell'odio razziale - discrezionalità del giudice - esclusione della causa di non punibilità.**

(Art. 594 c.p., art. 3 comma 1 D. L. 122/1993 conv. L. 205/93)

**CIRCOSTANZE del reato - aggravante della finalità di discriminazione o odio etnico-razziale - sussistenza - irrilevanza dolo specifico.**

(Art. 3 comma 1 D. L. 122/1993 (conv. L. 205/93)

*La pericolosità del contesto, per l’animosità dei contendenti, l’uso di oggetti atti all’offesa, l’epilogo tragico della contesa non giustificano l’applicazione della causa di non punibilità prevista dall’art. 599 C.P. Il riconoscimento della scriminante fondata sul carattere reciproco delle offese è infatti rimesso ad un apprezzamento discrezionale che non può trascurare, come nel caso specifico, la grave situazione venutasi a creare tra i contendenti a causa della tensione originata dalle accuse a sfondo razziale che hanno acutizzato ed aggravato l’acrimonia già esistente fra le parti. (1)*

*Ai fini della configurabilità 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 fondata su un pregiudizio di razza, avuto riguardo alle peculiari modalità di azione, nonché al contenuto ambientale della stessa. (2)*

#### **(1-2) Nota redazionale.**

Seguendo la linea interpretativa di questa decisione, l’accertamento dei motivi che hanno spinto alla condotta che si assume aggravata dalle finalità di odio restano in secondo piano, poiché pare si sia ritenuuta superflua la prova - oltre al ragionevole dubbio - del dolo specifico di odio razziale.

Il giudicante, si richiamarsi al precedente della Suprema Corte (Cass. Sez. V, 20 gennaio 2006, n. 9381) secondo il quale «l’aggravante di cui all’art. 3 l. n. 205 del 1993 (finalità di discriminazione o di odio etnico e razziale) ha natura oggettiva in quanto concerne la condotta dell’agente, la gravità del danno e le qualità personali della persona offesa; ne consegue che l’accertamento della predetta finalità di discriminazione non richiede autonoma verifica dell’elemento psicologico, rispetto a quanto previsto dall’art. 43 c.p.» (conf. Cass. sez. V, 29 ottobre 2009, n. 49694).

Questa interpretazione si contrappone alla diversa esegesi, offerta dalla medesima Sezione, secondo la quale: «Ai fini della configurazione dell’aggravante dell’odio razziale di cui all’art. 3 della l. n. 205/1993 non può reputarsi 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 intenzionalmente diretta e, almeno potenzialmente idonea, a rendere percepibile all’esterno ed a suscitare in altri analogo sentimento di odio o comunque a dar luogo, in futuro o nell’immediato, al concreto pericolo di comportamenti discriminatori.» (Cass. Sez. V, 12 giugno 2008, n. 38217; conf. Cass. sez. V, 9 luglio 2009, n. 38597; Cass. sez. V, 5 dicembre 2005).

Con questa affermazione il giudicante intendeva contraddirsi la giurisprudenza che aveva precedentemente citato, dissociandosi, (Cass. Sez. V, 17 novembre 2005, n. 44295), secondo la quale, per la contestazione dell’aggravante in esame, sarebbe necessario che la condotta discriminatoria posta in essere dall’agente sia suscettibile di infondere in altri i medesimi sentimenti di avversione, od atti emulatori.

Ciò nasceva dalla differente interpretazione del concetto di “finalità” con cui il Legislatore introduce la circostanza in parola; tuttavia si ritiene che, se da un lato la citata sentenza del 2005 rischia di riempire il termine “finalità” di un significato eccedente rispetto a quello inteso dalla norma; dall’altro lato, l’ermeneusi offerta dal giudice genovese sembra svuotare il termine “finalità” di ogni suo significato.

Come si nota dai precedenti citati, la Corte di Cassazione, e soprattutto la sua quinta sezione penale, non ha ancora

cristallizzato un’interpretazione univoca del concetto di “finalità di odio” espresso nella Legge in esame. Dalla brevissima disamina giurisprudenziale, però, paiono intersecarsi due diversi aspetti:

se sia richiesta, o meno, la presenza di terzi all’azione criminosa, così che si possa manifestare il rischio di diffondere i sentimenti di odio razziale;

se sia necessario accettare l’elemento soggettivo specifico dell’odio razziale nella motivazione che ha determinato l’agente a compiere la condotta criminosa aggravata, ovvero se questa possa essere desunta (o presunta) da circostanze fatuali, quali le caratteristiche oggettive della vittima.

Ad oggi pare mancare una risposta univoca a queste due domande, così che potrebbe rendersi opportuno deferire alle Sezioni Unite un’ulteriore interpretazione delle norme in esame. Infine va segnalato che il giudice ha escluso la sussistenza della causa di non punibilità nonostante la reciprocità, non solo delle ingiurie, ma anche delle connotazioni nazional-razziali di queste, che rappresenterebbero l’elemento costitutivo dell’aggravante contestata (*italiano figlio di puttana / albanese di merda*).

*Anzi, proprio l’acrimonia razziale è stato l’elemento che ha determinato il giudicante a non avvalersi del co. I dell’art. 599 C.P., sottolineando che la declaratoria di non punibilità non costituisce un diritto soggettivo delle parti, bensì una valutazione discrezionale del giudice di merito (Cass. sez. V, 11 novembre 2004, n. 46317; conf. Cass. sez. V, 28 ottobre 1981).*

**Alessandro Torri**

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 11 gennaio 2010, Giudice Fucigna.

**REATI stradali - guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti - necessità della prova dello stato di alterazione - prova dell’assunzione di stupefacente in difetto di prova certa ed univoca dello stato di alterazione - prova contraddittoria - assoluzione ex art. 530 cpv c.p.p. con la formula “perché il fatto non sussiste”.**

(Art. 187 C.d.S.)

*Sussiste il reato di cui all’art. 187 C.d.S. quando il conducente del veicolo si trova in uno stato di alterazione psico-fisica e sia dimostrato che abbia assunto la sostanza prima della manifestazione dello stato di alterazione; il presupposto della norma è quindi che, anche attraverso elementi sintomatici, venga provato uno stato di non lucidità del conducente che faccia ritenere ragionevolmente lo stesso sotto l’effetto di sostanze stupefacenti. Lo stato di alterazione può essere desunto, ad esempio, dalle modalità di guida del conducente e/o dai comportamenti dello stesso in tutte le varie fasi della vicenda.*

*Deve essere pertanto provato che il conducente abbia assunto sostanza stupefacente, assunzione che ha determinato lo stato di alterazione. È di tutta evidenza quindi che l’accertamento dell’assunzione di stupefacente, in difetto di prova dello stato di alterazione, non è in alcun modo sufficiente per affermare la responsabilità del conducente in ordine alla fatti specie di cui all’art. 187, c. 1, d. lgs. n. 285/1992 (Nel caso di specie, vi era la prova certa dell’assunzione di cocaina e hascisc; invece, per quanto riguarda lo stato di alterazione psico-fisica conseguente all’assunzione di stupefacente dagli atti emergevano dati assolutamente contraddittori e, quindi, mancava la prova certa ed univoca circa*

*la sussistenza di tale stato. Ciò non poteva che comportare l'assoluzione dell'imputato ai sensi dell'art. 530 cpv c.p.p. con la formula "perché il fatto non sussiste").*

PA.PITT.

Tribunale di Genova - Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 18 febbraio 2010 - Est. Baldini.

**REATO in genere - elemento soggettivo - dolo - forme di dolo - delitto tentato - elemento soggettivo.**

(Art. 56 c.p.)

**CONCORSO di persone - reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti.**

(Art. 116 c.p.)

*Nel caso di azione posta in essere con accettazione del rischio dell'evento, si richiede all'autore una adesione di volontà, maggiore o minore, a seconda che egli consideri maggiore o minore la probabilità di verificazione dell'evento. Nel caso di evento ritenuto altamente probabile o certo, l'autore, invece, non si limita ad accettarne il rischio, ma accetta l'evento stesso, cioè lo vuole e con una intensità maggiore di quelle precedenti. Se l'evento, oltre che accettato, è perseguito, la volontà si colloca in un ulteriore livello di gravità, e può distinguersi fra un evento voluto come mezzo necessario per raggiungere uno scopo finale, ed un evento perseguito come scopo finale. Il dolo va, poi, qualificato come eventuale solo nel caso di accettazione del rischio, mentre negli altri casi suindicati va qualificato come diretto e, nell'ipotesi in cui l'evento è perseguito come scopo finale, come intenzionale.*

*Nel caso de quo [aggressione con l'uso id un coltello estrinsecatasi in numerosi e ripetuti fendenti portati in zone vitali] l'atteggiamento psichico dell'imputato si attaglia perfettamente a quella particolare categoria di dolo definita quale dolo diretto non intenzionale (elemento soggettivo che si pone a livello intermedio fra il c.d. dolo eventuale ed il c.d. dolo diretto), forma di dolo che è da ritenersi pienamente compatibile con il tentativo. Infatti, in tema di delitti omicidiari, deve qualificarsi come dolo diretto, e non meramente eventuale, quella particolare manifestazione di volontà dolosa definita dolo alternativo che sussiste allorquando l'agente si rappresenta e vuole indifferentemente l'uno o l'altro degli eventi causalmente ricollegabili alla sua condotta cosciente e volontaria, sicché già al momento della realizzazione dell'elemento oggettivo del reato egli deve prevederli entrambi.*

*Va riconosciuta la diminuente di cui all'art. 116 c.p. in presenza dei seguenti elementi: l'adesione dell'agente al reato concorsualmente voluto (vale a dire, nell'ipotesi in esame, l'aggressione in danno delle due persone offese, sorretta dal dolo dei delitti di percosse e lesioni), la commissione da parte del compartecipe di un delitto più grave e diverso (il tentato omicidio perpetrato mediante uso del coltello) da quello voluto, nonché l'esistenza di un nesso causale, anche psicologico, fra l'azione del compartecipe al reato inizialmente voluto ed il diverso e più grave reato poi commesso da altro concorrente, che deve essere tuttavia prevedibile, in quanto logico sviluppo di quello concordato, senza che peraltro l'agente abbia effettivamente previsto o ne abbia accettato il rischio (nel qual caso vi sarebbe ordinario corso ex art. 110 c.p.).*

*(Fattispecie in tema di accordo per dare corso ad un'aggressione di vendetta nei confronti delle persone offese che, per uno dei compartecipi all'aggressione, si tramutava in un tentativo di omicidio)*

CR. BR.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le indagini preliminari, 4 febbraio 2010, n. 119 - Giudice Carpanini.

**STUPEFACENTI - trasporto e detenzione - competenza per territorio - criteri.**

(Art. 73 D.P.R. 309/90)

*In tema di stupefacenti la competenza territoriale a conoscere del delitto di cui all'art. 73 Dpr 309/90 si radica nel luogo di ingresso delle sostanze entro il confine dello Stato, ove tale luogo sia accertato. Solo laddove il luogo di ingresso sia incerto, il giudice competente per territorio deve essere individuato in quello dell'ultimo luogo in cui è stata accertata con certezza una frazione della complessiva condotta criminosa.*

*(Fattispecie in cui gli imputati hanno trasportato lo stupefacente in auto dalla Spagna percorrendo la litoranea con ingresso in Italia avvenuto attraverso la frontiera di Ventimiglia con conseguente competenza del Tribunale di San Remo).*

M. CIR.

# Documenti

## *Dalla sentenza della Corte di Giustizia 11 giugno 1987, ai Trattati di Lisbona*

### *Rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto penale nazionale*

**Giuseppe M. Giacomini**  
Avvocato, Foro di Genova

Ritengo che, al di là delle schematiche contrapposizioni tra le visioni cosiddette euro-scettiche ed euro-ottimistiche, i Trattati di Lisbona rappresentano un ulteriore progresso verso l'integrazione comunitaria.

Ovviamente per chi crede nell'Europa, lo scopo ultimo non è raggiunto e d'altronde l'Unione Europea, fin dalle sue origini, è un cantiere costantemente aperto, né potrebbe essere diversamente. Oggi più che mai dopo la recente crisi finanziaria globale (si pensi soprattutto al caso della Grecia), o meglio, dopo quella che deve considerarsi a mio avviso una modifica strutturale dei rapporti economici e geopolitici mondiali, l'Europa ha di fronte a sé una strada obbligata: accrescere il suo tasso di capacità decisionale. L'alternativa sarebbe infatti un totale fallimento dalle conseguenze imprevedibili, riportando agli anni '50 l'orologio della storia, ma solo per noi europei.

Anche in questo momento, dunque, il cantiere è aperto. Nel mese di luglio è stato raggiunto un accordo sul servizio diplomatico comune nel mentre forme di gestione delle crisi economiche diventeranno permanenti. Mario Monti ha aperto una nuova riflessione sul mercato interno e altrettanto nuovi progetti riguarderanno il bilancio comune.

La moneta unica (avviata nel '90 a Roma e realizzata nel 2001) non potrà non trainare verso l'unità tutti i fattori economici sottostanti che ne determinano il valore sui mercati e la credibilità internazionale.

In questo contesto, mi sembra particolarmente significativo lo sviluppo impresso dai Trattati di Lisbona al settore del diritto penale. E ciò proprio perché, come ben noto, questo settore si è sempre dimostrato, per sua natura, espressione dei poteri statuali e, quindi, particolarmente impermeabile ad ogni "ingerenza esterna".

In tale settore, dunque, il percorso verso un diritto penale armonizzato è stato e sarà particolarmente lungo e faticoso ed i suoi risultati sono e saranno, proprio per questo, particolarmente significativi.

Il percorso vede la sua nascita in epoca assai lontana e ben anteriore alle prime sentenze rese dalla Corte di Giustizia con ricadute sul diritto penale nazionale di cui la sentenza del giugno '87 "Pretore di Salò" è espressione.

Si parte, infatti, da un'idea promossa nell'ormai lontano 1975 dall'allora Presidente francese Valéry Giscard d'Estaing. Idea che troverà una prima concreta manifestazione nel 1995 allorché il Parlamento Europeo dette vita ad un gruppo di studio grazie al quale iniziò a formarsi un "corpus iuris" di diritto penale comunitario che, aggiornato nel corso del tempo, costituisce oggi una solida base di studio per tutti coloro che siano chiamati a svil-

luppare gli attualissimi temi connessi all'armonizzazione del diritto penale sostanziale ed alle regole di procedura che dovranno permettere la connettività dei vari sistemi e rendere concreta la gestione processuale dei nuovi "reati federali" che la Procura europea, prevista dall'articolo 86 del TFUE, sarà chiamata a per-

seguire.

Prima di entrare in taluni approfondimenti, compatibili con il tempo accordato dall'occasione, sui passaggi giurisprudenziali che hanno caratterizzato in chiave fortemente evolutiva le sentenze rese dalla Corte di Giustizia nei diversi steps modificativi dei Trattati susseguitisi nel tempo, sembra dunque opportuno schematizzare in termini cronologici alcune date storiche che hanno segnato momenti di svolta nello sviluppo dell'influenza del diritto comunitario negli ordinamenti penali degli Stati membri. Gli accordi di Schengen, innanzitutto, firmati il 14 giugno 1985 (divenuti successivamente parte integrante del Trattato dell'Unione Europea di Maastricht del 1992) portarono all'abolizione dei controlli sistematici delle persone alle frontiere interne dello spazio Schengen, alla collaborazione delle forze di polizia e possibilità di queste di intervenire in alcuni casi anche oltre i propri confini, al coordinamento degli Stati nella lotta alla criminalità di rilevanza transnazionale ed all'integrazione delle banche dati delle forze di polizia.

Gli accordi in questione sono poi stati integrati dalla non meno importante Convenzione sull'applicazione dei medesimi (CAAS firmata il 19 giugno 1990).

Passando dal Trattato di Maastricht del 1992 a quello di Amsterdam del 1997 col quale è stato formalmente creato uno "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (sui Trattati in questione si tornerà nel prosieguo per le parti attinenti questa relazione), non possono certo essere ignorati i Consigli europei di Tampere, dell'ottobre 1999, e dell'Aja, del marzo 2005.

È il primo Consiglio che sviluppa i seguenti temi:

- mandato di arresto europeo;
- accesso alla giustizia;
- standard minimi uniformi per taluni reati di particolare rilevanza;
- tutela delle vittime dei reati;
- reciproco riconoscimento delle decisioni penali ivi comprese le ordinanza di natura preliminare (sequestro probatorio, ecc) e le decisioni in materia di confisca;
- utilizzo delle prove legalmente acquisite secondo l'ordinamento processuale degli Stati membri;
- potenziamento Europol (era già stata istituita nel 1992);
- istituzione di Eurojust (verrà formalmente istituita il 28 febbraio 2002).

Di OLAF ci parlerà diffusamente nella sua relazione il dott. Alberto Potenza.

Il secondo Consiglio si farà poi cura di sviluppare il programma di Tampere con particolare riferimento ai seguenti punti:

- criminalità transnazionale e terrorismo;
- frodi comunitarie e reati (fra cui la corruzione) che arrechino lesione agli interessi finanziari della Comunità.

In questo Consiglio merita poi essere ricordato che, anche se non strettamente attinente il tema, vengono fatti frequenti riferimenti a un Trattato istitutivo di una Costituzione europea (si ricordi che il 1° febbraio del 2003 era entrato in vigore il Trattato

di Nizza e che il 4 ottobre del medesimo anno aveva iniziato la Conferenza Intergovernativa per l'adozione della Costituzione europea) al momento dell'entrata in vigore della quale l'Unione si troverà ad avere una base giuridica particolarmente solida per la regolamentazione dello spazio giudiziario europeo. Purtroppo, questo fondamentale passaggio è rimasto incompiuto (la Costituzione europea venne firmata nel 2004 ma fu accantonata dopo l'esito negativo del referendum francese ed olandese che ne bocciarono la ratifica nel 2005).

Meritano ancora menzione in questo sommario elenco l'azione comune (96/277/GAI) sul magistrato di collegamento e l'azione comune (98/428/GAI) sulla rete giudiziaria europea.

Ed ancora, per coloro che desiderino approfondire la materia, i numerosi "Libri verdi" che si sono succeduti negli anni più recenti:

il Libro verde sugli interessi finanziari della Comunità e sulla Procura europea (2001-2003);

il Libro verde sulle garanzie processuali (2003);

il Libro verde su raccapriccimento, reciproco riconoscimento delle decisioni in materia penale e sull'esecuzione delle sanzioni penali (2004);

il Libro verde sul reciproco riconoscimento delle misure cautelari non detentive.

Merita anche essere ricordata la proposta di raccomandazione del 9 febbraio 2005 formulata dal Parlamento europeo al Consiglio sulla giustizia penale.

In questo contesto, a mio avviso, una menzione separata e particolare spetta alla decisione-quadro 2002/584 GAI sul mandato di arresto europeo che segna di fatto una vera e propria fine della nozione di estradizione riconducibile al diritto internazionale. La legislazione italiana vi ha dato, come noto, attuazione con legge 69/2005 e credo che gli operatori del diritto penale potranno convenire con me e con chi, più autorevolmente di me, preferisce definire questa procedura, operativa nell'ambito dell'Unione Europea con alcune estensioni a Paesi non membri, non già come "estradizione" ma piuttosto come "consegna".

Un altro capitolo particolarmente significativo, cui pare doveroso fare quanto meno accenno, è poi quello connesso al complesso tema del "giusto processo". Solo un richiamo per ricordare che, in questo ambito, il diritto comunitario si ricollega al diverso ma sempre più convergente filone giuridico riconducibile alla Convenzione dei diritti umani e alla relativa Corte sedente in Strasburgo. Ma questo tema meriterebbe davvero una trattazione separata.

Tornando dunque all'argomento ed a quanto già precedentemente accennato sul punto, è il Trattato di Amsterdam che, modificando il precedente Trattato di Maastricht, apporta una vera e propria rivoluzione normativa all'intervento legislativo comunitario negli ordinamenti penali degli Stati membri.

Con questi Trattati nasce infatti il cosiddetto sistema a "tre pilastri".

Il "primo pilastro" riguardava le Comunità europee ovvero un mercato comune europeo, l'Unione economica e monetaria e una serie di altre competenze aggiuntesi nel tempo (ricordiamo tra esse la ricerca scientifica, il diritto dell'ambiente, il welfare, l'asilo politico, gli accordi di Schengen e la politica di migrazione) oltre alla politica del carbone e dell'acciaio e quella atomica.

Il secondo affrontava la politica estera e di sicurezza comune, ossia la costruzione di una sola politica dell'Europa nelle sue relazioni sullo scenario globale.

Il terzo, ovvero la cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale, intendeva costruire uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia in cui vi fosse un reciproco affidamento a priori sui sistemi penali degli Stati membri ed una sempre più stretta

collaborazione tra loro soprattutto in ragione delle sfide contro la grande criminalità (di natura comune e terroristica) transnazionale.

È peraltro chiaro che questo fondamentale passaggio non poteva non avvenire con qualche prudenza. Solo il "primo pilastro" era infatti caratterizzato da una procedura di formazione della legislazione di fonte comunitaria definibile come "metodo comunitario". Non così gli altri due ed in particolare il terzo lasciando agli Stati un potere decisionale prevalente ("metodo interstatale") nell'iter formativo di quelle particolari norme dotate della capacità di intervenire concretamente con i loro effetti negli ordinamenti penali degli Stati membri. Norme che sono fra l'altro caratterizzate anche da una diversa denominazione rispetto a quelle riconducibili al "primo pilastro".

Stiamo parlando delle:

*posizioni comuni*, di natura meramente orientativa;

*decisioni-quadro*, per il raccapriccimento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;

*decisioni*, per il raggiungimento degli scopi individuati nel Titolo VI del Trattato di Amsterdam;

*convenzioni*, costituenti mera raccomandazione per gli Stati membri e capaci di entrare in vigore solo una volta adottate da almeno la metà di tali Stati e solo relativamente ad essi.

Dallo schema che precede emerge chiaro che solo le decisioni-quadro e le decisioni potevano costituire un vincolo nei confronti degli Stati ma erano comunque prive di efficacia diretta essendo lasciato agli Stati il compito di darvi attuazione entro una certa data con libertà di forma e di mezzi. Nulla dunque di paragonabile agli strumenti legislativi del "primo pilastro" con particolare riferimento ai regolamenti, sempre direttamente ed immediatamente applicabili, ed alle direttive self-executing.

Quanto poi al fondamentale strumento del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte di Giustizia da parte dei giudici nazionali merita rimarcare che ogni Stato è rimasto libero di accettare la competenza della Corte di Giustizia in questo specifico ambito (che tutti gli Stati membri l'abbiano accettata non muta il fatto che tale accettazione potesse anche non essere accordata). Con i Trattati di Lisbona, così come verrà più diffusamente esaminato nella relazione del Prof. Pelissero, la suddivisione nei "tre pilastri" non esiste più e le fonti legislative dell'Unione restano per tutti i settori quelle proprie del "primo pilastro" e quindi, in particolare, i regolamenti e le direttive. Peccato solo che una certa prudenza abbia impedito di definire "legge" quanto meno i regolamenti. Valga l'annotazione storica che se ne è cominciato a parlare nell'ambito del lavoro di elaborazione dei nuovi Trattati ma che, al momento, non si è raggiunto il consenso necessario su questo ed altri punti che, tuttavia, sono ormai a portata di mano.

Prima di passare ad un *excursus* dell'evoluzione giurisprudenziale in questo settore, maturata a seguito di rinvii pregiudiziali interpretativi alla Corte da parte delle giurisdizioni nazionali, è bene richiamare, anche per meglio comprendere la portata del fenomeno, alcune delle decisioni-quadro emanate nel corso degli anni nell'ambito del "terzo pilastro", quanto meno ricordando i settori che sono stati toccati da tali fonti normative. Alcune sono già state citate precedentemente ma non è inutile richiamarle:

- decisione-quadro sulle squadre investigative comuni;
- decisione-quadro sulla posizione della vittima nel procedimento penale;
- decisione-quadro sul riciclaggio;
- decisione-quadro sull'esecuzione dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio;
- decisione-quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato;

- decisione-quadro sul reciproco riconoscimento delle sanzioni pecuniarie;
- decisione-quadro in materia di traffico illecito di stupefacenti;
- decisione-quadro relativa allo sfruttamento dei minori e alla pornografia infantile;
- decisione-quadro relativa alla lotta contro la corruzione nel settore privato;
- decisione-quadro sul rafforzamento del contesto penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, transito e soggiorno illegali;
- decisione-quadro sulla lotta alla tratta di esseri umani;
- decisione-quadro sulla lotta contro il terrorismo;
- decisione-quadro relativa alla lotta contro le frodi e le falsificazioni di mezzi di pagamento diversi dai contanti;
- decisione-quadro sul rafforzamento a mezzo di sanzioni penali contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'Euro;
- decisione-quadro relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale;
- decisione-quadro relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione;
- decisione-quadro sui fornitori di servizi forensi che effettuano attività di laboratorio;
- decisione-quadro sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni sulle misure alternative alla detenzione cautelare;
- decisione-quadro sull'organizzazione e contenuto degli scambi di informazioni estratte dal casellario giudiziario;
- decisione-quadro sui procedimenti penali in contumacia;
- decisione-quadro sul mandato europeo di ricerca delle prove da utilizzare in procedimenti penali;
- decisione-quadro sulla protezione dei dati personali trattati nell'ambito della cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale;
- decisione-quadro sul reciproco riconoscimento a sentenze e decisioni di sospensione condizionale in vista della sorveglianza, delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive;
- decisione-quadro sulla lotta contro il razzismo e la xenofobia mediante il diritto penale;
- decisione-quadro sul reciproco riconoscimento delle sentenze penali che irrogano misure privative della libertà personale ai fini della loro esecuzione nell'Unione Europea;
- decisione-quadro relativa alla lotta contro la criminalità organizzata;
- decisione-quadro relativa alla considerazione delle decisioni di condanna tra Stati membri dell'Unione in occasione di un nuovo procedimento penale (recidiva comunitaria);
- decisione-quadro sulla semplificazione dello scambio di informazioni e intelligence fra le autorità degli Stati membri;
- decisione-quadro relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca;
- decisione-quadro intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi;
- decisione-quadro relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra gli Stati membri. È certamente una delle più note ed è stata attuata in Italia nel 2005.

L'elenco non è completo e non segue necessariamente una sequenza cronologica.

È anche altamente significativo tenere in considerazione il fatto che talune delle materie affrontate dalle decisioni-quadro nell'ambito del "terzo pilastro", erano già state oggetto di direttive, emanate quindi nell'ambito del "primo pilastro" senza che, pertanto, il legislatore comunitario potesse estendere il proprio in-

tervento alla sfera penalistica. O almeno così si pensava. Ed è su questo sottile punto di diritto che la Corte di Giustizia ha avuto modo di intervenire con talune sentenze di portata straordinariamente evolutiva.

Tali sentenze, come si capirà facilmente nel prosieguo, non nascono da rinvii pregiudiziali di giudici nazionali ma da ricorsi della Commissione europea, sostenuta dal Parlamento europeo, contro il Consiglio dell'Unione Europea sostenuto da numerosi Stati membri. In tali casi, la Commissione europea aveva infatti ritenuto che dovessero essere annullate talune decisioni-quadro emanate dal Consiglio nel presupposto che il contenuto di rilevanza penale di dette decisioni-quadro fosse finalizzato a garantire una particolare, indispensabile tutela/effettività in materie che rientravano nella competenza della Comunità ("primo pilastro") e che, pertanto, secondo la Commissione dovevano essere regolamentate da direttive anche con riferimento alle disposizioni di natura penale.

Ho in mente in particolare due casi (C-176/03 e C-440/05) conclusi, rispettivamente con sentenze 13 settembre 2005 (sulla decisione-quadro 2003/80/GAI-protezione dell'ambiente) e 23 ottobre 2007 (sulla decisione-quadro 2005/667/GAI-repressione dell'inquinamento provocato dalle navi).

Con tali sentenze la Corte di Giustizia, accogliendo la tesi della Commissione, ha annullato le decisioni-quadro da essa contestate ed ha affermato il principio che nelle materie soggette al diritto comunitario sulla base del "primo pilastro", ove sanzioni penali siano ritenute necessarie e proporzionate per garantire l'effettività della tutela, il legislatore comunitario non ha necessità di ricorrere agli strumenti legislativi previsti dal "terzo pilastro" ed anzi, essendovi una tassativa competenza di carattere comunitario, deve provvedere sulla base giuridica fornita dal "primo pilastro".

Della sentenza del 2007 meritano davvero essere testualmente citati alcuni punti della motivazione "66 *Se è vero che, in via di principio, la legislazione penale, così come le norme di procedura penale, non rientrano nella competenza della Comunità, resta non di meno il fatto che il legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito*" anche se "70 *per quanto riguarda invece la determinazione del tipo e del livello delle sanzioni penali applicabili, occorre evidenziare che questa non rientra nella competenza della comunità, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione*". L'Europa a "tre pilastri", sostanzialmente, era dunque già finita prima dei Trattati di Lisbona e così il ruolo di "Cenerentola" della materia penale.

Ancora una volta, come sempre, la Corte di Giustizia è stata all'altezza del suo compito di interprete evolutivo del diritto comunitario, con coraggio e ragionata prudenza. La Commissione infatti aveva sostenuto che nelle materie di competenza comunitaria potessero trovare spazio non solo previsioni di natura penale ma anche l'individuazione del loro contenuto minimo (standstill) quanto alla sanzione applicabile. La Corte ha fatto davvero molto, anche sul piano della moral suasion, accogliendo il primo punto. Si è fermata di fronte al secondo in attesa di imminenti sviluppi.

Partendo da questa ennesima conferma del fondamentale ruolo della Corte di Giustizia nella costruzione e crescita dell'edificio europeo, solo per agevolare la miglior comprensione dei non addetti ai lavori, penso sia utile ricordare che le sentenze rese dalla Corte all'esito di rinvii pregiudiziali disposti dai giudici nazionali hanno sempre e solo lo scopo di interpretare il diritto comuni-

tario obbligando i giudici nazionali ad eventualmente disapplicare le normative degli Stati membri che si pongano in contrasto con le norme comunitarie così come interpretate dalla Corte. La Corte è infatti chiamata ad essere la sola autorità dotata del potere di interpretare il diritto comunitario e ciò all'ovvio ed evidente fine di garantire un'uniforme applicazione dello stesso da parte delle autorità di tutti gli Stati membri. Una sentenza interpretativa della Corte di Giustizia può dunque determinare non solo la decisione del caso nazionale dal quale il quesito pregiudiziale trae origine ma risolverà con effetto immediato e generale ogni eguale questione di diritto la cui soluzione debba essere affrontata da un qualunque giudice nazionale che, non dimentichiamolo, è giudice di prima istanza del diritto comunitario soggetto all'obbligo di applicarlo ma non facoltizzato alla sua interpretazione.

Gli articoli dei Trattati che hanno regolamentato il rinvio pregiudiziale hanno cambiato la loro numerazione nel tempo (dall'art 177 TCEE all'art 234 TCE), con il Trattato di Maastricht-Amsterdam si è poi aggiunto l'articolo 35 TUE, di cui già si è detto, volto a regolamentare la materia con riferimento al settore penale.

Il TFUE abolendo la struttura a "tre pilastri", ha unificato il meccanismo. Il rinvio pregiudiziale è oggi regolato dall'articolo 267 di tale Trattato che, vale la pena di ricordarlo, all'ultimo comma (assolutamente nuovo) precisa che la Corte chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale "quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti a un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

Il messaggio è chiaro e non sembra davvero sia necessario spendere molti argomenti per affermare che la Corte di Giustizia attende un alto numero di rinvii provenienti dai giudici penali degli Stati membri ed è pronta, nell'ambito della più articolata organizzazione che i Trattati di Lisbona hanno conferito alla giurisdizione comunitaria, ad assolvere il suo ruolo di protagonista nella creazione di un diritto uniforme anche nel settore penale. E ciò senza nulla togliere ad altre fondamentali istituzioni quali OLAF, Europol ed Eurojust operativamente impegnate a dare anche concreta visibilità ad una giurisdizione penale comunitaria che la nuova Procura europea renderà oltremodo evidente agli occhi dei cittadini dell'Unione.

È poi utile ricordare che, per quanto il rinvio pregiudiziale sia previsto dalla norma come obbligatorio solo per gli organi giurisdizionali nazionali di ultima istanza (così anche l'articolo 267 TFUE), la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di chiarire ripetutamente che anche i giudici non di ultima istanza sono ragionevolmente tenuti a formulare le questioni pregiudiziali sulla base del generale principio dell'economia processuale che vuole non sia protratta per più gradi di giudizio la soluzione di un punto di diritto che può condizionare la decisione del caso. I giudici nazionali, d'altronde, si dimostrano ormai da tempo concretamente disponibili a dare attuazione a questo indirizzo.

La nostra stessa Corte costituzionale, infine, ha recentemente riconosciuto a sé medesima la facoltà (fino a ieri esclusa) di formulare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia relativamente ad una questione sottoposta al suo esame nell'ambito della quale si renda necessaria l'interpretazione di norme comunitarie. Mi riferisco alla storica sentenza della Corte Cost. n. 216 depositata il 17 giugno 2010 nell'ambito di un procedimento che la Corte stessa aveva sospeso con ordinanza n. 103 del 2008 rivolgendo alla Corte di Giustizia quesiti pregiudiziali attinenti l'interpretazione degli articoli 49 e 87 del Trattato CE (la norma nazionale di riferimento era la legge della Regione Sardegna 11 maggio 2006, n. 4 che istituiva un'imposta regionale sullo scalo

turistico di natanti e aeromobili, imposta sospetta di poter dare luogo a restrizioni alla libera circolazione dei servizi e ad aiuti di stato illegittimi). Merita ricordare che nel collegio giudicante era presente il Professor Giuseppe Tesauro il quale, nel suo straordinario curriculum, annovera anche il prestigiosissimo e fondamentale ruolo di Avvocato Generale della Corte di Giustizia. Ciò detto, proprio per rafforzare la base motivazionale della mia tesi, volta a dimostrare che, grazie alla Corte di Giustizia, il diritto comunitario ha manifestato i suoi concreti effetti sugli ordinamenti penali degli Stati membri seguendo un percorso costantemente evolutivo che nasce prima degli stessi Trattati di Maastricht-Amsterdam, passa alla seconda parte di questa mia relazione richiamando sinteticamente ma, spero, efficacemente alcune pronunce giurisprudenziali (talune anche da me personalmente vissute) che hanno contrassegnato nel corso dei decenni questo percorso.

Una delle prime sentenze della Corte resa a seguito di rinvio pregiudiziale proveniente da una giurisdizione penale italiana è quella, assai conosciuta e citata, nota come "Pretore di Salò" (sentenza 11/06/1987, in causa C-14/86). Siamo dunque nel 1986/1987, i Trattati di Maastricht-Amsterdam devono ancora arrivare e con essi l'istituzione del "terzo pilastro", ma l'intervento del diritto comunitario nel diritto penale nazionale degli Stati membri è già in atto.

In quell'occasione, il Pretore di Salò aveva sollevato talune questioni pregiudiziali connesse all'interpretazione della direttiva 78/659 CEE in materia di qualità delle acque, essendo pendente davanti a lui un procedimento penale, peraltro instaurato contro ignoti, relativo a delitti e contravvenzioni previste da diverse disposizioni nazionali in materia di tutela delle acque. La Corte ebbe a stabilire alcuni rilevanti principi che, per la verità, non hanno a tutt'oggi modificato la loro portata.

Innanzitutto fu chiarito che qualunque giurisdizione in senso tecnico ha la facoltà/obbligo di sollevare una questione pregiudiziale nel momento in cui agisca nella sua qualità, appunto, di organo giurisdizionale. I più anziani, esperti di diritto penale, ricordano certamente che il Pretore penale cumulava le due funzioni di pubblico ministero (attività di natura non giurisdizionale) e di giudice del dibattimento nel medesimo caso nel quale aveva esercitato le funzioni di pubblico ministero.

In secondo luogo, la Corte chiarì che una direttiva, per quanto crei obbligazioni assolutamente vincolanti per gli Stati membri a darvi attuazione nel termine stabilito dalla direttiva medesima, non può avere l'effetto, di per sé ed indipendentemente da una legge interna di uno Stato membro adottata per la sua attuazione, di determinare o di aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni.

La questione è, come noto, di straordinario rilievo non solo con riferimento agli effetti di natura penalistica e la giurisprudenza della Corte ha avuto modo di chiarire come dalla mancata attuazione di una direttiva derivi nei confronti dei privati che non possano avvalersene a causa della sua mancata attuazione, una responsabilità anche di natura patrimoniale (sentenza 19/06/1990, in causa C-213/89, Factortame).

La giurisprudenza della Corte, sempre su questo punto, ha anche chiarito che, ove una direttiva abbia comunque un contenuto definibile come self-executing, dopo la data prevista per il suo recepimento e a prescindere da esso, può tuttavia creare obblighi anche per i privati. Anche questo tema meriterebbe una articolata trattazione separata che, evidentemente, non può esser fatta in questa sede.

Ma, rimanendo al punto con stretto riferimento alle problematiche di carattere penale, questa lontana sentenza del 1987 riconduce spontaneamente il ragionamento ad una più recente

sentenza del 2005 (sentenza 3/05/2005, in cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02 Berlusconi, Adelchi, Dell'Utri e altri) resa dalla "Grande Sezione". Anche in questa decisione la Corte ha ribadito come una direttiva non recepita nell'ordinamento nazionale non possa determinare o aggravare la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni. Il principale rinvio pregiudiziale si riferiva alle fattispecie penali previste agli articoli 2621 e 2622 del codice civile e ad una ritenuta incompatibilità delle modifiche apportate a tali articoli con le direttive sul diritto societario (direttiva 68/151 CEE, direttiva 78/660 CEE).

In questo ambito di delicatissime problematiche si poneva altresì il rilevante tema, a beneficio degli imputati, della doverosa applicazione retroattiva della pena più mite, principio comune alle tradizioni costituzionali di tutti gli Stati membri. Tale principio è stato ovviamente ribadito anche in questo caso, nonostante la Corte non abbia mancato di rilevare che la corretta interpretazione della normativa comunitaria induceva a ritenere che la normativa nazionale che aveva riformato i citati articoli del codice civile appariva non conforme.

Il punto che, tuttavia, mi preme qui richiamare come profondamente innovativo e potenzialmente foriero di evoluzione è quello sollevato nelle splendide conclusioni dell'Avvocato Generale Juliane Kokott (punto che la Corte non ha per il momento accolto). L'avvocato Generale ha infatti motivatamente sostenuto che, in materia penale, allorché una norma successiva più favorevole risulti non conforme alla prevalente normativa comunitaria e ciò venga dichiarato con sentenza resa dalla Corte, la normativa nazionale perde ogni effetto ab origine e non si pone quindi più, in questo caso, il problema della doverosa retroattività di una norma penale più favorevole emanata successivamente ai fatti. Valga citare il punto 165 delle conclusioni rese da Juliane Kokott: *"qualora le disposizioni nazionali siano in contrasto con il diritto comunitario, i giudici del rinvio rimangono dunque tenuti a garantire l'attuazione dei precetti del diritto comunitario, disapplicando tali disposizioni nazionali anche quando si tratti di leggi penali più favorevoli. Si potrebbe osservare che una legge penale contrastante con il diritto comunitario adottata successivamente non costituisce una legge penale più favorevole applicabile"*. Interessante rilevare come l'Avvocato Generale, a sostegno della sua tesi, citi con insistenza una sentenza della Corte del lontano 1987 (sentenza 8/10/1987, in causa C-80/86) nella quale il giudice comunitario aveva affermato che i giudici nazionali debbono comunque garantire una applicazione della normativa interna alla luce ed allo scopo di una direttiva che regoli la stessa materia. Anche in quel caso peraltro la Corte aveva ribadito il principio perennemente valido che, in ogni caso, una direttiva non attuata non può determinare o aggravare la responsabilità penale dei singoli.

È fin da subito chiaro che anche e soprattutto per gli operatori del diritto penale, ragionare in termini profondamente evolutivi/innovativi costituisce una prospettiva obbligata in ragione di una armonizzazione sostanziale e processuale nata alcuni decenni fa ed oggi in sempre più veloce cammino facendo affidamento non solo sulla giurisprudenza della Corte ma anche su basi normative capaci di sostenerla ed accrescerla. Oggi i Trattati di Lissabona.

Prima di passare alla disamina delle sentenze rese dalla Corte negli ultimi anni, limitata necessariamente allo scopo di rendere evidenti taluni principi generali dei quali gli operatori del diritto penale non possono non tenere conto, voglio ancora richiamare alcune "antiche" sentenze rese in cause derivanti da procedimenti penali da me trattati. Fra esse le sentenze 14 luglio 1994 Peralta (C-379/92), 14 dicembre 1995 Banchero (C-387/93) e 25 febbraio 1988 Drexel (C-289/86). Su quest'ultima in particolare, pro-

prio perché è la più risalente, desidero spendere alcune considerazioni. All'epoca non poteva certo invocarsi né il "terzo pilastro" né i Trattati di Lisbona. Si poteva solamente fare affidamento sulla normativa riconducibile al "metodo comunitario" e sui Trattati. Si doveva quindi procedere con modalità tali da fondare la rilevanza dei quesiti pregiudiziali ancorandoli a tali fonti allo scopo di ottenere, in modo per così dire "indiretto", un risultato capace di riflettersi su una normativa penale nazionale il cui contenuto e la cui interpretazione potesse dipendere dal contenuto ed interpretazione di disposizioni comunitarie di per sé estranee al "mondo penale".

Il caso Drexel, in questo senso, è davvero esemplare. Egli, cittadino tedesco residente in Italia, era infatti imputato di contrabbando doganale per evasione dell'IVA cd. all'importazione avendo omesso di perfezionare la procedura di importazione definitiva della propria autovettura, immatricolata in Germania, nel termine previsto. La giurisprudenza nazionale era assolutamente conforme, Cassazione compresa, nel ritenere che fosse del tutto legittimo sanzionare a titolo di contrabbando l'evasione di questa imposta ove l'assolvimento della medesima dovesse avvenire tecnicamente all'atto di una procedura di importazione.

Agli occhi di un giurista minimamente esperto in materia comunitaria la cosa appariva davvero abnorme dal momento che non poteva essere messo in discussione il fatto che l'IVA è un'imposta di natura comunitaria, che in nessun caso essa può costituire un "diritto di confine", che le frontiere interne della Comunità neppure allora potevano definirsi "frontiere doganali", che il presupposto del reato di contrabbando è, inesorabilmente, l'evasione di un diritto di confine all'atto del transito ad una frontiera doganale (così anche secondo il diritto comunitario che, come pacifico, regolamenta in modo uniforme la materia doganale).

Una causa penale nazionale impossibile da difendere davanti alle giurisdizioni interne fu facilissima in Corte di Giustizia con la conseguenza che nessun giudice nazionale ha più potuto condannare a titolo di contrabbando l'evasione dell'IVA ove la sua riscossione sia legata al passaggio di una frontiera interna. Liberi ovviamente gli Stati di istituire sanzioni penali in materia ma non su una base giuridica palesemente errata.

Veniamo ora alla giurisprudenza degli ultimi anni, successiva a Maastricht-Amsterdam ma, ovviamente, anteriore a Lisbona, allo scopo di focalizzare taluni principi utili che lo sviluppo impresso dalle motivazioni e dalle conclusioni delle sentenze consente di trarre. Per evitare appesantimenti, cito in nota tutte le sentenze prese in considerazione (1).

Un principio assolutamente ovvio, ma non sempre così chiaro quanto ai suoi effetti, riguarda il fatto che una qualunque nozione giuridica riconducibile all'ordinamento comunitario non può che essere interpretata alla luce di tale ordinamento. In generale il punto è ovvio e chiaro per quanto attiene, ad esempio, definizioni quali quelle di concorrenza, impresa, aiuti di stato, ecc e per quanto attiene gli effetti che ne derivano sul piano interpretativo nelle vertenze davanti ai giudici nazionali.

Ciò che non sempre è chiaro è che il giudizio penale non si sottrae minimamente a tale regola. Rimanendo per un momento al tema dell'IVA, valga ricordare come la Corte di Giustizia abbia chiarito nel 2005 che, secondo la normativa comunitaria, il fatto generatore dell'imposta, ove si tratti di merci, deve necessariamente essere la loro cessione od importazione. Né il furto di merci all'interno di un deposito fiscale, presenta le caratteristiche peculiari delle situazioni che il legislatore comunitario ha espressamente assimilato alle cessioni e che concernono taluni impieghi dei beni per finalità private o di autoconsumo.

In quel caso era l'amministrazione finanziaria belga (ma anche quella italiana non è estranea al fenomeno) che richiedeva all'importatore, vittima del furto, il pagamento dell'IVA connessa a un quantitativo di sigarette rubate da un deposito fiscale in Anversa; sigarette che pertanto si ritenevano immesse in consumo. La chiarezza e prevalenza della nozione comunitaria ha dunque fatto premio.

Ma gli esempi possono essere davvero molti e, taluni, particolarmente stringenti.

Richiamando gli Accordi di Schengen e la Convenzione per la loro applicazione nonché il mandato di arresto europeo, è il caso di sottolineare che la Corte di Giustizia ha fornito definizioni "comunitarie" di fondamentali nozioni penalistiche. Stiamo parlando del principio della "doppia incriminazione" che notoriamente non è previsto come requisito nei rapporti di collaborazione fra gli Stati membri pur in assenza, ad oggi, di armonizzazione delle legislazioni penali nazionali, sulla base del fatto che esiste una piena fiducia reciproca degli Stati contraenti nei confronti dei loro rispettivi sistemi di giustizia penale.

E stiamo quindi, di conseguenza, parlando di una nozione "comunitaria" del delicatissimo principio che definisce il concetto di "identità dei fatti reato" ed il principio del "ne bis in idem". Ma, come gli esperti ben sanno e come chi voglia approfondire potrà constatare, gli effetti a cascata possono essere davvero molteplici. La Corte di Giustizia, ad esempio, valutando la portata della prescrizione e dei suoi termini temporali così come diversamente quantificati negli ordinamenti penali nazionali, ha precisato che, ove un reato sia stato dichiarato estinto da un giudice nazionale per intervenuta prescrizione, una tale decisione non può costituire la base del "ne bis in idem" per il giudice di un altro Stato membro.

Si trattava di un caso di contrabbando dichiarato prescritto dal giudice penale olandese e la Corte ha chiarito che la prescrizione non modifica la qualificazione giuridica dei prodotti oggetto della vertenza penale davanti a questo secondo giudice (belga) che resterà pertanto libero di valutare se dalla messa in commercio di tali prodotti nel territorio del secondo Stato membro e solo apparentemente sulla base dello stesso fatto, non sia derivata la commissione di un nuovo e diverso reato. Solo un giudicato con sentenza definitiva di merito reso in uno Stato membro può dunque impedire che l'autore di quel fatto possa essere perseguito una seconda volta. Questo principio, volto a far sì che la responsabilità dell'imputato venga effettivamente esaminata prima che gli sia garantito il diritto di avvalersi del "ne bis in idem", è stato ripetutamente affermato anche in relazione a casi provenienti dalla giurisdizione penale italiana (recentemente si veda il rinvio dal Tribunale penale di Bologna deciso con sentenza 10/03/2005, in causa C-469/03).

Sempre in questo filone rientra la parallela valutazione in ordine alla circostanza che i fatti oggetto dei procedimenti penali siano stati o meno commessi e siano quindi, o non siano, collegati dallo stesso disegno criminoso.

In una sentenza resa a seguito di rinvio pronunciato da un giudice penale austriaco (sentenza 22/12/2008, in causa C-491/07), la Corte ha affermato che "36 una decisione che, secondo il diritto del primo Stato contraente che ha avviato un procedimento penale a carico di una persona, non estingue definitivamente l'azione penale a livello nazionale, non può infatti, in linea di principio, produrre l'effetto di costituire un ostacolo procedurale all'avvio o al proseguimento di un procedimento penale, per gli stessi fatti, a carico di tale persona in un altro Stato contraente".

Quanto al fondamentale punto del principio di doppia incriminazione che, come già detto, non è richiesta per il mandato di arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri, va an-

che ricordato che la Corte ha avuto modo di ribadire che la decisione-quadro 2002/584 GAI non ha ad oggetto l'armonizzazione del diritto penale sostanziale degli Stati membri basandosi il meccanismo sull'elevato grado di fiducia reciproca e sul fatto che i reati individuati dall'articolo 2, n. 2 della decisione-quadro sono reati comunque definiti dall'ordinamento comunitario e caratterizzati da una gravità tale da giustificare la rinuncia all'obbligo di controllo della doppia incriminazione.

Una sentenza fondamentale in materia affine, resa a seguito di rinvio da parte del GIP del Tribunale di Firenze, è quella nota come "Pupino" (sentenza 16/06/2005, in causa C-105/03). Di questa sentenza meritano essere citati taluni punti: "42 Sarebbe difficile per l'Unione adempiere efficacemente alla sua missione se il principio di leale collaborazione, che implica in particolare che gli Stati membri adottino tutte le misure generali o particolari in grado di garantire l'esecuzione dei loro obblighi derivanti dal diritto dell'Unione europea, non si imponesse anche nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, che è del resto interamente fondata sulla cooperazione tra gli Stati membri e le istituzioni, come ha giustamente rilevato l'avvocato generale al paragrafo 26 delle sue conclusioni.

43 Alla luce di tutte le considerazioni che precedono occorre concludere che il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio chiamato ad interpretare quest'ultimo è tenuto a farlo per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE.

44 Occorre tuttavia rilevare che l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione quadro quando interpreta le norme pertinenti del suo diritto nazionale trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività".

Sotto diverso profilo, è stato poi anche chiarito il valore della sospensione condizionale della pena ed il fatto che, ove sia stata accordata, la sentenza deve intendersi come eseguita secondo il diritto comunitario; rimarcandosi la radicale differenza che intercorre con la custodia cautelare.

Così pure la nozione di "ordine pubblico" è stata definita a livello comunitario con riferimento alla libera circolazione dei cittadini degli Stati membri ed alle legislazioni nazionali in materia di divieto di soggiorno e di allontanamento, anche penalmente sanzionati.

Un ulteriore filone giurisprudenziale dal quale emergono interessanti punti interpretativi è poi quello relativo alla nozione di "vittima di un reato" che si rinviene non solo nella decisione-quadro 2001/220 GAI ma anche nella direttiva 2004/80/CE.

In queste pronunce, considerata anche la diversa base giuridica delle due disposizioni, la Corte ha adottato un criterio interpretativo estremamente formale. Ha infatti chiarito la non sovrapposibilità delle due disposizioni nonostante la sostanziale identità dell'oggetto ed ha, ad esempio, chiarito che nella nozione di "vittima" definita dalla decisione-quadro possono ricomprendersi unicamente le persone fisiche e non già le persone giuridiche che, invece, sono ricomprese nella nozione definita dalla direttiva che riguarda i profili relativi all'indennizzo e non quelli riguardanti l'esercizio di diritti nell'ambito di un procedimento penale. La Corte ha precisato infatti che "anche supponendo che le disposizioni di una direttiva adottata sul fondamento del Trattato CE possano in qualche modo incidere sull'interpretazione delle disposizioni di una decisione-quadro fondata sul Trattato UE e che la nozione di vittima ai sensi della direttiva possa essere interpretata nel senso che essa riguarda le persone giuridiche, la direttiva e la decisione-quadro non si trovano

*comunque in un rapporto tale da imporre un'interpretazione uniforme della nozione di cui trattasi*".

Un esempio concreto della sostanziale differenza che caratterizza le due diverse fonti normative è fornita, ad esempio, da una sentenza scaturita da un rinvio pregiudiziale proveniente da un giudice penale ungherese ai sensi dell'articolo 35 TUE e riguardante la decisione-quadro (sentenza 09/10/2008, in causa C-404/07) nella quale si è posto il problema di stabilire se la "vittima di un reato" che abbia il potere di promuovere l'azione penale (così è previsto in taluni casi nell'ordinamento ungherese), possa anche essere sentita nell'ambito del procedimento nella qualità di teste o, eventualmente, in altra forma.

Solo per inciso si ricorda che nel novembre 2007 lo Stato italiano, su ricorso della Commissione, è stato condannato per mancata attuazione entro il termine prescritto dalla direttiva in questione (l'attuazione è poi intervenuta con D. Lgs. n. 204 del 2007).

Per comprendere a pieno l'innovazione apportata dal TFUE con l'abolizione del meccanismo a "tre pilastri" e con la conseguente unificazione della procedura di rinvio pregiudiziale, è anche utile sottolineare come, ancora di recente (si veda ad esempio la sentenza 27/02/2007, in causa C-354/04P. La sentenza in questione non è stata emessa, peraltro, nell'ambito di un rinvio pregiudiziale ma nell'ambito del giudizio di appello conseguente a un ricorso davanti al Tribunale di primo grado da parte di un soggetto spagnolo che chiedeva il risarcimento del danno asseritamente derivato dal fatto che una posizione comune del Consiglio lo aveva inserito nell'elenco di persone, gruppi ed entità coinvolti in fatti di terrorismo) la Corte abbia avuto modo di chiarire che il sistema di rimedi giurisdizionali previsti dall'articolo 35 TUE, offre garanzie meno estese nell'ambito del Titolo VI del Trattato sull'Unione europea di quanto non lo siano a norma del Trattato CE, con ciò ribadendo l'esigenza di un'interpretazione restrittiva relativamente alla portata di detto articolo 35. Abbiamo motivo di pensare che con il TFUE questo problema sia superato.

Un ulteriore principio, normalmente applicato in vertenze non aventi connotazione penale ma perfettamente applicabile anche a questioni di tale natura, è poi quello relativo all'obbligo di notifica alla Commissione, da parte di uno Stato membro, di "regole tecniche", spesso individuate in atti amministrativi che danno contenuto a precetti di natura legislativa connessi a materie rientranti nella competenza comunitaria. La mancata/irregolare notifica di queste "regole tecniche", che, fra l'altro, potrebbero anche mascherare la protezione di interessi nazionali in violazione di principi comunitari fondamentali quali la libera circolazione delle merci e dei servizi, le rende inapplicabili. Non è infrequente che queste "regole tecniche" si ricollegano a disposizioni legislative caratterizzate anche dall'individuazione di condotte penalmente sanzionate proprio con riferimento alla violazione di standard in esse previsti. Un esempio utile è quello che si rinviene nel recentissimo caso proveniente dalla giurisdizione penale svedese e relativo alla violazione di "regole tecniche" attinenti l'utilizzo delle moto d'acqua al di fuori dei corridoi pubblici di navigazione (sentenza 15/04/2010, in causa C-433/05) od ancora, sempre proveniente dalla Svezia, in materia di "regole tecniche" relative alle macchine da gioco automatiche (sentenza 21/04/2005, in causa C-267/03).

Avviandosi verso una conclusione imposta dal tempo assegnato, si vuole da ultimo richiamare, in forma estremamente sintetica, una serie di temi, abbastanza "particolari" che negli ultimi anni hanno determinato sentenze della Corte rivelatesi decisive per la definizione di giudizi penali pendenti davanti alle giurisdizioni dei più diversi Paesi membri:

violazioni in materia di tenuta dei cronotachigrafi nei veicoli adibiti al trasporto;

vendita illegittima di abbonamenti a periodici; responsabilità penale dell'importatore connessa all'apposizione del marchio CE sui prodotti oggetto dell'importazione; vendita di farmaci e nozione di "farmaco" connessa alla legittimità di una riserva alla vendita in favore dei farmacisti; insider trading e legittimità o meno della comunicazione di dati sensibili da parte di dirigenti sindacali a beneficio di loro collaboratori; nozione di residenza e di domicilio connessa al diritto di godere di benefici economici per l'acquisto di beni immobili (fondo agricolo); nozione di residenza, domicilio e dimora connessa alla esecuzione facoltativa del mandato di arresto europeo.

Proprio questi ultimi due esempi mi offrono lo spunto per una considerazione di carattere generale che vuole rappresentare il vero e proprio "filo rosso" di uno sviluppo argomentativo che potrebbe essere apparso, ed in parte è, non del tutto organico.

Volevo infatti trasmettere a coloro che non siano particolarmente addentro nella materia comunitaria e, in particolare nelle sue ricadute di rilevanza penalistica, l'evidenza che un approccio serio è estremamente complesso. Principi di diritto comunitario utili per una soluzione alternativa di un caso nazionale, penale e non solo, che avrebbe certamente esito infausto sulla base della normativa statale, possono infatti ritrovarsi nelle più disparate pronunce rese dalla Corte oltre che, occorre sottolinearlo, nelle conclusioni degli Avvocati Generali che non raramente preconizzano sviluppi che andranno a realizzarsi in un futuro non lontano grazie anche all'intelligente lavoro degli avvocati e dei giudici nazionali.

È ovvio che la giurisprudenza è condizionata dal quadro normativo esistente ma è altrettanto ovvio, a mio avviso, che essa ne condiziona l'interpretazione evolutiva e la stessa modifica nel corso del tempo.

In questo senso i Trattati di Lisbona, per i profili che qui rilevano, sono anche il frutto della giurisprudenza della Corte e costituiscono la base per un nuovo impulso che sempre più ci avvicini a un diritto penale, sostanziale e processuale, armonizzato quale fondamentale contributo alla piena realizzazione dell'Europa del diritto.

#### Nota:

##### (1) Sentenze della Corte di Giustizia:

10/03/2005, in causa C-469/03; 17/03/2005, in causa C-128/04; 21/04/2005, in causa C-267/03; 26/05/2005, in causa C-20/03; 31/05/2005, in causa C-438/02; 16/06/2005, in causa C-105/03; 07/07/2005, in causa C-373/03; 07/07/2005, in causa C-383/03; 14/07/2005, in causa C-435/03; Conclusioni dell'Avvocato Generale Poiares Maduro del 25/05/2005, in causa C-435/03; 08/09/2005, in causa C-40/04; 06/10/2005, in causa C-9/04; 22/11/2005, in causa C-384/02; 16/02/2006, in causa C-502/04; 09/03/2006, in causa C-436/04; 27/04/2006, in causa C-441/02; 28/09/2006, in causa C-434/04; 28/09/2006, in causa C-467/04; 25/01/2007, in causa C-370/05; 27/02/2007, in causa C-354/04 P; 27/02/2007, in causa C-355/04 P; 03/05/2007, in causa C-303/05; 07/06/2007, in causa C-50/06; 21/06/2007, in causa C-259/05; 28/06/2007, in causa C-467/05; 18/07/2007, in causa C-288/05; 18/07/2007, in causa C-367/05; 15/11/2007, in causa C-330/05; 29/11/2007, in causa C-112/07; 13/03/2008, in causa C-446/05; 17/07/2008, in causa C-66/08; 01/12/2008, in causa C-388/08 PPU; 09/10/2008, in causa C-404/07; 20/11/2008, in causa C-1/07; 22/12/2008, in causa C-491/07; 19/02/2009, in causa C-321/07; 02/04/2009, in causa C-421/07; 02/04/2009, in causa C-139/08; 16/07/2009, in causa C-344/08; 06/10/2009, in causa C-123/08; 15/04/2010, in causa C-433/05; 29/06/2010, in causa C-550/09.