
Comitato Scientifico

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, Gisella De Simone, Antonino Dimundo, Riccardo Ferrante, Andrea Fusaro, Antonio Lovisolo, Michele Marchesiello, Corrado Marvasi, Vito Piergiovanni, Paolo Pisa, Adriano Sansa, Stefano Savi, Alessandro Vaccaro

Comitato di Direzione

Ugo Carassale, Pierluigi Chiassoni, Guido Colella, Luciano Di Noto, Giuseppe Donato, † Sergio Faiella, Gilda Ferrando, Mauro Ferrando, Emanuele Lamberti, Riccardo Maoli, Roberto Negro, Carlo Rossello, Ivano Vigliotti, Alvaro Vigotti

Responsabile della redazione

Alessandro Barca

COORDINATORI

Sezione di diritto civile

Elena Bassoli (E.B.), Alexander Beecroft (A.BEE.), Cesare Bruzzone (C.BRU.), Anna Maria Calcagno (AN.CCG.), Francesca Calvari (F.CA.), Antonio Cimino (A.C.), Simonetta Cocconi (SI.CO.), Rosario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (FDM.), Stefano Faccio (S.F.), Michela Ferraris (MIF.), Antonio Fontana (A.FONT.), Carlo Iavicoli, Patrizia Monferrino (P.MO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

Sezione di diritto del lavoro

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

Sezione di diritto tributario

Antonio Lovisolo

Sezione di diritto penale

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

Sezione di deontologia forense

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

COLLABORATORI

Sezione di diritto civile

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (F.BGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (F.BART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Massimo Benoit Torsegno (M.B.T.), Elisa Benvenuto (EL.BNV.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Paola Blengino, Tiziana Blengino (T.BLE.), Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.P.CU.), Francesca Dagnino (FDA.), Marina Damonte (MA.DMT.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Raffaella Demaria (R.D.), Gianvittorio Domini (GVD.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzari, Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà (ST.FR.), Serafina Funaro (SE.F.),

Francesco Gaeta (F.G.), Barbara Gambaro (BA.GMB.), Francesco Ghisiglieri (F.GHI.), Chiara Gianelli (C.GIA.), Barbara Grasso, Christian Graziano (C.GRA.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LA.M.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (FMLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo (F.M.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (F.O.), Francesca Paderno (F.P.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guida Rovegno (GUR.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Francesco Massimo Tiscornia, Fabio Toriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanolì (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (FA.Z.)

Sezione di diritto del lavoro

Pier Franco Raffaelli (P.RA.), Valeria Torchio (VA.TO.)

Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:

Francesca Bailo (F.B.), Lorenzo Barabino (L.B.), Marco Berruti (M.B.), Gabriella Bozzone (G.B.), Omar Caramaschi (O.C.), Luca Costanzo (L.C.), Ludovica Costigliolo, Simone Frega (S.F.), Fabio Gaggero (F.G.), Alessandro Salustri (A.S.), Matteo Timo (M.T.)

Sezione di diritto tributario

Federico Bertocchi, Andrea Giolo (AN.GI.), Fabio Graziano (F.G.), Alessandra Piccardo (A.P.)

Sezione di diritto penale

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Martina Caputo (M.CAP.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Di Giovanni, Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (F.MA.), Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Aurora Piromalli, Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Pontepirino, Renato Ramondo, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.), Valentina Ventura Boeri

Sezione di deontologia forense

Roberta Caprioli, Giulio Donzelli, Maria Grazia Gandolfo

Direttore responsabile: Fabrizio Deferrari

Redazione e Amministrazione: c/o Tribunale di Genova

Stampa e diffusione: Janua Srls

Via Ippolito d'Aste 3/10 · 16121 Genova

Tel 010 5956111/21/22 · Fax 010 0986823

www.deferrarieditore.it · info@deferrarieditore.it

Grafica: Elena Menichini

In copertina: Giovanni Andrea De Ferrari (Genova 1598? - ivi 1669), "La Giustizia", Genova, Palazzo di Giustizia
Autorizzazione del Tribunale di Genova n. 24 del 22 luglio 1999

Indice

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 31 marzo 2022 **3**
La fideiussione tra nullità ed azione revocatoria
Gabriele Fazzeri **4**

Tribunale Savona, 29 giugno 2022 **6**

Corte d'Appello di Genova, 29 aprile 2022 **7**

Tribunale di Genova, 29 aprile 2022 **11**

Tribunale di Genova, 10 luglio 2019 e Corte d'Appello di Genova,
8 giugno 2022 **13**

Massimario 19

Documenti

Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?
Guido Alpa **22**

*Ritratto di famiglia con canegatto. Noterella bioetica a margine
dell'Antropocene*
Paolo Donadoni **31**

Recensioni

HELLE KRUNKE, HANNE PETERSEN, IAN MANNERS (cur.),
Transnational Solidarity: Concept, Challenges and Opportunities
SILVANA SCIARRA, *Solidarity and Conflict: European Social Law in
Crisis*
Guido Alpa **34**

FEDERICO MONTALDO, *Manuale di sopravvivenza per fotografi.
Diritti, Obblighi, Privacy*
Michele Marchesiello **35**

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale della Spezia, 4 maggio 2022 **36**

*Il contratto di mandato ad incassare, la subordinazione e le
collaborazioni coordinate e continuative: rapporti a confronto*
Stefano Torchio **39**

Massimario 42

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Giustizia UE, 12 maggio 2022 **44**

Documenti

*L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto
amministrativo*
Davide Ponte **50**

*Il legislatore pigro e i giudici ipercinetici: disavventure di un signore
genovese in un'isoletta siciliana*
Michele Marchesiello **56**

Sezione di diritto tributario

Massimario 60

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Procura Generale della Corte di Cassazione, 2 dicembre 2021 **67**
*Chiarimenti ermeneutici in tema di contrasti negativi tra Pubblici
Ministeri*

Martina Duina **67**

Massimario 70

Sezione di deontologia forense

Documenti

Il rilievo costituzionale dell'Ordine forense tra autonomia e mercato
Giulio Donzelli **73**

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. I civ., 31 marzo 2022, n. 800 - Giudice Unico Gibelli.

CONTRATTI bancari - fideiussione - nullità parziale - volontà parti - intesa vietata - modello ABI.

(Art. 1419 c.c.; art. 2, co. 2 lett. a L. 287/1990; art. 101 T.fue; art. 2, co. 3, L. 287/1990)

AZIONE revocatoria - eventus damni - riduzione patrimonio - garanzia patrimoniale - prova specifica - pregiudizio.

(Artt. 2740 e 2901 c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - responsabilità processuale aggravata - azione revocatoria - credito sussistente - esclusione.

(Art. 2652, co. 1, n. 5 e art. 2690, co. 1, n. 1 c.c.; art. 96 c.p.c.)

I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'autorità garante, in relazione alle condizioni contrattanti con la legge a tutela della concorrenza e con il T.fue, sono parzialmente nulli, ai sensi degli art. 2, 3° comma, l. 287/90 e 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti". (1)

Nell'azione revocatoria ordinaria, di cui all'art. 2901 c.c., il requisito dell'eventus damni non è un requisito in re ipsa, sempre sussistente in presenza di credito ed atto dispositivo riduttivo del patrimonio del debitore, ma elemento della fattispecie oggetto di prova specifica, ovvero di prova circa il fatto che proprio a quell'atto sia causalmente collegato un pregiudizio, avuto riguardo anche alla consistenza del patrimonio del debitore e, non potendosi far discendere tale requisito sulla base del mero importo del credito. (2)

Non è ordinariamente sanzionabile ex art. 96 c.p.c., la condotta del creditore/attore il quale abbia trascritto la domanda di revocatoria, poi risultata infondata a tutela di un credito comunque esistente. (3)

(...Omissis...)

Fatti di causa.

Con atto di citazione ritualmente notificato Ubi Banca, già Banca Regionale Europea, conveniva in giudizio i Sig.ri Caio e Mevio, chiedendo al Tribunale di dichiarare inefficace il contratto di compravendita con cui il Sig. Caio aveva alienato al Sig. Mevio un immobile di proprietà del primo.

In particolare, la Banca affermava di essere creditrice del Sig. Caio in forza di fideiussione dallo stesso rilasciata in data 22.01.2008 a garanzia del debito assunto dalla figlia (Caio Simona) nei confronti della stessa Banca.

Deduciva inoltre la Banca di aver ottenuto, in data 17.03.2016, decreto ingiuntivo per la somma di euro 178.220,01, oltre accessori, nei confronti del Sig. Caio Giovanni nonché del Sig. Caio Gianluca, fratello della Caio Simona e anch'esso garante della stessa.

Conseguentemente, la Banca agiva in giudizio ex art. 2901

c.c. chiedendo la revoca della compravendita intercorsa fra i Sig.ri Caio e Mevio di cui si è detto in apertura.

Il credito veniva successivamente ceduto a Sirio, che interveniva in giudizio a mezzo della mandataria Prelios, la quale aderiva integralmente alle difese, istanze e conclusioni formulate da parte attrice.

Costituitisi in giudizio, i Sig.ri Caio e Mevio chiedevano il rigetto della domanda avversaria.

Il Sig. Caio domandava altresì, in via riconvenzionale, l'accertamento della nullità del contratto di fideiussione concluso fra il Sig. Giovanni Luigi Caio e la Banca, in quanto conforme al modello ABI. Chiedeva inoltre di accertare che nulla fosse da egli dovuto alla Banca ed infine di condannare la Banca stessa al risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima trascrizione di un atto di citazione ex art. 2901 c.c.

Nel corso della causa venivano concesse le memorie ex art. 183, 6° comma, c.p.c.

Successivamente, senza assunzione di mezzi di prova costituendi, per i quali non vi era stata insistenza, le parti precisavano le rispettive conclusioni e veniva disposto lo scambio delle comparse conclusionali e delle relative repliche.

All'udienza del 12 ottobre 2021, il G.U. tratteneva la causa in decisione con concessione alle parti dei termini ordinari di legge per il deposito delle difese finali scritte, deposito che occorreva regolarmente.

Motivi della decisione.

Preliminarmente, occorre precisare che, per ragioni di chiarezza espositiva, si ritiene opportuno affrontare per prime le domande riconvenzionali proposte dal convenuto Sig. Caio in relazione alla pretesa **nullità della fideiussione**.

La domanda è inammissibile.

Invero, il titolo contrattuale da cui deriva l'obbligazione del Sig. Caio è stato attivato con procedimento monitorio avente r.g. 10822/2016, all'esito del quale è stato emesso il decreto ingiuntivo 3553/2016.

Detto decreto, ritualmente notificato (cfr. prod. 11, parte attrice), non è stato opposto dai Sig.ri Caio ed ha dunque assunto autorità di cosa giudicata sia per quanto riguarda la regolarità formale del titolo sia per quanto riguarda l'esistenza del credito (Cass. 12671/2021).

Conseguentemente, al Convenuto è precluso sollevare in questa sede eccezioni che avrebbe dovuto sollevare in fase di opposizione al decreto ingiuntivo.

Quanto sopra vale anche nel caso in cui l'eccezione sollevata riguardi, come nel caso di specie, la nullità del contratto. Invero, questo Tribunale intende aderire al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il decreto ingiuntivo divenuto inoppugnabile, che abbia ad oggetto la condanna al pagamento di prestazioni fondate su un contratto a monte, preclude all'intimato la possibilità di invocare, in un diverso giudizio, la nullità del contratto o di specifiche sue clausole in quanto «il giudicato (per implicazione discendente) copre il dedotto e il deducibile e si estende anche all'insussistenza di cause di invalidità» (Cass. 31636/2021).

Peraltro, fermo il carattere assorbente di quanto sopra esposto, si osserva che, in ogni caso, l'eventuale accoglimento della

domanda di nullità proposta dal Convenuto non avrebbe comunque potuto far venire meno il credito vantato dalla Banca. Invero, come recentemente affermato dalle Sezioni Unite, la conformità al modello ABI delle fideiussioni ne comporta la nullità solo parziale, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti (Cass. Sez. Un. 41994/2021).

Nel caso in esame, la diversa volontà non risulta dal contratto, né il Convenuto (sul quale ricade il relativo onere ex art. 2697 c.c.) ha fornito tale prova, con la conseguenza che l'eventuale declaratoria nullità avrebbe riguardato esclusivamente le clausole riproduttive dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - clausole peraltro che non risultano attivate dalla Banca - e non anche l'*an* ed il *quantum* del credito poi successivamente cristallizzato nel decreto ingiuntivo di cui si è detto.

Accertata nei suddetti termini l'esistenza di un credito in capo all'attrice - ciò che rappresenta il primo dei tre presupposti richiesti dalla legge per il vittorioso esperimento dell'**azione revocatoria** - occorre soffermarsi sulla domanda proposta dalla Banca ex art. 2901 c.c.

La domanda non può essere accolta.

Invero, l'art. 2901 c.c. richiede che, ai fini dell'utile esercizio dell'azione revocatoria, siano sussistenti i seguenti requisiti: l'esistenza di una ragione di credito; il pregiudizio arrecato dall'atto di disposizione alla garanzia generica che assiste il credito (*eventus damni*); l'atteggiamento soggettivo del debitore (*consilium fraudis*) e, nel caso di atti a titolo oneroso, anche del terzo acquirente (*scientia damni*).

L'onere della prova circa la ricorrenza di tali condizioni, integrando queste ultime i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, incombe sul creditore.

Conseguentemente, anche in difetto di uno di essi non può pronunciarsi l'inefficacia dell'atto dispositivo.

Nel caso di specie, pur esistendo un debito fideiussorio del Sig. Caio nei confronti della Banca - sorto al momento in cui è sorto il credito garantito (ossia in data 21.02.2009) - non risulta invece provato il requisito dell'*eventus damni*.

In particolare, l'attore non ha provato il perché l'atto dispositivo di cui si richiede la revoca comporterebbe un pregiudizio in termini di «maggiore difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito» (fra le tante, cfr. Trib. Milano 4422/2021).

Invero, l'attore si è limitato ad allegare l'esistenza dell'*eventus* (peraltro, nella sola comparsa conclusionale) sulla base del mero importo del credito, elemento che tuttavia non è di per sé non sufficiente. Sul punto, occorre infatti precisare che il requisito dell'*eventus damni* non è un requisito che può considerarsi *in re ipsa* per il mero fatto che esistano un credito ed un atto dispositivo da parte del debitore, ma costituisce anzi un separato ed autonomo presupposto dell'azione revocatoria, in virtù del quale l'attore ha l'onere di dimostrare che proprio a quell'atto dispositivo sia causalmente collegato un pregiudizio alla garanzia patrimoniale del creditore di cui all'art. 2740 c.c.

Oltre alla allegazione suddetta, come già esposto cennando allo svolgimento del processo, l'attrice non ha fatto alcuna allegazione specifica circa la consistenza del patrimonio del convenuto, non potendo pertanto giovare di elementi di prova ricavabile dalle allegazioni di controparte anche se ambigue sul punto.

Non avendo il creditore, come detto, fornito la prova dell'esistenza di un tale pregiudizio, nei termini sopra visti, la domanda ex art. 2901 c.c. non può che essere rigettata.

Quanto alla domanda, avanzata dal convenuto Caio, di risar-

cimento del danno da trascrizione illegittima, si osserva quanto segue.

La domanda non può essere accolta.

Posto che l'art. 96 c.p.c. richiede, per il risarcimento del danno, che il creditore procedente abbia trascritto la domanda giudiziale agendo senza la normale prudenza, si può osservare come nel caso in esame tale requisito non risulti integrato.

Invero, la trascrizione della domanda revocatoria è imposta dalla legge, ai sensi e per gli effetti degli artt. 2652, 1° comma, n. 5, 2690, 1° comma, n. 1, c.c., e la domanda è stata proposta a tutela di un credito comunque esistente.

Ebbene, rappresenta un principio consolidato quello secondo cui «non può ravvisarsi inosservanza dell'obbligo di agire con normale prudenza nel solo fatto della trascrizione di una domanda giudiziale - poi dichiarata infondata - quando essa sia imposta dalla legge allo scopo di rendere opponibile ai terzi l'eventuale esito positivo del giudizio» (Cass. 26515/2017).

Conseguentemente, anche la domanda di risarcimento deve essere rigettata.

Quanto alle spese di lite, vista la reciproca soccombenza di Sirio e Caio, fra queste parti le stesse sono da intendersi integralmente compensate.

Vista invece la soccombenza di Sirio nei confronti del convenuto Mevio, le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate in euro 7.795,00, importo calcolato sui valori minimi dello scaglione da € 52.001 a € 260.000, in cui rientra l'importo del credito di cui si chiedeva tutela.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni ulteriore domanda ed istanza ed ogni contraria eccezione reietta, visti gli artt. 275 e ss, 281-*quinquies*, comma 1 del c.p.c.; rigetta la domanda revocatoria in origine proposta da UBI BANCA; rigetta le domande riconvenzionali proposte da Caio.

(...*Omissis*...)

(1-3) La fideiussione tra nullità ed azione revocatoria.

Sommario: 1. *Introduzione.* - 2. *Sulla nullità della fideiussione.* - 3. *Sull'azione revocatoria.* - 4. *Risarcimento del danno da trascrizione illegittima.*

1. Introduzione.

Nella sentenza qui in commento l'Unione delle Banche italiane S.p.A. agiva in giudizio per sentir dichiarare l'inefficacia ex art. 2901 c.c. del contratto di compravendita immobiliare stipulato tra i convenuti.

UBI Banca, infatti, lamentava come l'atto di disposizione patrimoniale fosse pregiudizievole per le sue ragioni creditizie, attesa la fideiussione che il venditore, a garanzia di un debito della figlia, aveva rilasciato alla Banca.

Parte attrice deduceva, inoltre, come, in data 17.03.2016, fosse stato emesso un decreto ingiuntivo, non opposto e passato in giudicato, per la somma di euro 178.220,01.

Il credito veniva poi ceduto alla Sirio NPL S.r.l., la quale interveniva volontariamente nell'instaurato giudizio a mezzo della mandataria Prelios Credit Solutions S.p.A., aderendo alla tesi di parte attrice.

I convenuti si costituivano in giudizio, chiedendo il rigetto delle pretese attoree: in particolare, uno di loro chiedeva, in via riconvenzionale, la declaratoria di nullità del contratto di fideiussione dallo stesso concluso con UBI Banca.

Ritenendo che nulla fosse dovuto all'istituto bancario, entrambi i convenuti chiedevano, inoltre, il risarcimento del danno derivante dall'intervenuta trascrizione della domanda giudiziale ex art. 2901 c.c.

2. Sulla nullità della fideiussione.

Prima di indicare la duplice ragione fondante il rigetto della domanda riconvenzionale del Caio, è opportuno richiamare, sia pur brevemente, quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la pronuncia n. 41994/2021.

Il Supremo consesso dovette pronunciarsi per dirimere il vasto contenzioso sorto sulla scia del provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, che seguì al parere reso dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 20 aprile dello stesso anno.

Nello specifico, l'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite del 30.04.2021, n. 11486 riteneva che alcune disposizioni presenti nello schema contrattuale predisposto nel 2002 dall'Abi per disciplinare la fideiussione omnibus, a garanzia delle operazioni bancarie, comportasse una violazione dell'art. 2 l. 287/90.

Come evidenziato dalla I sezione della Corte di Cassazione, la dottrina era divisa sull'intensità della tutela da apprestare, evidenziando come in giurisprudenza si fossero delineate tre possibili soluzioni: "a) nullità totale del contratto a valle; b) nullità parziale di tale contratto, ossia limitatamente alle clausole che riproducono le condizioni dell'intesa nulla a monte; c) tutela risarcitoria".

Le Sezioni Unite, dopo un'esauritiva analisi del diritto eurounitario e valutate le interrelazioni con il diritto interno, si pronunciò a favore del principio dell'*utile per inutile non vitiatur*, ricordando come vada osservato, al riguardo, che "la regola dell'art. 1419, 1° comma, c.c. — ignota al codice del 1865, come pure al code civil, provenendo dall'esperienza tedesca —, insieme agli analoghi principi rinvenibili negli art. 1420 e 1424 c.c., enuncia il concetto di nullità parziale ed esprime il generale favore dell'ordinamento per la «conservazione», in quanto possibile, degli atti di autonomia negoziale, ancorché difformi dallo schema legale" derivandone "il carattere eccezionale dell'estensione della nullità che colpisce la parte o la clausola all'intero contratto".

Stante la richiamata motivazione, l'organo nomofilattico risolse la questione, pronunciando il seguente principio di diritto: "I contratti di fideiussione a valle di intese dichiarate parzialmente nulle dall'autorità garante, in relazione alle condizioni contrastanti con gli art. 2, 2° comma, lett. a), l. 287/90 e 101 del trattato Tfe, sono parzialmente nulli, ai sensi degli art. 2, 3° comma, l. 287/90 e 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducano quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti".

La domanda riconvenzionale presentata dai uno dei convenuti si inserisce, dunque, all'interno del quadro normativo e giurisprudenziale suesposto.

Il Tribunale genovese, consapevole dell'importante approdo della Corte di Cassazione, ha dichiarato inammissibile la domanda di nullità della fideiussione sia sotto il profilo sostanziale, in adesione al principio di diritto delle Sezioni Unite n. 41994/2021, sia, soprattutto, per ragioni di carattere processuale.

Richiamando gli ultimi, consolidati, approdi giurisprudenziali, il Giudice di Genova ha ricordato come il titolo contrattuale, fonte dell'obbligazione *de quo*, fosse stato attivato in sede monitoria, a conclusione della quale fu emesso un decreto ingiuntivo, poi non opposto.

Secondo la Corte di Cassazione, pronunciatasi con sentenza n. 12671/2021, infatti, un decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di cosa giudicata sia per quanto attiene alla

regolarità formale del titolo sia per quanto riguarda l'esistenza del credito vantato.

Pertanto, ne deriva, quale logica conseguenza, che "è precluso sollevare in questa sede eccezioni che avrebbe dovuto sollevare in fase di opposizione al decreto ingiuntivo".

Stante quanto affermato, il Tribunale di Genova ulteriormente precisa come, in ossequio al principio processualistico dell'implicazione discendente, la regola per cui il giudicato copre il dedotto ed il deducibile si estende anche "all'insussistenza di cause di invalidità" (Cass. civ., n. 31636/2021).

Ne consegue che, a fronte dell'intervenuta inoppugnabilità del decreto ingiuntivo, avente ad oggetto la condanna al pagamento di prestazioni fondate su un contratto a valle, è precluso all'intimato invocare, in un diverso giudizio, la nullità del contratto o di sue specifiche clausole.

Se, dunque, la preclusione processuale risulta insormontabile e l'invalidità comminabile è solo la nullità parziale, il Giudice genovese evidenzia, inoltre, come l'eventuale declaratoria di nullità avrebbe riguardato le sole clausole riproduttive lo schema unilaterale costituente intesa vietata — che qui non risultano attivate dalla Banca — e non, invece, l'*an* ed il *quantum* del credito, di cui al decreto ingiuntivo inoppugnabile.

La domanda riconvenzionale, volta alla declaratoria di nullità della fideiussione rilasciata dal Caio, è, quindi, dichiarata inammissibile.

3. Sull'azione revocatoria.

In ordine all'applicabilità dell'art. 2901 c.c., il Tribunale di Genova ricorda come l'azione revocatoria preveda tanto requisiti oggettivi quanto soggettivi.

Con riguardo ai primi, è imprescindibile la sussistenza di una ragione di credito, cui deve seguire un atto di disposizione in pregiudizio alla garanzia generica che assiste il credito (*eventus damni*); in ordine ai secondi, la disposizione richiede la consapevolezza, se non la dolosa preordinazione, di tale pregiudizio (*consilium fraudis*, se atto a titolo gratuito) in capo al disponente debitore e, nel caso di atti a titolo oneroso, anche del terzo acquirente (*scientia damni*).

L'onere della prova, dunque, costituendo tali condizioni i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio, grava sul creditore: in difetto anche di uno solo dei richiamati requisiti, non si potrà pronunciare la declaratoria di inefficacia dell'atto dispositivo impugnato.

Nel caso di specie, dunque, ritiene il Tribunale di Genova che, stante il debito fideiussorio, parte attrice non abbia provato l'*eventus damni*, considerato che non è dato comprendere, in assenza di risultanza probatorie sul punto, "perché l'atto dispositivo di cui si richiede la revoca comporterebbe un pregiudizio in termini di maggiore difficoltà o incertezza nell'esazione coattiva del credito", aderendo alla consolidata giurisprudenza di merito, di cui viene citato un precedente del Tribunale di Milano (sentenza n. 4422/2021).

La Banca, infatti, non ha fatto alcuna allegazione specifica sulla consistenza patrimoniale del debitore, limitandosi a richiamare la titolarità del diritto di credito, offrendo l'occasione al Giudice genovese di precisare come "il requisito dell'*eventus damni* non è un requisito che può considerarsi in *re ipsa* per il mero fatto che esistano un credito ed un atto dispositivo da parte del debitore, ma costituisce anzi un separato ed autonomo presupposto dell'azione revocatoria, in virtù del quale l'attore ha l'onere di dimostrare che proprio a quell'atto dispositivo sia causalmente collegato un pregiudizio alla garanzia patrimoniale del creditore di cui all'art. 2740 c.c."

Ne è derivato il rigetto dell'azione revocatoria.

4. Risarcimento del danno da trascrizione illegittima.

Sulla domanda di risarcimento del danno da trascrizione illegittima, il Giudice si è inserito nel dibattito giurisprudenziale sulla responsabilità aggravata, disciplinata dal nostro codice di rito.

Richiamando una pronuncia della Corte di Cassazione (sentenza 26515/2017), il Tribunale genovese evidenzia come l'art. 96, co. 2 c.p.c. richieda, ai fini del risarcimento del danno, che il trascrivente la domanda giudiziale abbia agito senza la normale prudenza, non ricorrendo tale eventualità laddove la trascrizione sia imposta dalla legge.

La trascrizione della domanda revocatoria, infatti, è prevista tanto dall'art. 2652, co.1, n. 5 quanto dall'art. 2690, co.1, n. 1, c.c., relativi alla trascrizione delle domande giudiziali su beni immobili e su alcuni beni mobili.

Il rigetto della domanda risarcitoria, dunque, si fonda sull'assunto che non sia riscontrabile il difetto della normale diligenza in chi abbia trascritto una domanda giudiziale -poi dichiarata infondata- quando ciò sia imposto dalla legge, quale presupposto per l'opponibilità verso terzi dell'eventuale esito positivo del giudizio.

La conclusione cui è giunto il Giudice unico, dunque, è rispettosa degli ultimi orientamenti giurisprudenziali sul punto, come confermato da altra pronuncia coeva a quella citata in sentenza.

Con la sentenza n. 27623/2017, infatti, la II sezione civile della Corte di Cassazione ha ricostruito il rapporto tra i tre commi dell'art. 96 c.p.c., anticipando le conclusioni del Giudice ligure.

Nell'analizzare la modifica del 2009, il giudice legittimità ha evidenziato come i commi 1 e 2 della disposizione esprimono due fattispecie di responsabilità aquiliana, fra loro in rapporto di genere a specie, laddove, invece, il comma 3 tipizza un'ipotesi di responsabilità processuale quale sanzione dell'abuso del processo.

Se, dunque, l'art. 96, co. 1-2 c.p.c. impone l'onere probatorio di un danno concreto ed effettivo, del nesso causale e, rispettivamente, della mala fede o colpa grave o della mancanza della normale prudenza, non così il co. 3, che rimette al giudice la condanna del soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata.

Non ricorrendo nessuna delle suddette ipotesi, la domanda di risarcimento del danno da trascrizione illegittima non poteva che essere rigettata.

Dott. Gabriele Fazzeri

Tribunale Savona, 29 giugno 2022 - Giudice Unico Princiotta - R.R. (Avv. Grasso) - c. H.I. (Avv. Giovanni).

CONTRATTI bancari - fideiussione omnibus - opposizione a decreto ingiuntivo - eccezione di nullità parziale - competenza del giudice del monitorio - contrarietà a normativa antitrust - decadenza del creditore dalla fideiussione.

(Artt. 1419 e 1957 c.c.; artt. 2, 2° comma, lett. a), Legge 10 ottobre 1990, n. 287; art. 101 TFUE)

È competente il giudice dell'ingiunzione a conoscere dell'opposizione fondata sulla sola eccezione di nullità della fideiussione, stipulata a garanzia di operazioni bancarie, proposta al fine di paralizzare la domanda monitoria ed ottenere la revoca del decreto, con riserva di adire in separato giudizio il Tribunale delle

Imprese. Qualificata dal Giudice come 'omnibus' la fideiussione dedotta in giudizio, va dichiarata la nullità parziale ex art. 1419 c.c. del relativo contratto stipulato secondo lo schema ABI del 2003 per violazione degli artt. 2, 2° comma, lett. a), Legge n° 287/1990 e 101 TFUE con conseguente decadenza ex art. 1957 c.c. del creditore dalla garanzia prestata dall'opponente.

(... Omissis...)

In fatto ed in diritto.

I.- La vertenza riguarda l'opposizione al decreto ingiuntivo n. /2020, RG. /2020, emesso nei confronti della OIE s.r.l., nei confronti di O.F. e O.L. per il pagamento di €. 297.451,82 nonché nei confronti di RR per il pagamento di €. 200.000,00. L'importo ingiunto trae origine dal rapporto di conto corrente n. ... che era stato intrattenuto dall'Impresa OIE con l'allora Banca PN; tale conto corrente era assistito dalle fidejussioni omnibus prestate da O. O.F. e O.L., sino alla concorrenza di € 750.000 e dalla fideiussione "specificata" prestata da RR sino alla concorrenza di €.200.000. Nel presente giudizio, la R. ha opposto il decreto che, con distinte citazioni, è stato anche opposto sia dall'impresa EIO s.r.l. sia dai signori O. Le vertenze sono state mantenute separate in relazione alle differenti eccezioni proposte dai vari opposenti. Depositata le memorie istruttorie, la causa è stata posta in decisione. Oggi le parti si sono richiamate agli atti ed il Tribunale ha provveduto con la presente sentenza di cui è stata data lettura.

II.- L'opposizione è fondata. In applicazione del principio della ragione più liquida, va esaminata l'eccezione di nullità della fideiussione proposta dalla opponente al fine di paralizzare la domanda e "con riserva esplicita di adire in separato giudizio il Tribunale delle Imprese competente". Essendo stata promossa esclusivamente in forma di eccezione al fine di ottenere la revoca del decreto opposto, rimane la competenza funzionale del Tribunale a decidere sull'opposizione non dovendosi valutare la nullità della fideiussione omnibus (cfr. Cassazione Sez. 3, n. 21472 del 25/10/2016 edita anche su Italgire: "La distinzione tra domanda ed eccezione convenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato a suo fondamento, ma dal relativo oggetto, vale a dire dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, al rigetto della domanda proposta dall'attore; di conseguenza, non sussistono limiti al possibile ampliamento del tema della controversia da parte del convenuto a mezzo di eccezioni, purché vengano allegati, a loro fondamento, fatti o rapporti giuridici prospettati come idonei a determinare l'estinzione o la modificazione dei diritti fatti valere dall'attore, ed in base ai quali si chiede la reiezione delle domande da questo proposte e non una pronuncia di accoglimento di ulteriori e diverse domande").

Nel merito, la fideiussione de quo va qualificata quale "omnibus" nonostante la differente denominazione indicata dalla Banca che, nel modulo agli atti, l'ha denominata fideiussione "specificata".

Conducono a tale conclusione una serie di motivi già di per sé significativi anche ove considerati singolarmente:

- è stata posta a garanzia sino all'importo di €. 200.000 delle operazioni bancarie effettuate in relazione al conto corrente bancario n. 20208;
- tale garanzia si aggiunge a quelle già rilasciate dalla società Edile e dai signori Oggiano, pacificamente del tipo "omnibus" e poste a garanzia del medesimo conto corrente bancario, il n. 20208;

- come si evince dal tenore del documento e dal confronto con il modello ABI, dichiarato illegittimo e vietato in quanto contrario alla disciplina Antitrust, la fideiussione in questione presenta lo stesso contenuto e le medesime caratteristiche di una “omnibus”.

Ciò premesso, trattandosi di garanzia stipulata secondo lo schema ABI del 2003, devono considerarsi nulle le clausole corrispondenti agli articoli 2, 6 ed 8 come censurate dal provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia (denominato “ABI Condizioni generali di contratto per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”) con cui la Banca d'Italia ha accertato che “gli articoli 2, 6 ed 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che nella misura in cui vengono applicate in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma 2 lettera a) della legge n. 287/90.

Dal confronto del testo dello schema ABI 2003 con quello della fideiussione oggetto di causa risulta l'inserimento delle clausole esattamente corrispondenti, con la medesima numerazione, a quelle degli articoli 2, 6 ed 8.

Va dichiarata, quindi, la nullità parziale del contratto e delle relative condizioni equivalenti (cfr. Cassazione Sez. Unite, sentenza n. 41994 del 30/12/2021 edita anche su Italgiure: “I contratti di fideiussione “a valle” di intese dichiarate parzialmente nulle dall'Autorità Garante, in relazione alle sole clausole contrastanti con gli artt. 2, comma 2, lett. a) della l. n. 287 del 1990 e 101 del TFUE, sono parzialmente nulli, ai sensi degli artt. 2, comma 3 della legge citata e dell'art. 1419 c.c., in relazione alle sole clausole che riproducono quelle dello schema unilaterale costituente l'intesa vietata - perché restrittive, in concreto, della libera concorrenza -, salvo che sia desumibile dal contratto, o sia altrimenti comprovata, una diversa volontà delle parti”).

In base all'art. 1419 c.c. va, conseguentemente, dichiarata la nullità delle singole clausole di cui agli artt. 2, 6 ed 8.

La nullità parziale non si estende all'intera garanzia che sarebbe stata contratta, evidentemente, a condizioni più favorevoli essendo stata disponibile l'odierna opponente a stipularla con clausole che prevedevano condizioni più onerose. Parimenti la Banca, considerata la nullità delle pattuizioni censurate, avrebbe parimenti stipulato la fideiussione, sia pure con modalità meno tutelanti, in quanto, diversamente, sarebbe stata priva di garanzia.

Premesso quanto sopra, va, quindi, dichiarata la decadenza della fideiussione prestata dall'opponente R ex art. 1957 c.c., con sua conseguente liberazione. A fronte di tale eccezione, invero, l'opposta non ha provato di avere ritualmente avanzato le proprie istanze nei confronti del debitore principale entro i sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione. Sulla scorta della documentazione agli atti, invece, risulta evidente che la banca ha iniziato l'azione di recupero del credito esclusivamente con la notifica del ricorso per il decreto ingiuntivo in data 15/2/2021 laddove la sofferenza, come dedotto nell'estratto conto allegato al ricorso, era già da tempo presente al 20/01/2017. L'opposizione risulta, quindi, fondata.

III.- Le spese processuali seguono il criterio della soccombenza. In difetto del deposito di nota, vanno liquidate come indicato in dispositivo applicando i parametri di legge, considerando il valore della controversia pari ad €. 200.000 (come indicato dall'opponente) ed in relazione ai molteplici adempimenti processuali effettuati nel corso del processo; vanno liquidate nei parametri medi per ogni fase di giudizio, oltre oneri fiscali, pre-

videnziali e tariffari nella misura di legge.

La presente sentenza è provvisoriamente esecutiva per legge per questi motivi.

Il Tribunale, in composizione monocratica, definitivamente pronunciando nel procedimento rg ... 2021, nel contraddittorio delle parti, respinta ogni diversa e contraria istanza, eccezione o deduzione, per le ragioni indicate in motivazione così provvede:

- 1.- previo accertamento della nullità parziale ex art. 1419 cc della fideiussione stipulata dall'opponente per cui è causa, accerta la liberazione dell'opponente RR ex art. 1957 c.c.;
- 2.- conseguentemente revoca nei confronti dell'opponente RR il decreto ingiuntivo opposto n° .../2020 (R.G. n° ... /2020) in data 15-17.12.2020 emesso dal Tribunale di Savona, come rettificato con decreto di correzione di errore materiale in data 11-14.01.2021;
- 3.- condanna HI srl al pagamento delle spese processuali che in favore di RR, liquida in €. 406,50 per esborsi ed €. 13.430,00 per compensi al difensore, oltre oneri fiscali, previdenziali e tariffari nella misura di legge.

(...Omissis...)

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 29 aprile 2022, n. 32 - Pres. Sanna - Rel. Silvestri.

FALLIMENTO - revoca concordato preventivo - reclamo - giudizio di rinvio dopo reclamo - stato di insolvenza - inadempimento civile e commerciale.

FALLIMENTO - reclamo avverso fallimento - effetto devolutivo integrale.

CONCORDATO preventivo - revoca dell'ammissione - rilevanza d'ufficio.

FALLIMENTO - stato di insolvenza - indici.

FALLIMENTO - insolvenza civile - insolvenza commerciale - diversità - presupposti.

FALLIMENTO - accertamento insolvenza - prognosi di irreversibilità - necessità.

La pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, impedisce la dichiarazione di fallimento solo temporaneamente ma non determina l'improcedibilità del procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., sicché il decreto con cui il Tribunale abbia dichiarato l'improcedibilità del ricorso ex art. 15 l.fall. quale mera conseguenza dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, non implica di per sé alcuna definizione negativa, nel merito, dell'istruttoria prefallimentare, limitandosi ad attuare il necessario coordinamento organizzativo tra le procedure. Ne consegue che, una volta rimossa la condizione preclusiva alla pronuncia della sentenza di fallimento per effetto della revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall., i ricorrenti conservano la pienezza dei loro poteri di impulso per la prosecuzione del procedimento.

L'effetto devolutivo pieno, che caratterizza il reclamo avverso la sentenza di fallimento, riguarda anche la decisione negativa del Tribunale fallimentare sulla domanda di ammissione al concordato; questo perché tale decisione è parte di un unico giudizio sulla regolazione concorsuale della stessa crisi.

Ove il debitore abbia impugnato la dichiarazione di fallimento censurando la decisione del Tribunale fallimentare di revocare l'ammissione al concordato, il Giudice del reclamo è tenuto a ri-

esaminare - anche avvalendosi dei poteri ufficiosi previsti dall'articolo 18 comma 10 l.fall. nonché del fascicolo della procedura acquisito d'ufficio - tutte le questioni concernenti la predetta revoca, anche se non allegata da alcuno nel corso del procedimento davanti al Giudice di primo grado o da quest'ultimo non rilevate d'ufficio ed anche se dedotte per la prima volta nel giudizio di reclamo ad opera del curatore fallimentare o delle altre parti costituite.

Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza va desunto, più che da rapporto tra attività e passività, dalla possibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le proprie obbligazioni.

Sussiste differenza concettuale tra l'insolvenza c.d. "civile", che risponde ad un concetto statico il quale si concretizza nel momento in cui il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore gli impedisce di adempiere con regolarità alle proprie obbligazioni, e la cosiddetta insolvenza "commerciale", di ordine dinamico, in quanto riferita alle condizioni patrimoniali dell'impresa, che per sua natura costituisce un'entità costantemente variabile. Pertanto l'insolvenza in una prospettiva dinamica è legata non all'incapacità in sé del patrimonio dell'imprenditore ma ad una vera impotenza patrimoniale definitiva e irreversibile, che impedisce la prosecuzione dell'attività dell'impresa e quindi della possibilità di creare i ricavi necessari all'estinzione delle obbligazioni.

Ai fini della dichiarazione di fallimento è necessario e sufficiente l'accertamento di una situazione di impotenza economico-patrimoniale, idonea a privare il soggetto della possibilità di fare fronte, con mezzi "normali", ai propri debiti; accertamento che può essere desunto, più che dal rapporto tra attività e passività, dall'impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni. Tutto ciò si deve tradurre in una situazione di prognosi irreversibile e non già in una mera temporanea impossibilità di regolare adempimento dell'obbligazioni assunte.

S.F.

(... Omissis...)

Fatto e diritto.

Con sentenza n. 14/2014 del 20 maggio 2014, il Tribunale di Imperia, visto il decreto di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo emesso in pari data, ha dichiarato il fallimento della Porto di Imperia s.p.a., nominando come curatori il dott. Filiberto Ferrari Loranzi e il prof. avv. Stefano Ambrosini.

Con ricorso depositato il 16 giugno 2014, la società fallita, unitamente alle sue socie Acquamare s.r.l. in concordato preventivo e Imperia Sviluppo s.r.l., ha proposto reclamo contro la sentenza, chiedendone la revoca.

In accoglimento del reclamo la Corte d'Appello di Genova, con sentenza n. 6/2015 del 22 gennaio 2015, ha dichiarato la nullità della sentenza di fallimento di Porto di Imperia s.p.a. Con ricorso notificato in data 12 febbraio 2015 la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Genova ha impugnato la sentenza n. 6/2015 dinanzi alla Corte di Cassazione. Il Fallimento ha notificato ricorso adesivo; Porto di Imperia s.p.a., Imperia Sviluppo s.r.l. e Acquamare s.r.l. in concordato preventivo hanno resistito con controricorso.

In pendenza del giudizio davanti alla Corte di Cassazione, con ricorso del 22 maggio 2017, Porto di Imperia s.p.a. e Imperia Sviluppo s.r.l. hanno chiesto in applicazione dell'art. 19 l.fall. e/o dell'art. 373 c.p.c., la sospensione della liquidazione dell'attivo del fallimento di Porto di Imperia s.p.a.

La Corte d'appello in accoglimento del ricorso con ordinanza

del 01 agosto 2017 ha sospeso la liquidazione dell'attivo del fallimento Porto di Imperia s.p.a. fino alla definizione del procedimento di reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento.

Il giudizio dinanzi alla Corte di Cassazione si è concluso con ordinanza n. 13212, resa in data 15 gennaio 2020 e depositata in Cancelleria il 17 maggio 2021, che ha cassato la sentenza impugnata ed ha rinviato alla Corte d'Appello di Genova, in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Con ricorso ex art. 392 c.p.c. il Fallimento ha riassunto la procedura. Si sono costituite la società Porto di Imperia s.p.a. e Imperia Sviluppo srl e il PG; non si costituiva Acquamare srl in fallimento sebbene ritualmente avvisata.

All'udienza del 03 marzo 2022, tenuta con trattazione scritta, le parti precisavano come in epigrafe indicato e la causa era trattenuta in riserva.

1. Sul reclamo.

La Corte d'Appello di Genova ha ritenuto che la sentenza dichiarativa di fallimento fosse stata pronunciata d'ufficio, in assenza dei presupposti di legge, e ne ha dichiarato la nullità. La Suprema Corte in applicazione del principio di diritto di cui alla sentenza nr. 1169/2017 secondo cui "La pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, impedisce la dichiarazione di fallimento solo temporaneamente, fino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall., ma non determina l'improcedibilità del procedimento prefallimentare iniziato su istanza del creditore o su richiesta del P.M., sicché il decreto con cui il tribunale abbia, malgrado ciò, dichiarato improcedibile il ricorso ex art. 15 l.fall., quale mera conseguenza dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, non implica, di per sé, alcuna definizione negativa, nel merito, dell'istruttoria prefallimentare, limitandosi ad attuare il necessario coordinamento organizzativo tra le procedure. Ne consegue che, una volta rimossa la condizione preclusiva alla pronuncia della sentenza di fallimento per effetto della revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall., i ricorrenti conservano la pienezza dei loro poteri di impulso per la prosecuzione del procedimento, senza che alcuna valenza preclusiva possa discendere dalla mancata contestazione dell'indicato decreto" (ivi compreso il P.M. Sez. 1 - , Sentenza n. 1169 del 18/01/2017), ha accolto il ricorso del P.G. ed ha rimesso gli atti alla Corte di Appello per esaminare nel merito i motivi del reclamo.

Il Tribunale di Imperia ha ritenuto:

- che lo stato di insolvenza "si vinceva direttamente già dallo stesso piano di concordato, nel quale si prevede il pagamento dei creditori chirografari in una percentuale del 34%, e pertanto l'incapacità della società di soddisfare integralmente i crediti";

- e che, in ogni caso, l'insolvenza risultava ancora più evidente alla data della decisione, "richiamati i contenuti della relazione ex articolo 173 l.fall. e del decreto di revoca dell'ammissione dal momento che, anche senza voler entrare nel merito dei vari profili di criticità rilevati dai Commissari, si poteva osservare che "il pagamento dei creditori, derivando dagli ordinari introiti di gestione del porto turistico, presuppone la continuità dell'attività d'impresa, continuità che invece non appare possibile per i motivi ivi evidenziati" (prov. impugnato).

Avverso tale decisione avevano proposto reclamo Porto di Imperia s.p.a., Acquamare s.r.l. (a sua volta dichiarata fallita nel corso del giudizio di Cassazione) e Imperia Sviluppo s.r.l., che avevano contestato l'esistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento.

Le parti reclamanti davanti al Tribunale avevano sostenuto:

- che la gestione ordinaria era in utile, con un margine operativo lordo superiore ad euro 900.000,00;
- che la situazione debitoria ammontava, alla data della sentenza, ad euro 13.250.000,00 (al netto dei debiti nei confronti di Acquamare, che sarebbero stati rinunciati in occasione dell'accordo a tre con il sistema bancario), ed era quindi inferiore a quella stimata dai Commissari Giudiziari nella relazione ex art. 173 l. fall. e destinata, secondo le reclamanti, ad ulteriormente ridursi a 9 milioni di euro;
- che alla data di dichiarazione del fallimento la società disponeva di liquidità per € 3.300.000,00 ed erano in corso operazioni di incasso di crediti per quasi 5 milioni di euro;
- che i soci privati avevano già manifestato nei fatti la volontà di sostenere la società ed analogo interessamento era stato manifestato da alcuni proprietari di posti barca di rilevante valore nell'ipotesi di ritorno *in bonis* della società;
- che erano in corso concrete trattative per ottenere dal sistema bancario la liberazione della garanzia ipotecaria prestata a favore di Acquamare, trattative che avevano fatto segnalare la formulazione di una proposta da parte delle banche;
- che la pretesa creditoria dell'Agenzia delle Entrate, pari a 142 milioni di euro, non corrispondeva ad un reale debito in quanto priva di fondamento e destinata a cadere;
- che era vicina alla definizione la transazione con Acquamare avendo il giudice delegato al concordato preventivo di detta società autorizzato la formulazione di una proposta di accordo;
- che il provvedimento del Comune di Imperia di diniego della proroga della concessione demaniale marittima era stato impugnato davanti al TAR Liguria e da detto Tribunale sospeso in via cautelare;
- che la situazione patrimoniale della società Porto di Imperia, avuto riguardo in particolare al valore dei posti barca, era in grado di garantire il pagamento di eventuali debiti futuri.

2. Il provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato preventivo.

Preliminarmente si rileva che non sussiste alcun nesso di pregiudizialità tecnico giuridica tra le procedure.

Come insegnato dalla Suprema Corte tale nesso non sussiste neppure durante le eventuali fasi di impugnazione dell'esito negativo del concordato preventivo (Cass., sez. un., n. 9935/2015) e pertanto il fallimento può intervenire ove il concordato "in bianco" sia dichiarato inammissibile a prescindere dal fatto che la decisione di non ammissione sia stata a sua volta gravata (benché inammissibilmente: v. Cass., sez. un., n. 27073/2016).

Infatti "L'effetto devolutivo pieno che caratterizza il reclamo avverso la sentenza di fallimento riguarda anche la decisione negativa sulla domanda di ammissione al concordato, perché parte inscindibile di un unico giudizio sulla regolazione concorsuale della stessa crisi, sicché, ove il debitore abbia impugnato la dichiarazione di fallimento, censurando innanzitutto la decisione del tribunale di revoca dell'ammissione al concordato, il giudice del reclamo, adito ai sensi degli artt. 18 e 173 l.fall., è tenuto a riesaminare - anche avvalendosi dei poteri officiosi previsti dall'art. 18, comma 10, l.fall., nonché del fascicolo della procedura, che è acquisito d'ufficio - tutte le questioni concernenti la predetta revoca, pur attinenti a fatti non allegati da alcuno nel corso del procedimento innanzi al giudice di primo grado, né da quest'ultimo rilevati d'ufficio,

ed invece dedotti per la prima volta nel giudizio di reclamo ad opera del curatore del fallimento o delle altre parti ivi costituite (Cass., n. 1169/2017 cit.).

Ciò posto, nel caso in esame la decisione del Tribunale di revoca dell'ammissione al concordato e sulla sussistenza dello stato di insolvenza costituisce un unicum e si fonda sugli stessi elementi:

a) la valutazione dell'incapacità della società di soddisfare integralmente i crediti (nella relazione ex art. 173 l.f. si prevede il soddisfacimento dei chirografari in misura del 34%); b) la stima dell'impossibilità da parte della società di continuare l'attività di impresa nelle predette condizioni finanziarie ed in assenza della concessione demaniale marittima, che impediva in ogni caso la prosecuzione dell'attività di impresa. Le decisioni devono essere confermate.

Le reclamanti sostengono la possibilità della continuità aziendale risultando un reddito di oltre mezzo milione di euro; una liquidità di € 3.300.000,00=; oltre cinque milioni da incassarsi per la vendita di posti barca; nonché il sostegno soci privati; la transazione con Acquamare con notevole riduzione dei debiti verso terzi.

Tutte queste ultime circostanze, aleatorie e non provate, risultano irrilevanti a fronte dell'oggettiva impossibilità della prosecuzione dell'attività imprenditoriale determinata dalla revoca della concessione demaniale (e dell'ingente debito nei confronti dei creditori sopra indicato).

La stessa proposta di concordato riconosceva espressamente che la concreta fattibilità del piano sarebbe stata influenzata in modo determinante dalla proroga o, al contrario, dalla decadenza dalla concessione demaniale marittima per la realizzazione e gestione del Porto, che è venuta meno; oltre ai rischi connessi all'avviso di accertamento emesso dall'Agenzia delle Entrate di Imperia; dalla pronta definizione di un accordo con Acquamare e con le banche creditrici, che non si è realizzata.

La relazione dei Commissari Giudiziali, ai sensi dell'art. 173 l.fall., a sette mesi dal decreto di ammissione (doc. 4 avv., I giud. reclamo) espone che *"in relazione a nessuna di queste rilevanti criticità, manifestamente condizionanti la fattibilità del piano, la debitrice è riuscita a conseguire risultati apprezzabili in termini di certezza (e neppure di significativa probabilità); al contrario nessuna di tali condizioni si è verificata e continua purtroppo a regnare sovrana, nell'imminenza della data fissata per l'adunanza dei creditori, un'incertezza oggettivamente incompatibile con la perseguibilità del concordato"* (doc. 1, pag. 3, I giud. reclamo);

- evidenziavano inoltre che: *il nuovo piano finanziario, "promesso" ai commissari e alle banche per la fine del 2013, alla data odierna non risulta essere stato neppure completato; conseguentemente, la società debitrice non ha provveduto alla (più volte preannunciata) modifica della domanda del piano; le banche, per bocca del loro legale, hanno dichiarato di attendere detto piano finanziario per poterlo esaminare, dopodiché si pronunceranno, senza impegni di sorta (neppure di larga massima), nel merito delle richieste della debitrice; ... la trattativa con Acquamare non può definirsi conclusa, come denota al fatto che la debitrice non ha presentato alcuna istanza ex art. 167 l.fall. per essere autorizzata a stipulare con Acquamare il contratto di transazione; il contenzioso con l'Agenzia delle Entrate è tuttora pendente e altrettanto dicasi per il connesso procedimento penale tributario; la vertenza con il Comune di Imperia pare rinviata sine die e il Sindaco, ancora in data 14 marzo scorso, ha più in generale stigmatizzato «la mancanza di passi avanti nella direzione auspicata»* (doc. 1, pagg. 3 e 4, I giud. reclamo).

Peraltro nella stessa istanza ex art. 161 L.F. - che rimanda all'attestazione dell'esperto - si dà atto che la concreta fattibilità del piano dipendeva da circostanze indipendenti dalla volontà della società e del tutto aleatorie (relazione esperto dott. Bonivento, allegata all'istanza di concordato):

Il Tribunale ha quindi recepito le conclusioni dei Commissari, che nella medesima relazione ex art. 173 l.fall. avevano rilevato come la prosecuzione dell'*iter* concordatario risultasse incompatibile con l'osservanza del disposto dell'art. 181 l.fall., preclusa dall'impossibilità di consentire ai creditori di esprimere il proprio eventuale consenso in modo informato ed impedita, e più in generale, dall'assenza del requisito della fattibilità giuridica.

Il giudizio dei Commissari (del 26.03.2014), peraltro già espresso dall'esperto, ex ante è stato poi confermato dalle circostanze sopravvenute.

Con contratto del 28.12.1986 il Comune aveva concesso la "temporanea occupazione e l'uso della zona demaniale marittima per la durata di 55 anni" di cui 5 anni (prorogabile di un ulteriore anno) per l'esecuzione dei lavori di realizzazione dell'approdo turistico, e di 50 anni per la gestione del porto. La società Porto di Imperia in data 06.12.2011 aveva formulato istanza di proroga del termine di ultimazione dei lavori; l'istanza è stata rigettata dal Comune per violazione del termine di cui all'art. 4, comma 5, della concessione.

Con comunicazione del 02.01.2013 il Comune ha informato la società dell'avvio della procedura per la decadenza della concessione ex art. 47, lett. *a* e *f* c.n., della concessione demaniale per la costruzione e gestione del porto.

Con determinazione del Comune di Imperia nr. 1649 del 18.04.2014 è stata disposta la decadenza della concessione nr. 2306 del 28.12.2006 con cui il Comune di Imperia aveva affidato la costruzione e la gestione del porto turistico al Porto di Imperia s.p.a.

Il Tar con la sentenza nr. 686/2015, ha respinto il ricorso formulato dal fallimento per l'annullamento del predetto provvedimento comunale rilevando l'omesso pagamento del canone concessorio per le annualità 2011 e 2012.

Ha altresì ritenuto l'infondatezza della ragioni addotte dal ricorrente per giustificare l'inadempimento, atteso che il soggetto ammesso al concordato preventivo (ricorso per ammissione 20-9-2012; provv. ammissione 9 agosto 2013) può pagare i crediti rientranti nell'ordinaria amministrazione dell'impresa ed essenziale al suo svolgimento. I pagamenti dei crediti sorti anteriormente all'ammissione al concordato preventivo devono ritenersi inefficaci solo se eccedono l'ordinaria amministrazione (Cass., n. 13759/2007).

Ora è evidente che il pagamento del canone concessorio dell'area demaniale portuale è essenziale per la continuità di una impresa che ha come oggetto sociale la gestione delle attività del porto turistico (posti barca, etc).

Il mancato pagamento dello stesso è quindi palese segnale delle gravi difficoltà finanziarie in cui versava la società ancor prima dell'ammissione al concordato preventivo (agosto 2013). Le adombrate difese circa la sopravvenuta eccessiva onerosità del canone (relazione Provinciali Massimo del 19.11.2019, allegato 13 comparsa di costituzione e risposta in riassunzione) sono irrilevanti, in mancanza di una espressa relativa domanda, ma significative delle difficoltà finanziarie in cui versava la società che non era più in grado di far fronte ad obbligazioni liberamente assunte (e valutate) ed essenziali per la sua attività. Tale incapacità è indice dello stato di insolvenza in cui questa versava quantomeno dal 2012, come peraltro evidenziato dalla risultanze del bilancio e dalla relazione dei commissari,

con evidente impossibilità di far fronte al pagamento dei crediti verso i terzi ammontanti quantomeno ad oltre 13 milioni di euro (secondo la prospettazione della medesima parte, con esclusione dei debiti erariali e di quelli nei confronti di Acquamare) atteso l'azzeramento del valore delle attività della società causata dalla revoca della concessione demaniale.

3. La sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di fallimento - stato di insolvenza della Porto di Imperia s.p.a.

La parte reclamante sostiene che "*Risulta evidente come la società Porto di Imperia non si trovasse né si trovi oggi in stato di insolvenza e come, al contrario, fosse e sia oggi perfettamente in grado di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie contenute obbligazioni, naturalmente quelle riconoscibili con plausibile certezza e entità secondo un giudizio prospettivo improntato a ragionevolezza*" (comparsa di costituzione in riassunzione). La tesi è infondata e deve essere respinta alla luce delle osservazioni sopra esposte e dei dati del bilancio.

La società fin dal 2012 non è stata neppure in grado di pagare il canone della concessione demaniale, strumento indispensabile all'esercizio della sua attività di impresa.

"Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza va desunto, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla possibilità dell'impresa di continuare ad operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni" (Cass., n. 29913/2018).

Come osservato dalla Corte nella citata sentenza sussiste differenza concettuale tra l'insolvenza cd. "civile", rispondente a un concetto statico che si concretizza nel momento in cui il peggioramento delle condizioni patrimoniali del debitore gli impedisce di adempiere con regolarità le proprie obbligazioni e la cd. insolvenza "commerciale - di ordine "dinamico"- in quanto riferita alla condizione patrimoniale dell'impresa, che per sua natura costituisce un'entità costantemente variabile. Peraltro l'insolvenza in prospettiva dinamica, ovvero valutando il complesso delle operazioni economiche ascrivibili all'impresa è legata non all'incapienza in sé del patrimonio dell'imprenditore, ma a una vera impotenza patrimoniale definitiva e irreversibile.

L'incapacità dell'impresa di produrre risorse necessarie a fronteggiare il proprio indebitamento risponde a una nozione economico-aziendalistica dell'insolvenza, più che alla nozione giuridicamente rilevante ai fini dell'art. 5 legge fall.

"Invero, sul piano giuridico, l'insolvenza - presupposto oggettivo per l'assoggettamento dell'impresa al fallimento - deve essere valutata sulla base di un preciso quadro normativo, che direttamente discende dalla previsione di legge. E tale profilo si concentra sullo stato in cui versa il debitore che non è "più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni", e di cui vanno ritenuti indici tanto gli "inadempimenti" quanto gli "altri fatti esteriori". Certamente, in termini di approssimazione generale, può condividersi l'assunto (d'altronde prevalente in dottrina) secondo cui l'insolvenza differisce dall'inadempimento, poiché non indica un fatto, e cioè un avvenimento puntuale, ma appunto uno stato, e cioè una situazione dotata di un certo grado di stabilità: una situazione risolta in una "inidoneità" di dare regolare soddisfazione delle proprie obbligazioni. Dacché il principio giurisprudenziale, più volte ribadito, per cui lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, "*si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e*

di credito necessarie alla relativa attività, mentre resta in proposito irrilevante ogni indagine sull'imputabilità o meno all'imprenditore medesimo delle cause del dissesto, ovvero sulla loro riferibilità a rapporti estranei all'impresa, così come sull'effettiva esistenza ed entità dei crediti fatti valere nei suoi confronti" (ex aliis: Cass., sez. un., n. 115/2001; Cass., sez. un., n. 1997/2003 e via via fino alle più recenti).

Da tanto consegue che ai fini della dichiarazione di fallimento è necessario e sufficiente, sul piano del riscontro oggettivo di quello specifico status, l'accertamento di una situazione d'impotenza economico patrimoniale, idonea a privare il soggetto a fare fronte, con mezzi "normali", ai propri debiti; accertamento ben suscettibile di esser desunto, dunque, più che dal rapporto tra attività e passività, dalla impossibilità dell'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi ordinari le obbligazioni (indicativamente, Cass., n. 2830/2001). V. - Sennonché, ammettendo che tutto ciò abbia a tradursi in una situazione in prognosi irreversibile, e non già in una mera temporanea impossibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, è certo che legittimamente la situazione di irreversibilità suddetta può essere desunta, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento dei debiti (addirittura di un solo debito: v. Cass., n. 19611/2004). Quel che interessa infatti è che l'inadempimento sia sintomatico di un giudizio di inidoneità solutoria strutturale del debitore, e che quindi sia oggetto di valutazione complessiva (cfr. Cass., n. 23437/2017; conf. Cass., n. 5215/2008). Il riferimento alla necessità di riscontrare l'insolvenza mediante una valutazione delle condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio di attività economiche postula - semmai - che il detto stato non sia escluso - per le società operative - dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili. A tutto concedere, invero, il significato oggettivo dell'insolvenza, che è quello rilevante agli effetti dell'art. 5 legge fall., deriva da una valutazione circa le condizioni economiche necessarie (secondo un criterio di normalità) all'esercizio delle corrispondenti attività, e si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa, che si esprime nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle relative esigenze - prima fra tutte l'estinzione dei debiti (di recente Cass., n. 30209/2017)" (Cass., n. 29137/2018 in motivazione).

Nel caso in esame è venuto meno lo strumento necessario all'esercizio dell'attività di impresa (concessione demaniale) e pertanto si è realizzata quella condizione di impotenza funzionale definitiva che impedisce qualsiasi attività idonea alla soddisfazione delle obbligazioni.

Peraltro secondo il costante insegnamento della Suprema Corte l'accertamento dello stato di insolvenza prescinde dalle cause che lo hanno determinato, anche se non imputabili all'imprenditore (Cass., n. 441/2016).

È stato precisato che "secondo l'espressa previsione dell'art. 5 legge fall., la situazione di insolvenza può manifestarsi non solo attraverso inadempimenti - come detto - ma anche in altri eventuali "fatti esteriori", e la prova è ricavabile in qualunque modo, comprese le risultanze dello stato passivo (cfr. in tal senso, *ex multis*, Cass., n. 19141/2006).

L'accertamento dell'insolvenza, come sopra intesa, non s'identifica in modo necessario e automatico con il mero dato contabile fornito dal raffronto tra l'attivo ed il passivo patrimoniale dell'impresa, ma nel caso in esame esso è di per sé sufficiente per decretarne la sussistenza.

In alcuni casi è possibile che in presenza di uno sbilancio ne-

gativo l'imprenditore continui a godere di credito e sia di fatto in condizione di soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, configurandosi l'eventuale difficoltà in cui egli versa come meramente transitoria, ma è un fatto logicamente incontrovertibile che l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo patrimoniale costituisce, pur sempre, e nella maggior parte dei casi, uno dei tipici "fatti esteriori" che dimostrano l'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le proprie obbligazioni (cfr. Cass., n. 26217/2005). E nel caso in esame, attesa la revoca della concessione, sussiste l'impossibilità in concreto della prosecuzione dell'attività della impresa e quindi della possibilità di creare utili necessari all'estinzione delle obbligazioni.

È evidente che dai dati della contabilità dell'impresa è consentito muovere per poter vagliare, nella concretezza di ciascuna singola fattispecie, se il debitore disponga di risorse idonee a fronteggiare in modo regolare le proprie obbligazioni, avendo riguardo alla scadenza di queste e alla natura e composizione dei cespiti dai quali sia eventualmente ipotizzabile ricavare il necessario per farvi fronte.

Ciò premesso in considerazione dei predetti principi deve essere confermato il giudizio espresso dal Tribunale avuto riguardo all'entità complessiva del passivo che la società si trovava a fronteggiare (minimo 13.250.000 di euro) e l'insufficienza dei mezzi a disposizione per estinguere con regolarità e in modo normale le obbligazioni così accumulate (cassa a 6 milioni di euro con un utile annuo di 500.000,00 fino al 2014 e poi zero a causa della revoca della concessione) e pertanto, *insolvente* ai sensi dell'art. 5 l.fall.

3. Sulle spese del reclamo.

Non sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese atteso che le parti reclamanti costituendosi hanno insistito nei motivi di reclamo, seppure riconoscendo l'attuale situazione della società.

(...*Omissis*...)

P.Q.M.

la Corte definitivamente pronunciando, in sede di giudizio di rinvio disposto dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza nr. 13212/2021 che ha cassato la sentenza n. 06 del 22.01.2015 della Corte d'Appello di Genova, così provvede:

- 1) respinge il reclamo;
 - 2) dichiara tenute e condanna Porto di Imperia S.P.A., Imperia Sviluppo S.R.L. e Acquamar S.r.l. in fallimento alla rifusione delle spese di lite di fallimento Porto di Imperia s.p.a. che liquida in € (...*omissis*...);
 - 3) Si dà atto - ai fini dell'art. 13 comma 1 quater nel D.P.R. 115/2002 che l'appello è stato integralmente rigettato;
- (...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. volontaria famiglia, 29 aprile 2022 - Pres. Canepa - Rel. Di Lazzaro.

FAMIGLIA in genere - affidamento dei figli minori - regola generale - affidamento condiviso - condizioni per il riconoscimento dell'affido esclusivo - conflittualità fra i genitori - inidoneità.

L'affidamento condiviso del figlio ad entrambi i genitori costituisce la regola, mentre quello esclusivo può essere disposto solo quando il Giudice ritenga uno dei genitori non idoneo all'educazione della prole, disinteressato nei confronti dei figli ovvero nel caso in cui si crei una vera e propria posizione di rifiuto del figlio nei confronti

del genitore. La conflittualità tra genitori non rientra fra le cause che precludono l'affidamento condiviso del figlio poiché quest'ultimo ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura ed educazione da entrambi.

(Conf.: Cass., n. 11068/2011; Cass., n. 5108/2012; App. Roma 14.11.2007)

A.BEE.

(... Omissis...)

Con ricorso depositato il 20,09.2021 la signora .e, allegava di aver intrattenuto una relazione sentimentale con il resistente dalla quale - in data era nata la figlia che la coppia aveva vissuto a Verona dove la signora si era trasferita per motivi di studio ed ivi aveva conosciuto il compagno; che terminata la relazione, al ricorrente era tornata a Genova presso la propria famiglia; che successivamente si sono verificati forti contrasti in ordine alla gestione della figlia, in quanto il signor non avrebbe tenuto la figlia con sé per più giorni rispetto a quelli concordati con la signora nonché l'avrebbe condotta a Verona all'insaputa della medesima; che dalla fine del 2019 ad oggi il signor non ha versato nulla per il mantenimento della figlia, essendosi limitato a partecipare all'iscrizione all'asilo; che la ricorrente ad oggi percepisce unicamente una indennità di disoccupazione pari ad euro 800,00 mensili; che invece il convenuto vive e lavora a Verona dove titolare della società avente ad oggetto attività di affittacamere. Sulla base di quanto sopra, nonché di quanto meglio esposto ed argomentato in ricorso, la signora chiedeva regolamentarsi il regime di affidamento della figlia, le modalità di frequentazione con il padre nonché chiedeva a titolo di contributo per il mantenimento della bambina, al somma di euro 400,00 mensili oltre al 50% delle spese straordinarie. Si costituiva il resistente con Memoria contestando la ex adversa ricostruzione dei fatti ed in particolare allegando che la coppia si era conosciuta nel 2017 a Verona dove la signora aveva trovato lavoro presso una società di consulenza con sede in detta città; che dopo la nascita della figlia, la ricorrente, terminato il periodo di maternità obbligatoria, riprendeva il lavoro di talché la bambina trascorreva la maggior parte del tempo con il padre; che nell'estate del 2019 alla signora veniva offerta la possibilità di lavorare nel negozio di famiglia, avente ad oggetto la vendita di articoli sportivi, sito in Genova, nonché la possibilità di abitare in una casa a Pieve Ligure, che secondo i progetti della coppia avrebbe dovuto costituire un mero punto di appoggio in occasione dei rientri a Genova; che tuttavia la relazione sentimentale poi terminava ed il signor prendeva in locazione un appartamento a Genova, sito nelle vicinanze del luogo di lavoro della madre così da facilitare le frequentazioni con la figlia; che il convenuto ha sempre trascorso moltissimo tempo con la bambina e chiede pertanto che ciò sia mantenuto in ossequio al principio della bigenitorialità; che pertanto la minore ben potrebbe essere affidata in forma condivisa ad entrambi i genitori con previsione di tempi paritetici presso ciascun genitore e mantenimento diretto; che per quanto riguarda gli aspetti economici il convenuto è titolare di una ditta individuale a Verona, avente ad oggetto attività di affittacamere; che egli è proprietario dell'immobile in conviveva con la ricorrente, ma che ad oggi deve versare euro 450,00 mensili per la locazione dell'immobile di Genova; che invece la ricorrente vive a Pieve Ligure e non ha oneri alloggiativi in quanto la casa è di proprietà dei suoi familiari; che la stessa lavora Alt time nel negozio di articoli sportivi ed inoltre nel fine settimana svolge attività di guida di mountain bike.

Sulla base di quanto sopra, nonché di quanto meglio esposto ed argomentato in Memoria, il signore chiedeva disporsi l'affidamento condiviso della figlia con tempi paritetici tra i genitori e mantenimento diretto.

All'udienza del 04.04.2022 venivano sentite le parti e, all'esito il G.D. si riservava di riferire al Collegio.

Regime di affidamento della figlia minore, collocazione abitativa è regime di frequentazione tra i genitori.

Per quanto riguarda l'affidamento dei minori ritiene il Collegio che non vi sia motivo alcuno per derogare alla regola generale dell'affido condiviso: va infatti precisato che in seguito alla riforma attuata con la I. 54/2006 l'affidamento condiviso costituisce la regola, mentre quello ° esclusivo può essere disposto unicamente quanto il Tribunale ritenga uno dei genitori idoneo all'educazione della prole, ovvero in casi di disinteresse di un genitore verso i figli, ovvero nel caso in cui si sia creata una vera e propria posizione di rifiuto dei figli verso un genitore: nessuna di queste situazioni ricorre nel caso di specie ove si registra unicamente una conflittualità di coppia che non risulta tale da alterare o porre in pericolo l'equilibrio e lo sviluppo psico-fisico della figlia. La stessa Corte di Cassazione ha avuto modo di sottolineare come l'affidamento condiviso non sia precluso dalla conflittualità tra i genitori in quanto, diversamente ragionando, avrebbe una applicazione solo residuale, mentre il figlio ha diritto di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori e di ricevere cura ed educazione da entrambi (cfr. Cass. 19.05.2011, n. 11068; Cass., 29.03.2012, n. 5108; App. Roma, 14.11.2007).

La figlia minore va quindi affidata in forma condivisa ad entrambi i genitori con mantenimento della residenza anagrafica presso la madre, così come è stato finora.

Il regime di frequentazione della minore con il padre potrà essere il più ampio possibile, compatibilmente con gli impegni lavorativi di quest'ultimo, considerato peraltro che il predetto ha dichiarato di vivere stabilmente a Genova e di poter gestire completamente da remoto la propria attività di affittacamere. Il convenuto potrà quindi tenere con sé la figlia a fine settimana alternati con la madre, dal giovedì dall'uscita dall'asilo fino alla domenica sera quando la riporterà presso la madre prima o dopo cena a seconda delle esigenze della minore.

La settimana in cui il week end è di spettanza della madre, il padre potrà prendere e tenere con sé la figlia nella giornata da mercoledì dall'uscita dell'asilo fino al venerdì mattina con accompagnamento all'asilo.

Nella settimana in cui il week end è di competenza paterna il signora potrà invece vedere la figlia dal mercoledì dall'uscita dall'asilo fino al giovedì mattina con accompagnamento all'asilo. Le festività civili e religiose seguiranno il criterio dell'alternanza annuale tra i genitori mentre durante le vacanze estive la minore potrà trascorrere con ciascun genitore un periodo di quindici giorni anche non consecutivi.

Eventuali modifiche o impedimenti di ciascun genitore, dettati da impegni lavorativi o altro giustificato motivo, dovranno essere comunicati all'altro con un congruo preavviso così da consentire all'altro di organizzarsi di conseguenza.

Sugli aspetti economici.

Per quanto riguarda gli aspetti economici, dagli atti e dalle allegazioni e produzioni delle parti risulta quanto segue: la signora vive con la figlia nella casa di proprietà dei genitori ed è dunque priva di oneri alloggiativi e percepisce uno stipendio mensile di euro 850,00 essendo stata assunta part

time nell'attività di famiglia, di vendita di articoli sportivi. Il signor deve invece corrispondere un canone di locazione di euro 390,00 mensili e dal punto di vista lavorativo gestisce alcuni immobili a Verona quali case vacanze e/o b&b. Sulla base della documentazione prodotta, il medesimo risulta percepire i seguenti redditi: MOD PP 2019: reddito imponibile euro 15.842,00 da cui al netto delle imposte si ricavano entrate mensili calcolate su dodici mensilità pari a circa euro 1.000,00; MOD PF 2020: reddito imponibile euro 24.946,00 da cui al netto delle imposte si ricavano entrate mensili calcolate su dodici mensili-Ci pari a circa euro 1.650,00; MOD PP 2021: reddito imponibile euro 11.606,00 da cui al netto delle imposte si ricavano entrate mensili calcolate su dodici mensilità pari a circa euro 850,00.

Il convenuto è poi proprietario di un immobile, in Verona, dove vive la sorella, gravato da mutuo le cui rate sono corrisposte dalla di lui madre.

Sulla base di tutto quanto sopra, valutate comparativamente le condizioni economiche delle parti, tenuto conto dei tempi di permanenza della minore presso ciascun genitore e delle esigenze della bambina in relazione alla sua età, pare equo determinare, quale contributo al suo mantenimento da parte del Signor la somma mensile di euro 250,00 somma che il medesimo dovrà versare entro il giorno 5 di ogni mese in favore della signora e soggetta a rivalutazione annuale ISTAT come di legge, oltre al 50% delle spese straordinarie relative alla minore secondo la disciplina e lo schema di cui al Verbale ex art. 47 O.G. della Sezione Famiglia del Tribunale di Genova pubblicato sul sito del Tribunale e sul sito dell'URP degli Uffici Giudiziari di Genova (<http://www.u.ufficijudiziari.genovail/>).

P.Q.M.

Dispone che il regime di affidamento, la collocazione abitativa e il regime di frequentazione della figlia minore ra i genitori, nonché il contributo al suo mantenimento da parte del padre siano regolati secondo le modalità come sopra meglio specificate ed alle quali conferisce vigore. (...*Omissis*...)

I

Tribunale di Genova, 10 luglio 2019, n. 1810 - Giudice Unico Ferrari - L. (Avv. Buffa) c. Editrice S.p.A. e c. altri (Avv.ti Galliano e Ferrari). (1)

RESPONSABILITÀ civile - diritto di cronaca e di critica - diritto all'onore e alla reputazione - verità obiettiva della informazione - interesse pubblico alla informazione - sussistono nel caso di specie.

RESPONSABILITÀ civile - diritto di cronaca - notizia di cronaca - titolo eclatante - fatti veri - difficoltà di reperimento della notizia all'interno dell'articolo - insinuazione del dubbio nel lettore - carattere diffamatorio della notizia - sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - quantificazione mediante presunzioni semplici - ammissibilità.

RESPONSABILITÀ civile - diffamazione a mezzo stampa - sanzione pecuniaria - autonomia - risarcimento del danno - differenze - limiti.

(Art. 12, L. n. 47/1948)

MEDIAZIONE - mediazione obbligatoria - mancata partecipazione - corresponsione di somma di importo corrispondente al contributo unificato.

(Art. 8, comma 4 bis, D.lgs. 28/2010 come integrato dalla L. 98/2013)

Il bilanciamento tra i diritti di cronaca e critica, da un lato, e quelli all'onore ed alla reputazione, dall'altro, comporta l'individuazione di limiti all'esercizio dei primi, identificati nella verità obiettiva delle informazioni (verità anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), nella continenza delle espressioni usate e nell'interesse pubblico all'informazione (cosiddetta pertinenza). Quest'ultimo può ritenersi sussistente nel caso di specie, dal momento che non risulta violato quando le persone coinvolte godano di una diffusa notorietà, sia pure limitata all'ambito locale, atteso che la scriminante non impone che si tratti di persone pubbliche in chiave necessariamente nazionale, mentre la congiunta rilevanza, almeno astrattamente, penale dell'episodio conferisce allo stesso un interesse pubblico oggettivamente apprezzabile, che giustifica la proiezione non solo locale della notizia.

Qualora attraverso il ricorso a locuzioni, il lettore tragga, quale risultato di maggiore evidenza (specie a fronte di una, già richiamata e del tutto diffusa, lettura rapida e non meticolosa dei quotidiani), la notizia, non vera, della qualità di un soggetto quale indagato, la non veridicità dell'informazione comporta, per ciò solo, il carattere diffamatorio della notizia. (Nel caso di specie emergere come la volontà giornalistica sia stata quella di insinuare nel lettore il dubbio e la confusione attraverso l'associazione del nome dell'attore all'indagine condotta dalla Procura: nonostante nel contesto di alcuni degli articoli in parola si precisi come l'attore non risulti indagato, tale affermazione risulta di difficile reperimento ad opera del lettore (essendo, appunto, collocata all'interno di articoli lunghi ed elaborati e, come tale, non ictu oculi evidente, specie a fronte di una frettolosa ed imprecisa lettura).

La quantificazione del danno non patrimoniale, essa può essere provata anche mediante presunzioni semplici là dove, proprio in materia di danno causato da diffamazione a mezzo della stampa, idonei parametri di riferimento possono rinvenirsi, tra gli altri, dalla diffusione dello scritto, dalla rilevanza dell'offesa e dalla posizione sociale della vittima.

La sanzione pecuniaria (prevista dall'art. 12 della l. n. 47 del 1948) nell'ipotesi di diffamazione commessa col mezzo della stampa, si aggiunge, senza sostituirsi, al risarcimento del danno causato dall'illecito diffamatorio, e presuppone la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi del delitto di diffamazione, sicché non può essere comminata alla società editrice e può esserlo, invece, al direttore responsabile, purché la sua responsabilità sia dichiarata per concorso doloso nel reato di diffamazione e non per omesso controllo colposo della pubblicazione.

Alla mancata partecipazione al procedimento di mediazione consegue la condanna al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio.

II

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 8 giugno 2022 - Pres. Bruno - Est. Albino - L. (Avv. Buffa) c. Editrice S.p.A. e c. altri (Avv.ti Galliano e Ferrari).

RESPONSABILITÀ civile - diritto di cronaca - notizia di cronaca - titolo eclatante o fuorviante - fatti veri - secondarietà, anche grafica, della notizia all'interno del-

(1) In *Questa* rivista, n. 2/2019, pag. 14 e segg.

l'articolo - insinuazione del dubbio nel lettore - carattere diffamatorio della notizia - sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - diritto di cronaca - requisito della pertinenza e della continenza - uso di espedienti stilistici, allusivi e accostamenti suggestivi - carattere diffamatorio della notizia - sussiste.

RESPONSABILITÀ civile - danno non patrimoniale - danno in re ipsa - non sussiste - prova mediante presunzioni - ammissibilità - liquidazione equitativa del danno.

Per considerare la divulgazione di notizie lesive dell'onore e della reputazione come lecita espressione del diritto di cronaca ed escludere la responsabilità civile per diffamazione a mezzo stampa deve anzitutto ricorrere, oltre all'interesse pubblico, il requisito della verità oggettiva (anche solo putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca), intesa a garantire la corrispondenza tra la narrazione ed i fatti realmente accaduti.

Anche il solo titolo può assumere specifica rilevanza lesiva quando sia formulato in termini tali da rendere un'affermazione compiuta, chiara, univoca ed integralmente percepibile senza la lettura del testo, risultando così idoneo di per sé, proprio in ragione della sua icastica perentorietà, ad impressionare e fuorviare il lettore più frettoloso, a nulla rilevando che, nel complesso dell'elaborato giornalistico, ma con rilevanza, anche grafica, del tutto secondaria, sia precisata la realtà dei fatti.

I requisiti della cd. pertinenza, ossia della forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, e cioè la cd. continenza, in base al quale non è consentito eccedere lo scopo informativo da conseguire, non sussistono quando nell'articolo vengano utilizzati espedienti stilistici come allusioni e accostamenti suggestionanti idonei a trasmettere al lettore medio giudizi negativi sulla persona oggetto della notizia.

Sebbene l'esistenza del danno non possa essere ritenuta "in re ipsa", il pregiudizio subito dal soggetto leso può essere desunto presuntivamente, assumendo a parametri di riferimento la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima.

La liquidazione del danno da parte del giudice può essere effettuata equitativamente tenuto conto: della elevata notorietà del diffamante, dell'elevato pregiudizio del diffamato sotto il profilo personale, professionale e istituzionale, della pluralità degli episodi diffamatori; della diffusione della notizia da valutare in relazione all'ambiente regionale di riferimento, della natura dell'operazione giornalistica volta alla demigrazione della figura del diffamato.

F.M.

II

(...Omissis...)

Svolgimento del processo.

Con atto di citazione notificato il 1/2/2016, il Dott. Francesco Lalla citava in giudizio davanti al Tribunale di Genova Italiana Editrice S.p.a., quale editore de "Il Secolo XIX", Dott. (...), quale Direttore del predetto quotidiano, ed i giornalisti redattori Dott. (...) per sentirli condannare al risarcimento del danno non patrimoniale patito in conseguenza della pubblicazione, sul quotidiano "Il Secolo XIX" di articoli, in data 14/3/201 e 17-18/3/2016, aventi contenuto diffamatorio nei suoi confronti. Si costituivano Italiana Editrice S.p.a. (Itedi S.p.a.), Dott. (...), contestando la fondatezza delle domande svolte dall'at-

tore e rilevando che le pubblicazioni oggetto di causa erano rispettose dei principi di verità, continenza e pertinenza e, quindi, non potevano dirsi integrati alcun illecito.

Con la sentenza impugnata, il Tribunale di Genova, accoglieva la domanda attorea e così provvedeva:

"- Dichiaro la portata diffamatoria nei confronti dell'attore Lalla Francesco della locandina e degli articoli di giornale, redatti dai convenuti dott. (...), pubblicati dal giornale quotidiano Il Secolo XIX, edito dalla convenuta Società Italiana S.p.a. (anche ITEDI S.p.a.), per come partitamente indicati nell'atto di citazione (locandina e articoli in prima pagina e a pag. 16 dell'edizione del 14 marzo 2015; articolo a pag. 17 dell'edizione del 17 marzo 2015; articolo a pag. 14 dell'edizione del 18 marzo 2015), e per l'effetto, condanna i convenuti Italiana Editrice S.p.a. (anche ITEDI S.p.a.), in persona del legale rappresentante pro tempore, Dott. (...), in solido tra loro, al pagamento a favore dell'attore Lalla Francesco della somma di euro 25.000, per il titolo di cui in motivazione, oltre accessori come in parte motiva;

- Condanna i convenuti Dott. (...) alla corresponsione della somma di € 1.000,00 ciascuno a favore dell'attore Lalla Francesco ex art. 12 L. n. 47/1948;

- Respinge la domanda attorea di condanna ex art. 12 L. 47/1948 nei confronti dei convenuti Italiana Editrice S.p.a. (anche ITEDI S.p.a) e Dott. (...);

- Condanna i convenuti Italiana Editrice S.p.a. (anche ITEDI S.p.a), in persona del legale rappresentante pro tempore, Dott. (...), in solido tra loro, al pagamento a favore dell'attore Lalla Francesco delle spese di lite, che liquida in euro 7.254,00- per compenso ed in euro 809,63- per esborsi, oltre spese generali al 15%, IVA e CPA come per legge;

- Condanna parte convenuta al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di una somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il presente giudizio".

Afferma il Tribunale, dopo aver riportato gli atti da cui emergeva per la parte attrice la lamentata diffamazione, ossia:

- locandina del 14 marzo 2015, recante la scritta, tutta in caratteri maiuscoli: "scandalo Carige l'ex capo dei PM Lalla sotto inchiesta";

- articolo del 14 marzo 2015, titolo in prima pagina: "L'inchiesta aperta a Torino. Berneschi inguaita anche l'ex capo della procura di Genova"; a ciò si affianca poi il contenuto del relativo articolo, a pag. 16 del quotidiano... aventi ad oggetto i presunti "favori da Berneschi", all'epoca amministratore delegato di Banca Carige spa, "all'ex Procuratore Capo Lalla sotto inchiesta nello scandalo Carige" con riguardo alla richiesta di assunzione in Carige di una "nipote", con conseguente apertura di "un'inchiesta parallela ... dalla Procura di Torino, in cui ci sono tra gli altri i nomi dell'ex procuratore capo di Genova Francesco Lalla"; ...nel medesimo articolo era stato scritto: "Fra il 2002 e il 2003 le Fiamme Gialle focalizzarono un giro di false fatture e fondi neri e varie truffe sulle compravendite immobiliari del gruppo creditizio ... Nelle vecchie indagini condotte ai tempi di Lalla ... vennero archiviati molti dei personaggi arrestati l'anno scorso su (nuova) inchiesta";

- sempre in relazione all'articolo del 14 marzo 2015, pag. 16 del quotidiano: si contesta agli autori di avere riportato in termini travisati e non veritieri un'intervista telefonica fatta a parte attrice, con inserimento di un'espressione "inventata dall'autore dell'articolo" e mai pronunciata da Lalla (nella specie, il termine "nipote");

- articolo di martedì 17 marzo 2015, pag. 17 del quotidiano, recante il titolo: "Coinvolto nell'indagine per i presunti favori chiesti a Berneschi. Le dimissioni pro forma dell'ex pm. Lalla rimette il mandato da difensore civico, la Regione dice subito "che lo confermerà"; si contesta, in tal senso, la reiterazione, nel contenuto dell'articolo in oggetto, di quanto già riportato sul quotidiano in data 14 marzo

2015, con particolare riferimento alla falsa affermazione relativa al fatto che "l'inchiesta si sia concentrata anche su di lui";

- articolo di mercoledì 18 marzo 2015, pag. 14 del quotidiano: nell'ambito della notizia intitolata "Caso Carige. Difensore civico, per Lalla conferma "annunciata"", l'attore pone l'accento sulla, anche qui, reiterazione della notizia circa il suo "coinvolgimento nelle indagini",

che nella vicenda in esame risultano essere stati travalicati i differenti limiti della verità obiettiva della notizia, nonché (e soprattutto) della continenza con cui la medesima è stata riferita, posto che l'uso di espressioni formalmente scorrette ed allusive ha inciso su entrambi i profili anzidetti, con conseguente statuibilità del carattere diffamatorio degli articoli e della locandina. Proseguiva il Tribunale affermando che l'analisi dei singoli atti evidenziava come la volontà giornalistica fosse stata quella di insinuare nel lettore il dubbio e la confusione circa la qualità del Dott. Francesco Lalla come indagato, attraverso l'associazione del nome dell'attore all'indagine condotta dalla Procura di Torino sul caso Carige, laddove detta qualità del Dott. Francesco Lalla di indagato non fosse vera. Per quanto nel contesto di alcuni articoli si precisasse che "Lalla non risulta indagato" tale dato, nell'ambito dell'elaborato giornalistico, assumeva un'importanza ed una rilevanza grafiche del tutto secondarie. Infatti - aggiungeva il Tribunale - il riferimento al fatto che il Dott. Francesco Lalla non fosse indagato risultava di difficile reperimento ad opera del lettore, e come secondario rispetto alle espressioni di primo impatto per cui egli era sotto inchiesta. La non veridicità dell'informazione comportava, per ciò solo, il carattere diffamatorio della notizia. Doveva - proseguiva il Tribunale - ritenersi l'illiceità diffamatoria di un'operazione giornalistica da cui emerge il coinvolgimento nell'ambito di un'inchiesta giudiziaria di un soggetto che non abbia mai assunto la formale qualità di indagato, ove tale dato non sia esplicitato in maniera evidente e preponderante rispetto al resto del contenuto della notizia, e, soprattutto, ove la struttura degli articoli e della locandina insinuino nel lettore il dubbio circa la colpevolezza di un individuo nei cui confronti la magistratura non abbia ritenuto nemmeno di indagare in via formale. Anche sotto il profilo della continenza - proseguiva il Tribunale - l'espressione "inchiesta", quale termine utilizzato nella locandina ed in apertura di uno degli articoli indicati (e, quindi, quale termine di impatto, anche visivo, del tutto preponderante) allude all'"indagine svolta oralmente o per iscritto per determinare lo stato oggettivo di fatti, situazioni, e sim." (cfr. Treccani) e, quindi, ad una circostanza non rispondente al vero e, come tale, non correttamente utilizzata. La scorrettezza formale faceva emergere una volontà allusiva alla ritenuta colpevolezza del Dott. Francesco Lalla, di cui erano dimostrazione le espressioni "inguaia" o "assolto" (in relazione alla decisione del Consiglio regionale di fronte alle dimissioni formali del Lalla da Difensore civico), nonché l'accostamento di parte attrice a soggetti effettivamente indagati e poi condannati, o, ancora, la relazione giornalisticamente instaurata tra la stessa parte e lo "scandalo Carige", termine nuovamente incisivo in tal senso. In sostanza, le notizie in oggetto sono state riportate senza quella moderazione, misura e proporzione delle modalità espressive, richieste dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui dette espressioni "non devono trascendere in attacchi personali diretti a colpire l'altrui dignità morale e professionale". Il Tribunale, indi, riconosceva a titolo di danno non patrimoniale all'attore la somma di euro 25.000,00, oltre rivalutazione ed interessi e condannava i convenuti Dott. (...) alla corresponsione all'attore della somma di euro 1.000,00 a titolo di riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge 47/48.

Avverso la suindicata sentenza hanno interposto appello Ita-

liana Editrice S.p.a., ora Gedi News Network S.p.a., Dott. (...), chiedendo la riforma della sentenza, con il rigetto della domanda proposta dall'originario attore, articolando i motivi di seguito indicati.

Si è costituito l'appellato Dott. Francesco Lalla, chiedendo il rigetto dell'appello e proponendo appello incidentale al fine del riconoscimento di una maggior somma a titolo di risarcimento del danno non inferiore ad euro 50.000,00, nonché a titolo di riparazione pecuniaria.

Disposta la sostituzione dell'udienza di precisazione delle conclusioni con il deposito di note scritte contenenti le conclusioni definitive delle parti, ai sensi dell'art. 83, co. 7, lett. h), DL 18/20 la causa è stata trattenuta la causa in decisione con ordinanza 15/3/2022, con concessione dei termini di legge per conclusionali e repliche.

Motivi della decisione.

1. Con un primo articolato motivo, gli appellanti affermano che il Tribunale avrebbe in realtà palesemente confuso i requisiti della verità della notizia con quello della continenza formale, facendo derivare dalla asserita ed inesistente non correttezza delle espressioni utilizzate nelle pubblicazioni il superamento del limite del requisito della verità delle notizie, così veicolando tramite espressioni scorrette ed allusive una notizia falsa. Sostengono che non può essere messo in dubbio il fatto, riferito dal quotidiano, per cui la Magistratura di Torino - non quella di Genova, per ovvie ragioni di competenza - ebbe a svolgere indagini in modo specifico sui rapporti tra i vertici di banca Carige ed alcuni magistrati e, tra di essi, anche l'attore. Dalle produzioni in atti si ricavava che, quantomeno dal luglio 2014, risultava aperto presso la Procura della Repubblica del Tribunale di Torino un procedimento contrassegnato "Proc. 16014/14 P.M." nell'ambito del quale, il 3/7/2014, il Pubblico Ministero ha svolto attività istruttoria consistita - fra l'altro - nell'interrogatorio di Amelia, segretaria di Presidenza della Carige da metà ottobre 2002 sino alla fine di settembre 2013, momento di decadenza dalla carica del Berneschi, e, prima di essa, anche in perquisizioni presso l'abitazione della Amelia e nell'acquisizione, in data 2/7/2014, di un'agenda usata per lavoro dalla Segreteria Generale della Presidenza. Dall'interrogatorio della predetta emergeva che la stessa aveva dichiarato di aver sentito dire da Berneschi, all'epoca, che Lalla si fosse rivolto a lui per fare entrare una persona che gli stava a cuore in Carige, forse la nipote o figliastra. Non era stata indicata, quindi, affermano gli appellanti, alcuna falsità dal quotidiano che aveva riportato le suddette dichiarazioni in modo fedele, avendo i giornalisti in tutte le occasioni in cui hanno fatto riferimento ai "favori" fatto comprendere che quelle fossero le dichiarazioni della Amelia e non un fatto accertato in via definitiva dagli inquirenti, quindi non una verità storica. Nel pezzo era scritto in maniera chiara che Lalla non era "indagato". Ciò che rilevava ai fini della scriminante erano le dichiarazioni rese e non i contenuti intrinseci delle medesime. I giornalisti avevano riferito una notizia vera sulla base di riscontri documentali, attraverso un lavoro di ricerca ed era altrettanto vero che l'inchiesta era sorta quale costola delle indagini inerenti i vertici Carige.

2. Con altro articolato motivo gli appellanti censurano la sentenza nella parte in cui il Tribunale ha escluso, altresì, il requisito della "continenza". Le espressioni "Berneschi inguaia anche l'ex capo della Procura di Genova" e "Lalla sotto inchiesta nello scandalo Carige", - affermano - devono essere letti congiuntamente ai testi delle pubblicazioni, di cui si è già evidenziata l'assoluta correttezza, e il linguaggio utilizzato appare del tutto conforme

al comune lessico giornalistico, colorito e vivace ma privo di portata diffamatoria. Quanto poi al titolo *“E il consiglio regionale lo ha già “assolto” - “Il rapporto fiduciario non viene meno”*”, relativo all’articolo pubblicato in data 17 marzo 2015 dedicato alla conferma del Dott. Lalla quale Difensore civico regionale dopo le dimissioni presentate dall’ex magistrato, il termine *“assolto”* - posto tra virgolette - che il Tribunale a torto stigmatizza, sintetizza quanto si legge nel pezzo circa la posizione assunta dalla Regione Liguria (*“Non ci sono allo stato le condizioni per interrompere il rapporto di fiducia”*) con il Dott. Lalla).

I primi due motivi possono essere esaminati in modo congiunto in quanto strettamente connessi e sono infondati.

Costituiscono fatti effettivamente corrispondenti al vero le dichiarazioni rese al P.M. presso la Procura di Torino il 3/7/2014 dalla segretaria di Berneschi, amministrazione delegato di banca Carige S.p.a. all’epoca indagato per reati contro il patrimonio, Tignonsini Amelia, secondo cui *“Ho sentito dire da Berneschi, all’epoca, che Lalla si fosse rivolto a lui per far entrare una persona che gli stava a cuore in Carige. Mi vien detto che sul file “telefonate storico” c’è l’appunto del 28/7/2009 “Lalla per assunzione Mariani”. Secondo me Mariani era una donna e ho sentito dire che era imparentata con Lalla. Forse la nipote o la figliastra. Non so se possa aver avuto il Lalla altri contatti con Berneschi al di fuori dell’ufficio e senza passare dalla segreteria. Anche perché gli ospiti li facevano passare da Berneschi direttamente, senza passare dalla segreteria. E d’altronde Berneschi non gradiva che i visitatori si mettessero a parlare con noi. Se sentiva qualcuno che parlava con noi in segreteria, si affacciava dal suo ufficio e lo faceva subito entrare nel suo”*. L’appunto cui fa riferimento la segretaria è stato rinvenuto nell’abitazione della stessa a seguito di perquisizione.

Ebbene la notizia riferita dalla Amelia, anch’essa succintamente riportata nel testo dell’articolo del 17/3, non ha tuttavia nulla a che vedere con quanto riportato nei titoli scandalistici presenti sulla locandina del Il Secolo XIX del 14/3/2015, nei titoli giornalistici dell’edizione del quotidiano del 14/3 né in gran parte nel contenuto degli stessi. Come condivisibilmente evidenziato dal Tribunale la volontà giornalistica è stata quella di indicare il Dott. Francesco Lalla, ex Procuratore Capo della Repubblica di Genova e all’epoca delle pubblicazioni svolgente le funzioni di Difensore Civico della Regione Liguria, come coinvolto, pur nella sua totale estraneità, nella inchiesta per i gravissimi reati contro il patrimonio a carico di Berneschi, all’epoca come si è già detto amministratore delegato di banca Carige Spa, unitamente ed altri imputati. In tal senso depongono:

1) la locandina del 14 marzo 2015, recante la scritta, tutta in caratteri maiuscoli: *“scandalo Carige l’ex capo dei PM Lalla sotto inchiesta”*, che rimanda in modo immediato ed automatico qualsiasi passante che rivolga lo sguardo alla menzionata locandina al fatto che il Dott. Francesco Lalla fosse coinvolto nella suddetta indagine penale per gravi reati di natura patrimoniale, senza alcun distinguo;

2) il titolo dell’articolo del 14 marzo 2015, in prima pagina: *“L’inchiesta aperta a Torino. Berneschi inguaia anche l’ex capo della procura di Genova”*; seguito dall’articolo, a pag. 16 del quotidiano, con titolo *“Favori da Berneschi all’ex Procuratore Capo Lalla sotto inchiesta nello scandalo Carige”* ove ancora si rimarca che il Dott. Francesco Lalla è sotto inchiesta nell’indagine/scandalo Carige e che sarebbe stato *“inguaiato”* dal Berneschi;

3) il sottotitolo *“La segretaria: “Chiedeva di assumere parenti” In quegli anni archiviate indagini-fotocopia”* ove viene dato in pasto ai lettori una sorta di *“baratto”* fra il favore dell’assunzione di parenti che sarebbe stata richiesta dall’ex procuratore capo e l’archiviazione all’epoca di indagini invece in atto al

momento della pubblicazione in cui alla guida della Procura non c’era più il Dott. Francesco Lalla;

4) il contenuto dell’articolo del 14/3/2015 in cui si fa riferimento ad *“un’inchiesta parallela aperta dalla Procura di Torino, in cui ci sono tra gli altri i nomi dell’ex procuratore capo di Genova Francesco Lalla”*; ma soprattutto si trova scritto: *“Fra il 2002 e il 2003 le Fiamme Gialle focalizzarono un giro di false fatture e fondi neri e varie truffe sulle compravendite immobiliari del gruppo creditizio. Episodi molto simili a quelli emersi quando alla Procura di Genova è approdato il nuovo capo Michele Di Lecce. Non solo. Nelle vecchie indagini condotte ai tempi di Lalla ... vennero archiviati molti dei personaggi arrestati l’anno scorso su (nuova) inchiesta”*, nuovamente inducendo nel lettore chiaramente il sospetto che alla base di dette archiviazioni vi fosse stato uno scambio di favori con i vertici Carige, e che solo dopo l’avvento del nuovo Procuratore Capo della Procura di Genova si siano avviate nuove indagini;

5) articolo di martedì 17 marzo 2015, pag. 17 del quotidiano, recante il titolo: *“Coinvolto nell’indagine per i presunti favori chiesti a Berneschi. Le dimissioni pro forma dell’ex pm. Lalla rimette il mandato da difensore civico, la Regione dice subito “che lo confermerà”*”; ove nuovamente si fa riferimento al coinvolgimento del Dott. Francesco Lalla nell’indagine a carico di Berneschi, nonché il titolo dell’articolo più in basso nella pagina ove si trova scritto *“E il consiglio regionale lo ha già “assolto”*, così accostando la sua figura e la sua posizione a quella di soggetti effettivamente indagati e poi condannati;

6) articolo di mercoledì 18 marzo 2015, pag. 14 del quotidiano: nell’ambito della notizia intitolata *“Caso Carige. Difensore civico, per Lalla conferma “annunciata”*.

È ben vero che nel contenuto degli articoli - ma non nei titoli - si dice che Lalla non risulta indagato - peraltro aggiungendo che *“è indubbio che l’inchiesta si sia concentrata anche su di lui”* - ma, come messo in rilievo condivisibilmente dal Tribunale, detta specificazione assume nell’ambito dell’elaborato giornalistico una rilevanza, anche grafica del tutto secondaria, a fronte dei titoli o della locandina di primo impatto in cui si trova scritto in caratteri maiuscoli o in grassetto il coinvolgimento del Lalla nella inchiesta/scandalo Carige, notizia non vera.

È noto che per considerare la divulgazione di notizie lesive dell’onore lecita espressione del diritto di cronaca ed escludere la responsabilità civile per violazione del diritto all’onore, deve ricorrere, oltre all’interesse pubblico della notizia e alla contenenza (di cui quanto a quest’ultima si dirà infra) il requisito della verità oggettiva (o anche soltanto putativa, purché frutto di un serio e diligente lavoro di ricerca) intesa a garantire la corrispondenza tra la narrazione ed i fatti realmente accaduti (cfr, tra le altre Cass. n. 20140/2005). Anche il solo titolo può assumere una specifica valenza allorché sia formulato in termini tali da recare un’affermazione compiuta, chiara, univoca ed integralmente percepibile senza la lettura del testo, risultando, così, idoneo di per sé, proprio in ragione della sua icastica perentorietà, ad impressionare e fuorviare il lettore più frettoloso, ingenerando giudizi lesivi dell’altrui reputazione. Come affermato dalla Corte Suprema *“In tema di esercizio dell’attività giornalistica, il carattere diffamatorio di un articolo non va valutato sulla base di una lettura atomistica delle singole espressioni, ma con riferimento all’intero contesto della comunicazione, comprensiva di titoli e sottotitoli e di tutti gli altri elementi che rendono esplicito, nell’immediatezza della rappresentazione e della percezione visiva, il significato di un articolo, come tali in grado di fuorviare e suggestionare i lettori più frettolosi, dovendosi dunque riconoscere particolare rilievo alla titolazione, in quanto specificamente idonea, in ragione della sua icastica perentorietà, ad impressionare e fuorviare il lettore, inge-*

nerando giudizi lesivi dell'altrui reputazione" (cfr. in tal senso Cass. n. 29640/2017).

Ciò è quanto emerge nel caso di specie, in cui i titoli sopra menzionati e la locandina sono stati costruiti per indurre nel lettore il convincimento, non vero, del coinvolgimento del Dott. Francesco Lalla in una inchiesta giudiziaria, quella relativa alla banca Carige, in cui il diffamato non ha mai assunto la veste di indagato formale, dovendosi peraltro aggiungere che in nessuna altra indagine in ogni caso ha assunto la veste di indagato. Il giornalista non si è limitato, come assumono gli appellanti, a riferire fedelmente le dichiarazioni di terzi e solo quelle, ma è andato, per così dire, ben oltre, in quanto attraverso le espressioni usate e sopramenzionate ha riferito la notizia non vera del coinvolgimento del Dott. Francesco Lalla nell'ambito dell'inchiesta giudiziaria a carico di Berneschi, cui il Dott. Lalla era totalmente estraneo.

Negli articoli in questione non è stato rispettato neppure il requisito della cd. pertinenza, ossia della forma "civile" dell'esposizione dei fatti e della loro valutazione, e cioè la cd. continenza, in base al quale non è consentito eccedere lo scopo informativo da conseguire ed essere improntato a serena obiettività, con esclusione di ogni preconcetto intento denigratorio e nel rispetto di quel minimo di dignità cui ha pur sempre diritto anche la più riprovevole delle persone, evitando forme di offese indiretta (cfr. tra le altre Cass. n. 17211/2015; Cass. n. 25739/2014). Debbono essere considerati anche gli espedienti stilistici eventualmente utilizzati dal giornalista per trasmettere al lettore medio giudizi negativi sulla persona oggetto della notizia (Cass. Civ., 5 dicembre 2014, n. 25739) L'appellante sembra sottovalutare la gravità delle allusioni e degli accostamenti suggestionanti idonei a ingenerare il grave sospetto del coinvolgimento dell'ex Procuratore Capo della Repubblica di Genova Dott. Francesco Lalla nell'inchiesta Carige attraverso le espressioni cui ha fatto riferimento condivisibilmente il Tribunale ("inguaia", "assolto", "scandalo Carige"), nonché, soprattutto, attraverso l'ipotizzato scambio di favori tra il vertici Carige e l'ex Procuratore Capo in termini di archiviazione di indagini "fotocopia". La mera dicitura, infilata all'interno degli articoli che il Dott. Francesco Lalla non risulta indagato, risulta una precisazione secondarie e marginale, a fronte della gravità della notizia, di immediato impatto, del coinvolgimento nello scandalo Carige e del fatto che, in ogni caso c'è una inchiesta che rimanda immediatamente sempre allo scandalo Carige, idonea a determinarne grave valenza diffamatoria.

Ne deriva la conferma della sentenza impugnata nella parte in cui ha riconosciuto la portata diffamatoria degli articoli in questione.

3. Col terzo motivo gli appellanti lamentano che il Tribunale avrebbe completamente omissso di considerare che il quotidiano ha riservato un ampio spazio alle dichiarazioni "difensive" del Dott. Lalla: nella stessa pagina dell'edizione del 14 marzo 2015 in cui sono contenute le prime pubblicazioni contestate- affermano - è contenuto un articolo dedicato all'intervista rilasciata da Francesco Lalla ai giornalisti Dott. (...), dal titolo "Non chiesi aiuti, segnalai solo una situazione e accadde per caso".

Il motivo è infondato, posto che per giurisprudenza costante lo spazio dedicato al giornalista dedicato al diritto di replica e/o la smentita non esclude l'offensività del fatto.

4. In via subordinata, gli appellanti lamentano che il Tribunale sarebbe incorso in macroscopici errori anche in sede di quantificazione "equitativa" del danno in favore del Dott. Lalla. Il

danno non potrebbe considerarsi "in re ipsa" secondo il recente ma consolidato orientamento della Corte Suprema. Ciò in quanto, con il superamento della teoria del c.d. "danno evento", il danno risarcibile, "nella sua attuale ontologia giuridica, segnata dalla norma vivente dell'art. 2043 c.c., cui è da ricondurre la struttura stessa dell'illecito aquiliano, ... non si identifica con la lesione dell'interesse tutelato dall'ordinamento, ma con le conseguenze di tale lesione" (così Cass. n. 16133/2014). E tali conseguenze vanno provate.

In ordine alla liquidazione - proseguono - l'importo riconosciuto dal Tribunale al Dott. Lalla risulta poi totalmente non rispondente ai parametri utilizzati dalla giurisprudenza. Per quanto la liquidazione equitativa del danno sia inevitabilmente sottratta - nella presente materia - alla necessità di una giustificazione puntuale dei valori economici liquidati, il primo Giudice non avrebbe potuto limitarsi a richiamare genericamente i criteri equitativi usualmente utilizzati nelle ipotesi della diffamazione da adottare, senza precisare in quali termini l'importo liquidato fosse conforme agli anzidetti criteri. La motivazione del Tribunale sarebbe sommaria e sbrigativa e meritevole di riforma.

Detti motivi debbono essere esaminati congiuntamente ai motivi di appello incidentale proposti dal Dott. Francesco Lalla che chiede il riconoscimento di una maggior somma avuto riguardo al gravissimo effetto diffamatorio della locandina del 14/3/2015, del titolo in prima pagina del 14/3/2015, della reiterazione dell'offesa articolatasi in plurime notizie di stampa (quattro il 14/3/2015, una il 17/3/2015 ed una il 18/3/2015), valutando la diffamazione ai suoi danni, secondo le tabelle di Milano, di elevata/eccezionale gravità.

I motivi di appello principale sono infondati, mentre è fondato l'appello incidentale del Dott. Francesco Lalla. Sebbene l'esistenza del danno patrimoniale e non, come insegna la Suprema Corte, non possa essere ritenuta "in re ipsa", il pregiudizio patito dal soggetto passivo può comunque essere desunto "con ricorso al notorio e tramite presunzioni, assumendo, come idonei parametri di riferimento, la diffusione dello scritto, la rilevanza dell'offesa e la posizione sociale della vittima, tenuto conto del suo inserimento in un determinato contesto sociale e professionale" (Cass., sez. III, ord. 25.5.2017 n. 13153; id., 26.10.2017 n. 25420; Cass. 31.3.2021 n. 8861). In materia di risarcimento del danno morale da diffamazione, la giurisprudenza della Corte di Cassazione è costante nell'affermare la necessità del ricorso alla valutazione equitativa da parte del giudice, stante la peculiare natura del tipo di danno di cui si chiede il ristoro e la funzione propria del relativo risarcimento: "In tema di risarcimento del danno causato da diffamazione a mezzo stampa, la liquidazione del danno morale va necessariamente operata con criteri equitativi, il ricorso ai quali è insito nella natura del danno e nella funzione del risarcimento, realizzato mediante la dazione di una somma di denaro compensativa di un pregiudizio di tipo non economico" (Cass. Civ. n. 25739/2014).

Il Tribunale ha dedotto dalle circostanze note ("tiratura e diffusione geografica del quotidiano, accessibile anche via internet, della carica pubblica rivestita dal soggetto passivo, della gravità dell'offesa, della rilevanza penale dei fatti attribuiti, nonché l'insussistenza della successiva rettifica") il fatto ignoto, ossia il danno patito.

Ritiene la Corte, pur condividendo tali argomentazioni di fondo che, tuttavia, l'importo liquidato non sia sufficiente a risarcire il danno provocato. Il Dott. Francesco Lalla, oltre ad aver menzionato, sotto il profilo oggettivo, la gravità e la diffusività delle espressioni offensive, la reiterazione degli

episodi di diffamazione, ha fatto riferimento, sul piano soggettivo, alle sue qualifiche morali, alla sua notorietà, alla sua qualifica professionale di ex Procuratore Capo della Repubblica e di Difensore Civico della Regione Liguria al momento della pubblicazione. Proprio in ragione di ciò, ad avviso della Corte, le offese debbono qualificarsi di elevata gravità, e cioè avuto riguardo non solo alla significativa diffusione della diffamazione nell'ambiente locale di riferimento nonché regionale (e alla reperibilità via internet), alla non continenza formale e sostanziale degli articoli, ma alla gravità dell'offesa idonea a generare il sospetto non solo della commissione di gravi reati a carico del diffamato, ma altresì di un falso quadro di accordi delittuosi (favori in cambio di archiviazioni) a carico di persona che, per il ruolo già ricoperto quale ex Procuratore della Repubblica e quello ricoperto al momento della pubblicazione di Difensore Civico si colloca, nel giudizio della collettività, quale garante della legalità oltre che quale figura di alto profilo morale. È quindi, proprio, la natura dell'accusa in relazione alla qualifica del diffamato che denota la gravità della diffamazione idonea a generare un grave contraccolpo sull'onore, sulla stima e sulla reputazione di cui gode, minando la sua legittimazione all'esercizio dei poteri che lo Stato (o la Regione) gli ha conferito e additandolo come immeritevole della fiducia che le istituzioni che gliene hanno conferite ed i cittadini gli devono tributare, e che giustifica una liquidazione di significativo spessore che, ad avviso della Corte, facendo riferimento alle tabelle milanesi - che hanno carattere equitativo ed offrono, in ogni caso, un criterio orientativo certamente migliore e più 'obiettivo' di quanto possa offrire un mero giudizio discrezionale ai limiti dell'arbitrarietà - si configura, per una diffamazione da valutarsi di elevata gravità, quale è quella in esame, stimabile nell'importo che si ritiene congruo in € 50.000,00. I parametri di riferimento, giova ribadire, sono la elevata notorietà del diffamante; l'elevato pregiudizio al diffamato sotto il profilo personale, professionale e istituzionale, la pluralità degli episodi diffamatori; la diffusione della notizia da valutare in relazione all'ambiente regionale di riferimento, nonché in relazione al ruolo istituzionale del Dott. Francesco Lalla quale Difensore Civico della Regione Liguria, e quindi nel suo ruolo istituzionale di garanzia e protezione degli interessi singoli e collettivi di una certa rilevanza dei cittadini (nonché già di Procuratore Capo della Repubblica di Genova); la natura dell'operazione giornalistica, come definita dal primo giudice, volta alla denigrazione della figura del diffamato.

Ne consegue che in accoglimento dell'appello incidentale, l'importo risarcitorio da riconoscere in favore del Dott. Francesco Lalla va rideterminato nella maggior somma di euro

50.000,00 con conseguente condanna degli appellanti principali al pagamento della suddetta somma.

Su detto importo vanno aggiunti interessi e rivalutazione come stabilito dal Tribunale.

Si ravvisano i presupposti, alla luce della ritenuta maggiore gravità delle offese, comportanti il raddoppio dell'importo risarcitorio, di raddoppiare altresì l'importo di condanna a carico degli appellanti Dott. (...) a titolo di pena pecuniaria ex art. 12 legge n. 47/1948, importo quindi che si quantifica in quello di euro 2.000,00 ciascuno.

Le spese seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo in base al DM n. 55/2014 relativamente all'appello per le fasi di studio, introduttiva e decisoria in base al medesimo scaglione applicato dal Tribunale (da euro 20.000,01 ad euro 52.000,00).

Si ravvisano i presupposti per il raddoppio del contributo unificato a carico degli appellanti principali.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando nella causa d'appello contro la sentenza n. 1810/2019 del 10/7/2019 del Tribunale di Genova, così decide: respinge l'appello proposto da Italiana Editrice S.P.A. ora Gedi News Network S.P.A, dal dott. (...); -in accoglimento dell'appello incidentale proposto dal Dott. Francesco Lalla, ridetermina la somma risarcitoria da riconoscere in favore del predetto nella maggior somma di euro 50.000,00 e, per l'effetto, condanna gli appellanti principali Italiana Editrice S.P.A. ora Gedi News Network S.P.A, dal dott. (...), in solido fra loro, al pagamento in favore del Dott. Francesco Lalla della suddetta somma di euro 50.000,00, oltre accessori come stabiliti dal Tribunale; ridetermina la somma dovuta dal Dott. (...) in favore dell'appellato in quella di euro 2.000,00 ciascuno, e per l'effetto condanna i predetti dal Dott. (...) alla corresponsione in favore del Dott. Francesco Lalla della somma di euro 2.000,00 ciascuno; condanna gli appellanti Italiana Editrice S.P.A. ora Gedi News Network S.P.A, Dott. (...) in solido fra loro, a rifondere all'appellato le spese del grado che liquida in euro 6.615,00 per compensi, oltre spese forfetizzate, iva e cpa; si dà atto, in ragione del rigetto dell'appello, della sussistenza dei presupposti per il raddoppio del contributo unificato ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del D.P.R. 115/2002 a carico degli appellanti principali. (... *Omissis* ...) al 50% delle spese straordinarie relative alla minore secondo la disciplina e lo schema di cui al Verbale ex art. 47 O.G. della Sezione Famiglia del Tribunale di Genova pubblicato sul sito del Tribunale e sul sito dell'URP degli Uffici Giudiziari di Genova (<http://www.u.ufficijudiziargenovail/>).

Massimario

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 6 aprile 2022, n. 373 - Pres. Alparone - Rel. Marroni.

COMUNIONE e condominio - danni da cose in custodia- responsabilità solidale tra condomini e proprietari esclusivi di parti - legittimazione passiva dei convenuti- azioni di accertamento o negazione di diritti reali - onere della prova- inapplicabilità.

(Art 2051 c.c.)

Il condominio di un edificio, quale custode dei beni e dei servizi comuni, è obbligato ad adottare tutte le misure necessarie affinché tali cose non rechino pregiudizio alcuno e risponde in base all'art. 2051 c.c. dei danni da queste cagionati alla porzione di proprietà esclusiva di uno dei condomini, anche nell'ipotesi in cui tali danni siano, altresì, causalmente imputabili al concorso del fatto di un terzo.

Quest'ultimo, oltre che estraneo al condominio, può essere individuato anche nei singoli condomini proprietari esclusivi di parti che, insieme a quelle comuni, hanno contribuito al danneggiamento.

Un medesimo danno (infiltrazioni all'immobile sottostante) provocato più soggetti sulla base di differenti titoli di responsabilità (la responsabilità del condominio per la custodia dei beni comuni e quella dei singoli proprietari per le unità immobiliari di esclusiva proprietà) dà luogo a situazioni di solidarietà impropria relativa a rapporti collegati a distinti titoli extracontrattuali.

Qualora l'azione sia diretta alla condanna all'esecuzione dei lavori per far cessare le infiltrazioni e al conseguente risarcimento del danno, ex art. 2051 c.c., la prova della legittimazione dei convenuti non è soggetta al particolare rigore delle azioni di accertamento e può essere desunta da tutti gli elementi forniti dall'istruttoria. (Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha censurato la decisione del giudice di prime cure nella parte in cui aveva sancito il difetto di prova degli specifici titoli di acquisto degli immobili di proprietà dei danneggianti).

(Conforme: Cass., n. 7044/2020)

SO.C.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 17 marzo 2022, n. 293/2022 - Pres. Atzeni - Rel. Traverso

CONTRATTO in genere - contratto di compravendita - simulazione assoluta - prova per presunzioni - requisiti - preesistente denuncia di danno da infiltrazioni - causa simulandi - sussiste.

(Artt. 1417, 2727 e 2729, c.c.)

Ove la domanda di simulazione sia proposta da creditori o da terzi, l'art. 1417 c.c. consente, come noto, la prova per testimoni e dunque quella per presunzioni senza limiti. La ratio di tale norma risiede nel fatto che i terzi e i creditori non sono in grado di procurarsi la contro-dichiarazione che normalmente è in possesso delle sole parti contraenti, e pertanto ad essi è riservata la possibilità di ricorrere alla prova testimoniale o indiziaria.

La Suprema Corte di Legittimità ha in più occasioni declinato i precetti di presunzione grave, precisa e concordante, chiarendo che tali requisiti debbano essere posseduti da fatti noti e certi posti a fondamento della prova presuntiva: non può dunque esigersi che la pre-

sunzione, in quanto deduzione logica, sia grave, precisa e concordante, trattandosi di una valutazione e una valutazione deve essere probabilmente convincente, non oggettivamente inconfutabile. L'art. 2729 c.c. esige, in sintesi, la certezza dei fatti posti a fondamento della prova presuntiva e la logicità della deduzione con la quale il giudice ricava la seconda dai primi.

Invero, nella prova per presunzioni non occorre che tra un fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva ineluttabilità causale, essendo sufficiente che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto sia accertato alla stregua di canoni di probabilità, secondo le regole di comune esperienza (Nel caso di specie, la Corte d'Appello ha respinto il gravame avverso la sentenza del giudice di prime cure che aveva acclarato, non vertendosi in materia di revocatoria, la sussistenza della causa simulandi nella sola presenza di una denuncia delle infiltrazioni causative del danno, preesistente all'atto simulato di compravendita).

(Conformi: Cass., n. 24969/2018; Cass., ord., n. 22057/2019; Cass., n. 14762/2019)

SO.C.

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 9 giugno 2022 - Giudice Unico Cazzato.

CONTRATTO in genere - prestazione d'opera intellettuale - inadempimento - gravità dell'inadempimento - insussistente - quantificazione del credito - remissione del debito - rinuncia alla solidarietà.

(Artt. 1455, 1460, 1301, 1311 c.c.)

L'art. 1301 c.c., al primo comma dispone che la remissione a favore di uno dei debitori in solido libera anche gli altri debitori, salvo che il creditore abbia riservato il suo diritto verso gli altri.

Diversamente, l'art. 1311, 1° co. c.c. dispone che il creditore che rinuncia alla solidarietà a favore di uno dei debitori, conserva l'azione in solido contro gli altri. Tale rinuncia potrebbe provenire solo dal soggetto attivo del rapporto obbligatorio, essendo la solidarietà passiva configurata quale elemento strutturale posto a tutela del credito, avente ad oggetto non già il diritto di credito, quanto piuttosto il vincolo della solidarietà.

Ne consegue che, ove vi sia un creditore che rinuncia al vincolo di solidarietà in favore di uno dei condebitori, quest'ultimo non potrà essere escusso per l'intero debito ma solo per la sua quota; gli altri condebitori resteranno obbligati in solido tra loro, non estendendosi detto effetto anche a quei soggetti rispetto ai quali la rinuncia del creditore non sia avvenuta, e ciò per espressa previsione normativa.

(Nella specie il Tribunale di Genova, ha respinto la domanda di opposizione a decreto ingiuntivo proposta nei confronti di un professionista che ha agito in via monitoria per il recupero del proprio credito per le prestazioni professionali rese in favore degli opposenti. Il Tribunale, escludendo l'inadempimento del convenuto opposto e ritenendo infondata l'eccezione di inadempimento sollevata dagli opposenti, ha quantificato il credito dell'opposto, altresì escludendo la sussistenza di una remissione di debito, ed accertando l'intervenuta rinuncia alla solidarietà tra condebitori, in ragione dell'emissione di una quietanza "per la parte di lui" ricevuta da uno dei condebitori senza riserve).

FL.A.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 10 marzo 2021, n. 18 - Pres Sanna - Rel. Bruno.

FALLIMENTO - notifica fissazione udienza prefallimentare - reclamo.

FALLIMENTO - revoca per assenza dei requisiti dimensionali - responsabilità del creditore istante.

FALLIMENTO - reclamo - spese del giudizio - compensazione.

Nel caso di una società già cancellata dal registro delle imprese, il ricorso per la dichiarazione di fallimento può essere notificato, ai sensi dell'art. 15, comma 3, l.fall. all'indirizzo di posta elettronica certificata della società cancellata in precedenza comunicato al registro delle imprese ovvero, nel caso in cui non risulti possibile direttamente presso la sua sede risultante dal registro delle imprese ed, in ipotesi di ulteriore esito negativo, mediante deposito presso la casa comunale del luogo in cui la medesima aveva sede.

Questo perché la possibilità che una società sia dichiarata fallita entro un anno dalla sua cancellazione dal registro delle imprese, costituendo un'eccezione alla regola della perdita della capacità di stare in giudizio della società estinta, implica necessariamente che tanto il procedimento per la dichiarazione di fallimento quanto le eventuali successive fasi impugnatorie, continuino a svolgersi nei confronti della stessa, secondo una fictio iuris che postula come esistente ai soli fini del procedimento fallimentare un soggetto ormai estinto.

Non può essere accolta la domanda di risarcimento dei danni proposta dal reclamante se la notificazione dell'istanza di fallimento è avvenuta regolarmente nel rispetto dell'art. 15, comma 3, l.fall. in quanto la prova della insussistenza dei presupposti di fallibilità era esclusivo onere della parte reclamante, cosa che essa ha fatto solo in sede di reclamo non essendosi costituita nella fase prefallimentare. Non può sussistere in proposito alcun profilo di colpa in capo al creditore istante relativamente all'avvenuta dichiarazione di fallimento.

Le spese del giudizio di reclamo, se il creditore si rimette sulla domanda di revoca del fallimento, possono essere compensate integralmente tra le parti. Al contrario, le spese della procedura fallimentare ed il compenso al curatore sono posti a carico del reclamante che con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 147 DPR 115/2002.

Infatti, anche se il fallito non superava nessuno dei parametri previsti dall'art. 1 l.f., lo stesso non costituendosi in sede prefallimentare ha provocato così il suo fallimento poiché non ha dato prova del mancato superamento di tali parametri; l'art. 147 DPR 115/2002 stabilisce infatti che: "In caso di revoca della dichiarazione di fallimento, le spese della procedura fallimentare e il compenso al curatore sono a carico del creditore istante, se condannato ai danni per aver chiesto la dichiarazione di fallimento con colpa; sono a carico del fallito persona fisica se con il suo comportamento ha dato causa alla dichiarazione di fallimento."

Tribunale di Savona, sez. vol. giur., ord., 21 settembre 2021 - Pres. Atzeni - Rel. Passalpi (cfr. precedenti parzialmente difformi sub. (1) e (2)).

FAMIGLIA in genere - divorzio - trattamento di fine rapporto - quota spettante al coniuge divorziato - criterio di commisurazione - durata del matrimonio - anticipazioni del TFR - computabilità - esclusione.

(Art. 12-bis, Legge n. 898/1970)

FAMIGLIA in genere - divorzio - trattamento di fine rapporto - quota spettante al coniuge divorziato - fondo di previdenza complementare - somme conferite - computabilità - condizioni.

(Art. 12-bis, Legge n. 898/1970)

Per la determinazione della quota del trattamento di fine rapporto (TFR) da attribuire al coniuge divorziato titolare di assegno divorzile va assunto, quale criterio temporale, quello della durata del matrimonio e non quello dell'effettiva convivenza.

(Conf. Corte cost., 24 gennaio 1991, n. 23)

Ai fini del riconoscimento al coniuge divorziato della quota di TFR maturata dall'altro coniuge nel corso del matrimonio non deve tenersi conto delle anticipazioni percepite precedentemente o successivamente alla sentenza di divorzio per essere, quelle anticipazioni, entrate nell'esclusiva disponibilità dell'avente diritto. L'art. 12-bis Legge Div. non può che interpretarsi nel senso di garantire al coniuge beneficiario una quota di TFR calcolata sulla somma che viene corrisposta al lavoratore successivamente alla sentenza di divorzio.

(Conf.: Cass., n. 19427/2003; Cass., n. 24421/2013; Trib. Milano, 29 gennaio 2020)

Il diritto dell'ex coniuge ad una quota del TFR del congiunto non si estende agli importi conferiti, nel corso del rapporto di lavoro, ad un fondo di previdenza complementare e, al termine, non riconosciuti come liquidazione bensì come pensione integrativa.

(Cfr. Trib. Milano, 29 gennaio 2020)

(1) Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., decr., 10 giugno 2014 - Pres. Sangiuolo - Rel. Maganza.

FAMIGLIA in genere - divorzio - trattamento di fine rapporto - quota spettante al coniuge divorziato - fondo di previdenza complementare - somme conferite - computabilità - condizioni.

(Art. 12-bis, Legge n. 898/1970)

Il trasferimento volontario ad un fondo di previdenza complementare, nel corso del rapporto di lavoro, di contributi comprensivi anche di importi maturati dal dipendente a titolo di trattamento di fine rapporto (TFR) comporta il diritto dell'ex coniuge divorziato, titolare di assegno e non passato a nuove nozze, ad una quota di tali somme ai sensi dell'art. 12-bis Legge Divorzio.

(2) Corte di Cassazione, sez. VI civ., ord., 22 maggio 2017, n. 12882 - Pres. Dogliotti - Rel. Bisogni.

FAMIGLIA in genere - divorzio - trattamento di fine rapporto - quota spettante al coniuge divorziato - fondo di previdenza complementare - somme conferite - computabilità - condizioni.

(Art. 12-bis, Legge n. 898/1970)

Il diritto all'attribuzione di una quota della indennità di fine rapporto (TFR) che sia stata percepita dall'altro coniuge, previsto a favore del coniuge divorziato che sia titolare di assegno e non sia passato a nuove nozze, sussiste con riferimento agli emolumenti collegati alla cessazione di un rapporto di lavoro subordinato o parasubordinato che si correlino al lavoro dell'ex coniuge.

(Conf.: Cass., n. 17883/2016; Cass., n. 4425/2010; Cass., n. 8200/2007)

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 26 gennaio 2022 - Pres. e Rel. Castiglione.

FAMIGLIA in genere - assegno di divorzio - funzione assistenziale - funzione compensativa-perequativa - rilevanza.

Per il riconoscimento e la determinazione dell'assegno divorzile non rileva lo squilibrio tra le condizioni reddituali delle parti all'epoca del divorzio, bensì la mancanza dell'indipendenza o autosufficienza economica di uno dei due coniugi, intesa come impossibilità di condurre un'esistenza economicamente autonoma e dignitosa. A tale funzione assistenziale concorre poi la funzione compensativa-perequativa "a determinate condizioni", quando si imponga la necessità di compensare uno dei coniugi per il particolare contributo che dimostri di avere dato, durante la vita matrimoniale, alla conduzione della vita familiare ed alla formazione del patrimonio comune o dell'altro coniuge, sacrificando le proprie concrete aspettative professionali.

(Conf. Cass., S.U., n. 18287/2018)

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 10 giugno 2022, n. 1962 - Giudice Unico Ardoio.

FAMIGLIA in genere - assegno di mantenimento per l'ex-coniuge - accordi tra i coniugi - datio in solutum.

FAMIGLIA in genere - nuove nozze - cessazione dell'obbligo del mantenimento - decadenza degli accordi assunti dalle parti.

È legittimo l'accordo che costituisce di un diritto reale di abitazione a tempo determinato sulla casa coniugale di proprietà esclusiva di uno di essi in luogo della rinuncia degli arretrati non versati dell'assegno di mantenimento da parte del coniuge che ne aveva diritto.

Il diritto alla corresponsione dell'assegno divorzile cessa automaticamente con le nuove nozze dell'ex-coniuge, a prescindere da ogni accordo precedentemente tra gli stessi intervenuto. A nulla rileva una precedente pattuzione tra i coniugi con la quale venga costituito un diritto reale in favore di uno dei due in luogo della mancata corresponsione del mantenimento, in quanto la cessazione opera in via automatica dal giorno del matrimonio per il solo fatto che l'ex coniuge abbia contratto un nuovo vincolo coniugale.

S.F.

I

Tribunale di Genova, sez. III civ., 29 marzo 2022 - Giudice Unico Grasso.

PROCEDIMENTO civile - azione per danno temuto - natura cautelare - rimozione condizione di pericolo - poteri del giudice - limiti - pronuncia su chiamata di terzi in manleva o garanzia - inammissibilità.

(Art. 1172 c.c.; artt. 669 bis e ss. c.p.c.)

La natura cautelare dell'azione per danno temuto impone il "contenimento" dell'ordine di giustizia nei limiti di quanto strettamente necessario ad ovviare alla condizione di pericolo eventualmente riscontrata, dovendosi ricondurre all'eventuale successivo e separato giudizio di merito, a cognizione piena, ogni domanda volta al ripristino dello stato dei luoghi in modo conforme ai diritti delle parti coinvolte, nonché all'accertamento della eventuale responsabilità di terzi soggetti.

Donde, nell'ambito del procedimento de quo, non può adottarsi alcuna statuizione nei confronti di soggetti chiamati in garanzia e manleva, avendo dette domande natura, presupposti e caratteristiche che necessitano, eventualmente, dello svolgimento di ordinario giudizio di merito, la cui instaurazione va rimessa alla valutazione delle singole parti.

II

Tribunale di Genova, sez. III civ., ord. reclamo 14 luglio 2022 - Pres. Scarzella - Rel. Bonino.

PROCEDIMENTO civile - azione per danno temuto - natura cautelare - rimozione condizione di pericolo - ordine del giudice - destinatari - eventuali terzi responsabili - esclusione.

(Art. 1172 c.c.; artt. 669 bis e ss. c.p.c.)

In tema di azione per danno temuto, l'urgenza di rimuovere la situazione di pericolo attiene esclusivamente al rapporto tra il bene da cui esso deriva e il bene sul quale esso sovrasta, così che il relativo ordine del giudice cautelare può gravare soltanto sul titolare del primo e non su eventuali soggetti terzi coinvolti a vario titolo nella vicenda.

Invero, tutte le valutazioni sull'accertamento e sulla ripartizione delle dedotte responsabilità di altri soggetti, diversi dal titolare del bene da cui deriva il pericolo, andranno necessariamente rimesse ad un successivo giudizio di merito a cognizione piena, quale sede naturale in cui affrontarle ed istruirle nel più ampio contraddittorio tra le parti.

MI.F.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 4 maggio 2022 - Pres. Bruno - Rel. Albino.

PROPRIETÀ - diritti del comproprietario - limiti di utilizzo - utilizzo esclusivo ed integrale - violazione - azione di restituzione o rilascio - condizioni.

(Artt. 1102 e ss. c.c.)

RESPONSABILITÀ civile - occupazione abusiva di immobile - danno ingiusto - risarcimento - onere della prova - danno in re ipsa - esclusione - fondamento - conseguenze.

(Art. 23 Cost.; art. 2043 c.c.)

In tema di comunione, il giudice può ordinare al comproprietario che occupi in esclusiva l'immobile comune in assenza di un titolo a detenere autonomamente, e dunque in violazione dei limiti posti dall'art. 1102 c.c. nell'utilizzo della cosa, il rilascio in favore della comunione non già dell'intero bene, bensì della quota di pertinenza degli altri comunisti, così che questi ne possano disporre e possano assumere le proprie determinazioni in relazione all'amministrazione e al godimento della cosa ai sensi degli artt. 1102 e 1103 c.c., oltre che con lo strumento di cui all'art. 1105 c.c., per l'ipotesi di contrasto tra i contitolari.

(In senso conforme Cass., n. 25882/2018).

Nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente in re ipsa, atteso che tale concetto giunge ad identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni Unite della S.C. (sent. n. 26972 del 2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato, sia con l'ulteriore e più recente intervento nomofilattico (sent. n. 16601 del 2017) che ha riconosciuto la compatibilità del danno punitivo con l'ordinamento solo nel caso di espressa sua previsione normativa, in applicazione dell'art. 23 Cost.; ne consegue che il danno da occupazione sine titolo, poiché particolarmente evidente, può essere agevolmente dimostrato anche sulla base di presunzioni semplici, ma senza che ciò esoneri il danneggiato dall'allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto.

(In senso conforme Cass., n. 14268/2021).

MI.F.

Documenti

Quale modello normativo europeo per l'intelligenza artificiale?

Guido Alpa

Ordinario di Diritto civile
nell'Università di Roma "La Sapienza"

Sommario: 1. Premessa. - 2. I principi etici. - 3. Il Piano coordinato sulla intelligenza artificiale e il piano della Banca europea degli Investimenti. - 4. La posizione dei consumatori (BEUC). - 5. La proposta di nuovo Regolamento sui prodotti-macchina. - 6. La proposta di Regolamento sull'intelligenza artificiale. - 7. La responsabilità per l'uso di prodotti alimentati dall'IA. - 8. La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione europea su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale. - 9. Le opzioni in materia di responsabilità civile. - 10. Responsabilità civile e creazione del rischio.

1. Premessa.

L'Unione europea sta completando rapidamente il proprio modello di disciplina dell'uso delle tecniche di intelligenza artificiale: dopo aver delineato confini e regole del mercato digitale con una serie di direttive e di regolamenti ispirati al principio di libera concorrenza temperato dalla tutela dei diritti fondamentali, della tutela dei consumatori e dell'ambiente, si appresta ora a modellare il futuro dell'IA nel continente.

L'intervento è stato preparato dalle ricerche sull'intelligenza artificiale, in particolare sulla sua definizione, dalla redazione di Linee Guida contenenti i principi etici a cui si debbono attenere gli usi della intelligenza artificiale, e da una serie di interventi per costruire la via europea all'intelligenza artificiale (*Digital Europe Programme*) al fine di rendere accessibile l'intelligenza artificiale alle imprese, ai cittadini e alle pubbliche amministrazioni.

Sulla base di un percorso complesso è stata organizzata una consultazione pubblica sul Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale (COM 2020) 65 final del 19 febbraio 2020; sono state pubblicate le Linee guida etiche finali per un'intelligenza artificiale affidabile ad opera del Gruppo di esperti ad alto livello sull'intelligenza artificiale, pubblicate l'8 aprile 2019; si sono approfonditi i problemi relativi agli effetti dannosi dell'uso di queste tecnologie con la pubblicazione del Rapporto sulla responsabilità per l'Intelligenza Artificiale e altre tecnologie emergenti, ad opera del Gruppo di esperti sulla responsabilità e le nuove tecnologie, del 21 novembre 2019, cui hanno fatto seguito la Comunicazione (2020)64 final, contenente la Relazione sulle implicazioni dell'intelligenza artificiale, dell'Internet delle cose e della robotica in materia di sicurezza e di responsabilità e lo studio del Servizio Ricerche del Parlamento europeo di settembre del 2020; si è raggiunta un'intesa tra i Paesi europei sulla cooperazione nel settore (Dichiarazione di cooperazione sull'intelligenza artificiale, firmata da 25 paesi europei il 10 aprile 2018) che si basa sui risultati e sugli investimenti della Comunità europea della ricerca e delle imprese nell'IA e stabilisce le basi per il Piano coordinato sull'IA.

Queste iniziative sono utili per comprendere appieno gli scopi e le tecniche di disciplina descritti nella proposta di Regolamento per la introduzione di regole armonizzate sull'intelligenza artificiale elaborata dalla Commissione e sottoposta al Parlamento e al Consiglio il 21 aprile scorso [COM (2021) 206 final], a cui è allegato un Piano coordinato sulla intelligenza artificiale; parallelamente la Commissione ha elaborato una proposta di Regolamento sulla produzione delle macchine [*Proposal of a Regulation of the European Parliament and of the Council on machinery product*, COM (2021)0105 COD] in cui si introducono nuove regole che modificano ed integrano la direttiva macchine [2006/42/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 maggio 2006]. Anche la Banca europea degli Investimenti ha pubblicato un elaborato in cui, accanto alle definizioni di intelligenza artificiale e di *blockchain*, spiega le ragioni di alcune incongruenze del mercato come modificato dall'uso della intelligenza artificiale, sulla base di analisi, di ricerche e di esperienze pratiche, e suggerisce i correttivi per migliorare il modello europeo (*Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy*, Luxembourg, 2021). Come tutti i documenti preparatori dell'Unione, anche questi interessano il giurista per capire l'origine delle regole, i rapporti stretti tra l'uso delle nuove tecnologie e i loro riflessi economici e sociali, e le finalità politiche che sorreggono le iniziative dell'Unione in questa materia. Ma ci servono anche per capire similitudini e differenze che il modello europeo presenta rispetto agli altri modelli emersi in altri continenti: il modello americano, innanzitutto, con cui si dovrebbero confrontare il modello cinese e sud-coreano (che qui non si tratteranno per l'inattigibilità di informazioni dirette), e il modello inglese, che ha assunto una identità proprio dopo l'exit del Regno Unito dalla Unione europea.

2. I principi etici.

Alla base di ogni scelta sulla disciplina della utilizzazione delle tecniche di intelligenza artificiale stanno alcune valutazioni di natura etica. Una letteratura vastissima ha accompagnato la elaborazione di modelli di analisi, che si possono considerare tendenzialmente uniformi nell'emisfero occidentale. Il Parlamento europeo ha utilizzato uno studio predisposto dal Servizio Ricerche (*The ethics of artificial intelligence: Issues and initiatives*, Brussels, March 2020), in cui si affiancano, all'elenco degli effetti più eclatanti prodotti dalle nuove tecnologie, nel mercato del lavoro (con l'esigenza di riqualificazione della manodopera e con la sostituzione di quella meno qualificata con le macchine telecomandate e autocontrollate) nella società (con la disparità di posizioni di coloro che sanno attrezzarsi e di chi invece non è in grado di far fronte alle nuove tecnologie), a livello individuale (tutela della privacy e dei dati personali, tutela dei diritti fondamentali, tutela della dignità), i problemi aperti nell'aggregato sociale che possono minacciare la stessa democrazia.

All'impatto sociale seguono altri aspetti: l'impatto psicologico, l'impatto economico-finanziario, l'impatto ambientale, l'impatto sulla fiducia e l'impatto sui sistemi giuridici. Ambiti che hanno ben poco in comune con la dimensione etica - salvo l'analisi dell'impatto sull'ambiente. L'esame delle ini-

ziative sul piano etico promosse in diverse esperienze lascia poi emergere la necessità di individuare una tavola internazionale di principi comuni a tutti i Paesi, obiettivo ben difficile da raggiungere, posto che alcuni di essi - come Giappone, Corea del Sud e Taiwan (l'Accademia di Pechino per l'Intelligenza artificiale ha elaborato alcuni principi sullo sviluppo di questa tecnica a protezione della persona riguardanti ricerca e sviluppo, utilizzo e *governance*) - risultano del tutto refrattari alla individuazione di principi etici a cui uniformare l'impiego dell'IA. Si incontrano qui i medesimi problemi sollevati dalla responsabilità sociale dell'impresa e dalla economia solidale. Ma questo studio esamina anche gli aspetti giuridici dell'applicazione delle nuove tecnologie, sui quali comunque le iniziative europee si sono moltiplicate, e se ne parlerà oltre.

Il quadro dei principi etici - le *Ethics Guidelines* - definiti dalla Commissione, e condivisi dal Parlamento, emerge dalla ricerca degli esperti pubblicata nell'aprile del 2019 (*Independent High-Level Group on Artificial Intelligence set up by the European Commission, Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, Brussels, 8 aprile 2019). L'intelligenza artificiale, per essere affidabile, deve possedere tre requisiti: la legittimità, la moralità, la solidità. Mentre le Linee Guida non si occupano del primo profilo, che è affidato alle fonti primarie e secondarie dell'Unione europea, alla Convenzione europea sui diritti umani, alla disciplina dei singoli Stati ove già si prevedono regole sull'impiego della intelligenza artificiale, più articolata è l'analisi della moralità e della solidità.

Le radici degli aspetti etici sono ancora una volta rinvenute nei diritti fondamentali, e sono espresse in quattro direttrici: il rispetto dell'autonomia umana, la prevenzione del danno, la correttezza, la comprensibilità (*explicability*). Questo complesso di principi, che debbono essere tra loro temperati, costituisce un aspetto qualificante del modello europeo.

3. Il Piano coordinato sulla intelligenza artificiale e il piano della Banca europea degli Investimenti.

Contestualmente agli aspetti etici la Commissione ha predisposto un piano coordinato sull'intelligenza artificiale da attuare con la collaborazione degli Stati membri, sulla base di una intesa collaborativa fondata sulla Dichiarazione di cooperazione approvata dal Consiglio europeo nel giugno del 2018. Il piano prevede la promozione di investimenti pubblici e privati nel settore, inclusi gli investimenti diretti dell'Unione, la promozione del partenariato pubblico-privato europeo e la cooperazione tra settori di ricerca e settori industriali, il coordinamento dei centri di ricerca in Europa, l'incentivazione di corsi sulla intelligenza artificiale, la costruzione di uno spazio europeo di dati, la elaborazione di principi etici comuni, la creazione di misure dirette alla sicurezza dei dati [COM (2018)795 final]. Questo piano è stato affinato e approfondito in un documento allegato alla comunicazione sull'approccio europeo all'intelligenza artificiale [COM (2021) 205 final del 21 aprile 2021].

Quest'ultima Comunicazione esprime la posizione dell'Unione europea a proposito dell'intelligenza artificiale, e, com'era prevedibile, non si distanzia di molto dalla posizione che ogni ordinamento dell'Unione ha manifestato rispetto all'applicazione delle diverse tecnologie man mano che esse venivano inventate e applicate: e cioè l'ineluttabilità della loro utilizzazione e la prevedibilità dei rischi che essa comporta. Il documento si inserisce nella messe di iniziative assunte, a partire dal 2010, in sede comunitaria, iniziative che hanno contribuito a costruire la "decade digitale" che comprende i provvedimenti inerenti la *cybersecurity*, i servizi digitali, il

mercato digitale e il piano per una Democrazia europea [COM 82020)790]. La Comunicazione ritorna più volte sui rischi dell'IA e quindi sulla primaria esigenza di prevenirli attraverso tutti i mezzi possibili, al fine di salvaguardare i diritti fondamentali dei cittadini. In questo contesto si è venuto formando il modello europeo che la Commissione ambisce a rendere primario nel mondo.

Per parte sua la Banca europea degli Investimenti ha pubblicato i risultati di una ampia ricerca in cui ha evidenziato i differenti stadi di sviluppo delle tecniche di IA nei diversi Paesi dell'Unione, indicando tra gli obiettivi da perseguire, oltre all'incremento di queste tecnologie, la loro applicazione conforme al programma di sviluppo sostenibile e la realizzazione di un eco-sistema innovativo integrato (*Artificial intelligence, blockchain and the future of Europe: How disruptive technologies create opportunities for a green and digital economy*, Main Report, June 2021).

4. La posizione dei consumatori (BEUC).

Al di là degli aspetti positivi dati dall'impiego delle tecniche di intelligenza artificiale e dai processi decisionali che si affidano ad algoritmi, le associazioni dei consumatori, tramite il BEUC, hanno insistito perché il programma complessivo sia in grado di offrire garanzie efficaci. In particolare, hanno auspicato una revisione della direttiva sulla responsabilità per i difetti dei prodotti, e hanno raccomandato che gli interventi normativi possano essere in grado di far circolare sul mercato prodotti sicuri e innocui, per tutto il loro ciclo vitale, che le pratiche che si avvalgono di algoritmi siano corrette, trasparenti ed eseguite in modo responsabile, che siano rafforzati i sistemi di ritiro dei prodotti insicuri o difettosi, e che siano previste regole precise di risarcimento del danno, oltre a misure di protezione dei dati personali e di controllo della profilazione dei potenziali clienti (*BEUC Response to the European Commission's White Paper on Artificial Intelligence*, Brussels, 12 giugno 2020; BEUC, *Artificial Intelligence: What Consumers say*, Brussels, 2020).

5. La proposta di nuovo Regolamento sui prodotti-macchina.

Atteso che le tecniche di intelligenza artificiale sono applicate in larga parte a macchinari, la Commissione ha proposto una revisione della Direttiva n. 42 del 2006 che disciplina la costruzione, distribuzione e importazione di macchinari. Nella Direttiva i prodotti considerati sono definiti "macchine", cioè l'insieme equipaggiato o destinato ad essere equipaggiato di un sistema di azionamento diverso dalla forza umana o animale diretta, composto di parti o di componenti, di cui almeno uno mobile, collegati tra loro solidamente per un'applicazione ben determinata. Per poter essere prodotte, immesse sul mercato o importate, le macchine debbono possedere particolari requisiti e sono marchiate con la scritta "CE":

«Le macchine costruite in conformità di una norma armonizzata, il cui riferimento è stato pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, sono presunte conformi ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute coperti da tale norma armonizzata» (art. 7).

L'Unione punta dunque sul principio di prevenzione per evitare che siano immesse sul mercato macchine non conformi alle norme tecniche che consentono di certificarne la sicurezza.

La Direttiva isola una categoria di macchine, le "macchine potenzialmente pericolose", qualora esse presentino rischi per la salute e la sicurezza delle persone, e appresta per esse regole speciali, e una categoria di "quasi-macchine" cioè prodotti che debbono essere assemblati o a cui faccia difetto

qualche elemento per poter funzionare autonomamente. Anche in questo caso, produzione, distribuzione, importazione debbono essere conformi alle prescrizioni stabilite.

In ragione della diffusione di macchine alimentate dalla intelligenza artificiale, in particolare con riguardo ai *robot*, la Commissione ha rilevato che

«La direttiva macchine necessita di una maggiore certezza del diritto in relazione al suo ambito di applicazione e alle sue definizioni: un aspetto che ha generato alcune difficoltà per i fabbricanti nel comprendere il corretto quadro giuridico da applicare. Sono state individuate alcune sovrapposizioni o incongruenze in relazione ad altre normative UE specifiche. Per quanto concerne le definizioni stabilite dalla direttiva, la definizione di “quasi-macchine” ha sollevato numerose preoccupazioni incentrate in particolare sulla demarcazione rispetto alla definizione di “macchina” e la definizione di “macchina” è stata chiarita. Inoltre occorre chiarire l’esclusione dei mezzi di trasporto e rafforzare la coerenza dell’esclusione di alcuni prodotti contemplati dalla direttiva bassa tensione (direttiva 2014/35/UE) quando tali prodotti integrano una funzione *Wi-Fi*».

Di qui la decisione di proporre un nuovo regolamento che sia adeguato alle esigenze dei fruitori dei prodotti. Per l’apunto il considerando (23) recita:

«Al fine di garantire che i prodotti macchina, quando sono immessi sul mercato o messi in servizio, non comportino rischi per la salute e la sicurezza delle persone o degli animali domestici e non causino danni a beni e, se del caso, all’ambiente, occorre definire i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute che devono essere soddisfatti affinché i prodotti macchina siano autorizzati sul mercato. I prodotti macchina devono essere conformi ai requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute quando vengono immessi sul mercato o messi in servizio. Qualora tali prodotti macchina vengano successivamente modificati, da mezzi fisici o digitali, in un modo non previsto dal fabbricante e che potrebbe implicare il fatto che essi non rispettino più i requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute pertinenti, la modifica dovrebbe essere considerata sostanziale. Gli utilizzatori possono caricare ad esempio su un prodotto macchina un *software* non previsto dal fabbricante e che può generare nuovi rischi. Al fine di garantire il rispetto da parte di tali prodotti macchina dei requisiti essenziali di sicurezza e di tutela della salute pertinenti, la persona che effettua la modifica sostanziale dovrebbe essere tenuta a svolgere una nuova valutazione della conformità prima che il prodotto macchina modificato possa essere immesso sul mercato o messo in servizio. Tale requisito dovrebbe applicarsi soltanto rispetto alla parte modificata del prodotto macchina, a condizione che la modifica non incida sul prodotto macchina nel suo complesso. Al fine di evitare un onere inutile e sproporzionato, la persona che effettua la modifica sostanziale non dovrebbe essere tenuta a ripetere le prove e a produrre nuova documentazione in relazione ad aspetti del prodotto macchina sui quali la modifica non incide. Dovrebbe spettare alla persona che effettua la modifica sostanziale dimostrare che tale modifica non incide sul prodotto macchina nel suo complesso».

Sulla base di queste premesse la Commissione ha predisposto un testo articolato di regole che disciplinano la fabbricazione, la distribuzione e l’importazione delle “macchine”, la loro marchiatura, il controllo di conformità più stringenti rispetto alla direttiva del 2006 (COM 2021, 0105, 21 aprile 2021).

6. La proposta di Regolamento sull’intelligenza artificiale.

In questo quadro che sinteticamente raccoglie le iniziative promosse dalle istituzioni dell’Unione europea per affrontare

l’affermazione e la diffusione delle tecnologie di intelligenza artificiale, si collocano le proposte di disciplina del fenomeno, che poggiano su tre pilastri: (i) la tutela della persona, (ii) la responsabilità per i danni derivanti dall’uso di queste tecnologie, (iii) la tutela del diritto d’autore che sta alla base delle nuove tecnologie. È una linea d’azione descritta in modo puntuale nel Libro bianco sull’intelligenza artificiale (Bruxelles, 19 febbraio 2020 COM (2020) 65 final che porta come sottotitolo «Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia», quasi ad indicare che l’Europa si pone l’obiettivo ambizioso di guidare la rivoluzione dell’intelligenza artificiale e si cura dei suoi effetti positivi, confortando i suoi cittadini sotto il profilo della *informazione*, della *trasparenza*, della *sicurezza*. Cittadini, imprese, istituzioni sono investite da questi fenomeni che l’Unione intende governare nell’ambito dei valori dello Stato di diritto, segnatamente i diritti fondamentali, la dignità umana e la privacy, ma anche i diritti sociali, nell’ambito di uno sviluppo economico sostenibile. La connessione con il *Green Deal* è d’obbligo, per raccogliere la sfida legata al clima e all’ambiente. Le parole chiave di questo progetto sono: intervento e sorveglianza umani, robustezza tecnica e sicurezza, riservatezza e *governance* dei dati, trasparenza, diversità, non discriminazione ed equità, benessere sociale e ambientale, e *accountability*.

Queste sono le direttrici che guidano la formazione del modello europeo di disciplina dell’intelligenza artificiale.

Il quadro normativo è ulteriormente affinato, e viene modellato seguendo queste direttrici:

«Si rende (...) necessario un quadro giuridico dell’Unione che istituisca regole armonizzate in materia di intelligenza artificiale per promuovere lo sviluppo, l’uso e l’adozione dell’intelligenza artificiale nel mercato interno, garantendo nel contempo un elevato livello di protezione degli interessi pubblici, quali la salute e la sicurezza e la protezione dei diritti fondamentali, come riconosciuti e tutelati dal diritto dell’Unione. Per conseguire tale obiettivo, è opportuno stabilire regole che disciplinino l’immissione sul mercato e la messa in servizio di determinati sistemi di IA, garantendo in tal modo il buon funzionamento del mercato interno e consentendo a tali sistemi di beneficiare del principio della libera circolazione di beni e servizi. Stabilendo tali regole, il presente regolamento contribuisce all’obiettivo dell’Unione di essere un leader mondiale nello sviluppo di un’intelligenza artificiale sicura, affidabile ed etica, come affermato dal Consiglio europeo, e garantisce la tutela dei principi etici, come specificamente richiesto dal Parlamento europeo».

E dunque la proposta di Regolamento del Parlamento europeo si attesta proprio su questi punti [COM (2021) 206 final].

Come si precisa nella Relazione che accompagna il testo, «la proposta fissa regole armonizzate per lo sviluppo, l’immissione sul mercato e l’utilizzo di sistemi di IA nell’Unione seguendo un approccio proporzionato basato sul *rischio*. Essa propone un’unica definizione di IA adeguata alle esigenze future. Talune pratiche di IA particolarmente dannose sono vietate in quanto in contrasto con i valori dell’Unione, mentre sono proposte restrizioni e tutele specifiche in relazione a determinati usi dei sistemi di identificazione biometrica remota a fini di attività di contrasto».

La proposta si preoccupa inoltre di stabilire le regole per «la gestione dei rischi impiegata per definire i sistemi di IA “ad alto rischio” che pongono rischi significativi per la salute e la sicurezza o per i diritti fondamentali delle persone. Tali sistemi di IA dovranno rispettare una serie di requisiti obbligatori orizzontali per un’IA affidabile nonché seguire le procedure

di valutazione della conformità prima di poter essere immessi sul mercato dell'Unione. Obblighi prevedibili, proporzionati e chiari sono posti in capo anche a fornitori e utenti di tali sistemi con l'obiettivo di assicurare la sicurezza e il rispetto della normativa vigente che tutela i diritti fondamentali durante l'intero ciclo di vita dei sistemi di IA. Per taluni sistemi specifici di IA, vengono proposti soltanto obblighi minimi di trasparenza, in particolare quando vengono utilizzati *chatbot* o "*deep fake*".

La scelta normativa consiste dunque nel definire l'attività disciplinata, nel fissare le regole del suo svolgimento, nell'escludere il ricorso a tecniche eccessivamente rischiose, nel controllare i rischi.

Il controllo dell'attività si accompagna al controllo sui prodotti: qui si tratta dei processi di intelligenza artificiale che sono realizzati e distribuiti come "prodotto" in sé e per sé considerato, o sono inseriti in altri prodotti, come parte componente, o sono utilizzati dagli operatori del mercato. Non si parla di macchinari, che sono oggetto di altro atto normativo, né di robot, che non sono ancora definiti normativamente in ambito europeo, ma non sfuggono al controllo in quanto possono rientrare nell'una o nell'altra categoria normale.

La tecnica della normazione è quella già ampiamente sperimentata per i prodotti immessi sul mercato e destinati al consumo, ma si accentua il profilo della prevenzione. Infatti sono definite alcune pratiche di intelligenza artificiale vietate perché ricorrono a processi subliminali, sfruttano la vulnerabilità di categorie di persone, risultano lesive dei diritti di determinate categorie di persone.

Si prevedono obblighi di conformità per la produzione dei sistemi ad alto rischio, obblighi di conformità dei fornitori e degli utenti, la marcatura dei prodotti (CE), obblighi di informazione per l'uso dei prodotti e una serie di controlli pubblici per verificare la rispondenza dei prodotti ai requisiti prescritti.

Si assiste perciò alla combinazione di diverse tecniche di protezione per una IA "antropocentrica": (i) il principio di prevenzione, che vieta pratiche di IA lesive per la persona, come quelle che fanno ricorso alle tecniche subliminali, o che possono essere dannose per categorie di persone fragili, o che possano mettere in difficoltà gruppi di persone (ad es. perché appartenenti ad una etnia particolare, ad una confessione religiosa, ad una minoranza linguistica e così via) o che fanno uso di misure biometriche dannose per l'identità personale; (ii) il principio di controllo per l'immissione sul mercato di tecniche ad alto rischio, con il tracciamento dei prodotti, le certificazioni sulla sicurezza, gli obblighi di informazione agli utenti; (iii) il principio di cooperazione istituzionale non solo tra gli Stati ma anche tra le autorità preposte ai controlli.

Può ritenersi soddisfacente questa proposta?

Innanzitutto non si tratta di una proposta isolata, ma essa si deve collocare nel quadro complessivo delle iniziative normative promosse dalle istituzioni europee: è quindi uno spicchio di un congegno più complesso, e all'interno di esso deve essere valutata. In particolare, considerando le valutazioni propositive riguardanti la responsabilità civile di coloro che utilizzano l'IA nelle diverse fasi di progettazione, fabbricazione, importazione, immissione sul mercato e distribuzione di prodotti e servizi.

7. La responsabilità per l'uso di prodotti alimentati dall'IA. Dal 2017 infatti - a più di trent'anni dalla applicazione della Direttiva 85/374/EEC - Commissione e Parlamento europeo hanno approfondito i profili di ammodernamento della di-

sciplina, tenuto conto dei risultati - giudicati sostanzialmente positivi - della sua applicazione e della necessità di adattarla alle nuove tecnologie. Sia dalla Relazione della Commissione sull'applicazione della direttiva del Consiglio relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi (direttiva 85/374/CEE) {SWD (2018) 157 final} - {SWD (2018) 158 final}, sia dal Documento di lavoro dei servizi della Commissione che dà conto della consultazione dei portatori di interessi, emerge che è necessario ridefinire il termine "prodotto" tenendo conto delle tecnologie digitali, rimodulare le regole di prevenzione, anche in considerazione della *cybersecurity*, rivedere le regole per agevolare i danneggiati da prodotti particolarmente sofisticati.

Non si discute il regime di distribuzione dei rischi, l'imputazione della responsabilità - che resta oggettiva - né il regime dell'onere della prova, ma viene in emersione il problema del rischio dello sviluppo.

Può questa disciplina, aggiornata quanto necessario, essere ritenuta sufficiente a risolvere i problemi del danno da sistemi di intelligenza artificiale?

Per la verità, le premesse della Risoluzione del Parlamento europeo sulle norme di diritto civile concernenti i *robot* del 16 febbraio 2017 sembrerebbe porlo in dubbio:

«considerando che, grazie agli strabilianti progressi tecnologici dell'ultimo decennio, non solo oggi i *robot* sono in grado di svolgere attività che tradizionalmente erano tipicamente ed esclusivamente umane, ma lo sviluppo di determinate caratteristiche autonome e cognitive - ad esempio la capacità di apprendere dall'esperienza e di prendere decisioni quasi indipendenti - li ha resi sempre più simili ad agenti che interagiscono con l'ambiente circostante e sono in grado di alterarlo in modo significativo; che, in tale contesto, la questione della responsabilità giuridica derivante dall'azione nociva di un *robot* diventa essenziale;

AA. considerando che l'autonomia di un *robot* può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; che tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un *robot* con l'ambiente;

AB. considerando che più i *robot* sono autonomi, meno possono essere considerati come meri strumenti nelle mani di altri attori (quali il fabbricante, l'operatore, il proprietario, l'utilizzatore, ecc.); che ciò, a sua volta, pone il quesito se le regole ordinarie in materia di responsabilità siano sufficienti o se ciò renda necessari nuovi principi e regole volte a chiarire la responsabilità legale dei vari attori per azioni e omissioni imputabili ai *robot*, qualora le cause non possano essere ricondotte a un soggetto umano specifico, e se le azioni o le omissioni legate ai *robot* che hanno causato danni avrebbero potuto essere evitate;

AC. considerando che, in ultima analisi, l'autonomia dei *robot* solleva la questione della loro natura alla luce delle categorie giuridiche esistenti e dell'eventuale necessità di creare una nuova categoria con caratteristiche specifiche e implicazioni proprie;

AD. considerando che, nell'attuale quadro giuridico, i *robot* non possono essere considerati responsabili in proprio per atti o omissioni che causano danni a terzi; che le norme esistenti in materia di responsabilità coprono i casi in cui la causa di un'azione o di un'omissione del *robot* può essere

fatta risalire ad uno specifico agente umano, ad esempio il fabbricante, l'operatore, il proprietario o l'utilizzatore, e laddove tale agente avrebbe potuto prevedere ed evitare il comportamento nocivo del robot; che, inoltre, i fabbricanti, gli operatori, i proprietari o gli utilizzatori potrebbero essere considerati oggettivamente responsabili per gli atti o le omissioni di un robot;

AE. considerando che, in base all'attuale quadro giuridico, la responsabilità da prodotto (secondo la quale il produttore di un prodotto è responsabile dei malfunzionamenti) e le norme che disciplinano la responsabilità per azioni dannose (in virtù delle quali l'utente di un prodotto è responsabile di un comportamento che conduce al danno) sono applicabili ai danni causati dai robot e dall'intelligenza artificiale;

AF. considerando che, nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati;

AG. considerando che sono palesi le carenze dell'attuale quadro normativo anche in materia di responsabilità contrattuale, dal momento che le macchine progettate per scegliere le loro controparti, negoziare termini contrattuali, concludere contratti e decidere se e come attuarli rendono inapplicabili le norme tradizionali; considerando che ciò pone in evidenza la necessità di norme nuove, efficaci e al passo con i tempi che corrispondano alle innovazioni e agli sviluppi tecnologici che sono stati di recente introdotti e che sono attualmente utilizzati sul mercato;

AH. considerando che, per quanto riguarda la responsabilità extracontrattuale, la direttiva 85/374/CEE riguarda solamente i danni causati dai difetti di fabbricazione di un robot e a condizione che la persona danneggiata sia in grado di dimostrare il danno effettivo, il difetto nel prodotto e il nesso di causalità tra difetto e danno e che pertanto la responsabilità oggettiva o la responsabilità senza colpa potrebbero non essere sufficienti;

AI. considerando che, nonostante l'ambito di applicazione della direttiva 85/374/CEE, l'attuale quadro giuridico non sarebbe sufficiente a coprire i danni causati dalla nuova generazione di robot, in quanto questi possono essere dotati di capacità di adattamento e di apprendimento che implicano un certo grado di imprevedibilità nel loro comportamento, dato che imparerebbero in modo autonomo, in base alle esperienze diversificate di ciascuno, e interagirebbero con l'ambiente in modo unico e imprevedibile.

Sulla base di queste premesse il Parlamento europeo ha delineato già nel 2017 alcune possibili alternative:

«53. ritiene che il futuro strumento legislativo debba essere fondato su una valutazione approfondita della Commissione che stabilisca se applicare l'approccio della responsabilità oggettiva o della gestione dei rischi;

54. osserva al contempo che la responsabilità oggettiva richiede una semplice prova del danno avvenuto e l'individuazione di un nesso di causalità tra il funzionamento lesivo del robot e il danno subito dalla parte lesa;

55. constata che l'approccio di gestione dei rischi non si concentra sulla persona "che ha agito con negligenza" in quanto responsabile a livello individuale bensì sulla persona che, in determinate circostanze, è in grado di minimizzare i rischi e affrontare l'impatto negativo».

Vi può essere dunque spazio per un regime diversificato di responsabilità civile, fondato sulla gestione del rischio, integrato della copertura assicurativa, che, a sua volta, può avere

carattere individuale oppure far parte di un sistema sociale di prevenzione e assicurazione, eventualmente alimentato da produttore, distributori, fornitori e importatori di robot. Certamente, non si prevede, nei progetti europei - anche se la Risoluzione ne fa cenno - una riformulazione della nozione di soggettività giuridica [sul punto v. Teubner, *Soggetti giuridici digitali? Sullo status privatistico di soggetti giuridici autonomi*, a cura di Femia, Napoli, 2019; e le osservazioni di Ruffolo e Costanza, in *Intelligenza artificiale e diritto*, in Giur. it. 2019, cit.; Caroccia, *Soggettività giuridica dei robot?*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 213 ss.; Berti Suman, *Intelligenza artificiale e soggettività giuridica: quali diritti (e doveri) dei robot?*, ivi, p. 251 ss.].

Questa ipotesi, che pure sul piano delle finzioni giuridiche, potrebbe avere cittadinanza nel mondo del diritto (come è accaduto per la "natura" in alcuni ordinamenti dell'America Latina: v. Miguez Nunez, *La natura e i suoi diritti. Prime notazioni in ambito civilistico*, in *Diritti Comparati*, 4 settembre 2017; Alpa, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura". Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *Riv. it. sc. giur.*, 2020, p. 19 ss.), tuttavia non risolve il problema della imputazione del rischio o del danno, atteso che il robot non ha né relazioni sociali né un patrimonio.

8. La Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione europea su un regime di responsabilità civile per l'intelligenza artificiale.

Il Parlamento europeo ha proseguito il suo corso sulla definizione delle regole di responsabilità civile derivanti dall'intelligenza artificiale, proponendo un proprio regolamento, il cui testo è stato pubblicato di seguito alla Risoluzione assunta il medesimo giorno con eguale oggetto. Il Parlamento «afferma che, in linea con i regimi di responsabilità oggettiva degli Stati membri, il regolamento proposto dovrebbe contemplare le violazioni di diritti importanti tutelati dalla legge come i diritti alla vita, alla salute, all'integrità fisica e al patrimonio, e dovrebbe fissare gli importi e l'entità del risarcimento nonché i termini di prescrizione; è del parere che il regolamento proposto dovrebbe includere anche il danno immateriale significativo che causa una perdita economica verificabile che oltrepassa un limite armonizzato nel diritto dell'Unione in materia di responsabilità civile, che mette in equilibrio l'accesso alla giustizia da parte delle persone interessate con gli interessi delle altre persone coinvolte; esorta la Commissione a rivalutare e ad allineare i limiti dei danni nel diritto dell'Unione in materia di responsabilità civile; è del parere che la Commissione dovrebbe analizzare in modo approfondito le tradizioni giuridiche in tutti gli Stati membri e le loro leggi nazionali vigenti che prevedono un risarcimento per i danni immateriali, al fine di valutare se l'inclusione dei danni immateriali in atti legislativi specifici relativi all'IA sia necessaria e se sia in contrasto con il quadro giuridico dell'Unione in vigore o pregiudichi il diritto nazionale degli Stati membri».

Siamo dunque ad una svolta: sul piano delle scelte normative l'Unione potrebbe integrare la direttiva sulla responsabilità per prodotti difettosi includendo in modo articolato i prodotti alimentati da IA oppure scegliere di predisporre un regime ad hoc per questi prodotti; attesa la loro natura, si tratta di prodotti che si possono qualificare anche come servizi, e le regole di responsabilità dovrebbero disciplinare l'uno e l'altro settore.

È interessante notare che la stessa Commissione, nella Relazione sulle implicazioni dell'IA del 19 febbraio 2020 COM (2020) 64 final sottolineava che

«le caratteristiche delle tecnologie digitali emergenti, come l'intelligenza artificiale, l'Internet delle cose e la robotica, mettono alla prova taluni aspetti dei quadri normativi dell'Unione e nazionali in materia di responsabilità e potrebbero ridurre l'efficacia. Alcune di queste caratteristiche potrebbero rendere difficile risalire dal danno subito al comportamento umano, che giustificerebbe la domanda di risarcimento sulla base della responsabilità per colpa ai sensi delle norme nazionali. Di conseguenza, potrebbe essere difficile o costoso far valere le domande di risarcimento basate sulle norme nazionali in materia di responsabilità civile e pertanto le vittime potrebbero non essere adeguatamente risarcite. È importante che il livello di protezione delle vittime di incidenti causati da prodotti e servizi che integrano le tecnologie digitali emergenti, come l'intelligenza artificiale, non sia inferiore rispetto a quello concesso per altri prodotti e servizi simili, per i quali otterrebbero il risarcimento ai sensi del diritto nazionale in materia di responsabilità civile. Ciò potrebbe ridurre l'accettazione sociale delle tecnologie emergenti e generare esitazione a usarle».

Con riferimento al dilemma tra l'applicazione *tout court* della disciplina sulla responsabilità del produttore e l'opportunità di intervenire con regole *ad hoc*, la Commissione europea aveva posto in evidenza alcune incongruenze della disciplina della responsabilità del produttore, la quale, se applicata direttamente ai prodotti dotati di IA, avrebbe privato i danneggiati di una adeguata protezione.

La Relazione della Commissione apriva alcuni importanti problemi sulla sicurezza: l'uso di prodotti, la cui funzionalità poteva essere alterata dai sistemi di IA; l'uso di prodotti previsto, prevedibile o anche non prevedibile; l'uso di prodotti destinati a specifiche attività, come quella medica; l'uso di prodotti in cui i sistemi di IA siano modificati nel corso della loro vita.

Le conclusioni si orientavano verso una graduata responsabilità per i prodotti che funzionano mediante tecniche di intelligenza artificiale:

«l'allocazione dei costi in caso di danni può risultare ingiusta o inefficiente in base alle norme vigenti. Per ovviare a questa situazione e affrontare le potenziali incertezze del quadro vigente, potrebbero essere presi in considerazione alcuni adeguamenti della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi e dei regimi nazionali in materia di responsabilità attraverso opportune iniziative dell'UE, secondo un approccio mirato e basato sul rischio, vale a dire tenendo conto del fatto che le diverse applicazioni dell'intelligenza artificiale presentano rischi diversi».

In dottrina sono state segnalate perplessità in ordine all'applicazione esclusiva e diretta delle regole già vigenti sulla responsabilità del produttore: in particolare si è detto che l'IA trasforma i prodotti, che non si possono più considerare semplicemente cose, in quanto sono macchine pensanti ed intelligenti; l'utente, anche se agevolato dalla responsabilità oggettiva, deve pur sempre dimostrare il nesso causale tra il difetto e il danno e quindi isolare il difetto del prodotto; a cui si potrebbe aggiungere che i sistemi di IA sono frutto della concezione programmatica di un soggetto, l'inventore, che elabora il sistema il quale però viene innestato nel prodotto (per ulteriori dettagli v. Ruffolo, *op.cit.*, in *Giur. it.*, 2019, cit., e Costanza, *ivi*, p. 1686 ss.). Ed allora la causa principale del danno non risiederebbe tanto nel prodotto quanto nel progetto (Venanzoni, *Intelligenze umani e artificiali. Profili giuridici nella circolazione delle opere dell'ingegno e problematiche sulla identità autorale*, in *Diritto e intelligenza artificiale*, cit., p. 297).

Non diversa posizione si riscontra nello studio predisposto dai servizi di ricerca del Parlamento europeo (*Civil Liability Regime for Artificial Intelligence*, Brussels, sept. 2020). Lo studio comparativo dei sistemi nazionali, fatto per la verità sulla base dei testi normativi piuttosto che non sul diritto vivente, dimostra che non vi è uniformità di disciplina in materia di responsabilità civile e che il regime fondato sulla colpa è ancora prevalente (anche se una analisi della giurisprudenza avrebbe potuto dimostrare che l'area della responsabilità oggettiva e l'area della responsabilità per colpa presunta sono molto estese). Lo studio non tiene conto dei risultati a cui sono pervenuti i progetti di armonizzazione o di codificazione delle regole della responsabilità civile in ambito europeo (per il diritto inglese v. Markesinis, *Tort Law*, a cura di Deakin e Adams, Oxford, 2019; Koch e Koziol, *Unification of Tort Law: Strict Liability*, s.l. 2002; per il diritto private europeo, *Principles of European Law: Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, a cura di von Bar, Oxford, 2007; Alpa, *La responsabilità civile. Parte generale*, Torino, 2010).

Il progetto di Regolamento proposto dal Parlamento europeo si basa su un sistema corretto di responsabilità del produttore, che tiene conto del *rischio creato*. E si incentra sulla responsabilità degli "operatori", definendoli in questo modo:

«"operatore sia di *front-end* sia di *back-end*", a condizione che la responsabilità di quest'ultimo non sia già coperta dalla direttiva 85/374/CEE;

"operatore di *front-end*": la persona fisica o giuridica che esercita un certo grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA e che beneficia del suo funzionamento;

"operatore di *back-end*": la persona fisica o giuridica che, su base continuativa, definisce le caratteristiche della tecnologia e fornisce i dati e il servizio di supporto di *back-end* essenziale e pertanto esercita anche un elevato grado di controllo su un rischio connesso all'operatività e al funzionamento del sistema di IA».

La responsabilità è distinta a seconda delle categorie di operatori: quelli ad alto rischio rispondono oggettivamente, quelli a rischio più modesto rispondono per colpa: gli operatori di sistemi di IA ad alto rischio non possono eludere la propria responsabilità sostenendo di avere agito con la dovuta diligenza o che il danno o il pregiudizio sia stato cagionato da un'attività, dispositivo o processo autonomo guidato dal loro sistema di IA. Gli operatori non sono considerati responsabili se il danno o il pregiudizio è dovuto a cause di forza maggiore.

L'art. 4 dispone pertanto la responsabilità oggettiva per gli operatori di sistemi ad alto rischio, per gli altri l'imputazione segue il tradizionale criterio della colpa. Dispone l'art. 8 che: «1. L'operatore di un sistema di IA che non si configura come un sistema di IA ad alto rischio ai sensi dell'articolo 3, lettera c), e dell'articolo 4, paragrafo 2, e che di conseguenza non sia stato inserito nell'elenco contenuto nell'allegato al presente regolamento, è soggetto a un regime di responsabilità per colpa in caso di eventuali danni o pregiudizi causati da un'attività, dispositivo o processo fisico o virtuale guidato dal sistema di IA.

2. L'operatore non è responsabile se riesce a dimostrare che il danno o il pregiudizio arrecato non è imputabile a sua colpa per uno dei seguenti motivi:

- a) il sistema di IA si è attivato senza che l'operatore ne fosse a conoscenza e sono state adottate tutte le misure ragionevoli e necessarie per evitare tale attivazione al di fuori del controllo dell'operatore, o
- b) è stata rispettata la dovuta diligenza con lo svolgimento delle seguenti operazioni: selezionando un sistema di IA ido-

neo al compito e alle competenze, mettendo debitamente in funzione il sistema di IA, monitorando le attività e mantenendo l'affidabilità operativa mediante la periodica installazione di tutti gli aggiornamenti disponibili.

L'operatore non può sottrarsi alla responsabilità sostenendo che il danno o il pregiudizio sia stato cagionato da un'attività, dispositivo o processo autonomo guidato dal suo sistema di IA. L'operatore non è responsabile se il danno o il pregiudizio è dovuto a cause di forza maggiore.

3. Laddove il danno o il pregiudizio sia stato causato da un terzo che abbia interferito con il sistema di IA attraverso la modifica del suo funzionamento o dei suoi effetti, l'operatore è comunque tenuto a corrispondere un risarcimento se tale terzo è irrintracciabile o insolubile.

4. Il produttore di un sistema di IA è tenuto a cooperare con l'operatore o con la persona interessata, su loro richiesta, e a fornire loro informazioni, nella misura giustificata dall'importanza della pretesa, al fine di consentire l'individuazione delle responsabilità».

Il progetto propone anche termini diversi di prescrizione: per gli operatori di tipo A addirittura 30 anni, per quelli di altro tipo rinvia alla disciplina nazionale. E vi sono anche disposizioni che riguardano la tipologia di danni risarcibili. Si avverte, nonostante l'attenzione prestata alla creazione del rischio e alle graduazioni del rischio, l'impossibilità delle istituzioni europee di superare la distinzione tra progettazione dei sistemi di AI e fabbricazione di prodotti che incorporano quei sistemi, poiché l'unificazione dei criteri di imputazione nel segno della responsabilità oggettiva è prevista solo in caso di alto rischio.

Occorrerà dunque effettuare un attento coordinamento tra le regole di responsabilità da prodotto con le regole di responsabilità dell'operatore per assicurare un adeguato risarcimento delle vittime.

9. Le opzioni in materia di responsabilità civile.

Le scelte che emergono dalla proposta di Regolamento tradiscono le difficoltà in cui si dibattono le istituzioni europee nel disegnare un sistema coerente di responsabilità civile che tuteli adeguatamente le vittime senza peraltro reprimere l'evoluzione scientifica e tecnica e lo sviluppo economico: evoluzione e sviluppo costruiti intorno all'impiego della intelligenza artificiale, ormai irrinunciabile: globalizzazione, concorrenza, "progresso" postulano un processo che avanza irrimediabilmente. Di qui l'urgenza di intervenire con regole non solo etiche o di *soft law* ma di natura giuridica volte a prevenire i, prima ancora che a rimediare ai, danni che ne possono derivare. Il costo sociale delle nuove tecnologie deve essere affrontato tenendo conto dell'utilità da esse arrecate e considerando i profitti degli operatori, i vantaggi della comunità e i danni che possono ricadere sugli utenti.

Ora, per individuare i criteri più appropriati per risolvere il problema, si deve innanzitutto risolvere un dilemma che incide sui soggetti che operano sul mercato.

Con riguardo all'attività esercitata e al risultato di quella attività, si possono distinguere i produttori di beni e i produttori di servizi, e con riguardo al risultato, si distinguono i "prodotti" dai "servizi". Normalmente il prodotto è un bene mobile non semovente, non dotato dunque di autonomia; e normalmente il servizio non è definito nel diritto europeo, se non in modo negativo: è tutto ciò che non rientra nella categoria del prodotto. Ciò perché, a differenza dei prodotti, che possono essere catalogati in diverse categorie e classi, i servizi sono difficilmente classificabili perché estremamente etero-

genei: sono infatti qualificati come servizi le attività professionali, sia ordinarie sia non raggruppate in ordini o collegi, e tutte le altre attività che non si esprimono nella produzione di un bene tangibile. La direttiva sui servizi 2006/123/CE si esprime in modo molto generico in questi termini:

«(33) Tra i servizi oggetto della presente direttiva rientrano numerose attività in costante evoluzione, fra le quali figurano: i servizi alle imprese, quali i servizi di consulenza manageriale e gestionale, i servizi di certificazione e di collaudo, i servizi di gestione delle strutture, compresi i servizi di manutenzione degli uffici, i servizi di pubblicità o i servizi connessi alle assunzioni e i servizi degli agenti commerciali. Sono oggetto della presente direttiva anche i servizi prestati sia alle imprese sia ai consumatori, quali i servizi di consulenza legale o fiscale, i servizi collegati con il settore immobiliare, come le agenzie immobiliari, l'edilizia, compresi i servizi degli architetti, la distribuzione, l'organizzazione di fiere, il noleggio di auto, le agenzie di viaggi. Nell'ambito di applicazione della presente direttiva rientrano altresì i servizi ai consumatori, quali i servizi nel settore del turismo, compresi i servizi delle guide turistiche, i servizi ricreativi, i centri sportivi, i parchi di divertimento e, nella misura in cui non sono esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva, i servizi a domicilio, come l'assistenza agli anziani. Queste attività possono riguardare servizi che richiedono la vicinanza del prestatore e del destinatario della prestazione, servizi che comportano lo spostamento del destinatario o del prestatore e servizi che possono essere prestati a distanza, anche via *Internet*.

(34) Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, la valutazione di determinate attività, in particolare di quelle finanziate con fondi pubblici o esercitate da enti pubblici, deve essere effettuata, per stabilire se costituiscono un «servizio», caso per caso alla luce delle loro caratteristiche, in particolare del modo in cui sono prestate, organizzate e finanziate nello Stato membro interessato. La Corte di giustizia ha ritenuto che la caratteristica fondamentale della retribuzione sia rappresentata dal fatto che essa costituisce un corrispettivo economico per i servizi prestati, ed ha riconosciuto che la caratteristica della retribuzione è assente nelle attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario, quali i corsi assicurati nel quadro del sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica». In altri termini qualsiasi attività non salariata, che potremmo dunque definire autonoma, propria delle professioni tradizionali e di quelle innovative, incluse l'informatica, la telematica, l'ingegneria elettronica, e ad esclusione di servizi disciplinati da altre direttive, come i servizi bancari, finanziari, di trasporto, ecc.

La direttiva, oltre ad adottare il sistema del mutuo riconoscimento, e a proclamare la libertà di esercizio di queste attività, le subordina ad una normativa riguardante le informazioni, l'assicurazione e altri aspetti relativi alla loro negoziazione, ma non tratta della responsabilità per i danni. I tentativi di definire una responsabilità per danni derivanti da servizi si sono arenati alla fine degli anni Ottanta, e non sono stati ripresi, se non in casi di eccezione per introdurre regole armonizzate di limitazione della responsabilità: come è avvenuto per la limitazione della responsabilità dell'*Internet Service Provider* (direttiva 2000/31/CE).

Le scelte normative nel campo della utilizzazione dell'intelligenza artificiale dunque oscillavano tra l'applicazione a pro-

dotti e servizi di un regime unico - il che avrebbe implicato l'assoggettamento dei servizi ad un regime di responsabilità oggettiva - oppure ad un regime diversificato - responsabilità oggettiva per i prodotti, responsabilità fondata sulla colpa per i servizi -oppure ad un regime misto.

La scelta è caduta sul regime misto, anzi, un regime doppiamente misto.

Si possono distinguere i sistemi di intelligenza artificiale, costituiti da un *software* - che quindi rientra nel settore dei prodotti intellettuali e quindi dei "servizi" - e i prodotti che incorporano *software*. A questi ultimi si applicano le regole sulla responsabilità da prodotto, salva la disciplina dei prodotti-macchina, e la disciplina specifica della proposta di Regolamento la quale precisa che

«Il capo 1 del titolo III fissa le regole di classificazione e individua due categorie principali di sistemi di IA ad alto rischio: i sistemi di IA destinati ad essere utilizzati come componenti di sicurezza di prodotti soggetti a valutazione della conformità *ex ante* da parte di terzi; altri sistemi di IA indipendenti che presentano implicazioni principalmente in relazione ai diritti fondamentali esplicitamente elencati nell'allegato III».

E pertanto nel caso di sistemi ad alto rischio il produttore del servizio ne risponderà a titolo di responsabilità oggettiva, altrimenti a titolo di colpa. La relazione si preoccupa di definire la posizione giuridica dei diversi attori del mercato:

«Nell'ambito della normativa di armonizzazione dell'Unione, è opportuno che le regole applicabili all'immissione sul mercato, alla messa in servizio e all'uso di sistemi di IA ad alto rischio siano stabilite conformemente al regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio 51 che pone norme in materia di accreditamento e vigilanza del mercato dei prodotti, alla decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio 52 relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e al regolamento (UE) 2019/1020 del Parlamento europeo e del Consiglio 53 sulla vigilanza del mercato e sulla conformità dei prodotti ("nuovo quadro legislativo per la commercializzazione dei prodotti")».

(53) È opportuno che una specifica persona fisica o giuridica, definita come il fornitore, si assuma la responsabilità dell'immissione sul mercato o della messa in servizio di un sistema di IA ad alto rischio, a prescindere dal fatto che tale persona fisica o giuridica sia la persona che ha progettato o sviluppato il sistema.

(54) È opportuno che il fornitore istituisca un solido sistema di gestione della qualità, garantisca l'espletamento della procedura di valutazione della conformità richiesta, rediga la documentazione pertinente e istituisca un sistema robusto per il monitoraggio successivo all'immissione sul mercato. Le autorità pubbliche che mettono in servizio sistemi di IA ad alto rischio per uso proprio possono adottare e attuare le regole per il sistema di gestione della qualità nell'ambito del sistema di gestione della qualità adottato a livello nazionale o regionale, a seconda dei casi, tenendo conto delle specificità del settore come pure delle competenze e dell'organizzazione dell'autorità pubblica in questione.

(55) Qualora un sistema di IA ad alto rischio che è un componente di sicurezza di un prodotto disciplinato da una pertinente normativa settoriale del nuovo quadro legislativo non fosse immesso sul mercato o messo in servizio separatamente dal prodotto, il fabbricante del prodotto finale quale definito nella pertinente normativa del nuovo quadro legislativo dovrebbe adempiere gli obblighi del fornitore stabiliti nel presente regolamento e, in particolare, garantire che il sistema

di IA integrato nel prodotto finale soddisfi i requisiti del presente regolamento.

(56) Al fine di consentire l'applicazione del presente regolamento e di creare condizioni di parità per gli operatori, e tenendo conto delle diverse forme di messa a disposizione di prodotti digitali, è importante garantire che, in qualsiasi circostanza, una persona stabilita nell'Unione possa fornire alle autorità tutte le informazioni necessarie sulla conformità di un sistema di IA. Pertanto, prima di mettere a disposizione i propri sistemi di IA nell'Unione, nel caso in cui non possa essere identificato un importatore, i fornitori stabiliti al di fuori dell'Unione dovrebbero nominare, mediante mandato scritto, un rappresentante autorizzato stabilito nell'Unione.

(57) In linea con i principi del nuovo quadro legislativo, è opportuno stabilire obblighi specifici per gli operatori economici pertinenti, quali importatori e distributori, al fine di garantire la certezza del diritto e facilitare il rispetto della normativa da parte di tali operatori.

Ci si può chiedere allora, nel caso di sistema di intelligenza artificiale incluso in un prodotto, se il creatore del sistema che contenga un difetto ne risponda come produttore di parte componente - per il quale la direttiva sulla responsabilità del prodotto non prevede differenze di regime rispetto alle regole di responsabilità oggettiva imposta al fabbricante del prodotto finito - oppure ne risponda per colpa se il sistema è a medio-basso rischio.

Allo stesso modo, ci si può chiedere la sorte della responsabilità dei *robot* - che sono al tempo stesso prodotti e cose programmate semoventi che incorporano un sistema di intelligenza artificiale - e delle automobili semoventi senza conducente.

Problemi che saranno risolti dalla stessa Unione, o dalla interpretazione condivisa dei giuristi, e dalla Corte di Giustizia. Tuttavia, sarebbe preferibile chiarire previamente questi aspetti, ad evitare problemi di incertezza giuridica.

10. Responsabilità civile e creazione del rischio.

Lo studio preparatorio (SWD 2018,237) della proposta di Regolamento (*Commission Staff Working Document: Liability for emerging digital technologies. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial intelligence for Europe*, COM (2018) 237 final) si propone di discutere i diversi criteri di imputazione della responsabilità collegati con le tipologie di prodotti di nuova concezione: è evidente che i rimedi diretti ad imporre la responsabilità oggettiva del produttore possono risultare insufficienti quando il prodotto include servizi predisposti da terzi, i quali non sono responsabili se non per colpa. Ma i criteri di responsabilità oggettiva soddisfano in modo più compiuto l'esigenza di proteggere le vittime. Di qui l'interrogativo se non sia utile introdurre un sistema di responsabilità basato sul rischio creato dal prodotto/servizio.

Lo studio ingloba tra i prodotti considerati, in quanto si avvalgono di nuove tecnologie, i *robot*, i droni e le auto semoventi.

Per le auto senza conducente si prende atto delle iniziative che alcuni legislatori hanno già adottato:

«Several Member States have begun to consider the implications of emerging digital technologies on their national liability regimes. For instance, the Justice Ministers of the German federal states adopted a resolution in June 2017 calling for legislative action, including at EU level as needed, in the area of extra-contractual liability for the operation of autonomous systems. In particular in

the area of autonomous cars, some Member States have introduced or proposed sector specific legislation. For example, Germany has amended its Street Traffic Act in order to allow autonomous cars to operate on the streets provided that a human driver is present to take over control at all times. Sweden has introduced a law which allows the testing of autonomous vehicles. In the UK, the government has proposed legislation which would amend insurance legislation in connection with the possible roll-out of autonomous vehicles» (Commission Staff Working Document, *Liability for emerging digital technologies Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Artificial intelligence for Europe*, SWD/2018/137 final, par. 2.2).

Accanto a questi casi occorre tener conto della recente modificazione del codice della strada francese che, in materia di responsabilità penale per sinistri derivanti dalla circolazione di vetture senza conducente, prevede che non sia responsabile il conducente che a bordo del veicolo sia trasportato da un sistema automatico, ma deve però rendersi disponibile ad attivare i controlli ordinari per evitare sinistri:

«Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 121-1 ne sont pas applicables au conducteur, pour les infractions résultant d'une manœuvre d'un véhicule dont les fonctions de conduite sont déléguées à un système de conduite automatisé, lorsque ce système exerce, au moment des faits et dans les conditions prévues au I de l'article L. 319-3, le contrôle dynamique du véhicule.

Le conducteur doit se tenir constamment en état et en position de répondre à une demande de reprise en main du système de conduite automatisé.

Les dispositions du premier alinéa de l'article L. 121-1 sont à nouveau applicables:

1° Dès l'instant où le conducteur exerce le contrôle dynamique du véhicule à la suite d'une reprise en main de celui-ci;

2° En l'absence de reprise en main du véhicule par le conducteur à l'issue de la période de transition faisant suite à une demande du système de conduite automatisé dans les conditions prévues au II de l'article L. 319-3;

3° Au conducteur qui ne respecte pas les sommations, injonctions ou indications données par les forces de l'ordre ou les règles de priorité de passage des véhicules d'intérêt général prioritaires prévues au présent code» (Ordonnance n°2021-443 du 14 avril 2021, Article L123-1).

«Pendant les périodes où le système de conduite automatisé exerce le contrôle dynamique du véhicule conformément à ses conditions d'utilisation, le constructeur du véhicule ou son mandataire, au sens de l'article 3 du règlement (UE) 2018/858 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018, est pénalement responsable des délits d'atteinte involontaire à la vie ou à l'intégrité de la personne prévus aux articles 221-6-1, 222-19-1 et 222-20-1 du code pénal lorsqu'il est établi une faute, au sens de l'article 121-3 du même code.

Sauf dans les cas prévus au 3° de l'article L. 123-1, lorsqu'une manœuvre effectuée par le système de conduite automatisé exerçant le contrôle dynamique du véhicule conformément à ses conditions

d'utilisation contrevient à des règles dont le non-respect constitue une contravention, le constructeur du véhicule ou son mandataire, au sens de l'article 3 du règlement (UE) 2018/858 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018, est redevable pécuniairement de l'amende encourue» (Ordonnance n°2021-443 du 14 avril 2021, Article L123-2).

Per gli aspetti di diritto civile, anche se non si volesse tener conto della responsabilità penale, la dottrina ha già definito come “conducente” sia la persona a bordo dell'auto che potrebbe rientrare nel governo della vettura ad un comando preconstituito o agendo direttamente, sia la persona che ha messo l'auto in circolazione.

Lo studio degli esperti (*Liability for Artificial Intelligence*, Bruxelles, 2019) riprende questi temi e li approfondisce, proponendo come criterio di imputazione della responsabilità, per tutti i tipi di prodotti (compresi i sistemi di intelligenza artificiale), il rischio creato. Ma graduando il rischio propone di graduare il criterio di imputazione della responsabilità: oggettiva per il rischio più grave, colpa per il rischio meno grave.

La distinzione non è coerente dal punto di vista logico e crea incertezze applicative. Ma la logica compromissoria che presiede spesso le scelte legislative dell'Unione sembra destinata a prevalere.

Gli studi preparatori e le ricerche degli esperti sono importanti per capire come si orientano gli organi dell'Unione europea nel definire le regole del mercato, ma è evidente da queste diverse fonti che non si è tenuto conto dei risultati a cui erano pervenuti gli studiosi del diritto privato europeo, di cui sopra si è fatto cenno.

Non bisogna dimenticare che le regole di responsabilità civile - in ogni sistema nazionale le più sensibili alle novità tecnologiche - sono valutate dagli organi europei anche per la loro incidenza economica. Fermo restando il divieto di utilizzazione di tecniche che possano essere altamente pericolose per la persona, e considerata l'esigenza di tutelare i diritti fondamentali, la normativa europea vuole promuovere le tecniche di IA per poter conquistare il primato mondiale in questo settore. Quindi non può deprimere più di tanto - con le sue regole - le imprese che sviluppino sistemi di AI e fabbricano prodotti “intelligenti”.

Di qui allora la necessità - che singolarmente era stata messa in luce già negli anni Sessanta da Guido Calabresi a proposito dei sinistri stradali (*CALABRESI, Some Thoughts On Risk Distribution and The Law of Torts*, in 70 Yale L.J. 1961, p. 499 ss.; *The Costs of Accidents. A Legal and Economic Analysis*, New Haven, Conn., 1970; *Il costo degli incidenti*, trad.it, Milano 1975, ed ora ristampata a cura di Al Mureden, Milano, 2015) - di far predisporre un sistema articolato in cui le regole di responsabilità civile, che distribuiscono il rischio tra i privati, siano affiancate dall'assicurazione privata, che trasferisce il rischio sulle assicurazioni, e un fondo di garanzia pubblico (magari alimentato da assicuratori e produttori ed operatori) che risarcisce le vittime rimaste prive di risarcimento.

*Ritratto di famiglia con canegatto.
Noterella bioetica
a margine dell'Antropocene.*

Paolo Donadoni

Avvocato, Foro di Genova

Farsi ritrarre in compagnia del proprio animale prediletto non è un vezzo della contemporaneità. La storia dell'arte ci presenta immagini che raccontano di come autorevoli personaggi umani abbiano voluto accanto i loro beniamini nei porsì in posa dinanzi allo sguardo dell'artista o nel venire ritratti in scene di vita quotidiana (1).

Se una volta l'abbinamento affettivo e la convivenza persona-animale potevano apparire una scelta eccentrica, oramai il mondo è cambiato: gli animali di affezione sono considerati componenti della famiglia. In Italia sono 32 milioni e sono presenti nel 52% delle case; circa 26 milioni di italiani adulti, più di uno su due, ha un animale in casa: il rapporto degli animali sulla popolazione è pari a 53,1 per 100 (di conseguenza, anche il numero dei veterinari nel decennio 2008/2018 è cresciuto del 23,5%) (2). Nella tasca interna del portafogli è consuetudine conservare la foto ricordo del proprio cane accanto a quella dei famigliari ovvero esporla in casa (3). Anzi, la pandemia SARS-CoV-2 ha accelerato il processo di espansione: in Italia 3,5 milioni di cittadini hanno acquistato un animale da compagnia durante il lockdown del 2020 o immediatamente dopo (4).

Per la salute e il benessere degli animali di affezione si annoverano: cibi dedicati, linee di abbigliamento, gadget sportivi, book fotografici, ricoveri alberghieri riservati, farmaci specifici, cliniche veterinarie... È stato previsto un "Bonus animali" (prorogato al 2022 con detrazione IRPEF al 19% e tetto massimo a 550,00 euro) per consentire la detrazione fiscale delle spese per cure veterinarie e per acquisto farmaci sostenute dai padroni. I cimiteri per animali oramai affiancano quelli umani e parimenti v'è similarità di riti per elaborare il lutto e celebrare la memoria dei defunti (recentemente anche il Comune di Genova (5) ha consentito la tumulazione delle ceneri degli animali di affezione nella tomba o nel loculo del padrone defunto o nella tomba di famiglia, in applicazione della legge di Regione Liguria n. 15/2020).

La categoria degli animali di affezione (6), segnatamente cani e gatti (ma non solo), ha conquistato un posto in prima fila. Si tratta di un fenomeno mondiale, particolarmente radicato nelle società occidentali benestanti. L'obiettivo rilevante assunta dagli animali di affezione è certificata anche dall'attenzione ad essi dedicata dal nostro Ministero della Salute. Sul sito istituzionale (www.salute.gov.it) ben 7 sezioni sono dedicate agli animali di affezione (argomenti: *convivere con un animale, anagrafe animali d'affezione, benessere degli animali, viaggiare con gli animali, interventi assistiti con gli animali - IAA, abbandono e randagismo, esche e bocconi avvelenati*), con richiami espliciti - nelle sottosezioni a «tutela del benessere e protezione» e addirittura ai «diritti degli animali».

Quanta parte, di queste prassi sociali, di questi usi e abitudini, di questi cambiamenti culturali, è stata recepita dal diritto? E in che misura tali circostanze hanno inciso sul concetto giuridico di "animale"?

Teniamo presente che mentre discutiamo di doveri degli umani nei confronti degli animali o, addirittura, di diritti degli animali ("discutiamo", perché di certo e positivizzato nel no-

stro ordinamento giuridico c'è poco...), nelle case occidentali all'ora di pranzo al cane viene servita una bistecca di prima qualità, al gatto spettano porzioni abbondanti di crocchette biologiche, ed entrambi sono destinatari di gestualità affettuose. E la notte la metà dei cani e dei gatti italiani pare che dormano nel letto con il padrone (7).

Se badiamo alla normativa, l'impostazione civilistica bipartita (persone/cose) dell'ordinamento giuridico italiano è - nella sostanza - sempre la stessa, tuttavia sono riscontrabili alcuni primi segnali di una nuova sensibilità, ad esempio in ambito di disciplina della vita condominiale e di pignoramento mobiliare (8). Anche nei materiali prodotti dal Ministero della Salute si riscontra un lessico che dimostra una certa partecipazione: nell'opuscolo della campagna contro l'abbandono, ad esempio, gli animali vengono definiti a p. 2 «esseri senzienti» e a p. 4 la convivenza con gli animali di affezione viene considerata «una grande opportunità per tutta la famiglia, sia da un punto di vista educativo che sociale» (9). Recentemente, con la riforma dell'8 febbraio 2022, il vocabolo «animale» è entrato a far parte della Carta costituzionale (10). Se invece attenzioniamo le pronunce giurisprudenziali civili ci rendiamo conto che negli ultimi vent'anni si è profilato un quadro articolato - e, invero, piuttosto altalenante - riferito al valore giuridico della relazione tra umani e animali di affezione nonché alla sua risarcibilità in caso di uccisione dell'animale di affezione.

Le più recenti sentenze reperibili in letteratura (11) riconoscono al padrone del cane deceduto la risarcibilità del danno non patrimoniale che quantificano tra i 1.000,00 e i 2.000,00 euro, fatti salvi i 6.000,00 euro liquidati da una sentenza del Tribunale di Torino (12), ampiamente al di sopra della media risultante dai pronunciamenti degli ultimi vent'anni. Si tratta del danno "interspecifico" che, sotto profilo non patrimoniale, inquadra il pregiudizio patito dal padrone per la perdita della relazione con il suo animale di affezione (13).

Sia nella disciplina normativa sia in giurisprudenza il lessico oramai è consolidato. Ha vinto "animale di affezione", prevalendo su "animale da compagnia" o "animale domestico". L'esito risulta condivisibile in quanto congruo con la fattispecie il cui fondamento è il nodo affettivo che lega il padrone e il suo animale. Non è solo lo stare insieme - il tenersi compagnia, né il vivere insieme - la convivenza, ma è proprio il volersi bene, il diventare l'uno per l'altro insostituibili, non intercambiabili. Questo è il fulcro di significato.

Nell'era in cui il concetto di "famiglia" ha rotto gli argini, destrutturando la tradizionale rigidità della *coniugio*, si propone una costellazione di possibilità di convivenze in cui il collante non è la chiusa formalità di una serratura giuridica ma il profilo sostanziale (maggiormente fluido e dinamico, anche reversibile) dell'affettività. E l'affettività può, con disinvoltura, oltrepassare i confini di specie. D'altronde la nozione stessa di "animale di affezione" non avrebbe senso al di fuori della possibilità di una relazione affettiva. Solo se questa è possibile si può - di conseguenza - fondare il concetto di "animale di affezione". Altrimenti sarebbe una negazione in termini.

Il tema è semmai un altro. Si tratta di una affettività unilaterale o bilaterale? Sussiste - per l'appunto - un avantindietro, uno scambio reciproco, una "relazione" affettiva? Gli umani sono agenti affettivi unilaterali verso gli animali come verso le cose (il che presuppone di equiparare animali e cose) oppure con gli animali di affezione - quindi tra esseri viventi - si può accertare una reciprocità? (14).

Ampliamo lo sguardo, per una veduta d'insieme. Con il vocabolo "Antropocene", neologismo risalente al passaggio tra

il Vecchio e il Nuovo Millennio, si individua un'era geologica - quella attuale - caratterizzata in misura radicale dalle attività umane. Il vocabolo è nato con una connotazione negativa (che, ahimè, si intensifica sempre più): l'era umana = non per meriti ma per colpe. *Homo sapiens* (a dispetto del nome: un autoproclama, secondo alcuni sempre meno credibile) sta stravolgendo gli equilibri del pianeta Terra.

L'Antropocene, pertanto, ci rende consapevoli delle conseguenze devastanti che hanno le attività umane per il nostro pianeta, e quindi dell'insostenibilità del modello di relazione che abbiamo stabilito con l'ambiente e con gli altri esseri viventi, e nel contempo ci invita ad elaborare soluzioni e intraprendere, con senso di responsabilità, nuovi percorsi (anche in questa analisi del passato e in questa prospettiva per il futuro possiamo riconoscere con ogni evidenza una impostazione antropocentrica). Oramai è chiaro che una crescita infinita non è materialmente possibile per un pianeta di dimensioni finite (15). Prima o poi le risorse vengono a mancare. È altrettanto chiaro che stiamo consumando più di quanto la Terra sia in grado di ripristinare, quindi abbiamo già intrapreso la strada dell'esaurimento delle risorse disponibili: le nuove generazioni avranno meno di quanto noi utilizziamo oggi in termini di valore ecologico del pianeta. Tutti dati risaputi in ambito scientifico e oramai agevoli da apprendere anche per l'opinione pubblica. Abbiamo un pianeta Terra a disposizione ma ogni anno ne consumiamo - in media, su scala mondiale - 1,5 (addirittura quasi 4 in Italia (16) e 5 negli Stati Uniti (17)!). Il giorno dell'*Overshoot Day* - in cui si inizia a consumare risorse non rinnovabili, segnando il deficit ecologico - si anticipa ogni anno sempre più.

È il tema che fa da sfondo alla riflessione bioetica di oggi, transitata dalla valorizzazione della singola persona, nelle sue rivendicazioni di autonomia e libertà di scelta, in particolare per le decisioni riproduttive e - all'estremo opposto - di fine vita, a un'ottica (preliminare e) molto più ampia: quella della salvaguardia della specie umana. Dall'individualità alla generalità, dal microcosmo soggettivo al macrocosmo di specie. Siamo infatti una specie - la prima! - che potrebbe autoestin-gersi: altre specie in passato dominanti sul pianeta Terra si sono estinte per causa sopravvenuta e di forza maggiore, indipendente dalla loro volontà (caso eclatante, ad esempio, quello dei dinosauri, vittime - 65 milioni di anni fa - di un meteorite), *Homo sapiens* sta invece alterando dall'interno le condizioni vitali del pianeta Terra, rendendolo progressivamente sempre meno ospitale per la sopravvivenza umana.

Uno dei pochi segnali di una ricostituita fratellanza interspecifica parrebbero essere proprio gli animali di affezione (in questa sede tralascio il dibattito sia sull'estensione della nozione - ossia quali animali vi rientrino e in base a quali requisiti di accesso - sia sulle esagerazioni che talora caratterizzano i comportamenti dei padroni arrecando perplessità, anche forti, sulla disciplina della materia). I dati internazionali di particolare rilievo per la tutela animale (18) non sono molti ma alcuni spiccano per colori sgargianti: in particolare la Carta Costituzionale svizzera è stata la prima - nel 1999 - a riconoscere la soggettività giuridica agli animali (art. 80), così come nel 2002 la Costituzione federale tedesca è stata la prima che, riconoscendo tutela all'animale in quanto tale, ha stabilito un obbligo di protezione a carico dello Stato (art. 20a che, tuttavia, si pone quale mera norma di scopo).

Ecco alcune delle novità più recenti: in Spagna dal 5 gennaio 2022 è entrata in vigore la modifica al codice civile che considera gli animali esseri viventi senzienti, la Francia ha previsto il divieto di vendere cani e gatti nei negozi a partire dal 1

gennaio 2024, e in Italia dal 1 gennaio 2022 è stato vietato l'allevamento e l'uccisione di animali al solo scopo di ricavarne pellicce (entro il 30 giugno 2022 era previsto il termine dell'attività degli allevamenti già operanti). La tutela e la cura per gli animali stanno progressivamente crescendo.

Il tema della relazione affettiva tra padrone e suo animale d'affezione, pertanto, apparentemente marginale nell'attuale quadro giuridico, merita qualche attenzione aggiuntiva.

Homo sapiens è un animale tra gli altri animali, appartiene alla tribù degli "ominini" insieme agli scimpanzé (oramai antropologia e zoologia sul punto sono concordi) con i quali condivide il 98,63% di DNA. Tutti i mammiferi (quindi anche gli umani) - oltre ad essere composti dalle stesse identiche sostanze chimiche ed attivati dai medesimi meccanismi biologici - presentano affinità di caratteristiche sensoriali e sono in grado di provare piacere, dolore e di sviluppare sentimenti di attaccamento (19). La relazione, quindi, è possibile: lo insegnano le scienze della vita e lo conferma la sociologia. In quel gruzzolo di sentenze che riconoscono un valore giuridico nella relazione affettiva tra umani e animali, e garantiscono una sua tutela anche risarcitoria, è pertanto racchiusa una inedita energia vitale.

L'essere umano che lacrima e singhiozza per la morte del proprio cane o del proprio gatto, cade in depressione, si rivolge all'amico per trovare conforto e/o allo psicologo per trovare sostegno medico, non è biasimevole. Non sono cianfrusaglie emotive, paccottiglia da animi ipersensibili. Lì, tra le pieghe del sentimento interspecifico, in una certa giurisprudenza 'deviante' degli ultimi vent'anni cova la preziosa anima bioetica del Nuovo Millennio. Forse una delle prime, sommesse, risposte all'Antropocene.

Note.

(1) Così anche per gli stessi artisti: si pensi ai gatti di Matisse o al bassotto *Lump* di Picasso. Ma le esemplificazioni potrebbero essere numerosissime.

(2) Tutti dati tratti da Censis, *Il valore sociale del medico veterinario*, Roma, 29.03.2019, reperibile in pdf in <https://www.censis.it/sites/default/files/downloads/Rapporto.pdf> (in particolare pp. 28-32).

(3) Cfr. E. Tassone, *Aspetti psicologici nel legame affettivo tra gli esseri umani e gli animali da compagnia*, in E. Natoli e P. Santori (a cura di), *I cani pericolosi come problema bioetico*, Torino, Edizioni Medico Scientifiche, 2006, p. 37.

(4) Notizia appresa da K. Finnigan, *Migliori amici: cresce il numero degli animali che entrano nelle nostre case*, in www.ilsole24ore.com, 05.03.2021.

(5) Notizia reperibile in <https://smart.comune.genova.it/comunicati-stampa-artistici>.

(6) A partire da L. 14.08.1991 n. 281, *Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo*, in «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, 30.08.1991, n. 203.

(7) G. Guazzaloca, *Umani e animali. Breve storia di una relazione complicata*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 126.

(8) In particolare cfr. art. 16 della L. 11.12.2012 n. 220, *Modifiche alla disciplina del condominio negli edifici*, in «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, 17.12.2012, n. 293, e art. 77 della L. 28.12.2015, n. 221, *Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali*, in «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana», Roma, 18.01.2015, n. 13.

(9) Cfr. Ministero della Salute, *Non ti abbandoniamo: il tuo posto è sempre accanto a noi!*, in www.salute.gov.it, aggiornato a dicembre 2020.

(10) Leggasi l'inciso: «la legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

(11) Tribunale di Novara, sez. civ., sentenza n. 191/2020 (n. R.G. 418/2015 - Giudice dott. Gabriella Citro) del 20.03.2020, dep.

24.03.2020 [cane deceduto a causa dell'aggressione di un altro cane penetrato all'interno di proprietà privata adiacente all'abitazione del proprietario del cane aggredito]. Esito: risarcimento liquidato quale "danno non patrimoniale" e quantificato in Euro 1.000,00 per ogni danneggiato (per un totale di Euro 4.000,00). Tribunale di Venezia, sez. II civ., sentenza n. 1936/2020 (n. R.G. 8056/2017 – Giudice dott. Silvia Zeminian) del 17.12.2020, dep. il 17.12.2020 [cane deceduto a causa dell'investimento di una autovettura in prossimità del cancello di uscita dell'area parcheggio di un agriturismo]. Esito: risarcimento liquidato quale "danno non patrimoniale" e quantificato in Euro 2.000,00 per ogni danneggiato (2 danneggiati per un totale di Euro 4.000,00). Tribunale di La Spezia, sez. civ., sentenza n. 660/2020 (n. R.G. 1527/2015 – Giudice dott. Gabriele Romano) del 31.12.2020, dep. il 31.12.2020 [cane deceduto per errore diagnostico e terapeutico di una clinica veterinaria]. Esito: risarcimento liquidato quale "danno non patrimoniale" e quantificato in Euro 1.000,00 (poi ridotto del 50% per corresponsabilità del danneggiato).

(12) Tribunale di Torino, sentenza n. 1536/2021 (n. R.G. n. 13125/2019 - Giudice dott.ssa Stefania Tassone) del 30.03.2021, dep. il 31.03.2021 [cane deceduto a causa dell'aggressione di un altro cane, avvenuta all'interno di un'autocarrozzeria in cui il cane aggressore si aggirava senza guinzaglio né museruola mentre il cane aggredito era al seguito del cliente]. Esito: risarcimento liquidato quale "danno non patrimoniale" e quantificato in Euro 6.000,00 per un unico danneggiato.

(13) Per una analisi degli orientamenti di giurisprudenza sui profili non patrimoniali del danno interspecifico mi permetto di rinviare a P. Donadoni, *Tutela delle relazioni affettive e danno interspecifico nella giurisprudenza*, su «Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», 2022, n. 2., II, pp. 511-520.

(14) Ha sostenuto la reciprocità affettiva, ad es., Silvana Castignone: per una sintesi del suo pensiero sotto questo profilo mi permetto di rinviare

a P. Donadoni, *Il diritto all'affetto degli animali, il diritto all'affetto verso gli animali. Alcune precursioni bioetiche di Silvana Castignone*, in P. Donadoni e I. Fanlo Cortés (a cura di), *Ambiente, animali e umani. Il pensiero bioetico di Silvana Castignone*, Milano, Ledizioni, 2018, pp. 67-79.

(15) Il concetto è ampiamente condiviso in letteratura. Cfr. F. Remotti, *Sospensione, accecamento, Antropocene*, in Marco Aime, Adriano Favole, Francesco Remotti, *Il mondo che avrete. Virus, Antropocene, Rivoluzione*, Milano, Utet, 2020, p. 50 ss.; S. Mancuso, *La pianta del mondo*, Laterza, Bari-Roma, 2020, p. 55; E. Scandurra, *Biosfera, l'ambiente che abitiamo*, in E. Scandurra, I. Agostini, G. Attili, *Biosfera, l'ambiente che abitiamo*, Roma, DeriveApprodi, 2020, p. 47 ss.; L. Mercalli, *Non c'è più tempo*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 15, 46, 52.

(16) Dato tratto da L. Mercalli, *Non c'è più tempo*, Torino, Einaudi, 2018, p. 33.

(17) Dato tratto da M. Bianco, *Pianeta oceano*, Milano, Rizzoli, 2020, p. 161.

(18) Peraltro non mancano notizie di segno opposto, anche estreme, come quella diffusa nel gennaio 2022 sulla moda invalsa in Cina di dotarsi di portachiavi contenenti minuscoli anfibi vivi, chiusi in involucri di plastica ermetici, dotati di acqua, ossigeno e un minimo di cibo. Acquistabili per \$ 1,50 e utilizzabili per un margine di tempo ridotto, fino alla morte dell'animale.

(19) Cfr. M. Solms e O. Turnbull, *Il cervello e il mondo interno. Introduzione alle neuroscienze dell'esperienza soggettiva*, Milano, Cortina, 2004, a p. 130 leggasi: «le emozioni di base sono profondamente conservate nel genotipo dei mammiferi [...] noi condividiamo con tutti gli altri mammiferi i sistemi di comando delle emozioni di base (e i sentimenti che corrispondono ad esse)» e a p. 138 in cui gli Autori ribadiscono: «meccanismi che condividiamo con tutti gli altri mammiferi, e la cui esistenza è oramai comprovata al di là di ogni dubbio».

Recensioni

Le tante declinazioni di darsi una mano

Transnational Solidarity: Concept, Challenges and Opportunities
HELLE KRUNKE, HANNE PETERSEN, IAN MANNERS (cur.),
Cambridge University Press, 2020, pp. 438 € 114,04

Solidarity and Conflict: European Social Law in Crisis
SILVANA SCIARRA
Cambridge University Press, 2019, pp. 164, € 17,42

Delle sei parole di base che scandiscono i capi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - nell'ordine, dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia - la *solidarietà* che connota il Titolo IV è la meno citata nella letteratura giuridica e, nello stesso tempo, la meno codificata e certamente la meno studiata. Per la verità, questo termine, che può essere declinato in molti modi, come un diritto e come un dovere, come un principio generale, come un concetto, come limite al potere individuale e al libero mercato, o addirittura come fondamento del consorzio umano, non è una novità nel vocabolario con cui sono redatte le norme nelle costituzioni contemporanee.

Ma se consideriamo le radici del linguaggio politico che ci derivano addirittura dal pensiero greco, sono corroborate dal pensiero degli Illuministi, e si sviluppano rigogliosamente nell'Ottocento, mentre troviamo tutti gli antecedenti dei termini oggi a noi familiari, come la libertà, la giustizia, la cittadinanza e l'uguaglianza, e anche la dignità, ovviamente nei multiformi e variegati significati di cui questi concetti si sono via via colorati, non troviamo sempre l'espressione solidarietà. Se vogliamo, la solidarietà è espressa, anche se non compiutamente, da altri termini che ci sono più familiari, come amicizia, fraternità, pietà, altruismo, beneficenza, cooperazione, socialità, ricerca del bene comune. Non tutti sanno che la triade *liberté, égalité, fraternité* che siamo adusi a ricollegare alla Dichiarazione dei diritti della Rivoluzione francese, in realtà è stata coniata nella Costituzione della Seconda Repubblica, del 1848, perché la *fraternité* non compariva nel testo della Prima. Il termine ha una storia complessa e le sue molteplici accezioni ne giustificano da un lato l'uso ampio in diversi settori, dall'altro la valutazione cauta che persuade gli autori a declinarne il significato utilizzato. Nel diritto italiano si muove dagli artt. 2 e 3 Cost. per approdare ai diritti sociali (art. 35 ss.). Interi comparti dell'ordinamento, il diritto del lavoro e della previdenza sociale, la sanità, l'ambiente sono informati a questo principio.

Se si considera poi la solidarietà come lo scopo congiunto di diverse azioni dell'Unione europea, si scopre che essa è intesa in un significato ampio, riferito com'è al diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa, al diritto di negoziazione e di azioni collettive, al diritto di accesso ai servizi di collocamento, alla tutela in caso di licenziamento ingiustificato, alle condizioni di lavoro giuste ed

eque, al divieto del lavoro minorile e alla protezione dei giovani sul luogo di lavoro, alla vita familiare e vita professionale, alla sicurezza sociale e assistenza sociale, alla protezione della salute, all'accesso ai servizi d'interesse economico generale, alla tutela dell'ambiente, alla protezione dei consumatori.

Nella letteratura recente il libro curato da Krunke, Petersen e Manners si occupa soprattutto della politica dell'ambiente, dell'immigrazione, e del populismo emergente nei paesi più poveri, indicando le vie per realizzare la solidarietà transnazionale. Con riguardo alla Carta dei diritti vengono in emersione i diritti sociali, considerati indissociabili dai diritti fondamentali.

Il colto libro di Silvana Sciarra descrive l'incidenza della crisi economica sulla disciplina del lavoro nei diversi Paesi dell'Unione europea, e spiega come i sistemi sociali siano stati colpiti e quali misure siano state adottate per reagire alla crisi. Analizza il bilanciamento dei valori che il principio di solidarietà impone, nel tutelare la persona e nel contempo conservare le libertà economiche. Considera con particolare cura le pronunce delle Corti costituzionali dei Paesi europei confrontando le loro argomentazioni. E valuta in che modo le politiche sociali possano attuare il principio di solidarietà, rafforzando la coesione sociale.

Nonostante il termine di solidarietà abbia contorni sfumati, gli studiosi ritengono che le sue potenzialità consentirebbero interventi più consistenti dei governi nazionali e degli organi dell'Unione europea.

Anzi, alcuni giuristi sono convinti che questo principio sia stato impiegato nel suo significato più scontato e ridotto (Busnelli) e altri che esso offra solo il primo segmento di un percorso assai più lungo che l'Unione europea potrebbe, anzi, dovrebbe percorrere (Rodotà).

Anche se ognuno degli aggettivi che si possono accostare alla solidarietà reca un significato che varia a seconda dei tempi, dei luoghi, dei contesti in cui viene impiegato, ciascuno di essi si è scavato il suo sentiero nella coscienza individuale e nel sentire collettivo.

La solidarietà, fonda diritti, individuali e collettivi, e tuttavia, opera primariamente nella sfera dei doveri. È traslata sul piano dei diritti quando si trasforma in tessuto connettivo dei diritti sociali. E comunque anche in questo caso, se guardiamo alla evoluzione storica delle categorie di diritti, la stessa categoria dei diritti sociali viene per ultima, dopo la proclamazione dei diritti civili e dei diritti politici.

Guido Alpa
Ordinario di Diritto civile
Università di Roma "La Sapienza"

Per altri riferimenti

- Andrea Biondi (cur.), *Solidarity in EU: Legal Principle in the Making*, Edward Elgar Pub., 2018, pp. 226.

- Stefano Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, 2016.

Manuale di sopravvivenza per fotografi.
Diritti, Obblighi, Privacy.
 FEDERICO MONTALDO
 Ed. Emuse, 2022, pp. 122, € 16,00

Mi ha sempre lasciato perplesso, di Federico Montaldo, il suo dichiararsi esplicitamente *'avvocato E fotografo'*, quasi fosse possibile conciliare in un curioso unicum le due vesti o qualità.

Non dovrebbe dirsi, piuttosto, *'avvocato O fotografo'*? Non c'è al fondo un rapporto di reciproca esclusione tra un mestiere - quello dell'avvocato - fondato sull'uso sapiente della parola, scritta o pronunciata, e quello del fotografo, il cui linguaggio specifico è e non potrebbe essere che quello dell'immagine? Non è ormai sotto gli occhi di tutti il conflitto tra parola e immagine, sul punto di concludersi col trionfo di quest'ultima sulla sempre più derelitta parola? La questione è posta frontalmente dal bel libro di Montaldo *'Manuale di sopravvivenza per fotografi. Diritti, Obblighi, Privacy'*, sotto la veste apparentemente innocua di uno strumento agile e comprensibile a tutti - quale di fatto è - per affrontare la normativa vigente in tema di pratica fotografica professionale, amatoriale od occasionale.

L'interrogativo centrale - posto surrettiziamente da Montaldo - è: chi è oggi il fotografo? Esiste ancora, o sopravvive, quella mitica figura otto-novecentesca? E, in caso contrario, chi le è subentrato, e in quale rapporto di pone con una normativa rimasta in larga parte ferma alla prima metà del secolo scorso? Perché e in che senso di parla oggi di *'post-fotografia'*? Il digitale, mettendola a disposizione di tutti, non ha finito o non finirà col segnare il tramonto di quella che si voleva definire *'arte fotografica'*? In che termini può oggi distinguere la *'fotografia semplice'* da quella *'creativa'*, con tutte le conseguenze che da questa distinzione il diritto vigente pretende di trarre? Il diritto, e i giuristi, hanno spesso il vizio di voler risolvere questioni più grandi di loro attraverso norme, sentenze, massime, *arrets*, per poi arrendersi di fronte ai limiti propri di ogni definizione giuridica.

Ecco allora che Montaldo mi sembra soprattutto un appassionato fotografo che - forte della prestigiosa veste di giurista - si è introdotto nel campo della legge per scoprirne i trabocchetti, indicarne le ambiguità, svelarne le debolezze.

In particolare, Montaldo denuncia la *'sostanziale incertezza'* del diritto vigente nel tracciare una linea di demarcazione netta tra fotografia oggetto di diritto d'autore in quanto dotata di *'valore creativo'*, e fotografia che - essendone priva - non potrebbe godere di quella speciale tutela.

Proprio alla luce del mutato contesto mediatico-tecnologico, ad avviso dell'Autore, che noi condividiamo,

"...occorrerebbe interrogarsi sull'attuale validità del regime del cosiddetto 'doppio binario' e indirizzarsi a livello legislativo verso un suo superamento".

In realtà, è la stessa idea tradizionale di fotografia a essere cambiata radicalmente a causa sia del passaggio dall'analogico al digitale, sia - soprattutto - a causa di quelli che si definiscono genericamente i *'nuovi media'*.

I due fenomeni sono del resto collegati tra loro, nel senso che la nuova tecnologia ha permesso di trasformare il *'fotografare'* in un'attività di massa, per cui lo scatto non è più il semplice preludio a un'attività ulteriore, complessa e costosa, ma è destinato all'immediata condivisione *'on line'*. Chiunque sia in possesso di un cellulare può ormai considerarsi, a tutti gli effetti, un *'fotografo'* che getta istantaneamente nel mondo il prodotto della sua quasi automatica, istintiva, assai poco controllata attività.

È di comune esperienza il vedere un turista sollevare il suo cellulare verso un obiettivo qualsiasi che ha destato il suo precario interesse e - subito dopo - disinteressarsi di quell'obiettivo (monumento, panorama, evento sportivo) per passare ad altri, cui rivolgere la sua fame di immagini.

'Gettare nel mondo' fa pensare allora - non a caso - al gettare in un immaginario cestino, globale *waste basket*, in cui si ammucchiano i circa 1000 miliardi di immagini scattate ogni anno e riversate su Google, Instagram e gli altri *'social'*.

'È la mobile photography, bellezza!' viene da esclamare, e il diritto non sembra più in grado di farvi fronte con la tradizionale suddivisione triadica in fotografia documentale, semplice e creativa.

La post-fotografia comporta anche il post-fotografo?

"La fotografia - scriveva già negli anni '70 del secolo scorso Susan Sontag, giustamente citata da Montaldo in exergo - non è esercitata dai più come arte. È soprattutto un rito sociale, una difesa dall'angoscia e uno strumento di potere".

La fotografia, in questo senso, ha occupato con le immagini gran parte del territorio un tempo dominato dalla parola.

Anche il diritto deve prendere atto di questa trasformazione e - forse - abbandonare l'obsoleto criterio *'artistico'* della creatività in favore di quello ben più potente della *'narrazione'*.

Se sono abbastanza risibili e comunque arbitrari i tentativi della giurisprudenza di individuare i *'criteri minimi di creatività'*, materia che il diritto ha sempre maneggiato con grande difficoltà e diffidenza, più semplice e coerente con l'intenzione dell'atto fotografico è il ravvisarne oppure escluderne il contenuto *'narrativo'*.

Chi *'scatta'* una foto col cellulare deve voler raccontare una storia, una storia *'di sé'*, della quale è lui, il fotografo, il testimone e vero protagonista.

'Mi chi' è il titolo dell'introduzione a un recente volume sul rapporto tra scrittura e fotografia (1). *'Mi chi'*, come sanno molti genovesi, è la famosa risposta data nel 1685 dal Doge Francesco Maria Imperiale Lercari a Luigi XIV che lo riceveva a Versailles dopo aver sottoposto Genova a un terribile bombardamento e che - aspettandone la sottomissione - gli aveva chiesto cosa lo avesse più meravigliato di una così splendida reggia.

'Mi chi' era stata l'asciutta risposta del genovese al Re sole: *'Io qua', 'il fatto di essere qua'*.

Ecco: questo mi pare debba continuare a essere l'atteggiamento che rende possibile la sopravvivenza del fotografo che vive in ciascuno di noi e - allo stesso tempo - il criterio che dovrebbe guidare il diritto nel trovare sempre il giusto equilibrio tra diritti, obblighi e rispetto della privacy, in un mondo, tuttavia, nel quale sempre più sentiamo di esistere solo se c'è qualcuno che ci vede.

"Io sono proprio qua, sono proprio io dall'altra parte della macchina, testimone intrepido e laconico di quello che voglio raccontarvi". L'atto narrativo, si fotografano persone, cose oppure eventi, finisce immancabilmente per sovrapporsi all'ineffabile atto *'creativo'*, eredità della fotografia *'d'arte'* che, a ben vedere, spesso non è altro che il cascame dell'arte pittorica, figurativa o meno.

Michele Marchesiello

Note.

(1) Maria Teresa Carbone (a cura di), *Che ci faccio qui? Scrittrici e scrittori nell'era della postfotografia*, ed. Italo Svevo, Trieste, 2022, p. 7.

Sezione di diritto del lavoro

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale della Spezia, sez. lav., 4 maggio 2022 - Giudice Panico.

LAVORO – rapporto di lavoro subordinato – collaborazione coordinata e continuativa – mandato ad incassare.

(Artt. 1703 e 2094 c.c.; D.lgs. n. 276/2003; D.lgs. n. 81/2015)

È esclusa la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato nel caso in cui il lavoratore svolga la propria attività nelle ore libere e secondo le necessità del beneficiario.

Le semplici istruzioni impartite da un soggetto ad un altro non sono di per sé idonee a qualificare il rapporto alla stregua di una subordinazione se non sono accompagnate dalla presenza di altri elementi identificativi quali l'esercizio di un potere di supremazia gerarchico-disciplinare e l'estrinsecazione della soggezione del lavoratore. (1)

“È esclusa la sussistenza di una collaborazione coordinata e continuativa quando il contenuto del compito devoluto consiste non nella prestazione di un'opera o un servizio ma nell'espletare un'attività per conto e cioè nell'interesse del conferente.

La riscossione dei canoni di locazione di immobili di proprietà altrui e le altre incombenze annesse rientra nella definizione del contratto di mandato ad incassare ex art 1703 c.c. (2)

(...Omissis....)

Il ricorrente espone che, con missiva del 14 maggio 1980 [doc. n. 1], conv.], il dott. Giovanni Pietro Castagnino di Genova gli conferiva un incarico relativo ai numerosi immobili che quest'ultimo possedeva sulla Spezia, parte dei quali, nel corso del tempo, conferiva alla Fondazione odierna convenuta [v. doc. n. 14], conv.].

Il contenuto dell'incarico si sostanziava [cfr. docc. nn. 2)-55), ric.; docc. nn. 2)-6 ed 8)-11 bis), conv.]: - nel riscuotere i canoni di locazione di questi immobili, ai quali se ne aggiunsero poi altri, ubicati anche in Parma, del cugino del conferente, Attilio Castagnino, 3 - nel versamento dei canoni sul conto del ricorrente, con riaccredito su quello del Castagnino, - nel recupero delle spese, con comunicazioni varie inerenti gli immobili, - nella collaborazione col conferente per la loro gestione.

Il ricorrente afferma che questa sua attività seguiva a quella analoga - espletata dal proprio padre per conto del padre del Castagnino - e che lo impegnò fino al 27 aprile 2015; la stessa lo occupava per almeno novanta ore mensili, considerati il numero degli immobili e dei conduttori (non coincidenti), nonché la mole delle incombenze e veniva espletata - essendo stato lui, fino al 1992, un lavoratore dipendente per conto di terzi (Compagnia Lavoratori Portuali della Spezia) - nei giorni lavorativi dopo le 17:00 e nella giornata del sabato, organizzandosi a suo modo e tenendo conto delle esigenze di gestione e degli altri suoi impegni, a volte avvalendosi o della moglie o del figlio.

In questo contesto, il ricorrente riferisce di essere stato, durante il rapporto, molto modestamente (id est, inadeguatamente) remunerato - in ragione della mole di lavoro, del suo impegno e dei valori movimentati -, con l'importo medio di € 2.800,00 netti annui, sicché agisce in questa sede - quali-

ficato il rapporto, in principalità, come collaborazione coordinata e continuativa ed, in subordine, come lavoro dipendente - per conseguire il pagamento delle differenze sui compensi o retributive, come precisate nelle ritrascritte conclusioni.

La domanda è spiegata nei confronti della Fondazione, sia in quanto titolare di alcuni immobili da lui a suo tempo gestiti sia in quanto e comunque erede del Castagnino. Resiste parte convenuta.

In primo luogo, sussiste l'interesse ad agire del ricorrente, poiché egli rivendica il proprio diritto a conseguire una utilità economica (differenza economica sui compensi, se collaboratore; differenze retributive, se dipendente; regolarizzazione contributiva) in dipendenza del rapporto giuridico dedotto in causa.

Occorre quindi interrogarsi sulla sussistenza della competenza funzionale e per territorio del giudice adito. Ora, la stessa va ravvisata, come già anticipato a verbale del 30 novembre 2021, in quanto la sua determinazione si ricava in forza della prospettazione della domanda attrice, salvo che essa non sia abnorme o artificiosa (v., p. es., Cass., ord., 23 maggio 2012, n. 8189).

Nel nostro caso, come abbiamo visto, il ricorrente deduce che, fin dal maggio 1980, egli ricevette un incarico dal dott. Castagnino e tale sua asserzione trova un riscontro documentale nella lettera del 14 maggio 1980, ove quest'ultimo testualmente scrive al ricorrente: «sono ben lieto di confermarti l'incarico» [doc. n. 1], cit.].

La qualificazione del rapporto come collaborazione coordinata e continuativa, ex art. 409, n. 3), c.p.c., appare quindi una ricostruzione prima facie dotata di un suo riscontro, non certamente abnorme o meramente strumentale.

Ne discende non solo la competenza funzionale del giudice del lavoro, ma anche quella territoriale di questo giudice, atteso che, nei rapporti di parasubordinazione, occorre avere riguardo al domicilio del collaboratore (art. 413, 4° comma, c.p.c.), che, nel caso, si identifica con la sua residenza sulla Spezia.

Quanto appena visto, se consente di radicare presso questo Tribunale, quale giudice del lavoro, la competenza a conoscere della presente controversia, non vincola la decisione del merito, la quale postula, in primo luogo, l'esatta qualificazione del rapporto di causa. Attiene invece al merito la verifica della (eccepita) carenza di legittimazione attiva del ricorrente, poiché la stessa si risolve nella contestazione del fondamento della domanda, cioè della sussistenza del reclamato diritto.

Entrando dunque nel merito, per le ragioni che di seguito si espongono, ritiene il giudice, compiutamente valutata la vicenda - per il cui incombente sono sufficienti le allegazioni in atti, le produzioni documentali (Cass., 6 aprile 2016, n. 6606), le risposte date in interrogatorio (v. Cass., 1 ottobre 2014, n. 20736, Id. 29 dicembre 2014, n. 27407), l'ascolto della discussione -, che la stessa sia da qualificare non come collaborazione coordinata e continuativa [art. 409, n. 3), c.p.c.; D.lgs. n. 276 del 2003; D.lgs. n. 81 del 2015], né, tanto meno, come rapporto di lavoro subordinato (artt. 2094 ss., c.c.), bensì come rapporto di mandato (artt. 1703 ss., c.c.). Premesso che non è dubitabile, né contestata, l'esistenza in

sé di una relazione giuridica tra il defunto Castagnino ed il ricorrente [basti richiamare, al riguardo, la lettera di incarico del 14 mag. 1980: doc. n. 1), ric., cit.], iniziamo l'esame delle qualificazioni da quella da lui prospettata in via subordinata (lavoro dipendente), in quanto più pregnante dal punto di vista del vincolo tra le parti.

Ricordasi al riguardo che la subordinazione, ex art. 2094, c.c., comporta l'assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico, direttivo ed organizzativo del datore di lavoro e che ne sono indici rivelatori a volontà delle parti, l'esistenza di un potere di direzione ed ingerenza nell'esecuzione del lavoro da parte di colui che si assume essere il datore di lavoro, la continuità della prestazione, il rispetto di un orario, la mancanza di un rischio economico in capo ad una delle parti (v., p. es., Cass., 5 maggio 2004, n. 8569). Si tratta, però, di elementi sussidiari e di complemento rispetto al dato della ingerenza di una delle parti nello svolgimento, da parte dell'altra, della prestazione e del vincolo gerarchico-disciplinare (Cass., 20 agosto 2012, n. 14573, Id. 19 aprile 2010, n. 9251 ed altre).

Nel caso di specie, svariati elementi ostano a questa qualificazione.

In primo luogo, nel libero interrogatorio, il ricorrente ha riferito che, fino al 1992, egli lavorava per ditta terza, come dipendente, osservando l'orario dalle 9:00 alle 12:30 e dalle 14:30 alle 18:00 (in estate, dalle 7:00 alle 13:00, orario unico), dal lunedì al venerdì. Pur non essendo incompatibile, nei fatti, un rapporto di lavoro a tempo pieno per un certo datore con un altro rapporto di lavoro subordinato con terzi, il ricorrente era però certamente onerato di allegare, prima e provare, poi, che in questo contesto, egli era assoggettato, quanto al rapporto col Castagnino, all'osservanza di orari di lavoro imposti da quest'ultimo.

Invece, egli deduce di aver lavorato per novanta ore, nelle ore libere (dal lunedì al venerdì), od al sabato e, comunque, secondo necessità (della tutela degli interessi del Castagnino); nell'interrogatorio, infatti, precisa che, al di là degli orari con la Compagnia Lavoratori Portuali, «tutti gli altri erano buoni per seguire gli interessi del dott. Castagnino», il che è contrario all'espletamento di una prestazione conformata, temporalmente, dalle indicazioni di una delle due parti negoziali, ma, piuttosto, è indice di autonomia organizzativa.

Il ricorrente afferma, poi, che, a far data dal suo pensionamento, era a completa disposizione del Castagnino, ma, neppure dopo tale data, deduce un impegno orario predeterminato da quest'ultimo o prova di aver effettivamente mantenuto, per le novanta ore mensili, le sue energie lavorative a disposizione del preteso datore.

Dagli atti, emergono poi istruzioni, anche pratiche ed operative, che il Castagnino inviava al ricorrente [v., p. es., docc. nn. 8) ss., ric.], ma si tratta di elemento di per sé equivoco, poiché, come è noto, anche in un rapporto di collaborazione, il committente può fornire indicazioni al suo collaboratore. Per apprezzare queste "indicazioni" come estrinsecazione del potere di direttiva tipico del datore di lavoro (v. anche art. 2086, c.c.), sarebbe occorso il conforto di altri indici sintomatici, che qui non ricorrono: p. es., non si ravvede mai l'esercizio del potere di supremazia gerarchico-disciplinare, oppure, al contrario, l'estrinsecazione di una soggezione del ricorrente al Castagnino (non ci sono richieste di permesso per assentarsi per un 5 certo periodo, non c'è spiegazione - p. es., richiamo a stato di malattia - per giustificare qualche mancato intervento, non c'è preventiva domanda di autorizzazione per essere talvolta sostituito da moglie e figlio).

Inoltre, non vi è offerta di prova orale volta a dimostrare gli

elementi di fatto che, come abbiamo visto, sono indicativi di un rapporto di lavoro subordinato.

Neppure potrebbe richiamarsi, a sostegno della qualificazione di lavoro dipendente, l'insegnamento, seguito anche da questo Tribunale, per il quale, quando si dimostra l'esistenza di un'attività lavorativa non coperta da alcuna regolarizzazione iniziale, sussiste ipso facto una presunzione di subordinazione (v., p. es., Cass., 30 marzo 2009, n. 7586, in motivaz.; nella più recente normativa, cfr. l'art. 1, D.lgs. n. 81 del 2015).

Infatti, in questo caso, tenendo conto della normativa dell'epoca, il rapporto ab initio ha avuto una sua copertura formale, data dalla ricordata lettera di incarico del 14 maggio 1980, la quale, di per sé, non orienta per la configurazione di una relazione basata sulla subordinazione del ricorrente al Castagnino.

Infine, è lo stesso ricorrente ad ammettere, sempre nel libero interrogatorio, che, «negli ultimi sette-otto anni, da quando è nata la Fondazione in poi, ... l'interesse del Castagnino nei confronti del ... apporto». Anche questa dichiarazione cospira per giungere ad escludere che il rapporto inter partes abbia mai avuto natura e caratteri propri del vincolo del lavoro subordinato.

Il rigetto della qualificazione del rapporto in termini di lavoro subordinato esclude in radice il capo di domanda avente ad oggetto il risarcimento del danno da mancato versamento contributivo nella Gestione I.N.P.S. dei lavoratori dipendenti. Il rapporto dedotto in causa non è, però, nemmeno qualificabile come collaborazione coordinata e continuativa, secondo la definizione dell'art. 409, n. 3), c.p.c. e prima delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 276 del 2003 e dal d.lgs. n. 81 del 2015 (in giur. v., p. es., all'indomani della riforma del 1973, Cass., 20 marzo 1978, n. 1393 e poi molte altre). Ostano a questa qualificazione molteplici elementi, ricavabili dagli atti. In primis, occorre ricordare che, secondo la giurisprudenza, il collaboratore coordinato e continuativo è tale solo se collegato ad una impresa (v. Cass., 2 febbraio 1994, n. 1682, in motivaz.); orbene, nel caso di specie, né il Castagnino né la Fondazione potevano dirsi al tempo titolari di una attività di impresa (secondo la nozione di cui agli artt. 2082 ss., c.c.), o, meglio, specie con riguardo al primo, la collaborazione del ricorrente non ineriva ad una attività di impresa, ma alla gestione del patrimonio immobiliare.

E' stato anche detto, poi, che non sussiste la collaborazione coordinata e continuativa se si opera per conto di più soggetti (Cass., 19 maggio 1994, n. 4918); nel caso di specie, il ricorrente asserisce, con una distinzione non del tutto netta, di aver prestato la propria opera per il Castagnino, per di lui cugino Attilio, per la Fondazione.

La giurisprudenza ha anche ammesso la configurabilità di una collaborazione coordinata e continuativa in uno con l'esistenza di un mandato in capo al collaboratore, qualora sussista «l'ulteriore requisito del coordinamento dell'attività ... con le strutture organizzative del mandante...» (Cass., 2 agosto 1984, n. 4590, dalla mass.).

Come si vede dalla lettera del 1980, il contenuto del "compito" devoluto al ricorrente consisteva in un vero e proprio incarico, ossia nell'espletare un'attività per conto, cioè nell'interesse, del conferente e non nella prestazione di un'opera o di un servizio.

Questa attività si incentrava nel riscuotere i canoni di locazione o di affitto degli immobili del conferente [cfr. docc. nn. 2)-5), ric.], con le altre incombenze che potevano eventualmente capitare [v., p. es., doc. n. 6), docc. nn. 8) ss., citt.] e rientra nella definizione del contratto di mandato, di cui all'art. 1703,

c.c.. Si tratta [ex docc. nn. 2)-5), citt.] di un mandato ad incassare (ammesso da lungo tempo: in giur., v. già Cass., 26 maggio 1967, n. 1155), arricchito da istruzioni volta a volta, se del caso, conferite per particolari situazioni (v. l'altra documentazione succitata). 6

Talvolta il ricorrente è stato sostituito da moglie e figlio [v., p. es., docc. nn. 6) e 11 bis), conv.], ma ciò è compatibile con il contratto di mandato (art. 1717, c.c.; Cass., 25 agosto 2006, n. 18512).

Ricordarsi che, secondo la giurisprudenza, più incarichi conferiti nel corso del tempo non realizzano un unico rapporto parasubordinato (Cass., 4 novembre 1982, n. 5801; Id. 15 novembre 1984, n. 5811); nel nostro caso, tuttavia, vi è una fonte del rapporto, che è data dalla lettera di incarico del 14 maggio 1980. Ci si trova dunque al cospetto di un unico rapporto, articolatosi nel tempo e caratterizzato, se del caso, da istruzioni varie; anche questo cospira ad escludere la parasubordinazione di cui all'art. 409, n. 3), c.p.c. (Cass., 11 aprile 1990, n. 3064, Id. 28 marzo 1996, n. 2787).

E' vero che la giurisprudenza ha distinto, in linea di principio, il mandato dalla locazione d'opera, sulla base della considerazione che, nel primo caso, nell'oggetto del regolamento negoziale, prevale la conclusione di atti giuridici e, nel secondo, il compimento di un'attività di cooperazione, materiale o giuridica (Cass., 27 marzo 1987, n. 2965); tuttavia, di recente, è stato precisato che, anche nell'ambito di un rapporto di mandato, può inserirsi il «compimento di atti volontari non negoziali aventi rilevanza esterna» (Cass., 26 luglio 2005, n. 15607, dalla mass.).

Qualificato dunque il rapporto quale mandato all'incasso, le altre incombenze espletate dal ricorrente rientrano in quest'ultima casistica. Per la qualificazione qui acclarata, non è necessario che vi fosse una autorizzazione del datore di lavoro dell'epoca [v. art. 32, C.C.N.L. prodotto sub doc. n. 7), conv.]; se anche, accettando l'incarico del Castagnino, il ricorrente avesse violato i doveri nascenti dal suo rapporto di lavoro con la Compagnia Lavoratori Portuali, ciò avrebbe avuto rilevanza nell'ambito di questo rapporto e non avrebbe invalidato quello di mandato.

Peraltro, dal libero interrogatorio, risulta che i superiori del tempo erano a conoscenza del rapporto tra il ricorrente ed il Castagnino e non avevano sollevato obiezioni.

Il mandato in questione appare unico, traente titolo nell'incarico conferito nel 1980, volta a volta con o senza rappresentanza (v. artt. 1703, 1705, 1708, c.c.).

Per quanto concerne la natura di questo contratto, l'art. 1709, 1ª parte, c.c., pone una presunzione di onerosità, che, nel caso, è pienamente confermata dall'aver il ricorrente, in corso di rapporto, già percepito dei compensi; qualora – come nel nostro caso – non sia stata però pattuita una misura del compenso, in ultima istanza provvede il giudice, anche in base all'equità (art. 1709, 2ª parte, c.c.; Cass., 24 aprile 2018, n. 10057 ed altre).

Trattandosi di rapporto di mandato, per il quale il ricorrente ha dedotto di aver già percepito un certo compenso per anno, si può dire che la prescrizione decorre in costanza di rapporto al termine di ogni anno solare ed ha durata quinquennale [v. art. 2948, n. 4), c.c.; in giur., v. Cass., ord., 15 dicembre 2021, n. 40301, in motivaz., p. 12; Id, sent., 26 ottobre 2001, n. 13323, Id. 18 nov. 1982, n. 21145].

Infine, il qualificare il rapporto de quo come mandato esclude che abbiano rilevanza le novelle legislative succedutesi nel tempo in materia di collaborazione coordinata e continuativa (ratione temporis, il riferimento è al D.lgs. n. 276 del 2003).

Occorre quindi procedere alla quantificazione dello spettante, ai sensi dell'art. 1709, 2ª parte, c.c., cit..

Nel caso di specie, la liquidazione non può che avvenire equitativamente, dal momento che non vi è stata allegazione di tariffe professionali, né si è fatto richiamo agli usi; la giurisprudenza, del resto, ha escluso che, nel caso di mandatario non professionista (come era il ricorrente), il suo compenso, ex art. 1709, c.c., debba necessariamente parametrarsi a tariffe professionali (Cass., 22 aprile 2013, n. 9741).

Il ricorrente, dal canto suo – per l'ipotesi della collaborazione coordinata e continuativa –, ha proposto una quantificazione basata sul calcolo del costo di un corrispondente 7 lavoratore dipendente, ma si tratta di criterio non adatto a parametrare il compenso di chi non ricopre tale qualifica.

In primo luogo, gli importi ricevuti dal ricorrente in corso di rapporto – circa Euro 2.800,00= mensili – non appaiono adeguati, nel senso di equi, a compensare un'attività di mandato che, come la documentazione evidenzia, è stata continua, ha riguardato moltissimi immobili (almeno venticinque-trenta per mese: dal ricorso; v. anche libero interrogatorio), è stata arricchita da compiti collaterali. Appare invece più obiettivamente fondato (v. Cass., 7 gennaio 2009, n. 50) fare riferimento al monte annuo dei canoni (di locazione ed affitto) incassati dalla convenuta e dal suo dante causa per gli immobili seguiti dal ricorrente.

Al riguardo, su disposizione del giudice, la convenuta ha prodotto alcune tabelle riassuntive dell'ammontare di detti canoni, distinguendo tra quelli riscossi da essa stessa [tabb. A1)-A2)] e quelli percetti dal Castagnino [tabb. A3)-A4)].

Le indicazioni di cui a queste tabelle sono state riconosciute come corrette (v. verb. ud. 4 mag. 2022); è stato contestato l'ammontare degli importi evidenziati, ma si tratta di contestazione che non può trovare accoglimento. Infatti, dal momento che si verte nell'ambito del procedimento che deve condurre alla quantificazione dello spettante, l'onere della prova di fornire elementi di parametro, diversi da quelli emergenti dagli atti, incombe su parte ricorrente. Il ricorrente ha ammesso che l'elenco degli immobili fornito dal convenuto è corretto; si tratta, quindi, della base di partenza per la quantificazione.

Il ricorrente ha affermato che i canoni non sono veritieri, perché vi erano pagamenti parzialmente in nero (ciò trova qualche riscontro in certa parte della documentazione), ma non ha allegato precisamente a quali casi (immobili, periodi, ecc.) si deve riferire questa irregolarità. Pertanto, la sua contestazione, sulla non rispondenza al reale dei canoni indicati, rimane generica e non può essere considerata. Parte convenuta, dal canto suo, ha chiesto di portare in compensazione, in primo luogo, l'ammontare dei canoni non versati dai genitori del ricorrente, i quali abitavano un appartamento del Castagnino pagando soltanto le spese ordinarie [v. ancora libero Interrogatorio; v. docc. n. 3), A12)-A-14), conv.]. Inoltre, ha eccepito che il figlio del ricorrente ha acquistato un immobile dalla Fondazione, il cui prezzo è stato versato dal Castagnino [cfr. doc. n. 2), conv.].

Ritiene tuttavia il giudice che, a prescindere dalla qualificazione che si voglia dare a questi atti e negozi (p. es., si è parlato di donazione indiretta dell'immobile in favore del figlio del ricorrente), le circostanze che si tratti di vicende che hanno riguardato soggetti terzi rispetto al ricorrente e che sono riferite a periodi temporali antecedenti a quello di causa non coperto da prescrizione (la madre del ricorrente è deceduta nel 2014; l'acquisto nel figlio è del 2005), comportano la loro ininfluenza ai fini della quantificazione del compenso.

Entrando quindi nello specifico di quest'ultima, va considerato che, come già detto, il diritto al compenso maturava annualmente e che il rapporto è cessato il 27 aprile 2015; il ricorrente ha inoltre inviato lettera interruttiva della prescrizione il 26 febbraio 2016 [cfr. doc. n. 59], ric.].

Il diritto ai compensi è dunque coperto da prescrizione per tutte le annualità intere fino al 2010 (scadute al 31 dicembre 2015) e non per le successive. Va infine considerato che, proprio nel periodo non prescritto si colloca quel progressivo venir meno dell'interesse del Castagnino e della convenuta per l'attività del ricorrente (v. ancora l'interrogatorio); pertanto, appare equo parametrare il compenso, per il periodo non prescritto, sulla metà di una mensilità rispetto all'ammontare annuo dei canoni ritratti dagli immobili intestati al Castagnino ed a quelli della Fondazione (pro parte, ove cointestati con terzi).

Il totale dei canoni verrà pertanto diviso per ventiquattro, considerate dodici le mensilità per anno.

Si fa quindi riferimento alle già citate tabelle prodotte dalla convenuta in data 28 gennaio 2022, nella versione con prescrizione quinquennale [tabb. A1) ed A3)].

La prima tabella espone valori pari ad Euro 461.130,32=; si deve sottrarre il valore delle mensilità prescritte, all'interno della colonna riferita al periodo più risalente; il valore si riduce ad Euro 433.316,11=. La seconda tabella espone, complessivamente (tenendo conto degli immobili intestati al Castagnino e di quelli a lui intestati pro parte), valori pari ad Euro 554.136,25=, che, applicando la prescrizione, si riducono ad Euro 530.849,72=. La somma di queste due tabelle, depurate dall'incidenza del periodo prescritto, porta ad Euro 964.165,83=; questo ammontare viene suddiviso per ventiquattro, pervenendo al risultato di Euro 40.173,54=.

A tale importo va sottratto quanto già percepito nel periodo non prescritto, ossia: Euro (2.800,00 x 4) 11.200,00=, per gli anni 2011-2012-2013-2014, Euro [(2.800 : 12) x 4] 933,33=, per la quota-parte dell'anno 2015 (cioè, fino al 27 apr. 2015, data di fine rapporto), complessivamente Euro 12.133,33=.

Al ricorrente, per residuo compenso per il rapporto di mandato, relativamente alla parte non prescritta, viene pertanto riconosciuto, in via equitativa ex art. 1709, 2^a parte, c.c., l'importo di Euro (40.173,54 – 12.133,33) 28.040,21= capitali. Devonsi aggiungere interessi al saggio legale, con decorrenza pro parte del credito dalle singole scadenze annuali, a partire dal 31 dicembre 2011 in avanti e, per l'ultima annualità, dal 27 aprile 2015, il tutto fino al saldo.

In tali termini la domanda, previa qualificazione del rapporto come detto sopra e parziale riconoscimento della prescrizione, è accolta; nel resto, viene respinta. Veniamo ora alla regolazione delle spese di lite.

Queste ultime seguono la preponderante riduzione della pretesa e, quindi, si compensano per 2/3 (v. art. 92, c.p.c., come inciso da C. cost. n. 77 del 2018); nel resto, si valorizza la residua soccombenza della convenuta. Ai fini liquidatori, si applica il d.m. n. 55 del 2014, tariffario del lavoro, fascia di valore da Euro 26.000,01= (v. art. 5, comma 1, d.m.), riconoscimento del compenso per la 1^a, la 2^a e la 4^a fase dell'attività difensiva, compensazione per 2/3. Infine, la particolarità e complessità del caso consigliano di stendere la motivazione separatamente e dopo la lettura del dispositivo (v. art. 429, c.p.c.).

P.Q.M.

Il Giudice monocratico, in funzione di Giudice del lavoro, definitivamente pronunziando, 1) In parziale accoglimento del ricorso, dichiara tenuta e condanna parte convenuta, in

persona del legale rappresentante p.t., al pagamento, in favore del ricorrente, della capital somma di Euro 28.040,21=, oltre interessi al saggio legale, con decorrenza pro parte del credito dalle singole scadenze annuali, dal 31 dicembre 2011 in avanti e, per l'ultima annualità, dal 27 aprile 2015, il tutto fino al saldo; 2) Rigetta nel resto; (...*Omissis*...)

(1-2) Il contratto di mandato ad incassare, la subordinazione e le collaborazioni coordinate e continuative: rapporti a confronto.

Con la sentenza in commento il Tribunale della Spezia, ha parzialmente accolto il ricorso presentato da un lavoratore il quale ha chiesto in via principale accertarsi la sussistenza di un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa ex art 409 cpc numero 3 (nello specifico avente ad oggetto un "incarico di gestione di numerosi immobili di proprietà del convenuto", incarico estrinsecatosi nelle attività elencate in sentenza), *in thesi* non remunerato negli anni in maniera adeguata, con conseguente richiesta di liquidazione secondo equità (ma con equiparazione alla retribuzione di un impiegato 4° livello CCNL terziario) dei relativi corrispettivi spettanti.

In subordine il ricorrente ha richiesto accertarsi l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato con riconoscimento anche della relativa contribuzione (richiesta, invece, stranamente non svolta per la principale domanda di riconoscimento del rapporto quale co.co.co.).

Il Giudice, all'esito del solo interrogatorio delle parti, ha riqualificato il rapporto alla stregua di un contratto di mandato all'incasso, non ritenendo configurabile quindi né il rapporto di lavoro subordinato né il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa e riducendo quindi di gran lunga il quantum richiesto.

Va doverosamente premesso che i fatti storici di cui si discute sono avvenuti, *in thesi* del ricorrente, dal 15 maggio 1980 al 27 aprile 2015 e quindi non ha trovato alcuna applicazione la nuova (invero la prima se si esclude il testo dell'art 409 numero 3 cpc) normativa regolante i co.co.co ossia il decreto legislativo 81 del 2015 (non pertinente appare il richiamo che si legge in sentenza al Decreto legislativo 276 del 2003 che disciplinava i contratti a progetto vietando i co.co.co. atipici ossia diversi dal contratto a progetto, fattispecie questa ben diversa mancando in primis il progetto scritto).

Inoltre, nel caso di specie, non ha trovato alcuna applicazione neppure il nuovo testo dell'art 409 c.p.c modificato nel 2017. Il ricorrente agiva in giudizio deducendo di aver svolto, fin dal 1980, mansioni che sarebbero consistite nel riscuotere i canoni di locazione degli immobili di proprietà oggi della Fondazione convenuta (ma per lungo tempo di proprietà di altro soggetto di cui la Fondazione è erede), nel versamento dei canoni sul proprio conto corrente con successivo riaccredito, nel recupero delle spese e nelle varie comunicazioni inerenti detti immobili.

Chiariva poi che tale attività lo aveva occupato per circa 90 ore mensili distribuite secondo le esigenze di gestione e tenendo altresì conto dei propri altri impegni estranei al rapporto de quo.

In particolare il ricorrente deduceva – particolare non valorizzato adeguatamente dal Giudice – l'esistenza sino al 1992 di un coesistente rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un terzo, fattispecie che invero avrebbe dovuto portare sostanzialmente di per sé ad escludere – non essendo a tempo parziale – la possibilità che il soggetto potesse aver contemporaneamente prestato attività di lavoro subordinato

presso due diversi datori di lavoro a meno che non si fosse trattato di rapporti entrambi part time e questo per rispettare in primis l'obbligo di fedeltà e poi i limiti di durata giornaliera dell'attività lavorativa e l'obbligo del riposo.

Da ultimo asseriva altresì di aver prestato l'attività dedotta a favore di plurimi soggetti (il *de cuius*, il di lui cugino e infine la Fondazione).

Il Tribunale ha dapprima escluso la sussistenza di un rapporto di lavoro subordinato ex art 2094 c.c. per plurimi ordini di ragioni.

In primis il Giudice ha sostenuto la mancanza in toto di taluni elementi della subordinazione di cui alcuni ritenuti fondamentali, quale l'assoggettamento del lavoratore al potere gerarchico, direttivo ed organizzativo del datore di lavoro, altri invece anche solo sussidiari e/o di completamento, quali il rispetto di un predeterminato orario di lavoro, la continuità della prestazione, la mancanza di un rischio economico in capo ad una delle parti.

Si ricorda, infatti, che per giurisprudenza ormai recetta, *la previsione di un compenso fisso, di un orario di lavoro stabile e continuativo, il carattere delle mansioni, nonché il collegamento tecnico, organizzativo e produttivo tra la prestazione svolta e le esigenze aziendali, costituiscono indici rivelatori della natura subordinata del rapporto, unitamente all'esistenza di un potere gerarchico e direttivo che non può, tuttavia, esplicarsi in semplici direttive di carattere generale (compatibili con altri tipi di rapporto), ma deve manifestarsi con ordini specifici, reiterati ed intrinsecamente inerenti alla prestazione lavorativa, laddove il potere organizzativo deve manifestarsi in un effettivo inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale* (Cass., n. 16743/2019).

Il Giudice ha qui rilevato che, pur non essendo incompatibile nei fatti svolgere diversi rapporti di lavoro subordinato con distinti datori di lavoro (inciso discutibile nella sua assolutezza come sopra si è detto), non era stato neppure dedotto e men che meno offerto a prova di aver dovuto rispettare un predeterminato orario lavorativo, o di aver dovuto richiedere ferie e/o permessi per assentarsi e così via.

Anzi il lavoratore aveva dichiarato di aver svolto le ore di lavoro "nelle ore libere" o comunque "secondo necessità degli interessi del convenuto" e ciò a dimostrazione di una pressoché completa autonomia organizzativa.

Ha ritenuto poi non esaustivo il fatto che dagli atti emergesse che il convenuto aveva negli anni impartito istruzioni al ricorrente, ben potendo, come è noto, anche nell'ambito di una collaborazione coordinata e continuativa il committente fornire indicazioni al suo collaboratore.

Secondo il Tribunale, quindi, "impartire istruzioni", per poter essere ritenuto elemento tipico della subordinazione, deve concorrere con altri elementi quali, come detto, in primis la supremazia gerarchico-disciplinare e l'estrinsecazione di una soggezione del ricorrente e/o con altri elementi sussidiari e primo tra tutti rivolgere richieste specifiche per potersi assentare per determinati periodi.

Tutto ciò è in linea con la giurisprudenza maggioritaria: *ai sensi dell'art. 2094 del c.c., è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato da quello di lavoro autonomo è rappresentato dalla subordinazione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro; subordinazione da intendersi come vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore ad un potere datoriale che si*

manifesta in direttive inerenti, di volta in volta, alle modalità di svolgimento delle mansioni e che si traduce in una limitazione della libertà del lavoratore. Gli altri elementi, quali la collaborazione, l'assenza di rischio economico, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità di essa, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario, possono avere una portata soltanto sussidiaria, restando peraltro escluso che anche la sussistenza di tutti questi altri elementi possa far qualificare di lavoro subordinato un rapporto in relazione al quale sia accertata la mancanza del detto elemento determinante (Tribunale di Torino, 10 gennaio 2022, n. 11).

ai sensi dell'art. 2094 del c.c., è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga, mediante retribuzione, a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore. Elemento distintivo del rapporto di lavoro subordinato da quello di lavoro autonomo è rappresentato dalla subordinazione del lavoratore al potere organizzativo, direttivo e disciplinare del datore di lavoro; subordinazione da intendersi come vincolo di natura personale che assoggetta il prestatore ad un potere datoriale che si manifesta in direttive inerenti, di volta in volta, alle modalità di svolgimento delle mansioni e che si traduce in una limitazione della libertà del lavoratore. Gli altri elementi, quali la collaborazione, l'assenza di rischio economico, la natura dell'oggetto della prestazione, la continuità di essa, la forma della retribuzione e l'osservanza di un orario, possono avere una portata soltanto sussidiaria, restando peraltro escluso che anche la sussistenza di tutti questi altri elementi possa far qualificare di lavoro subordinato un rapporto in relazione al quale sia accertata la mancanza del detto elemento determinante (Corte Appello di Bari, 9 ottobre 2021, n. 1742).

Più interessante è la parte motiva che esclude che il rapporto dedotto dalle parti possa qualificarsi alla stregua di una collaborazione coordinata e continuativa ai sensi dell'art 409 n. 3 cpc secondo la definizione ante riforma apportata dal D.lgs. 81/2015. Il Tribunale ha qui escluso la sussistenza di una collaborazione, in primo luogo, in quanto il ricorrente non aveva svolto la sua opera in collegamento con un'impresa ed a tal fine ha richiamato una sentenza di circa 30 anni fa (Cass., n. 1682/1994), sentenza peraltro non reperita (invero risulta una sentenza 1682 del 1994 ma del 22 febbraio in tema di contratti agrari).

In parte qua la motivazione lascia comunque del tutto perplessi posto che "committente" può essere chiunque, senz'altro un libero professionista, un agente di commercio e perché no un privato (la norma di cui all'art. 409 cpc o qualsivoglia altra in tema nulla prevedono né limitano in alcun modo).

È poi comunque censurabile l'ulteriore inciso secondo cui né il Castagnino né la Fondazione potevano dirsi impresa ex art. 2082 c.c. posto che è imprenditore di fatto chi esercita un'attività commerciale di fatto e ben la gestione di un ingente patrimonio immobiliare può configurarsi come impresa di fatto. Il Giudice poi esclude il co.co.co evidenziando che il ricorrente aveva svolto la propria attività a favore di soggetti diversi e ciò escluderebbe la qualificazione richiesta.

A tal fine richiama un precedente secondo cui: *L'attività svolta dal libero professionista in modo esclusivo, o comunque di gran lunga prevalente, a favore di un unico cliente, può rientrare nello schema del rapporto di collaborazione previsto dall'art. 409 n. 3 cod. proc. civ.; tale fattispecie non è ravvisabile nell'ipotesi dell'opera svolta da un consulente del lavoro, con prestazioni omogenee e consone alla sua specializzazione, per conto di più clienti, senza che nei confronti dell'uno possa essere accertato un impegno più assiduo e costante che nei confronti degli altri* (sez. lav., sentenza n. 4918/1994, (Rv. 486689 - 01)).

A prescindere dal richiamo giurisprudenziale non recente, detta parte motiva appare in primis in parziale contrasto con la parte motivazionale sopra vista dove il Giudice pare ritenere possibile configurare in capo ad uno stesso soggetto due rapporti di lavoro subordinato con due soggetti diversi e dall'altro non si adatta alla situazione di fatto descritta in sentenza posto che il ricorrente ha lavorato anche in favore di un secondo soggetto ("cugino Attilio") ma senz'altro e in modo del tutto prevalente in favore del committente che lo incaricò per iscritto nel 1980 ossia il sig. Castagnino e poi del suo erede ossia la Fondazione e quindi di un unico soggetto.

Il Tribunale infine senza ulteriori chiarimenti esclude il coordinamento (e quindi deve presumersi non la collaborazione né la continuità) e sostiene che l'incarico scritto versato in atti consisteva nell'espletare un'attività nell'interesse del conferente e non nella prestazione di un'opera o di un servizio e pertanto qualifica il rapporto come contratto di mandato ad incassare ex art 1703 c.c. (nello specifico la riscossione dei canoni di locazione o di affitto degli immobili di proprietà altrui con le altre incombenze annesse).

Richiama a tal fine anche in questo caso una sentenza desueta secondo cui "l'attività di mandatario per la vendita degli immobili di un'impresa, la quale si concretizzi in una collaborazione non occasionale, ma di tipo continuativo, con prestazione d'opera prevalentemente personale, rientra nell'ambito dei rapporti contemplati dall'art. 409 n. 3 c.p.c., e devoluti alla cognizione del pretore in funzione di giudice del lavoro, qualora sussista, anche implicitamente alla stregua del complessivo assetto negoziale, ulteriore requisito del coordinamento dell'attività medesima con le strutture organizzative del mandante (nella specie, in quanto il mandatario, incaricato anche di amministrare gli immobili fino alla loro completa alienazione, si avvale dell'organizzazione dell'impresa proprietaria) (Cass., n. 4590/1984).

Compatibile con la qualificazione di cui sopra è risultata essere la circostanza secondo la quale il ricorrente, nell'espletamento della propria attività, si sarebbe fatto sostituire talvolta dalla moglie e dal figlio ("Il mandato, pur essendo un contratto caratterizzato dall'elemento della fiducia, non è tuttavia basato necessariamente sull'intuitus personae", per cui al mandatario non è vietato avvalersi dell'opera di un sostituto", Cass., n.18512/2006,).

Dal fatto poi che il ricorrente abbia ricevuto plurimi incarichi nel corso degli anni, e quindi incarichi ripetuti e costanti nel tempo, non ne discende la realizzazione di un unico rapporto parasubordinato.

Ai fini della riconducibilità del rapporto d'opera professionale nell'ambito dell'art. 409 n. 3 c.p.c., con la conseguente competenza del pretore come giudice del lavoro in ordine alle controversie relative, il requisito della continuità, previsto dalla citata norma, non va inteso in senso meramente cronologico, dato che singoli incarichi professionali, anche se importanti e prolungati nel tempo, non possono realizzare le condizioni stabilite da detta disposizione,

ma va ravvisato soltanto allorché si sia in presenza di un rapporto di durata, come quello implicante, in virtù di una convenzione normativa, attività di collaborazione per un certo periodo di tempo e per un numero indeterminato di prestazioni professionali in base alle direttive di un soggetto che organizza e coordina, per finalità istituzionali di più ampia portata, le prestazioni di vari collaboratori autonomi, assumendo nei loro riguardi una posizione di preminenza economica, paragonabile a quella del datore di lavoro (Cass., n. 5801/1982).

Qualificato il contratto alla stregua di un contratto di mandato il Giudice, in applicazione dell'art 1709 c.c. secondo il quale "il mandato si presume oneroso. La misura del compenso, se non è stabilita dalle parti, è determinata in base alle tariffe professionali o agli usi; in mancanza è determinata dal giudice", ha liquidato equitativamente il compenso dovuto.

La sentenza qui commentata appare, in estrema sintesi, condivisibile nella parte in cui ha escluso la natura subordinata del rapporto (domanda peraltro svolta in via subordinata pur con richiesta di un compenso superiore) ma è decisamente criticabile nella parte in cui ha escluso un rapporto di collaborazione coordinata e continuativa se non altro per aver valorizzato adagi giurisprudenziali a dir poco desueti.

Il contratto di mandato appare più consono, appunto, allo svolgimento di un incarico restrittivamente inteso e non alla attività come risultante dagli atti avente ad oggetto una pluralità di immobili che lo stesso Giudice, nella parte motiva relativa alla quantificazione del compenso, definisce "moltissimi" e ad una pluralità di incarichi (non solo l'incasso dei canoni ma anche svariate attività collaterali) svolta per 35 anni.

La numerosità degli immobili, confermata anche dall'ammontare annuo dei canoni incassati, ha determinato che sia stato lo stesso Giudice a definire non adeguati i compensi ricevuti, riconoscendo al ricorrente per il periodo non coperto da prescrizione e quindi per cinque anni il complessivo compenso di oltre euro 40.000,00, somma quantificata sulla base di calcoli di difficile comprensione.

Appare non secondaria un'ultima riflessione per l'appunto in ordine al tema della prescrizione quinquennale, eccepita da parte resistente ed accolta dal Giudice.

Il ricorrente in via principale ha richiesto accertarsi il rapporto di co.co.co e gli emolumenti relativi dal 1980 al 2015, richiesta che non pare tenere conto del fatto che la prescrizione sarebbe stata quinquennale anche in tale prospettazione posto che solo nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato (anche accertato giudizialmente) la prescrizione non decorre nel corso dello stesso.

Pertanto, la diversa qualificazione ex officio accertata dal Giudice ha avuto modesti riflessi in punto quantum.

Stefano Torchio
Avvocato, Foro di Genova

Massimario

Tribunale di Genova, sez. lav., 20 giugno 2021, n. 522 - Giudice Barenghi.

LAVORO - lavoro subordinato - associazione in partecipazione - partecipazione agli utili.

(Art. 2549 c.c.)

Un rapporto in cui è del tutto carente la partecipazione dell'associato agli utili dell'impresa, non può essere qualificato alla stregua di un rapporto di associazione in partecipazione.

Gli elementi caratterizzanti il rapporto di associazione in partecipazione con apporto di lavoro e che lo differenziano dal rapporto di lavoro subordinato sono, infatti, il comune di rischio di impresa (partecipazione agli utili e alle spese) e il diritto al rendiconto finale.

(Nel caso di specie il giudice ha qualificato "lavoratore subordinato" un commesso che nell'ambito del rapporto di lavoro aveva effettuato settimanalmente i versamenti degli incassi, aveva tenuto il registro di prima nota, aveva avuto un obbligo di costante presenza nel negozio e che non aveva mai percepito una quota degli utili).

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 29 ottobre 2021, n. 468 - Giudice Barenghi.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - trasferimento d'azienda - conciliazione tra cedente e lavoratore - opponibilità al cessionario.

(Art. 2112 c.c.; art. 185 c.p.c.;

La clausola contenuta in un verbale di conciliazione sottoscritto nel corso di un procedimento civile ai sensi dell'art 185 c.p.c. tra cedente l'azienda e lavoratore ed avente ad oggetto l'esclusione della responsabilità solidale per il pagamento del TFR non è opponibile al cessionario ed è nulla per contrarietà alla disciplina di cui all'art. 2112 c.c.

L'art 2112 secondo comma c.c. non menziona infatti l'art 185 c.p.c. ma, tuttavia, consente al lavoratore di liberare il cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro solo attraverso la sottoscrizione di un verbale davanti alle commissioni di conciliazioni ai sensi degli artt. 410-411 c.p.c.

Ne consegue che il datore di lavoro cedente rimane obbligato nei confronti del lavoratore per la quota di TFR maturata durante il rapporto di lavoro e fino alla data del trasferimento d'azienda, mentre il datore cessionario è obbligato per questa stessa quota soltanto nei limiti del vincolo di solidarietà ex art 2112 secondo comma c.c.

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 18 febbraio 2022, n. 109 - Giudice Bossi.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - contratto a tempo determinato - diritto alla progressione di carriera.

(Accordo quadro del 18.03.1999, direttiva 199/70/CE CES, UNICE, CEEP)

Ha diritto alla progressione di carriera il docente di ruolo che, assunto con ripetuti contratti a termine, percepisca negli anni lo stesso stipendio previsto per il personale inquadrato con contratti a tempo indeterminato senza però ottenere il riconoscimento dei passaggi stipendiali automatici normativamente previsti.

Il mancato riconoscimento della progressione stipendiale legata all'anzianità dei soggetti assunti con contratti a termine, viola il divieto di discriminazione nelle condizioni di impiego previsto dalla clausola 4.1 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato concluso il 18.03.1999, allegato alla direttiva 199/70/CE, relativa all'accordo quadro CES, UNICE, CEEP sul lavoro a tempo determinato.

La reiterazione dei rapporti di lavoro a tempo determinato di fatto, infatti, realizza un contesto analogo, sotto il profilo dello sviluppo della professionalità e dell'acquisizione di esperienza, a quello tipico di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato.

(Nel caso di specie la ricorrente ha convenuto in giudizio il Ministero dell'Istruzione chiedendo il riconoscimento del diritto alla progressione professionale retributiva per tutto il servizio prestato con reiterati contratti a termine con conseguente diritto a percepire le differenze stipendiali maturate).

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 22 febbraio 2022, n. 116 - Giudice Parodi.

LAVORO - impresa familiare - interesse ad agire.

(Art. 230 bis c.c.; art 2251 c.c.; art 2287 comma 3 c.c.; art. 100 c.p.c.)

A differenza dell'impresa collettiva esercitata in forma societaria (società semplice) che è di proprietà per quote, equali o diverse, a più persone ex art 2251 c.c., l'impresa familiare di cui all'art 230 bis c.c. appartiene solo al suo titolare, mentre i familiari partecipanti hanno solo diritto ad una quota degli utili.

Ne consegue che, mentre nel caso di società semplice costituita tra due soli soci l'esclusione di uno di loro è pronunciata dal tribunale su istanza dell'altro ai sensi dell'art 2287 c.c. comma 3 c.c., in presenza di una impresa familiare il diritto potestativo di recedere dalla stessa e quello di determinarne la cessazione è esercitabile attraverso una semplice manifestazione di volontà.

È privo, pertanto, di interesse ad agire il soggetto che, facente parte di un'impresa familiare, ricorra al giudice chiedendo l'esclusione dall'impresa stessa del familiare che già ha cessato volontariamente la propria opera.

L'interesse ad agire deve essere infatti personale nel senso che il risultato vantaggioso deve riguardare direttamente il soggetto che agisce, attuale nel senso che deve sussistere al momento in cui si propone la domanda ed infine concreto ovvero deve essere valutato con riferimento ad un pregiudizio concretamente verificato.

(Nel caso di specie, la ricorrente (madre di famiglia) e titolare dell'impresa ha convenuto in giudizio la figlia chiedendo al Tribunale di dichiarare l'esclusione di quest'ultima dall'impresa familiare avendo la stessa cessato senza preavviso di prestare la propria opera. Il Giudice ha respinto il ricorso ritenendo insussistente l'interesse ad agire potendo la ricorrente attivarsi in au-

tonomia senza necessità di una pronuncia giudiziale esercitando un proprio diritto potestativo).

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 28 febbraio 2022, n. 136 - Giudice Scotto.

LAVORO - contratto di lavoro subordinato - molestie sessuali sul luogo di lavoro - obblighi in capo al datore di lavoro - licenziamento per giusta causa - inidoneità della sola sanzione disciplinare conservativa

(Art. 2087 c.c.; art 26 comma 2 e 3 ter d.lgs. n. 198/2006)

A fronte di un comportamento integrante una molestia sessuale (art 26 comma 2 dlgs 198/2006) il datore di lavoro ha il dovere di intervenire tempestivamente a tutela della singola lavoratrice al fine di adempiere all'obbligo di assicurare condizioni di lavoro idonee a garantire l'integrità fisica e morale e la dignità dei lavoratori (art 2087 c.c., art 26 comma 3 ter d.lgs. 198/2006).

In presenza di un comportamento così qualificato, la mera irrogazione di una sanzione conservativa non costituirebbe misura idonea a garantire, ex art 2087 c.c., un'adeguata tutela alle altre dipendenti possibili destinatarie di ulteriori molestie.

È quindi legittimo e proporzionato il licenziamento per giusta causa irrogato dal datore di lavoro in presenza di molestie sessuali avvenute sul posto di lavoro, essendo le stesse qualificabili quale comportamento idoneo a ledere il rapporto fiduciario connaturato al rapporto di lavoro.

(Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore che, avendo abbracciato una collega senza il suo consenso, ha continuato nel suo comportamento pur nella consapevolezza che l'abbraccio fosse indesiderato avendo la lavoratrice iniziato ad urlare e a scostarsi).

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 20 aprile 2022, n. 74 - Giudice Bossi.

LAVORO - contratto di lavoro subordinato - lavoro straordinario - onere della prova

(Art. 2697 c.c.)

Sul lavoratore che chiede in via giudiziale il compenso per lavoro straordinario grava un onere probatorio rigoroso che esige il preliminare adempimento dell'onere di una specifica allegazione del fatto costitutivo.

In difetto e quindi in caso di mancato assolvimento di detto onere di allegazione e probatorio non può supplire la valutazione equitativa del giudice.

In particolare il lavoratore ha l'onere di dimostrare di aver lavorato oltre l'orario normale di lavoro e di fornire prova puntuale delle ore lavorative svolte, con ciò dovendo dimostrare lo svolgimento della prestazione lavorativa ordinaria, quella straordinaria e l'articolazione dell'orario contrattuale e di quello effettivamente osservato.

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 21 aprile 2022, n. 175 - Giudice Grillo.

LAVORO - rapporto di lavoro subordinato - contratto a termine - nullità - mancata adozione DVR.

(Art 20 comma 1 lett d d.lgs. 81/2015;)

Ai sensi dell'art 20 comma 1 lett d d.lgs. 81/2015 l'apposizione del termine di durata al contratto di lavoro non è ammessa da parte dei datori di lavoro che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi in applicazione della normativa di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori.

Diretta conseguenza è la trasformazione del contratto a termine in contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Inoltre, in presenza di un contratto a termine nullo, il Giudice condanna altresì il datore di lavoro al risarcimento del danno a favore del lavoratore tra un minimo di 2,5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, a ristoro onnicomprensivo del pregiudizio subito, per il periodo compreso tra la scadenza del termine e quello della pronuncia giudiziale (art 28 comma 2 d.lgs. 81/2015).

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 16 maggio 2022, n. 168 - Giudice Parodi.

LAVORO - conciliazione in sede sindacale - luogo di sottoscrizione - legittimità -

(art 2112 c.c.)

La conciliazione sottoscritta presso lo studio del difensore di fiducia del lavoratore è valida ed efficace non ritenendosi configurabile alcun vulnus alla difesa e alla volontà di quest'ultimo.

In tali casi, infatti, non può in alcun modo sostenersi che il lavoratore si trovi in luogo ostile o in minorata difesa e che quindi possa essere in alcun modo costretto a firmare quanto non corrispondente alla sua volontà (diversamente nel caso in cui la conciliazione venisse firmata presso il datore di lavoro o presso un professionista da questi incaricato).

VA.TO.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Corte di Giustizia UE, sez. IV, 12 maggio 2022, n. 719.

(Nella causa C-719/20, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell'articolo 267 TFUE, dal Consiglio di Stato (Italia), con ordinanza del 18 novembre 2020, pervenuta in cancelleria il 30 dicembre 2020, nel procedimento Comune di Lerici contro Provincia di La Spezia, nei confronti di: IREN SpA e ACAM Ambiente SpA)

APPALTO - ente affidatario originariamente "in house" - acquisizione da parte di un altro operatore economico - indizione gara di appalto - necessità.

La direttiva 2014/24 osta a che l'esecuzione di un appalto pubblico che sia stato oggetto di un affidamento «in house» prosegua, senza indizione di una gara, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non possieda più alcuna partecipazione, neppure indiretta, nell'ente affidatario e non disponga più di alcun controllo su quest'ultimo. Una siffatta modifica può difatti comportare che l'ente affidatario non possa più essere in pratica assimilato ai servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice e, pertanto, a che l'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi non possa più essere proseguita senza una gara d'appalto, non potendosi più ritenere che tale amministrazione aggiudicatrice ricorra alle proprie risorse.

La direttiva 2014/24/UE, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale.

(...Omissis...)

Sentenza.

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione dell'articolo 12 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GU 2014, L 94, pag. 65).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia fra il Comune di Lerici (Italia) e la Provincia di La Spezia (Italia) vertente sull'approvazione, da parte di quest'ultima, di un piano che assegna alla ACAM Ambiente SpA la gestione del servizio rifiuti del comune in parola fino al 2028.

Contesto normativo.

Diritto dell'Unione.

3. L'articolo 12 della direttiva 2014/24 prevede quanto segue: «1. Un appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva quando siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona

giuridica di cui trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività della persona giuridica controllata sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dall'amministrazione aggiudicatrice controllante o da altre persone giuridiche controllate dall'amministrazione aggiudicatrice di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Si ritiene che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi ai sensi della lettera a) qualora essa eserciti un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione aggiudicatrice.

2. Il paragrafo 1 si applica anche quando una persona giuridica controllata che è un'amministrazione aggiudicatrice aggiudica un appalto alla propria amministrazione aggiudicatrice controllante o ad un altro soggetto giuridico controllato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice, a condizione che nella persona giuridica alla quale viene aggiudicato l'appalto pubblico non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

3. Un'amministrazione aggiudicatrice che non eserciti su una persona giuridica di diritto privato o pubblico un controllo ai sensi del paragrafo 1 può nondimeno aggiudicare un appalto pubblico a tale persona giuridica senza applicare la presente direttiva quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici un controllo sulla persona giuridica di cui trattasi analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi;

b) oltre l'80% delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi; e

c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Ai fini del primo comma, lettera a), le amministrazioni aggiudicatrici esercitano su una persona giuridica un controllo congiunto quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

i) gli organi decisionali della persona giuridica controllata

sono composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti. Singoli rappresentanti possono rappresentare varie o tutte le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti;

ii) tali amministrazioni aggiudicatrici sono in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica; e

iii) la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti.

4. Un contratto concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni aggiudicatrici non rientra nell'ambito di applicazione della presente direttiva, quando sono soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune;

b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e

c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.

5. Per determinare la percentuale delle attività di cui al paragrafo 1, primo comma, lettera b), al paragrafo 3, primo comma, lettera b), e al paragrafo 4, lettera c), si prende in considerazione il fatturato totale medio, o una idonea misura alternativa basata sull'attività, quali i costi sostenuti dalla persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione nei campi dei servizi, delle forniture e dei lavori per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto.

Se, a causa della data di costituzione o di inizio dell'attività della persona giuridica o amministrazione aggiudicatrice in questione, ovvero a causa della riorganizzazione delle sue attività, il fatturato, o la misura alternativa basata sull'attività, quali i costi, non è disponibile per i tre anni precedenti o non è più pertinente, è sufficiente dimostrare, segnatamente in base a proiezioni dell'attività, che la misura dell'attività è credibile».

4. Ai sensi dell'articolo 18, paragrafo 1, di tale direttiva:

«Le amministrazioni aggiudicatrici trattano gli operatori economici su un piano di parità e in modo non discriminatorio e agiscono in maniera trasparente e proporzionata.

La concezione della procedura di appalto non ha l'intento di escludere quest'ultimo dall'ambito di applicazione della presente direttiva né di limitare artificialmente la concorrenza. Si ritiene che la concorrenza sia limitata artificialmente laddove la concezione della procedura d'appalto sia effettuata con l'intento di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici».

5. L'articolo 67, paragrafo 4, della medesima direttiva così dispone: «I criteri di aggiudicazione non hanno l'effetto di conferire all'amministrazione aggiudicatrice una libertà di scelta illimitata. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. In caso di dubbio le amministrazioni aggiudicatrici verificano efficacemente l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti».

6. L'articolo 72 della medesima direttiva stabilisce quanto

segue: «1. I contratti e gli accordi quadro possono essere modificati senza una nuova procedura d'appalto a norma della presente direttiva nei casi seguenti:

(...)

d) se un nuovo contraente sostituisce quello a cui l'amministrazione aggiudicatrice aveva inizialmente aggiudicato l'appalto a causa di una delle seguenti circostanze:

(...)

ii) all'aggiudicatario iniziale succede, in via universale o parziale, a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, acquisizione o insolvenza, un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della presente direttiva; o

(...)

4. Una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua validità è considerata sostanziale ai sensi del paragrafo 1, lettera e), quando muta sostanzialmente la natura del contratto o dell'accordo quadro rispetto a quello inizialmente concluso. In ogni caso, fatti salvi i paragrafi 1 e 2, una modifica è considerata sostanziale se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

(...)

7. L'articolo 90, paragrafo 1, della direttiva 2014/24 è così formulato:

«Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni».

Diritto italiano.

8. L'articolo 1, commi 611 e 612, della legge del 23 dicembre 2014, n. 190 - Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge di stabilità 2015) (supplemento ordinario alla GURI n. 300, del 29 dicembre 2014), così prevede:

«611. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 3, commi da 27 a 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, e successive modificazioni, e dall'articolo 1, comma 569, della legge 27 dicembre 2013, n. 147, e successive modificazioni, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, le regioni, le province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti locali, le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, le università e gli istituti di istruzione universitaria pubblici e le autorità portuali, a decorrere dal 1° gennaio 2015, avviano un processo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, in modo da conseguire la riduzione delle stesse entro il 31 dicembre 2015, anche tenendo conto dei seguenti criteri:

(...)

d) aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica;

(...)

612. I presidenti delle regioni e delle province autonome di

Trento e di Bolzano, i presidenti delle province, i sindaci e gli altri organi di vertice delle amministrazioni di cui al comma 611, in relazione ai rispettivi ambiti di competenza, definiscono e approvano, entro il 31 marzo 2015, un piano operativo di razionalizzazione delle società e delle partecipazioni societarie direttamente o indirettamente possedute, le modalità e i tempi di attuazione, nonché l'esposizione in dettaglio dei risparmi da conseguire. Tale piano, corredato di un'apposita relazione tecnica, è trasmesso alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicato nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. Entro il 31 marzo 2016, gli organi di cui al primo periodo predispongono una relazione sui risultati conseguiti, che è trasmessa alla competente sezione regionale di controllo della Corte dei conti e pubblicata nel sito internet istituzionale dell'amministrazione interessata. La pubblicazione del piano e della relazione costituisce obbligo di pubblicità ai sensi del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33».

9. Ai sensi dell'articolo 3bis, comma 2bis, del decreto-legge del 13 agosto 2011, n. 138 - Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo (GURI n. 188, del 13 agosto 2011; in prosieguo: il «decreto-legge n. 138/2011»):

«L'operatore economico succeduto al concessionario iniziale, in via universale o parziale, a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, fermo restando il rispetto dei criteri qualitativi stabiliti inizialmente, prosegue nella gestione dei servizi fino alle scadenze previste [...]».

10. L'articolo 7, comma 5, del decreto legislativo del 19 agosto 2016, n. 175 - Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica (GURI n. 210, dell'8 settembre 2016) così dispone:

«Nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati, la scelta di questi ultimi avviene con procedure di evidenza pubblica a norma dell'articolo 5, comma 9, del decreto legislativo n. 50 del 2016».

Procedimento principale e questione pregiudiziale.

11. Il 15 giugno 2005, con deliberazione qualificata espressamente come «affidamento "in house"», il Comune di Lerici ha attribuito alla ACAM la gestione del ciclo integrato dei rifiuti in tale comune fino al 31 dicembre 2028, gestione che era, più specificamente, affidata alla sua controllata ACAM Ambiente. A tale data, la ACAM era una società per azioni il cui azionariato era ripartito esclusivamente fra diversi comuni, fra cui il Comune di Lerici.

12. Il 12 luglio 2013, la ACAM ha dovuto concludere con i suoi creditori un accordo di ristrutturazione. Nell'ambito di detto accordo, la ACAM ha cercato, fra le altre società a partecipazione pubblica che assicurano la gestione di servizi pubblici attive sul mercato italiano, un soggetto adatto a concludere un'operazione aggregativa. Al termine della gara pubblica indetta a tal fine, la ACAM ha scelto di operare un'aggregazione con la IREN SpA, che opera su tutto il territorio italiano, è sotto controllo pubblico ed è quotata in borsa.

13. In applicazione di un apposito accordo di investimento, concluso il 29 dicembre 2017, i comuni azionisti della ACAM hanno ceduto alla IREN le loro azioni della ACAM e hanno acquistato una corrispondente quota di azioni della IREN sottoscrivendo un aumento di capitale loro riservato. Tramite le controllate della ACAM, divenute proprie controllate, la IREN ha continuato a gestire i servizi che erano stati inizialmente affidati a tali controllate.

14. Dopo aver espresso, il 21 febbraio 2017, l'intento di non approvare l'aggregazione fra la ACAM e la IREN, il 19 gennaio 2018 il Comune di Lerici ha deciso di accettare l'accordo di investimento solo per quanto riguardava la cessione delle sue azioni della ACAM alla IREN, e gliel'ha effettivamente cedute l'11 aprile 2018.

15. Con deliberazione del 6 agosto 2018 la Provincia di La Spezia, ormai competente a gestire il servizio integrato dei rifiuti urbani per i comuni del suo ambito territoriale, di cui fa parte il Comune di Lerici, ha approvato l'aggiornamento del piano di area per la gestione integrata dei rifiuti urbani della provincia, nella parte in cui ha indicato la ACAM Ambiente quale gestore del servizio per tale comune, fino al 31 dicembre 2028, in forza di un affidamento «in house».

16. Il Comune di Lerici ha proposto un ricorso avverso la suddetta deliberazione, ritenendo che le condizioni dell'eccezione «in house» non fossero più soddisfatte. Con sentenza 847/2019, il Tribunale amministrativo regionale per la Liguria (Italia) ha respinto il ricorso in parola.

17. Il Comune di Lerici ha interposto appello avverso tale sentenza dinanzi al Consiglio di Stato (Italia).

18. In primo luogo, quest'ultimo sottolinea che, sebbene detto comune fosse competente ad aggiudicare, nel 2005, il contratto controverso alla ACAM, tale competenza è stata poi trasferita alle province, le quali sono attualmente incaricate del servizio della gestione integrata dei rifiuti urbani a favore di tutti i comuni del loro ambito territoriale.

19. In secondo luogo, tale giudice rileva che l'operazione di aggregazione, di cui al procedimento principale, è stata conclusa sulla base dell'articolo 1, paragrafi 611 e 612, della legge del 23 dicembre 2014, n. 190, il cui obiettivo è contenere la spesa pubblica limitando le partecipazioni sociali degli enti pubblici. Siffatta operazione era peraltro giustificata tenuto conto del fatto che la ACAM aveva concluso un accordo di ristrutturazione del suo debito. In una fattispecie del genere, l'articolo 3bis, paragrafo 2bis, del decreto-legge n. 138/2011 prevede la prosecuzione, fino alle scadenze previste, della gestione dei servizi, che erano stati affidati all'aggiudicatario iniziale, da parte dell'operatore economico succedutogli.

20. In terzo luogo, il giudice del rinvio ritiene che sussistano dubbi sulla compatibilità di tale normativa con l'articolo 12 della direttiva 2014/24, relativo all'eccezione «in house» nell'ambito dell'aggiudicazione degli appalti pubblici.

21. L'operazione di aggregazione realizzata nel caso di specie ha infatti avuto come conseguenza che il servizio di gestione dei rifiuti urbani del Comune di Lerici, che era stato inizialmente affidato, senza gara, alla ACAM, sulla quale non è contestato che tale comune esercitasse, insieme ad altri comuni, un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi, ai sensi della giurisprudenza della Corte, fosse ormai attribuito alla IREN, e, attraverso quest'ultima, alla sua controllata ACAM Ambiente, senza che sussistesse più un simile controllo del Comune di Lerici rispetto a nessuna delle due suddette società. Infatti, non solo la partecipazione nella IREN che il comune in parola aveva acquisito era del tutto trascurabile, ma inoltre, dopo che detto comune ha ceduto tale partecipazione, qualsiasi collegamento tra il comune stesso e la IREN è venuto meno.

22. Orbene, la Provincia di La Spezia ha deciso di aggiudicare direttamente il servizio destinato al Comune di Lerici, senza indizione di una gara. Occorrerebbe quindi stabilire se tale affidamento diretto sia conforme alle norme del diritto dell'Unione relative all'aggiudicazione degli appalti pubblici.

23. Secondo il giudice del rinvio, occorre, più in particolare,

esaminare se il fatto che la scelta della ACAM di procedere alla fusione con la IREN sia stata preceduta da una gara pubblica debba essere preso in considerazione in un contesto del genere.

24. Al riguardo, detto giudice ritiene che l'obiettivo ultimo delle pertinenti norme del diritto dell'Unione sia quello di promuovere la concorrenza e che siffatto risultato sia raggiunto, nell'ambito dell'affidamento di pubblici servizi, quando più operatori competono, o possono competere, per assicurarsi il relativo mercato, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dello strumento che consente di raggiungere tale obiettivo. In circostanze del genere, il giudice del rinvio è propenso a ritenere che sia irrilevante che l'affidamento di un dato servizio abbia luogo mediante una procedura di gara vertente precisamente sull'aggiudicazione di tale servizio, o mediante una procedura di gara avente ad oggetto l'acquisizione delle azioni della società che fornisce i servizi di cui trattasi, giacché in entrambi i casi la concorrenza è garantita.

25. In tali circostanze, il Consiglio di Stato (Italia) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte la seguente questione pregiudiziale:

«se l'articolo 12 della direttiva [2014/24] osti ad una normativa nazionale la quale imponga un'aggregazione di società di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a seguito della quale l'operatore economico succeduto al concessionario iniziale a seguito di operazioni societarie effettuate con procedure trasparenti, comprese fusioni o acquisizioni, prosegua nella gestione dei servizi sino alle scadenze previste, nel caso in cui:

- a) il concessionario iniziale sia una società affidataria "in house" sulla base di un controllo analogo pluripartecipato;
- b) l'operatore economico successore sia stato selezionato attraverso una pubblica gara;
- c) a seguito dell'operazione societaria di aggregazione i requisiti del controllo analogo pluripartecipato più non sussistano rispetto a taluno degli enti locali che hanno in origine affidato il servizio di cui si tratta».

Sulla questione pregiudiziale.

Sulla ricevibilità della questione.

26. Ai sensi dell'articolo 94 del regolamento di procedura della Corte, la domanda di pronuncia pregiudiziale contiene «un'illustrazione sommaria dell'oggetto della controversia nonché dei fatti rilevanti, quali accertati dal giudice del rinvio o, quanto meno, un'illustrazione delle circostanze di fatto sulle quali si basano le questioni», «il contenuto delle disposizioni nazionali applicabili alla fattispecie e, se del caso, la giurisprudenza nazionale in materia», nonché «l'illustrazione dei motivi che hanno indotto il giudice del rinvio a interrogarsi sull'interpretazione o sulla validità di determinate disposizioni del diritto dell'Unione, nonché il collegamento che esso stabilisce tra dette disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla causa principale».

27. Nel caso di specie, contrariamente a quanto sostiene il governo austriaco, l'ordinanza di rinvio contiene una descrizione del contesto di fatto e di diritto del procedimento principale sufficiente a soddisfare i requisiti di cui all'articolo 94 del regolamento di procedura.

28. Difatti, da un lato, l'ordinanza di rinvio riprende il contenuto delle disposizioni nazionali applicabili al procedimento principale. Dall'altro, la descrizione, da parte del giudice del rinvio, delle deliberazioni del 15 giugno 2005 e del 6 agosto 2018 nonché della gara indetta dalla ACAM è sufficiente per

comprendere le ragioni della scelta delle disposizioni del diritto dell'Unione di cui tale giudice chiede l'interpretazione nonché il collegamento che esso stabilisce tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia.

29. Ne consegue che la questione sottoposta alla Corte è ricevibile.

Nel merito.

30. Con la sua questione il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se la direttiva 2014/24 debba essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, inizialmente aggiudicato, senza gara, a un ente «in house» sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava congiuntamente un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore economico.

31. In via preliminare, dall'ordinanza di rinvio risulta in primo luogo che, nel corso del 2005, il Comune di Lerici ha affidato, fino al 2028, la gestione del suo servizio di rifiuti alla ACAM, mentre la gestione operativa del servizio era affidata alla sua controllata, la ACAM Ambiente. Alla data di tale affidamento, il capitale della ACAM era detenuto esclusivamente da alcuni comuni, tra cui il Comune di Lerici.

32. Secondo il giudice del rinvio, il contratto così aggiudicato alla ACAM costituiva un appalto pubblico di servizi e tale aggiudicazione aveva potuto essere effettuata senza gara per il motivo che, segnatamente, il Comune di Lerici esercitava, unitamente agli altri comuni azionisti, un controllo congiunto sulla ACAM analogo a quello esercitato dai comuni stessi sui propri servizi, ai sensi della giurisprudenza della Corte (v., in tal senso, sentenza del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 50). Occorre risolvere la questione pregiudiziale basandosi su tale premessa.

33. A tale riguardo, occorre ricordare che la direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU 1992, L 209, pag. 1), applicabile al momento della conclusione del contratto tra il Comune di Lerici e la ACAM, non imponeva ad un'amministrazione aggiudicatrice di avviare una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico allorché esercitava sull'ente affidatario un controllo analogo a quello che esercitava sui propri servizi e tale ente realizzava la parte essenziale della propria attività con l'amministrazione aggiudicatrice o con le amministrazioni aggiudicatrici che lo controllavano. Nell'ipotesi di un siffatto affidamento «in house», si ritiene infatti che l'amministrazione aggiudicatrice faccia ricorso alle proprie risorse dal momento che, anche se l'ente affidatario è giuridicamente da essa distinto, esso può, in pratica, essere assimilato ai servizi interni di quest'ultima (v., in tal senso, sentenze dell'11 gennaio 2005, Stadt Halle e RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, punto 49, nonché del 18 giugno 2020, Porin kaupunki, C-328/19, EU:C:2020:483, punto 66).

34. Peraltro, in caso di ricorso ad un ente detenuto in comune da varie autorità pubbliche, la Corte ha dichiarato che il «controllo analogo», ai sensi del punto precedente, poteva essere esercitato congiuntamente da tali autorità (v., in tal senso, sentenze del 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, EU:C:2008:621, punto 50, e dell'8 maggio 2014, Datenlotsen Informationssysteme, C-15/13, EU:C:2014:303, punto 27).

35. In secondo luogo, dalla decisione di rinvio risulta altresì che, dopo aver concluso, nel corso del 2013, un accordo di ristrutturazione con i suoi creditori, la ACAM ha deciso di indire una gara pubblica al fine di selezionare un operatore economico con il quale aggregarsi. Tale procedura ha condotto alla selezione della IREN, che ha acquisito la totalità delle azioni della ACAM detenute dai comuni azionisti. Questi ultimi hanno acquisito una quota corrispondente di azioni della IREN, in occasione di un aumento di capitale di tale società loro riservato, laddove il Comune di Lerici, dal canto suo, aveva deciso di accettare l'accordo sopra menzionato soltanto per quanto riguardava la cessione delle proprie azioni della ACAM.

36. Conformemente all'articolo 3bis, paragrafo 2bis, del decreto-legge n. 138/2011, la ACAM Ambiente, ormai interamente detenuta dalla IREN, ha continuato ad assicurare il servizio di gestione dei rifiuti dei comuni già azionisti della ACAM, compreso il Comune di Lerici.

37. Fatte queste precisazioni preliminari, occorre rilevare che, nell'ipotesi in cui un appalto pubblico sia stato attribuito, come nella fattispecie in esame, senza indizione di una gara, ad una società a capitale pubblico conformemente alla giurisprudenza menzionata ai punti 33 e 34 della presente sentenza, l'acquisizione di detta società da parte di altro operatore economico, durante il periodo di validità dell'appalto in parola, è tale da costituire un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di indire una gara (v., in tal senso, sentenze del 6 aprile 2006, ANAV, C-410/04, EU:C:2006:237, punti da 30 a 32, nonché del 10 settembre 2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, punto 53).

38. Una siffatta modifica può difatti comportare che l'ente affidatario non possa più essere in pratica assimilato ai servizi interni dell'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi del punto 34 della presente sentenza, e, pertanto, a che l'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi non possa più essere proseguita senza una gara d'appalto, non potendosi più ritenere che tale amministrazione aggiudicatrice ricorra alle proprie risorse.

39. Nel caso di specie, dato che l'acquisizione della ACAM ad opera della IREN si era verificata nel corso del 2017, vale a dire oltre il termine fissato per la trasposizione da parte degli Stati membri della direttiva 2014/24, quale stabilito al suo articolo 90, paragrafo 1, è alla luce delle disposizioni di quest'ultima direttiva che occorre esaminare se per una modifica del genere fosse necessario indire una gara (v., in tal senso, sentenza del 2 settembre 2021, Sisal e a., C-721/19 e C-722/19, EU:C:2021:672, punto 28 e giurisprudenza *ivi* citata).

40. A tal riguardo, sotto un primo profilo, l'articolo 72, paragrafo 1, lettera d), ii), della direttiva 2014/24 prevede che un appalto pubblico possa essere modificato, senza nuova procedura d'appalto a norma di quanto disposto da tale direttiva, se l'aggiudicatario iniziale è sostituito da un nuovo contraente, in seguito, segnatamente, all'acquisizione del primo da parte del secondo, purché quest'ultimo soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente e purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto e non sia finalizzato ad eludere l'applicazione della direttiva in parola.

41. Risulta, pertanto, dal tenore letterale di tale articolo 72, paragrafo 1, che il suo ambito di applicazione è limitato all'ipotesi in cui il successore dell'aggiudicatario originale prosegue l'esecuzione di un appalto pubblico che è stato oggetto di una procedura di aggiudicazione iniziale conforme ai requisiti imposti dalla direttiva 2014/24, tra i quali figura il ri-

spetto dei principi di non discriminazione, di parità e di concorrenza effettiva tra gli operatori economici, come segnatamente ricordati e concretizzati all'articolo 18, paragrafo 1, e all'articolo 67, paragrafo 4, della direttiva in parola.

42. Una siffatta interpretazione è corroborata dal paragrafo 4 di tale articolo 72, in forza del quale una modifica del contratto è considerata sostanziale allorché introduce condizioni che, se fossero state incluse nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata o avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione, nonché dall'obiettivo di apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibile, perseguito dalle direttive in materia a vantaggio non soltanto degli operatori economici, ma anche delle amministrazioni aggiudicatrici (sentenza del 27 novembre 2019, Tedeschi e Consorzio Stabile Istant Service, C-402/18, EU:C:2019:1023, punto 39).

43. Pertanto, una modifica del contraente, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, contrariamente a quanto sostiene il governo austriaco, non può rientrare nell'ambito di applicazione dell'articolo 72 della direttiva 2014/24, poiché l'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale è stato inizialmente affidato ad un ente «in house», senza gara.

44. Sotto un secondo profilo, occorre rilevare che l'articolo 12, paragrafi da 1 a 3, della direttiva 2014/24 riprende, segnatamente, i principi richiamati ai punti 33 e 34 della presente sentenza, precisando al contempo le condizioni in presenza delle quali gli affidamenti «in house» sono sottratti all'ambito di applicazione di tale direttiva.

45. Più in particolare, in forza dell'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, un appalto pubblico può essere aggiudicato senza applicare le procedure di aggiudicazione previste dalla stessa direttiva a condizione che l'amministrazione aggiudicatrice eserciti, congiuntamente con altre amministrazioni aggiudicatrici, un controllo sull'aggiudicatario analogo a quello da esse esercitato sui propri servizi, che oltre l'80% delle attività di tale aggiudicatario siano effettuate nello svolgimento dei compiti ad esso affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da persone giuridiche controllate da queste ultime e, infine, che nel capitale di tale aggiudicatario non vi sia alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sull'aggiudicatario.

46. Inoltre, dall'ultimo comma di tale articolo 12, paragrafo 3, risulta che l'esistenza di un controllo congiunto, ai sensi della disposizione in parola, presuppone, in particolare, che tutte le amministrazioni aggiudicatrici siano rappresentate negli organi decisionali del soggetto controllato e possano esercitare congiuntamente un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di tale soggetto.

47. Orbene, dal fascicolo sottoposto alla Corte risulta, da un lato, che il Comune di Lerici non disponeva, alla data della deliberazione oggetto del ricorso dinanzi al giudice del rinvio, di alcuna partecipazione nel capitale della IREN, il quale è, peraltro, ampiamente aperto alle partecipazioni private. Dall'altro, esso non risulta essere né rappresentato negli organi decisionali di tale società né in grado di influenzare, foss'anche congiuntamente con gli altri comuni che detenevano la ACAM, gli obiettivi strategici o le decisioni significative della IREN.

48. Ne consegue che le condizioni previste all'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24, che consentono di ritenere che l'aggiudicazione di un appalto pubblico esuli dall'ambito di applicazione delle procedure di aggiudicazione previste da tale direttiva, non risultano soddisfatte, circostanza che spetta tuttavia al giudice del rinvio verificare.

49. Dal fascicolo sottoposto alla Corte non risulta neppure che la IREN intrattenga con il Comune di Lerici rapporti tali da poter soddisfare le condizioni poste dall'articolo 12, paragrafi 1 o 2, della suddetta direttiva che consentono di qualificare un siffatto appalto come «operazione "in house"».

50. Fatte salve le verifiche che sarà il giudice del rinvio ad effettuare, si deve quindi ritenere che la prosecuzione, da parte della IREN, dell'esecuzione dell'appalto pubblico in discussione nel procedimento principale derivi dalla modifica di una condizione fondamentale dell'appalto che necessita di una procedura di gara, cosicché la direttiva 2014/24 autorizzerebbe la IREN a proseguire tale esecuzione solo dopo essere stata designata come aggiudicataria di detto appalto, al termine di una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti della direttiva in parola.

51. La circostanza che la IREN sia stata selezionata dalla ACAM e, pertanto, dai comuni che detengono tale società, al termine di una procedura di gara pubblica, non modifica siffatta conclusione.

52. È infatti sufficiente constatare che, come sottolineato al punto 47 della presente sentenza, alla data della deliberazione oggetto del ricorso dinanzi al giudice del rinvio, il Comune di Lerici non deteneva alcuna partecipazione, neppure indiretta, nella IREN.

53. Nell'ambito dell'esecuzione dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale, la IREN non può, pertanto, essere assimilata a una società a capitale misto, detenuta al contempo dall'amministrazione aggiudicatrice, foss'anche indirettamente, e da un ente che sia stato selezionato da quest'ultima, al termine di una procedura trasparente ed aperta alla concorrenza, ai sensi della sentenza del 15 ottobre 2009, *Acoset* (C-196/08, EU:C:2009:628).

54. Pertanto, senza che sia necessario esaminare le caratteristiche della procedura di gara pubblica con la quale la IREN è stata selezionata, tale procedura non può, in ogni caso, equivalere, nella fattispecie dell'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale, a una procedura di aggiudicazione conforme ai requisiti previsti dalla direttiva 2014/24, dato che la IREN era, tanto prima dell'operazione di aggregazione con la ACAM quanto dopo che gli altri comuni hanno acquisito una partecipazione nel suo capitale, un ente estraneo al Comune di Lerici.

55. Tenuto conto di quanto precede, si deve concludere che la direttiva 2014/24 osta a che l'esecuzione di un appalto pubblico che sia stato oggetto di un affidamento «in house» prosegua, senza indizione di una gara, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non possieda più alcuna partecipazione, neppure indiretta, nell'ente affidatario e non disponga più di alcun controllo su quest'ultimo.

56. Occorre inoltre aggiungere che tale conclusione si impone anche nell'ipotesi in cui, come potrebbe lasciare intendere l'ordinanza di rinvio, si dovesse ritenere che l'appalto pubblico di cui trattasi nel procedimento principale sia stato oggetto di una nuova aggiudicazione da parte della Provincia di La Spezia.

57. Risulta infatti dall'ordinanza di rinvio che il 6 agosto 2018 detta provincia, divenuta competente a gestire il servizio dei rifiuti dei comuni compresi nel suo ambito territoriale, ha approvato l'aggiornamento del piano di area per la gestione

integrata dei rifiuti urbani della provincia, nella parte in cui attribuiva alla ACAM Ambiente la gestione del servizio dei rifiuti per il Comune di Lerici fino al 2028.

58. Orbene, quand'anche la deliberazione del 6 agosto 2018 dovesse essere interpretata nel senso che attribuisce la gestione di un siffatto servizio di rifiuti alla ACAM Ambiente, società controllata e interamente detenuta dalla IREN, resterebbe il fatto che tale affidamento diretto non soddisferebbe comunque i requisiti imposti dalla direttiva 2014/24.

59. Da un lato, infatti, dal fascicolo sottoposto alla Corte non risulta che la Provincia di La Spezia e la ACAM Ambiente si trovino in una delle situazioni elencate all'articolo 12 della direttiva in parola. Occorre in particolare rilevare che tale provincia non appare detenere alcuna partecipazione nel capitale della IREN e, pertanto, in quello della ACAM Ambiente, né disporre di alcun potere di controllo su tali enti.

60. Ne consegue che, fatte salve le verifiche che devono essere effettuate dal giudice del rinvio, l'articolo 12 della direttiva 2014/24 non pare poter giustificare che la Provincia di La Spezia abbia aggiudicato, senza gara, un appalto pubblico di servizi alla ACAM Ambiente.

61. D'altro lato, considerati gli elementi del fascicolo sottoposto alla Corte, un siffatto affidamento non sembra neppure poter essere assimilato all'aggiudicazione di un appalto pubblico ad una società ad economia mista alle condizioni ricordate al punto 53 della presente sentenza. In tal senso, è sufficiente ricordare che, come sottolineato al punto 59 della presente sentenza, la Provincia di La Spezia non appare detenere alcuna partecipazione nella IREN e, pertanto, nella ACAM Ambiente.

62. Dall'insieme delle considerazioni che precedono risulta che la direttiva 2014/24 deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house» sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale.

Sulle spese.

63. Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

P.Q.M.

La Corte (Quarta Sezione) dichiara:

La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE deve essere interpretata nel senso che essa osta a una normativa o a una prassi nazionale in forza della quale l'esecuzione di un appalto pubblico, aggiudicato inizialmente, senza gara, ad un ente «in house», sul quale l'amministrazione aggiudicatrice esercitava, congiuntamente, un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi, sia proseguita automaticamente dall'operatore economico che ha acquisito detto ente, al termine di una procedura di gara, qualora detta amministrazione aggiudicatrice non disponga di un simile controllo su tale operatore e non detenga alcuna partecipazione nel suo capitale.

Documenti

L'intelligenza artificiale e l'algoritmo a contatto col diritto amministrativo.

Davide Ponte

Magistrato del Consiglio di Stato

Sommario: 1. *Premessa.* – 2. *L'algoritmo nella burocrazia.* – 3. *Approdi della giurisprudenza in tema di algoritmo e procedimento amministrativo.* – 4. *Algoritmo e diritti fondamentali.* – 5. *Intelligenza artificiale, algoritmi e ADR.*

1. Premessa.

Esiste un rapporto molto stretto fra diritto e tecnologia, tra diritto e attività umane che, sfruttando le acquisizioni della scienza, creano nuovi mezzi o strumenti per “migliorare” le condizioni di vita dell'uomo. Fecondazione artificiale e brevettabilità di nuove specie animali son casi evidenti, ma anche la rivoluzione informatica è una novità che impone al diritto di adeguarsi. Ciò riguarda ogni evoluzione umana (anche la parola e la scrittura sono state una evoluzione tecnologica).

Nella rivoluzione informatica e digitale il tema dell'intelligenza artificiale ha assunto ruolo fondamentale perché l'aiuto tecnologico può essere visto come del tutto sostitutivo dell'uomo. L'idea di fondo dell'Intelligenza Artificiale è piuttosto semplice: sviluppare delle macchine dotate di capacità autonome di apprendimento e adattamento che siano ispirate ai modelli di apprendimento umani.

Alla base dell'Artificial Intelligence ci sono algoritmi, tecniche computazionali, soluzioni, in grado dunque di replicare il comportamento umano.

2. L'algoritmo nella burocrazia.

Il ruolo del Consiglio di Stato, dinanzi al carattere relativamente giovane del diritto amministrativo (1) e anche per questo così mutevole, nonché all'evoluzione del potere delle Autorità nelle moderne società, assume un rilievo fondamentale anche dinanzi alla capacità dimostrata di tenere il passo con le nuove frontiere del diritto. Ciò viene perseguito inquadrando le nuove sfide nell'ambito dei principi dell'ordinamento, contribuendo contestualmente all'evoluzione ed alla piena vitalità degli stessi, sia in relazione ad ambiti realmente innovativi, sia rispetto all'evoluzione di ambiti già tradizionalmente affrontati e che tuttavia sono chiamati a nuove sfide.

Sul primo versante si colloca la giurisprudenza in materia di utilizzo dell'algoritmo, e più in generale della c.d. intelligenza artificiale, nell'ambito dell'attività amministrativa.

La digitalizzazione della vita privata come di quella pubblica costituisce un dato ormai consolidato. La necessità di convivere con tali dirimenti novità spinge i giuristi alla ricerca dei relativi inquadramenti. D'altronde il diritto è la regolazione dei fenomeni umani e sociali, l'informatizzazione della società è evidente e rapida, quindi il diritto non può che intervenire, specie il diritto dell'autorità.

Un algoritmo è una strategia che serve per risolvere un pro-

blema ed è costituito da una sequenza finita di operazioni (dette anche istruzioni) che consente di risolvere tutti i quesiti di una stessa classe. Esso deve essere, cercando un parallelismo col mondo giuridico:

- finito, cioè quando è costituito da un numero finito di istruzioni e presenta una fine (giuridicamente, l'oggetto di esame coincide con le questioni dedotte);

- deterministico, cioè quando partendo dagli stessi dati in input, si ottengono i medesimi risultati in output (per noi giuristi vale il divieto della c.d. alla terza via ed il rispetto della corrispondenza fra chiesto e pronunciato);

- non ambiguo, le operazioni devono poter essere interpretate nello stesso modo da tutti anche se l'esecutore è differente (in termini giuridici può declinarsi nel senso della necessaria chiarezza della decisione);

- generale, cioè quando la soluzione è uguale per tutti i problemi della medesima classe (qui è gioco facile tradurre nella certezza del diritto, che a volte appare una vera e propria ricerca dell'araba fenice).

Il termine algoritmo, come noto, deriva dalla trascrizione latina del nome del matematico persiano al-Khwarizmi, vissuto nel IX secolo d.C., che è considerato uno dei primi autori ad aver fatto riferimento a questo concetto scrivendo il libro *Regole di ripristino e riduzione*

L'analisi matematica di base conosce varie categorie di algoritmi, che spesso paiono riprodurre problemi di base della nostra attività: ad esempio algoritmi iterativi, ricorsivi, di ordinamento, di ricerca, evolutivi (qui si inseriscono i cc.dd. predittivi, così temuti dai giuristi), swarm intelligence, combinatorio, automodificante, per giungere a quello di compressione (come può qualificarsi quello di cui racconta un noto scrittore, nel libro “Caro Gesù Bambino”, con la storia del cammello che deve passare nella cruna di un ago).

Il «rapporto sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato», presentato nel 1979 dall'allora ministro della Funzione pubblica Massimo Severo Giannini, rilevava che gli elaboratori elettronici, in principio adoperati come «apparecchi di semplice registrazione di dati complessi, sono divenuti poi apparecchi di accertamento e verifica, di calcolo, di partecipazione a fasi procedurali di istruttoria, e infine di decisione», sicché «i sistemi informatici non servono più alle amministrazioni per fatti di gestione interna, ma servono proprio per amministrare, si proiettano cioè sempre più verso l'esterno».

In altri termini, anche il diritto amministrativo ha visto il progredire e l'affermarsi di strumenti informatici che hanno progressivamente affrancato i pubblici uffici da carta e macchine da scrivere e che, successivamente, hanno dimostrato la capacità di assolvere autonomamente a compiti istruttori e di formulazione di contenuti dei provvedimenti amministrativi. Prendendo spunto dalle numerose possibili citazioni letterarie, può dirsi che la seconda rivoluzione industriale non si presenta come la prima, con immagini schiacciati quali presse di laminatoi o colate d'acciaio, ma come i bits d'un flusso d'informazione che corre sui circuiti sotto forma d'impulsi elettronici. Le macchine di ferro ci sono sempre, ma obbediscono ai bits senza peso (2).

La dottrina, in riferimento al processo evolutivo in atto, ha parlato di “amministrazione 4.0”, o di quarto modello di am-

ministrazione: ove per primo modello è da intendersi quello dell'amministrazione otto-novecentesca totalmente cartacea; per secondo, quello coadiuvato dai computer, dai programmi di videoscrittura e dalle iniziali forme di telecomunicazione (quali il fax); per terzo modello, quello della prima digitalizzazione e dematerializzazione dei dati, resa possibile dall'impegno di internet nelle normali attività amministrative.

L'amministrazione di "quarta generazione" è, invece, quella denotata da un «alto grado di automazione e di interconnessione», reso possibile dall'implementazione delle tecniche di scambio e di conservazione dematerializzate delle informazioni, dall'aumento esponenziale della capacità di calcolo dei processori e dalla predisposizione di programmi informatici sempre più sofisticati. In altre parole, si tratterebbe della "società dell'algoritmo", ove l'impegno di software (o "programmi") – riconducibili alla c.d. "intelligenza artificiale" – comporta l'affermarsi di moduli operativi automatizzati, non semplicemente idonei a compiere in poco tempo complesse operazioni di calcolo, bensì muniti della capacità di apprendere dai propri errori e, in qualche misura, di emulare il funzionamento della mente umana.

Il dato riportato appare evidente, essendo molteplici i settori della vita quotidiana in cui gli algoritmi – invero non tutti riconducibili alle più evolute forme d'intelligenza artificiale – si affiancano all'uomo, semplificandone l'esistenza. Tra questi basti ricordare i software di riconoscimento vocale o visivo e quelli di supporto alla guida di autoveicoli, se non di guida autonoma.

Maggiormente incisivi sono poi i programmi "predittivi", che, sulla base di alcuni dati a disposizione (i cosiddetti inputs), forniscono una soluzione per un certo scenario, sia esso costituito dalle previsioni meteorologiche, ovvero dalla predisposizione di un piano d'investimento per il correntista di un istituto di credito o di una polizza infortunistica per il cliente di una compagnia di assicurazioni. Ciò assume un marcato carattere di "affrancamento" dall'uomo nel momento in cui l'algoritmo è in grado di elaborare non solo i dati messi a disposizione, ma di acquisirne dei nuovi non direttamente conosciuti (o immediatamente conoscibili) dall'operatore umano, mediante il reperimento in rete di aggiornamenti sull'andamento del mercato del credito o sulla circolazione stradale.

L'estensione e l'indubbia utilità hanno spinto al relativo utilizzo anche le lente amministrazioni pubbliche, specie a fronte delle diverse potenzialità, anche per la evidente comodità derivante dalla c.d. neutralizzazione della scelta (quello che è stato definito il sogno di ogni funzionario, ormai sempre terrorizzato dai "rischi della firma").

In tale quadro, se da un canto non può che prendersi atto dell'evoluzione, da un altro canto in ambito giuridico occorre altresì procedere ad inquadrare la stessa evoluzione nell'ambito dei principi.

L'emergenza pandemica ha evidenziato ancora di più la spinta in tale direzione. In tale ottica, l'emergenza stessa ha imposto il massimo utilizzo dell'innovazione tecnologica; trattasi di un'occasione da cogliere, ma non per forzare, quanto piuttosto per provare e verificare anche alcune potenzialità ulteriori dell'innovazione.

Da giuristi ci si sente sempre impreparati rispetto ad entrambi i corni del problema: l'emergenza fa pensare a qualcosa in cui le regole ordinarie non bastano; l'innovazione è notoriamente considerata un ossimoro rispetto all'immagine di noi "burocrati" (addirittura Gore Vidal sosteneva che "nel burocrate c'è qualcosa che non ama la poesia").

Quindi ci troviamo di fronte ad una doppia sfida.

Ma come insegnava la guida galattica per autostoppisti, la nota saga in cui il rapporto fra uomo ed evoluzione tecnologica è oggetto di una visione antesignana, "don't panic": i computer sono incredibilmente veloci, accurati e stupidi; gli uomini sono incredibilmente lenti, inaccurati e intelligenti; l'insieme dei due costituisce una forza incalcolabile. E a sostenere ciò abbiamo il conforto di Albert Einstein.

In tale contesto, il versante processuale, attraverso il c.d. PAT (già in vigore da tempo) ha consentito alla giustizia amministrativa di proseguire a svolgere la quasi totalità delle proprie funzioni e potenzialità anche in epoca di lockdown.

Sul versante procedimentale sempre più spesso ci si imbatte in titoli e nozioni ricorrenti, come "Procedimento e scelte autoritative". La strada è ancora lunga ma, in fondo il diritto amministrativo – come premesso, un diritto giovane – e l'attività di tutti noi operatori dello stesso, si scontra quotidianamente con il continuo bilanciamento fra interessi e principi che spingono in direzioni opposte; quindi, forse non siamo del tutto impreparati a certe sfide.

È pur vero che anche in tali ambiti ci si appassiona spesso a disquisizioni sottili, come intorno al tema se, a certi fini, l'algoritmo possa definirsi o meno alla stregua di un atto amministrativo; infatti, una volta che viene a far parte della sequenza procedimentale l'algoritmo è elemento conoscibile, nei termini generali dettati dall'ordinamento.

In dottrina è stata giudicata appropriata la scelta (3) di ragionare, dinanzi all'algoritmo nel procedimento, sulla scorta di un «principio di conoscibilità» che si completa e combina con quello di «comprensibilità». All'ostensione pura e semplice della stringa di programmazione e degli atti in cui la stessa è formalizzata, dovrebbero accompagnarsi informazioni significative sulla logica utilizzata, rese in modo da essere agevolmente colte dal cittadino e dall'amministrazione stessa, talvolta soccombente nelle questioni relative alle proprietà del software di cui si dirà.

Ad oggi, infatti, le difficoltà di chiarire e motivare le ragioni che hanno ispirato la statuizione adottata sulla base di algoritmi auto-apprendenti ha portato alcune corti straniere a limitarne consistentemente le possibilità di utilizzo nello svolgimento di funzioni provvedimentali. In tal senso si è espresso il Conseil Constitutionnel francese, oltre che il Consiglio di Stato olandese. Anche più recentemente, il tribunale distrettuale dell'Aia, con una decisione del 2 febbraio 2020 ha ritenuto illegittimo l'uso di un programma di lotta all'evasione fiscale (SyRI) le cui modalità di funzionamento non erano risultate trasparenti in quanto non potevano essere puntualmente spiegate dai soggetti che ne facevano utilizzo.

Fra le diverse questioni si pone quella, solo apparentemente secondaria, relativa alla proprietà del software. La conoscenza (e la conseguente ostensibilità) del codice sorgente, ancorché necessaria a garantire adeguata trasparenza, è però possibile qualora l'amministrazione stessa sia già in possesso di tale codice: ma questo non sempre accade, e tutte le volte in cui ciò non succeda, appare evidente che una eventuale istanza conoscitiva dei privati che vogliono verificare le modalità di funzionamento del programma rischi di essere concretamente frustrata. Conseguente impatto avrà pertanto sul principio di comprensibilità della decisione adottata. Si realizza dunque l'intersezione problematica dei principi su una questione, come detto, solo apparentemente secondaria.

Ragionando in termini meccanicistici, se pur semplificati, la decisione elettronica sarà adottata «incrociando» le regole indicate da chi realizza il software (o dal programma autonomamente acquisite, nelle ipotesi in cui si adoperino sistemi

di self learning), ed i dati successivamente immessi nell'elaboratore.

Il ruolo del titolare dell'organo competente all'esercizio delle funzioni rischia di essere quindi, quasi secondario, e viene in rilievo solo occasionalmente, nell'eventualità in cui si renda necessario (con intervento spontaneo, o su sollecitazione dei cittadini) provvedere alla correzione di possibili errori dell'elaboratore. Resta sempre sullo sfondo l'accennata difficoltà di intervento laddove non si abbia la proprietà del software, la cui gestione dunque può risultare estremamente complessa se non addirittura impossibile per il titolare dell'organo competente.

Ed è qui che si colloca il tema fondamentale del mantenimento dell'imputabilità della scelta. Qui forse – e mi perdonerete se banalizzo ma a volte i principi appaiono tali, o forse ancora son rimasto troppo legato al famoso controinterrogatorio del film Philadelphia – ci possono soccorrere, le tre regole della robotica (4): «1. Un robot non può recar danno a un essere umano né può permettere che, a causa del suo mancato intervento, un essere umano riceva danno; 2. Un robot deve obbedire agli ordini impartiti dagli esseri umani, purché tali ordini non vadano in contrasto alla Prima Legge; 3. Un robot deve proteggere la propria esistenza, purché la salvaguardia di essa non contrasti con la Prima o con la Seconda Legge». In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali è bene evidenziare come il Regolamento europeo appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nelle note sentenze del 2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso.

Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio right to explanation nel GDPR, cui si rinvia per la profondità e la relativa dovizia di argomenti.

Occorre provare tuttavia ad approfondire gli algoritmi e la visione di chi li prepara. Orbene non è semplice comprenderli, quindi il tema della conoscibilità rischia di scontrarsi con la realtà, o forse è mal posto. La conoscibilità riguarda i criteri di valutazione inseriti, la totale comprensione tecnica dell'algoritmo è altra cosa. Questo è il tema più complesso, posto forse al di là delle nostre stesse capacità cognitive. Però non può reputarsi alla stregua del "merito" in senso assoluto, non sindacabile: è semplicemente la tecnica di funzionamento di uno strumento facilitatore scelto dall'autorità nel procedimento di determinazione della scelta.

Sempre in termini di principio si è posto il tema del presupposto dell'utilizzo dell'algoritmo: occorre una legge, basta un regolamento o è sufficiente, quale copertura generale, l'art. 97 Cost. trattandosi di un mero modulo organizzativo?

In giurisprudenza si sta consolidando, rispetto ad una iniziale ritrosia, una posizione di apertura più ampia, laddove si sono intesi tali strumenti alla stregua di moduli organizzativi, da utilizzare nell'ambito delle ordinarie garanzie procedurali, senza necessità di duplicazioni (come la sentenza citata n. 8472 del 2019 ha chiarito rispetto alla legge 241 del 1990) né di estensioni del principio di legalità: il principio di legalità riguarda il potere esercitato, non il modulo organizzativo.

Ciò porta all'estensione del relativo utilizzo degli algoritmi anche in caso di attività discrezionale, garantendo molteplici utilizzi di grande aiuto all'azione amministrativa, come in tema di valutazione delle offerte tecniche ovvero di determinazione dei criteri per il rilascio delle valutazioni di impatto ambientale.

Una tale estensione, peraltro, non può che ampliare le difficoltà di utilizzo, specie in tema di discrezionalità tecnica, con

conseguente ampliamento dei problemi in tema di conoscibilità e comprensibilità. E ciò non solo in relazione alla evocata riservatezza industriale del titolare degli algoritmi, ma anche al doveroso fine di evitare che la digitalizzazione costituisca una nuova fonte di diseguaglianze, sia tecniche (più si amplia il ricorso alla tecnica ed alla tecnologia, più occorrono capacità tecniche peculiari e quindi limitate) che economiche (in relazione ai costi di strumenti sempre più sofisticati).

La digitalizzazione ha il pregio di agevolare, in astratto, un pieno accesso ad una miriade di informazioni, anche attraverso strumenti privati o comunque legati alla pubblicità e quindi all'utilità economica; non sempre, tuttavia, alla facilità si accompagna la chiarezza, con conseguente incremento dei rischi di incertezza e confusione (5). Resta comunque, anche per il "diritto dell'autorità" (6), l'indubbia utilità della rivoluzione digitale: un più elevato livello di digitalizzazione dell'amministrazione pubblica è fondamentale per migliorare la qualità dei servizi resi ai cittadini e agli utenti.

In fondo, per abusare ancora delle parole dei romanzieri, parte della disumanità del computer sta nel fatto che, una volta programmato e messo in funzione, si comporta in maniera perfettamente onesta. E qualsiasi computer non è una macchina intelligente che aiuta le persone stupide, anzi è una macchina stupida che funziona solo nelle mani delle persone intelligenti.

3. Approdi della giurisprudenza in tema di algoritmo e procedimento amministrativo.

Il Consiglio di Stato (7) ha ricostruito definitivamente il ricorso all'algoritmo nei procedimenti amministrativi, inquadrandolo quale modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Un breve richiamo ai passaggi principali della giurisprudenza richiamata evidenzia il ruolo predetto.

In linea generale va ribadito come anche la pubblica amministrazione debba poter sfruttare le rilevanti potenzialità della c.d. rivoluzione digitale. In tale contesto, il ricorso ad algoritmi informatici per l'assunzione di decisioni che riguardano la sfera pubblica e privata si fonda sui paventati guadagni in termini di efficienza e neutralità. In molti campi gli algoritmi promettono di diventare lo strumento attraverso il quale correggere le storture e le imperfezioni che caratterizzano tipicamente i processi cognitivi e le scelte compiute dagli esseri umani, messi in luce soprattutto negli ultimi anni da un'imponente letteratura di economia comportamentale e psicologia cognitiva. In tale contesto, le decisioni prese dall'algoritmo assumono così un'aura di neutralità, frutto di asettici calcoli razionali basati su dati. Peraltro, già in tale ottica è emersa altresì una lettura critica del fenomeno, in quanto l'impiego di tali strumenti comporta in realtà una serie di scelte e di assunzioni tutt'altro che neutre: l'adozione di modelli predittivi e di criteri in base ai quali i dati sono raccolti, selezionati, sistematizzati, ordinati e messi insieme, la loro interpretazione e la conseguente formulazione di giudizi sono tutte operazioni frutto di precise scelte e di valori, consapevoli o inconsapevoli; da ciò ne consegue che tali strumenti sono chiamati ad operare una serie di scelte, le quali dipendono in gran parte dai criteri utilizzati e dai dati di riferimento utilizzati, in merito ai quali è apparso spesso difficile ottenere la necessaria trasparenza. Peraltro, rispetto all'utilizzo dell'algoritmo non si tratta di sperimentare forme diverse di esternazione della volontà del-

l'amministrazione, come nel caso dell'atto amministrativo informatico, ovvero di individuare nuovi metodi di comunicazione tra amministrazione e privati, come nel caso della partecipazione dei cittadini alle decisioni amministrative attraverso social network o piattaforme digitali, ovvero di ragionare sulle modalità di scambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni.

Nel caso dell'utilizzo di tali strumenti digitali ci si trova dinanzi ad una situazione che, in sede dottrina, è stata efficacemente qualificata con l'espressione di rivoluzione 4.0 la quale, riferita all'amministrazione pubblica e alla sua attività, descrive la possibilità che il procedimento di formazione della decisione amministrativa sia affidato a un software, nel quale vengono immessi una serie di dati così da giungere, attraverso l'automazione della procedura, alla decisione finale.

L'utilità di tale modalità operativa di gestione dell'interesse pubblico è particolarmente evidente con riferimento a procedure, come quella oggetto del presente contenzioso, seriali o standardizzate, implicanti l'elaborazione di ingenti quantità di istanze e caratterizzate dall'acquisizione di dati certi ed oggettivamente comprovabili e dall'assenza di ogni apprezzamento discrezionale.

La piena ammissibilità di tali strumenti risponde ai canoni di efficienza ed economicità dell'azione amministrativa (art. 1 l. 241/90), i quali, secondo il principio costituzionale di buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.), impongono all'amministrazione il conseguimento dei propri fini con il minor dispendio di mezzi e risorse e attraverso lo snellimento e l'accelerazione dell'iter procedimentale.

Nelle controversie affrontate, relative a procedure di assegnazione di sedi in base a criteri oggettivi, l'utilizzo di una procedura informatica che conduca direttamente alla decisione finale non deve essere stigmatizzata, ma anzi, in linea di massima, incoraggiata: essa comporta infatti numerosi vantaggi quali, ad esempio, la notevole riduzione della tempistica procedimentale per operazioni meramente ripetitive e prive di discrezionalità, l'esclusione di interferenze dovute a negligenza (o peggio dolo) del funzionario (essere umano) e la conseguente maggior garanzia di imparzialità della decisione automatizzata.

Peraltro, l'utilizzo di procedure informatizzate non può essere motivo di elusione dei principi che conformano il nostro ordinamento e che regolano lo svolgersi dell'attività amministrativa. In tale contesto, infatti, il ricorso all'algoritmo va correttamente inquadrato in termini di modulo organizzativo, di strumento procedimentale ed istruttorio, soggetto alle verifiche tipiche di ogni procedimento amministrativo, il quale resta il *modus operandi* della scelta autoritativa, da svolgersi sulla scorta della legislazione attributiva del potere e delle finalità dalla stessa attribuite all'organo pubblico, titolare del potere.

Né vi sono ragioni di principio, ovvero concrete, per limitare l'utilizzo all'attività amministrativa vincolata piuttosto che discrezionale, entrambe espressione di attività autoritativa svolta nel perseguimento del pubblico interesse.

In disparte la stessa sostenibilità a monte dell'attualità di una tale distinzione, atteso che ogni attività autoritativa comporta una fase quantomeno di accertamento e di verifica della scelta ai fini attribuiti dalla legge, se il ricorso agli strumenti informatici può apparire di più semplice utilizzo in relazione alla c.d. attività vincolata, nulla vieta che i medesimi fini predetti, perseguiti con il ricorso all'algoritmo informatico, possano perseguirsi anche in relazione ad attività connotata da ambiti di discrezionalità.

Piuttosto, se nel caso dell'attività vincolata ben più rilevante, sia in termini quantitativi che qualitativi, potrà essere il ricorso

a strumenti di automazione della raccolta e valutazione dei dati, anche l'esercizio di attività discrezionale, in specie tecnica, può in astratto beneficiare delle efficienze e, più in generale, dei vantaggi offerti dagli strumenti stessi.

In tale contesto, premessa la generale ammissibilità di tali strumenti, assumono rilievo fondamentale, anche alla luce della disciplina di origine sovranazionale, due aspetti preminenti, quali elementi di minima garanzia per ogni ipotesi di utilizzo di algoritmi in sede decisoria pubblica: a) la piena conoscibilità a monte del modulo utilizzato e dei criteri applicati; b) l'imputabilità della decisione all'organo titolare del potere, il quale deve poter svolgere la necessaria verifica di logicità e legittimità della scelta e degli esiti affidati all'algoritmo.

Sul versante della piena conoscibilità, rilievo preminente ha il principio della trasparenza, da intendersi sia per la stessa p.a. titolare del potere per il cui esercizio viene previsto il ricorso allo strumento dell'algoritmo, sia per i soggetti incisi e coinvolti dal potere stesso. Il meccanismo attraverso il quale si concretizza la decisione robotizzata (ovvero l'algoritmo) debba essere "conoscibile", secondo una declinazione rafforzata del principio di trasparenza, che implica anche quello della piena conoscibilità di una regola espressa in un linguaggio differente da quello giuridico. Tale conoscibilità dell'algoritmo deve essere garantita in tutti gli aspetti: dai suoi autori al procedimento usato per la sua elaborazione, al meccanismo di decisione, comprensivo delle priorità assegnate nella procedura valutativa e decisionale e dei dati selezionati come rilevanti. Ciò al fine di poter verificare che i criteri, i presupposti e gli esiti del procedimento robotizzato siano conformi alle prescrizioni e alle finalità stabilite dalla legge o dalla stessa amministrazione a monte di tale procedimento e affinché siano chiare – e conseguentemente sindacabili – le modalità e le regole in base alle quali esso è stato impostato. In relazione ai soggetti coinvolti si pone anche un problema di gestione dei relativi dati. Ad oggi nelle attività di trattamento dei dati personali possono essere individuate due differenti tipologie di processi decisionali automatizzati: quelli che contengono un coinvolgimento umano e quelli che, al contrario, affidano al solo algoritmo l'intero procedimento.

Il più recente Regolamento europeo in materia (2016/679), concentrandosi su tali modalità di elaborazione dei dati, integra la disciplina già contenuta nella Direttiva 95/46/CE con l'intento di arginare il rischio di trattamenti discriminatori per l'individuo che trovi la propria origine in una cieca fiducia nell'utilizzo degli algoritmi. In particolare, in maniera innovativa rispetto al passato, gli articoli 13 e 14 del Regolamento stabiliscono che nell'informativa rivolta all'interessato venga data notizia dell'eventuale esecuzione di un processo decisionale automatizzato, sia che la raccolta dei dati venga effettuata direttamente presso l'interessato sia che venga compiuta in via indiretta. Una garanzia di particolare rilievo viene riconosciuta allorché il processo sia interamente automatizzato essendo richiesto, almeno in simili ipotesi, che il titolare debba fornire "informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l'importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l'interessato". In questo senso, in dottrina è stato fatto notare come il legislatore europeo abbia inteso rafforzare il principio di trasparenza che trova centrale importanza all'interno del Regolamento.

Il ragionamento della giurisprudenza prosegue con un dettagliato esame delle norme di origine europea.

Sul versante della verifica degli esiti e della relativa imputabilità, deve essere garantita la verifica a valle, in termini di logicità e di correttezza degli esiti. Ciò a garanzia dell'imputa-

bilità della scelta al titolare del potere autoritativo, individuato in base al principio di legalità, nonché della verifica circa la conseguente individuazione del soggetto responsabile, sia nell'interesse della stessa p.a. che dei soggetti coinvolti ed incisi dall'azione amministrativa affidata all'algoritmo. In tale contesto, lo stesso Regolamento predetto affianca alle garanzie conoscitive assicurate attraverso l'informativa e il diritto di accesso, un espresso limite allo svolgimento di processi decisionali interamente automatizzati. L'articolo 22, paragrafo 1, riconosce alla persona il diritto di non essere sottoposta a decisioni automatizzate prive di un coinvolgimento umano e che, allo stesso tempo, producano effetti giuridici o incidano in modo analogo sull'individuo. Quindi occorre sempre l'individuazione di un centro di imputazione e di responsabilità, che sia in grado di verificare la legittimità e logicità della decisione dettata dall'algoritmo.

In tema di imputabilità tale giurisprudenza richiama, quale elemento rilevante di inquadramento del tema, la Carta della Robotica, approvata nel febbraio del 2017 dal Parlamento Europeo. Tale atto esprime in maniera efficace questi passaggi, laddove afferma che "l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o un'influenza esterna; (...) tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente; (...) nell'ipotesi in cui un robot possa prendere decisioni autonome, le norme tradizionali non sono sufficienti per attivare la responsabilità per i danni causati da un robot, in quanto non consentirebbero di determinare qual è il soggetto cui incombe la responsabilità del risarcimento né di esigere da tale soggetto la riparazione dei danni causati». Quindi, anche al fine di applicare le norme generali e tradizionali in tema di imputabilità e responsabilità, occorre garantire la riferibilità della decisione finale all'autorità ed all'organo competente in base alla legge attributiva del potere. A conferma dell'inquadramento proposto si richiamano il diritto sovranazionale da cui emergono tre principi, da tenere in debita considerazione nell'esame e nell'utilizzo degli strumenti informatici.

In primo luogo, il principio di conoscibilità, per cui ognuno ha diritto a conoscere l'esistenza di processi decisionali automatizzati che lo riguardino ed in questo caso a ricevere informazioni significative sulla logica utilizzata. Il principio, in esame è formulato in maniera generale e, perciò, applicabile sia a decisioni prese da soggetti privati che da soggetti pubblici, anche se, nel caso in cui la decisione sia presa da una p.a., la norma del Regolamento costituisce diretta applicazione specifica dell'art. 42 della Carta Europea dei Diritti Fondamentali ("Right to a good administration"), laddove afferma che quando la Pubblica Amministrazione intende adottare una decisione che può avere effetti avversi su di una persona, essa ha l'obbligo di sentirla prima di agire, di consentirle l'accesso ai suoi archivi e documenti, ed, infine, ha l'obbligo di "dare le ragioni della propria decisione". Tale diritto alla conoscenza dell'esistenza di decisioni che ci riguardino prese da algoritmi e, correlativamente, come dovere da parte di chi tratta i dati in maniera automatizzata, di porre l'interessato a conoscenza, va accompagnato da meccanismi in grado di decifrarne la logica. In tale ottica, il principio di conoscibilità si completa con il principio di comprensibilità, ovvero sia la possibilità, per riprendere l'espressione del Regolamento, di ricevere "informazioni significative sulla logica utilizzata".

In secondo luogo, l'altro principio del diritto europeo rilevante

in materia (ma di rilievo anche globale in quanto, ad esempio, utilizzato nella nota decisione *Loomis vs. Wisconsin*), è definibile come il principio di non esclusività della decisione algoritmica. Nel caso in cui una decisione automatizzata "produca effetti giuridici che riguardano o che incidano significativamente su una persona", questa ha diritto a che tale decisione non sia basata unicamente su tale processo automatizzato (art. 22 Reg.). In proposito, deve comunque esistere nel processo decisionale un contributo umano capace di controllare, validare ovvero smentire la decisione automatica. In ambito matematico ed informativo il modello viene definito come HITL (human in the loop), in cui, per produrre il suo risultato è necessario che la macchina interagisca con l'essere umano.

In terzo luogo, dal considerando n. 71 del Regolamento 679/2016 il diritto europeo trae un ulteriore principio fondamentale, di non discriminazione algoritmica, secondo cui è opportuno che il titolare del trattamento utilizzi procedure matematiche o statistiche appropriate per la profilazione, mettendo in atto misure tecniche e organizzative adeguate al fine di garantire, in particolare, che siano rettificati i fattori che comportano inesattezze dei dati e sia minimizzato il rischio di errori e al fine di garantire la sicurezza dei dati personali, secondo una modalità che tenga conto dei potenziali rischi esistenti per gli interessi e i diritti dell'interessato e che impedisca tra l'altro effetti discriminatori nei confronti di persone fisiche sulla base della razza o dell'origine etnica, delle opinioni politiche, della religione o delle convinzioni personali, dell'appartenenza sindacale, dello status genetico, dello stato di salute o dell'orientamento sessuale, ovvero che comportano misure aventi tali effetti. In tale contesto, pur dinanzi ad un algoritmo conoscibile e comprensibile, non costituente l'unica motivazione della decisione, occorre che lo stesso non assuma carattere discriminatorio. In questi casi, come afferma il considerando, occorrerebbe rettificare i dati in "ingresso" per evitare effetti discriminatori nell'output decisionale; operazione questa che richiede evidentemente la necessaria cooperazione di chi istruisce le macchine che producono tali decisioni.

Infine, si evidenzia come il tema dei pericoli connessi allo strumento non sia ovviato dalla rigida e meccanica applicazione di tutte le minute regole procedurali della legge n. 241 del 1990 (quali ad es. la comunicazione di avvio del procedimento sulla quale si appunta buona parte dell'atto di appello o il responsabile del procedimento che, con tutta evidenza, non può essere una macchina in assenza di disposizioni espresse), dovendosi invece ritenere che la fondamentale esigenza di tutela posta dall'utilizzazione dello strumento informatico c.d. algoritmico sia la trasparenza nei termini prima evidenziati riconducibili al principio di motivazione e/o giustificazione della decisione.

4. Algoritmo e diritti fondamentali.

In relazione al complesso rapporto tra algoritmi e diritti fondamentali è bene evidenziare come il Regolamento europeo appronti una serie di garanzie conoscitive insieme ad un divieto di processi decisionali automatizzati, che il Consiglio di Stato ha richiamato nella motivazione in diritto della sentenza n. 8472/2019, riferendosi agli artt. 13, 14, 15 e 22 del Regolamento stesso. Proprio intorno all'interpretazione di tali norme è in corso un ampio dibattito in dottrina riguardo all'esistenza o meno di un vero e proprio right to explanation nel GDPR. Al riguardo la dottrina ha evidenziato come il concetto di explanation, che per molti versi appare affine a quello di "co-

noscibilità” in termini di “comprensibilità” sancito dal Consiglio di Stato, debba essere suddiviso in sottocategorie a seconda dell’oggetto della sua riferibilità e del momento temporale in cui viene fornita la spiegazione.

Con riguardo all’oggetto, occorre distinguere la explanation riferibile alla system functionality, cioè al funzionamento della struttura di decision-making nel suo complesso, e la explanation relativa a delle specific decisions, cioè alle ragioni e alle circostanze che hanno condotto alla singola decisione; alla stregua del criterio temporale, invece, la differenza si configura tra explanation ex ante ed explanation ex post. Chiaramente, se il primo può essere riferito solo al funzionamento complessivo del sistema, il right to explanation ex post può essere riferito sia all’intera struttura decisionale, che alle singole decisioni specifiche e alle loro ragioni. Ed è proprio questo particolare tipo di explanation a non essere rinvenibile nel Regolamento. Ma qui sovrviene l’obbligo di motivazione, principio a noi ben noto e per noi, o meglio per l’ordinamento ed i suoi fondamenti, irrinunciabile (pena trasformazione in scelte politiche cioè giuridicamente immotivate).

Estremamente delicato appare il rapporto con la privacy. Al riguardo, oltre al dato formale della motivazione, è bene tener presente che la “spiegabilità” e la conseguente “comprensibilità” sono, invece, degli elementi necessari, alla luce dell’evoluzione subita dal diritto alla privacy, secondo le quattro tendenze indicate da Stefano Rodotà: «1) dal diritto d’esser lasciato solo al diritto di mantenere il controllo sulle informazioni che mi riguardano; 2) dalla privacy al diritto all’autodeterminazione informativa; 3) dalla privacy alla non discriminazione; 4) dalla segretezza al controllo». Il punto cruciale è proprio la sequenza “persona-informazione-circolazione-controllo”, diventata nell’era digitale quantitativamente ben più ampia del classico paradigma “persona-informazione-segretezza”, la quale comporta l’effettiva garanzia della dignità della persona anche nell’odierna società digitale. Tuttavia, tale garanzia non può inverarsi senza una corretta informazione all’interessato del trattamento dei dati.

Come anticipato, il Consiglio di Stato ha citato, infatti, gli obblighi di informazione derivanti dagli artt. 13 e 14 del GDPR, nei quali è previsto che all’interessato debba essere data notizia del fatto che il trattamento dei dati sia effettuato in maniera automatizzata, con particolare riguardo al fatto che in caso di trattamento interamente automatizzata, il titolare debba fornire «informazioni significative sulla logica utilizzata, nonché l’importanza e le conseguenze previste di tale trattamento per l’interessato». Si tratta della nota informativa privacy e anche le Pubbliche amministrazioni, eccetto quando la «registrazione e la comunicazione» fosse prevista dalla legge o negli altri casi previsti espressamente dalle norme, dovrebbero avere cura di

fornire ogni qual volta procedano a decisioni basate su trattamenti automatizzati dei dati dei cittadini.

La chiave interpretativa per la corretta lettura degli artt. 13 e 14 è rappresentata dal considerando 60, 61 e 62, i quali sono improntati ad uno spirito di correttezza e trasparenza, al fine di rendere l’interessato del trattamento il più consapevole possibile.

5. Intelligenza artificiale, algoritmi e ADR.

In ambito digitale, i sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, noti come ADR, diventano ODR, on line dispute resolution.

Nell’ottica moderna le lunghezze processuali aggravano le proprie caratteristiche di problema anche in termini di costo, spesso più alto del valore delle stesse liti.

In generale, il ricorso alle ADR- su cui la dottrina ha svolto numerosi approfondimenti prodromici ad una necessaria ampia introduzione nel sistema giuridico - pongono problemi tradizionali in tema sia di rito (terzietà, tutela del contraddittorio, diritto di difesa ecc.) e problemi di merito (ad esempio su come siano individuate le regole di giudizio)

In materia di ODR la nota Raccomandazione 4 aprile 2001 della Commissione europea richiama concetti sacri, per noi giuristi: imparzialità trasparenza efficacia nell’accesso, equità. Tali principi della raccomandazione li vediamo poi tradotti ed applicati in molte norme europee a partire dal fondamentale regolamento sulle ODR, 2013/524.

Anche in tale ambito emerge, a livello embrionale e semplificato, il tentativo di riprodurre in piccolo vero e proprio un processo; ciò non può che spingere anche ad ulteriormente velocizzare il nostro processo tradizionale.

Note.

- (1) S. Cassese, *Il diritto amministrativo. Storia e prospettive*, Milano 2010.
- (2) I. Calvino, *Lezioni americane. Sei proposte per il prossimo millennio*, Milano, 2016
- (3) A partire dal consolidamento dell’orientamento del Consiglio di Stato con la sentenza 13 dicembre 2019 n. 8472.
- (4) Cfr. I. Asimov, *Circolo vizioso*, in *Astounding Science Fiction*, 1942, ora in I. Asimov, *Io robot*, Milano, 2009.
- (5) “Un giorno le macchine riusciranno a risolvere tutti i problemi, ma mai nessuna di esse potrà porne uno” (Albert Einstein). “Baratterei tutta la mia tecnologia per una serata con Socrate” (Steve Jobs).
- (6) Azzardiamo qui una definizione provocatoria di diritto amministrativo, anche alla luce dei criteri in tema di riparto di giurisdizione.
- (7) Cfr., ad es., sentenze 8 aprile 2019, n. 2270 e 13 dicembre 2019, n. 8472.

*Il legislatore pigro e i giudici ipercinetici:
disavventure di un signore genovese
in un'isoletta siciliana.**

Michele Marchesiello

Magistrato

Sommario: 1 *Il caso.* - 2. *La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, e l'ordinanza del TAR di Lecce, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.* - 3. *Sulla natura della direttiva Bolkestein: tra liberalizzazione e armonizzazione.* - 4. *Sulla auto-esecutività della direttiva Bolkestein.* - 5. *Sull'interesse transfrontaliero certo.* - 6. *Sulla 'scarsità delle risorse naturali'.* - 7. *Sui 'rimedi' proposti dalla sentenza del Consiglio di Stato, per ovviare alla situazione di obiettiva incertezza derivante dalla diretta applicazione della direttiva.*

1 Il caso.

Un signore genovese decide, qualche anno fa, di fare una scelta di vita che costituisca anche un discreto se pur modesto investimento per il futuro proprio e dei figli.

Il suo progetto si rivolge a dunque un minuscolo appezzamento nella campagna di un'isoletta siciliana, a picco sulla scogliera ma senza accesso al mare sottostante, dotato di un rudere, che il signore genovese si ripropone di adattare a ristorante con annesso solarium per i clienti.

per quanto non direttamente affacciato alla scogliera, l'appezzamento è incluso nel confine demaniale, quindi soggetto a concessione.

Con ostinazione tutta genovese, il signore affronta diligentemente tutti gli ostacoli e le spese che si frappongono alla realizzazione del suo sogno: ostacoli di carattere burocratico e di carattere, diciamo, ambientale.

Passano gli anni, si moltiplicano i viaggi tra Genova e la Sicilia. Il signore si innamora sempre più del progetto. Dopo inenarrabili vicissitudini – il suo fazzoletto di terra è incluso fatalmente nell'ambito del demanio marittimo - approda all'agognata concessione: ora è pronto per cominciare a trasformare in realtà il suo modesto sogno.

In seguito, ottiene dalla Regione l'estensione della validità della sua concessione al 31 dicembre 1933 'fatte salve le successive verifiche che saranno effettuate dall'Amministrazione'.

Ma, a questo punto, la svolta: la mano perversa del destino, rappresentata dalla Direttiva 2006/123 del Parlamento Europeo e del Consiglio, relativa ai servizi nel mercato interno.

La sua concessione, in base all'interpretazione data *ex post* dall'Amministrazione e dal Supremo Giudice amministrativo alla suddetta direttiva, doveva e deve (o dovrebbe) essere sottoposta ad apposita gara europea.

Il modesto, inselvatichito fazzoletto di campagna col suo rudere è stato infatti classificato dall'Autorità come '*struttura turistico ricreativa*', inclusa nella categoria degli '*stabilimenti balneari privati*'.

Per quanto il suo appezzamento non disponga di una spiaggia e neppure di un accesso al mare, il nostro signore è diventato - a tutti gli effetti e per sua sventura - uno dei tanti 'balneari'

che hanno occupato con profitto la gran parte delle coste e delle spiagge italiane.

La ghigliottina della Direttiva 2006/123 si è abbattuta inesorabile su di lui e sul suo sogno, 'balnearizzato'.

E non per distrazione, o con leggerezza. A seppellirlo è intervenuto niente meno che il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (1), su ricorso del comune di Lecce contro tal Andrea Caretto e l'Associazione Federazione Imprese Demaniali, con l'intervento di un folto gruppo di 'operatori balneari' della zona, stabilendo che

'Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative (...) sono in contrasto con il diritto comunitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della Direttiva 2006/123 CE. Tali norme pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione'.

Quanto agli eventuali atti di proroga rilasciati dalla P.A., 'deve escludersi la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari'.

Il Consiglio di Stato non si è nascosta la gravità delle conseguenze socio-economiche di una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, e in questo senso ha '*auspicato*' che il legislatore gli togliesse le castagne dal fuoco - dopo aver provveduto esso stesso a toglierle dal fuoco: mirabile sinergia - intervenendo a riordinare la materia in conformità alle direttive europee, nel frattempo fissando, d'autorità, la data ultima e fatale del 31 dicembre 2023.

2. La sentenza del Consiglio di Stato in Adunanza plenaria, e l'ordinanza del TAR di Lecce, di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Ora, prendendo spunto dalla modesta vicenda del signore genovese, si impongono alcune considerazioni, relative all'interpretazione data dal Consiglio di Stato alla direttiva 123 ma anche alla particolare situazione del Nostro, incongruamente e senza sua colpa associato alla categoria degli operatori 'balneari', nel presupposto che egli disponga di una spiaggia o comunque di una via di accesso all'agognato mare di Sicilia. Nella speranza, poi, che il legislatore, sensibile all'*auspicio* del Consiglio di Stato, si attivi per impedire i gravi danni economico-sociali che, come riconosciuto dallo stesso Consiglio di Stato, deriverebbero da una applicazione immediata e senza eccezioni della Direttiva 123 alla materia delle concessioni balneari.

Nell'attesa - forse nell'illusione - che sia il legislatore a sciogliere i numerosi, intricati nodi derivanti dalla statuizione 'finale' del Consiglio di Stato, è intervenuto, provvidenziale, il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia - Lecce, Sezione Prima, lo stesso tribunale la cui sentenza - favorevole ai 'balneari' - era stata riformata dal Consiglio di Stato.

Nell'impossibilità di disattendere la sentenza del giudice superiore e 'finale', in una causa analoga proposta dall'AGCOM contro il Comune di Ginosa e nei confronti di una nuova schiera di 'Balneari', il TAR leccese ha infine imboccato la via maestra del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea per ottenerne la pronuncia in merito a nove quesiti che - in termini problematici - riassumono gli argomenti trattati dal Consiglio di Stato e da questo risolti nel senso dell'immediata, applicabilità della Direttiva 2006/123 alle concessioni balneari in essere. (2)

Detto incidentalmente (ma non troppo), non si sfugge al sospetto che - di fronte a questioni riguardanti l'interpretazione

* In margine alla sentenza 9/11/2021, n. 18 del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Adunanza Plenaria.

del diritto comunitario, certamente non chiare nè consolidate o caratterizzate da uniformità interpretativa da parte delle varie corti nazionali, quali indubbiamente quelle in gioco nelle controversie in esame – sarebbe stato obbligo del Consiglio di Stato quale giudice di ultima istanza, quello di proporre alla Corte di Giustizia gli stessi quesiti. (3)

Ma proviamo, in estrema sintesi, a vedere quali sono i punti in diritto che hanno determinato il Consiglio di Stato a ritenere la immediata applicabilità della Direttiva 2006/123 alle concessioni in essere, ancorchè ‘prorogate’, e indotto – al contrario – il TAR leccese a richiedere in via pregiudiziale l’interpretazione della Corte di Giustizia dell’Unione Europea. Nel farlo, e per semplificare al massimo la più che complessa situazione interpretativa, ci proponiamo di partire dai quesiti formulati dal TAR leccese, mettendo a confronto – per ciascuno di essi – gli argomenti svolti rispettivamente dal Consiglio di Stato e dal TAR.

3. Sulla natura della direttiva Bolkestein: tra liberalizzazione e armonizzazione.

Primo quesito. *Se la direttiva 2006/123 risulti valida e vincolante per gli Stati membri o se invece risulti invalida in quanto – trattandosi di direttiva di armonizzazione – adottata solo a maggioranza invece che all’unanimità, in violazione dell’art. 115 TFUE.*

A questo proposito il Consiglio di Stato ha, più che affrontato, ‘aggirato’ lo scoglio, sostenendo che la Direttiva non dev’essere considerata ‘di armonizzazione’ ma di ‘liberalizzazione’ in quanto

“...tesa ad eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento e di servizio, garantendo l’implementazione del mercato interno e del principio concorrenziale ad esso sotteso”.

La sua funzione, in sostanza, non sarebbe stata quella di ‘armonizzare’ le discipline nazionali che pongono ostacoli alla libera circolazione, ma di

“...eliminare tali ostacoli, attraverso lo smantellamento (sic) (...) delle leggi nazionali che ad essa forniscono una copertura normativa.”

Solo al termine di tale operazione negativa e ‘*destruens*’, mirata a fornire un inquadramento giuridico generale della materia, si dovrebbe porre mano – così il Consiglio di Stato – alla fase positiva e ‘*construens*’ dell’armonizzazione.

Secondo l’interpretazione data alla Direttiva dal Consiglio di Stato, dunque, la fase dell’armonizzazione – con la conseguente necessità di una pronuncia unanime in seno al Consiglio (4) – sarebbe successiva alla fase di ‘liberalizzazione’, che tale unanimità non richiederebbe.

La tesi appare curiosamente incongrua (perché porre la regola dell’unanimità a una fase puramente esecutiva di coordinamento delle normative sopravvissute allo smantellamento di ogni aspetto anti-concorrenziale delle normative nazionali, e non richiederla nella ben più decisiva fase ‘*destruens*’ di liberalizzazione?) ma, soprattutto, in contrasto più che palese con l’altro tesi ‘forte’ sostenuta dal Consiglio di Stato: quella della natura *self-executing* della Direttiva. Come può infatti ritenersi di immediata applicazione una Direttiva che – necessariamente – richiede un’ulteriore normativa ‘di armonizzazione’ destinata a implementare il quadro giuridico generale?

A tale riguardo, osserva il TAR pugliese che la qualificazione della Direttiva come ‘di liberalizzazione’ e non di ‘armonizzazione’ – se non si vuole giocare con le parole – è addirittura in contrasto con l’interpretazione autentica desumibile dalla sentenza *Promoimpresa*, che al livello del diritto comunitario

costituisce l’autentico caposaldo giurisprudenziale in materia. Vi si legge infatti, al paragrafo 61:

“(deve ritenersi che) *gli articoli da 9 a 13 si questa stessa direttiva provvedano ad una armonizzazione esaustiva concernente i servizi che rientrano nel loro campo di azione*”.

In buona sostanza (e col conforto ulteriore della sentenza CGUE Grande Sezione del 30 gennaio 2018 nella cause C-360/15 e C-31/16, par.106) la distinzione tra direttiva ‘di liberalizzazione’ e di ‘armonizzazione’ si rivela come un espediente per aggirare le conseguenze sia della mancata unanimità nell’approvarla, sia, come si vedrà subito, della impossibilità di considerare la Direttiva come *self-executing*.

4. Sulla auto-esecutività della direttiva Bolkestein.

Secondo quesito. *Se la Direttiva 2006/123, c.d. Bolkestein presenti o meno oggettivamente ed astrattamente i requisiti minimi di sufficiente dettaglio della normativa e di conseguente assenza di spazi discrezionali per il legislatore nazionale tali da potersi ritenere la stessa auto-esecutiva e immediatamente applicabile.*

Come è noto, la direttiva si differenzia dal regolamento per essere questo ‘direttamente applicabile’ agli e negli Stati membri, mentre la prima dev’essere – come si dice – ‘recepita’ con apposito procedimento legislativo nazionale, e si dirige agli Stati membri.

Altrettanto noto è che – in determinate circostanze, secondo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia – la direttiva può essere riconosciuta come *self-executing*, o auto-esecutiva.

I presupposti per questa particolare forma di esecutività sono due: 1) contenere la direttiva disposizioni specifiche e dettagliate tali da non lasciar residuare alcuna discrezionalità allo Stato membro, risultando tecnicamente idonea a regolare, direttamente e in modo automatico i rapporti tra P.A. e privato: si parla in questo caso di ‘direttiva dettagliata’; 2) essere inutilmente decorso il termine di moratoria concesso allo Stato membro per attuare la direttiva in vista del raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Va precisato che – in ogni caso – gli effetti della Direttiva possono essere solo ‘verticali’, cioè essere fatti valere dai singoli (in capo ai quali sono sorti dei veri e propri diritti soggettivi) nei confronti degli organi statali inadempienti, e non ‘orizzontali’, vale a dire nei rapporti tra soggetti.

Si potrebbe osservare – a questo proposito – che nel caso delle concessioni demaniali marittime, l’eventuale esecutività ‘diretta’, consentirebbe a un soggetto, legittimato a partecipare a una gara, di agire in giudizio nei confronti dello Stato che si sia reso inadempiente agli obblighi posti dalla direttiva. In sostanza, l’inadempienza in cui consiste il carattere *self-executing*, è specificamente quella dello Stato rispetto alla direttiva. Non vale – evidentemente – il contrario, non potendo lo Stato, per parte sua del tutto inadempiente, pretendere dal privato di rendersi, egli, adempiente alla direttiva.

Rispetto a questa complessa situazione, il Consiglio di Stato si è limitato ad affermare che la Direttiva ‘ha un livello sufficiente a determinare la non applicazione della disciplina nazionale che prevede la proroga ex lege sino al 2033’, giudicando il livello di dettaglio ‘sufficiente’ rispetto all’obiettivo stabilito dall’articolo 12 della direttiva stessa. Il Consiglio si è tuttavia affrettato a contraddirsi, ‘auspicando’ l’ulteriore intervento del legislatore statale, e – prima ancora – quello del legislatore comunitario per l’indispensabile fase di ‘armonizzazione’ (quella stessa che abbiamo definito ‘*construens*’). Il Consiglio di Stato ha affermato quindi il carattere *self-executing* della direttiva senza un particolare approfondimento, ma per essere stato tale carattere ‘...espressamente ricono-

sciuto dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Promoimpresa*, oltre che da una copiosa giurisprudenza nazionale che ad essa ha fatto seguito’.

Ribattono tuttavia i giudici leccesi che, nella giurisprudenza nazionale, il tema dell’auto-esecutività della Direttiva 2006/123 non è mai stato affrontato specificamente, ma dato per scontato, anche se risolto, senza particolari elaborazioni, in senso positivo oppure negativo.

Quanto alla richiamata sentenza *Promoimpresa*, basti ribadire – come già visto – che quella sentenza ricollega la completezza ed esaustività della Direttiva alla circostanza che – in palese contrasto con la tesi di cui al punto 19 di cui sopra – si tratta di una normativa di ‘armonizzazione’.

Una delle due, insomma: o la normativa di cui alla Direttiva è completa ed esaustiva, quindi ‘di armonizzazione’, e come tale doveva essere sottoposta al principio dell’unanimità, oppure non è né completa né esaustiva, richiedendo un ulteriore intervento ‘armonizzativo’ del legislatore comunitario e di quello nazionale, e quindi non può essere considerata *self-executing*.

L’art.12 della direttiva, infatti, nel suo contenuto dispositivo (5), ribadisce e afferma la necessità di una normativa nazionale di attuazione della direttiva stessa,

“...in quanto evidentemente quest’ultima non è immediatamente e direttamente applicabile” (così il TAR di Lecce).

5. Sull’interesse transfrontaliero certo.

I successivi punti 3),4) e 5) del rinvio pregiudiziale sono corollari della questione principale e preliminare trattata sub 2), mentre il punto 6) merita particolare attenzione, con riferimento alla rilevanza del requisito dell’*interesse transfrontaliero certo* – ai fini della invalidità della proroga automatica delle concessioni /autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo .

Punto 6. *Qualora invece ritenuta la Direttiva 2006/123 self-executing, premesso che l’art.49 TFUE risulta ostativo alla proroga automatica delle concessioni/autorizzazioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo solo ‘nei limiti in cui tali concessioni presentano un interesse transfrontaliero certo’, se la sussistenza di tale requisito costituisca o meno un presupposto necessario anche con riferimento all’applicazione dell’art.12, paragrafi 1 e 2 della direttiva Bolkestein.*

Il requisito dell’*interesse transfrontaliero certo* è stato individuato dalla sentenza *Promoimpresa*, come ostativo a una normativa nazionale che consenta una proroga automatica delle concessioni demaniali pubbliche già in essere per attività turistico-ricreative.

Ciò significa che una normativa di proroga – quale quella di cui si discute – è impedita e resa inapplicabile solo in presenza di un *interesse transfrontaliero certo* a che la concessione venga assegnata attraverso una gara europea.

L’altro requisito che rende incompatibile la normativa nazionale di proroga con l’articolo 12 della Direttiva Bolkestein, è rappresentato dalla *scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili*. (6)

Due, dunque, sono i requisiti idonei a paralizzare e rendere inapplicabile la normativa di proroga delle concessioni in esame, assegnate in assenza di una gara europea: quello dell’*interesse transfrontaliero certo*, e quello della *scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili* per l’attività oggetto di concessione demaniale.

In ordine all’*interesse transfrontaliero certo*, va sottolineato che, secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non basta, a configurare il requisito, un *interesse transfrontaliero*

‘qualsiasi, o generico’. Non basta, quindi, che un qualunque soggetto comunitario alleghi un proprio interesse alla concessione. Il requisito della ‘certezza’ deve risultare in termini oggettivi e generali, come – per esempio – quelli dati dalla consistenza economica dell’appalto, o dalla speciale natura dei luoghi. E’ chiaro che esiste un *interesse trans-frontaliero certo* nel caso di una concessione turistico-balneare che riguardi aree analoghe confinanti, di un altro Stato membro, oppure nel caso di località di prestigio e notorietà internazionale particolari: si pensi alla concessione delle spiagge di Capri, Santa Margherita, Taormina. Ben diverso è il caso – quello del nostro signore genovese – in cui la concessione riguarda un fazzoletto di terra incolta e un rudere, isolati e privi di accesso al mare, per quanto ubicati in una località di rilevante interesse turistico, come Favignana. La sussistenza dell’*interesse transfrontaliero ‘certo’*, richiede di essere provata positivamente e oggettivamente, caso per caso : non di venire supposta a priori, indipendentemente dalle caratteristiche del caso specifico. In caso contrario, lo stesso criterio perderebbe ogni significato e valore giuridico, essendo sufficiente a concretizzarlo il semplice allegarne la presenza.

In questo senso sembra non si possa condividere l’opinione espressa dal Consiglio di Stato, secondo cui – ai fini della valutazione del requisito – i beni demaniali dovrebbero essere ‘valutati unitariamente e complessivamente’, senza potersi ammettere un ‘artificioso frazionamento’ del patrimonio costiero nazionale. Seguendo questo criterio, si potrebbe assistere a un ‘unitario e complessivo’ impossessamento del nostro imponente patrimonio costiero da parte, in ipotesi, di potenti fondi statunitensi opportunamente ‘vestiti’ in forme europee e comunitarie.

A questo riguardo è stato giustamente osservato che il Consiglio di Stato si è sentito investito della funzione suppletiva di intervenire in un settore nel quale – nella perversa combinazione di norme primarie, o della loro latitanza, e decisioni delle singole amministrazioni locali – si è radicata una gestione parassitaria e inefficiente di una rilevante risorsa pubblica.

Curiosamente, questa gestione viene considerata dal Consiglio di Stato non per la sua natura parassitaria e sostanzialmente di scarsissimo profitto per lo Stato, ma per il pregiudizio alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi.

6. Sulla ‘scarsità delle risorse naturali’.

Considerazioni non diverse devono essere avanzate a proposito dell’altro requisito necessario per ‘paralizzare’ eventuali provvedimenti di proroga del legislatore nazionale, ostativi alla libera esplicazione della concorrenza comunitaria: il requisito della ‘scarsità delle risorse naturali’, di cui all’art.12,1 della Direttiva.

Anche in questo caso, forse con pregnanza ancora maggiore, il supremo organo della giustizia amministrativa sembra preoccuparsi più della tutela degli interessi comunitari (e quindi della diretta applicazione della Direttiva) che della vera, grave anomalia di un sistema parassitario che perversamente depauperava lo Stato attraverso l’occupazione e la recinzione di grandissima parte delle coste ‘balneabili’ italiane.

Il Consiglio misura infatti la scarsità della risorsa naturale ‘lido’, o ‘spiaggia’ sulla “concreta disponibilità di aree ulteriori rispetto a quelle attualmente già oggetto di concessione”: sulle davvero esigue aree – più che scarse, residuali – attualmente non assentite, ancora libere e aperte alla balneazione. Nell’inseguire su questa base il criterio della scarsità, il Con-

siglio giustamente osserva che in Italia il 50% delle coste sabbiose è occupato da stabilimenti balneari, con punte che in alcune regioni (Liguria, Emilia Romagna, Campania) arrivano quasi al 70%. Tale devastante fenomeno, ha lasciato 'liberi' solo modesti tratti di litorale, i meno attrattivi per il turismo, abbandonati all'erosione, all'inquinamento e al degrado.

Sarebbe solo questa, dunque, la 'risorsa naturale scarsa'?

Va affermato, a questo proposito, che la 'scarsità' della risorsa naturale in esame non deve essere valutata sulla base della permanenza del sistema – parassitario e non efficiente – che il legislatore nazionale dovrà pur decidersi a eliminare, non solo e non tanto in obbedienza a una Direttiva comunitaria.

7. Sui 'rimedi' proposti dalla sentenza del Consiglio di Stato, per ovviare alla situazione di obiettiva incertezza derivante dalla diretta applicazione della direttiva.

Il Consiglio si è sentito chiamato a far fronte all'inerzia del legislatore sotto questo profilo, e ha dovuto riconoscere che l'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto determinerebbe nel settore – a dir poco – 'una situazione di incertezza', non solo normativa ma anche socio-economica. Il Consiglio ha dovuto riconoscere che la propria interpretazione è destinata a cadere come una mannaia su un 'elevato numero di rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base di una diversa interpretazione normativa, sempre che risulti che i destinatari del precetto erano stati indotti a un comportamento non conforme alla normativa (europea, n.d.a.) in ragione di una obiettiva incertezza circa la portata delle disposizioni'.

Pur negando aprioristicamente la possibilità per gli interessati di invocare il principio dell'affidamento, il Consiglio di Stato si è spinto allora in direzioni che lo hanno pericolosamente assimilato a un legislatore.

Da un lato, in uno slancio creazionista, fissando al 31 dicembre 2023 una nuova proroga del vecchio regime concessorio. Dall'altro, rassicurando i vecchi concessionari – cui ha negato, contraddicendosi, il principio dell'affidamento – nel senso che la disapplicazione della legge di proroga non poteva 'in alcun modo avere conseguenze in punto di responsabilità penale, per la semplice ragione che il diritto dell'Unione non può mai produrre effetti penali diretti *in malam partem*'.

Finalmente, non potendo sottrarsi alla questione del ragionevole indennizzo dovuto ai concessionari, derivante dalla situazione di 'sicura incertezza (...) alimentata dall'improvvisa cessazione di tutti i rapporti concessori in atto', il Consiglio si è spinto cautamente a immaginare che forme di indennizzo potrebbero essere introdotte in sede di gara europea.

Non – certamente – attraverso forme di 'preferenza automatica' per i gestori uscenti, ma richiedendo speciali capacità tecnico-professionali, finanziarie ed economiche.

"Nell'ambito della valutazione (di queste 'speciali capacità') potranno tuttavia essere individuati criteri che nel rispetto della *par condicio* consentano anche di valorizzare l'esperienza professionale e il *know how* acquisito da chi ha già svolto at-

tività di gestione di beni analoghi (e quindi anche del concessionario uscente, ma a parità di condizioni con gli altri), anche tenendo conto della capacità di interazione del progetto con il complessivo sistema turistico-ricettivo del territorio locale; anche tale valorizzazione, peraltro, non potrà tradursi in una sorta di sostanziale preclusione all'accesso al settore di nuovi operatori."

E così via, nel rispetto della famosa frase di Tancredi nel 'Gattopardo' di Tomasi di Lampedusa.

Al nostro signore genovese, non resta a questo punto, che mettere in *stand by* il proprio sogno siciliano, nell'attesa che la Corte di giustizia Europea faccia finalmente 'giustizia' di una situazione alla quale il nostro legislatore sembra tutt'altro che deciso a mettere mano in termini davvero 'finali'. (7)

Note.

(1) Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), sent. N.17 9/11/2021, (ma vedi anche la sentenza 'gemella' n.18, della stessa data in appello dal TAR Sicilia-Catania)

(2) T.A.R. Puglia, Lecce, sezione prima, ordinanza dell'11/5/2022

(3) Cfr art.267,n.3 TFUE e giurisprudenza relativa (caso CiLif)

(4) Art.115 TFUE.: "Fatto salvo l'art 114, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno". E' da precisare che per 'misure di ravvicinamento delle legislazioni', ai sensi dell'art.114, devono intendersi le misure di armonizzazione.

(5) Cfr, art.12.3 della Direttiva: "Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti e autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto comunitario".

(6) Art.12,1 della Direttiva: "Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli Stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e di trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento"

(7) Si veda da ultimo il DDL concorrenza (maggio 2022) che, quanto alle concessioni balneari, rinunciando per il momento a individuare i criteri di indennizzo per i vecchi concessionari, ha posto le basi per un prevedibile ulteriore rinvio della completa liberalizzazione del settore specifico.

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 gennaio 2022, n. 71 - Pres. Varalli - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - altro - invito a comparire - mancata partecipazione del contribuente - mancata produzione di documenti - giudizio - preclusione - esclusione - avvertimento conseguenze - necessità.

Qualora l'omessa esibizione da parte del contribuente dei documenti in sede amministrativa determina l'inutilizzabilità della successiva produzione in sede contenziosa, prevista dall'art. 32 del d.P.R. n. 600 del 1973, solo in presenza dello specifico presupposto la cui prova incombe sull'Amministrazione, costituito dall'invito specifico e puntuale all'esibizione, accompagnato dall'avvertimento circa le conseguenze della sua mancata ottemperanza. In sede di giudizio non è quindi sufficiente la produzione, da parte dell'Ufficio, di un mero "invito a comparire", se in tale "invito" non sia possibile riscontrare la puntuale richiesta di esibizione di documenti.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 27 gennaio 2022, n. 86 - Pres. Varalli - Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - contenuto - sottoscrizione - delega - contenuto.

E' invalido l'accertamento sottoscritto da un funzionario delegato la cui delega risulti sottoscritta "in bianco, senza che sia individuato in modo chiaro il soggetto responsabile della firma e priva del termine di scadenza.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 27 gennaio 2022, n. 89 - Pres. Venturini - Rel. Oddone.

ACCERTAMENTO - IRPEF - redditi di lavoro dipendente - istituti di patronato ed assistenza - collaboratori - prestazione in forma gratuita - rimborso spese - condizioni.

Ai sensi dell'art. 6, comma 2, l. 152/2001, i collaboratori degli istituti di patronato e di assistenza sociale hanno diritto al rimborso delle spese autorizzate, effettivamente sostenute e documentate, se la loro collaborazione è prestata in modo volontario e gratuito. A tal fine, poiché la "ratio" della normativa è quella di evitare che i rimborsi spese mascherino l'erogazione di compensi e cioè che il rapporto associativo mascheri un rapporto di lavoro, qualora il volontario sia assunto e retribuito con un compenso che superi il mero rimborso spese, o con un rimborso forfettario che non sia specificamente collegato con spese singolarmente individuate ed effettivamente sostenute, la prestazione non è soggetta alla disciplina sul volontariato, ma alla disciplina giuslavoristica del rapporto di lavoro.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 28 gennaio 2022, n. 95 - Pres. Varalli - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - accertamento catastale - autostrada - prefabbricato - ricovero di apparecchiature per la telecomunicazione - categoria E/3 - applicabilità.

Il prefabbricato nel quale sono stati allocate apparecchiature tecniche per la telecomunicazione necessarie per il corretto funzionamento di un'autostrada deve essere classificato in categoria E/3 (e non D/1 come preteso dall'Ufficio) trattandosi di immobile privo sia di autonomia funzionale, in quanto strettamente correlato alla presenza di un bene di pubblica utilità, sia di autonomia reddituale.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 28 gennaio 2022, n. 96 - Pres. e Rel. Bolognesi.

ACCERTAMENTO - ritenute alla fonte - Fondo integrativo INPS - soppressione - 1° ottobre 1999 - trattamento agevolato - D.lgs. n. 252/2005 - montanti maturati entro il 30 settembre 1999 - applicabilità - esclusione.

Il trattamento fiscale agevolato previsto dal D.lgs. n. 252/2005 per le prestazioni pensionistiche complementari non è applicabile alla prestazione erogata in forma di rendita periodica dal Fondo integrativo istituito dall'INPS per i propri dipendenti, in relazione a montanti maturati entro il 30 settembre 1999, essendo tale Fondo stato soppresso con decorrenza dal 1° ottobre 1999. Conseguentemente, deve essere rigettata la domanda di rimborso delle maggiori ritenute subite dal dipendente sulle prestazioni pensionistiche percepite a partire dal momento del suo pensionamento avvenuto nel 2008.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 febbraio 2022, n. 126 - Pres. e Rel. Bolognesi.

ACCERTAMENTO - avviso bonario - notificazione - pec - destinatario - RAC - momento in cui si la notifica si perfeziona - conoscenza effettiva dell'atto - irrilevanza - rateizzazione - prima rata - pagamento - oltre il 37° giorno - decadenza dal beneficio.

La notificazione a mezzo pec si ha per eseguita, per il destinatario, al momento della conferma dell'avvenuta consegna generata dal suo gestore di posta elettronica certificata, a nulla rilevando l'effettiva conoscenza della pec, da parte del destinatario medesimo, che si avveda per la prima volta del messaggio certificato in data successiva al suo ricevimento. Conseguentemente, deve ritenersi decaduto dal beneficio della rateizzazione del debito il contribuente che, avendo aperto la pec con cui gli era stato notificato l'atto 8 giorni dopo il suo ricevimento, abbia provveduto al pagamento della prima rata in data successiva al 37° giorno dal ricevimento dell'avviso bonario oggetto di rateizzazione (in quanto per ritenersi valida la rateizzazione il pagamento avrebbe dovuto esser effettuato entro il 30° giorno dal ricevimento dell'atto più 7 giorni "di tolleranza" ex art. 15-ter, c. 3, d.p.r. n. 602/73).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 febbraio 2022, n. 128 - Pres. e Rel. Bolognesi.

ACCERTAMENTO - destinatario - società - notificazione - a mani dell'amministratore di fatto - validità - sussiste.

E' valida la notificazione di un avviso di accertamento diretto ad una Società effettuata a mani del suo presunto "amministratore di fatto", potendo costui avere la rappresentanza di soggetti diversi dalle persone fisiche.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 febbraio 2022, n. 130 - Pres. Varalli - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - rendita catastale - norma sugli "imbullonati" - applicazione - retroattività - esclusione.

La legge di stabilità 2016 (L. 28 dicembre 2015, n. 208), che ha introdotto sostanziali cambiamenti al quadro normativo riguardante la determinazione della rendita catastale delle unità immobiliari urbane a destinazione speciale e particolare, censite in catasto nelle categorie dei gruppi D e E (c.d. norma "imbullonati"), non ha carattere retroattivo. Conseguentemente, essa è del tutto irrilevante al fine di escludere dal calcolo della rendita catastale, per il periodo anteriore alla sua entrata in vigore, le tubazioni asservite ad una centrale di sollevamento di acqua potabile.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 4 febbraio 2022, n. 131 - Pres. Bolognesi - Rel. Piombo.

ACCERTAMENTO - IRES - associazione sportiva dilettantistica - ente non commerciale - art. 148 TUIR - agevolazione - condizioni di applicazione - fattispecie.

In relazione ad una associazione sportiva dilettantistica, la mancata istituzione del libro soci (dal quale risulti l'avvenuta accettazione di nuovi soci con delibera da parte del Consiglio direttivo così come previsto dallo statuto dell'ente), la mancata istituzione del libro verbale delle assemblee (non essendo sufficiente la mera trascrizione di tali verbali su fogli bianchi privi di numerazione progressiva), la mancata redazione di un rendiconto annuale, oltre alla mancata numerazione delle fatture di acquisto, sono tutti elementi che consentono di disconoscere la non commercialità dell'ente rendendo quindi inapplicabile l'agevolazione prevista dall'art. 148 TUIR.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 febbraio 2022, n. 134 - Pres. Venturini e Rel. Chiti.

ACCERTAMENTO - società estinta - cancellazione dal registro delle imprese - ex soci - responsabilità - art. 2495 c.c. - applicabilità - condizione - art. 28 d.lgs. n. 175/2014 - applicazione retroattiva - esclusione.

L'art. 2495 c.c. sulla responsabilità dei soci di una società estinta può operare soltanto in relazione alle somme da questi riscosse in base al bilancio fiscale di liquidazione, purché la sussistenza di tale ammontare sia, comunque, provata dall'Amministrazione Finanziaria. Conseguentemente, in assenza di tale prova è invalido l'accertamento notificato agli ex soci della società estinta nel 2013, non potendo comunque trovare applicazione la disciplina di cui all'art. 28 d.lgs. n. 175/2014, in quanto disciplina non avente valore retroattivo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 febbraio 2022, n. 159 - Pres. Picozzi - Rel. Simonazzi.

ACCERTAMENTO - notificazioni - art. 157, d.l. n. 34/2020 - "casi di indifferibilità ed urgenza" - fattispecie art. 5-ter, d.lgs. n. 218/97 - "invito obbligatorio" - esclusione.

La sussistenza di numerosi elementi di inattendibilità della documentazione contabile del contribuente che hanno determinato rilievi di ingente ammontare ed anche alla sua denuncia penale, il suo comportamento poco collaborativo in sede di verifica nonché la sua capacità professionale (commercialista) sono elementi che configurano quei "casi di indifferibilità ed urgenza", in presenza dei quali (ex art. 157, d.l. n. 34/2020) l'Ufficio poteva notificare prima del 1° marzo 2021 gli accertamenti scadenti tra l'8 marzo 2020 ed il 31 dicembre 2020, e che consentono all'Ufficio di procedere all'accertamento anche senza la previa notifica dell'invito obbligatorio di cui all'art. 5-ter, d.lgs. n. 218/1997.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2022, n. 216 - Pres. e Rel. Simonazzi.

ACCERTAMENTO - IRES - accantonamenti - TFM - deducibilità - atto scritto avente data certa - condizione - periodo di imposta - competenza - limite - criteri previsti per il TFR applicabilità.

Il TFM è deducibile per competenza purché risulti la sua previsione da un atto scritto avente data certa anteriore all'inizio del rapporto nel quale sia specificato l'importo e che sia stato deliberato dall'assemblea sociale prima dell'accettazione della carica da parte dell'amministratore. Per la determinazione dell'ammontare deducibile può farsi ricorso ai criteri di deducibilità previsti per l'accantonamento del TFR.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 5 maggio 2022, n. 62 - Pres. Bocchiardo - Rel. Boeri.

ACCERTAMENTO - IRPEF - redditi diversi - terreno suscettibile di utilizzazione edificatoria - indice di edificabilità - assenza - parcheggi a raso - realizzazione - capacità contributiva - sussistenza.

Ai fini dell'insorgenza di una plusvalenza imponibile a norma dell'articolo 67, c. 1, l. b), TUIR, l'espressione "terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria", contenuta nella medesima disposizione, non può tradursi nella più restrittiva accezione di "terreni suscettibili di utilizzazione edificatoria residenziale", in quanto anche l'inclusione di un'area in una zona destinata dal piano regolatore generale a servizi pubblici o di interesse pubblico (quali parcheggi, strade, verde pubblico attrezzato) incide nella determinazione del valore venale dell'immobile. Conseguentemente, se in un'area che è priva di indice di edificabilità (non essendo consentiti interventi di nuova costruzione), è comunque consentita la realizzazione di parcheggi "a raso" non interrati (oltre all'ampliamento volumetrico non superiore al 20% degli edifici esistenti), tale seppur residua potenzialità edificatoria (realizzazione di parcheggi a raso) è un indicatore di capacità contributiva ai sensi dell'art. 53 Cost.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova 6 maggio 2022, n. 352 - Pres. Fugacci - Rel. Parentini.

ACCERTAMENTO - IRES - accantonamento - TFM - atto scritto - data certa - anteriore al rapporto - necessità - misura dell'accantonamento - criterio previsto per il TFR - applicabilità - esclusione.

In tema di redditi di impresa, in base al combinato disposto dal D.P.R. n. 917 del 1986, art. 17, comma 1, lett. c), e art. 105, possono essere dedotte in ciascun esercizio, secondo il principio di competenza, le quote accantonate per il trattamento di fine mandato, previsto in

favore degli amministratori delle società, purchè la previsione di detto trattamento risulti da un atto scritto avente data certa anteriore all'inizio del rapporto, che ne specifichi anche l'importo. A tal fine, in assenza di una specifica disposizione di legge, all'accantonamento del TFM per gli amministratori non possono essere applicate le regole previste con riguardo al TFR dei lavoratori dipendenti.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 7 giugno 2022, n. 445 - Pres. Pellegrini - Rel. Morbelli.

ACCERTAMENTO induttivo IRES IRAP IVA - cooperativa di pescatori - acquisto extracontabile gasolio - ammontare ricavi realizzati dal "pescato" - correlazione presuntiva - infondatezza - fattispecie.

Il Collegio ritiene che un rapporto tra aumento della quantità di gasolio consumato e aumento del pescato sia sussistente ma non nei termini automatici individuati dall'Ufficio. In sostanza non è possibile predicare che a un aumento marginale del gasolio corrisponda un proporzionale aumento marginale del pescato.

Appare attendibile, invece, che tale rapporto possa essere esprimibile prudenzialmente nella misura di un terzo. In altri termini un aumento del consumo di gasolio può ragionevolmente lasciare intendere un aumento del pescato nei termini di un terzo del rapporto unitario derivante dal rapporto complessivo tra pescato e gasolio. Per cui se il rapporto complessivo pescato/gasolio raggiunge un valore per ogni unità aggiuntiva di gasolio deve aggungersi un terzo della corrispondente quantità di pescato.

Ne consegue che la ripresa per IVA e IRAP nella misura rideterminata in sede di autotutela deve essere ulteriormente ridotta di due terzi.

Commissione Tributaria Provinciale di Imperia, 20 giugno 2022, n. 83 - Pres. Bracco - Rel. Burlo.

ACCERTAMENTO - altro - realizzazione box - detrazione - art. 16-bis, c. 1, lett. d), TUIR - condizione - nuova costruzione - necessità - esclusione - fattispecie.

Possono beneficiare della detrazione prevista dall'art. 16-bis, c. 1, lett. d), TUIR, quegli interventi che hanno ad oggetto la realizzazione, non solo di box di nuova costruzione, ma anche di box ricavati da un intervento di demolizione completa di un fabbricato, con successiva ricostruzione dello stesso e con mantenimento della sagoma originaria.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 27 gennaio 2022, n. 88 - Pres. Venturini - Rel. Oddone.

ACCISE, DAZI E DIRITTI DOGANALI - accertamento - motivazione - requisiti.

In tema di dazi doganali, l'atto impositivo persegue il fine di porre il contribuente in condizione di conoscere la pretesa impositiva in misura tale, tra l'altro, da consentirgli sia di valutare l'opportunità di esperire l'impugnazione giudiziale, sia di contestare efficacemente l'an ed il quantum debeatur. Detti elementi conoscitivi devono essere forniti all'interessato non solo tempestivamente (e cioè inserendoli ab origine nel provvedimento impositivo), ma anche con quel grado di determinatezza ed intellegibilità che permetta al medesimo un esercizio non difficoltoso del diritto di difesa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2022, n. 215 - Pres. Fugacci - Rel. Simonazzi.

ACCISE, DAZI E DIRITTI DOGANALI - altro - slot machine - esercente - giocate raccolte - compensi - ricavi - obbligo di dichiarazione - sussistenza - IVA - operazioni esenti.

ACCERTAMENTO - sottoscrizione - delega - fattispecie.

I compensi che gli "esercenti" (quali proprietari dei locali nei quali sono installate slot machines) percepiscono dal concessionario a fronte delle giocate raccolte dai "gestori" (proprietari delle slots), costituiscono per i medesimi esercenti ricavi da reddito di impresa che devono essere dichiarati e, ai fini Iva, operazioni esenti.

Deve ritenersi valido l'accertamento sottoscritto dal funzionario appartenente alla carriera direttiva, terza area funzionale, che sia stata rilasciata dal capo ufficio (quindi da soggetto dotato di qualifica dirigenziale), sussistendo disposizioni di servizio con le quali sono state attribuite le deleghe di firma.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 5 aprile 2022, n. 384 - Pres. e Rel. Del Monaco.

ACCISE, DAZI E DIRITTI DOGANALI - disciplina sanzionatoria - art. 220 CDC - presupposti - buona fede dell'importatore - errore dell'Autorità doganale - false dichiarazioni - esimente - esclusione - fattispecie.

La causa di esclusione da responsabilità prevista all'art. 220 del CDC opera se congiuntamente sussiste la buona fede dell'importatore (il quale deve dimostrare di aver agito, per la durata delle operazioni commerciali, con una diligenza "qualificata" per assicurarsi il rispetto delle condizioni per il trattamento "preferenziale") ed un "errore" ascrivibile ad un comportamento delle Autorità doganali. Non è configurabile un "errore" da parte dell'Autorità doganale (nella specie, delle Filippine), dovendosi quindi escludere l'applicabilità di tale "esimente", in un caso in cui l'esportatore abbia rilasciato false dichiarazioni circa la produzione della merce in detto Paese, essendo risultato che la merce era stata sbarcata, il giorno prima dell'esportazione, da altro Paese (nella specie, la Cina) senza che vi fosse stato il tempo necessario per poter eseguire su di essa una trasformazione o lavorazione sostanziale tale da poterle far attribuire l'origine preferenziale proprio da quel Paese di esportazione.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 17 maggio 2022, n. 386 - Pres. Pellegrini - Rel. Penna.

ACCISE, DAZI E DIRITTI DOGANALI - DOGANE - Origine e classificazione delle merci - criterio - attribuzione - voce doganale - merce - caratteristiche - proprietà oggettive - interpretazione - note di sezione - ferroleghie - fattispecie.

Il criterio determinante per la classificazione doganale delle merci va reperito, in linea di massima, nelle loro caratteristiche e proprietà oggettive, quali definite nel testo della voce della NC e delle note di sezione o di capitolo, le quali forniscono un rilevante contributo all'interpretazione della portata delle varie voci doganali. A tale riguardo, in relazione alle "ferroleghie", la nota 1, lett. c) del capitolo 72 del SA, ne dà definizione incentrata non solo sul dato "qualitativo" ma anche "quantitativo" e "funzionale" di modo che la merce non contiene in peso un 4% o più di ferro non può essere classificata in tale voce doganale.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 7 giugno 2022, n. 443 - Pres. Pellegrini - Rel. Morbelli.

ESTRATTO di ruolo - art. 12 comma 4 bis d.p.r. 1973, n. 602 - art. 3 bis d.l. 21 ottobre 2021 n. 146 - sua impugnabilità - limiti.

Osserva la Commissione che, in sede di conversione del Decreto Legge n. 146/2021, del 21 ottobre 2021 (convertito con modificazioni in Legge 17 dicembre 2021, n. 215, pubblicata in G.U. 20 dicembre 2021), è stato inserito in allegato l'art. 3-bis, rubricato "Non impugnabilità dell'estratto di ruolo e limiti all'impugnabilità del ruolo", che recita: "all'art. 12 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 29 settembre 1973 n. 602 dopo il comma 4 è aggiunto il seguente: 4-bis. L'estratto di ruolo non è impugnabile: il ruolo e la cartella di pagamento che si assume invalidamente notificata è suscettibile di diretta impugnazione nei soli casi in cui il debitore che agisce in giudizio dimostri che dall'iscrizione a ruolo posa derivargli un pregiudizio per la partecipazione ad una procedura di appalto, per effetto di quanto disposto dall'art. 80 comma 4 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, oppure per la riscossione di somme ad esso dovute dai soggetti pubblici di cui all'art. 1 comma 1 lettera a del regolamento di cui al decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze 18 gennaio 2008 n. 40, per effetto delle verifiche di cui all'art. 48 bis del presente decreto o infine per la perdita di un beneficio nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 gennaio 2022, n. 69 - Pres. Venturini - Rel. Goso.

FINANZA LOCALE - IMU - immobili strumentali - regolamento comunale - agevolazione - dichiarazione - presentazione - onere - sussistenza.

Qualora il contribuente intenda avvalersi di un'agevolazione IMU prevista dal locale regolamento comunale (per il possesso di immobili strumentali all'esercizio di attività di impresa), in assenza di alcuna specifica previsione da parte del medesimo regolamento circa le modalità per la fruizione di tale agevolazione, il contribuente è comunque tenuto a presentare la dichiarazione se intende beneficiarne.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 gennaio 2022, n. 77 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

FINANZA LOCALE - IMU - aree edificabili - terreno - zona urbanistica - appartenenza - soggettività - sussiste - valore - ridotta capacità di produrre reddito - conseguenza.

Il solo fatto che un'area sia inclusa in una zona urbanistica del Comune di appartenenza rende legittima la sua soggezione ad IMU. Tuttavia, ai fini della determinazione del suo valore è necessario tenere conto della sua eventuale ridotta capacità di produrre reddito (nella specie, tale area era gravata da un vincolo di assoluta inedificabilità, ossia un vincolo idraulico per effetto dello scorrimento di un torrente ad una distanza inferiore ai dieci metri, di modo che la CTR ha confermato la decisione della CTP che aveva ridotto il suo valore nella misura del 40% di quanto accertato dal comune).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 aprile 2022, n. 398 - Pres. Delucchi - Rel. Chiti.

FINANZA LOCALE - TARI - area portuale - Autorità portuale - competenza - Comune - convenzione - effettuazione del servizio - tari - applicazione - legittimità.

Pur se all'interno di un'area portuale la gestione dei rifiuti è di

esclusiva competenza dell'Autorità portuale, laddove tale Autorità abbia stipulato una convenzione con il Comune per la raccolta dei rifiuti e tale servizio sia stato effettivamente prestato, è legittima la pretesa del Comune (e per essa del suo concessionario) di richiedere il pagamento della TARI.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 22 aprile 2022, n. 407 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

FINANZA LOCALE - ICI - area portuale - concessione demaniale - area scoperta - autonomia funzionale e reddituale - soggettività - sussiste.

E' assoggettabile ad ICI l'area demaniale portuale scoperta che sia suscettibile di costituire una autonoma unità immobiliare, a servizio del terminalista concessionario e potenzialmente produttiva di reddito. Ed infatti, dato che la movimentazione, lo stoccaggio, il deposito, la custodia temporanea, l'imbarco e lo sbarco delle merci devono ritenersi attività funzionali a quella commerciale (di natura privata) svolta dal terminalista, l'area scoperta su cui tali attività sono svolte è soggetta ad ICI.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 5 maggio 2022, n. 196 - Pres. Zerilli - Rel. Pozzato.

FINANZA LOCALE - IMU - altri fabbricati - immobili inagibili e inabitabili - Comune - regolamento locale - valutazione della fatiscenza - mancata previsione - illegittimità.

Ai fini IMU, agli effetti dell'applicazione della riduzione alla metà della base imponibile, a fronte della possibilità riconosciuta ai Comuni di disciplinare le caratteristiche di fatiscenza sopravvenuta del fabbricato, non superabile con interventi di manutenzione, è illegittimo il regolamento locale nella parte in cui consente al Comune di dichiarare soggetti a tassazione, senza valutazione della fatiscenza, tutti gli immobili inagibili e inabitabili in quanto soggetti a ristrutturazione.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 12 maggio 2022, n. 142 - Pres. Failla - Rel. Bertoni.

FINANZA LOCALE - IMU - altri fabbricati - leasing - rapporto contrattuale - risoluzione anticipata - bene - mancata restituzione - soggettività passiva - locatore - sussistenza.

Ai fini IMU, con la risoluzione del contratto di leasing la soggettività passiva si determina in capo alla società di leasing, anche se essa non ha ancora acquisito la materiale disponibilità del bene per mancata riconsegna da parte dell'utilizzatore. Ciò in quanto, ai fini impositivi, il legislatore ha ritenuto rilevante, non già la consegna del bene e quindi la detenzione materiale dello stesso, bensì l'esistenza di un vincolo contrattuale che legittima la detenzione qualificata dell'utilizzatore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 maggio 2022, n. 391 - Pres. Pellegrini - Rel. Morbelli.

FINANZA LOCALE - IMU - Abitazione principale e relative pertinenze - onere della prova - incombenza - Comune - energia elettrica - consumi - sufficienza - esclusione.

Qualora il Comune intenda contestare la qualifica di "abitazione principale" data da un contribuente all'immobile in cui ha posto

la propria residenza anagrafica, deve dimostrare, incombendo su di esso il relativo onere della prova, il possesso, la proprietà o comunque la disponibilità, anche a titolo di locazione, da parte del contribuente di altri alloggi sul territorio nazionale. Pertanto, in assenza di altri accertamenti convergenti relativi ad altre utenze domestiche, non è possibile desumere univocamente dall'esiguità dei consumi di energia elettrica la conclusione in ordine alla circostanza che tale abitazione non sia anche il luogo di dimora abituale del ricorrente.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 6 giugno 2022, n. 435 - Pres. e Rel. Graziano.

FINANZA LOCALE - IMU - Aliquota ridotta - Contratto di locazione - Suo contenuto e successivo adempimento.

Sono condivisibili le osservazioni della società ricorrente, in quanto la delibera del consiglio comunale del 29/4/2016 condiziona l'applicazione dell'aliquota agevolata alla presentazione o alla spedizione del contratto di locazione entro trenta giorni dalla registrazione dello stesso - adempimenti che sono stati effettuati - mentre nella medesima delibera non si fa riferimento all'avvenuto trasferimento della residenza del conduttore dell'immobile. Deve riconoscersi, pertanto, il diritto all'applicazione dell'aliquota IMU agevolata dalla data di decorrenza (1/7/2016) del contratto di locazione.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 10 giugno 2022, n. 455 - Pres. e Rel. Pellegrini.

FINANZA LOCALE - IMU - contratto di locazione - regime della cedolare secca - aliquota ridotta - applicabilità.

Dagli atti prodotti risulta che il ricorrente ha sottoscritto in data 29 maggio 2013 un contratto di locazione, poi registrato in data 7 giugno 2013, secondo il cd. regime della cedolare secca.

Detto regime, secondo la parte ricorrente, determinava l'applicazione di una imposta IMU, agevolata oltre ad una aliquota forfettaria di IRPEF.

Al riguardo, l'Amministrazione comunale di Genova ha ritenuto di non applicare l'imposta agevolata in quanto il Regolamento prevederebbe una tempestiva consegna al Comune di copia del contratto registrato. In assenza di quanto sopra ha proceduto al recupero dell'imposta non versata ed all'applicazione delle conseguenti sanzioni.

Ritiene questo ufficio di aderire all'indirizzo già espresso da questa Commissione Provinciale nella sentenza 145 del 21 gennaio 2020 prodotta in atti e relativa all'annualità 2014 per lo stesso immobile.

Ed invero l'obbligo di portare a conoscenza della Amministrazione comunale il contratto di locazione debitamente registrato è stato introdotto da una modifica del Regolamento comunale di applicazione dell'imposta IMU.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 13 giugno 2022, n. 458 - Pres. e Rel. Picozzi.

FINANZA LOCALE - IMU - aree portuali - cat. e/1 - esenzione - non spetta.

Infatti, dopo che la legislazione portuale (legge n. 84/1994) ha aperto l'utilizzazione delle aree portuali e marittime ai privati concessionari delle strutture demaniali mediante autorizzazione

di attività economica privata in area portuale in regime di libera concorrenza, i concessionari, quale la ricorrente, esercitano un'attività economica privata autorizzata e non un servizio pubblico, con la conseguenza che essi sono tenuti al versamento dell'IMU per le aree portuali da loro utilizzate ai detti fini, siano esse aperte o coperte. Di modo che, anche in presenza di concessione, questa riguarda gli spazi demaniali, ma non le funzioni economiche ivi esercitate, che restano di esclusiva utilità privata, seppur soggette ad autorizzazione.

Pertanto, anche in area portuale si è stabilita l'applicazione del regime IMU classificando gli immobili e le aree portuali funzionali alle attività economiche delle aziende operanti nel settore in categoria D/8 e D/1, come l'Ufficio del Territorio dell'Agenzia delle Entrate genovese ha fissato per i casi in questione sin dal 9/8/2013.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 giugno 2022, n. 192 - Pres. e Rel. Fugacci.

FINANZA LOCALE - TARI - immobile - occupazione - produzione di rifiuti - inidoneità - dimostrazione - assenza di mobilio e di utenze allacciate - necessità.

Al fine di evitare l'assoggettamento a TARI di un immobile (che, nella specie, il contribuente affermava esser non occupato e privo di arredi od utenze allacciate) è necessario che il contribuente provi l'inidoneità del locale o dell'area a produrre i rifiuti in ragione delle sue oggettive condizioni di inutilizzabilità. A tal fine la presenza alternativa dell'arredo o di una sola utenza di rete allacciata è sufficiente a far sorgere il presupposto impositivo sulla base di una presunzione semplice - valida quindi fino a prova contraria a carico del contribuente - di utilizzazione dell'immobile e di conseguente attitudine alla produzione di rifiuti. Conseguentemente, ai fini dell'esclusione dal tributo, il contribuente deve dimostrare necessariamente la contemporanea assenza sia dell'arredo sia di tutte le utenze di rete attive.

Commissione Tributaria Provinciale di Savona, 29 giugno 2022, n. 254 - Pres. Zerilli - Rel. Botteri.

FINANZA LOCALE - TASI - aree fabbricabili - valore - Comune - delibera della giunta - determinazione dei valori di riferimento - legittimità - contribuente - terreni posseduti - valori inferiori - onere della prova - incombenza.

Ai fini TASI, è legittima la delibera con cui la Giunta Comunale provvede ad indicare i valori di riferimento delle aree edificabili, come individuati dall'Ufficio Tecnico comunale sulla base di informazioni acquisite presso operatori economici della zona. Tale deliberazione costituisce infatti esercizio del potere del Comune di determinare periodicamente e per zone omogenee i valori venali in comune commercio delle aree fabbricabili, e, pur non avendo natura imperativa, integra una fonte di presunzioni dedotte da dati di comune esperienza, idonei a costituire supporti razionali offerti dall'Amministrazione al giudice, ed utilizzabili, quali indici di valutazione, anche retroattivamente. Pertanto, a fronte di tale determinazione il contribuente ha l'onere di allegare e dimostrare il minor valore delle aree possedute.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 27 gennaio 2022, n. 87 - Pres. Venturini - Rel. Chiti.

IMPOSTA DI REGISTRO - trasferimenti immobiliari - valore immobile - rettifica - valori OMI - insufficienza -

reali caratteristiche - valutazione - necessità - perizia giurata - produzione - fattispecie.

Ai fini dell'imposta di registro dovuta in occasione di un trasferimento immobiliare, la rettifica del valore dell'immobile non può essere fondata solo sui valori OMI e sulla comparazione con altri immobili senza che sia stato effettuato alcun sopralluogo e senza che si sia tenuto conto delle reali caratteristiche dell'immobile, della sua ubicazione e della sua vetustà, come confermate da apposita perizia giurata di stima (fattispecie relativa ad un immobile sito nel Comune di Ventimiglia).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 febbraio 2022, n. 138 - Pres. e Rel. Cardino.

IMPOSTA DI REGISTRO - trasferimenti immobiliari - vincolo di pertinenzialità - abitazione - box - vicinanza - tale da consentirne una utilità.

Ai fini dell'imposta di registro, per la sussistenza di un vincolo di pertinenzialità tra una abitazione ed un box, seppure non sia richiesta necessariamente una contiguità fisica, occorre comunque una vicinanza tra i due immobili che renda agevole al proprietario impiegare la pertinenza come fosse una estensione dell'utilità del bene principale (nella specie, la CTR ha escluso tale vincolo di pertinenzialità avendo riscontrato, dalla consultazione delle mappe cittadine reperibili su "Google Maps", che la distanza pedonale tra i due beni era di 1,4 - 1,6 km, a seconda del percorso scelto, il che avrebbe reso scarsamente fruibile il box invocato come pertinenziale, dato il tempo necessario, di almeno 25 minuti, per poterlo raggiungere).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 febbraio 2022, n. 140 - Pres. Del Monaco - Rel. D'Avanzo.

IMPOSTA DI REGISTRO - atti giudiziari - trasferimento - diritti reali - concordato fallimentare - decreto di omologa - intervento di un terzo assuntore - imposta in misura proporzionale - applicazione.

Ai fini dell'imposta di registro, il decreto che omologa il concordato fallimentare con intervento di un terzo assuntore è soggetto ad imposta di registro in misura proporzionale a causa degli effetti traslativi che sono provocati dal provvedimento giudiziale; si applica invece l'imposta in misura fissa nel caso di decreto di omologa con cessione di beni che consista solo in un conferimento di mandato.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 6 aprile 2022, n. 390 - Pres. e Rel. Venturini.

IMPOSTA DI REGISTRO - benefici prima casa - fissazione della residenza - straniero - permesso di soggiorno - richiesta - tempestività - rilascio - in ritardo rispetto ai tempi previsti - causa di forza maggiore - decadenza - esclusione.

Il comportamento dell'Autorità italiana competente che, richiesta tempestivamente dallo straniero del rilascio di un permesso di soggiorno necessario per poter ottenere la fissazione della residenza in Italia, ne abbia ritardato il rilascio oltre il termine di 90 giorni per esso previsto, configura quella causa di "forza maggiore" che impedisce il verificarsi della decadenza dai benefici "prima casa".

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 17 maggio 2022, n. 386 - Pres. Pellegrini - Rel. Penna.

IMPOSTA DI REGISTRO - altro - decreto ingiuntivo - enunciazione - promessa di pagamento - natura - ricognizione di debito - imposta - proporzionale - misura dell'1% - applicabilità.

Ai fini dell'imposta di registro, qualora un decreto ingiuntivo enunci al proprio interno una scrittura privata recante una promessa di pagamento, tale promessa può considerarsi come un atto di ricognizione di debito che, pur avendo un contenuto patrimoniale, ha comunque natura dichiarativa, dovendo quindi essere tassato nella misura dell'1% (ex art. 3, Parte I, Tariffa) e non nella misura del 3% (ai sensi dell'art. 9, Parte I, Tariffa) come preteso dall'Ufficio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 30 maggio 2022, n. 425 - Pres. e Rel. Fugacci.

IMPOSTA DI REGISTRO - atti giudiziari di condanna al pagamento - decreto ingiuntivo - cessione del credito - debitore ceduto - condanna - debito - soggetto ad IVA - tassazione - imposta proporzionale - esclusione.

In materia di imposta di registro, ai fini della tassazione della sentenza ottenuta dal cessionario nei confronti del debitore ceduto, occorre avere riguardo alla natura del rapporto tra creditore cedente e debitore ceduto, in modo che, qualora quest'ultimo sia soggetto ad IVA, la sentenza stessa non è soggetta ad imposta proporzionale poiché il pagamento del debito originario era soggetto all'imposta sul valore aggiunto ai sensi dell'art. 40 del TUR. Conseguentemente, il decreto ingiuntivo con cui il debitore ceduto sia condannato al pagamento nei confronti del cessionario di un debito soggetto ad IVA deve essere tassato non in misura proporzionale con l'aliquota del 3% (ai sensi dell'art. 8 della tariffa) ma in base alla nota II al medesimo art. 8, secondo cui le sentenze di condanna non sono soggette all'imposta proporzionale per la parte in cui dispongono il pagamento di corrispettivi soggetti ad IVA ai sensi dell'art. 40 del DPR 131/86.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 10 giugno 2022, n. 456 - Pres. e Rel. Pellegrini.

IMPOSTA DI REGISTRO - acquisto prima casa - agevolazioni - trasferimento residenza - spetta - causa di forza maggiore - non configurabilità - fattispecie.

E' noto come la Cassazione abbia nel tempo formulato un indirizzo più rigoroso secondo il quale la forza maggiore come esimente nell'agevolazione per acquisto della prima casa non trova applicazione in ordine al fatto che l'acquirente non può trasferire la propria residenza nei diciotto mesi nell'immobile oggetto dell'agevolazione, in quanto l'acquirente avrebbe comunque il potere-dovere di trasferire la residenza in altro immobile ubicato nello stesso comune (cfr. Cass. n. 2899 del 3/2/2017 e n. 8415 del 5/4/2013).

Nel caso di specie risulta provato che gli acquirenti hanno omissso di prender residenza in immobile sito in Recco anche diverso da quello agevolato entro il termine di diciotto mesi di cui alla norma.

Secondo un indirizzo meno draconiano la Cassazione ammette l'operatività della forza maggiore come esimente per l'agevolazione prima casa in tema di imposta di registro ma vincola l'applicabilità di tale istituto giuridico (tenuto conto che il trasferimento della residenza rappresenta un obbligo di legge) a precisi requisiti che non si riscontrano nel caso in questione.

In particolare, oltre a trattarsi di un evento sopravvenuto, impreveduto ed imprevedibile sotto il profilo oggettivo, l'istituto giuridico in questione presuppone che per tale evento non sia configurabile in capo al contribuente alcuna colpa, neanche di grado lieve e

anche solo in eligendo (cfr. Cass. n. 13346 del 2016 e n. 8351 Cass. n. 3095 del 2019 e n. 1588 del 2018).

La prova delle caratteristiche oggettive e soggettive della situazione invocata sono a carico del ricorrente.

Nel caso di specie i lavori sono stati interrotti da un provvedimento del Comune di Recco che ha sospeso i lavori di ristrutturazione reca la data del 6/11/2018.

Indubbiamente fondata è l'osservazione del resistente che evidenzia come dalla data di interruzione dei lavori (6.11.2018) alla data di scadenza dei termini per acquisire la residenza in Recco (18.10.2019) è decorso un tempo di oltre 11 mesi (cioè più della metà del tempo complessivo stabilito dalla legge per acquisire la residenza) che appare in sé più che sufficiente per trovare un'altra impresa edile che ultimasse i lavori (anche considerato il fatto che nel ricorso i ricorrenti sostengono che i lavori erano quasi completati). Tale impossibilità di trovare un'altra impresa è peraltro solo dedotta dai ricorrenti: quindi, anche a prescindere da qualunque valutazione sulla sufficienza del periodo di 11 mesi per risolvere il problema, va ritenuto che i ricorrenti non hanno fornito una prova concreta e precisa dell'impossibilità di trovare un'altra impresa e ricadendo su di loro l'obbligo di provare la inevitabilità dell'evento e quindi la forza maggiore, si deve ritenere non provata quest'ultima nei suoi elementi costitutivi.

Ma, soprattutto, va rilevato che la sospensione del Comune di Recco è motivata per la carenza del DURC da parte della ditta prescelta dai ricorrenti per svolgere i lavori: di fatto la ditta era irregolare e non poteva neppure iniziare i lavori e tale circostanza doveva essere preliminarmente appurata dai ricorrenti che quindi, sotto questo profilo, sono da ritenersi responsabili di colpa in eligendo. Ovviamente il fatto che la ditta abbia accettato ugualmente il lavoro rappresenta una causa di responsabilità civile per la medesima a cui i ricorrenti potranno addebitare la perdita dell'agevolazione fiscale: ma sicuramente non può essere invocata in questa sede la forza maggiore per ritenere comunque applicabile l'agevolazione fiscale per l'acquisto della prima casa.

Commissione Tributaria Provinciale di La Spezia, 29 giugno 2022, n. 187 - Pres. Sgambati - Rel. Bertoni.

IRES - perdite su crediti - deducibilità - art. 101, comma 5, TUIR - elementi certi e precisi - deducibilità - dimostrazione - condizioni.

Ai fini della deducibilità delle perdite su crediti ai sensi dell'art. 101 TUIR, la perdita deve essere effettiva e deve risultare da elementi indiziari gravi, precisi e concordanti, in sintonia con i principi generali in tema di presunzioni semplici di cui all'art. 2729 c.c.. A tale riguardo, l'esistenza di "elementi certi e precisi" (quale condizione specifica di deducibilità della perdita), non riguarda tanto la vicenda giuridica dell'estinzione del credito, quanto piuttosto la situazione di fatto costituita dalla pratica inesigibilità del credito stesso. Conseguentemente, al fine della deducibilità delle perdite sui crediti, mentre non è necessario che il creditore fornisca la prova di essersi positivamente attivato per conseguire una dichiarazione giudiziale dell'insolvenza del debitore e, quindi, l'assoggettamento di costui ad una procedura concorsuale, del pari, non può ritenersi presupposto per la deducibilità il previo infruttuoso esperimento di azioni esecutive, potendo la perdita risultare anche da altri elementi certi e precisi che il contribuente è però tenuto a dimostrare.

Commissione Tributaria Provinciale per la Liguria, 6 giugno 2022, n. 434 - Pres. Fugacci - Rel. Parentini.

IRES - art. 55 comma 2 t.u. 1986, n. 917 - cessione partecipazioni (plusvalenza) - esenzione - requisito commercialità - conferimento - sussistenza fattispecie.

La giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che nell'ipotesi di creazione di una "newco", con successivo conferimento in essa di un ramo di azienda in regime di neutralità fiscale, seguito dalla cessione della partecipazione ricevuta, le caratteristiche rilevanti ai fini della valutazione dei requisiti della commercialità e della residenza della società partecipata sono quelle "ereditate" dal soggetto conferente.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 gennaio 2022, n. 70 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

IVA - Rimborso - opere - beni di terzi - ammissibilità

Ai fini IVA, spetta il diritto al rimborso anche con riferimento alle opere eseguite su beni immobili di proprietà di terzi, purché sia presente un nesso di strumentalità con l'attività d'impresa o professionale, anche se quest'ultima sia potenziale o di prospettiva.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 8 aprile 2022, n. 394 - Pres. Canepa - Rel. Cunati.

IVA - operazioni esenti - casa di riposto - prestazioni socio sanitarie - esenzione - attività sussidiarie e complementari - attività di pulizia e gestione amministrativa - applicabilità.

In relazione alle prestazioni che una Cooperativa sociale fornisce ad una "Casa di riposo" per anziani, sono "esenti IVA" ai sensi dell'art. 10, n. 27-ter, d.p.r. n. 633/72, non solo le vere e proprie prestazioni "socio-sanitarie ed assistenziali", ma anche quelle "complementari" e "sussidiarie" che rivestono un carattere essenziale per il normale svolgimento dell'attività socio-sanitaria "principale". Si deve infatti ritenere che l'intento agevolativo del legislatore riguardi anche quelle attività svolte in collegamento indispensabile con quella "principale", quali, ad esempio, quelle "attività di governo della struttura" (consistenti nella pulizia dei locali ed ambienti) nonché di "gestione amministrativa" (quali l'elaborazione del piano dei turni, conteggio presenze, ferie ecc.).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 26 gennaio 2022 - Pres. Varalli e Rel. Piombo.

PROCESSO TRIBUTARIO - giudizio tributario e giudizio penali - rapporti - pregiudizialità - principio del doppio binario - esclusione - sentenza penale - applicabilità nel processo tributario - limiti - fattispecie.

Non sussiste alcuna pregiudizialità del processo penale rispetto al processo tributario stante il principio del "doppio binario" di cui all'articolo 20 D.Lgs. 74/2000 che ne sancisce la reciproca indipendenza. Conseguentemente, anche se l'imputato fosse assolto in sede penale, anche con formula piena, per non aver commesso il fatto o perché il fatto non sussiste, potrebbe essere ritenuto responsabile fiscalmente qualora l'atto impositivo fosse fondato su validi indizi, insufficienti per un giudizio di responsabilità penale, ma adeguati, fino a prova contraria, nel giudizio tributario. Nel processo tributario, infatti, assumono valenza probatoria anche le presunzioni, sia assolute, che relative non escluse quelle semplicissime che sono invece inidonee a sostenere la responsabilità penale dell'imputato, atteso il principio di non colpevolezza enunciato dall'art. 27 della Costituzione.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Procura Generale della Corte di Cassazione, 2 dicembre 2021 - Contrasto n. 373/2021 - Decreto n. 390/2021.

COMPETENZA - dichiarazione di incompetenza - conflitto negativo - competenza territoriale - competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati - induzione in errore - giudice - sussistenza - non rilevanza.

(Artt. 11 e 54 c.p.p.)

La speciale competenza stabilita dall'art. 11 cod. proc. pen. opera esclusivamente per i procedimenti in cui il magistrato assume la qualità di indagato, di imputato, ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato e, ai sensi del comma terzo della medesima disposizione, nei procedimenti commessi. Non opera, invece, nel caso in cui i magistrati siano lo strumento inconsapevole attraverso il quale sarebbe stato leso il bene rappresentato dalla tutela della pubblica fede, non potendo essere considerati né titolari del bene-interesse leso né danneggiati dal reato. (1)

(1) Chiarimenti ermeneutici in tema di contrasti negativi tra Pubblici Ministeri.

Sommario: 1. *Premessa.* - 2. *In fatto.* - 3. *In diritto: i contrasti negativi tra pubblici ministeri ex art. 54 c.p.p.* - 4. *Il reato di cui agli artt. 48-479 c.p.* - 5. *La speciale competenza di cui all'art. 11 c.p.p. per i procedimenti riguardanti i magistrati.*

1. Premessa.

Con decreto motivato, emesso ai sensi dell'art. 54 c.p.p., il Sostituto Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha risolto il contrasto negativo di competenza sollevato dal Pubblico Ministero presso la Procura di Perugia nei confronti del Pubblico Ministero presso la Procura di Firenze, in relazione ad una vicenda, nei fatti articolata, riconducibile a vari reati di falso ideologico in atto pubblico per induzione in errore del pubblico ufficiale (nella fattispecie, in particolare, trattasi di magistrati e ufficiali giudiziari) ex artt. 48-479 c.p. Invero, il Pubblico Ministero perugino, ricevuti a sua volta gli atti di indagine dagli uffici del Pubblico Ministero di Genova, ove, a seguito di denuncia-querela presentata dalle persone offese, la notizia criminis era stata iscritta a modello 21, ritenendosi incompetente ai sensi dell'art. 11 c.p.p., aveva trasmesso per asserita incompetenza il fascicolo alla Procura di Firenze. Informato da quest'ultima, il Sostituto Procuratore Generale della Cassazione, condividendo gli argomenti del Pubblico Ministero fiorentino, ha escluso la competenza della Procura di Firenze in luogo della Procura di Perugia, riscontrando l'insussistenza degli estremi della norma che, in deroga ai normali criteri di competenze territoriale, individua - *rectius*, richiama - un criterio di competenza ad hoc per i procedimenti riguardanti i magistrati (art. 1 disp. att., tabella A).

2. In fatto.

Nel 2018, S.V., legale rappresentante dello studio professionale Alfa, presentava una denuncia nei confronti di L.G., legale rappresentante della società Beta, a cui Alfa aveva concesso in

locazione una porzione di un immobile oggetto di contratto di *leasing*, denuncia dalla quale scaturiva un procedimento penale e l'emissione di avviso di conclusione delle indagini preliminari per i reati, commessi in concorso, di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose e furto.

Nel 2021, lo stesso S.V. presentava ulteriore denuncia-querela nei confronti del medesimo L.G., rappresentando nuovi fatti. In particolare, lamentava che, nell'ambito del contenzioso con L.G., egli aveva intimato alla Beta lo sfratto per morosità e citato la stessa in giudizio per il pagamento dei crediti arretrati. La Beta si era costituita in giudizio e aveva avanzato domanda riconvenzionale, prodotto ricorso e decreto ingiuntivo emesso dal Tribunale di Perugia - mai notificato a Alfa - nonché atto di precetto - anche questo non notificato - chiedendo la compensazione dei crediti vantati verso Alfa. Secondo quanto descritto dal denunciante, dunque, non solo L.G. si era appropriato di tutti i macchinari e le attrezzature dello studio, avendoli parzialmente danneggiati, aveva sottratto il server di Alfa e i relativi dati informatici, aveva manomesso la documentazione fiscale, sanitaria e previdenziale dell'associazione, ma aveva altresì indotto in errore i pubblici ufficiali nella procedura di esecuzione. In particolare, l'induzione in errore aveva riguardato il Giudice del Tribunale di Perugia che aveva emesso il decreto ingiuntivo sulla base di fatture false intestate a Alfa, l'Ufficiale giudiziario incaricato delle notifiche del precetto, l'Ufficiale giudiziario che, basandosi su documenti falsi, aveva effettuato il pignoramento, nonché il Giudice dell'esecuzione che aveva disposto l'assegnazione dei beni pignorati alla Beta.

Ravvisando più reati di cui agli artt. 48-479 c.p., ovverosia di falso ideologico con l'induzione in errore dei giudici del Tribunale di Perugia, tanto con riferimento all'emissione del decreto ingiuntivo, alla apposizione della formula esecutiva, all'assegnazione dei beni pignorati in fase esecutiva, quanto all'aver tratto in inganno gli Ufficiali Giudiziari di Genova, il pubblico ministero genovese trasmetteva il fascicolo alla Procura della Repubblica di Perugia, ai sensi dell'art. 16 co. I c.p.p., giacché il primo di tali reati era stato commesso a Perugia.

Il Sostituto Procuratore di Perugia, tuttavia, trasmetteva a sua volta il fascicolo alla Procura della Repubblica di Firenze, senza specificamente addurre l'art. 11 c.p.p. quale *ratio* di trasmissione, che introduce le norme relative alla competenza per i procedimenti riguardanti i magistrati, ma sostanzialmente riferendosi a detta ipotesi.

Il requirente di Firenze contestava il provvedimento della Procura di Perugia e, ai sensi dell'art. 54 c.p.p., sollecitava l'intervento del Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, escludendo che i magistrati di Perugia potessero ritenersi persone offese o danneggiate, dunque contestando l'applicazione dell'art. 11 c.p.p. ai fini dell'individuazione del giudice competente.

Il Sostituto Procuratore presso la Corte di Cassazione, con ordinanza motivata, ha ritenuto condivisibili le considerazioni del procuratore di Firenze, rilevando altresì che, pur non esplicitato, il trasferimento del procedimento da Perugia era stato effettuato ai sensi dell'art. 11 c.p.p., non essendo ravvisabili altre ragioni di collegamento con il distretto di Firenze. Pertanto, dichiarava competente il Pubblico Ministero di Perugia.

3. In diritto: i contrasti negativi tra pubblici ministeri ex art. 54 c.p.p.

La Procura di Firenze, destinataria ultima - nell'ambito del contrasto di competenza - del procedimento *de quo*, ha sollevato conflitto negativo dinanzi al Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, ai sensi del comma II dell'art. 54 c.p.p. Preliminarmente occorre ribadire che, come affermato dalla Sezione Unite della Corte di Cassazione (1), le norme di cui agli artt. 54, 54-bis e 54-ter del codice di procedura penale disciplinano esclusivamente i rapporti tra uffici del pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari, sicché devono ritenersi esclusi i casi in cui l'azione penale sia già stata esercitata da uno di essi e, altresì, i casi in cui il conflitto coinvolga il pubblico ministero e il giudice, non essendo questi annoverabili neppure nei "casi analoghi" cui fa riferimento l'art. 28 co. II c.p.p. disciplinando i casi di conflitto in tema di conflitti di giurisdizione e di competenza.

Secondo il disposto dell'art. 54 c.p.p., il Procuratore Generale della Corte di Cassazione, investito della questione, decide allo stato degli atti - e delle indagini - indicando, con un provvedimento inoppugnabile di natura organizzativa non giurisdizionale, avente la forma dell'ordinanza, quale degli uffici in conflitto deve procedere. Va da sé che la soluzione così assunta, a causa della predetta natura, è insuscettibile di acquisire l'autorità di cosa giudicata e non pregiudica il diritto delle parti di sollevare, nelle sedi giurisdizionali, eccezioni di incompetenza negli stessi termini disattesi dal Procuratore Generale. Altresì è opinione condivisa che la decisione assunta in merito al riparto di competenza vincola il pubblico ministero designato fino all'emergere di fatti nuovi tali da determinare un mutamento del quadro iniziale.

Peraltro, se il giudice, investito di una qualsiasi richiesta (anche di proroga delle indagini preliminari, o anche se proposta dalla parte privata), declina la propria competenza ai sensi dell'art. 22 co. I c.p.p., norma che regola la dichiarazione di incompetenza del giudice per le indagini preliminari, il pubblico ministero è libero di proseguire le indagini preliminari, *id est* non è vincolato dalla dichiarazione di incompetenza.

Infine, a corredo di questa breve disamina sulla disciplina in questione, è necessario precisare che, in relazione ai contrasti tra gli uffici del pubblico ministero nel corso delle indagini preliminari, alle parti private è precluso eccepire la violazione delle norme relative alle attribuzioni di detti uffici, ma è consentito sollecitare la trasmissione degli atti nei termini e nei modi previsti dall'art. 54-*quater* c.p.p., dedicato specificamente alla richiesta di trasmissione degli atti a un diverso pubblico ministero presso il giudice ritenuto competente in luogo di quello precedente.

4. Il reato di cui agli artt. 48-479 c.p.

La contestazione oggetto dell'indagine iscritta dal pubblico ministero genovese, e poi trasmessa dapprima a Perugia ed in seguito a Firenze, concerne i reati di falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale, indotto in errore dall'altrui inganno, in atti pubblici. Trattasi di una fattispecie prevista del Titolo VII del Libro II del codice penale, dedicato ai delitti contro la fede pubblica, ed in particolare nel Capo II, che riguarda i delitti della falsità in atti.

La fattispecie di cui all'art. 479 c.p. prevede un reato istantaneo che giunge a consumazione nel momento in cui l'atto falso fuoriesce dall'ambito di disponibilità dell'agente e si manifesta nel mondo esteriore, per conseguire gli effetti nei confronti dei quali è stato predisposto (2). L'art. 48 c.p., invece, determina l'applicazione della norma dedicata all'errore

di fatto, *id est* l'art. 47 c.p., anche nelle ipotesi in cui l'errore sul fatto che costituisce reato è determinato dall'altrui inganno, e stabilisce la punibilità del soggetto che ha indotto l'agente in errore e, correlativamente, la non punibilità di colui che è stato tratto in inganno.

Il combinato disposto delle due norme consente di ritenere non punibile il pubblico ufficiale che, indotto in errore, riceve o forma un atto nell'esercizio delle sue funzioni, attesta falsamente che un fatto è stato da lui compiuto o è avvenuto alla sua presenza, o attesta come da lui ricevute dichiarazioni a lui non rese, ovvero omette o altera dichiarazioni da lui ricevute, fatti del quale, ai sensi dell'art. 48 c.p., è chiamato a rispondere colui che lo ha indotto in errore.

Il reato si perfeziona, preme ribadirlo, non già nel momento in cui il pubblico ufficiale viene indotto in errore, bensì nel momento in cui l'atto assolve al suo scopo, e si consuma, pertanto, nel luogo in cui detto atto compie la sua funzione (3). Nella vicenda *de qua*, pertanto, seppur in termini meramente ipotetici, considerata l'embrionale fase procedimentale, correttamente il pubblico ministero ha ritenuto di dover trasmettere gli atti al Tribunale di Perugia. Invero, secondo l'art. 16 co. 1 c.p.p., che detta il criterio per individuare la competenza per territorio determinata dalla connessione quando più giudici sono ugualmente competenti per materia dinanzi a reati di pari gravità - come nel caso di specie -, nonostante i diversi reati di falso si siano consumati tanto nel distretto di Perugia (con riferimento ai magistrati coinvolti) quanto nel distretto di Genova (con riferimento agli ufficiali giudiziari), la competenza deve essere determinata, ai sensi della predetta norma, con riguardo al reato commesso per primo, ovverosia quello che è stato realizzato dal giudice civile di Perugia al fine dell'emissione del decreto ingiuntivo falso.

Nulla quaestio, pertanto, sulla trasmissione del fascicolo da Genova a Perugia, trattandosi di pacifica questione di competenza territoriale per connessione.

5. La speciale competenza di cui all'art. 11 c.p.p. per i procedimenti riguardanti i magistrati.

Stupisce, invece, l'ulteriore trasmissione, avvenuta tra la Procura di Perugia e quella di Firenze, dettata - secondo quanto ricostruito dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, in assenza di ulteriori ragioni di collegamento con il distretto di Firenze - dall'art. 11 c.p.p. Siffatta norma, invero, detta i criteri - *rectius*, rinvia ad un sistema di individuazione *ad hoc* predisposto dalla legge - per individuare la competenza nell'ambito dei procedimenti riguardanti i magistrati.

Orbene, seppur risultava corrispondente al vero il coinvolgimento dei magistrati di Perugia nella realizzazione dei reati - anche se, è necessario ribadirlo, il procedimento si trovava ancora in fase di indagine -, il conflitto negativo di giurisdizione sostenuto dalla Procura di Perugia è, *ictu oculi*, quantomeno per chi scrive, poco aderente alla lettera dello stesso art. 11 c.p.p. La norma, infatti, prevede l'applicazione degli specifici criteri di individuazione del giudice, ugualmente competente per materia, nel capoluogo del distretto della Corte di Appello individuata dalla legge, allorché in un procedimento «*un magistrato assume la qualità di persona sottoposta ad indagini, di imputato ovvero di persona offesa o danneggiata dal reato*». Ed in relazione alle fattispecie in contestazione, non può ritenersi che i magistrati coinvolti abbiano assunto taluna delle - tassative - qualifiche elencate dalla disposizione, pur essendo "interventuti" nella realizzazione del fatto di reato.

Del resto, è doveroso specificare che i delitti contro la fede pubblica manifestano una natura plurioffensiva, in quanto

sono posti a tutela non solo della pubblica amministrazione, quale soggetto titolare del bene giuridico “fede pubblica”, intesa come commistione tra l’interesse pubblico alla genuinità materiale e alla verità ideologica di determinati atti, ma anche del soggetto privato nei confronti del quale l’atto falso è preordinato - nella specie, il denunciante (4). Sicché resta escluso che i magistrati siano i titolari dell’interesse leso ovvero i danneggiati dal reato. Essi, al più, sono stati “il veicolo” attraverso il quale l’agente, inducendoli in errore sull’esistenza dei presupposti dell’emissione del decreto ingiuntivo e della procedura esecutiva, ha realizzato, in via chiaramente indiretta, la fattispecie di cui all’art. 479 c.p.

Sul punto, in una vicenda analoga in cui, in particolare, tre soggetti risultavano coimputati nel reato di falso per induzione, la giurisprudenza di legittimità, ribadendo quanto già affermato dalla Corte d’appello dell’Aquila, ha avuto modo di precisare che «[...] “i magistrati indicati nel capo di imputazione quali pubblici ufficiali che, per effetto delle condotte di induzione in errore contestate come poste in essere dalla O. in concerto con i due coimputati, avrebbero emesso dei provvedimenti giudiziari sulla base di falsi presupposti non possono, ad avviso della Corte, assolutamente essere definiti come persone offese o danneggiate dal reato, nel senso tecnico inteso dalla norma penale di cui all’art.11 cod. proc. pen., essendo detti magistrati, semmai, solo lo strumento inconsapevole attraverso il quale sarebbe stato leso il bene rappresentato dalla tutela della fede pubblica e del buon funzionamento della pubblica amministrazione” [...]». Peraltro, dal punto di vista strettamente logico, la Corte ha evidenziato che: «Nella sintassi del codice penale, infatti, il soggetto che commette il reato perché determinato dall’altrui inganno ai sensi dell’art. 48 cod. pen. appartiene, pur sempre, ancorché sia non punibile, al novero degli autori del reato e, pertanto, non può essere, al contempo, considerato danneggiato da una condotta posta in essere da sé medesimo» (5).

Più recentemente, la Corte di Cassazione, in relazione ad una vicenda in cui venivano prospettate problematiche concernenti la competenza territoriale in fase di indagine proprio tra Perugia e Firenze, ha affermato che: «[...] i delitti di falso per i quali v’è imputazione non sono posti a tutela di interessi individuali che possano far capo ai singoli magistrati. Costoro non possono essere considerati persone offese, perché il bene giuridico ha natura superindividuale, come reiteratamente affermato da questa Corte, secondo cui, tra le molte, “non è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione colui che ha presentato denuncia per il reato di false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all’autorità giudiziaria, previsto dall’art. 374 - bis cod. pen., trattandosi di fattispecie incriminatrice lesiva dell’interesse della collettività al corretto funzionamento della giustizia, relativamente al quale l’interesse del privato assume un rilievo solo riflesso e mediato, tale da non consentire l’attribuzione della qualità di persona offesa, ma solo quella di persona danneggiata dal

reato”» (6). Detto orientamento è stato confermato, ancor più di recente, allorché la Corte ha ribadito che: «Sotto il profilo della rilevanza dell’art. 11 cod. proc. pen., è sufficiente richiamare la decisione con la quale questa Corte di legittimità ha escluso, nel risolvere il conflitto di competenza insorto tra G.U.P. del Tribunale di Perugia e l’omologo giudice del Tribunale di Firenze, con riferimento a reati analoghi compiuti dagli stessi imputati, l’operatività della predetta disposizione, in assenza di prospettazione, da parte dei magistrati interessati, di una lesione della loro sfera giuridica come conseguenza diretta delle condotte criminose, donde l’impossibilità di apprezzamento dell’eventuale profilo di interesse personale coinvolti» (7).

Escludendosi, dunque, che l’induzione in errore dei magistrati possa avere rilevanza ai fini del mutamento della competenza ex art. 11 c.p.p., la competenza per il prosieguo dell’indagine e la trattazione della vicenda è stata correttamente individuata dal Procuratore Generale presso la Cassazione nella Procura di Firenze. Ciò non esclude, evidentemente, come detto, l’insorgere di eventuali questioni di incompetenza nel corso del giudizio, trattandosi di una decisione avvenuta “allo stato degli atti”, nella fattispecie agli albori delle indagini preliminari.

Martina Duina

Note.

(1) Cass., S.U., sentenza 27 febbraio 2014, n. 9605 in CED.

(2) Sul punto, si richiama il *Vademecum* pubblicato sul sito della Corte di Cassazione con le indicazioni utili ai fini della risoluzione dei conflitti di competenza del pubblico ministero, https://www.procuracassazione.it/procura-generale/it/p_giuris_europea_e_internaz.page.

(3) Come ribadito, sempre in materia di falsi, da Cass., sez. VI, sentenza 16/01/2012, n. 12297 in CED, secondo la quale: «Il delitto di falso ideologico commesso dal privato in atto pubblico (art. 483 cod. pen.) si consuma non nel momento in cui il privato rende la dichiarazione infedele, ma in quello della relativa percezione da parte del pubblico ufficiale che la trasfonde nell’atto pubblico».

(4) Cass., sez. III, sentenza 8/9/2017, n. 3067 in CED, che ha precisato: «I delitti contro la fede pubblica, per la loro natura plurioffensiva, tutelano non solo l’interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello dei soggetti privati nella cui sfera giuridica l’atto sia destinato a incidere, con la conseguenza che essi sono legittimati a costituirsi parte civile. (Fattispecie in cui la Corte ha ritenuto il comune danneggiato dal reato e legittimato a costituirsi parte civile in relazione al reato di false attestazioni contenute nella relazione di accompagnamento ad una dichiarazione di inizio di attività edilizia)».

(5) Cass., sez. VI, sentenza 29/11/2017, n. 10567 n.m.

(6) Cass., sez. I, sentenza 8/02/2019, n. 10583 n.m.

(7) Cass., sez. V, sentenza 15/03/2021, n. 15919 n.m.

Massimario

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 17 febbraio 2022, n. 638 - Giudice Rizzo.

CIRCOSTANZE aggravanti - danneggiamento di un portone condominiale - bene esposto alla pubblica fede - sussistenza - presenza telecamere controllo - irrilevanza.
(Artt. 635 c.1, 625 n. 7 C.p.)

Sussiste l'aggravante dell'esposizione del bene alla pubblica fede nel caso di danneggiamento di un portone condominiale, anche qualora siano presenti telecamere che monitorino l'area.

La presenza delle stesse non esclude la circostanza della esposizione alla pubblica fede, trattandosi di mero strumento di ausilio per la successiva ricostruzione del fatto e non essendovi un soggetto preposto a monitorare in modo costante e continuativo immagini e quindi in grado di impedire l'evento (vedi Cass. Pen., Sez. V, 26/10/2020, n. 1509).

F.BRU

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 17 dicembre 2020, n. 3029 - Giudice Polidori.

DELITTI contro il patrimonio - truffa - sostituzione di persona - concorso formale - sussistenza.
(Artt. 81, 494 e 640 c.p.)

È configurabile concorso formale tra il reato di truffa ex art. 640 c.p. ed il reato di sostituzione di persona ex art. 494 c.p. qualora l'intenzionale attribuzione a sé della falsa identità altrui abbia come finalità l'induzione in errore di altri.

La sostituzione di persona può infatti essere qualificata come artificio o raggio commesso allo scopo di realizzare una truffa.

Nel caso di specie il Giudice dichiarava la penale responsabilità dell'imputato per aver tratto in inganno la persona offesa anche tramite l'utilizzo di false generalità, con lo scopo di ottenere un ingiusto profitto, condannandolo per i reati di cui sopra, unificati sotto il vincolo della continuazione.

S.GRA

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 novembre 2020, n. 2587 - Giudice Boccaccio.

DELITTI contro l'amministrazione della giustizia - mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice - beni in custodia - ritardo nella consegna - insussistenza.
(Art. 388, c. 7 c.p.)

Non risponde del reato di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice il soggetto che, destinatario di una procedura esecutiva, non provveda alla consegna tempestiva dei beni in custodia, ma vi ottemperi con lieve ritardo.

La consegna tardiva dei beni non costituisce una condotta di natura simulata o fraudolenta finalizzata a sottrarsi agli adempimenti richiesti dall'autorità giudiziaria.

Nel caso di specie il Giudice assolveva l'imputata dal reato a lei ascritto per insussistenza del fatto, non ricorrendo alcuna condotta

penalmente rilevante, quanto piuttosto una vertenza di carattere meramente civilistico.

E.BRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 febbraio 2022, n. 662 - Giudice Carta.

DELITTI contro l'assistenza familiare - violazione degli obblighi di assistenza familiare - violazione degli obblighi di assistenza familiare in caso di separazione o di scioglimento del matrimonio - minore età del figlio - non autosufficienza - concorso formale eterogeneo - sussistenza.

(Artt. 570 c. 2 n. 2, 570 bis c.p.)

La condotta di omessa contribuzione integra il reato di cui all'art. 570 bis C.p. in quanto configura una violazione dell'obbligo previsto dal provvedimento di separazione. Tuttavia, fino al compimento della maggiore età dei figli, tale condotta integra anche il delitto di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 C.p., poiché la minore età del figlio rappresenta in re ipsa una condizione soggettiva dello stato di bisogno, che non viene meno quando altri provvedano al suo mantenimento.

Tra le due fattispecie, secondo quanto stabilito dalla sentenza n. 43560 del 12.410.2021 della Suprema Corte, sussiste concorso formale eterogeneo, poiché l'art. 570 bis C.p. tutela l'inadempimento dell'obbligo di natura economica imposto dal giudice civile, mentre la fattispecie di cui all'art. 570 c. 2 n. 2 preserva l'interesse a garantire al minore i mezzi di sussistenza, ove la loro mancanza determini lo stato di bisogno.

(Nel caso di specie il Giudice dichiarava la penale responsabilità dell'imputato per i reati di cui agli artt. 570 c. 2 n. 2 e 570 bis C.p., poiché si sottraeva agli obblighi di assistenza materiale e morale inerenti la potestà di genitore, senza contribuire al mantenimento della figlia non auto sufficiente, lasciandola priva dei mezzi di sussistenza).

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 1 ottobre 2019, n. 3467 - Giudice Magrini.

DELITTI contro l'onore - diffamazione - critica politica - limiti - insulto - bilanciamento degli interessi.

(Art. 595 c.p.)

Nel contesto del dibattito politico, l'esercizio di critica anche espressa con toni molto duri e aspri può ritenersi legittima nell'ottica più ampia della libera manifestazione del pensiero. Tale liceità trova il limite nell'utilizzo di un linguaggio insultante, dovendosi, in tal caso, attribuire prevalenza al contrapposto rilevante interesse alla dignità morale e alla reputazione personale del soggetto a cui è indirizzata la critica.

Nel caso di specie il Giudice condannava l'imputato poiché, seppur le condotte si realizzavano in un contesto di critica politica e in risposta a un'opinione espressa con toni fortemente provocatori, trascendeva nell'insulto utilizzando la parola "stronzo", idonea a ledere il decoro e l'onore della persona offesa.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 febbraio 2022, n. 663 - Giudice Carta.

DELITTI contro la fede pubblica - falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità di altri - dichiarazione di false generalità - nome di battesimo falso - ignoranza del fatto che altri abbia dato false generalità - elemento soggettivo del reato - insussistenza.

(Artt. 110, 495 C.p.)

Deve ritenersi insussistente l'elemento soggettivo del reato di cui agli artt. 110, 495 c.p. (dichiarazione di false generalità) nel caso in cui il coimputato abbia confermato l'identità del soggetto sottoposto a controllo delle FF.OO, non essendo a conoscenza delle generalità da questo fornite.

(Nel caso di specie l'imputata, fermata unitamente ad altra persona che si trovava alla guida del veicolo, durante il controllo delle generalità si allontanava, accompagnata da uno degli agenti operanti, per espletare un bisogno fisiologico, al suo ritorno, il verbalizzante chiedeva conferma dell'identità del conducente, indicandone unicamente il cognome. L'imputata confermava tale identità, ignorando che lo stesso avesse fornito false generalità utilizzando il nome del proprio fratello).

F.BRU.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 21 febbraio 2022, n. 677 - Giudice Lovesio.

DELITTI contro la fede pubblica - falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico - falsa denuncia di furto di effetti personali - assenza effetti giuridici conseguenti alla denuncia - insussistenza - diversa qualificazione giuridica - simulazione di reato - reato più grave - assoluzione.

(Art. 483, 367 C.p.)

Il delitto di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico sussiste solo qualora l'atto pubblico, nel quale la dichiarazione del privato è stata trasfusa, sia destinato a provare la verità dei fatti attestati, e cioè quando una norma giuridica obblighi il privato a dichiarare il vero ricollegando specifici effetti all'atto-documento.

Non può pertanto integrare il reato di cui all'art. 483 c.p. la falsa denuncia di furto di effetti personali presentata dall'imputato davanti ad un ufficiale di polizia giudiziaria, al cui verbale nessuna disposizione conferisce idoneità a provare la verità del fatto denunciato.

Il fatto sembrerebbe, piuttosto, integrare il delitto di simulazione di reato (art 367 c.p.), la cui contestazione non è possibile poiché comporterebbe la possibilità di comminare una sanzione più grave (da uno a tre anni) rispetto a quella prevista per il reato di cui all'art 483 c.p. (fino a due anni) in evidente violazione del diritto di difesa. L'imputato pertanto deve essere mandato assolto dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, collegio I, sez. I, 1 febbraio 2022, n. 367 - Est. Vinelli.

DELITTI contro la libertà personale - sequestro di persona - violenza sessuale - concorso di reati - privazione della libertà personale - apprezzabilità del tempo ante-

riore alla costrizione necessaria al compimento degli atti sessuali - sussistenza concorso.

(Artt. 605, 609 bis c.p.)

È compatibile il reato di sequestro di persona con il reato di violenza sessuale quando il soggetto agente, nel tempo anteriore o successivo alla costrizione necessaria a compiere gli atti sessuali, priva la persona offesa della libertà personale per un tempo apprezzabile.

(Nel caso di specie, il Collegio ha ritenuto integrato il reato di cui all'art. 605 c.p. poiché l'imputato, prima di costringere le persone offese a subire atti sessuali, le aveva chiuse a chiave in un magazzino per un tempo rilevante in attesa che i narcotizzanti a loro somministrati spiegassero i propri effetti.)

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, collegio I, sez. II, 9 dicembre 2020, n. 2888 - Est. Aschero.

DELITTI contro la persona - violenza sessuale - vittima minore di anni dieci non accompagnato - reiterazione della condotta - circostanza attenuante della minore gravità - insussistenza.

(Artt. 609 bis e 609 ter c.p.)

Non è configurabile la circostanza attenuante di cui all'art. 609 bis ultimo comma c.p. qualora il fatto di reato sia avvenuto in un contesto frequentato prevalentemente da minori, nei confronti di un minore non accompagnato, e sia consistito in atti reiterati e chiaramente masturbatori.

Tali circostanze attestano l'intensità del dolo del soggetto agente ed evidenziano la gravità del danno o anche solo del pericolo causato alla persona offesa.

Nel caso di specie, il Giudice condannava l'imputato per il reato di violenza sessuale su minore, aggravato dalla circostanza di aver commesso il fatto in danno di un minore di anni dieci, avendo lo stesso compiuto atti sessuali consistenti nel toccare in pubblico e ripetutamente le parti intime del bambino e le proprie.

E.BRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 17 gennaio 2022, n. 113 - Giudice Polidori.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - oltraggio a pubblico ufficiale - presenza di più persone - elemento costitutivo - mancanza della prova - insussistenza.

(Art. 341 bis c.p.)

Al fine della configurabilità del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale la condotta deve realizzarsi in luogo pubblico o aperto al pubblico e in presenza più persone. Quanto a quest'ultimo presupposto la giurisprudenza di legittimità ha affermato come la condotta si realizza alla presenza di almeno due persone che non siano soggetti che assistono alle condotte nello svolgimento delle funzioni di pubblico ufficiale, seppur non attinti direttamente dall'offesa (Cass. Pen. n. 30136/2021).

Nel caso di specie, il Tribunale mandava assolto l'imputato perché mancava la prova che le frasi ingiuriose fossero state pronunciate alla presenza di almeno due persone con esclusione degli operanti.

M.CAP.

Tribunale di Genova, Ufficio del Giudice per le Indagini Preliminari, 8 ottobre 2020, n. 671 - Giudice Avanzino.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - peculato - amministratore di sostegno - omessa o insufficiente rendicontazione - spese non coerenti con regime di vita del beneficiario - palese non riferibilità al beneficiario - sussistenza - confusione patrimonio amministratore e beneficiario - sostegno spese amministrato da parte dell'amministratore - irrilevanza.

(Art. 314 c.p.)

È configurabile il delitto di peculato nei confronti dell'amministratore di sostegno quando sussistano le seguenti condizioni: l'omessa o l'insufficiente rendicontazione delle somme in favore dei beneficiari e l'effettuazione di spese non coerenti con il regime di vita dei beneficiari ovvero palesemente non riferibili ai beneficiari. Tali condotte infatti sono altamente sintomatiche dell'avvenuta appropriazione delle in capo all'amministratore di sostegno.

Nel caso di specie, ritenute integrate le predette condizioni, il giudice dichiarava la penale responsabilità dell'amministratore di sostegno, a nulla rilevando la giustificazione portata dall'imputato in merito alla confusione nella gestione dei conti dei beneficiari e all'aver effettuato spese personalmente nell'interesse del beneficiario che recuperava in un secondo momento.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 18 novembre 2020, n. 2590 - Giudice Boccaccio.

DELITTI contro la pubblica amministrazione - resistenza a un pubblico ufficiale - verificatori titoli di viaggio AMT - pubblici ufficiali - sussistenza.

(Art. 337 c.p.)

Risponde del reato di cui all'art. 337 c.p. la persona che utilizzi violenza per opporsi ad un controllo sulla regolarità del titolo di viaggio da parte di agenti verificatori AMT, i quali, in servizio e nell'esercizio delle proprie funzioni, ricoprono la qualifica di pubblico ufficiale.

In particolare, il verificatore dei titoli di viaggio dipendente di un'azienda di trasporto pubblico locale, essendo munito dei poteri autorizzativi e certificativi di cui all'art. 357 comma 2 cp, se in servizio, riveste la qualità di pubblico ufficiale.

Nel caso di specie il Giudice condannava l'imputato che, privo di regolare titolo di viaggio, si dava alla fuga dopo aver spintonato gli agenti verificatori.

S.GRA.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 8 gennaio 2022, n. 15 - Giudice Vignale.

NAVIGAZIONE - contravvenzioni codice della navigazione - abusiva occupazione di spazio demaniale e inosservanza di limiti alla proprietà privata - mancato rinnovo della concessione - rilascio dei locali - abbandono di beni nei locali - carenza ingiunzione ripristino - irrilevanza - sussistenza reato.

(Art. 1161 R.D. 327/1942)

Integra il reato di cui all'art. 1161 cod. nav. (abusiva occupazione di spazio demaniale) la condotta di chi, a seguito del mancato rinnovo della concessione, rilasci i locali abbandonandovi arredi, a nulla rilevando la mancanza di un'ingiunzione di rimessione in ripristino.

(Nel caso di specie, l'imputato era chiamato a rispondere del reato di cui all'art. 1161 cod. nav., poiché, a seguito del mancato rinnovo della concessione dei locali per inagibilità degli stessi, lo stesso aveva trasferito la società in altro luogo abbandonando nei locali scrivanie, raccoglitori e classificatori.

Il Tribunale giudicava il reato integrato dal comportamento omissivo dell'imputato, poiché, sotto il profilo dell'elemento oggettivo, il locale avrebbe dovuto essere riconsegnato sgombrato da cose e a nulla rileva che l'autorità competente non abbia emanato alcuna ingiunzione di rimessione in pristino (Cass. Pen., Sez. III, sentenza n. 15981/2020); anche sotto il profilo soggettivo, il reato risulta integrato poiché l'art. 1161 cod. nav. è illecito contravvenzionale, quindi punibile anche a titolo di colpa, e si realizza ogniqualvolta l'utilizzo di un'area demaniale risulta impedita o limitata.

Stante però la tenuità delle condotte omissive e la sostanziale assenza di danno il Giudice pronunciava sentenza assolutoria ai sensi dell'art. 131 bis c.p.).

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 23 febbraio 2022, n. 704 - Giudice Baldini.

PROVE - testimonianza - dichiarazioni persona offesa - irreperibilità persona offesa - risalezza dell'irreperibilità al momento della denuncia - volontà di sottrarsi al contraddittorio - sussistenza.

(Art. 192, 194, 512 e 526 c. 1 bis C.p.p.)

La colpevolezza dell'imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni accusatorie rese da un soggetto che, per libera scelta, si è sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore.

La norma in questione circoscrive dunque l'ambito di operatività dell'art. 512 c.p.p. nel senso che non può darsi lettura di una dichiarazione assunta in fasi antecedenti al dibattimento ed in assenza di contraddittorio senza accertare che l'irripetibilità sopravvenuta dipenda da una libera e volontaria scelta del dichiarante.

Nel caso di specie la persona offesa, munita di carta di identità italiana e di stabile dimora sul territorio, al momento della presentazione della denuncia querela aveva fornito un indirizzo nel quale non risiedeva più da alcuni anni e, dopo poco tempo, aveva dismesso l'utenza telefonica fornita agli agenti verbalizzanti. Tali circostanze sono da ricondursi alla consapevole volontà di non essere rintracciato e di sottrarsi all'esame del Tribunale e del difensore dell'imputato.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 16 settembre 2020, n. 1688 - Giudice Blanc.

PROVE - testimonianza - dichiarazioni persona offesa - valutazione - vaglio su immediatezza percezione - vaglio credibilità - limiti intrinseci dichiarazioni persona offesa - assenza.

(Art. 192, 194, 512 e 526 c. 1 bis C.p.p.)

Le dichiarazioni della persona offesa sono già di per sé sufficienti per ritenere provate le condotte contestate all'imputato.

Le dichiarazioni accusatorie della persona offesa - salvo il vaglio in ordine all'immediatezza della percezione dei fatti ed alla credibilità cui devono essere sottoposte tutte le prove testimoniali - non possano, in quanto tali, soffrire di limiti di attendibilità, per così dire, intrinseci.

Sezione di deontologia forense

Documenti

*Il rilievo costituzionale dell'Ordine forense tra autonomia e mercato.***Giulio Donzelli***Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*

Sommario: 1. *Il caso: Cass. civ., Sez. V, ord. 29.10.2021, n. 30963* - 2. *L'autonomia dell'Ordine* - 3. *Autonomia e mercato* - 4. *La posizione costituzionale dell'avvocato.*

1. Il caso: Cass. civ., Sez. V, ord. 29.10.2021, n. 30963.

Il presente lavoro prende le mosse dall'analisi dell'ordinanza n. 30963 pronunciata dalla V Sezione della Corte di cassazione il 29 ottobre 2021 sul contributo annuale per il funzionamento del CNF e intende soffermarsi sui profili dell'articolata motivazione che concernono l'autonomia dell'Ordine e il rilievo pubblicistico della professione forense, anche alla luce delle più recenti proposte di riforma costituzionale volte a conferire rilievo al ruolo dell'avvocato nell'esercizio della giurisdizione. La controversia venuta all'attenzione della Corte di cassazione è sorta dalla deliberazione con cui il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati (COA) di Roma, dieci anni or sono, ha deciso di non riscuotere più dagli avvocati non abilitati al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori il contributo (di 25,83 euro) che il CNF determina annualmente per le spese del proprio funzionamento ai sensi dell'art. 14, comma 2°, d.lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 382. Dopo il responso favorevole dell'Autorità vigilante sul corretto funzionamento degli ordini professionali, il CNF ha provveduto alla riscossione di tale contributo tramite Equitalia Servizi Riscossione S.p.a. ai sensi della l. 10.06.1978, n. 292.

Gli avvocati raggiunti dall'avviso di pagamento hanno proposto ricorso dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Roma, che lo ha respinto; i ricorrenti hanno dunque proposto appello, che la Commissione tributaria regionale del Lazio ha accolto limitatamente all'eccezione di prescrizione per un'annualità e per il resto ha confermato la sentenza impugnata, ribadendo che il contributo annuale per il funzionamento del CNF è dovuto da tutti gli iscritti all'albo degli avvocati. Avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale del Lazio è stato proposto ricorso per cassazione, con cui gli avvocati ricorrenti hanno lamentato la violazione e falsa applicazione dell'art. 14, d.lgs. lgt. n. 382 del 1944.

Tale disposizione si inserisce nella cornice del decreto legislativo luogotenenziale che nel 1944 aveva disciplinato in via generale il funzionamento dei Consigli e delle Commissioni delle professioni ordinistiche. In particolare, l'art. 14, comma 2°, prevede che le Commissioni centrali (il CNF per l'avvocatura) determinano «la misura del contributo da corrispondersi annualmente dagli iscritti nell'albo per le spese del proprio funzionamento». Secondo i ricorrenti, tale contributo sarebbe dovuto soltanto dagli iscritti nell'albo dei patrocinanti dinanzi alle giurisdizioni superiori, ossia l'unico albo tenuto dal CNF, in quanto l'art. 14, comma 2°, usando il singolare "albo" anziché il plurale "albi", collegherebbe l'obbligo del

contributo alle spese di funzionamento di questo specifico albo, con la conseguenza che il prelievo in questione è dovuto se e in quanto vi sia una diretta correlazione tra l'importo richiesto e le spese del funzionamento amministrativo del CNF. La Corte di cassazione ha disatteso l'interpretazione letterale prospettata dai ricorrenti e, alla luce di una lettura sistematica dell'intero decreto legislativo luogotenenziale, ha rilevato che la parola "albo" è utilizzata nell'accezione generale di albo professionale, quello cioè cui è necessario essere iscritti per poter esercitare la professione. Ne consegue che, in assenza di specificazioni, «nulla autorizza a ritenere che in questa norma alla parola "albo" si debba attribuire un significato diverso da quello generico utilizzato nell'intero decreto». Inoltre, l'art. 14, comma 2°, correla il contributo alle spese di funzionamento del CNF e non già a quelle di tenuta dell'albo degli avvocati abilitati al patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori, funzione questa che potrebbe anche non essere tra quelle attribuite alle Commissioni, così come non era, infatti, al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. lgt. n. 382 del 1944.

In ogni caso, la Suprema Corte ha rilevato che anche la tenuta di tale albo risponde a un interesse generale della categoria, giacché essa contribuisce alla tutela dell'affidamento della collettività, offrendo la «garanzia che questa professione sia esercitata secondo una regola di competenza professionale progressiva, in base alla quale per le difese più complesse vengono richieste competenze maggiori». Questo approdo interpretativo risulta corroborato dalla *ratio* sottesa alla previsione in esame, che è quella di consentire all'ente di imporre e riscuotere un contributo per lo svolgimento delle proprie funzioni da parte di «tutti coloro che di queste funzioni si giovano», conformemente ai principi generali di solidarietà e autoresponsabilità che governano gli enti ad appartenenza necessaria come l'Ordine degli avvocati, donde il dovere degli iscritti di concorrere alle spese necessarie al funzionamento dell'ente, sebbene «al di fuori di un rapporto sinallagmatico con l'iscritto» (1).

Poste queste premesse, la Suprema Corte ha affermato che il contributo in questione è dovuto da tutti gli iscritti all'albo, giacché le funzioni del CNF sono esercitate «nell'interesse di tutti gli avvocati», come conferma il rilievo che il Consiglio «non è espressione di un ordine professionale diverso e separato, né i patrocinanti presso le giurisdizioni superiori cessano di essere avvocati al momento della loro iscrizione in questo specifico albo». Questo principio di diritto, che l'ordinanza della Corte di cassazione ha ricavato dalla lettura sistematica delle disposizioni censurate dai ricorrenti, risulta oggi pienamente confermato dalla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense dettata dalla l. 31.12.2012, n. 247. Dopo gli esiti fallimentari dei molteplici tentativi di riforma, la nuova legge forense ha rappresentato un approdo normativo lungamente atteso e ha segnato un momento particolarmente significativo della storia dell'avvocatura italiana, giacché essa ha riformato organicamente la disciplina della professione forense risalente al 1933 (2). Per quanto concerne i compiti del CNF, la nuova legge richiama sostanzialmente le disposizioni previgenti e, con specifico riferimento al contributo in questione, l'art. 35, comma 2°, lett. a), prevede che il CNF, nei limiti necessari per coprire le spese della sua gestione e al

fine di garantire quantomeno il pareggio di bilancio, è autorizzato a «determinare la misura del contributo annuale dovuto dagli avvocati iscritti negli albi ed elenchi».

L'inequivoco tenore letterale di tale disposizione e, in particolare, il riferimento testuale a tutti gli «albi ed elenchi» consentono di superare le perplessità sollevate dal COA di Roma e confortano la soluzione interpretativa cui è pervenuta la Suprema Corte. A ciò si deve aggiungere che il combinato disposto degli artt. 29, comma 5°, e 35, comma 3°, della nuova legge forense prevede che la riscossione del contributo annuale sia compiuta dagli Ordini circondariali secondo quanto previsto dall'apposito regolamento adottato dal CNF (3), sicché ai Consigli dei singoli Ordini è affidata la riscossione non solo del contributo annuale ad essi spettante, ma anche del contributo annuale dovuto al CNF.

Dall'impianto della nuova legge professionale emerge altresì che la tenuta dell'albo speciale per il patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori è soltanto una delle molteplici ed eterogenee funzioni svolte dal CNF. Sulle attribuzioni del Consiglio si è soffermata attentamente l'ordinanza in esame al fine di dimostrare, con solido e denso apparato motivazionale, come queste siano «sempre state esercitate nell'interesse di tutti gli avvocati». La Suprema Corte non si è pertanto limitata ad affermare che i soggetti passivi del contributo annuale dovuto al CNF sono tutti gli avvocati iscritti all'albo (cassazionisti e non), ma ha anche svolto un'ampia ricognizione delle funzioni di tale ente, al quale il legislatore ha affidato «in via esclusiva la rappresentanza istituzionale dell'avvocatura a livello nazionale» (art. 35, comma 1°, lett. a)).

In particolare, tra i compiti e le prerogative del CNF vengono ricordati l'adozione di regolamenti interni per il proprio funzionamento, l'esercizio della funzione giurisdizionale in materia disciplinare, l'emanazione e l'aggiornamento periodico del Codice deontologico (4), la promozione di attività di coordinamento e di indirizzo dei Consigli dell'Ordine circondariali per rendere omogenee le condizioni di esercizio della professione forense, nonché per preservarne l'indipendenza e il decoro. Inoltre, la Corte di cassazione ha messo in luce che il CNF ha anche il compito di proporre ogni due anni al Ministro della giustizia i parametri per la determinazione dell'onorario dovuto per le prestazioni professionali, nonché di esprimere pareri su proposte e disegni di legge concernenti la professione forense e l'amministrazione della giustizia.

Attraverso questa ricognizione dei compiti e delle prerogative del CNF, la Suprema Corte ha dimostrato che il Consiglio «svolge – e svolgeva anche in epoca anteriore alla riforma operata dalla legge n. 247 del 2012 – compiti e funzioni di interesse generale per tutta la categoria professionale degli avvocati». L'ordinanza in esame ha pertanto evidenziato come la nuova legge professionale abbia assolto a una funzione ricognitiva e, allo stesso tempo, innovativa delle attribuzioni del CNF, giacché essa ha «sviluppato e meglio precisato quelli che sono i compiti del Consiglio ponendosi sulla falsariga [...] di quanto già la legge professionale e le altre norme di riferimento demandavano al CNF» (5).

Così è, in particolare, per la «funzione primaria del Consiglio», che consiste nel «controllo sul corretto esercizio della professione su tutto il territorio nazionale, funzione che dopo la caduta del fascismo non è più demandata ad un organo controllato dallo Stato corporativo, tramite la nomina e revoca discrezionale da parte del ministro dei suoi componenti, ma è espressione della stessa avvocatura, poiché sono gli avvocati che eleggono i componenti del CNF». Ne consegue che l'esercizio della funzione disciplinare, lungi dal riguardare soltanto

gli avvocati attinti dal procedimento disciplinare come asseriscono i ricorrenti, rappresenta piuttosto una «garanzia di libertà ed autonomia per tutti gli avvocati», giacché essa è volta a preservare e accrescere il prestigio sociale dell'intera categoria, anche al fine di tutelare l'affidamento della collettività (6).

2. L'autonomia dell'Ordine.

L'ordinanza in esame, pur prendendo le mosse dalla questione particolare dei soggetti tenuti al versamento del contributo annuale per il funzionamento del CNF, ha il pregio di estendere l'orizzonte del proprio apparato motivazionale a profili di più ampio respiro, quali in particolare quelli concernenti i principi generali di solidarietà e autoresponsabilità che governano gli ordini professionali, le garanzie di autonomia e indipendenza degli avvocati, la tutela della competenza tecnica e del prestigio sociale della categoria professionale, la tutela dell'affidamento della collettività e, in generale, la forte valenza pubblicistica e costituzionale dell'avvocatura.

Ciò anche in virtù del rilievo conferito all'evoluzione della disciplina professionale, dalla quale emerge come l'autonomia dell'Ordine forense sia il frutto del processo storico che ha condotto al superamento della legislazione fascista e, in particolare, della l. 25.03.1926, n. 453. Quest'ultima, benché promossa dal Ministro della giustizia Alfredo Rocco come la «meno fascista» (7) delle riforme, era invece diretta espressione della volontà politica del regime di conferire all'avvocatura un'impronta conforme alla struttura corporativa dello Stato autoritario, come testimonia il progressivo esautoramento dei Consigli dell'Ordine, le cui funzioni erano state concentrate nelle mani del Sindacato Nazionale Fascista degli Avvocati e dei Procuratori (8).

L'entrata in vigore della Costituzione repubblicana e il consolidamento di una democrazia pluralistica matura, che trae la propria linfa dai corpi intermedi, hanno fatto sì che lo Stato, pur conservando una posizione di prevalenza rispetto ai preesistenti gruppi sociali e professionali, riconoscesse la loro funzione sociale, nonché talvolta il loro rilievo pubblicistico. Così è stato per l'avvocatura, la cui posizione costituzionale è divenuta un dato di diritto positivo che emerge dalle disposizioni che riconoscono il ruolo essenziale della professione forense nell'esercizio della giurisdizione (artt. 24 e 111 Cost.), oltre che dalle previsioni che contemplano gli avvocati ai fini della composizione di organi costituzionali, quali il Consiglio superiore della magistratura, la Corte di cassazione e la Corte costituzionale (artt. 104; 106 e 135 Cost.).

In questo nuovo assetto ordinamentale, l'elevata competenza tecnica dell'avvocatura e l'ispirazione del ceto forense a un patrimonio di valori condivisi, poi confluiti nei codici deontologici (9), hanno posto le condizioni che consentono agli interessi particolari di cui il gruppo professionale è latore di conciliarsi con gli interessi generali perseguiti dallo Stato, trovando un punto di equilibrio nel riconoscimento dell'autonomia dell'Ordine. Autonomia sì, ma «vigilata», come dispone l'art. 24, comma 3°, l. forense, ai cui sensi il CNF e gli Ordini circondariali sono soggetti «alla vigilanza del Ministero della giustizia». Così dispone anche l'art. 2229, comma 2°, cod. civ., a mente del quale «l'accertamento dei requisiti per l'iscrizione negli albi o negli elenchi, la tenuta dei medesimi e il potere disciplinare sugli iscritti sono demandati alle associazioni professionali, sotto la vigilanza dello Stato, salvo che la legge disponga diversamente».

Il carattere apparentemente ossimorico della locuzione «autonomia vigilata» non fa altro che esprimere la sintesi tra gli interessi, potenzialmente confliggenti, che fanno capo all'Or-

dine professionale e allo Stato. Ne offre conferma lo stesso concetto di “autonomia”, che, secondo le illuminanti parole di Salvatore Satta, «significa che l’ordine, pur essendo nello Stato, non si identifica con esso, anzi, in quanto autonomo, gli si oppone; vale a dire, poiché questo è in definitiva quello che conta, sono gli stessi appartenenti all’ordine quelli che lo realizzano. Ciò non esclude naturalmente che vi possa essere una diretta ingerenza dello Stato, non solo nell’ordine, ma nella professione, così come non esclude, anzi richiede, [...] che la normativa che si realizza nell’ordine si inserisca nel generale ordinamento dello Stato» (10).

L’autonomia dell’Ordine, dunque, è tutta *all’interno* dello Stato, in seno al quale trova composizione la ricordata dialettica tra interessi potenzialmente contrapposti. Ciò è possibile in quanto l’ordinamento assegna all’avvocato la «funzione di garantire al cittadino l’effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma 1°, l. forense), come conferma la previsione con cui si apre il nuovo Codice deontologico forense: «l’avvocato tutela, in ogni sede, il diritto alla libertà, l’inviolabilità e l’effettività della difesa, assicurando, nel processo, la regolarità del giudizio e del contraddittorio» (comma 1°) e, nell’esercizio del suo ministero, «vigila sulla conformità delle leggi ai principi della Costituzione e dell’Ordinamento dell’Unione europea e sul rispetto dei medesimi principi, nonché di quelli della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, a tutela e nell’interesse della parte assistita» (comma 2°).

Il riconoscimento dell’autonomia dell’Ordine – tanto sul piano amministrativo (autarchia), quanto su quello giurisdizionale (autodichia) e normativo (autonomia “in senso proprio”) (11) – segna il superamento della concezione statalistica delle fonti, che non concepisce altro diritto che non sia quello posto dallo Stato, e fa sì che le norme del gruppo professionale integrino la normazione statale, che ad esse fa infatti sovente rinvio (12). Questa osmosi tra ordinamento generale e ordinamento particolare è stata messa in luce da Massimo Severo Giannini, secondo cui le norme poste dal gruppo professionale fanno «parte del diritto positivo vigente proprio dello Stato, [...] non possono essere “autonome” nel senso del valore sostanziale originario del vocabolo, ma devono subordinarsi al sistema del diritto che entrano a comporre» (13).

Il CNF e gli Ordini circondariali sono pertanto persone giuridiche di diritto pubblico e sono qualificati dal legislatore come «enti pubblici non economici a carattere associativo istituiti per garantire l’osservanza dei principi previsti dalla legge forense e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all’esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale. Essi sono dotati di autonomia patrimoniale e finanziaria, sono finanziati esclusivamente con i contributi degli iscritti, determinano la propria organizzazione con appositi regolamenti, nel rispetto delle disposizioni di legge, e sono soggetti esclusivamente alla vigilanza del Ministro della giustizia» (art. 24, comma 3°, l. forense).

Il riconoscimento dell’autonomia dell’Ordine, quale riflesso della funzione sociale e del rilievo pubblicistico della professione forense, affonda le proprie radici in una tradizione risalente, alla quale fa capo la fitta trama di valori condivisi dall’avvocatura. Questi ultimi si sono consolidati nell’Europa continentale già durante l’*Ancien Régime*, come attesta il discorso pronunciato da Henri-François d’Aguesseau nel 1693 su *L’indépendance de l’Avocat*, nel quale l’Ordine forense era definito «aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi nécessaire que la justice; [...] libre sans être inutile

à sa patrie, il se consacre au public sans en être esclave» (14). Questa nobile tradizione aveva trovato un’eco profonda in Italia e, in particolare, nel pensiero di Ludovico Antonio Muratori, nella cui celebre opera *Dei difetti della giurisprudenza* era dedicato un intero capitolo a *De’ pregi e difetti de gli Avvocati e d’altri Ministri della Giurisprudenza*. Questo prezioso affresco dell’amministrazione della giustizia nel Settecento conferma che «necessari sono alla Repubblica non men de i Giudici gli Avvocati» (15), i quali erano descritti come «esperti nel maneggio delle Leggi, e pescatori di quelle ragioni, che possono assistere chi s’appoggia al loro patrocinio» (16), sicché «lodevolissima è la loro incumbenza, utile e necessario al Pubblico il loro istituto» (17).

Questa è soltanto una testimonianza, non marginale ma sicuramente parziale, della significativa influenza che l’esperienza giuridica francese aveva esercitato sugli ordinamenti degli Stati preunitari prima ancora che sull’Italia unita. Basti pensare alla prima legge forense del Regno d’Italia (18), la cui promulgazione era stata accompagnata dal discorso *I meriti dell’avvocatura*, pronunciato da Giuseppe Zanardelli il 15 febbraio 1875 nella prima adunanza annuale del Collegio degli avvocati di Brescia. Le parole di Zanardelli testimoniano la piena coscienza della rilevanza sociale dell’avvocatura, che veniva considerata non «una professione soltanto, ma una istituzione, che si lega con vincoli indivisibili a tutto l’ordinamento politico e sociale» (19).

Nel corso del Novecento, l’ufficio dell’avvocatura ha assunto un tratto pubblicistico ancora più marcato, giacché la professione forense ha risentito profondamente della riforma del processo civile, nonché dell’evoluzione degli studi che hanno preparato e accompagnato l’approvazione del nuovo Codice di rito. Queste spinte innovatrici e riformatrici convergevano nella direzione del riconoscimento del «carattere eminentemente pubblico» (20) dell’avvocatura, che non a caso Piero Calamandrei, primo Presidente del CNF dal 1946 al 1956, aveva qualificato come un «elemento integrante dell’ordinamento giudiziario, come un organo intermedio, posto tra il giudice e la parte, nel quale l’interesse privato ad avere una sentenza favorevole, e l’interesse pubblico ad avere una sentenza giusta si incontrano e si conciliano» (21).

Su questa rinnovata concezione della professione forense pesava l’ipoteca dommatica della tradizione di studi inaugurata nei rispettivi campi da Guido Zanobini e Giuseppe Chiovenda. Nei lavori di Zanobini sull’esercizio privato di funzioni pubbliche (22), l’attività dell’avvocato di libero foro veniva collocata sul piano sistematico tra quelle dei soggetti che esercitano funzioni di rilievo pubblico non già *nell’interesse esclusivo dello Stato*, bensì *per un interesse proprio* e sotto la propria personale responsabilità, senza che ne derivi un rapporto organico tra l’avvocato e lo Stato, neanche nei casi in cui il secondo sia assistito in giudizio dal primo (23).

L’immagine, suggerita da Calamandrei, che ritraeva gli avvocati e i giudici come un «sistema di vasi comunicanti» (24) che garantisce la buona amministrazione della giustizia ha poi trovato pieno riscontro normativo nel Codice di procedura civile del 1940. A dispetto della propaganda artatamente inserita dal regime nella *Relazione al Re* (25), questo importante approdo normativo era frutto non già dell’autoritarismo fascista, bensì di un complesso processo di sedimentazione e rielaborazione degli studi giuridici della seconda metà dell’Ottocento (26), dai quali era emersa la crisi della concezione liberale del processo civile imperniata sul principio dispositivo. Chiovenda era stato tra gli interpreti più lungimiranti di questo processo, giacché egli aveva contribuito fin dai primi

anni del Novecento a promuovere il rinnovamento metodologico degli studi processuali sulla base di principi pubblicistici, attraverso l'affermazione della scuola dogmatico-sistemica ispirata alla pandettistica tedesca.

Secondo questa prospettiva, il rafforzamento dei poteri direttivi del giudice scaturiva dalla collocazione del giudizio civile nell'orbita del diritto pubblico e dal riconoscimento della giurisdizione come «la funzione più gelosa dello Stato» (27), che non poteva più accettare la posizione «passiva» del giudice civile rivendicata dai giuristi liberali. Il processo, dunque, non era più considerato come dimensione in cui si esplicava soltanto l'autonomia privata, ma come strumento attraverso il quale doveva essere perseguito l'interesse pubblico sotteso all'esercizio della funzione giurisdizionale, che consiste nella «retta e sollecita applicazione della legge al caso concreto» (28). La concezione chiovendiana dell'azione come diritto potestativo andava proprio in questa direzione, giacché essa costituiva il punto di equilibrio tra interesse particolare dell'attore e interesse generale dell'ordinamento processuale, tra cittadino e Stato, tra libertà e autorità (29).

Tutto ciò non è certamente una novità, giacché i processualisti si sono soffermati a lungo sulla rinnovata funzione del giudice e sul rafforzamento dei suoi poteri direttivi, mentre sembra che non si possa dire altrettanto per la figura dell'avvocato, che pure ha risentito significativamente del mutato paradigma processuale. In occasione della prolusione al corso di procedura civile e ordinamento giudiziario pronunciata il 16 gennaio 1920 all'Università di Siena, Calamandrei aveva messo in luce proprio questo aspetto, osservando come le modalità di esercizio della professione forense mutassero in funzione del diverso bilanciamento operato dal legislatore tra principio dispositivo e principio di ufficialità (30).

Come avvertiva Adolf Wach, mentre la concezione privatistica del processo civile rischiava di rendere il giudice una «marionetta della volontà delle parti» e, allo stesso tempo, di avvicinare il difensore alla figura manzoniana dell'avvocato azzeccagarbugli, la concezione pubblicistica conferiva al difensore un'«importanza e una dignità sociale ben diversa da quella del “soldato di ventura”, che tutto fa per aiutare il suo patrocinato ad essere legalmente più forte dell'avversario» (31). La funzione dell'avvocato ha così assunto un «carattere schiettamente pubblico» (32), che rende il difensore il «miglior cooperatore del giudice» (33) e che, secondo Francesco Carnelutti, lo fa assomigliare a un «ingranaggio, per mezzo del quale si trasmette al giudice, moltiplicandosi e demoltiplicandosi, la attività delle parti» (34).

In altri termini, quanto più si conferisce rilievo alla funzione dell'avvocato nelle dinamiche del rito, tanto più la difesa si arricchisce di una dimensione pubblicistica che le conferisce uno spessore inedito, divenendo, oltre che diritto soggettivo, anche garanzia oggettiva del giusto processo, secondo quanto previsto dall'art. 111, comma 1°, Cost. In questa prospettiva ben si comprende come la sentenza «giusta» non sia altro che la risultante di tre forze che agiscono in tre direzioni diverse e con diseguale intensità, cioè di tre intelligenze che esaminano uno stesso problema da tre differenti punti di vista e con diverso interesse: «di fronte all'opera del giudice, che in posizione centrale guarda la lite nella sua interezza e con spirito che, per essere disinteressato, è imparziale ed equanime [...], efficacemente si aggiunge l'opera dei due avvocati competitori, ognuno dei quali, se può difettare di oggettiva serenità per la unilateralità dell'interesse che lo muove e per la sua tendenza a porre in luce soltanto gli aspetti della questione che giovano al suo cliente, è tuttavia in grado, ap-

punto per la passione con cui si mette al lavoro, di compiere su alcuni elementi della controversia una indagine assai più profonda di quella che da sé potrebbe compiere il giudice. Dall'incontro di queste tre forze nasce la verità» (35).

3. Autonomia e mercato.

Il riconoscimento da parte dello Stato dell'autonomia dell'Ordine muove dalla premessa che la professione forense, garantendo il diritto costituzionale di difesa, conferisce pienezza ed effettività all'intero impianto di diritti riconosciuti dall'ordinamento. Ciò aveva indotto Calamandrei a sostenere che la funzione di interesse generale svolta dagli avvocati non fosse «in contrasto colla loro condizione economica di privati professionisti» (36). Tuttavia, la dialettica tra gli interessi particolari del gruppo professionale e gli interessi generali dello Stato non trova sempre armonica composizione in seno all'ordinamento, come dimostrano in particolare i periodi storici contrassegnati dalle crisi economiche e finanziarie.

Lo confermano le diverse prospettive di analisi di questo fenomeno, che hanno trovato una sintesi organica nel convegno *Crisi economica e categorie civilistiche* organizzato il 28 giugno 2013 dall'Associazione dei Civiltisti italiani in collaborazione con il CNF (37). In questa occasione sono state poste a confronto le quattro più importanti crisi economiche e finanziarie che a partire dal Novecento si sono succedute fino a oggi, nonché le diverse modalità di intervento pubblico che le hanno connotate: la legislazione della prima guerra mondiale, la legislazione conseguente alla Grande Depressione, la legislazione della seconda guerra mondiale e infine la legislazione del *credit crunch*.

I dati offerti dalla Cassa di previdenza confermano la significativa incidenza che le crisi hanno avuto sull'avvocatura e consentono di cogliere come questi fattori economici, uniti all'eccesso numerico dei professionisti operanti sul mercato, abbiano reso attuale quel contrasto potenziale tra gli interessi particolari del gruppo professionale e gli interessi generali dello Stato, fino a renderne più complessa la composizione e a frustrare la funzione sociale dell'avvocato. A ben vedere, non si tratta di un fenomeno nuovo perché la storia dimostra che l'avvocatura ha sempre conosciuto momenti, se non di crisi, di difficoltà, generalmente imputabili a ragioni di carattere economico, giacché in ogni tempo si rinviene una «letteratura della crisi» che denuncia le insidie che costellano la libera professione.

Tra i casi più risalenti e interessanti merita di essere ricordato quello di un trattatello in forma di dialogo, intitolato *L'avvocato e il segretario* (38), scritto a Venezia verso il 1560 da Francesco Sansovino, figlio del grande Iacopo architetto delle Procuratie. Il padre voleva farne un avvocato, ma il figlio, dopo una breve parentesi forense, aveva deciso di fare l'editore dei propri libri, tra i quali v'era appunto questo curioso profilo dell'avvocatura veneta, nel quale si lamentava che anche allora, a Venezia, c'erano troppi avvocati e si spiegava che il responsabile della decadenza del ceto forense era da ritenersi nientedimeno che Cristoforo Colombo!

Sansovino sosteneva che l'origine di tutti i mali era stata la scoperta dell'America, giacché l'apertura di nuove rotte marittime, deviando i traffici dal Levante verso il nuovo continente, aveva fiaccato il florido commercio veneziano e la gioventù, prima dedita agli scambi e alla navigazione, si era riversata in massa alla ricerca di una nuova occupazione nel foro. Così ragionava ai suoi tempi il Sansovino, il quale, attribuendo la decadenza dell'avvocatura veneta alla rottura dell'equilibrio economico del vecchio mondo, aveva ben colto

come sulla professione forense si abbattesse fatalmente l'onda di quel «respiro che increspa gli oceani del mondo» (39).

Senza voler riannodare le sorti dell'avvocatura al filo, invero esile, che avrebbe iniziato a dipanarsi nel momento in cui, dall'alto della caravella, Colombo aveva intravisto il primo segno della nuova terra, il pregio di questa operetta cinquecentesca risiede proprio nell'aver calato la professione forense nella dimensione del mercato, che fa da sfondo a ogni esperienza giuridica. E ciò concorre a spiegare come l'eccesso numerico degli avvocati determini il progressivo scadimento della qualità delle prestazioni professionali, se non persino l'annullamento della ragion d'essere dell'avvocatura.

A tal proposito, preserva intatta una sorprendente attualità la lucida e disincantata analisi che Calamandrei aveva svolto nel celebre *Quaderno della Voce* del 1921 significativamente intitolato *Troppi avvocati!*. Lo studioso, infatti, aveva colto come alla base di ogni deviazione dell'avvocatura dalla propria funzione sociale vi fosse un «problema di natura essenzialmente economica» (40), dal quale scaturisce un profondo contrasto «tra il dovere sociale dell'avvocato, che gli imporrebbe di aiutare gli organi giudiziari a reprimere la malafede dei litiganti, e il suo tornaconto economico, che gli consiglia di indulgere ad essa e magari di coltivarla, pur di ritrarre, dal patrocinare un maggior numero di cause anche se manifestamente infondate, un più copioso guadagno professionale» (41).

Quando il mercato è saturo e l'elevata offerta di prestazioni professionali genera o acuisce il dissidio tra l'onore professionale e il guadagno, diventa particolarmente elevato il pericolo che gli avvocati cessino di «essere per la giustizia dei cooperatori preziosi» (42) e diventino invece «complici della malafede giudiziaria, ai danni della stessa giustizia che dovrebbero servire» (43). In questi casi, la sintesi tra gli interessi generali dell'ordinamento e gli interessi particolari dell'Ordine appare più complessa, ma la ricomposizione di questo equilibrio può essere raggiunta, ancora una volta, grazie all'autonomia dell'Ordine, in quanto *maître de son tableau et de sa discipline* secondo il fiero adagio del foro francese (44).

Calamandrei riteneva infatti che la soluzione del problema dei «troppi avvocati» dovesse essere affidata non già alla paventata chiusura degli albi – considerata come uno dei «rimedi eroici», che, invece di guarire il male, fanno morire l'ammalato – bensì a una severa e rigorosa selezione degli aspiranti all'avvocatura, intesa ad ammettere all'esercizio della professione «solamente i migliori, passati attraverso severissime prove» (45) che arrestano «non solo gli incapaci ma anche i mediocri» (46), giacché «altrimenti l'utilità sociale dell'avvocatura è una menzogna e un'ironia» (47).

Già da queste prime considerazioni emerge come il mercato e l'eccesso numerico degli avvocati possano pregiudicare la sintesi tra gli interessi particolari dell'Ordine e gli interessi generali dello Stato, alterando quel delicato equilibrio su cui poggiano l'autonomia dell'Ordine e la sua funzione sociale. Ciò significa che, soprattutto nei periodi contrassegnati dalle crisi economiche e finanziarie, l'avvocato deve guadagnarsi ogni giorno la fiducia non solo dell'assistito, ma della collettività intera, e il suo prezioso ausilio alle persone, alle famiglie, alle imprese si esprime, prima ancora che in un contenzioso corretto, nella consulenza, cioè nel consiglio, nella prevenzione delle liti e nella composizione amichevole delle controversie.

4. La posizione costituzionale dell'avvocato.

È nota la vicenda del mugnaio di Sans-Souci, al quale l'imperatore Federico il Grande intendeva espropriare il mulino per ampliare il parco della propria regia nei pressi di Potsdam.

Alle vessazioni dell'imperatore, che, indispettito dal rifiuto di alienazione del mulino, ne aveva minacciato l'espropriazione senza indennizzo, il mugnaio aveva replicato con pacata fermezza: «*Il y a des juges à Berlin*». La risposta fa senz'altro onore ai giudici di Berlino, in quanto attesta che essi, nel contrasto tra l'umile e il potente, meritavano senz'altro la fiducia dell'umile. Tuttavia, questa storia, che pure esprime una significativa carica simbolica, non ha mai spiegato che cosa avrebbe fatto il mugnaio se non avesse avuto i mezzi per recarsi a Berlino e far valere le proprie ragioni contro l'imperatore.

Tornano così alla mente le lucide considerazioni di Muratori, secondo cui, senza l'assistenza tecnica dell'avvocato, «gl'ignoranti clienti non sanno esaminare le loro carte, né informar i Giudici, né addurre le ragioni loro competenti» (48). Ciò significa che lo Stato di diritto non può arrestare le proprie garanzie sulla soglia della terzietà e dell'imparzialità del giudice, ma deve porre le condizioni affinché il principio di eguaglianza trovi il suo necessario completamento nel diritto di difesa e, in particolare, nella difesa tecnica assicurata dall'avvocato, la quale soltanto può porre le parti sullo stesso piano non solo davanti alla legge, ma anche dinanzi al giudice.

La pienezza e l'effettività della difesa, quale «diritto inviolabile in ogni e stato e grado del procedimento» (art. 24, comma 2°, Cost.), possono essere assicurate soltanto dall'avvocato, la cui assistenza è garanzia del contraddittorio e della rimozione di «ogni ostacolo a far valere le ragioni delle parti» (49). Ne consegue che il diritto di difesa rappresenta una fondamentale conquista di civiltà giuridica ed è stato pertanto annoverato dalla Corte costituzionale «“fra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2” (sent. n. 98 del 1965), e che non esita ora ad ascrivere tra i principi supremi del nostro ordinamento costituzionale, in cui è intimamente connesso con lo stesso principio di democrazia l'assicurare a tutti e sempre, per qualsiasi controversia, un giudice e un giudizio» (50). In ciò risiede il rilievo costituzionale della professione forense (51), la cui «specialità» è confermata anche dall'ordinamento dell'Unione europea e, in particolare, dalla Risoluzione del 5 aprile 2001, con cui il Parlamento ha riconosciuto che la professione forense assolve a un ruolo di «pubblico interesse» (52) e che «rappresenta uno dei pilastri della tutela del diritto fondamentale alla difesa e dell'applicazione del principio dello Stato di diritto» (53).

Gli importanti approdi normativi che fanno capo alla legge forense del 2012 sono stati accompagnati da una corposa elaborazione della giurisprudenza di legittimità, che ha contribuito a mettere in luce la funzione pubblicistica, di rilievo costituzionale, assolta dall'avvocatura. Secondo il consolidato orientamento della Corte di cassazione, infatti, l'avvocato opera non solo come «libero professionista» (art. 2, comma 1°, l. forense), ma anche come «necessario “partecipe” dell'esercizio diffuso della funzione giurisdizionale, se è vero che nessun processo (salvo i processi civili di limitatissimo valore economico) può essere celebrato senza l'intervento di un avvocato» (54). Il difensore tecnico, dunque, è «chiamato» ad assolvere a una «delicata attività, tendenzialmente indispensabile [...] a veicolare l'esercizio del diritto costituzionale di azione» (55), come conferma anche l'etimo del lemma «avvocato», che allude, prima ancora che alle prestazioni dedotte nel contratto d'opera intellettuale, a una «chiamata»: *ad (auxilium) vocatus*, infatti, è colui che è chiamato in aiuto, ossia ad assistere il chiamante per tutelarne i diritti e gli interessi.

Ciò è vero in particolare per il processo penale, nell'ambito del quale assume rilievo, accanto alla difesa tecnica, cui attende il

difensore, l'autodifesa, che concerne «quel complesso di attività mediante le quali l'imputato è posto in grado di influire sullo svolgimento dialettico del processo e di contribuire così, attivamente, ad una più sicura ricerca della verità materiale» (56). A seguito dei processi che negli anni Settanta hanno visto come imputati alcuni esponenti delle «Brigate Rosse» che avevano rifiutato la difesa tecnica dell'avvocato, la Corte costituzionale ha affermato che «l'imposizione all'imputato di un difensore, persino suo malgrado, mira ad assicurargli quelle cognizioni tecnico giuridiche, quell'esperienza processuale e quella distaccata serenità, che gli consentono di valutare adeguatamente le situazioni di causa, in guisa da tutelare la sua più ampia libertà di determinazione nella scelta delle iniziative e dei comportamenti processuali» (57). Ciò significa che la difesa tecnica è una garanzia indisponibile e che essa preclude l'autodifesa esclusiva dell'imputato, anche nel caso in cui questi abbia una sufficiente preparazione giuridica (58).

La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato fin dalle prime pronunce come il «compito della difesa» (59) assolto dall'avvocato assuma un'«importanza essenziale nel dinamismo della funzione giurisdizionale, tanto da poter essere considerato come esercizio di funzione pubblica» (60). Gli avvocati, dunque, «in vista e per il fatto dell'esercizio della professione, si trovano in una posizione che ha aspetti di peculiarità che oggettivamente la differenziano da quella di tutti gli altri prestatori d'opera intellettuale» (61), anche in ragione dell'«impegno e [del]lo scrupolo deontologico con cui [...] assolvono quotidianamente una funzione insostituibile per il corretto svolgimento della dinamica processuale» (62).

La legge forense del 2012 si colloca nel solco tracciato da questo consolidato orientamento e riconosce pienamente la «specificità della funzione difensiva [...] in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale dei diritti alla cui tutela essa è preposta» (art. 1, comma 2°, l. forense). Il rilievo pubblicistico della professione forense è confermato dall'intero impianto della nuova legge e, in particolare, dalle previsioni in forza delle quali l'avvocato deve «garantire al cittadino l'effettività della tutela dei diritti» (art. 2, comma 2°, l. forense) (63) e deve svolgere questo compito «nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa» (art. 10, Codice deontologico forense), secondo l'alta funzione sociale che l'art. 24 Cost. gli affida (64).

Nonostante questi precisi dati normativi, emergono ciclicamente e si fanno strada nel dibattito tra gli studiosi le proposte di riforma costituzionale volte a rendere esplicito nel testo della Carta il rilievo pubblicistico dell'avvocatura al fine di rafforzare i principi di libertà, autonomia e indipendenza che guidano l'azione professionale e il giudizio intellettuale dell'avvocato, principi questi che il legislatore ha qualificato come «indispensabili condizioni dell'effettività della difesa e della tutela dei diritti» (art. 3, comma 1°, l. forense) (65).

Tra le iniziative più significative deve essere ricordata quella sorta dall'impegno dell'Avv. Maurizio de Tilla nell'ambito dell'Organismo unitario dell'avvocatura italiana (OUI), che nel 2009 ha presentato una proposta di riforma costituzionale volta a conferire maggiore rilievo alla pari dignità costituzionale dell'avvocatura e della magistratura. In particolare, la proposta di riforma intendeva dedicare il Titolo IV della parte II della Costituzione a «La giurisdizione» e di articolare tale titolo in tre sezioni, nelle quali venivano disciplinati i principi fondamentali relativi alla funzione giurisdizionale e alla magistratura insieme a quelli relativi all'avvocatura e alla difesa dei diritti. Nella medesima direzione andavano le proposte di legge costituzionale d'iniziativa dell'On. Pecorella, presen-

tata alla Camera dei deputati il 26 giugno 2009, recante «Introduzione della sezione I-bis del titolo IV della parte seconda della Costituzione, concernente l'avvocatura» (AC 2556), e il disegno di legge costituzionale (AS 1935), d'iniziativa del Sen. Pera, comunicato alla Presidenza del Senato in data 15 dicembre 2009 e recante «Nuove norme costituzionali sulla magistratura».

In tempi più recenti, un'analogha proposta di riforma costituzionale è stata avanzata dal CNF ed è stata presentata in occasione della tavola rotonda *L'avvocato in Costituzione* tenutasi a Roma il 9 febbraio 2018 a margine della Cerimonia di inaugurazione dell'anno giudiziario 2018. Secondo l'intento dei proponenti, questo disegno di riforma mira al «riconoscimento del ruolo pubblicisticamente rilevante dell'avvocatura, ma nel rispetto della natura libera della professione» (66). Per conseguire questo risultato, il CNF ha individuato come *locus* della novella l'art. 111 Cost. e non già l'art. 24 Cost., previsione quest'ultima che, condivisibilmente, viene considerata di «icasticità e nitore irripetibili» (67) che connotano un principio fondamentale che «è bene lasciare intatto nell'immediatezza della sua forza prescrittiva» (68).

In particolare, il CNF propone di introdurre nell'art. 111 Cost., dopo i primi due commi, le seguenti disposizioni: «Nel processo le parti sono assistite da uno o più avvocati. In casi straordinari, tassativamente previsti dalla legge, è possibile prescindere dal patrocinio dell'avvocato, a condizione che non sia pregiudicata l'effettività della tutela giurisdizionale» (comma 3°); «L'avvocato esercita la propria attività professionale in posizione di libertà e di indipendenza, nel rispetto delle norme di deontologia forense» (comma 4°); «La funzione giurisdizionale sugli illeciti disciplinari dell'avvocato è esercitata da un organo esponentiale della categoria forense, eletto nelle forme e nei modi previsti dalla legge, che determina anche le sue altre attribuzioni. Contro le sue decisioni è ammesso il ricorso per cassazione» (comma 5°).

Nessuna delle proposte di riforma ora ricordate è giunta ad approvazione. Ciò conferma che la stagione che stiamo vivendo non appare propizia per le riforme che incidono significativamente sull'impianto della Costituzione. Ciò nonostante, la mancata approvazione di queste proposte di riforma costituzionale non sembra affatto pregiudicare l'alta funzione sociale dell'avvocatura, che è pienamente riconosciuta dal nostro ordinamento. La storia della professione forense, della cui articolata evoluzione si è tentato di tracciare i profili che maggiormente ne mettono in luce il rilievo pubblicistico, dimostra infatti che lo Stato, riconoscendo l'autonomia dell'Ordine, ne ha accolto e positivizzato i valori. Tutto ciò rivela all'interprete che la posizione costituzionale dell'avvocato è già un dato di diritto positivo, che si ricava senza fatica esegetica dalle previsioni costituzionali prima ricordate, anche sulla scorta della corposa elaborazione giurisprudenziale di cui esse sono state oggetto.

Note.

- (1) Cass. civ., SS.UU., 26.01.2011, n. 1782.
- (2) CNF, *Diario della riforma forense* (a cura di Morelli), Anteazza, 2014; Id., *Il rinnovamento dell'avvocatura (2004-2014)*, Anteazza, 2014; Danovi, *La nuova legge professionale forense*, Giuffrè, 2014.
- (3) Regolamento CNF 22 novembre 2013, n. 3.
- (4) Il nuovo Codice deontologico forense è stato approvato dal CNF il 31 gennaio 2014 in attuazione dell'art. 35, comma 1°, lett. d), l. forense. Si rinvia in particolare a Perfetti, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della Giustizia*, Giappichelli, 2013 e Danovi, *Il nuovo codice deontologico forense. Commentario*, Giuffrè, 2014.

(5) Ne offrono puntuale dimostrazione i molteplici richiami a tali previsioni contenuti nella nuova legge forense, la quale, ad esempio, all'art. 34, comma 1°, dispone che il CNF è «previsto e disciplinato dagli articoli 52 e seguenti del regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n. 36, e dagli articoli 59 e seguenti del regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37». Si rinviengono analoghi rinvii negli artt. 34, comma 6°; 35, comma 1°, lett. c); 36, comma 1°, e 37, comma 1°. Attraverso questi rinvii il legislatore ha inteso preservare la funzione giurisdizionale del CNF e, in particolare, evidenziare che si tratta non già di una nuova giurisdizione speciale, come tale radicalmente illegittima per contrasto con l'art. 102, comma 2°, Cost., ma di un organo giurisdizionale preesistente, istituito con d.lgs. lgt. 23 novembre 1944, n. 382, e tuttora legittimamente operante giusta la previsione della VI disposizione transitoria e finale della Costituzione (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., SS.UU., 19.07.1974, n. 2177; Cass. civ., SS.UU., 07.02.2002, n. 1732; Cass. civ., SS.UU., 13.07.2010, n. 16349; Cass. civ., SS.UU., 08.08.2011, n. 17064; Cass. civ., SS.UU., 29.05.2014, n. 12064).

(6) Sulla garanzia del «corretto esercizio della professione a tutela dell'affidamento della collettività» si vedano in particolare Corte cost., sent. nn. 114 del 1970 e 405 del 2005. Cfr. Bindi, Mancini, *La Corte alla ricerca di una precisa delimitazione dei confini della materia "professioni" (nota a margine delle sentt. nn. 319, 355, 405 e 424 del 2005 della Corte costituzionale)*, in *Federalismi.it*, 2005, 24; Colavitti, *Gli interessi pubblici connessi all'ordinamento delle professioni libere: la Corte conferma l'assetto consolidato dei principi fondamentali in materia di professioni*, in *Giur. cost.*, 2005, VI, 4411 ss.; Alpa, *Solo un avvocato qualificato può contribuire al buon funzionamento del sistema giustizia*, in *Guida al dir.*, 2009, 40, 11, ora in CNF, *Il rinnovamento dell'avvocatura (2004-2014)*, cit., 487 ss.

(7) ACD, Leg. XXVII, sess. 1924-1925, *Doc.*, C. n. 508, «Ordinamento delle professioni di avvocato e di procuratore».

(8) Tacchi, *Gli avvocati italiani dall'Unità alla Repubblica*, il Mulino, 2002, 531-552; Meniconi, *La «maschia avvocatura». Istituzioni e professione forense in epoca fascista (1922-1943)*, il Mulino, 2007, 239-267.

(9) Rescigno, *Etica delle professioni, deontologia, codici di categorie*, in Giacobbe (a cura di), *Scritti in memoria di Vittorio Sgroi*, Giuffrè, 2008, 485 ss.; Perfetti, *Deontologia dell'avvocato, ordinamento forense, amministrazione della Giustizia*, cit.; Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Giuffrè, 2012; Ead., *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Giuffrè, 2015; Piacci, *Valori dell'avvocatura ed effettività delle tutele*, in *Cultura e Diritti*, 1/2, 2016, 35 ss.; Danovi, *Il diritto degli altri. Storia della deontologia*, Giuffrè, 2021.

(10) Satta, voce «Avvocato e procuratore», in *Enc. del Dir.*, IV, Giuffrè, 1988, 655.

(11) Giannini, voce «Autonomia (Teoria generale e diritto pubblico)», in *Enc. del Dir.*, IV, cit., 356 ss.

(12) Galgano, *Deontologia forense e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Contratto e Impresa*, 1, 2011, 287 ss.

(13) Giannini, voce «Autonomia (Teoria generale e diritto pubblico)», cit., 357. Sono esempi dell'integrazione tra ordinamento generale e ordinamento particolare l'art. 2, comma 4°, l. forense, secondo cui «l'avvocato, nell'esercizio della sua attività, è soggetto alla legge e alle regole deontologiche», e l'art. 3, comma 3°, della medesima legge, a mente del quale «l'avvocato esercita la professione uniformandosi ai principi contenuti nel codice deontologico emanato dal CNF».

(14) d'Aguesseau, *Discours et Œuvres mêlées de M. le Chancelier d'Aguesseau*, voll. I e II, Libraires Associés, 1786 (cfr. in particolare il discorso del 1693 su *L'indépendance de l'Avocat*) riediti da Beneduce, *Altri codici. Sentimenti al lavoro nei galatei forensi*, Rubettino, 2008. Si veda anche Boucher d'Argis, *Règles pour former un avocat, tirées des plus célèbres auteurs anciens et modernes, Nouvelle édition*, Durand, 1778.

(15) Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Presso Giambattista Pasquali, 1742, 54, con ristampa anastatica del 1999 curata dal Ministero della Giustizia con il saggio di Petronio, *Una critica arcadica di Lodovico Antonio Muratori ai difetti della giurisprudenza*. Si veda inoltre Alpa (a

cura di), *I difetti della giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L.A. Muratori. Atti del convegno di Vignola. Castello Boncompagni Ludovisi. Sabato 2 dicembre 2000*, Giuffrè, 2002.

(16) Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 54.

(17) *Ibid.*

(18) La legge 8 giugno 1874, n. 1938, è stata la prima legge forense del Regno d'Italia, nonché la prima legge sulle professioni. Solo l'anno successivo seguirà la legge notarile (l. 28.07.1875, n. 2786).

(19) Zanardelli, *L'avvocatura. Discorsi*, Società Editrice «Unitas», 1920, 57. Si veda anche Alpa, *La nobiltà della professione forense. Tradizione ordinistica, mercato dei servizi legali, "funzioni pubbliche" nel diritto interno e nel diritto comunitario*, Cacucci, 2004; Id., *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, il Mulino, 2011; Id., *Per un progetto di storia dell'avvocatura*, in Alpa, Danovi (a cura di), *Un progetto di ricerca sulla storia dell'avvocatura*, il Mulino, 2003, 15 ss.

(20) Calamandrei, *Troppi avvocati!*, Quaderni della Voce, 1921, 12.

(21) *Ibid.* Così anche secondo Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, 1936, II, sez. I, 253, dove veniva sottolineato che «meglio di una professione il loro ufficio è una funzione, non solo dal punto di vista giuridico, ma politico sociale, perché stando tra le parti e i giudici, sono l'elemento trasverso cui i rapporti tra l'amministrazione della giustizia e i cittadini possono migliorare, crescendo da un lato l'autorità, dall'altro la fiducia, dal che dipende il miglioramento degli istituti processuali».

(22) Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, in Id., *Scritti vari di diritto pubblico*, Giuffrè, 1955, 87 ss. Cfr. anche Id., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Società Editrice Libreria, 1915, II, parte III, 233 ss.

(23) Nei casi in cui lo Stato sia difeso in giudizio da avvocati di libero foro, questi ultimi «non sono titolari di nessun ufficio pubblico, ma sono incaricati di far valere in giudizio una volta tanto le ragioni dello Stato» (cfr. Zanobini, *L'esercizio privato delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici*, cit., 100).

(24) Calamandrei, *Il rispetto della personalità nel processo*, in Id., *Processo e democrazia. Conferenze tenute alla Facoltà di Diritto dell'Università Nazionale del Messico*, Cedam, 1954, 143 ss.

(25) Cfr. *La Relazione al Re del Ministro Guardasigilli*, edizione a cura di Giulio Donzelli, in Alpa, Calamandrei, Marullo di Condojanni (a cura di), *Piero Calamandrei e il nuovo Codice di procedura civile (1940)*, il Mulino, 2019, 23 ss.

(26) Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, I, Cedam, 1941, 21; Id., *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio* e Id., *Processo e giustizia*, entrambi in Id., *Opere giuridiche* (a cura di Cappelletti), I, Morano, 1965, rispettivamente 523 ss. e 563 ss., dove Calamandrei rilevava che il Codice aveva avuto «la singolare ventura di veder confluire e di poter riassumere in sé le tre più autorevoli correnti scientifiche che hanno dominato in quest'ultimo trentennio il campo degli studi processuali in Italia, cioè le tre scuole di Chiovenda, di Redenti e di Carnelutti».

(27) Si veda il parere sulla riforma del Codice di procedura civile reso da Calamandrei nel maggio del 1956 su incarico della Facoltà giuridica dell'Università di Firenze (cfr. Biblioteca comunale di Montepulciano, Archivio storico «Piero Calamandrei», *Fondo Piero Calamandrei*, Serie I, fasc. 131).

(28) Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo Codice*, I, cit., 234.

(29) Capogrossi, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1938, 252 ss., ora in Id., *Opere*, IV, Giuffrè, 1959, 133 ss.

(30) Calamandrei, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, in *Studi Senesi*, 1920, 165 ss., ora in Id., *Opere giuridiche* (a cura di Cappelletti), II, Morano, 1966, 12 ss.

(31) *Ibid.*, 31.

(32) *Ibid.*

(33) *Ibid.*

- (34) Carnelutti, *La nuova procedura per le controversie sugli infortuni nell'agricoltura*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, I, 1-2, 5.
- (35) Calamandrei, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, cit., 45.
- (36) Id., *Troppi avvocati!*, cit., 29 s.
- (37) Alpa, Navarretta (a cura di), *Crisi finanziaria e categorie civilistiche*, Giuffrè, 2015.
- (38) Sansovino, *L'avvocato e il segretario* (a cura di Calamandrei), Le Monnier, 1942, riedito nel 2016 da Ronzani.
- (39) *Ibid.*, 42.
- (40) Calamandrei, *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, cit., 42.
- (41) *Ibid.*
- (42) Id., *Troppi avvocati!*, cit., 37.
- (43) *Ibid.*, dove Calamandrei proseguiva: «affinché l'avvocatura non tradisca il suo fine pubblico occorre che il litigante disonesto non trovi nessun avvocato disonesto disposto a patrocinare la sua lite; se, in mezzo a pochi coscienti, molti ne trova pronti ad armar di cavilli il suo spirito di litigiosità, l'utilità sociale dell'avvocatura è, per ciò solo, mancata». Cfr. anche Masani, Meli, Olivieri (a cura di), *Le professioni intellettuali tra decoro e mercato*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2005, 1; Alpa, *I custodi del diritto. Avvocatura, mercato, politica*, Il Sole 24 Ore, 2007; Colavitti, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, Giappichelli, 2012.
- (44) Donzelli, *Note sulla storia dell'ordre des avocats*, in *Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici*, 2017, 173 ss.
- (45) Calamandrei, *Troppi avvocati!*, cit., 37.
- (46) Id., *L'avvocatura e la riforma del processo civile*, cit., 57.
- (47) Id., *Troppi avvocati!*, cit., 37.
- (48) Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, cit., 54.
- (49) Corte cost., sent. n. 46 del 1957. Si veda anche Corte cost., sent. n. 190 del 1970, secondo cui il diritto di difesa deve essere garantito in modo tale da assicurare «all'interessato la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale, non pienamente realizzabile senza l'intervento del difensore». Per un esame analitico del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale nella giurisprudenza e nella legislazione si rinvia a Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *AIC*, 4, 2014.
- (50) Corte cost., sent. n. 18 del 1982. Cfr. anche Corte cost., sent. nn. 46 del 1957; 67 del 1960; 190 del 1970; 175 del 1971; 125 del 1979; 188 del 1980; 128 del 1995; 198 del 2000.
- (51) Per la specialità costituzionale della professione forense si rinvia in particolare ad Loiodice, *La specialità della professione forense nel quadro dei valori costituzionali*, in *Rass. For.*, 2005, 87 ss. Si rinvia anche ai più recenti lavori di Bertolotti, *Società tra professionisti e società tra avvocati*, Giappichelli, 2013, in particolare 165 ss.; Colavitti, *La specialità costituzionale della professione forense e la libertà professionale dell'avvocato*, in *Riv. Dir. Civ.*, I, 2013, 397 ss. e Id., *Indipendenza dell'avvocato e diritto costituzionale*, in *Cultura e Diritti*, 1/2, 2016, 23 ss.; Id., *La libertà professionale tra Costituzione e mercato. Liberalizzazioni, crisi economica e dinamiche della regolazione pubblica*, cit., 72, ove l'A. afferma che la professione forense è l'«unica professione costituzionalmente necessaria» e che la difesa tecnica «è diritto fondamentale del cittadino (e del non cittadino) senz'altro riconducibile a quel nucleo irrinunciabile di principi supremi dell'ordinamento e dei diritti fondamentali che non possono essere modificati neanche in sede di revisione costituzionale, a meno di non sovvertire l'ordine costituzionale, e fondarne uno nuovo».
- (52) B5-0247/2001.
- (53) *Ibid.* La Risoluzione del Parlamento europeo del 23 marzo 2006 ha ribadito «la funzione cruciale esercitata dalle professioni legali in una società democratica, al fine di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, lo stato di diritto e la sicurezza nell'applicazione della legge, sia quando gli avvocati rappresentano e difendono i clienti in tribunale che quando danno parere legale ai loro clienti» (cfr. B6-0230/2006).
- (54) Cass. civ., SS.UU., 19.4.2017, n. 9861, per cui si rinvia a Donzelli, *Pubblicità informativa e professione forense*, in *NGCC*, 2017, 10, 1323 ss.
- (55) Cass. civ., SS.UU., 19.11.2021, n. 35463; Cass. civ., SS.UU., 24.12.2019, n. 34439.
- (56) Corte cost., sent. n. 99 del 1975, secondo cui «l'uno e l'altro aspetto del diritto di difesa trovano puntuale riscontro nell'art. 24, comma secondo, della Costituzione che tutela l'autodifesa, non meno della difesa tecnica, quale diritto primario dell'imputato, immanente a tutto l'iter processuale, dalla fase istruttoria a quella di giudizio, sino al momento di chiusura del dibattimento». Cfr. anche Corte cost., sent. nn. 205 del 1971 e 186 del 1973.
- (57) Corte cost., sent. n. 498 del 1989.
- (58) Cass. pen., Sez. II, 16.7.2013, n. 40715, secondo cui, anche a seguito dell'entrata in vigore della nuova l. forense, l'autodifesa in sede penale non può ritenersi generalmente consentita, in difetto di una previsione di legge *ad hoc* (nel caso di specie, l'imputato era un soggetto abilitato all'esercizio della professione forense dinanzi alle magistrature superiori).
- (59) Corte cost., sent. n. 46 del 1957.
- (60) Cfr. *ex plurimis* Corte cost., 8.3.1957, n. 46, in *Giur. cost.*, 1957, 587 ss.
- (61) Corte cost., 4.6.1975, n. 137, in *Giur. cost.*, 1975, 1347 ss.
- (62) Corte cost., 16-27.5.1996, n. 171, in *Giur. cost.*, 1996, 1552 ss.
- (63) Cfr. *ex plurimis* Corte cost., sent. n. 46 del 1957. Così anche Corte cost., sent. n. 190 del 1970, secondo cui il diritto di difesa deve essere garantito in modo tale da assicurare «all'interessato la possibilità di partecipare ad una effettiva dialettica processuale, non pienamente realizzabile senza l'intervento del difensore».
- (64) Police, *Art. 24*, in Bifulco, Celotto, Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, UTET, 2006, 511.
- (65) Alpa, *La nobiltà della professione forense. Tradizione ordinistica, mercato dei servizi legali, "funzioni pubbliche" nel diritto interno e nel diritto comunitario*, cit.; Id., *L'avvocato. I nuovi volti della professione forense nell'età della globalizzazione*, cit.; Id., *Il ruolo del difensore tra normativa interna e sovranazionale*, in *Diritto penale e processo*, 2012, Speciale Diritto di difesa, 5 ss.; Id., *Deontologia forense*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2013, fasc. 2, 436 ss.; Danovi, *Il nuovo Codice deontologico forense. Commentario*, cit., 167 ss.
- (66) https://www.consigionazionaleforense.it/web/cnf/avvocato-in-costituzione/-/asset_publisher/WqiqhZP3asoS/.
- (67) *Ibid.*
- (68) *Ibid.*