

NUOVA GIURISPRUDENZA LIGURE

Rivista quadriennale di giurisprudenza
del Distretto della Corte d'Appello di Genova, fondata nel 1999

Comitato Scientifico:

Guido Alpa, Camillo Belfiore, Sergio Maria Carbone, Luigi Cocchi, Paolo Comanducci, Pasquale Costanzo, Andrea D'Angelo, 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.), Rario D'Arrigo (R.D'AR.), Francesco Dimundo (F.DM.), Stefano Faccio, Michela Ferraris (ML.F), Antonio Fontana (A.FONT.), Carlo Iavicoli, Patrizia Monferrino (PMO.), Alberto Princiotta, Gian Maria Tavella (G.M.T.), Marco Tiby (M.TY.), Stefano Torchio (ST.TOR.), Stefano Andrea Vignolo (ST.VGN.)

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 Scielo (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 (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bartolini (FBART.), 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.), Nicola Boggiano (NIC.BO.), Lavinia Botto, Costanza Bracciforti (C.BC.), Elisa Brigandì (EL.BR.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Caldini, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Coigliolo (M.C.C.), Emanuela Casaleggio (E.C.), Alessandro Castino, Massimiliano Cattapani (M.C.), Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Sandra Compiano (SA.COM.), 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.), Alessandro Demarchi (A.DM.), Raffaela Demaria (R.D.), Stefano Dominelli (S.D.), Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), 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.), Christian Graziano (C.GRA.), Marco Grimani (MA.GRI.), Giuseppe Inglese (G.ING.), Andrea La Mattina (A.LAM.), Elena Lanzi, Anita Liporace (A.LI.), Fiammetta Malagoli (F.MLG.), Francesca Maoli, Valentina Massara (V.M.), Andrea Maura (A.MAU.), Federica Marchese (FED.MH.), Gian Maria Marletti, Cristina Marras, Chiara Medinelli (C.MED.), Francesco Simone Melandri (F.S.M.), Jenny Meloni (J.MLN.), Eugenio Migliorini (EU.MI.), Federico Montaldo, Sonia Nadali (S.NA.), Alessandro Nicolini (A.N.), Anna Maria Occasione (A.M.OC.), Silvia Olcese (SI.OL.), Annalisa Olivieri (A.O.), Nicola Orecchia (N.OR.), Francesca Orfanelli (FO.), Francesca Paderno (FP.), Carlo Pasero (C.PA.), Clizia Pastorino (CLI.P.), Nicolò Pescetto (N.P.), Giuseppe Piccardo (GIU.P.), Stefania Polidorou (STE.POL.), Claudio Rambaldi (CL.RM.), Federico Repetti (FRPT.), Francesca Ricca (FR.RIC.), Mario Riccomagno, Raffaella Romoli (R.RO.), Guia Rovengo (GU.R.), Anna Ruberto, Alessandro Saccomani (A.SAC.), Aldo Salvadé (AL.S.), Francesca Scamuzzi (FR.SCA.), Giorgia Scuras, Agnese Sgotti (A.SG.), Michele Sivardo (M.SIV.), Laura Sommazzi, Alberto Spinelli (ALB.SPIN.), Paolo Tarnassi, Maurizio Temesio, Federica Testini, Francesco Massimo Tiscornia, Fabio Torriello, Filippo Maria Torresi, Serena Torri (S.T.), Andrea Trucchi, Elisabetta Varni (E.VAR.), Andrea Vené, Valentina Ventura (V.V.), Jenny Verduci (J.V.), Valeria Vignolo (V.VGN.), Giacomo Viotti, Andrea Vistosi (A.VST.), Fabio Zanoli (FA.ZA.), Filippo Andrea Zorzi (F.A.Z.)

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.), Ilaria Busca, Martina Caputo (M.CAP.), Annalisa Carella (AN.CAR.), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Franco Augusto Gastaldo, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (FMA.), Alessandro Magrassi, Paolo Michieli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Oriana, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Ponteprino, 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, Fabio Cavaletti, 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, 2 dicembre 2021

3

Tribunale di Genova, 26 novembre 2021

6

Tribunale di Genova, 3 ottobre 2021

17

Tribunale di Savona, 24 settembre 2021

20

Tribunale di Genova, 5 ottobre 2021

26

Tribunale di Genova, 22 giugno 2021

29

Tribunale di Genova, sez. imprese, 5 novembre 2021

31

Massimario

Documenti

Il calcolo del tempo e le regole del diritto.

Guido Alpa

38

Il diritto immobiliare alla prova dell'emergenza Covid.

Francesco Massimo Tiscornia

43

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Consiglio di Stato, 21 ottobre 2021

45

Massimario

49

Documenti

Diritto sovranazionale e intangibilità del giudicato amministrativo.

Ludovica Costigliolo

51

Sezione di diritto tributario

Massimario

58

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, 4 novembre 2020

65

Il reato omissivo improprio nel caso “torre piloti bis”: riflessioni sulle peculiari e presunte posizioni di garanzia nella fase di approvazione del progetto.

Ramona Gargiulo

66

Massimario

73

Sezione di deontologia forense

Documenti

L'espONENTE e suoi poteri nel procedimento disciplinare.

Fabio De Santis

78

Sezione di diritto civile

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. II civ., 2 dicembre 2021, n. 2592 - Giudice Unico Buttiglione.

AVVOCATO - responsabilità professionale - inadempimento del mandato - presupposti - nesso causale tra condotta e danno - probabile esito positivo - onere della prova in capo al cliente - necessità.

(Artt. 1176, 1218 e 2229 e ss. c.c.)

La responsabilità dell'avvocato non può affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo altresì verificare se l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla sua condotta, se un danno vi sia effettivamente stato e infine se, ove il legale avesse tenuto il comportamento dovuto, l'assistito, alla stregua di criteri probabilistici, avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, altrimenti, la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del professionista ed il danno. Donde, anche qualora venga individuata in capo all'avvocato convenuto una condotta negligente, questa non è - di per sé - elemento sufficiente a fondare la richiesta del risarcimento del danno, essendo altresì necessario che il cliente-danneggiato dimostri che il corretto adempimento della prestazione professionale avrebbe portato, con concreta probabilità, all'accoglimento della propria pretesa.

MI.F.

(...Omissis...)

Motivi in fatto ed in diritto della decisione.

Con atto di citazione datato 30.10.2017, regolarmente notificato al convenuto Avvocato X, la società C. S.R.L. (società terminalista presso il porto di Genova) esponeva di avere a suo tempo impugnato avanti alla Commissione Tributaria Provinciale e alla Commissione Tributaria Regionale avviso di accertamento da parte del Comune di Genova, volto a ottenere la corresponsione di somme asseritamente non corrisposte, o parzialmente non corrisposte, relative all'imposta Comunale sugli immobili riferita all'anno 2002.

I due giudizi tributari si erano conclusi negativamente per l'esponente (fatta salva una riduzione delle aree conteggiate per applicazione dell'imposta, come da sentenza della Commissione Tributaria Provinciale allegata).

La fase del ricorso per Cassazione era stata affidata all'Avvocato X (i giudizi tributari erano invece stati seguiti da altri professionisti) - e si era conclusa con pronuncia di inammissibilità da parte della Suprema Corte (sentenza n. 18495 del 2016), poiché le censure non erano state mosse contro la sentenza impugnata, ma contro l'originario avviso di accertamento emesso dal Comune di Genova.

Ritenuto che la grave negligenza del legale aveva comportato la definitiva perdita di chance di ottenere l'esigibile esito vittorioso della controversia, parte attrice concludeva chiedendo dichiararsi risolto il contratto professionale, con conseguente restituzione del corrispettivo versato all'avvocato - pari a € 2.938,77 - ma soprattutto il risarcimento del danno - pari a € 109.782,66 oltre interessi - somma corrispondente all'importo rateizzato con Equitalia S.P.A. - allegato in atti. Si costituiva il convenuto Avvocato X, contestando la domanda e chiedendo la chiamata in causa della propria assicurazione - Generali S.p.a. Quest'ultima a propria volta chiedeva l'autorizzazione a chiamare in causa il co-difensore

di C S.R.L. nella fase del giudizio svoltasi avanti alla Corte di Cassazione, Avvocato Y, il quale - costituitosi - chiamava la propria assicurazione - risultata essere la stessa Generali S.p.a. - che si costituiva infine in relazione alla polizza azionata dall'Avvocato Y. L'avvocato Y contestava la sussistenza nel merito della propria responsabilità, in quanto egli aveva ricevuto incarico di mero "domiciliatario" in Roma per la causa, per cui tutte le difese come strutturate e argomentate non erano riferibili alla sua attività, mentre il mandato quale co-difensore corrispondeva a pura formalità utile a facilitare il compimento degli atti avanti alla Cassazione (anche perché l'Avvocato X non risultava ancora Avvocato Cassazionista).

Tutte le parti convenute e terze chiamate eccepivano carenza di prova in ordine al nesso di causa fra eventuale, contestato inadempimento, e danno - in quanto difettavano elementi prognostici favorevoli rispetto a un esito vittorioso della controversia in Cassazione.

Parte attrice, nelle memorie 183 c.p.c. estendeva la domanda di risarcimento del danno nei confronti del terzo chiamato Avvocato Y, e a fronte delle prove per interpello dedotte e ammesse nei confronti dell'Avv. X da parte del terzo chiamato Y, acquisiva copia conforme all'originale del fascicolo d'ufficio della causa avanti alla Corte di Cassazione, al fine di dimostrare il pieno coinvolgimento nella vertenza dell'Avvocato Y.

La produzione avveniva all'udienza del 30.10.2019, nel corso della quale veniva reso l'interrogatorio formale dell'Avvocato X (v. verbale udienza).

Peraltra, dagli atti risultava che il deposito delle memorie ex art. 378 c.p.c. per l'udienza di discussione avanti alla Cassazione avvenne a cura dell'Avv. Y, per conto dei nuovi legali di C S.R.L. (in quanto X era stato nel frattempo revocato dall'incarico di difesa da parte di C S.R.L.).

Nel merito, va affermato, siccome pacifico in giurisprudenza in materia di responsabilità degli avvocati, che la responsabilità del legale non può affermarsi per il solo fatto del suo non corretto adempimento dell'attività professionale, occorrendo verificare se l'evento produttivo del pregiudizio lamentato dal cliente sia riconducibile alla condotta dell'avvocato, se un danno vi sia stato effettivamente, e infine se, ove questi avesse tenuto il comportamento dovuto, l'assistito, alla stregua di criteri probabilistici, avrebbe conseguito il riconoscimento delle proprie ragioni, difettando, altrimenti, la prova del necessario nesso eziologico tra la condotta del legale, commissiva od omissiva, e il danno.

In sostanza parte attrice aveva l'onere di provare, nel presente giudizio, in primo luogo l'inadempimento colposo del professionista, e in secondo luogo la concreta probabilità che il ricorso in Cassazione, ove non dichiarato inammissibile, sarebbe stato accolto, con totale revisione/cancellazione dell'obbligo tributario.

Ovviamente, peraversi una condanna del legale al risarcimento del danno, la parte attrice aveva l'onere di provare entrambe le condizioni. Riguardo al primo punto, la prova è effettivamente ricavabile dalla sentenza della Corte di Cassazione (di cui si riportano per esteso i passaggi salienti), che qualifica come inammissibili i motivi del ricorso, in quanto essi non risultano rivolti nei confronti della sentenza impugnata, ma consistono in censure direttamente rivolte all'avviso di accertamento originario.

"Nel corpo del ricorso (afferma la Corte) ci si riferisce alla sentenza impugnata alle pagine 8,9,11,15, e 18 paventando generiche omissioni

di pronuncia che non sono indicate nella rubrica, ovvero censure di omessa o contraddittoria motivazione, all'evidenza generiche... senza l'individuazione di alcuna sottostante questione di fatto... e che non aggrediscono alcuna effettiva ratio decidendi e sintomatiche invece, attraverso l'esposizione di un mero dissenso, della malcelata volontà finalizzata a richiedere il riesame del merito della controversia, inammissibile nel presente giudizio... Con il terzo e il quinto motivo di ricorso, che si esaminano congiuntamente perché strettamente connessi, la società ricorrente denuncia il vizio di nullità dell'avviso di accertamento per violazione o non corretta applicazione della circolare dell'Agenzia del Demanio del 28 giugno 2002, e violazione della Risoluzione n. 3 del Dipartimento delle Finanze del 10 agosto 2009, in relazione all'art. 360 primo comma n. 3 c.p.c., nonché omessa o quantomeno insufficiente motivazione circa un fatto controverso e decisivo della controversia, in relazione all'art. 360 primo comma n. 5 c.p.c., per erronea quantificazione del valore imponibile degli immobili oggetto di controversia, e perché l'area demaniale di cui trattasi doveva essere considerata esente da ICI, perché 5 destinata al traffico marittimo e/o strumentale allo svolgimento delle attività portuali e come tale andava censita in catasto alla categoria E/1. I motivi sono, innanzitutto, inammissibili, perché anch'essi si rivolgono contro l'avviso di accertamento, invece che contro la sentenza impugnata, e inoltre, disfattano di autosufficienza, in quanto, i documenti di prassi non sono stati riportati in ricorso, né è stata indicata la loro collocazione nell'ambito della documentazione afferente al merito, né comunque allegati, ex art. 366 primo comma n. 6 c.p.c. e art. 369 secondo comma n. 4 c.p.c. di talché questa Corte non è in grado di verificare il rispetto di tali delibere e risoluzioni, con l'attività posta in essere dal Comune".

L'esame della sentenza emessa dalla Cassazione consente senz'altro di individuare in capo al professionista convenuto una condotta negligente, poiché il ricorso non è stato esaminato per errori evidenti di redazione dell'atto.

L'attività svolta è risultata sostanzialmente inutile e non ha permesso alla parte ricorrente interessata di verificare come la Corte avrebbe deciso. Trattasi di inadempimento rilevante ai fini dell'accoglimento della domanda di risoluzione del contratto professionale, e giustifica la richiesta (esplicitamente formulata) di restituzione del compenso a suo tempo versato al legale - pari a € 2.938,77 (come da conclusioni).

Tuttavia, l'inutilità del ricorso per Cassazione, l'inadempimento del legale, e l'esito di inammissibilità/rigetto della pronuncia della Corte non sono elementi sufficienti a fondare la richiesta di risarcimento del danno - che parte attrice argomenta essere equivalente al valore dell'imposta ICI accertata in via definitiva.

Infatti, per ottenere il risarcimento del danno così individuato parte attrice avrebbe dovuto provare che il ricorso - nel merito - sarebbe stato accolto.

Di tale prova però non vi è traccia nelle difese e negli atti, poiché parte attrice si è limitata ad argomentare circa le statistiche della Cassazione in ordine alle emesse decisioni di inammissibilità (che sarebbero nell'ordine del 12%, argomento che esula dalla prova del nesso eziologico fra inadempimento e danno e verte nuovamente sul primo elemento relativo alla condotta negligente del legale), e circa l'ipotetico dovere del legale di "astenersi" dall'accettare un incarico qualora egli ritenga che l'esito non sarà favorevole al cliente (argomentazione non meritevole di accoglimento, essendo pacifco che l'attività del legale è attività di mezzi e non di risultato).

Nelle difese finali, poi, parte attrice ha addirittura ricostruito ex novo un alternativo e virtuale ricorso per Cassazione, motivo per motivo (peraltro 6 individuando motivi di impugnazione dell'avviso nemmeno indicati nei primi due gradi di giudizio di merito) sostenendo che, ove il ricorso fosse stato così formulato, la Cassazione lo avrebbe con tutta probabilità accolto.

Si osserva che tale difesa - formulata solo in comparsa conclusionale - oltre che essere tardiva, alluvionale e ridondante nelle forme e nel contenuto, risulta fuorviante e infondata nel merito. Infatti, la giurisprudenza richiamata per dimostrare la fondatezza del ricorso "virtuale" corretto è, da un lato, irrilevante (se ne è omesso l'esame integrale trattandosi di pronunce di merito di varie Commissioni Tributarie in ambito nazionale) dall'altro inconferente (le uniche due sentenze della Cassazione citate, 2012 n. 4028 e Cassazione 2015 n. 20026 - esaminate nel contenuto integrale - si riferiscono la prima al classamento da attribuire a turbine eoliche, la seconda al classamento da attribuire a uffici sede dell'Autorità Portuale - fattispecie completamente diverse da quella oggetto della presente controversia, che ha ad oggetto aree scoperte e coperte demaniali date in concessione a terminalisti).

Ma in ogni caso, ciò che preme mettere in evidenza, è che non è stato fornito nemmeno un riscontro giurisprudenziale sullo stesso tema oggetto del giudizio in Cassazione dichiarato inammissibile, ossia non è stato offerto all'esame del Tribunale un caso analogo che sia stato deciso in senso favorevole per il ricorrente.

Ciò sarebbe stato dirimente per effettuare, in questa sede, e per gli stretti fini che qui interessano, relativi alla responsabilità professionale dell'Avvocato, una prognosi di esito favorevole del ricorso per Cassazione.

In mancanza di tale riscontro (il cui onere incombeva su parte attrice), si osserva che - in materia di ICI sulle aree portuali, le decisioni della Cassazione hanno - in un caso del tutto analogo - confermato l'avviso di accertamento emesso dal Comune di Genova relativo proprio all'imposta su aree demaniali relativa all'anno 2002 (v. infra Cassazione 2019 n. 10287 (Generali allega altre due pronunce nello stesso senso decise nel 2017, la n. 10031 del 2017, e la n. 10032 del 2017, che si citano *ad abundantiam*).

I due argomenti principali spesi nel ricorso per Cassazione (e nei due giudizi di merito avanti alle Commissioni Tributarie definiti negativamente per il contribuente C S.R.L.) sono quindi da ritenere infondati (con conseguente prognosi sfavorevole del ricorso, qualora 7 utilmente esaminato) anche alla luce della pronuncia sopra richiamata, riguardante caso analogo.

In primo luogo, è esclusa la pretesa esenzione per le aree demaniali scoperte, con la conseguenza che l'avviso di accertamento redatto dal Comune era corretto, laddove quantificava l'imposta dovuta a carico di C S.R.L.

Trattavasi - in questo caso - di omesso versamento, omessa dichiarazione, con tutte le conseguenze in termini di sanzioni e interessi.

Ma anche la questione relativa alla correttezza del calcolo della rendita presunta per le aree coperte (di cui alla scheda di motivazione allegata all'avviso di accertamento) non risulta fondata, o comunque parte attrice non ne ha in alcun modo provato la fondatezza nel merito in via prognostica, per i seguenti motivi: per le aree coperte demaniali date in concessione, non ancora in possesso della rendita catastale, il Comune (nella già citata scheda di motivazione dell'avviso di accertamento) faceva espresso riferimento a un protocollo di intesa del 29.11.2002 - diverso da quello prodotto da parte attrice - e inoltre, a una circolare emanata dalla Agenzia del Demanio in data 28.6.2002, finalizzata a determinare il valore catastale presunto di dette aree.

Già nella comunicazione del 18.6.2001 (doc. n. 3 di parte attrice) l'Autorità Portuale di Genova informava C S.R.L. che sarebbe stata emanata una successiva circolare esplicativa per il calcolo della rendita presunta per i dovuti versamenti ICI in conto e a saldo (pur non trattandosi di fonte di diritto, essa esplicava i metodi di calcolo della rendita presunta a beneficio dei concessionari).

In tutte le comunicazioni prodotte al doc. n. 7 si fa espresso riferimento a valori da attribuire in acconto, fatta salva, con la determinazione delle rendite catastali definitive, la facoltà del Comune di Genova di richiedere/restituire differenze di imposta.

Il valore della rendita catastale era quindi presunto anche nell'anno di imposta 2002 (e quindi soggetto a conguaglio una volta accertata la rendita definitiva) e veniva calcolato in € 3,05 al mq. Sono irrilevanti i documenti che indicano valori diversi (e inferiori - v. doc. n. 7) in quanto la parte non ha provato che per l'anno 2002 sia stato alla fine accertata una rendita definitiva inferiore, con conseguente diritto (in ogni caso) a conguaglio (si veda, peraltro, il doc. n. 10 di parte attrice da cui non risultano sgravi in relazione agli importi dovuti per l'anno 2002).

La contestazione del valore presunto della rendita, quale valore soggetto a conguaglio, poiché oggetto di imposta dovuta al Comune di Genova, non può evidentemente costituire un "danno" per il contribuente (da riversare, per quel che qui occupa, a carico del legale), a meno che il contribuente non provi l'erroneità radicale del calcolo, e di non avere beneficiato di alcun conguaglio per motivi a lui non imputabili; in questo caso, il contribuente dovrebbe provare di non avere avuto accesso a conguagli di imposta una volta accertata la rendita definitiva (prova che non è stata offerta).

Ciò che è stato oggetto di avviso di accertamento a carico del contribuente è stata in definitiva una maggiore imposta dovuta per le aree coperte (calcolata in base a protocolli e circolari comunque messi a disposizione dell'Autorità Portuale e dei concessionari prima della scadenza dei relativi versamenti) e l'imposta dovuta per le aree scoperte - totalmente evasa dal contribuente. A questa stregua si giustificano sanzioni e interessi applicati dal Comune, quale ente impositore.

Circa la legittimazione del Comune a emettere avviso di accertamento su immobili privi di rendita catastale, si richiama non solo la già citata sentenza della Cassazione 2019 n. 10287, riguardante caso analogo, ma anche la sentenza della Commissione Tributaria Regionale, che ha deciso sul punto con argomentazione del tutto condivisibile (v. testo integrale della sentenza allegata agli atti del fascicolo d'ufficio della Cassazione) e Cassazione 2017 n. 20259. In particolare, risulta correttamente argomentata, condivisibile e in via prognostica non suscettibile di revisione in Cassazione, la motivazione della Commissione Tributaria Regionale (sentenza n. 49/2010), laddove esplicita che - a rischio altrimenti di prescrizione del relativo diritto - giustamente il Comune procede, in via provvisoria e salvo conguaglio, alla liquidazione dell'imposta, rapportandola ad un parametro tecnico legittimamente e razionalmente adattabile alla fattispecie, in attesa che i vari altri soggetti passivi concludano le procedure, e finalmente forniscano al Comune i dati definitivi per l'eventuale conguaglio.

Circa l'assoggettabilità all'imposta delle aree demaniali scoperte si richiamano poi tutte le argomentazioni relative al caso in esame, esposte dalla Commissione Tributaria Regionale, che sarebbero senz'altro state confermate in Cassazione (come da pronuncia su caso analogo già citata, e che sotto si riporta per stralci).

Infine, quanto ai calcoli "provvisori" della rendita delle aree coperte, l'esatta liquidazione dell'imposta richiede la necessaria collaborazione dei soggetti passivi dell'imposta stessa; in mancanza non può ammettersi che possa prodursi l'esito della perdita del credito di imposta quando l'inerzia o il ritardo possa determinare il maturare della prescrizione, con conseguente legittimità dell'operato del Comune che ha comunque liquidato l'imposta in via provvisoria e salvo conguaglio.

Si riportano infine, di seguito, stralci della sentenza di Cassazione 2019 n. 10287 che ha deciso caso analogo di impugnazione avvisi di accertamento ICI, relativi agli anni di imposta dal 2002

al 2006 da parte di altro terminalista del porto di Genova, in senso sfavorevole al contribuente, confermando quindi gli avvisi impugnati.

"La società V.T.E. s.p.a. unipersonale impugnava avvisi di accertamento ICI, relativi agli anni di imposta dal 2002 al 2006, emessi dal Comune di Genova, con riferimento ad aree scoperte, comprendenti oltre 900.000 mq. di T, banchine ed infrastrutture sulle quali si svolgeva l'attività imprenditoriale della contribuente.

L'ente comunale determinava l'ICI dovuta sul compendio immobiliare in concessione sulla base della rendita catastale, pari ad euro 1261.182,00 proposta dall'Autorità portuale, in qualità di proprietaria dell'immobile e accettata, senza modifiche, dall'Agenzia del territorio. Gli immobili oggetto di concessione demaniale non possedevano alcuna rendita catastale, pertanto, veniva stipulato tra il Comune e l'Autorità Portuale di Genova un accordo per stabilire, per ciascun anno di imposta, i coefficienti per calcolare l'ICI dovuta dai concessionari di aree demaniali. Successivamente, nel 2008, l'Autorità Portuale presentava regolare dichiarazione DOCFA mediante la quale veniva proposta la rendita catastale dell'immobile dato in concessione attribuendo la categoria D/8. La società contribuente proponeva ricorso avverso gli avvisi di accertamento ICI, innanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Genova che, con sentenze n. 203/10, n. 339/11, 425/11, 424/12, confermava gli atti impositivi.

La V.T.E. S.p.A. proponeva separati appelli innanzi alla Commissione Tributaria Regionale della Liguria, che accoglieva parzialmente i gravami, ritenendo che le aree scoperte non fossero assoggettabili ad ICI. La Cassazione affermava il seguente principio:

"In tema di ICI, sono assoggettate al pagamento dell'imposta in quanto non classificabili in categoria E, le aree c.d. scoperte che risultino indispensabili al concessionario del bene demaniale per lo svolgimento della sua attività, atteso che il presupposto dell'imposizione è che ogni area sia suscettibile di costituire un'autonoma unità immobiliare, potenzialmente produttiva di reddito" (Cass. n. 10031 e 10032 del 2017).

Dalla piana lettura delle sentenze impugnate si evince che le aree c.d. "scoperte" risultano indispensabili al concessionario del bene demaniale per svolgere la propria attività imprenditoriale, con la conseguenza che alle stesse non può essere applicata alcuna esenzione perché produttrici di reddito.

A tale riguardo va ricordato che: "In tema di classamento, ai sensi dell'art. 2, comma 40, del d.l. n. 262 del 2006, convertito, con modificazioni, nella legge n. 286 del 2006, nelle unità immobiliari censite nelle categorie catastali E/1, E/2, E/3, E/4, E/S, E/6, ed E/9 non possono essere compresi immobili o porzioni di immobili destinati ad uso commerciale, industriale, ed ufficio privato ovvero ad usi diversi, qualora gli stessi presentino autonomia funzionale e reddituale, e, cioè, alla luce del combinato disposto degli artt. 5 del r.d.l. n. 652 del 1939 e 40 del d.P.R. n. 1142 del 1949, immobili per se stessi utili o atti a produrre un reddito proprio, anche se utilizzati per le finalità istituzionali dell'ente titolare" (Cass. n. 20026 del 2015).

Ne consegue che le aree "scoperte" di un T. portuale, destinate all'esercizio di un'attività imprenditoriale, come nella specie, e produttive di reddito, costituiscono unità immobiliari imponibili ai fini ICI.

3. La Commissione Tributaria Regionale, con le impugnate pronunce, non ha fatto buon governo dei principi espressi, atteso che, pur dando atto nelle motivazioni delle sentenze censurate che le aree c.d. scoperte sono funzionali all'attività svolta dal concessionario, alla quale sono necessariamente collegate, ha concluso affermando erroneamente applicabile l'esenzione dal pagamento dell'ICI, ritenendo l'inserimento di tali beni nella categoria catastale E/1, con la conseguenza che le decisioni in parte qua vanno cassate.

7. Ciò premesso, venendo all'esame dei motivi di ricorso, con il primo motivo, il Comune di Genova denuncia omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, in

relazione all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., atteso che nel corso del giudizio di merito, l'ente comunale aveva diffusamente rilevato di aver provveduto a calcolare l'imposta dovuta dalla contribuente sulla base di una ben precisa rendita catastale proposta dallo stesso proprietario e non rettificata dall'Agenzia del territorio.

8. Con il secondo motivo, il Comune di Genova denuncia violazione degli artt. 2697 c.c. e 7, comma primo, lett. b) del d.lgs. 504 del 1992, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Parte ricorrente deduce che la concessionaria V.T. E. non avrebbe versato l'Ici per le vaste aree scoperte dalla stessa utilizzate, pretendendo di rientrare in una delle ipotesi di esenzione, di cui all'art. 7, del d.lgs. 504 del 1992, senza fornire alcuna prova al riguardo.

Inoltre, il complesso immobiliare in concessione sarebbe interamente destinato ad attività imprenditoriale dalla stessa svolta, con la conseguenza che tale attività non potrebbe essere considerata in alcun modo pubblico servizio.

9. Con il terzo motivo il Comune di Genova denuncia violazione dell'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 504 del 1992, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c. atteso che i giudici di appello, con affermazione apodittica ed infondata affermerebbero che la differenza tra 11 immobili produttivi di reddito, assoggettati ad ICI, e immobili finalizzati a pubblica funzione, esenti da imposta, risiederebbe esclusivamente nella circostanza che gli stessi siano aree coperte o scoperte, affermazione che non troverebbe alcun riscontro normativo.

10. Con il quarto motivo il Comune di Genova denuncia violazione dell'art. 3, comma secondo, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, in relazione all'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.

Parte ricorrente ritiene l'illegittimità delle sentenze impugnate, atteso che l'imponibilità ICI dei soli immobili e non delle aree "scoperte", determinerebbe un'interpretatio abrogans dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 504 del 1992. La disposizione, modificata dall'art. 18, comma 3, della I. 23 dicembre 2000, n. 388 (Legge Finanziaria 2001), avrebbe l'effetto di assoggettare a imposta esattamente le aree "scoperte" oggetto della presente vertenza e la precipua funzione di estendere il pagamento dell'ICI a tutti i concessionari di aree demaniali coperte o scoperte, a prescindere dalla titolarità di diritti reali sulle stesse.

11. Per ragioni di priorità logica, vanno esaminati il secondo ed il terzo motivo di ricorso, le cui censure, in quanto fondate, vanno accolte, tenuto conto delle argomentazioni di punto 2.2. della presente motivazione, a cui integralmente si fa espresso rinvio.

Dall'accoglimento dei suddetti motivi, consegue l'assorbimento dei restanti. La CTR, nelle sentenze impugnate, non ha fatto buon governo dei principi sopra enunciati, ritenendo non applicabile l'ICI alle aree "scoperte", ancorchè date in concessione ed utilizzate nell'ambito di attività di impresa, con la conseguenza che con riferimento a tali istituzioni, le sentenze impugnate vanno cassate.

12. In definitiva, va accolto il secondo motivo e dichiarato inammissibile il primo dei ricorsi, n. 28874-14, n. 28931-14, n. 28921-14, proposti dall'Agenzia delle entrate e del territorio, e vanno accolti il secondo e terzo motivo e dichiarati assorbiti i restanti del ricorso n. 29021-14, proposto dal Comune di Genova. Ne consegue la cassazione delle sentenze impugnate e, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, decidendo nel merito, vanno rigettati i ricorsi originari proposti dalla società contribuente. Tenuto conto del recente consolidarsi della giurisprudenza di legittimità sulle questioni trattate, rispetto all'epoca della introduzione della lite, le spese di ogni fase e grado, con riferimento a tutti i giudizi, vanno interamente compensate tra le parti.

Alla stregua delle argomentazioni prognostiche del tutto sfavorevoli al contribuente, e dei motivi esposti, non sussistono elementi di prova per ritenere che l'imposta infine pagata da C.S.R.L. costituisca il danno conseguente all'inadempimento dell'avvocato incaricato del ricorso per Cassazione, in quanto non vi è prova, in termini probabilistici, che quel ricorso sarebbe stato accolto. In alcun modo, poi, nonostante la negligenza del professionista,

è stato provato che il pagamento dell'imposta infine accertata, con sanzioni e interessi dovuti per omessi versamenti, costituisca un danno emergente addebitabile al legale (trattandosi di imposta comunque dovuta dal 12 contribuente in favore del Comune, e nel caso di specie in parte totalmente evasa, e per la parte presunta soggetta a conguaglio).

Infine, nonostante non sia stata offerta la prova che il ricorso sarebbe stato accolto dalla Suprema Corte, nessun obbligo incombeva sul legale di non assumere l'incarico, non trattandosi comunque di "lite temeraria" o assolutamente infondata ex ante (sul punto v. Cassazione già citata che dava atto di un consolidamento recente della giurisprudenza sulla questione).

Pronunciata comunque la risoluzione del contratto per inadempimento del professionista, in ragione dei vizi radicali del ricorso per Cassazione, consegue la sola restituzione degli importi ricevuti come corrispettivo (non coperti da assicurazione).

Sussiste evidentemente, e nonostante l'accoglimento della domanda di risoluzione, soccombenza assolutamente prevalente della parte attrice, che ha chiesto in giudizio un infondato danno per oltre € 100.000,00 - provocando la chiamata in causa dell'assicurazione dell'Avvocato X - Generali S.p.a.

Sussiste poi soccombenza anche nei confronti dell'Avv.Y, chiamato in causa da Generali S.p.a., ma nei confronti del quale parte attrice ha espressamente e attivamente esteso la domanda, nonostante la solidarietà della eventuale obbligazione risarcitoria (che le avrebbe invero permesso di rifiutare il contraddittorio nei confronti del terzo chiamato) e nonostante il ruolo di effettivo mero "domiciliatario" svolto dal terzo chiamato, che tale ruolo ha opposto tuttavia solo nell'ambito del rapporto interno di mandato professionale, e nei confronti di X e di Generali S.p.a. che l'ha chiamato in causa. Il comportamento processuale, le difese dispiegate, l'estensione della domanda, comportano quindi un giudizio di soccombenza nei confronti di tutti i terzi chiamati. Segue - per effetto della chiamata resasi necessaria di Generali S.p.a. (quale società assicuratrice dell'Avv.Y) la condanna alle spese in favore di tutti i terzi chiamati. La liquidazione come in dispositivo, rapportata allo scaglione di valore della domanda iniziale.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, ogni diversa domanda e/o eccezione disattese

Dichiara la risoluzione del contratto di patrocinio fra C. S.R.L. e l'Avvocato X, per inadempimento dell'Avvocato X, e per l'effetto dispone la restituzione di € 2.938,77 da parte dell'avvocato X in favore di C. S.R.L.

Rigetta la domanda di risarcimento del danno avanzata da C. S.R.L. nei confronti dell'Avvocato X.

Condanna C. S.R.L. - in persona del legale rappresentante pro-tempore - a rifondere le spese sostenute nel presente giudizio dal convenuto Avvocato X e da tutte le parti chiamate che liquida (...Omissis...)

Tribunale di Genova, 26 novembre 2021, n. 2553 - Pres. Tuttobene - Rel. Lippi - Rappresentante Comune degli Azionisti di Risparmio di Banca Carige Spa + Xy + Zx + Mala-calza Investimenti S.r.l. c. Banca Carige Spa, Cassa Centrale Banca, Credito Cooperativo Italiano S.p.a., FITD e SVI.

BANCA, credito e risparmio - delibere di aumento di capitale - pronuncia di invalidità - termini.

(Art. 2379 ter c.p.c.)

BANCA, credito e risparmio - delibera assembleare - mancata partecipazione all'assemblea del socio - conseguente impos-

sibilità di esprimere voto contrario e di impedire il raggiungimento del quorum necessario alla sua approvazione – adozione della delibera - delibera ritenuta illegittima e pregiudizievole - eccezione - inammissibilità nel caso di specie.

BANCA, credito e risparmio - delibera ritenuta pregiudizievole - risarcimento del danno - preventiva impugnazione della delibera - necessità - esclusione del risarcimento nel caso di specie.

BANCA, credito e risparmio - diritto di opzione - omessa/in-sufficiente motivazione - esclusione nel caso di specie.

PROCEDIMENTO civile - domanda riconvenzionale - dipendenza dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione - necessità - rapporto di comunanza - connessione oggettiva - sussistono nel caso di specie.

(Art. 36 c.p.c.)

Ai sensi dell'art. 2379-ter, comma 2, c.p.c. nelle società quotate, l'"invalidità" delle delibere di aumento di capitale non può essere pronunciata dopo che sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato, anche solo parzialmente, eseguito.

L'art. 2379-ter c.c. stabilisce dei termini decadenziali "speciali", per l'annullamento delle delibere che sono importanti sul piano organizzativo -termini cui è condizionata l'ammissibilità della tutela demolitoria- assicurando così la loro definitiva stabilizzazione, una volta che ne sia iniziata l'esecuzione.

Nel caso delle società chiuse la disciplina deroga chiaramente al regime di nullità delle delibere, stabilendo un diverso termine di decadenza dal potere di impugnare (centottanta giorni dalla iscrizione della deliberazione nel Registro delle Imprese o, nel caso di mancata convocazione, di novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione sia stata anche parzialmente eseguita), mentre nel caso delle società "aperte" - società quotate in borsa, come Carige, per le quali è centrale l'esigenza di certezza dell'attività sociale per la presenza delle azioni sul mercato dei capitali e l'affidamento che viene fatto sulle singole delibere approvate- la norma introduce una deroga più ampia rispetto all'ordinario termine di decadenza, estendendola a tutte le ipotesi di "invalidità" delle delibere, e quindi ricoprendendo sia la nullità che l'annullabilità.

La menzione della categoria generale della "invalidità" nel testo della disposizione fa ritenere che il legislatore delegato abbia inteso derogare anche alla norma generale dell'art. 2377, quinto comma c.c., che fissa il termine per impugnare per l'annullamento a tre mesi (o 90 giorni), prevedendo la decadenza dalla azione e la sanatoria stessa del vizio dell'atto al momento della esecuzione della deliberazione (o della pubblicità di quest'ultima ove prescritta).

L'eccezione preliminare di inammissibilità delle azioni esperite dai soci azionisti sollevata da Banca Carige e dalle altre parti convenute per violazione del divieto di venire contra factum proprium e dei principi di correttezza e buona fede è fondata.

È un dato incontrovertibile che il socio azionista, pur potendone evitare l'approvazione, ha deciso di non partecipare all'assemblea permettendo così l'adozione della delibera che assume essere illegittima e pregiudizievole e sulla quale fonda le proprie pretese risarcitorie. Il portato del divieto di ordine generale di venire contra factum proprium è espressione del divieto di abusare di un proprio diritto attraverso un uso strumentale di esso.

L'ordinamento assicura al socio, allo scopo di preservare l'interesse economico alla conservazione e alla redditività del suo investimento, la possibilità di essere attivamente partecipe nell'organizzazione societaria e quindi di incidere sull'assetto societario sia tramite il diritto di

voto che tramite il diritto all'impugnazione delle delibere. Il diritto partecipativo del socio consente a quest'ultimo di influire sulla attività della società, oltre che reagire ad una deliberazione assembleare vietata.

L'azione risarcitoria, intentata senza aver impugnato la delibera, non è meritevole di tutela, sia per violazione dell'art. 1227 c.c., che esclude il diritto al risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, sia in ragione del divieto di venire contra factum proprium, cui si riferisce la giurisprudenza di legittimità e di merito sopra citata, sia per contrarietà ai canoni di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. pacificamente applicabili anche all'esecuzione del contratto sociale.

Il diritto di opzione degli azionisti è stato limitato e non escluso. La limitazione del diritto di opzione risulta adeguatamente motivata dai Commissari straordinari proprio alla luce della puntuale illustrazione sulla situazione in cui versava la banca. La dogianza mossa sotto il profilo formale sulla omessa/insufficiente motivazione della limitazione del diritto di opzione non ha dunque alcun pregio in quanto un'attenta lettura della relazione in tutte le sue parti consente di individuare le chiare ragioni per le quali il diritto di opzione è stato limitato a favore dei soggetti che hanno reso possibile e garantito l'aumento di capitale in base alle condizioni e ai termini previsti nell'accordo quadro.

Per individuare l'interesse sociale è necessario considerare l'unitarietà dell'operazione complessiva di messa in sicurezza della Banca, che prevedeva da un lato la realizzazione di un aumento di capitale funzionale al ripristino dei requisiti patrimoniali, anche in relazione alle richieste di derisking della BCE, e dall'altro la cessione di un portafoglio di crediti deteriorati a SGA, la cui offerta era a sua volta subordinata all'esecuzione del rafforzamento patrimoniale.

L'esame delle considerazioni svolte dai commissari straordinari, alla luce del parere fornito dall'esperto del settore, consentono di individuare le ragioni della determinazione del prezzo tecnico che, nella prassi, è inteso come prezzo determinato in via convenzionale pur in assenza di un effettivo valore intrinseco di segno positivo al fine di consentire la fissazione di un valore per l'esercizio di un'opzione. (Nel caso di specie, a fronte di un valore economico negativo di Banca Carige per le ragioni descritte dai commissari straordinari sulla base dell'analisi contenuta nella Opinion Vitale & C., e quindi di un valore pari a zero delle vecchie azioni, è stato fissato convenzionalmente un valore positivo della Banca di Euro 55,2 milioni, prendendo come base l'ultima capitalizzazione di borsa, corrispondente a un prezzo tecnico di emissione dell'azione di Euro 0,001, superiore al valore effettivo, che è stato determinato allo scopo di consentire agli azionisti preesistenti di mantenere l'investimento azionario e di rendere esegibile l'aumento di capitale). (Cfr: Cass., 20 aprile 2020, n. 792)

La domanda riconvenzionale proposta da Banca Carige nei confronti dei soci azionisti deve ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 36 c.p.c. alla luce dell'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui la relazione di dipendenza della domanda riconvenzionale «dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione», che consente la trattazione simultanea delle cause, a condizione che la riconvenzionale non ecceda la competenza per materia o valore del giudice adito, dev'essere intesa non già come identità della causa petendi, dal momento che l'art. 36 c.p.c. si limita a richiedere un rapporto di mera dipendenza, ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale con quello posto a base di un'eccezione, sì da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l'azione o l'eccezione proposta. (Cfr.: Cass., 11 febbraio 2020, n. 3287; Cass., 24 settembre 2018, n. 22461;

Cass., 20 dicembre 2011, n. 27564, App. Genova, sez. I,
14 febbraio 2019, n. 213

A.B., P.MO. e M.I.F.

(...*Omissis...*)

Motivi della decisione.

Il presente processo ha per oggetto la delibera di aumento del capitale sociale adottata dall'assemblea straordinaria dei soci di Banca Carige spa in data 20 settembre 2019.

L'invalidità della delibera è stata dedotta nei singoli giudizi promossi dal rappresentante comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige S.p.A., dai soci Malacalza Investimenti S.r.l. e Vincenzo Malacalza e da parte di diversi altri azionisti ordinari, è stata assunta, sotto diversi profili, l'invalidità al fine di conseguire il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 2379 *ter cc.*

Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio, Michele P., citando Banca Carige spa ha anche impugnato la delibera in questione per ottenerne l'annullamento, e ha chiesto solo in via subordinata ex art. 2379 *ter c.c.* il risarcimento del danno subito dagli azionisti di risparmio (causa portante iscritta al n. r.g. 14348/2019). Filippo C. ha introdotto il giudizio chiedendo l'annullamento della delibera e il risarcimento del danno, ma con la prima memoria 183, comma 6, c.p.c. ha rinunciato all'azione di annullamento, chiedendo solo l'accertamento dell'illegittimità della delibera ai fini del risarcimento del danno (causa iscritta al n. r.g. 530/2020). Tutti gli altri attori hanno invece invocato la sola tutela risarcitoria, evocando in giudizio oltre a Banca Carige spa anche Cassa Centrale Banca Credito Cooperativo Italiano spa, Fondo Interbancario di tutela dei depositi e Schema Volontario di Intervento. (...*omissis...*)

Sulla delibera del 20 settembre 2019.

La delibera del 20.9.2019 ha approvato:

A. aumento di capitale a pagamento con esclusione del diritto d'opzione per un importo di € 700 milioni da offrire in sottoscrizione. (...*omissis...*)

B. l'emissione di 21,25 milioni di warrant da assegnare gratuitamente agli azionisti sottoscrittori delle azioni emesse a valere sulla Terza Tranche.

Come già rilevato tutti gli attori hanno lamentato l'invalidità di tale delibera in quanto:

1. il diritto di opzione degli azionisti di Banca Carige sarebbe stato illegittimamente escluso in violazione dell'art. 2441, 5° comma, c.c.

2. il prezzo di emissione delle azioni sarebbe stato determinato in violazione di un presunto "principio della parità contabile";

3. il prezzo di emissione delle azioni sarebbe stato determinato in violazione dei criteri fissati dall'art. 2441, 6° comma, c.c. Gli azionisti che hanno agito nella causa n. r.g. 560/2020 hanno lamentato anche l'invalidità della delibera per l'irregolare modalità di trasmissione e raccolta delle deleghe.

Per meglio inquadrare i termini delle questioni di merito che pone la causa è utile ripercorrere la cronologia degli eventi che hanno portato alla convocazione dell'assemblea straordinaria del 20 settembre 2019. (...*omissis...*)

In data 4 aprile 2018 la BCE (Banca Centrale Europea), a fronte di una condizione di inadeguatezza patrimoniale, chiese a Carige la predisposizione di un piano di conservazione del capitale (Capital Conservation Plan, CCP) e successivamente, in data 4 giugno 2018, a seguito della presentazione di tale piano, sollecitò un aggiornamento e la redazione di un piano di emergenza (Contingency Funding Plan, CFP). A luglio 2018 la BCE non approvò il CCP presentato a giugno da Carige ed invitò la banca a fornirne uno nuovo, che prendesse in considerazione l'opzione di un'ag-

gregazione aziendale. Nell'agosto 2018 Moody's declassò il rating Carige a Caa2, ossia il debito caratterizzato da rischio molto alto, per le tensioni nella *governance* e l'accresciuto rischio che la Banca possa essere posta in risoluzione, dopo la bocciatura del CCP da parte della BCE. Con decisione del 14 settembre 2018, l'autorità di vigilanza rigettò il piano di conservazione del capitale presentato da Carige il 22 giugno 2018 e richiese un nuovo piano "*volto a ripristinare e assicurare in modo sostenibile l'osservanza dei requisiti patrimoniali*". In questa prospettiva, indicò le misure programmate per garantire in modo sostenibile l'osservanza dei requisiti patrimoniali al più tardi entro il 31 dicembre 2018, con l'avvertimento che "la mancata realizzazione di tali azioni comporterebbe effetti negativi relevanti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria complessiva della Banca e del Gruppo con eventuali impatti sulla continuità aziendale".

A dicembre 2018 la BCE autorizzò Carige a realizzare una manovra complessiva di rafforzamento patrimoniale basata su un aumento di capitale di € 400 milioni. Tale aumento sarebbe stato "*di fatto garantito dal prestito subordinato di € 320 milioni sottoscritto il 30 novembre del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD), convertibile in azioni di pari ammontare qualora l'adesione del mercato all'aumento di capitale fosse risultata insufficiente*".

La manovra di rafforzamento tramite l'emissione di obbligazioni subordinate per 320 milioni di euro, destinate a essere estinte con l'aumento di capitale per cui l'assemblea del 22 dicembre 2018 avrebbe dovuto deliberare la delega al CDA, aveva la funzione di traghettare Carige fino all'effettiva esecuzione dell'aumento di capitale per 400 milioni di euro di cui l'assemblea straordinaria convocata per il 22 dicembre 2018.

Malacalza Investimenti S.r.l. a quest'assemblea straordinaria si astenne, la delega al C.d.A. non venne approvata ed a questo punto la maggioranza dei Consiglieri di Amministrazione rassegnò le proprie dimissioni (con efficacia 2 gennaio 2019) con la contestuale decadenza dell'intero consiglio.

Il primo gennaio 2019 CONSOB con delibera 20771 dispose la sospensione temporanea della negoziazione dei titoli Carige.

In data 2 gennaio 2019 il Consiglio Direttivo della Banca Centrale Europea, sulla base di un progetto di decisione del Consiglio di Vigilanza ai sensi dell'art. 26, comma 8, del Regolamento UE n. 1024/2013, pose Banca Carige in "Temporary Administration" (Amministrazione Straordinaria) e dispose il Commissariamento della stessa con scioglimento degli organi con funzioni di amministrazione e di controllo della Banca e la loro sostituzione con tre commissari straordinari e un comitato di sorveglianza ai sensi degli articoli 69-octiesdecies, 70 e 98 del TUB. (...*omissis...*)

Il Governo della Repubblica intervenne con il decreto legge 8 gennaio 2019, n. 1 (G.U. 8 gennaio 2019), recante "Misure urgenti a sostegno della Banca Carige S.p.A. - Cassa di Risparmio di Genova e Imperia" (cfr. doc. 17, pp. 62-63). Con tale decreto, oltre ad autorizzare il Ministero dell'Economia e delle Finanze ("MEF") a sottoscrivere o acquistare azioni di Banca Carige nell'ambito di una possibile ricapitalizzazione precauzionale pubblica, veniva prevista la garanzia pubblica sulle nuove emissioni obbligazionarie di Carige (fino a un valore nominale di 3 miliardi di euro) e la sottoscrizione di azioni della Banca fino a 1 miliardo. Per garantire la continuazione dell'attività, Carige, tra il 10 e il 14 gennaio 2019, richiese al MEF il rilascio della garanzia statale e il successivo 25 gennaio 2019 emise due bond per complessivi due miliardi di euro, con garanzia dello Stato italiano ai sensi, per l'appunto, del d.l. 1/2019. Prima ancora dell'emissione delle obbligazioni, la Banca richiese un finanziamento ponte eccezionale di Banca d'Italia di 950 milioni di euro (rimborsato solo a fine febbraio) e ad avviare una problematica rinegoziazione con SVI del relativo prestito subordinato. (...*omissis...*)

La ricapitalizzazione fu così articolata:
aumento di capitale per 700 milioni di euro ripartito in tranches destinate rispettivamente:
a) per € 313,3 milioni allo SVI a fronte della conversione delle obbligazioni subordinate sottoscritte a novembre 2018;
b) € 63 milioni a CCB;
c) € 85 milioni agli attuali azionisti in proporzione alla percentuale di capitale detenuta; d) € 238,8 milioni al FITD che si impegnava a garantire la sottoscrizione della tranche riservata agli azionisti in caso di mancata sottoscrizione, integrale o parziale, da parte degli stessi;
emissione di warrant da assegnare gratuitamente agli azionisti che avessero sottoscritto le azioni ad essi riservate (con contestuale aumento di capitale a servizio dei warrant), in ragione di 1 warrant ogni 4 nuove azioni sottoscritte, warrant che avrebbero consentito l'acquisto di azioni con uno sconto del 50% sul prezzo di mercato al momento dell'esercizio;
emissione di un nuovo prestito subordinato per 200 milioni di euro in relazione al quale erano stati acquistati impegni vincolanti "da varie istituzioni finanziarie, private e pubbliche, per un importo superiore a quello previsto". (...omissis...)
In data 19 agosto 2019 fu disposta la convocazione di un'assemblea straordinaria della Banca per il 20 settembre 2019 con il seguente ordine del giorno:
A) aumentare il capitale sociale a pagamento e in via inscindibile, con esclusione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441, commi 5 e 6, del codice civile, per un importo di complessivi euro 700 milioni, comprensivo di sovrapprezzo, mediante emissione di complessive n. 700 miliardi di nuove azioni ordinarie della Società aventi le medesime caratteristiche di quelle in circolazione alla data di emissione, al prezzo di sottoscrizione di € 0,001 (inclusivo di sovrapprezzo) per azione, da offrire in sottoscrizione. (...omissis...)
B) emettere massimi n. 21.250.000.000 "warrant Banca Carige S.p.a. 2020- 2022" da assegnare gratuitamente agli azionisti che abbiano sottoscritto azioni emesse a valere sulla Terza Tranche. (...omissis...)
C) modifiche conseguenti dell'art. 5 dello statuto sociale e deliberazioni inerenti e conseguenti. (...omissis...)

Sulle eccezioni preliminari sollevate nella causa promossa dal R.C.A.R. Michele P.

P. in qualità di rappresentante comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige S.P.A., nel chiedere in via principale l'annullamento della delibera del 20 settembre 2019 e in via subordinata il risarcimento del danno, ha lamentato che:

- a. E' stata nascosta all'assemblea la reale situazione patrimoniale della Banca Carige al momento in cui le deliberazioni impugnate sono state adottate.
 - b. Il diritto di opzione spettante agli azionisti è stato illegittimamente compresso, in quanto è stata violata la disposizione dell'art. 2441, comma 5, c.c. che a tal fine richiede che sussista un interesse sociale che lo esiga, mentre nel caso in esame non sussisteva un tale interesse sociale e nessuna delle motivazioni addotte è sufficiente a soddisfare il dettato della norma.
 - c. Le azioni ordinarie di nuova emissione sono state offerte a un prezzo di emissione inferiore al prezzo minimo stabilito dalla legge, e ciò ha comportato una gigantesca e ingiustificabile diluizione degli azionisti preesistenti all'aumento di capitale, sia ordinari che di risparmio. (...omissis...)
- Banca Carige spa nel costituirsi ha sollevato le seguenti questioni preliminari:
- L'improcedibilità della domanda di annullamento della delibera assembleare ai sensi dell'art. 2379 ter co.2 cc;
 - la nullità dell'atto di citazione per difetto dell'*edictio actionis*,

non essendo in esso contenuta alcuna allegazione e deduzione, né sui danni che avrebbero patito gli azionisti di risparmio né sul nesso causale tra la delibera assembleare e gli asseriti danni.

- l'inammissibilità della domanda risarcitoria per difetto di legittimazione e di interesse ad agire in capo al rappresentante degli azionisti di risparmio Michele P.

Sulla nullità dell'atto di citazione.

La declaratoria per omissione o assoluta incertezza del *petitum* postula una valutazione operata avendo riguardo alle indicazioni contenute nell'atto di citazione e dei documenti ad esso allegati nonché all'assoluta incertezza dell'oggetto. In particolare quest'ultimo elemento deve essere vagliato in coerenza con la ragione ispiratrice della norma che impone all'attore di specificare sin dall'atto introduttivo, a pena di nullità, l'oggetto della sua domanda, ragione che principalmente risiede nell'esigenza di porre immediatamente il convenuto nelle condizioni di apprestare adeguate e puntuali difese e di mettere il giudice in grado di emettere una sentenza di merito (in tal senso Cass., n. 28810/2019, Cass., n. 6673/2018). (...omissis...)

Banca Carige ha svolto puntuali difese in ordine a tutte le questioni di fatto e di diritto che pone la controversia e, pertanto, non si versa in un'ipotesi di nullità dell'atto di citazione, essendo al contrario necessario soffermarsi sulla valutazione della questione pregiudiziale relativa alla legittimazione attiva del rappresentante degli azionisti di risparmio. Per queste ragioni ritiene il Collegio che l'eccezione di nullità non abbia pregio e debba essere disattesa.

Sull'improcedibilità dell'azione di annullamento.

Ai sensi dell'art. 2379-ter, comma 2, c.p.c. nelle società quotate, l'"invalidità" delle delibere di aumento di capitale non può essere pronunciata dopo che sia stata iscritta nel registro delle imprese l'attestazione che l'aumento è stato, anche solo parzialmente, eseguito. Nel caso di specie, l'attestazione ex art. 2444 c.c. di esecuzione integrale dell'aumento di capitale deliberato in data 20 settembre 2019 è stata depositata il 20 dicembre 2019 e iscritta il 23 dicembre successivo (cfr. docc. 1 e 2 Carige).

Opina parte attrice che l'art. 2379 ter, comma 2, c.c. si riferisce solo ai casi di nullità (e non anche ai casi di annullabilità) delle delibere, per la collocazione sistematica della norma che segue l'art. 2379 c.c., sulla nullità delle delibere.

Ritiene il Collegio che tale impostazione si ponga in contrasto con la ratio e con la lettera dell'art. 2379-ter c.c. che stabilisce dei termini decadenziali "speciali", per l'annullamento delle delibere che sono importanti sul piano organizzativo- termini cui è condizionata l'ammissibilità della tutela demolitoria- assicurando così la loro definitiva stabilizzazione, una volta che ne sia iniziata l'esecuzione.

Esaminando il testo della disposizione in questione si trova al primo comma la disciplina delle società c.d. "chiuse", e al secondo comma quella delle società c.d. "aperte" che fanno ricorso al mercato: nel caso delle società chiuse la disciplina deroga chiaramente al regime di nullità delle delibere, stabilendo un diverso termine di decadenza dal potere di impugnare (centottanta giorni dalla iscrizione della delibera nel Registro delle Imprese o, nel caso di mancata convocazione, di novanta giorni dall'approvazione del bilancio dell'esercizio nel corso del quale la deliberazione sia stata anche parzialmente eseguita), mentre nel caso delle società "aperte" - società quotate in borsa, come Carige, per le quali è centrale l'esigenza di certezza dell'attività sociale per la presenza delle azioni sul mercato dei capitali e l'affidamento che viene fatto sulle singole delibere approvate- la norma introduce una deroga più ampia rispetto all'ordinario termine di decadenza, estendendola a tutte le ipotesi di "invalidità" delle delibere, e quindi ricoprendendo sia la nullità che l'annullabilità. Contra-

riamente a quanto sostenuto dalla parte attrice la menzione della categoria generale della “invalidità” nel testo della disposizione fa ritenere che il legislatore delegato abbia inteso derogare anche alla norma generale dell’art. 2377, quinto comma c.c., che fissa il termine per impugnare per l’annullamento a tre mesi (o 90 giorni), prevedendo la decadenza dalla azione, e, la sanatoria stessa del vizio dell’atto, al momento della esecuzione della deliberazione (o della pubblicità di quest’ultima ove prescritta). In tal senso si è espresso anche il Tribunale di Milano (Sez. spec. Impresa), con la sentenza 8 febbraio 2018, in *Banca dati Ius Explorer. (...omissis...)*

Anche il Tribunale di Palermo (Sez. spec. Impresa) ha ritenuto applicabili i termini di decadenza all’azione di annullamento come si legge nella sentenza n. 3307/2021. (...omissis...)

Ne consegue l’improcedibilità dell’azione di annullamento proposta da Michele P. per decorso del termine di decadenza previsto dall’art. 2379 ter c.p.c.

Sul difetto di legittimazione attiva del rappresentante comune degli azionisti di risparmio.

Banca Carige ha eccepito il difetto di legittimazione attiva del rappresentante comune degli azionisti di risparmio il quale non sarebbe legittimato a proporre la domanda di risarcimento dei danni patiti dagli azionisti di risparmio in conseguenza della libera di aumento del capitale sociale, ma solo ad impugnare le deliberazioni assembleari della società emittente, in forza dell’art. 147, comma 3, T.U.F. e del richiamo, ivi contenuto, all’art. 2418 c.c. Parte attrice ha replicato all’eccezione sostenendo che nel caso di specie il R.C.A.R. fa valere i diritti della categoria e non i diritti dei singoli azionisti. Ritiene il Collegio l’impostazione attorea non sia condivisibile. L’art. 147TUF - richiamando il 2418 c.c. - stabilisce in capo al rappresentante comune “gli obblighi e i poteri previsti dall’art. 2418 c.c. “e attribuisce al rappresentante comune il compito di tutelare gli “interessi comuni” che non ricoprendono al suo interno i diritti soggettivi dei singoli azionisti. Il richiamato art. 2418 c.c. indica gli obblighi e i poteri del rappresentante comune degli obbligazionisti, assegnando a quest’ultimo il compito di “tutelare gli interessi comuni [deglì obbligazionisti] nei rapporti con la società”. Il riconoscimento in capo al rappresentante comune della rappresentanza processuale della categoria degli azionisti di risparmio deve essere dunque interpretato restringativamente in quanto costituisce un’eccezione al principio generale stabilito dall’art. 81 c.p.c., secondo cui “nessuno può far valere nel processo in nome proprio un diritto altrui”. Il criterio distintivo è dunque rappresentato dall’interesse comune: quando quest’ultimo si risolve in una pluralità di interessi individuali, difetta la ratio che ha portato al conferimento del potere di rappresentanza processuale in favore del rappresentante comune (in tal senso Trib. Milano, 2 marzo 1970, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1971, 143). (...omissis...)

Più di recente il Tribunale di Milano ha ritenuto che il rappresentante comune possa agire per ottenere la caducazione di una delibera pregiudizievole per la categoria, ma non possa agire a tutela di quelli che sono diritti soggettivi dei singoli azionisti (si veda sentenza 2 novembre 2000, in *Foro it.*, 2001, I, 1935. (...omissis...)

La questione è stata affrontata recentemente da questo stesso Collegio che nella sentenza n. 2403/2021 ha così motivato:

1. qualunque domanda risarcitoria è necessariamente parametrata allo specifico pregiudizio subito individualmente dal danneggiato: in tal senso basta osservare che uno dei parametri di quantificazione del danno è il lucro cessante (arrt. 1223 e 2056 cc) notoriamente consiste “nell’accrescimento patrimoniale in concreto ed effettivo pregiudicato o impedito” dall’illecito (Cassazione civile, sez. I, 18/04/2000, n. 5014; nello stesso senso, cfr. Cassazione civile, sez. III, 21/11/2000, n.

15025). Ne consegue che qualsiasi istanza risarcitoria discende dalle conseguenze ingiuste incidenti sugli interessi individuali del danneggiato e quindi - nel caso di specie - non può essere ammessa tra le iniziative scaturenti dall’interesse comune di tutto il ceto degli azionisti di risparmio.

2. ad abundantiam, va osservato che - in ipotesi - l’istanza risarcitoria avanzata dal RUAR potrebbe risultare neppure voluta dal singolo azionista (si pensi all’azionista pluriesecutato che vedrebbe il proprio credito risarcitorio facilmente aggredito dai propri creditori e quindi avrebbe interesse a rimandare nel tempo la propria richiesta di danni). Ciò conferma che la domanda risarcitoria azionabile dal RUAR non necessariamente coincide con l’“interesse comune” degli azionisti di risparmio;

– che va in conclusione riconosciuto che il credito risarcitorio degli azionisti danneggiati compete in via specifica e personale a ciascun socio, e pertanto non integra un interesse collettivo ai sensi dell’art. 2418 c.c. Il fatto che tutti gli azionisti della medesima categoria possano trovarsi nella medesima posizione rispetto agli effetti della deliberazione lesiva non rende comune alla categoria il loro diritto, che resta personale ancorché riconducibile alla categoria dei diritti individuali omogenei cui l’ordinamento, a determinate condizioni, conferisce rilevanza per renderli tutelabili attraverso l’azione di classe (art. 840 bis c.p.c.)

Alla luce delle osservazioni sin qui svolte ritiene il Collegio che difetti la legittimazione del R.C.A.R. riguardo all’azione risarcitoria esperita in via subordinata. (...omissis...)

Sull’inammissibilità dell’azione di Malacalza Investimenti srl promossa nella causa n. 620/2020 e di Vittorio Malacalza promossa nella causa n. 847/2020 nei confronti di Banca Carige S.p.A. e di Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, FITD - Schema Volontario di Intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, Cassa Centrale Banca - Credito Cooperativo Italiano S.p.a.

Malacalza Investimenti S.r.l. e Vittorio Malacalza nei due giudizi riuniti alla causa portante n. r.g. 14348/2019 hanno lamentato l’invalidità della deliberazione di aumento di capitale adottata dall’assemblea di Carige il 20 settembre 2019 sotto tre diversi profili e precisamente:

- riguardo al prezzo di emissione delle azioni determinato in violazione del principio della parità contabile;
- riguardo alla illegittima esclusione, in violazione dell’art. 2441, 5° comma, c.c., del diritto d’opzione degli azionisti di Banca Carige;
- riguardo alla determinazione del prezzo di emissione delle azioni in violazione dei criteri fissati dall’art. 2441, 6° comma, c.c.

In conseguenza della invalidità della delibera Malacalza Investimenti ha rivendicato il diritto “*al risarcimento dei danni subiti ex artt. 2379 ter, 3° comma, 2043 e 2055 c.c.*”. (...omissis...)

Ha assunto che SVI, FITD e a CCB debbano essere condannati in via solidale con la Banca al risarcimento del predetto asserito danno in quanto “beneficiari dell’aumento di capitale” in virtù dell’accordo quadro del stipulato a loro vantaggio e in danno degli azionisti di Carige. (...omissis...)

Ritiene il Collegio che l’eccezione preliminare di inammissibilità delle azioni esperite dalla società Malacalza Investimenti S.r.l. e da Vittorio Malacalza sollevata da Banca Carige e dalle altre parti convenute per violazione del divieto di venire contra *factum proprium* e dei principi di correttezza e buona fede sia fondata sotto diversi profili.

Va premesso che dal verbale del 20 settembre 2019 prodotto in atti risulta che Malacalza investimenti S.r.l., titolare di 15.228.773.304 azioni ordinarie deteneva il 27,555% del capitale sociale ordinario. All’assemblea erano presenti n.20289 aventi diritti al voto pari al 47,633717% del capitale sociale ordinario e

la proposta di deliberazione è stata approvata dall'assemblea con voti favorevoli pari al 91,043114% del capitale sociale ordinario rappresentato in assemblea al momento della votazione con voti contrari pari al 4,403503% del capitale sociale ordinario, astenuti pari al 4,479627% del capitale sociale ordinario e presenti all'assemblea non votanti pari a 0,073755% del capitale sociale ordinario. L'assemblea straordinaria delle S.p.a. quotate, come Carige, secondo quanto disposto dall'art. 2369 comma 7 c.c. “*delibera con il voto favorevole di almeno i due terzi del capitale rappresentato in assemblea*” e ciò comporta che i soci che rappresentano più di un terzo del capitale presente in assemblea sono nella condizione di esercitare un diritto di voto, sia votando contro sia astenendosi. Questi fatti, non contestati, portano a ritenere condivisibile l'argomento difensivo offerto da Carige per sostenere l'inammissibilità dell'azione di Malacalza Investimenti S.r.l. per violazione del divieto di venire *contra factum proprium* ossia il divieto di assumere comportamenti e di far valere pretese inconciliabili con l’“onere di coerenza” e con la “regola di autoresponsabilità”. Tale principio sancito dalla Suprema Corte di Cassazione anche in pronunce riguardanti materie diverse dal diritto societario (si veda sentenza del 15 maggio 2012, n. 7539 e sentenze rese a Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 20 ottobre 2016, n. 21260 e del 4 aprile 2017, n. 8688) risulta calzante anche alla fattispecie in esame. Infatti, rispetto alla pretesa risarcitoria azionata nel presente giudizio, è essenziale considerare che se il 20 settembre 2019 la delibera di Aumento di Capitale 2019 è stata approvata a larga maggioranza, è proprio perché la società Malacalza Investimenti, che era titolare del 27,555% del capitale votante, ha deciso di non partecipare all'assemblea. (...omissis...)

E' dunque un dato incontroverso che il socio Malacalza Investimenti S.r.l., pur potendone evitare l'approvazione, ha deciso di non partecipare all'assemblea permettendo così l'adozione della delibera che assume essere illegittima e pregiudizievole e sulla quale fonda le proprie pretese risarcitorie. Il portato del divieto di ordine generale di venire *contra factum proprium* è espressione del divieto di abusare di un proprio diritto attraverso un uso strumentale di esso. (...omissis...)

Gli argomenti difensivi proposti dalla Malacalza Investimenti S.r.l. sono inidonei a superare l'eccezione di inammissibilità dell'azione risarcitoria. In sostanza Malacalza Investimenti sostiene l'infondatezza dell'eccezione facendo richiamo al regime legale della legittimazione all'impugnazione delle deliberazioni delle assemblee delle società per azioni di cui agli artt. 2377, 2° comma, e 2379-ter, 2° e 3° comma, c.c. secondo cui tutti i soci, con la sola esclusione di coloro che abbiano espresso voto favorevole alla deliberazione sono legittimati all'impugnazione delle deliberazioni non conformi alla legge e allo statuto, compresi non solo ai soci dissidenti, ma anche gli assenti e gli astenuti, indipendentemente dall'influenza che loro assenza e astensione possano avere esercitato sull'approvazione della deliberazione per la misura delle partecipazioni di tali soci. Secondo la difesa di Malacalza Investimenti, diversamente opinando, si opererebbe un'inammissibile *interpretatio abrogans* dell'art. 2377 c.c. che attribuisce, incondizionatamente, la legittimazione a impugnare ai soci dissidenti, assenti ed astenuti. Inoltre la clausola generale di buona fede e correttezza enunciata negli artt. 1175 e 1375 c.c. non fonderebbe un autonomo sistema di disciplina dei rapporti, ma sarebbe solo destinata a operare nell'ambito delle disposizioni che ne costituiscono il contesto e delle quali non può sovertire il contenuto. Va però osservato che l'azione promossa da Malacalza investimenti S.r.l. non ha ad oggetto l'annullamento della delibera invalida, che sulla scorta del l'art.2377 co. 2 c.c. è impugnabile anche da parte del socio assente, bensì il risarcimento del danno che il socio sostiene di aver subito a causa della delibera invalida.

Ed è proprio questo il profilo al quale il Collegio ritiene di dover riconoscere valore e rilevanza, ai fini della valutazione dell'ammissibilità dell'azione, considerato che il socio Malacalza Investimenti S.r.l. era nella posizione di esercitare il diritto di voto, e di poter impedire l'adozione della delibera che assume essere illegittima e pregiudizievole. Si deve evidenziare al riguardo che l'ordinamento assicura al socio, allo scopo di preservare l'interesse economico alla conservazione e alla redditività del suo investimento, la possibilità di essere attivamente partecipe nell'organizzazione societaria e quindi di incidere sull'assetto societario sia tramite il diritto di voto che tramite il diritto all'impugnazione delle delibere, di cui si tratterà più avanti. Il diritto partecipativo del socio consente a quest'ultimo di influire sulla attività della società, oltre che a reagire ad una deliberazione assembleare viziata. Sotto il primo profilo la condotta della società Malacalza Investimenti S.r.l. appare contraria al generale principio di correttezza che deve informare la posizione e l'esercizio dei diritti del socio all'interno della società in ragione del fatto che la Malacalza Investimenti S.r.l., pur potendo ostacolare con l'esercizio del diritto di voto l'aumento di capitale, ha scelto di non partecipare all'assemblea. Ma a ciò si aggiunge l'ulteriore fatto che Malacalza Investimenti S.r.l. ha lasciato consolidare la delibera di cui lamenta l'invalidità, rinunciando così, tra l'altro, a chiedere la sospensiva cautelare ai sensi dell'art. 2378 c.c. Riguardo a questo secondo profilo di inammissibilità, rilevante anche per la posizione di Vincenzo Malacalza il quale ha esercitato il diritto di voto ma non ha impugnato la delibera, si deve sottolineare la contraddittorietà della posizione difensiva assunta dalla società Malacalza Investimenti S.r.l. che, dopo aver sostenuto l'invalidità per illegittimità della delibera, per confutare il rilievo mosso da Banca Carige sulla mancata impugnazione della stessa e conseguentemente sulla mancata richiesta di sospensiva, ha affermato:

“L'eccezione è infondata in fatto anche con riferimento alla mancata istanza di sospensione dell'esecuzione della Deliberazione ex art. 2378, 3° e 4° comma, c.c., perché l'esito della valutazione comparativa richiesta dall'art. 2378, 4° comma, c.c. (...omissis...) avrebbe, con certezza, condotto al rigetto di un'eventuale istanza cautelare”. (...omissis...)

Tale spiegazione, lungi dal fornire ragionevoli giustificazioni all'omessa impugnazione, dimostra invece la conoscenza da parte di Malacalza Investimenti S.r.l. dell'importanza dell'aumento di capitale, oltre alla consapevole scelta di non impedire l'adozione della delibera assembleare e di non impugnarla per poi promuovere l'azione risarcitoria ai sensi dell'art. 2379-ter c.c. (...omissis...) D'altro canto, rileva il Collegio come l'attenta analisi della ratio dell'art. 2377 c.c. e in particolare del suo quarto comma porti necessariamente a ritenere preclusa l'azione risarcitoria sia a Malacalza Investimenti S.r.l. che a Vittorio Malacalza. La strada percorsa dalla riforma del diritto societario introdotta nel 2003 è stata quella di riconoscere la legittimazione all'azione di annullamento delle delibere delle società per azioni ai soci ordinari muniti del diritto di voto che rappresentano una determinata parte del capitale sociale (l'uno per mille nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio) e di prevedere per i soci ordinari che non sono legittimati all'impugnativa il diritto al risarcimento del danno loro cagionato dalla non conformità della delibera alla legge o allo statuto. Va rilevato dunque che la tutela risarcitoria muove, almeno in linea di principio, da un'esigenza di tutela del socio di minoranza cui verrebbe imposta dalla maggioranza una delibera illegittima o illecita.

Considerato che sia Malacalza Investimenti S.r.l. che Vittorio Malacalza erano legittimati a chiedere l'annullamento della delibera, superando il numero delle azioni da loro detenute la soglia dell'uno per mille del capitale con diritto al voto, l'azione risarcitoria

toria, intentata senza aver impugnato la delibera, non è meritevole di tutela, sia per violazione dell'art. 1227 c.c., che esclude il diritto al risarcimento dei danni che il danneggiato avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, sia in ragione del divieto di venire *contra factum proprium*, cui si riferisce la giurisprudenza di legittimità e di merito sopra citata, sia per contrarietà ai canoni di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c. pacificamente applicabili anche all'esecuzione del contratto sociale.

Tale impostazione è condivisa, oltre che dalla dottrina, dalla giurisprudenza secondo cui una volta decorso il termine di decadenza entro il quale la delibera può essere rimossa con il rimedio demolitorio la delibera deve considerarsi legittima con conseguente impossibilità di valutarne, sia pure in via incidentale ai fini del risarcimento del danno, la validità (...omissis...)

Sulla raccolta delle deleghe.

Nell'atto di citazione notificato da parte degli azionisti ordinari a Carige spa, FITD, SVI e a CCB nel giudizio n. r.g. 560/2020, oltre all'allegazione dei vizi della delibera del 20 settembre 2019 per illegittima esclusione del diritto di opzione e per illegittima determinazione del prezzo di emissione in violazione dell'art. 2441, comma 6, c.c., gli azionisti ordinari hanno denunciato gravi anomalie nella raccolta di deleghe pervenute in quantitativi abnormi via fax da singole utenze a Computershare s.p.a., Rappresentante Designato da CARIGE.

In particolare gli attori assumono la violazione dell'art. 2372, co.1, c.c. che stabilisce che la rappresentanza sia conferita per iscritto, nonché dall'art. 135 novies del D.Lgs. 24 febbraio 1998 (TUF) e dall'art. 134 del Regolamento CONSOB n. 11971 del 14 maggio 1999. (...omissis...)

Secondo gli attori Carige non avrebbe trasmesso le deleghe in originale bensì via fax, con modalità non consentite attraverso la raccolta ad opera di suoi dipendenti e i relativi voti, determinanti per il raggiungimento del quorum di 2/3, sarebbero invalidi. (...omissis...)

Ritiene il Collegio che la domanda di accertamento dell'illegittimità della delibera per violazione delle disposizioni di legge aventi ad oggetto la raccolta delle deleghe al voto. (...omissis...) non meriti accoglimento.

Si rende necessario in primo luogo individuare le disposizioni da applicare al caso di specie. L'art. 2372 c.c. prevede che coloro ai quali spetta il diritto di voto possono farsi rappresentare nell'assemblea e che la rappresentanza debba essere conferita per iscritto. Inoltre ai sensi dell'art. 135 undecies TUF la società con azioni quotate, salvo diversa clausola statutaria, deve designare per ciascuna assemblea, un soggetto, denominato "rappresentante designato" ("R.D."), al quale i titolari del diritto di voto possono conferire una delega con istruzioni di voto su tutte o su alcune delle proposte all'ordine del giorno.

Il contenuto del modulo di delega e le modalità di esercizio del voto sono poi disciplinate dall'art. 134 del Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 ("Regolamento Emissenti"). (...omissis...)

Ai sensi dell'art. 135 undecies, comma 2, TUF, dunque, la delega per le società con azioni quotate viene rilasciata, nel pieno rispetto della forma scritta prescritta dall'art. 2372, comma 1 c.c., «mediante la sottoscrizione di un modulo di delega» il cui contenuto minimo è disciplinato dall'art. 134 del Regolamento Emissenti e dall'Allegato 5A al Regolamento medesimo. Non è quindi conferente il richiamo fatto dalla difesa degli attori all'art. 135 novies TUF che disciplina il diverso caso del rilascio della delega individuale dal socio al rappresentante, con facoltà di designare uno o più sostituti o di autorizzare il delegato a farsi sostituire da un soggetto di propria scelta. Tale disposizione, per garantire la cer-

tezza sulla provenienza dell'atto di delega, sul suo contenuto e sull'identità del delegante, prevede al V comma che il rappresentante possa, in luogo dell'originale, consegnare o trasmettere una copia, anche su supporto informatico, della delega attestando sotto la propria responsabilità la conformità all'originale e l'identità del delegante. È previsto inoltre che il rappresentante conservi l'originale della delega e tenga traccia delle istruzioni di voto eventualmente ricevute per un anno a decorrere dalla conclusione dei lavori assembleari.

Diversa, invece, è la disciplina dell'art. 135 undecies TUF, applicabile al caso di specie, la cui ratio è quella di agevolare la larga partecipazione al voto a mezzo di delega nelle società quotate ad azionariato diffuso, per le quali è prevista obbligatoriamente, salvo diversa disposizione statutaria, la figura del Rappresentante Designato. In tal caso i requisiti di forma previsti dalla legge risultano attenuati, in ragione dell'affidabilità del Rappresentante Designato, soggetto professionalmente qualificato, e sono limitati alla compilazione del modulo di delega, che deve contenere almeno i dati del modello 5A allegato al Regolamento Consob n. 11971 del 14 maggio 1999 e deve essere compilato con l'inserimento di indicazioni specifiche sul documento di identità, sul potere di firma e sui titoli azionari detenuti dal delegante. Ritiene dunque il Collegio che la disciplina distinta contenuta nel TUF con riferimento ai due tipi di delega permetta di riconoscere piena validità alla modalità di trasmissione via fax prevista nel modulo di Banca Carige (...omissis...) in quanto le rigorose prescrizioni stabilite per la delega ordinaria dall'art. 135 novies TUF, non richiamate dall'art. 135 undecies TUF, non sono richieste, per i motivi evidenziati, per il rilascio della delega al Rappresentante Designato. (...omissis...)

Sulla limitazione del diritto di opzione.

Come già evidenziato nella premessa gli attori hanno lamentato l'illegittimità della limitazione del diritto di opzione sia sotto un profilo formale, per omessa/insufficiente motivazione della relazione illustrativa dei commissari straordinari, che sotto un profilo sostanziale, per l'insussistenza dei presupposti dell'art. 2441 c.c. ove è previsto al comma V che il diritto di opzione possa essere escluso o limitato quando l'interesse della società lo esige. La relazione illustrativa dei commissari straordinari, documento che si deve analizzare per affrontare tutte le questioni poste dagli attori. (...omissis...)

“(...) L'operazione di mercato proposta si configura quale operazione privata di salvataggio della Banca (a tutela di tutti gli stakeholders: clienti, dipendenti, azionisti) al fine di scongiurare una situazione di crisi irreversibile, che porterebbe alla sua liquidazione con totale perdita di valore. Infatti, in caso di mancata approvazione dell'Aumento di Capitale da parte dell'Assemblea, e, quindi, in assenza del Rafforzamento Patrimoniale, la Banca si troverà in una situazione di crisi, con conseguente sottoposizione della stessa e del gruppo ad essa facente capo ad azioni straordinarie e/o a misure da parte delle Autorità competenti, che potrebbero determinare la liquidazione coatta amministrativa della Banca, ovvero in alternativa l'applicazione, tra gli altri, degli strumenti di risoluzione delle crisi bancarie di cui al Decreto Legislativo 16 novembre 2015 n. 180, di recepimento in Italia della Direttiva 2014/59/UE cd. Bank Recovery and Resolution Directive e/o eventualmente l'applicazione di misure straordinarie ai sensi del D.L. 8 gennaio 2019, n. 1 convertito, con modificazioni, nella L. 8 marzo 2019, n. 16, ivi compresa la ricapitalizzazione precauzionale qualora ne sussistano i presupposti.”

(...omissis...) i commissari straordinari hanno dunque posto l'accento sulla vitale importanza dell'aumento di capitale e sull'inevitabile alternativa della messa in liquidazione della banca nell'ipotesi in cui tale la ricapitalizzazione non fosse realizzata.

Nella parte descrittiva degli accordi relativi all'operazione di Rafforzamento Patrimoniale i commissari hanno dato atto della stipula di *“accordi finalizzati alla sottoscrizione dell'Aumento di Capitale e delle obbligazioni subordinate. (...omissis...)”*

Nel paragrafo 1.2., dedicato ai “Termini e condizioni dell'Aumento di Capitale” si legge: *“Come illustrato in precedenza, il Rafforzamento Patrimoniale costituisce un'esigenza imprescindibile della Banca, alla luce del Piano Strategico che la stessa intende porre in essere al fine di rispettare i requisiti di vigilanza prudenziale e provvedere al rilancio della Banca medesima. Dopo la presentazione al pubblico in data 27 febbraio 2019 del “Piano Strategico 2019- 2023” i Commissari, in linea con l'obiettivo di valorizzare il potenziale della Banca previsto nel suddetto piano strategico, hanno avviato la ricerca di, e l'interlocuzione con, possibili partner interessati ad investire nel capitale della Banca e rafforzare la struttura e la dotazione patrimoniale della stessa, sondando a più riprese l'interesse di primari investitori internazionali e istituzionali. (...omissis...)”*

L'operazione di Rafforzamento Patrimoniale sottoposta all'Assemblea dei soci, in particolare, prevede: (i) l'Aumento di Capitale per complessivi Euro 700 milioni e (ii) l'emissione dei Warrant e l'aumento di capitale a servizio dell'esercizio dei Warrant, come di seguito descritto.”

Si deve in primo luogo evidenziare che il diritto di opzione degli azionisti è stato limitato e non escluso: la terza tranne dell'aumento di capitale, di importo complessivo pari ad Euro 85 milioni da liberarsi mediante conferimenti in denaro, era da offrire in sottoscrizione e in prelazione agli azionisti (ordinari e di risparmio) della Banca precedentemente alla data di avvio dell'aumento di capitale, in misura proporzionale, nell'ambito di detta tranne, alla percentuale di capitale detenuta precedentemente all'avvio dell'offerta, con l'impegno da parte di FITD di garantire la sottoscrizione delle azioni ordinarie in caso di mancata sottoscrizione, integrale o parziale, da parte degli azionisti della Banca).

Ritiene il Collegio che la limitazione del diritto di opzione risulti adeguatamente motivata dai Commissari straordinari proprio alla luce delle premesse e della puntuale illustrazione sulla situazione in cui versava la banca.

La dogliananza mossa sotto il profilo formale sulla omessa/insufficiente motivazione della limitazione del diritto di opzione non ha dunque alcun pregio in quanto un'attenta lettura della relazione in tutte le sue parti consente di individuare, anche nei passaggi sopra trascritti, le chiare ragioni per le quali il diritto di opzione è stato limitato a favore dei soggetti che hanno reso possibile e garantito l'aumento di capitale in base alle condizioni e ai termini previsti nell'accordo quadro. Non si pone dunque il prospettato problema di mancanza di trasparenza e di inammissibilità dell'integrazione della motivazione in sede giudiziaria, considerato che il contenuto della relazione rende evidente e comprensibile quale fosse l'interesse della società che ha giustificato la limitazione del diritto di opzione.

Passando dal piano formale al piano sostanziale, ossia alla valutazione dei presupposti per la limitazione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441 c.c., deve rilevarsi come siano pienamente condivisibili i rilievi della difesa di Carige laddove evidenzia che, per individuare l'interesse sociale, sia necessario considerare l'unitarità dell'operazione complessiva di messa in sicurezza della Banca, che prevedeva da un lato la realizzazione di un aumento di capitale funzionale al ripristino dei requisiti patrimoniali, anche in relazione alle richieste di derisking della BCE, e dall'altro la cessione di un portafoglio di crediti deteriorati a SGA, la cui offerta era a sua volta subordinata all'esecuzione del rafforzamento patrimoniale. (...omissis...)

Osserva il Collegio che la valutazione della scelta operata dai commissari straordinari, con specifico riferimento alla limitazione

del diritto di opzione, vada operata calandosi nel contesto e quindi considerando il fatto che le trattative avviate con il fondo internazionale BlackRock erano fallite e che era stato richiesto da parte dei commissari l'intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi (FITD) e dello Schema Volontario di Intervento (SVI) per scongiurare l'alternativa della liquidazione coatta amministrativa. Proprio per tale ragione si ritiene che, come per le scelte di gestione adottate dagli amministratori e dai liquidatori di società, così anche per quelle dei commissari straordinari viga il principio del “business judgment rule” in base al quale, salvo manifesta irragionevolezza delle scelte, desumibile dal fatto che non siano state adottate le necessarie cautele ed assunte le informazioni rilevanti, esse sia tendenzialmente insindacabili in sede giudiziale. Anche nel presente giudizio il principio del “business judgment rule” elaborato dalla giurisprudenza nell'ambito dei giudizi di responsabilità degli amministratori deve costituire la chiave di lettura degli atti. (...omissis...)

E' dunque in termini di ragionevolezza che deve essere valutata la scelta dei commissari in ordine alla limitazione del diritto di opzione dei soci ordinari e, al riguardo, il Collegio ritiene rilevante sottolineare che le proposte deliberate dai commissari speciali in data 29.8.2019 hanno trovato sostegno nel parere di congruità del 30.8.2019 della società di revisione reso ai sensi dell'art. 2441 V e VI comma del c.c. e dell'art. 158 D.lgs. n. 58/1998.

Sul punto si richiama la sentenza della Suprema Corte di Cassazione 8 febbraio 2019, n. 3779 (in *Giur. it.*, 2019, 10, 2174), che si pone in linea con il principio di diritto ormai consolidato dopo la sentenza della Suprema Corte 30 ottobre 1970, n. 2263, cit., secondo cui per escludere o limitare il diritto d'opzione è sufficiente che l'interesse sociale sia “serio e consistente, tale da giustificare che, nella scelta del modo di realizzare l'aumento di capitale, sia ritenuto preferibile, perché ragionevolmente più conveniente, il sacrificio totale o parziale del diritto di opzione dei soci”. In senso conforme: Cass., 28 giugno 1980, n. 4089, in *Giur. comm.*, 1983, II, 250 ss.; Cass., 9 gennaio 1987, n. 133, in *Soc.*, 1987, 291 ss. Ne consegue che sotto il profilo della limitazione del diritto di opzione per i motivi sin qui illustrati la delibera del 20 settembre 2019 deve ritenersi legittima.

Sulla determinazione del prezzo di emissione delle azioni. (...omissis...) Gli attori della causa n. 560/2020 hanno lamentato che il prezzo di emissione delle azioni da sottoscrivere per l'aumento del capitale sociale sia stato determinato in violazione dei criteri fissati dall'art. 2441, sesto comma, c.c. che prescrive che, nel caso di esclusione o limitazione del diritto di opzione, tale prezzo deve essere determinato *“in base al valore del patrimonio netto, tenendo conto, per le azioni quotate in mercati regolamentati, anche dell'andamento delle quotazioni nell'ultimo semestre”*. (...omissis...) Hanno sostenuto che i due criteri del patrimonio netto e dell'andamento nell'ultimo semestre delle azioni non siano posti dalla legge sullo stesso piano: il criterio per la determinazione del prezzo di emissione deve essere il patrimonio netto, mentre l'andamento del titolo rappresenta solo un correttivo eventuale e non può sostituirsi al criterio, soprattutto nel caso di specie in cui non si poteva disporre dell'andamento del titolo nei sei mesi precedenti. (...omissis...)

Infine non si dovrebbe distinguere tra patrimonio netto contabile e patrimonio netto effettivo in quanto si tratta di una distinzione non contemplata dall'art. 2424 c.c. al quale si dovrebbe rifare anche l'art. 2441 c.c.

Gli attori hanno lamentato un danno da iper diluizione individuato nella differenza tra il valore delle partecipazioni azionarie ante delibera (da calcolare come per legge dividendo il patrimonio netto con il numero di azione ante aumento) rispetto al prezzo di

emissione stabilito in sede di aumento. (...omissis...)

Banca Carige nel costituirsi ha affrontato in primo luogo il tema della parità contabile, introdotto da Malacalza Investimenti S.r.l. e da Vittorio Malacalza (non anche dagli altri attori) che attiene alla possibilità per una S.p.a. le cui azioni sono prive dell'indicazione del valore nominale di emettere azioni aventi una parità contabile, rapportata all'aumento di capitale, inferiore alla parità contabile che le azioni preesistenti avevano fino a quel momento, rapportata, cioè, all'importo del capitale sociale prima dell'aumento. (...omissis...)

Ha poi osservato che l'art. 2346, comma 5, c.c. dispone “*in nessun caso il valore dei conferimenti può essere complessivamente inferiore all'ammontare globale del capitale sociale*” e che l'art. 8.1 della direttiva UE 2012/30 ove prevede che “le azioni non possono essere emesse per un importo inferiore al loro valore nominale o, in mancanza di questo, al valore contabile” si riferisce proprio alla necessaria copertura del capitale (e, quindi alla circostanza che le nuove azioni devono essere emesse a un prezzo non inferiore alla “parità contabile dell'aumento”), ma non alla parità contabile ante aumento. Banca Carige ha aggiunto al riguardo che per rispettare il limite minimo del valore nominale delle azioni è sufficiente che la maggioranza assembleare (la stessa competente per l'aumento) delibera preventivamente la riduzione del capitale esistente da eseguirsi tramite riduzione del valore nominale delle azioni esistenti.

L'eliminazione dell'indicazione del valore nominale consente quindi di realizzare con modalità operative semplificate l'operazione attuando l'aumento anche al di sotto della parità contabile ante aumento (ma in ogni caso rispettando la parità contabile dell'aumento perché, comunque, il capitale deve essere integralmente coperto), senza la necessità di dovere preventivamente ridurre il capitale sociale per diminuire il valore nominale delle vecchie azioni. (...omissis...)

Quanto alle doglianze di illegittimità della determinazione del prezzo Banca Carige, ha replicato che: i Commissari Straordinari si sono rigorosamente attenuti all'art. 2441, sesto comma, c.c. (...omissis...)

Nella sostanza, secondo Carige, la norma deve essere interpretata con riferimento al risultato di una operazione meramente aritmetica, bensì con riferimento ad un prezzo che possa riflettere l'effettivo valore economico della società, come raccomandato sia nei Principi Italiani di Valutazione (PIV) che dalla coerenza sistematica con quanto previsto in tema di recesso all'art. 2437-ter, comma 2, c.c. secondo cui: “*il valore di liquidazione delle azioni è determinato dagli amministratori (...) tenuto conto della consistenza patrimoniale della società e delle sue prospettive reddituali, nonché dell'eventuale valore di mercato delle azioni*”. Considerato il carattere elastico dei criteri normativi di cui all'art. 2441, sesto comma, c.c. e accertata la possibilità di discostarsi dal risultato di calcoli meramente aritmetici, secondo Carige sarebbe conseguenziale l'ambito di discrezionalità tecnica nella determinazione del prezzo delle azioni di nuova emissione. (...omissis...)

Banca Carige ha inoltre sottolineato di aver agito in trasparenza, mettendo a disposizione del pubblico i documenti di legge, mentre il parere Vitale & Co., essendo una opinion interna di supporto alla valutazione dei Commissari, di cui la Consob non ha imposto la pubblicazione, non è stata divulgata. (...omissis...)

Sulla trasparenza.

Ritiene il Collegio di dover affrontare in primo luogo la censura relativa all'omessa disclosure dell'opinion Vitale & Co che non è stata allegata alla relazione dei commissari straordinari né è stata resa pubblica. Sul punto ritiene sufficiente rilevare che gli unici documenti che devono essere messi a disposizione dei soci sono

la relazione illustrativa ex artt. 2441 c.c. e 125-ter TUF e il parere di congruità della società di revisione ex artt. 2441 c.c. e 158 TUF Il parere di un esperto finanziario indipendente non è prescritto dalla legge. (...omissis...)

Sulla determinazione del prezzo di emissione dell'azione.

Passando a trattare il tema centrale della determinazione del prezzo di emissione dell'azione si evidenzia che l'Opinion Vitale & Co., richiamata nella relazione dei Commissari, fotografa a pag. 5 la situazione critica di Banca Carige in quattro punti:

- a) la sottosposizione alla procedura di Amministrazione Straordinaria dal gennaio 2019 conseguente alle dimissioni della maggioranza dei membri del Consiglio di Amministrazione avvenuta a valle dell'assemblea straordinaria che non ha approvato la delega relativa al suddetto aumento di capitale di € 400 milioni;
- b) l'attivazione in data 25 gennaio, della garanzia statale relativa all'emissione di prestiti obbligazionari per l'importo di € 2 mld., al fine di garantire la stabilità della raccolta della Banca;
- c) la contabilizzazione di ulteriori perdite (ultimo trimestre 2018 e primo trimestre 2019) per l'importo complessivo di € 124,5 mln;
- d) la strutturazione dell'operazione di Cessione di NPE, la contabilizzazione di penali collegate e, più in generale, il complesso degli interventi di ristrutturazione previsti dal nuovo Piano Industriale varato dalla Banca (incluso il piano esuberi del personale) che, unitamente alla prevista evoluzione gestionale, hanno condotto a stimare nel medesimo Piano una perdita a conto economico di € 767 milioni per l'intero esercizio 2019. (...omissis...)

A tal proposito richiama nel caso delle società bancarie il principio della “sana e prudente gestione” e afferma che in quest'ottica la tutela degli azionisti mantiene la sua indubbia rilevanza, ma che le valutazioni e determinazioni dell'organo amministrativo ne potranno tener conto nella misura del possibile, nel quadro, appunto, del prioritario conseguimento del più generale interesse sociale, e ciò avuto riguardo al caso concreto e tenuto conto delle alternative effettivamente disponibili. L'Opinion di Vitale & Co. stima il valore di Carige pre-money quale differenza tra il valore di Carige post-money e l'importo monetario confluito nella società grazie all'aumento di capitale, laddove per valore pre-money si intende il valore della banca prima dell'esecuzione dell'aumento di capitale e per valore post-money si intende il valore della banca successivo all'aumento di capitale, che pertanto incorpora i benefici derivanti da un nuovo piano industriale reso possibile grazie alla stessa ricapitalizzazione. (...omissis...)

Passando al criterio di determinazione del prezzo di sottoscrizione delle azioni l'Opinion evidenzia la necessità di far riferimento al valore di mercato, collegato al valore economico del patrimonio e non a quello contabile. (...omissis...)

La Opinion analizza i criteri da utilizzare per la stima del valore intrinseco di una banca, definito quale valore attuale dei benefici economico-finanziari futuri ritraibili dagli azionisti, cioè dei flussi finanziari futuri disponibili per la relativa distribuzione agli stessi e indica due ottiche di fondo tra le più rilevanti. (...omissis...)

Sottolinea che per una banca si devono tener presenti alcuni aspetti peculiari: i) la natura del business bancario, ed in particolare al fatto che, a differenza della generalità delle aziende, la gestione finanziaria (e quindi gli oneri finanziari) sono parte della gestione caratteristica; ii) l'assoggettamento a regolamentazione della struttura del capitale, ed in particolare la presenza di ratio di vigilanza obbligatori circa la dotazione minima di capitale proprio. (...omissis...)

L'Opinion evidenzia che i criteri basati esclusivamente o prevalentemente sulla consistenza patrimoniale sono stati abbandonati negli anni perché non misurano le variabili fondamentali da cui dipende il valore di un'azienda e non sono coerenti con la nozione di valore intrinseco. (...omissis...)

Riguardo alla stima del valore intrinseco l'Opinion pone un punto fermo nei seguenti termini introducendo la definizione di prezzo tecnico (...omissis...) in mancanza di un valore intrinseco pre money di segno positivo, le considerazioni relative al pricing di un aumento di capitale muovono tipicamente da un prezzo tecnico, cioè un prezzo minimo, non più ancorato ai risultati di stime analitiche, ma che, essendo maggiore di zero, può consentire lo svolgimento dell'operazione quanto meno sul piano tecnico. (...omissis...)

Evidenzia che il Piano Industriale indica il conseguimento di perdite nel 2019 per complessivi € 766,6 milioni e nel 2020 (€84,9 milioni) ed il ritorno ad un sostanziale pareggio nel 2021 (utile netto = € 0,6 milioni) e che le proiezioni sintetiche per il biennio successivo contenute nel documento di Piano Strategico indicano utili netti pari a € 39 milioni e € 72 milioni, rispettivamente nel 2022 e nel 2023. (...omissis...)

Dà atto che sulla base delle informazioni ricevute e richiamate sono compiute analisi e simulazioni riferite a diversi scenari e adottando diversi criteri metodologici di riferimento.

Nel complesso, le analisi e simulazioni effettuate confermano l'applicabilità di un prezzo tecnico per la determinazione del prezzo di emissione delle nuove azioni nell'ambito dell'Aumento di Capitale, così come emerso anche dal confronto con il mercato. (...omissis...)

L'Opinion di Vitale & Co., quindi, considerati vari scenari e utilizzati i principali metodi di valutazione per la stima del valore di una banca, attesta, nello scenario che prevede la realizzazione dell'aumento di capitale, che non esisteva alcun valore per gli azionisti Carige prima dell'aumento di capitale e conferma che tale valore a fortiori non esisteva, ovviamente, senza l'aumento di capitale. (...omissis...)

Orbene ritiene il Collegio che l'esame delle considerazioni svolte dai commissari straordinari, alla luce del parere fornito dall'esperto del settore, consenta di individuare le ragioni della determinazione del prezzo tecnico che, nella prassi, è inteso come prezzo determinato in via convenzionale pur in assenza di un effettivo valore intrinseco di segno positivo al fine di consentire la fissazione di un valore per l'esercizio di un'opzione.

In sostanza a fronte di un valore economico negativo di Banca Carige per le ragioni descritte dai commissari straordinari sulla base dell'analisi contenuta nella Opinion Vitale & C., e quindi di un valore pari a zero delle vecchie azioni, è stato fissato convenzionalmente un valore positivo della Banca di Euro 55,2 milioni, prendendo come base l'ultima capitalizzazione di borsa, corrispondente a un prezzo tecnico di emissione dell'azione di Euro 0,001, superiore al valore effettivo, che è stato determinato allo scopo di consentire agli azionisti preesistenti di mantenere l'investimento azionario e di rendere eseguibile l'aumento di capitale. Il prezzo di emissione così determinato ha superato il vaglio sia della società di revisione che ha espresso la propria fairness opinion, sia sulla sua congruità ex art. 158, comma 1, TUF (prod.doc.44 Carige) che dal Comitato di Sorveglianza ai Commissari Straordinari (prod.doc.45 Carige). Al riguardo si rileva che la società di revisione EY S.p.A. nel parere di congruità (doc.44 unito alla comparsa di risposta Carige del 22.7.2020) non soggetto ad alcuna doglianaza da parte degli attori, ha rilevato che: "la scelta dei Commissari di utilizzare un approccio "di mercato" (...) appare, nelle circostanze, motivata e non arbitraria" e che, "in presenza di un valore intrinseco della Banca sostanzialmente nullo e al fine di dare esecuzione all'imprescindibile operazione di Rafforzamento Patrimoniale, la scelta dei Commissari di individuare il Prezzo di Emissione delle Nuove Azioni sulla base di un prezzo tecnico pari a Euro 0,001 (...) appare (...) motivata e non arbitraria". (...omissis...)

Come già osservato Banca Carige ha prodotto relazioni tecniche a sostegno della ragionevolezza delle scelte operate dai Commissari Straordinari e a confutazione dei pareri contenuti nelle relazioni indicate dagli attori Malacalza Investimenti S.r.l. e Vittorio Malacalza.

Anche FITD ha prodotto due relazioni tecniche. Le relazioni prodotte da Banca Carige e FITD, i cui contenuti per ragioni di sinteticità si ritiene di non descrivere qui analiticamente, indicano gli elementi di natura tecnica che supportano le valutazioni contenute nella relazione dei commissari straordinari e ne confermano la ragionevolezza. In particolare nelle relazioni di Banca Carige (doc. 78,136 e 140 Carige) sono state trattate sotto il profilo tecnico le tematiche del principio della parità contabile, del prezzo di emissione, della valutazione delle obbligazioni subordinate, della quantificazione del danno (questione introdotta solo dagli attori Malacalza Investimenti S.r.l. e Malacalza Vittorio) a fronte di pareri di segno opposto contenuti nelle relazioni tecniche prodotte da Malacalza Investimenti S.r.l. (doc.44,92,227 Malacalza Investimenti S.r.l.). (...omissis...)

Peraltrò ritiene il Collegio che il tema dei criteri di determinazione del prezzo implichi prima di tutto una valutazione giuridica avente ad oggetto l'interpretazione dell'art. 2441, comma 6, cc.

Al riguardo si rileva come tale disposizione non possa essere interpretata nei termini indicati dagli attori per le seguenti ragioni:

- il riferimento al "valore del patrimonio netto" (e non al "patrimonio netto") deve attenere al valore effettivo del patrimonio, quale risultante da un processo valutativo e non al suo valore contabile quale risultante dal bilancio. Ciò comporta che in determinate circostanze l'assemblea possa discostarsi dal valore contabile e fissare un prezzo ancora più basso, se ciò si renda necessario per il buon esito dell'aumento di capitale;

- la determinazione del prezzo di emissione delle nuove azioni in caso di esclusione del diritto d'opzione non può essere frutto di una mera operazione aritmetica consistente nel dividere il patrimonio netto per il numero delle azioni in circolazione, così come proposto dagli attori, in quanto è lo stesso art. 2441, comma 6, c.c. a prevedere che gli amministratori debbano illustrare in una apposita relazione per l'assemblea "i criteri adottati per la determinazione del prezzo di emissione" e il Collegio sindacale (o, come nel caso di specie, nelle società quotate, la società di revisione) debba esprimere "il proprio parere sulla congruità del prezzo di emissione delle azioni";

- la determinazione del prezzo di emissione, nel caso di aumento del capitale con esclusione del diritto d'opzione, è espressione di una valutazione che deve contemporaneare diversi interessi: da una parte l'interesse dei vecchi soci a che le azioni non vengano offerte ai nuovi soci ad un prezzo più basso di quello effettivo e dall'altra, l'interesse della società a realizzare l'aumento di capitale, interesse che sarebbe vanificato se l'assemblea fosse costretta a fissare un prezzo troppo alto, slegato dall'effettivo valore delle azioni, in quanto nessun terzo sarebbe mai interessato a sottoscrivere azioni a un prezzo più alto di quello effettivo.

A conferma di tale impostazione si osserva che in una recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione (Cass., sez. I civ., 20 aprile 2020, n. 792), nell'ambito di un giudizio nel quale un azionista di risparmio aveva promosso un'azione risarcitoria nei confronti di nei confronti di Banca Popolare Antoniana Veneta S.p.a. sul presupposto di aver patito un danno dalla fusione per incorporazione di Banca Nazionale dell'Agricoltura S.p.a. a seguito della diminuzione della sua quota percentuale di capitale sociale e del valore economico della sua partecipazione, è stato anche affrontato il tema dei criteri di valutazione del valore delle azioni, ai fini della determinazione del rapporto di cambio in presenza di azioni ordinarie e azioni di risparmio emesse dalla società incor-

porata. Di particolare interesse, per le questioni controverse nella presente causa, è il seguente passaggio motivazionale:

"Il valore di mercato di un titolo azionario dipende normalmente dalla diversità dei diritti che il titolo incorpora: per impiegare una felice locuzione già utilizzata in dottrina, il mercato esprime infatti una stima in termini economico-patrimoniali di tali diritti. In conseguenza, non potrebbe di certo ritenersi arbitrario un rapporto di cambio che sia differenziato in ragione delle diverse quotazioni delle azioni ordinarie e delle azioni di risparmio della società incorporata. Tali quotazioni sono infatti in grado di "pesare" i diritti patrimoniali e amministrativi propri delle due categorie di azioni. La determinazione del valore delle azioni sulla base delle quotazioni ricevute sul mercato costituisce, del resto, un criterio non solo rispondente a un canone di ragionevolezza, ma sintomaticamente fatto proprio dal legislatore, se pure ad altri fini. Vanno citati, in proposito, l'art. 2437 ter c.c. (in precedenza l'art. 2437 c.c.) sui criteri di determinazione del valore delle azioni in caso di recesso del socio, che impone, salvo diverse disposizioni statutarie, di liquidare le azioni quotate sui mercati regolamentati facendo riferimento alla media dei prezzi di chiusura delle medesime nell'ultimo semestre, e l'art. 2441 c.c., sul diritto di opzione in caso di nuove emissioni di azioni o di obbligazioni convertibili, che prescrive di tener conto, nel prezzo delle azioni quotate, oltre che del patrimonio netto, anche dell'andamento delle quotazioni per lo stesso arco di tempo. Sono, queste, disposizioni che oltretutto sconfessano, sul piano del diritto positivo, l'assunto del ricorrente secondo cui il valore delle azioni vada meccanicamente ricavato dalla quota di patrimonio che nominalmente rappresentano: ed è anzi significativo che l'art. 2437 ter c.c., comma 1, richieda agli amministratori di tener conto dell'"eventuale valore di mercato delle azioni" anche per i titoli non quotate".

La giurisprudenza della Suprema Corte è dunque confortante e, riguardo alle tematiche qui trattate, conferma la necessità di stabilire il valore delle azioni sulla base del loro concreto valore di mercato. Le pretese risarcitorie muovono invece da una interpretazione letterale dell'art. 2441, co. 6, c.c. che, per quanto detto, non può essere condivisa in quanto è ancorata ad un dato contabile, che non è significativo del valore della banca, e ad un prezzo che non esprime il valore di mercato dell'azione.

Si rileva tra l'altro che l'interpretazione letterale della norma in questione non è appropriata al caso di specie in quanto la quotazione del titolo è stata sospesa a gennaio del 2019 ed è quindi evidente che non sarebbe stato possibile far riferimento all'andamento delle quotazioni dell'ultimo semestre, ma solo all'ultima quotazione. Sarebbe stato totalmente irragionevole, e contrario alla prescrizione normativa volta alla determinazione di un prezzo di offerta congruo, non tenere debita considerazione, nella valutazione delle azioni, di un elemento capitale come la sospensione della quotazione del titolo.

A conferma del fatto che l'operato dei commissari straordinari debba essere valutato in termini di ragionevolezza si sottolinea che il precedente aumento di capitale di Banca Carige del 28 settembre 2017 era stato deliberato per un prezzo delle nuove azioni ben inferiore alla proporzione con il patrimonio netto contabile: il prezzo era stato fissato per le nuove azioni (sia quelle in opzione sia quelle con esclusione del diritto di opzione) in 0,01 euro e all'epoca il valore nominale implicito delle vecchie azioni era di 3,36 euro e anche la quotazione media dell'ultimo semestre, benché inferiore al valore nominale implicito delle vecchie azioni, era ben superiore a 0,01 euro (si veda doc. 97 Malacalza Investimenti). Ne consegue il rigetto di tutte le domande risarcitorie proposte sul presupposto dell'accertamento della illegittimità della delibera adottata dalla assemblea straordinaria del 20.9.2020. (...omissis...) con riferimento alla domanda risarcitoria proposta nei confronti di CCB, SVI E FITD evocati nel giudizio n.560/2020 dagli azionisti ordinari, oltre che da Malacalza Inve-

stimenti S.r.l. e Vittorio Malacalza, per rispondere in via solidale con Carige dei danni cagionati agli azionisti sulla base dell'assunto secondo cui avrebbero tratto dall'operazione di aumento del capitale, realizzata alle condizioni dell'accordo quadro, un proprio vantaggio a detrimenti dei vecchi azionisti. Tale concorso è stato ipotizzato nella causa n. r.g. 560/2020 a titolo di responsabilità extracontrattuale ex artt. 2043, ex art. 2055 c.c. richiamando altresì l'art. 2497 c.c. secondo cui se le società controllanti agiscano in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale ne sono direttamente responsabili nei confronti dei soci della controllata e "chi abbia comunque preso parte al fatto lesivo o chi ne abbia consapevolmente tratto beneficio ne risponde in via solidale". FITD SVI E CCB, nei rispettivi atti difensivi hanno eccepito l'inammissibilità del prospettato concorso di responsabilità ex art.2043 e 2055 cc. Senza diffondersi nella trattazione dei diversi argomenti difensivi sviluppati dai convenuti il Collegio ritiene sufficiente rilevare come la costruzione su cui si fonda il concorso di responsabilità dei cd "soggetti beneficiati" non possa in alcun modo essere condivisa. Si è infatti visto come, in caso di mancata approvazione dell'aumento di capitale da parte dell'Assemblea, la Banca sarebbe stata posta in liquidazione coatta amministrativa, e come solo l'intervento degli soggetti istituzionali e di CCB ha consentito di realizzare il suo salvataggio. In base a tali considerazioni, e per i motivi che si sono illustrati in precedenza circa la effettiva sussistenza dei presupposti per la complessa operazione sul patrimonio sociale, è impossibile affermare che gli amministratori (nella specie, i commissari straordinari, peraltro non citati in giudizio) abbiano agito con quell'abusus di potere cui l'art. 2497 cc condiziona la speciale forma di responsabilità azionata; ancora meno elementi sussistono per affermare che i soggetti beneficiati dovessero avere consapevolezza del carattere lesivo dell'operazione.

Sulla domanda riconvenzionale proposta da Banca Carige nei confronti di Malacalza Investimenti S.r.l.

Resta da esaminare la domanda riconvenzionale che Banca Carige ha proposto per ottenere da Malacalza Investimenti S.r.l. il risarcimento dei danni derivati dalla sua astensione in occasione dell'assemblea del 22 dicembre 2018 nella quale non è stato raggiunto il quorum necessario all'approvazione della delibera avente per oggetto la proposta di delega al consiglio di amministrazione per un aumento di capitale. (...omissis...)

Ciò premesso ritiene il Collegio che la domanda riconvenzionale debba ritenersi ammissibile ai sensi dell'art. 36 c.p.c. alla luce dell'orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui la relazione di dipendenza della domanda riconvenzionale «dal titolo dedotto in giudizio dall'attore o da quello che già appartiene alla causa come mezzo di eccezione», che consente la trattazione simultanea delle cause, a condizione che la riconvenzionale non ecceda la competenza per materia o valore del giudice adito, dev'essere intesa non già come identità della causa petendi, dal momento che l'art. 36 c.p.c. si limita a richiedere un rapporto di mera dipendenza, ma come comunanza della situazione o del rapporto giuridico dal quale traggono fondamento le contrapposte pretese delle parti, ovvero come comunanza della situazione o del rapporto giuridico sul quale si fonda la riconvenzionale con quello posto a base di un'eccezione, sì da delinearsi una connessione oggettiva qualificata della domanda riconvenzionale con l'azione o l'eccezione proposta (cfr.: Cass., 11 febbraio 2020, n. 3287; Cass., 24 settembre 2018, n. 22461; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27564, App. Genova, sez. I, 14 febbraio 2019, n. 213) (...omissis...)

Invero nella prospettazione di Banca Carige la situazione prodottasi nel corso del 2019 dovrebbe imputarsi alla *mala gestio* del socio di controllo Malacalza Investimenti S.r.l. culminata, a di-

cembre del 2018, nell'astensione dal voto all'assemblea del 22 dicembre, ritenuta di importanza vitale per le sorti della banca, cosicché vi sarebbe, nell'ottica di Banca Carige, un collegamento obiettivo tra le contrapposte pretese.

Cionondimeno ritiene il Collegio che la domanda riconvenzionale non meriti accoglimento.

Deve infatti riconoscersi valore decisivo alla ragione più liquida individuata nel fatto che gli azionisti non possono essere privati, in nome dell'interesse sociale, del diritto di autodeterminarsi nell'esercizio del voto, ad eccezione dell'ipotesi di abuso del diritto finalizzato al conseguimento di un vantaggio a discapito dei socio di minoranza o ai danni della società. In altre parole l'astensione di Malacalza Investimenti S.r.l. deve ritenersi una libera forma di manifestazione di volontà in senso contrario all'approvazione della proposta e in tale condotta non è ravvisabile un abuso del diritto in quanto il socio, le cui ragioni sono insindacabili, non ha tratto alcun vantaggio dagli eventi negativi che si sono verificati dopo l'assemblea del 2018. (...omissis...)

Sulle spese processuali (...omissis...)

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni altra istanza disattesa o assorbita, così dispone:

- Dichiara improcedibile la domanda di annullamento della delibera di aumento di capitale adottata da Carige S.p.a. in data 20.9.2019 impugnata da Michele P. in qualità di Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige;
- Respinge la domanda di risarcimento dei danni proposta da Michele P. in qualità di Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige;
- Dichiara inammissibili le domande di risarcimento dei danni proposte nei confronti di Banca Carige S.p.a., Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, Schema Volontario di Intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e Cassa Centrale Banca e Credito Cooperativo Italiano S.p.A. da Malacalza Investimenti S.r.l. e da Vittorio Malacalza;
- Accertata la validità della delibera di aumento di capitale adottata da Carige S.p.a. in data 20 settembre 2019 respinge le domande di risarcimento deli danni proposte da (...omissis...);
- Dichiara tenuto e condanna Michele P. in qualità di Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige alla rifusione in favore di Banca Carige spa delle spese del giudizio che liquida in € 25.254,00 oltre accessori di legge, con diritto di rivalsa ex art. 146 co.1 lett. C) TUF;
- Dichiara tenuta e condanna Malacalza Investimenti S.r.l. alla rifusione in favore di Banca Carige S.p.a., Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, Schema Volontario di Intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e Cassa Centrale Banca e Credito Cooperativo Italiano S.p.A. delle spese del giudizio che liquida in € 113.597,00 oltre accessori di legge in favore di ciascun convenuto;
- Dichiara tenuto e condanna Vittorio Malacalza alla rifusione in favore di Banca Carige S.p.a. Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, Schema Volontario di Intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e Cassa Centrale Banca e Credito Cooperativo Italiano S.p.A. delle spese del giudizio che liquida in € 18.103,5 oltre accessori di legge in favore di ciascun convenuto;
- dichiara tenuti e condanna (...omissis...) in solido tra loro alla rifusione in favore di Banca Carige S.p.a. Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi, Schema Volontario di Intervento del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi e Cassa Centrale Banca e Credito Cooperativo Italiano S.p.A. delle spese del giudizio che liquida in € 23.535,00 oltre accessori di legge in favore di ciascun convenuto;

- Compensa le spese tra l'intervenuta Francesca C. e i convenuti;
- dichiara tenuto e condanna Filippo C. alla rifusione in favore di Banca Carige S.p.a. delle spese del giudizio che liquida in € 6338,5 oltre accessori di legge;
- respinge la domanda riconvenzionale proposta da Banca Carige spa nei confronti di Malacalza Investimenti S.r.l. (...omissis...)

Tribunale di Genova, sez. I civ., 3 ottobre 2021 - Giudice Unico Lippi.

CONSUMATORE (tutela del) - beni di consumo - difetto di conformità - rimedi primari e secondari - ordine gerarchico legale - necessità - mancato rispetto - conseguenze - inammissibilità della domanda.

(Art. 130 d. lgs. n. 206/2005, c.d. Codice del consumo)

Nell'ambito della vendita di beni di consumo, per il caso di difetto di conformità del bene, l'art. 130 del d. lgs. n. 206/2005 consente al consumatore di domandare al proprio dante causa, in primo luogo, la riparazione ovvero la sostituzione del bene (rimedi primari) e, solo in secondo luogo, nonché alle condizioni contemplate dal comma 7 della norma citata, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (rimedi secondari).

Detti rimedi sono dunque graduati secondo un ben preciso ordine gerarchico legale, che il danneggiato è tenuto a rispettare, con conseguente inammissibilità della domanda con cui il consumatore richieda, fin da subito, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto.

M.I.F.

(...Omissis...)

Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione.

E ha convenuto in giudizio A s.r.l., concessionaria ufficiale VW A.G., presso la quale ha acquistato la vettura VW Golf con telaio N. xxx, al costo di € 23.600,00, per ottenere il risarcimento dei danni -da calcolarsi in via equitativa- che assume di aver subito a causa dell'installazione da parte del costruttore di un software, all'interno della centralina elettronica, che secondo la prospettazione attorea, avrebbe consentito all'autovettura di superare i test di omologazione e di rispettare i limiti di emissioni delle sostanze inquinanti, previsti dal Reg. Europeo 715/07.

La A s.r.l. nel costituirsi ha contestato gli addebiti e alla prima udienza parte attrice, alla luce delle difese svolte dalla convenuta, ha chiesto l'autorizzazione a chiamare in causa il produttore della vettura, la V Aktiengesellschaft che si è costituita contestando le domande attoree.

Il primo giudice assegnatario, autorizzato il deposito delle memorie 183 co.6 cpc, ha licenziato ctu sottoponendo comunque alle parti la seguente ipotesi di definizione transattiva:

- a) riconoscimento da parte di VW di un ristoro omnicomprensivo pari al 15% di un valore intermedio (mediano) tra il costo di acquisto della vettura compresa IVA, ed il valore dell'usato stimato dalla pubblicazione Quattroruote alla data dell'avvenuta cessione;
 - b) riconoscimento di un contributo spese di € 1.620,00 + Iva e CPA;
 - c) vincolo di riservatezza sull'accordo così raggiunto;
 - d) formalizzazione dell'intesa mediante verbale ex art. 185 c.p.c.
- Tale proposta, alla quale ha aderito l'attore, non è stata però accettata dai convenuti. Depositato l'elaborato peritale da parte del Ctù designato dal secondo giudice assegnatario della causa, all'udienza del 08/4/2021, le parti hanno precisato le conclusioni davanti alla sottoscritta e sono stati concessi i termini di cui all'art. 190, allo spirare dei quali la causa è stata trattenuta in decisione.

Ciò premesso si osserva in primo luogo che l'installazione del software sulla vettura di proprietà dell'attore è circostanza pacifica ed ammessa dalla stessa casa costruttrice (prod.3 parte attrice). L'illegalità del software installato sulla vettura, denominato "defeat device" risulta dal Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato N. 26137 adottato nell'Adunanza del 4/8/2016, allegato alla memoria 183 n.2 cpc depositata dalla parte attrice in data 12/5/17, con cui l'AGCM ha inflitto la multa alla Volkswagen AG, per pratica commerciale scorretta ex art. 20, comma 2, 21 comma 1, lettera b), e 23, comma 1, lettera d), del Codice del Consumo.

A pag. 13 del Provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, par. 31 si legge: *"Infatti il KBA, con l'ordinanza del 15/10/2015 ha stabilito che il sistema EGR sopra descritto costituisce un impianto di manipolazione vietato ai sensi dell'art.3 par.10 e dell'art.5 par.2 del Regolamento n. 715/2007. Di conseguenza, poiché i veicoli su cui è installato tale elemento progettuale non rispettano i requisiti per il riconoscimento dell'omologazione ai sensi del Regolamento CEE N. 715/2007, essi devono ritenersi non conformi alla normativa vigente. Poiché ai sensi della Direttiva 2007/46/CE, un omologazione UE per i veicoli di quella categoria può essere rilasciata solo se il veicolo soddisfa i requisiti stabiliti dal Regolamento CEE N. 715/2007, ne consegue che tali veicoli devono altresì considerarsi non conformi alle omologazioni concesse ai sensi della Direttiva 2007/46/CE e che le omologazioni CE rilasciate devono considerarsi illegittime".*

Tale provvedimento è stato successivamente confermato dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio dapprima in via provvisoria e poi in via definitiva nella procedura avente N. 12293/2016 Reg. Ric. e N.06920/2019 Reg. Prov. Coll. in data 03/04/2019 (sentenza depositata telematicamente nel presente procedimento in data 14/2/2020).

La natura illecita del dispositivo è stata inoltre accertata dalla pronuncia pregiudiziale del 17.12.2020 - CAUSA C-693/18 della Corte di Giustizia UE, che ha qualificato "impianto di manipolazione" il software idoneo a consentire di individuare parametri corrispondenti a quelli dei test effettuati in laboratorio secondo il profilo NEDC (consistente nella ripetizione, in laboratorio, di quattro cicli urbani seguiti da un ciclo extraurbano, al fine di verificare il quantitativo di emissioni di ossido di azoto) e, se del caso, di aumentare il livello di apertura della valvola EGR, al fine di riconvogliare una parte più consistente dei gas di scarico nel collettore di aspirazione, in tal modo riducendo "a monte" in fase di procedure di omologazione le emissioni del veicolo sottoposto a test, consentendo, quindi, di potenziare il funzionamento della valvola EGR affinché le emissioni rispettino le soglie stabilite dal regolamento n. 715/2007.

È documentato in atti dunque che la vettura venduta all'attore non rispetta il regolamento europeo 715/2007, con riguardo al valore delle emissioni degli ossidi di azoto.

Non è dirimente il fatto che l'omologazione non sia stata revocata (eccezione sollevata dalla difesa di VW AG), mentre rileva che sulla carta di circolazione sia riportata la corrispondenza della vettura al regolamento UE 715/2007, malgrado la presenza del defeat device.

Sulla prescrizione.

Quanto sin qui esposto consente di superare, conformemente a quanto già ritenuto dal primo giudice assegnatario, l'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta.

La mancanza di conformità, nella prospettazione attorea, era già esistente al momento della consegna del bene e l'art. 130 co. 1 codice del consumo, invocato dalla parte attrice, prevede la responsabilità del venditore nei confronti del consumatore, senza

stabilire alcun termine di prescrizione dell'azione giudiziale, per cui deve ritenersi operante il termine ordinario decennale.

La prescrizione è iniziata a decorrere per l'attore, a tutti gli effetti, dalla ricezione della lettera inviata da VW Auto in data 11/11/2015, e quindi dal momento in cui lo stesso si è trovato nella condizione di esercitare il diritto al risarcimento del danno.

Sulla *mutatio libelli*.

Non si ravvisa rispetto alla domanda rivolta nei confronti del terzo chiamato una ipotesi di *mutatio libelli*.

L'attore non ha modificato l'oggetto delle proprie domande nella memoria 183 n.1 cpc.

La riduzione del prezzo è la forma risarcitoria richiesta alla concessionaria A.

Il risarcimento del danno è invece rivendicato nei confronti della V AG ex artt. 2043 c.c., 20 comma 2, 21 comma 1 lett. B e 23 comma 1 lett d del Codice del Consumo, ma si fonda sui medesimi fatti.

Si richiama al riguardo il consolidato orientamento giurisprudenziale di legittimità secondo cui *"si ha mutatio libelli quando la parte immuti l'oggetto della pretesa ovvero quando introduca nel processo, attraverso la modifica dei fatti giuridici posti a fondamento dell'azione, un tema di indagine e di decisione completamente nuovo, fondato su presupposti totalmente diversi da quelli prospettati nell'atto introduttivo e tale da disorientare la difesa della controparte e da alterare il regolare svolgimento del contraddittorio"* (Cass. S.U. n.12310/2015).

Sul quadro normativo rilevante ai fini della decisione.

Come si è già evidenziato, a seguito delle difese di A srl, l'attore è stato autorizzato a chiamare in causa Volkswagen Aktiengesellschaft nei confronti la domanda risarcitoria, per le ragioni che si vanno ad esporre, merita di essere accolta.

Per inquadrare la fattispecie in esame devono essere esaminati gli artt. 18 e ss. del D.Lgs. 6 settembre 2005 n. 206, come modificato dal D.Lgs. 2 agosto 2007 n. 146.

La prima di tali disposizioni stabilisce che, per le finalità considerate dal Titolo III (in tema di "Pratiche commerciali, pubblicità ed altre informazioni commerciali"), si intende:

- per **"professionista"** qualsiasi persona fisica o giuridica che, nelle pratiche commerciali oggetto del presente titolo, agisce nel quadro della sua attività commerciale, industriale, artigianale o professionale e chiunque agisce in nome o per conto di un professionista;
- per **"pratiche commerciali tra professionisti e consumatori"** qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori;
- per **"falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori"** l'impiego di una pratica commerciale idonea ad alterare sensibilmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo pertanto ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso;
- per **"diligenza professionale"** il normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista.

Il successivo art. 19 precisa che le norme relative al Titolo III del Codice del Consumo si applicano alle pratiche commerciali scorrette tra professionisti e consumatori poste in essere prima, durante e dopo un'operazione commerciale relativa a un prodotto.

L'art. 20 statuisce che una pratica commerciale è scorretta se è contraria alla diligenza professionale, ed è falsa o idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge e che sono scorrette le pratiche commerciali: a) ingannevoli ex artt. 21, 22 e 23 o b) aggressive ex artt. 24, 25 e 26.

Ai sensi dell'art. 21 è considerata ingannevole una pratica commerciale che contiene informazioni non rispondenti al vero o, seppure di fatto corretta, in qualsiasi modo, anche nella sua presentazione complessiva, induce o è idonea ad indurre in errore il consumatore medio riguardo a esistenza o la natura del prodotto, caratteristiche principali del prodotto, portata degli impegni del professionista ovvero, in ogni caso, la pratica che induce il consumatore o è idonea a indurlo ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso.

L'art. 23 individua, poi, le pratiche commerciali considerate in ogni caso ingannevoli, tra cui annovera quella consistente nell'asserire, contrariamente al vero, che un professionista, le sue pratiche commerciali o un suo prodotto sono stati autorizzati, accettati o approvati, da un organismo pubblico o privato o che sono state rispettate le condizioni dell'autorizzazione, dell'accettazione o dell'approvazione ricevuta.

A livello di normativa comunitaria rilevano:

- la Direttiva 2007/46/CE che costituisce la normativa quadro in materia di omologazione dei veicoli a motore degli stati membri basata sul principio di armonizzazione; prevede che gli Stati membri istituiscano o designino le autorità competenti in materia di omologazione e che, una volta ottenuta l'omologazione, i veicoli conformi possano essere immatricolati, venduti o messi in circolazione nei paesi dell'UE sulla base del certificato di conformità, che consiste nel documento rilasciato dal costruttore e attestante che un veicolo appartiene alla serie del tipo omologato;
- il regolamento (CE) n. 715/2007 che contiene norme armonizzate per l'omologazione dei veicoli a motore riguardo alle emissioni, imponendo ai costruttori di progettare, costruire e assemblare i componenti in modo che il veicolo sia conforme alla normativa, al fine di conseguire gli obiettivi di qualità dell'aria perseguiti dall'Unione Europea; le norme Euro 5 e Euro 6 costituiscono delle misure intese a ridurre le emissioni di particolato e di precursori dell'ozono come gli ossidi di azoto e gli idrocarburi.

Ai sensi del regolamento 715/2007 è «impianto di manipolazione» ogni elemento di progetto che rilevi temperatura, velocità del veicolo, velocità del motore (RPM), marcia innestata, depressione del collettore o altri parametri, al fine di attivare, modulari, ritardare o disattivare il funzionamento di una qualsiasi parte del sistema di controllo delle emissioni che riduca l'efficacia di tale sistema in modi che è lecito attendersi durante il normale funzionamento e il normale uso del veicolo.

L'art. 5.2 del citato regolamento statuisce che «L'uso di impianti di manipolazione che riducono l'efficacia di sistemi di controllo delle emissioni è vietato».

Sulla responsabilità della terza chiamata.

L'ingannevolezza della pratica ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. d), D.Lgs. 206/2005 si radica proprio nell'uso del dispositivo idoneo a raggiungere il fine dell'omologazione.

Come è stato evidenziato dalla difesa dell'attore, dopo la scoperta avvenuta nel settembre del 2015, lo stesso KBA sia nella comunicazione del 25 settembre 2015 disponeva l'adozione da parte di Volkswagen di un piano di interventi per l'eliminazione delle condizioni irregolari, tramite la rimozione dell'impianto o degli impianti di manipolazione e l'adozione di misure da parte del costruttore, al fine di garantire il rispetto dei valori soglia di emissioni applicabili ai veicoli prodotti e immessi sul mercato o già in cir-

colazione sulla base delle autorizzazioni (doc. 40 parte attrice). Risultano integrati dalla condotta di Volkswagen AG gli illeciti di cui agli artt. 21, comma, 1 lett. b) e 22 D.Lgs. 206/2005 in quanto le comunicazioni pubblicitarie sono state omissive e fuorvianti per il consumatore che non è stato posto nella condizione di compiere una scelta consapevole e si è determinato all'acquisto nell'erronea convinzione che il produttore avesse tra i suoi primari obiettivi la tutela dell'ambiente.

È ininfluente che nella trattativa commerciale non siano stati forniti dal produttore i valori specifici finali di emissioni di Nox in quanto il messaggio commerciale promosso dalla Volkswagen consiste nella la natura ecocompatibile del veicolo per il basso impatto per l'ambiente, mentre nella realtà della conduzione in strada del veicolo il livello di emissioni non ne avrebbe consentito l'omologazione.

Si ritiene parimenti ininfluente il fatto che non vi sia stato né un calo delle vendite dei veicoli né un loro deprezzamento, come ipotizzato anche dal ctu nominato, in quanto l'illecito consumeristico ravvisabile nel caso di specie ha natura di illecito di pericolo, considerata l'astratta idoneità della pratica a falsare il comportamento economico del consumatore nella sua scelta di acquisto a prescindere da una valutazione dell'effettivo danno economico concretamente causato (Cons. Stato, Sez. VI, 16.3.2018, n. 1670; 19.9.2017, n. 4878; 6.9.2017, n. 4245; 24.11.2011, n. 6204; 16.8.2017, n. 4011; TAR Lazio, Sez. I, 9.4.2019, n. 4621; 24.4.18, n. 4571).

Sulle osservazioni sin qui svolte in ordine alla ingannevolezza della pratica commerciale non incidono le conclusioni cui è pervenuto il Ctù nominato al quale sono stati sottoposti i seguenti quesiti:

“Il C.T.U. letti gli atti di causa, considerati i dati pacifici in relazione al modello del veicolo per VW Golf per cui è causa, e quelli relativi al modello del relativo motore: dica se il veicolo VW Golf stesso, acquistato dall'attore, possa ritenersi o meno “conforme alle qualità promesse” quali risultanti da documenti in atti o dalle caratteristiche del modello notorio all'epoca dell'acquisto; dica in particolare se lo stesso corrispondesse alla categoria Euro 5 quanto ad emissioni; dica se l'intervento offerto da VW sui veicoli con motore EA189 montati sistema EGR appaia risolutivo della difformità ed in che misura limitativo del valore del veicolo; dica se il prezzo finale di vendita appaia frutto di un deprezzamento maggiore rispetto a veicoli di categoria analoga o a veicoli VW non interessati dalla problematica di causa.”

Il Ctù ha così concluso:

“-il veicolo VW Golf, acquistato dall'attore, può ritenersi “conforme alle qualità promesse” dal venditore come prestazioni, consumi ed emissioni sia al momento dell'acquisto che dopo aver effettuato il richiamo.

- L'autovettura corrispondeva alla categoria Euro 5, quanto ad emissioni, sia al momento dell'acquisto che dopo aver effettuato il richiamo.

- L'intervento offerto da VW sui veicoli con motore EA189, una volta effettuato, elimina defeat devices, cioè una difformità che non pregiudica, e non pregiudica, il valore del veicolo: vi è stato so-lo un calo nel valore dell'usato per un breve periodo a seguire lo scoppio del dieselpgate.

- Il prezzo finale di vendita non ha subito alcun deprezzamento rispetto a veicoli di categoria analoga o a veicoli VW non interessati dalla problematica di causa”.

Gli aspetti esaminati dal consulente nominato dal Tribunale afferiscono alla domanda di riduzione del prezzo e non scalfiscono il profilo di responsabilità della terza chiamata sin qui trattato, che riguarda invece l'ingannevolezza della pratica commerciale della Volkswagen.

Sulla posizione della concessionaria A srl.

L'attore ha sostenuto che la responsabilità contrattuale della A srl sia fondata sulla violazione dell'art. 130 del D.L. 206 del 06/09/2005.

L'art.130 del codice del consumo prevede:

- “*1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.*
- 2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma dei commi 3, 4, 5 e 6, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto, conformemente ai commi 7, 8 e 9.*
- 3. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro.*

4. Ai fini di cui al comma 3 è da considerare eccessivamente oneroso uno dei due rimedi se impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro, tenendo conto:

- a) del valore che il bene avrebbe se non vi fosse difetto di conformità;*
- b) dell'entità del difetto di conformità;*
- c) dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore.*

5. Le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un congruo termine dalla richiesta e non devono arrecare notevoli inconvenienti al consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha acquistato il bene.

6. Le spese di cui ai commi 2 e 3 si riferiscono ai costi indispensabili per rendere conformi i beni, in particolare modo con riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali.

7. Il consumatore può richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto ove ricorra una delle seguenti situazioni:

- a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose;*
- b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al comma 5;*
- c) la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arreccato notevoli inconvenienti al consumatore. (...).*

A srl ha contestato in radice la sussistenza delle condizioni per l'azione contrattuale di riduzione del prezzo e ha opposto che, non avendo partecipato in alcun modo alle fasi di progettazione, costruzione, ed omologazione della vettura, al momento della vendita non poteva avere conoscenza diretta né indiretta della vicenda.

A prescindere da quest'ultimo aspetto che porta ad escludere la responsabilità dell'A srl per prassi commerciale ingannevole, perché la concessionaria effettivamente non poteva essere al corrente nel 2011 (anno della vendita dell'autovettura) di quanto è emerso solo a seguito delle indagini condotte nel 2015 dalla agenzia americana per l'ambiente (EPA), si osserva che nel caso di vendita di beni di consumo, il difetto di conformità consente al consumatore di esperire i vari rimedi contemplati all'art. 130 D.lgs. 206/05, che però sono graduati, per volontà dello stesso legislatore, secondo un ben preciso ordine.

Costui può, in primo luogo, proporre al proprio dante causa la riparazione ovvero la sostituzione del bene (rimedi primari) e, solo in secondo luogo, nonché alle condizioni contemplate dal comma 7, può richiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto (rimedi secondari).

Se il consumatore non rispetta l'ordine gerarchico dei rimedi, ponendo sin da subito la domanda di riduzione del prezzo o di risoluzione, come nel caso di specie, la conseguenza è l'inammmissibilità della domanda proposta.

Sul danno risarcibile.

Il danno va riconosciuto sulla base del criterio omogeneo di calcolo basato su di un parametro unitario il cui importo è pari al

15% del prezzo medio di acquisto dei veicoli coinvolti dal cd. Diesgate in Italia, tratto dal provvedimento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato n. 26137 adottato nell'adunanza del 4 agosto 2016, che lo ha stimato compreso tra 10.000 a 30.000 euro.

Nel caso in esame è pacifico che l'attore ha acquistato la vettura al prezzo di € 23.500,00 e pertanto l'importo risarcitorio a titolo di danno patrimoniale deve essere calcolato su tale importo ed è pari ad euro 3.540 oltre rivalutazione ed interessi dall'acquisto della vettura da parte dell'attore alla presente pronuncia. In difetto di specifica prova il danno morale può essere riconosciuto all'attore.

Sulle spese.

Le spese processuali dell'attore, compresi gli oneri di ctu sostenuti dopo la formulazione della proposta conciliativa del primo giudice assegnatario, devono essere poste a carico della V Aktiengesellschaft sulla base del principio di causalità, e sono così liquidate (...Omissis...)

Quanto alla posizione di A srl in punto spese si osserva che benché l'azione di riduzione del prezzo sia inammissibile, per le ragioni anzidette, in considerazione del comportamento processuale della concessionaria (che ha scelto di non chiamare in manleva il produttore) e dell'esito finale del giudizio, si ritiene che sussistano gravi ed eccezionali ragioni per la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente pronunciando, ogni diversa istanza ed eccezione disattesa o assorbita, così dispone:

- dichiara inammissibile la domanda proposta da E nei confronti di A srl
- dichiara tenuta e condanna V Aktiengesellschaft a corrispondere ad E la somma di € 3540 oltre rivalutazione ed interessi come in motivazione.
- dichiara tenuta e condanna V Aktiengesellschaft a rimborsare all'attore le spese del giudizio (...Omissis...)
- Pone a carico di V Aktiengesellschaft le spese di ctu liquidate in atti.
- Compensa integralmente le spese tra le altre parti (...Omissis...)

Tribunale di Savona, 24 settembre 2021 - Giudice Unico Serra - D.L. (Avv.ti Farrauto e Saracco) c. B.B.P.M (Avv. Zanelli) e c. U.C. (Avv. Astigiano) e c. D.D. (Avv. Piccardo).

CONTRATTI bancari - fideiussione - contratto redatto secondo formulari ABI - contrarietà a normativa antitrust - nullità - competenza per materia.

(Artt. 1419 e 1957 c.c.; artt. 3 e 645 c.p.c.; art. 188 disp. att. c.p.c.; artt. 2, 8 e 33, comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287)

INGIUNZIONE (procedimento per) - decreto ingiuntivo - inefficacia - notifica - nullità e inesistenza - luogo di notificazione.

(Art. 188 disp. att. c.p.c.; art. 645 c.p.c.)

CONTRATTI bancari - fideiussione - clausole contrarie a normativa antitrust - principio di conservazione degli atti - nullità parziale.

(Art. 1419 c.c.)

NOTIFICAZIONE e comunicazione di atti civili - inesistenza - definizione.

NOTIFICAZIONE e comunicazione di atti civili - luogo della notificazione - vizi - nullità sanabile ex tunc.

CONTRATTI bancari - contratto di fideiussione - clausole contrarie a normativa antitrust - nullità parziale.

(Art. 1419 c.c.)

CONTRATTO in genere - contratto autonomo di garanzia - applicabilità dell'art. 1957 c.c. - esclusione.

(Art. 1957 c.c.)

CONTRATTO in genere - clausola di pagamento a prima richiesta - contratto autonomo di garanzia o contratto di fideiussione - natura giuridica.

Al fine di identificare il giudice competente, occorre verificare se in giudizio è stata proposta una domanda riconvenzionale ovvero una eccezione riconvenzionale. L'eccezione di incompetenza per materia deve essere respinta qualora il giudice della domanda principale, a fronte della proposizione di una eccezione riconvenzionale, sia chiamato a vagliarne la fondatezza non già con pronuncia avente efficacia di giudicato, ma al fine di accogliere o rigettare l'avversaria pretesa promossa in via principale.

(Cfr. Tribunale Verona, 1 ottobre 2018; Tribunale Milano, 23 gennaio 2020; Tribunale Padova, 29 gennaio 2019).

La declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 188 disp. att. c.p.c. è ammessa solo con riguardo a decreti non notificati, ovvero in relazione ai quali la notifica sia giuridicamente inesistente. Di contro, laddove il decreto sia stato notificato, sebbene fuori termine o con notifica nulla (ma non inesistente), l'unico rimedio consentito all'intimato è costituito dall'opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c.

(Cfr. Cass., 2 ottobre 2018, n. 23903; Cass., 24 settembre 2004, n. 19239)

Ai sensi dell'articolo 1419 c.c., sono nulle le sole clausole, di cui agli artt. 2, 6 e 8 del contratto e la nullità parziale non si estende all'intera garanzia, in quanto i contraenti in via presuntiva l'avrebbero ugualmente stipulata, anche senza le parti colpite da nullità, a prescindere dalla rilevanza delle stesse nell'originario testo della fideiussione omnibus sottoscritta.

(Cfr. Cass., 26 settembre 2019, n. 24044)

La nozione di inesistenza della notificazione deve essere definita in termini assolutamente rigorosi ravvisabili, oltre che in caso di mancanza materiale dell'atto, nell'ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi constitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto.

Il luogo in cui la notificazione viene eseguita non attiene agli elementi constitutivi essenziali dell'atto. Ne consegue che i vizi relativi alla individuazione di detto luogo ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia ex tunc, o per raggiungimento dello scopo.

(Cass., n. 10846/2018; Cass., n. 14916/2016).

Le clausole riconosciute come espressione dell'illecito accordo lesivo della concorrenza sono nulle senza che tale vizio si estenda all'intera garanzia, non rispondendo tale contagio al principio di conservazione degli atti, nei limiti in cui gli stessi siano rispondenti alla lecita volontà delle parti. (Cfr., Cass., n. 24044/2019).

Non si applica al contratto autonomo di garanzia il disposto dell'art. 1957 c.c., salvo diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali.

(Cfr. Cass., n. 7883/2017).

Il solo inserimento della clausola di pagamento a prima richiesta

non vale a qualificare il contratto come rapporto autonomo di garanzia, risultando invece conservata la sua natura fideiussoria.

P.M.O.

(...Omissis...)

Motivi della decisione.

Con atto di citazione regolarmente notificato alla controparte, D.L. ha proposto opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 211/2020, con il quale il Tribunale di Savona gli aveva ingiunto di pagare in favore di BBPM la somma di euro 179.686,72, oltre spese, in forza del contratto di fideiussione sottoscritto tra le parti. In particolare, l'opponente ha esposto che:

BBPM ha fondato la pretesa azionata in via monitoria rilevando di essere creditore dell'importo ingiunto nei confronti della debitrice principale la Cas. s.r.l., oggi La Bott. s.r.l. in liquidazione, in virtù di un rapporto di conto corrente e di contratto di finanziamento;

Tali rapporti, al momento della costituzione, erano stati garantiti dai fideiussori U.C. e D.L., in allora soci della società;

La società era stata costituita nel 2014 e nel 2016 erano insorte tra i soci divergenze sulla gestione e la conduzione della stessa, posto che era stato totalmente perso il capitale sociale. Pertanto, il 6.6.2016, D.L. aveva ceduto ad U.C. la totalità delle quote di partecipazione al capitale sociale.

A fronte dell'acquisto delle quote societarie, U.C. si era impegnato a manlevare e garantire il sig. D.L. da ogni obbligazione assunta quale fideiussore nei confronti di BPM, e ad ottenere la sua liberazione dalla fideiussione prestata entro e non oltre il 31.12.2016; Sennonché, il sig. U.C. era stato inadempiente rispetto alle proprie obbligazioni, per cui il sig. D.L. era rimasto obbligato nei confronti della Banca;

Il sig. U.C. si era inoltre obbligato a non alienare i beni immobili di proprietà per non diminuire la propria consistenza patrimoniale, ma in spregio a tale obbligazione aveva trasferito alla moglie D.D., in sede di separazione personale, gli unici immobili di valore di appartenenza;

Sia la separazione personale, sia il trasferimento immobiliare intervenuto, tuttavia, dovevano ritenersi simulati in quanto non voluti ed attuati al solo scopo di privare i creditori del sig. U.C. delle garanzie patrimoniali.

Tanto premesso in fatto, l'opponente ha in primo luogo eccepito la nullità del contratto di fideiussione, per contrarietà alla normativa antitrust, in quanto predisposto sulla base dello schema contrattuale tipo ABI del 2003. Inoltre, ha rilevato che la Banca aveva continuato a fare credito al debitore garantito pur essendo a conoscenza del peggioramento delle condizioni economiche della debitrice principale, facendo affidamento sulla solvibilità del sig. D.L., con la conseguenza che egli doveva ritenersi liberato dall'obbligazione fideiussoria ai sensi dell'art. 1956 c.c.

In ogni caso, D.L. ha affermato il proprio diritto ad essere garantito e manlevato da U.C. nei confronti di BBPM, in forza della scrittura privata sottoscritta tra le parti il 17 maggio 2016. A fronte di tale pretesa, egli ha chiesto di essere autorizzato a chiamare in giudizio U.C. e D.D., al fine di sentir accertare la simulazione o comunque l'inefficacia (per sussistenza dei presupposti di cui all'art. 2901 c.c.) degli atti di separazione personale e di trasferimento immobiliare intercorsi tra l'altro fideiussore coobbligato e la moglie.

Conclusivamente, l'opponente ha chiesto che: 1) accertata *incidenter tantum* la nullità e l'inefficacia della fideiussione dal medesimo sottoscritta con BPM in data 27.5.2015 in quanto redatta su modulo uniforme ABI, fosse revocato il decreto ingiuntivo; 2) in ogni caso, che fosse accolta l'opposizione in applicazione degli artt. 1956, 1337, 1775 c.c.; 3) in via subordinata: - che U.C. fosse condannato a garantire e manlevare

l'opponente di ogni conseguenza pregiudizievole derivante dai rapporti in essere con la banca creditrice; - che fosse accertata e dichiarata la simulazione o la revocatoria dell'atto di cessione immobiliare tra U.C. e D.D.

Si è costituita BPM, la quale alle avverse argomentazioni ha replicato che:

- in via preliminare, il Tribunale adito non poteva ritenersi competente a decidere sulla domanda di nullità del contratto di fideiussione per contrasto con la normativa antitrust, tenuto conto che tale materia era devoluta alla competenza esclusiva e funzionale del Tribunale delle Imprese, da individuarsi ai sensi dell'art. 18 D.Lgs. n. 3/2017.

Nel merito, non poteva ritenersi sussistente la nullità del contratto fideiussorio, né la banca aveva tenuto condotte contrarie alla normativa antitrust. Inoltre, anche a voler sostenere che le clausole ricalcanti il modello ABI fossero nulle, con conseguente sostituzione delle stesse *ex lege*, doveva considerarsi che nel caso di specie il contratto aveva conservato la propria validità. Infatti, da un lato, l'art. 1957 c.c. non poteva ritenersi applicabile al contratto di specie, in quanto qualificabile come contratto autonomo di garanzia; d'altro lato, la banca non era rimasta inerte in alcun modo, poiché a seguito della messa in sofferenza della posizione della debitrice principale, aveva intavolato trattative con entrambi i fideiussori, per tutto l'anno 2019, formulando istanze scritte di pagamento.

Inoltre, quando il sig. D.L. aveva firmato il contratto di fideiussione, egli era amministratore della società debitrice, pertanto era perfettamente a conoscenza della situazione debitoria della stessa. Conseguentemente non era possibile ad oggi invocare gli artt. 1956, 1337 e 1775 c.c.

Conclusivamente, l'istituto di credito ha pertanto chiesto di confermare il decreto ingiuntivo opposto, con rigetto delle domande ed eccezioni avversarie.

L'opponente è stato autorizzato a chiamare in giudizio U.C. e D.D., entrambi ritualmente costituiti.

In particolare, U.C. ha eccepito in via preliminare:

- l'incompetenza per territorio del Tribunale adito in relazione alla domanda di declaratoria di nullità/simulazione/inefficacia degli atti di trasferimento dei beni immobili di sua proprietà in favore della moglie. Trattandosi di questione avente ad oggetto beni immobili, infatti, la pretesa doveva essere proposta innanzi al Tribunale di Como;
- l'inefficacia nei suoi confronti del decreto ingiuntivo n. 232/2020, in quanto lo stesso non gli era stato notificato nei termini di legge.

Nel merito, il terzo chiamato ha eccepito la nullità del contratto di fideiussione sottoscritto con BBPM per le stesse ragioni già argomentate dall'opponente ed ha altresì lamentato la scorrettezza del comportamento tenuto dalla banca, con violazione dell'art. 1956 c.c.

Quanto alle domande proposte da D.L. nei suoi confronti, ha eccepito l'inammissibilità della domanda, in quanto l'oggetto del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo non poteva trascendere dal rapporto posto alla base del decreto stesso. Ha altresì argomentato sull'infondatezza della domanda, considerato che sia la separazione personale tra il medesimo e D.D., sia il connesso trasferimento immobiliare erano stati realmente voluti dalle parti. Mancavano inoltre gli elementi constitutivi dell'azione revocatoria.

Conclusivamente, U.C. ha chiesto accertare l'incompetenza territoriale del Tribunale di Savona in favore del Tribunale di Como; accertare la inefficacia nei suoi confronti del decreto ingiuntivo 232/2020, accertare la nullità del contratto di fideiussione omnibus stipulato in data 20 maggio 2015.

Anche D.D. ha eccepito l'incompetenza territoriale del Tribunale di Savona, in favore del Tribunale di Como, e l'inammissibilità della domanda svolta dall'opponente in sede di opposizione a decreto ingiuntivo. Nel merito, ha chiesto rigettare le domande proposte nei suoi confronti.

In relazione all'eccezione preliminare relativa alla inefficacia del decreto ingiuntivo per omessa notifica e all'eccezione riconvenzionale di nullità del contratto fideiussorio formulate da U.C., la banca ha replicato, quanto alla prima, che il decreto ingiuntivo era stato notificato nel precedente indirizzo di residenza del sig. U.C., ove ancora abitava la moglie, sicché la notifica doveva ritenersi ritualmente avvenuta; relativamente alla seconda, richiamava le argomentazioni già proposte con riferimento all'opposizione avanzata dall'opponente D.L.

Esaurita la trattazione della controversia, senza necessità di istruttoria, le parti sono state invitate a precisare le conclusioni e, previa assegnazione di termine per il deposito delle comparse conclusionali e delle memorie di replica, la causa è stata trattenuta in decisione.

Sulle eccezioni preliminari.

Devono essere affrontate le eccezioni pregiudiziali e preliminari proposte da parte opposta e dai terzi chiamati.

Sull'eccezione di incompetenza per materia.

In primo luogo, non può essere accolta l'eccezione di incompetenza per materia sollevata da BBPM in relazione al richiesto accertamento della nullità del contratto fideiussorio stipulato tra le parti.

Sia l'opponente D.L., sia il terzo chiamato U.C. hanno chiesto al Tribunale di revocare il decreto ingiuntivo emesso nei loro confronti sostenendo la nullità del contratto di fideiussione per contrarietà alla normativa antitrust, in quanto predisposto su modello uniforme ABI. Alla prima udienza e successivamente nella prima memoria *ex art. 183, co. 6, c.p.c.* gli istanti hanno precisato di intendere eccepire la invocata nullità non al fine di ottenerne l'accertamento in via principale, bensì per paralizzare il credito vantato dalla convenuta, conseguendo la revoca del decreto ingiuntivo opposto.

BBPM ha eccepito in merito l'incompetenza funzionale del giudice adito, poiché la materia relativa alla violazione della normativa antitrust dell'Unione europea è devoluta per espressa previsione legislativa alla competenza funzionale delle Sezioni Specializzate del Tribunale delle Imprese.

Va considerato, in termini generali, che la competenza a decidere dell'opposizione a decreto ingiuntivo è funzionalmente ed inderogabilmente in capo all'ufficio giudiziario di emissione.

D'altra parte, a norma dell'articolo 33 (Competenza giurisdizionale), comma 2, legge 10 ottobre 1990, n. 287, "*le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti al Tribunale competente per territorio presso cui è istituita la sezione specializzata di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, e successive modificazioni*".

Occorre, dunque, affrontare la questione del coordinamento tra le due competenze inderogabili, valutando se - nel giudizio - sia stata proposta da parte dell'opponente e del terzo chiamato una domanda riconvenzionale ovvero una eccezione riconvenzionale. Ai sensi degli artt. 34 e 36 c.p.c., solo la prima ipotesi è destinata ad incidere sulla competenza del giudice adito (nel qual caso, la domanda riconvenzionale dovrebbe quindi essere separata ed oggetto di declaratoria di incompe-

tenza del Tribunale adito. Il giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo andrebbe sospeso ex art. 295 c.p.c., in attesa del pronunciamento sulla nullità della fideiussione), mentre nella seconda il giudice della domanda principale è chiamato a conoscere - in via incidentale - della questione proposta in via riconvenzionale, con pronuncia avente efficacia solo nell'ambito del procedimento e destinata a non costituire giudicato. Al fine di identificare il giudice competente, occorre, pertanto, avere a mente la tradizionale distinzione tra eccezione riconvenzionale e domanda riconvenzionale, ribadita dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., n. 21472/2016). In particolare, ciò che distingue l'eccezione riconvenzionale dalla domanda riconvenzionale, esperibile soltanto in primo grado, sono le conseguenze giuridiche che il deducente intende trarre dal fatto nuovo allegato e, cioè, dal provvedimento che egli chiede al giudice in base a tale fatto. In particolare, "La distinzione fra domanda ed eccezione riconvenzionale non dipende dal titolo posto a base della difesa del convenuto, e cioè dal fatto o dal rapporto giuridico invocato suo fondamento, ma del relativo oggetto, vale a dire dal risultato processuale che lo stesso intende con essa ottenere, che è limitato, nel secondo caso, a 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 in una pronunzia di accoglimento di ulteriori e diverse domande" (in senso conforme anche Cassazione n. 14852/2013).

Facendo applicazione dei menzionati principi nel caso di specie, deve rilevarsi che la questione della nullità delle fideiussioni è sollevata dai garanti in termini di eccezione riconvenzionale, e non quale domanda riconvenzionale, come espressamente precisato da entrambi nella prima memoria ex art. 183, co. 6, n. 1, c.p.c., e successivamente ribadito sia precisando le conclusioni sia in comparsa conclusionale. Tant'è vero che gli stessi - precisando la domanda entro il termine di cui all'art. 183, co. 6, n. 1 c.p.c. - non hanno formulato alcuna richiesta di accertamento della nullità, ma si sono limitati a richiedere la revoca del decreto ingiuntivo emesso nei loro confronti.

Ne consegue che l'eccezione di incompetenza per materia deve essere respinta, poiché il giudice della domanda principale, a fronte della proposizione di una eccezione riconvenzionale, è chiamato a vagliarne la fondatezza non già con pronuncia avente efficacia di giudicato, ma al fine di accogliere o rigettare l'avversaria presa promossa in via principale (tale orientamento è già stato condiviso dalla maggioritaria giurisprudenza di merito, cfr. in termini ad es. Tribunale di Verona 1 ottobre 2018; Tribunale Milano 23 gennaio 2020; Tribunale di Padova 29 gennaio 2019).

Sull'eccezione di inefficacia del decreto ingiuntivo sollevata da U.C.

Anche l'eccezione di inefficacia del decreto ingiuntivo opposto da D.L., sollevata dal chiamato U.C. ai sensi dell'art. 644 c.p.c., deve essere respinta.

La norma richiamata dispone, in particolare, che il decreto di ingiunzione diviene inefficace qualora la notificazione non sia eseguita nel termine di sessanta giorni dalla pronuncia.

Secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, la declaratoria di inefficacia prevista dall'art. 188 disp. att. c.p.c. è

ammessa solo con riguardo a decreti non notificati, ovvero in relazione ai quali la notifica sia giuridicamente inesistente (da ultimo Cass., n. 23903/2018). Di contro, laddove il decreto sia stato notificato, sebbene fuori termine o con notifica nulla (ma non inesistente), l'unico rimedio consentito all'intimato è costituito dall'opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. (Cass., n. 19239/2004).

Orbene, facendo applicazione di tali principi nel caso di specie, occorre considerare che BBPM ha notificato il decreto ingiuntivo al sig. U.C. presso la sua precedente residenza in Carugo, che egli aveva provveduto nel frattempo a variare, trasferendola a Loano, in epoca anteriore alla notificazione. Inoltre, dal contratto di fideiussione stipulato tra le parti, emerge che la Banca si era impegnata a notificare qualsiasi atto nei confronti del garante al domicilio dichiarato sito in I, via Monte.

Sulla base di tali circostanze, la notifica del decreto ingiuntivo non è valida, poiché è avvenuta in luogo diverso sia dalla residenza dell'ingiunto al momento della ricezione dell'atto, sia dal domicilio dichiarato in sede contrattuale.

Tuttavia, deve considerarsi che tale notifica non può ritenersi inesistente, ma semmai affetta da nullità, sulla scorta del pacifico principio giurisprudenziale secondo cui "*la nozione di inesistenza della notificazione debba essere definita in termini assolutamente rigorosi*" ravvisabili, oltre che in caso di mancanza materiale dell'atto, nell'ipotesi in cui venga posta in essere "*un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile quell'atto*".

Ed il luogo in cui la notificazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto. Ne consegue che i vizi relativi alla individuazione di detto luogo, anche qualora esso si rilevi privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia *ex tunc*, o per raggiungimento dello scopo (Cass., n. 10846/2018; Cass., n. 14916/2016).

Dalla nullità della notifica discendono due ordini di conseguenze.

In primis, non può essere accolta l'eccezione di inefficacia sollevata dal terzo chiamato ai sensi dell'art. 644 c.p.c. poiché la notifica è esistente, ancorché invalida.

In secundis, la nullità da cui è affetta la notifica deve ritenersi sanata per raggiungimento dello scopo. Infatti, U.C., venuto a conoscenza del decreto ingiuntivo a seguito della chiamata di terzo, con la comparsa di costituzione nella presente sede ha esercitato il proprio diritto di difesa anche nei confronti della banca, facendo valere, in adesione a quanto già rilevato dall'opponente, la nullità della fideiussione al solo fine di paralizzare la pretesa creditoria avversaria.

Nel merito: sull'eccezione di nullità del contratto di fideiussione stipulato tra BBPM e i fideiussori D.L. e U.C. Nel merito, occorre affrontare primariamente l'eccezione riconvenzionale di nullità sollevata da entrambi i garanti con riferimento al contratto di fideiussione omnibus sottoscritto con la banca opposta in data 27 maggio 2015.

Va dunque osservato che il detto contratto è stato inequivocabilmente redatto conformemente al modello contenuto nelle Norme Uniformi Bancarie predisposte dall'Associazione Bancaria Italiana nel 1987 e poi ribadite in modo immutato con la proposta di modulistica del 2003. In particolare, per quanto rileva in questa sede, esso contiene all'art. 2 la reviviscenza della garanzia in caso di annullamento, inefficacia e revoca dei pagamenti effettuati dalla debitrice principale, all'art. 6 una deroga all'art. 1957 c.c., e

all'art. 8 l'invalidità dell'obbligazione garantita, per cui la validità della fideiussione prescinde dalla validità degli atti generanti le obbligazioni principali.

Deve allora rilevarsi che, come noto, la Banca d'Italia, chiamata ad esprimere un parere preventivo sulla conformità di tale modello alla normativa antitrust, con provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, ha rilevato che le riportate clausole, già stabilmente inserite negli schemi delle fideiussioni omnibus ordinariamente predisposte dagli istituti di credito, fossero il frutto di un accordo lesivo della concorrenza, accordo consacrato nel modello di fideiussione predisposto dall'ABI. In particolare, la Banca d'Italia ha evidenziato come “secondo l'Authorità, l'Istruttoria ha consentito di rilevare come il contenuto dello schema sia sostanzialmente riprodotto nei contratti delle banche interpellate; l'ampia diffusione delle clausole oggetto di verifica non può essere ascritta a un fenomeno “spontaneo” del mercato, ma piuttosto agli effetti di un'intesa esistente tra le banche sul tema della contrattualistica”, e, ancora, che “la previsione di talune clausole implicanti oneri aggiuntivi a carico del fideiussore risulta coerente con l'esigenza, presente nell'ordinamento giuridico, di garantire una particolare tutela alle specificità del credito bancario, in considerazione della rilevanza per lo sviluppo economico e sociale dell'attività di concessione di finanziamenti in via professionale e sistematica svolta dalle banche. Tale esigenza viene soddisfatta, nello schema contrattuale predisposto dall'ABI, dalla clausola che dispone il pagamento del fideiussore “a prima richiesta” della banca. Le altre clausole oggetto di approfondimento istruttorio non sono risultate altrettanto necessarie alla funzione della garanzia bancaria; in tal senso, la loro diffusione generalizzata potrebbe produrre effetti anticoncorrenziali nella misura in cui inducesse una completa uniformità dei comportamenti delle banche in senso ingiustificatamente sfavorevole alla clientela”.

In particolare, “con riferimento alla deroga all'art. 1957 c.c. configurata dall'articolo 6 dello schema ABI, occorre rilevare che essa ha la funzione di esonerare la banca dal proporre e proseguire diligentemente le proprie istanze, nei confronti del debitore e del fideiussore, entro i termini previsti da detta norma. Tale clausola, pertanto, appare suscettibile di arrecare un significativo vantaggio non tanto al debitore in difficoltà - come ritiene l'ABI - quanto piuttosto alla banca creditrice, che in questo modo disporrebbe di un termine molto lungo (coincidente con quello della prescrizione dei suoi diritti verso il garantito) per far valere la garanzia fideiussoria. Ne potrebbe risultare disincentivata la diligenza della banca nel proporre le proprie istanze e conseguentemente sbilanciata la posizione della banca stessa a vantaggio del garante”. Per quanto concerne, invece, “la clausola che dispone la “reviviscenza” della garanzia dopo l'estinzione del debito principale (articolo 2 dello schema)” essa “impegna il fideiussore a tenere indenne la banca da vicende successive all'avvenuto adempimento, anche quando egli abbia confidato nell'estinzione della garanzia a seguito del pagamento del debitore e abbia conseguentemente trascurato d tutelare le proprie ragioni nei confronti di quest'ultimo (cfr. articolo 1953 cod. civ.). Da ciò derivano conseguenze particolarmente pregiudizievoli per il garante quando l'obbligo di restituzione alla banca sia determinato dalla declaratoria di inefficacia o dalla revoca dei pagamenti eseguiti dal debitore a seguito di fallimento dello stesso”.

Sulla base di tali considerazioni, quindi, la Banca d'Italia ha osservato come “l'articolo 2 comma 1, della legge n. 287/90 considera intese gli accordi e le pratiche concordate tra le imprese nonché le deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi simili” e che “le condizioni generali di contratto comunicate dall'ABI relativamente alla “fideiussione a garanzia delle operazioni bancarie”, in quanto deliberazioni di un'associazione di imprese, rientrano nell'ambito di applicazione dell'articolo 2, comma 1, della legge n. 287/90”, giungendo a sanzionare lo schema contrattuale predisposto

dall'ABI e rimesso al suo vaglio, limitatamente alle tre clausole sopra considerate, e ricordando come “il successivo comma dell'articolo 2 della legge n. 287/90 vieta le intese tra imprese che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, anche attraverso attività consistenti nel fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali, quando queste siano suscettibili di restringere la concorrenza sui mercati interessati. Le determinazioni di un'associazione di imprese, costituendo elemento di valutazione e di riferimento per le scelte delle singole associate, possono contribuire a coordinare il comportamento di imprese concorrenti”.

Preso atto, quindi, della censura operata dalla Banca d'Italia nei termini e per le motivazioni riportate, va ulteriormente ricordato come la Corte di Cassazione già nel 1999 (Cass., n. 827/1999) poi richiamata più recentemente nel 2017 (Cass., n. 29810/2017) abbia osservato come l'art. 2 della legge n. 287 del 1990 (legge c.d. antitrust), allorché dispone che siano nulle ad ogni effetto le intese fra imprese che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante, non abbia inteso riferirsi alle sole “intese” in quanto contratti in senso tecnico, ovvero negozi giuridici consistenti in manifestazioni di volontà tendenti a realizzare una funzione specifica attraverso un particolare “voluto”. Il legislatore, infatti, con la suddetta disposizione normativa ha inteso, in realtà ed in senso più ampio, proibire il fatto stesso della distorsione della concorrenza, che può essere il frutto anche di comportamenti “non contrattuali” o “non negoziali”.

Secondo la Suprema Corte, quindi “si rendono - così - rilevanti qualsiasi condotta di mercato (anche realizzantesi in forme che escludono una caratterizzazione negoziale) purché con la consapevole partecipazione di almeno due imprese, nonché anche le fattispecie in cui il meccanismo di “intesa” rappresenti il risultato del ricorso a schemi giuridici meramente “unilaterali”. Da ciò consegue che, allorché l'articolo in questione stabilisce la nullità delle “intese”, non abbia inteso dar rilevanza esclusivamente all'eventuale negozio giuridico originario postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione - anche successiva al negozio originario - la quale - in quanto tale - realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza”. L'illecito anticoncorrenziale verificatosi «a monte» tra imprese, è, dunque, secondo il maggioritario filone giurisprudenziale di legittimità cui si intende dare seguito, destinato a travolgere i negozi conclusi «a valle», per la violazione dei principi e delle disposizioni regolative della materia (a cominciare dall'art. 2 della legge antitrust), in quanto contenenti clausole contrarie alle suddette norme imperative.

L'estensione della nullità dell'intesa anticoncorrenziale ai negozi che siano frutto ed espressione di tale intesa, implica che sia assolto l'onere probatorio in ordine al collegamento tra la prima e il secondo, ossia il fatto che la fideiussione prestata in concreto sia stata modellata sullo schema di contratto predisposto dall'associazione di imprese, con finalità di aderire allo stesso e in tal modo escludere un ambito di differente negoziabilità (id est un margine di concorrenzialità).

Ebbene, nel caso di specie, tale onere risulta assolto dall'opponente, considerato che: - la clausola 6 contenuta in ciascun contratto è stata redatta mediante l'utilizzazione della stessa terminologia e delle stesse espressioni contenute nello schema contrattuale ABI, per derogare al disposto dell'art. 1957; - anche il restante tenore del contratto riproduce in modo fedele il modello di garanzia esaminato dalla Banca d'Italia ed esso, peraltro, contiene la totalità delle clausole censurate per illecità anticoncorrenziale.

Alla luce dei principi sopra richiamati, tali elementi giustificano di per sé una solida presunzione che la garanzia predisposta dall'istituto di credito e sottoposta alla sottoscrizione da parte dell'opponente fosse stata modellata recependo in chiave monolitica lo schema di categoria, in quanto concordato nell'interesse del sistema bancario, con esclusione di possibili differenti pattuizioni ad opera delle parti.

La piena coincidenza della garanzia con il modello predisposto dalla associazione di categoria degli istituti di credito, senza alcuna forma di personalizzazione, costituisce importante indizio della volontà del predisponente di uniformare la disciplina contrattuale delle fideiussioni nei termini più vantaggiosi per il sistema creditizio, escludendo qualsiasi differente disciplina sul mercato del credito, ossia proprio l'intento distorsivo della concorrenza che la Banca d'Italia ha riscontrato e sanzionato con riferimento alle tre clausole ritenute apportatrici di ingiustificati e aprioristici vantaggi per le banche, a detrimento del regolare funzionamento del mercato (così in termini Tribunale di Milano, sentenza n. 610/2020). Tanto premesso, si ritiene allo stato - ed in attesa che le Sezioni Unite della Suprema Corte si pronuncino sulla questione di recente rimessa al loro vaglio dalla Sezione I della Suprema Corte con Ordinanza n. 11486/2021 - di aderire all'orientamento che circoscrive la nullità alle sole clausole riconosciute come espressione dell'illecito accordo lesivo della concorrenza, senza che tale vizio si estenda all'intera garanzia, non rispondendo tale contagio al principio di conservazione degli atti, nei limiti in cui gli stessi siano rispondenti alla lecita volontà delle parti (in termini Cass., n. 24044/2019).

Infatti - come si evince dalla complessiva lettura del provvedimento 55/2005 della Banca d'Italia - l'intesa vietata non è, di per sé, quella che individua uno schema uniforme di garanzia personale nell'ambito di concessione del credito, tanto più che sussiste uno schema fideiussorio senz'altro di per sé esente da censure, che è quello codicistico (sul quale l'intesa ha inserito clausole derogatorie a vantaggio del ceto bancario), bensì la pattuizione che violi i principi della concorrenza.

Del resto, è lo stesso legislatore a prevedere nell'art. 1419 c.c. che la nullità di singole clausole non comporta, di per sé, la nullità dell'intero contratto: l'opzione tra l'applicazione dell'art. 1418 c.c. e l'art. 1419 c.c. non può essere legata ad intenti comunque "sanzionatori" verso chi si è valso a proprio favore di clausole anticoncorrenziali, ma è ancorata, per disposizione normativa, alla verifica se "i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità".

Si ritiene, dunque, che, in base all'art. 1419 c.c., debba essere affermata la nullità delle sole clausole, di cui agli artt. 2, 6 e 8 del contratto, e che la nullità parziale non si estenda all'intera garanzia, in quanto i contraenti in via presuntiva l'avrebbero ugualmente stipulata, anche senza le parti colpite da nullità, a prescindere dalla rilevanza delle stesse nell'originario testo della fideiussione omnibus sottoscritta.

I garanti l'avrebbero stipulata, visto che la fideiussione, con sostituzione della disciplina codicistica alle pattuizioni nulle, è loro più favorevole, in quanto privata delle clausole di "sopravvivenza", di "reviviscenza" e di deroga all'art. 1957 c.c.: se essi erano disponibili a rendere la garanzia a condizioni più onerose, è da ritenersi che, a maggiore ragione, tale disponibilità permanga in caso di clausole più favorevoli.

Quanto alla banca, considerata la nullità delle pattuizioni censurate, avrebbe ugualmente stipulato la fideiussione, sia pure per sé meno tutelante, pena, altrimenti, il rimanere priva di qualsivoglia garanzia.

"Và peraltro ricordato che la fideiussione ben può essere prestata per atto unilaterale, donde l'irrilevanza dell'atteggiamento del soggetto ga-

rantito rispetto alle clausole nulle, a meno di sostenere che la banca non avrebbe nemmeno concesso il credito principale. Si arriverebbe però al paradosso che, in termini generali, nessuna banca che avesse adottato tali clausole, come da schema ABI 2003, avrebbe allora concesso alcun credito" (in termini Tribunale di Verona, 29 gennaio 2021).

Alla luce delle ragioni esposte, per quanto rileva in questa sede, deve allora essere riconosciuta la nullità della clausola di deroga al disposto di cui all'art. 1957 c.c.

La banca convenuta opposta sostiene, allora, che, anche a ritenere integrata la nullità parziale della clausola che deroga all'art. 1957 c.c., nella fattispecie in esame non troverebbe comunque applicazione la disposizione richiamata, tenuto conto che il contratto stipulato tra le parti andrebbe qualificato come contratto autonomo di garanzia e non come contratto di fideiussione.

Si rammenta, infatti, che la Suprema Corte ha ripetutamente affermato che "*Il contratto autonomo di garanzia reca come connotato fondamentale l'assenza di accessorietà dell'obbligazione del garante rispetto a quella dell'ordinante, essendo la prima qualitativamente diversa dalla seconda, oltre che rivolta non al pagamento del debito principale, bensì ad indennizzare il creditore insoddisfatto mediante il tempestivo versamento di una somma di denaro predeterminata, sostitutiva della mancata o inesatta prestazione del debitore; ne consegue, pertanto, una generale inapplicabilità a tale contratto del disposto dell'art. 1957 c.c., salvo diversa specifica pattuizione intercorsa tra le parti, purché compatibile con le restanti clausole contrattuali*" (Cass., n. 7883/2017).

Sennonché, nel caso di specie, si ritiene di qualificare il contratto sottoscritto tra le parti come fideiussione a prima richiesta, e non come contratto autonomo di garanzia.

Infatti, è vero che, per l'orientamento ormai consolidato della giurisprudenza di legittimità, l'inserimento in un contratto di fideiussione di una clausola di pagamento "a prima richiesta e senza eccezioni" vale di per sé a qualificare il negozio come contratto autonomo di garanzia, in quanto incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza il contratto di fideiussione, salvo quando vi sia un'evidente discrasia rispetto all'intero contenuto della convenzione negoziale (Cass., n. 4747/2019).

Infatti, l'elemento caratterizzante ed essenziale del rapporto autonomo di garanzia è stato ravvisato nell'inopponibilità da parte del garante di eccezioni di merito proprie del rapporto principale, sì che l'elemento qualificante della fattispecie viene individuato nell'impegno del garante a pagare *hic et immediate*, senza alcuna facoltà di opporre al creditore le eccezioni relative ai rapporti di valuta e provvista.

In questa prospettiva, va allora considerato che il contratto sottoscritto dalle parti non prevede l'obbligo di pagare senza (generale) possibilità di sollevare eccezioni, atteso che è previsto solamente che i garanti non possano sollevare eccezioni circa il momento in cui la banca esercita il diritto di recedere dai rapporti col fideiussore (art. 9 del contratto).

Pertanto, nel caso di specie, i fideiussori si sono obbligati sì a pagare alla banca immediatamente, a prima richiesta, ma hanno al contempo conservato il diritto di opporre al creditore - pur se in epoca temporalmente successiva rispetto all'avvenuto pagamento - tutte le eccezioni relative al rapporto tra questi e il debitore principale.

Muovendo da tale considerazione, e tenuto altresì conto del contenuto complessivo del contratto, del richiamo pattizio alle norme codistiche in materia di fideiussione, nonché del *nomen* attribuito alle parti al negozio sottoscritto, si ritiene che il solo inserimento della clausola di pagamento a prima richiesta non valga a qualificare il contratto come rapporto autonomo di garanzia, risultando invece conservata la sua natura fideiussoria.

Ne consegue che - venuta meno la deroga all'art. 1957 c.c. per vizio di nullità - al contratto in esame si applica la disposizione codicistica secondo cui "Il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continue".

Tanto premesso, deve essere accertata la decadenza delle fideiussioni prestate da D.L. e da U.C., ex art. 1957 c.c., con conseguente loro liberazione.

A fronte, infatti, dell'eccezione sollevata sia dall'opponente, sia dal terzo chiamato, la banca opposta non ha dimostrato di avere proposto le proprie istanze (da intendersi, come chiarito dalla giurisprudenza di legittimità, quali iniziative giudiziarie) nei confronti del debitore principale entro sei mesi dalla scadenza dell'obbligazione. Anzi, dalla documentazione depositata in atti, risulta che tale termine sia spirato senza che BBPM abbia coltivato iniziative giudiziarie nei confronti di La Bott srl.

Pertanto, la pretesa azionata in via monitoria dalla banca nei confronti dei fideiussori è infondata e il decreto ingiuntivo emesso nei confronti di D.L. e di U.C. deve essere revocato.

Dall'accoglimento nel merito della opposizione proposta dai fideiussori discende l'assorbimento, da un lato, dell'eccezione di incompetenza territoriale sollevata dai terzi chiamati in virtù del principio della ragione più liquida, e dall'altro lato, delle domande svolte da D.L. nei confronti dei terzi chiamati U.C. e Dante. Infatti, tali domande trovavano ragione di essere esaminate nel presente giudizio in ragione della dedotta obbligazione di garanzia assunta da U.C. nei confronti di D.L., e dunque rilevanti solo nel caso - non verificatosi - di accoglimento della pretesa creditoria della banca. In ragione della novità delle questioni trattate, della sussistenza di orientamenti giurisprudenziali contrastanti sulla materia oggetto del giudizio, anche in seno alla Suprema Corte, che hanno condotto alla rimessione sul tema alle Sezioni Unite, non ancora pronunciate, si ritiene di compensare le spese di giudizio tra D.L., U.C. e BBPM. Le spese di lite sostenute da D.D., invece, vengono poste a carico della convenuta soccombente, in quanto la chiamata del terzo si è resa opportuna e ha trovato la propria giustificazione causale nella pretesa creditoria azionata dall'istituto di credito nei confronti del fideiussore D.L., che è stata ritenuta infondata. Considerato che la parte è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, ai sensi dell'art. 133 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, il pagamento delle spese posto a carico dell'opposta deve essere eseguito a favore dello Stato.

I compensi sono calcolati sulla base dei parametri indicati dal D.M. 55/2014, tenuto conto del valore della causa, della complessità delle questioni trattate, dell'attività difensiva svolta e dunque - avuto specifico riguardo alla posizione della terza chiamata - facendo applicazione dei valori dello scaglione di riferimento per le fasi di esame, introduttiva, istruttoria, decisionale, ridotti del 50%.

P.Q.M.

Il Tribunale di Savona, definitivamente pronunciando, ogni contraria domanda ed eccezione rigettata, così provvede:

In accoglimento dell'opposizione, revoca il decreto ingiuntivo n. 211/2020 emesso dal Tribunale di Savona in data 18.2.2020 nei confronti di D.L. e di U.C.;

compensa le spese di lite tra BBPM, D.L., U.C.;
condanna BBPM al pagamento in favore di D.D. delle spese processuali che liquida in, € 6.715,00 per compensi, oltre al 15% dei compensi per rimborso forfettario spese generali, I.V.A. (se non recuperabile in virtù del regime fiscale della parte) e C.P.A., somma da versare direttamente in favore dell'Erario. (...Omissione...)

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 5 ottobre 2021 - Pres. Pugliese.

FAMIGLIA e minori - modifica delle condizioni di separazione - affidamento e collocazione abitativa del figlio - ascolto del minore - adempimento necessario.

(Artt. 315-bis, 336-bis e 337-octies c.c.; artt. 710 c.p.c.; art. 12 Conv. New York 1989; art. 6 Conv. Strasburgo 1996)

L'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, è un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie relative all'affidamento, da intendersi in senso lato come concetto che ricomprende anche la collocazione abitativa dei figli minori. (Nel caso di specie, il Giudice ha ritenuto assecondare i desideri espressi dal minore in ordine al continuare a vivere in Liguria presso l'abitazione del padre, sebbene la madre abbia deciso di trasferirsi in altra Regione).

(Conf.: Cass., n. 1474/2021; Cass., n. 16410/2020; Cass., n. 12018/2019; Cass., n. 6129/2015; Cass., sez. un., n. 22238/2009)

A.BEE.

(...Omissione...)

Con ricorso depositato il 29.06.2021 la signora FR, già unita in matrimonio con il signor GU in data 7.08.2008, allegava di essersi separata dal predetto in seguito a sentenza n. xx/2020 emessa da questo Tribunale; che in detta sentenza veniva disposto l'affidamento condiviso del figlio minore, con collocazione abitativa prevalente presso la madre e regolamentazione delle frequentazioni con il padre; che fin dalla nascita del figlio MA, le parti avevano stabilito in M (FG) la residenza familiare, concordando che la ricorrente, pur essendo laureata in Economia e Commercio, si occupasse della casa e della cura della famiglia; che dopo pochi mesi dalla nascita del bambino, il resistente si trasferiva a Roma e successivamente ad Isernia per seguire la carriera universitaria in Scienze Infermieristiche conseguendo il diploma di laurea nell'anno 2013; che dal 2014 il convenuto si trasferiva, infine, in Liguria tornando solo sporadicamente presso la casa familiare in Puglia; che nel medesimo anno la ricorrente instaurava un procedimento di separazione dinanzi al Tribunale civile di Foggia per poi abbandonarlo a seguito di promesse di maggiore vicinanza da parte del signor GU con il quale si era dunque riconciliata; che tuttavia tali promesse si rivelavano infondate; che a quel punto, la ricorrente, nell'anno 2015, per avvicinarsi al marito, si trasferiva in Recco (GE), trovando attività lavorativa a tempo determinato; che il convenuto svolgeva e svolge tuttora il lavoro di infermiere a tempo pieno; che pertanto nei primi cinque anni di vita del minore il rapporto padre-figlio è stato assai saltuario ed il bambino si era, di fatto, abituato a non avere la presenza paterna nella propria quotidianità; che nell'agosto 2020 la ricorrente presentava domanda "per l'immissione in ruolo del personale docente della scuola secondaria di primo e secondo grado" risultandone vincitrice con conseguente possibilità di iniziare una attività di insegnamento a tempo indeterminato per l'anno scolastico 2021/2022 presso un Istituto della Regione Puglia; che pertanto, ad avviso della ricorrente, anche il figlio dovrebbe tornare con lei a M, luogo dove è nato e vissuto continuativamente per i primi cinque anni di vita e dove risiedono anche i componenti della famiglia paterna e materna; che il minore, poiché deve iscriversi alla classe prima media inferiore e dunque deve iniziare un nuovo ciclo scolastico, avrà in ogni caso nuovi amici, anche qualora dovesse rimanere a Recco; che tuttavia per l'iscrizione all'istituto scolastico individuato dalla ricorrente è necessario il nulla-osta di entrambi i ge-

nitori, ma il resistente ha posto il proprio voto; che in base all'art. 337 ter c.c. comma III in caso di disaccordo tra i genitori sull'istruzione e sulla residenza abituale del figlio minore, la decisione è rimessa al giudice; che il "veto" posto dal marito sarebbe ingiusto in quanto le impedirebbe di coltivare le proprie aspettative professionali; che in ogni caso si tratterebbe di un sacrificio del tutto sostenibile per il genitore che dovrà farsi onere di viaggiare per incontrare il figlio; che in ogni caso il resistente potrebbe anch'egli valutare di tornare in Puglia per stare vicino al figlio, così come a suo tempo aveva fatto la ricorrente nel momento in cui si era trasferita a Recco.

Giusto tutto quanto sopra, la signora FR chiedeva che questo Tribunale autorizzasse lo spostamento della residenza abituale del minore MA, da Recco (GE), M (FG), nonché che concedesse il nulla-osta alla iscrizione del minore presso l'Istituto Scolastico in M (FG) e che disciplinasse il calendario di visita tra il minore ed il padre, previo eventuale mantenimento del monitoraggio da parte dei Servizi Sociali competenti.

Con comparsa di costituzione e risposta depositata in data 26.08.2021 si costituiva il signor GU, il quale contestava *in toto* le affermazioni della moglie e si opponeva all'accoglimento delle domande dalla stessa formulate. In particolare il predetto allegava che il minore, affidato in forma condivisa a entrambi i genitori, era "semplicemente alloggiato anagraficamente con la madre" (cfr. pag. 2), senza che questo elemento possa ora conferire alla stessa alcun diritto particolare in ordine alle scelte relative al figlio; che i rapporti tra i coniugi sono sempre stati conflittuali, soprattutto a causa dell'atteggiamento della ricorrente, la quale più volte, in passato, ha cercato di imporre la propria unilaterale volontà; che tra lui ed il figlio esiste da sempre un legame affettivo molto forte e che anche il regime di visita è sempre stato sostanzialmente paritario; che già nella prima fase della separazione, nell'anno 2017, la ricorrente aveva tentato di trasferirsi in Puglia portando con sé il bambino in via del tutto unilaterale; che il signor GU aveva sporto denuncia per il reato di sottrazione di minore; che nel 2017 la ricorrente aveva anche tentato di iscrivere MA in una scuola pugliese senza il consenso del padre; che con riguardo all'imminente nuovo anno scolastico, il minore, rimanendo a Recco potrebbe frequentare il medesimo plesso scolastico; che il ragazzino ha, inoltre sempre svolto attività sportiva a Recco ed ivi ha coltivato amicizie importanti; che essendo il minore in fase pre-adolescenziale, una eventuale lontananza dal padre sarebbe per lui pregiudizievole, così come lo sradicamento dal luogo in cui ha vissuto negli ultimi anni; che il resistente si è rivolto ai SS per cercare di trovare una soluzione non contenziosa con la moglie; che gli operatori, tuttavia, non sono riusciti a mettersi in contatto con la ricorrente; che la predetta nulla aveva comunicato circa la sua partecipazione al concorso straordinario per insegnanti e il superamento con esito positivo delle relative prove; che il relativo bando, DM 40/20, indicava, peraltro, che la domanda in questione dovesse essere presentata per la regione di residenza (in questo caso la Liguria) con [mera] possibilità di presentare domanda anche per una regione diversa; che in ogni caso la ricorrente aveva il proprio consenso per la preiscrizione del figlio, in accordo con il padre, presso la scuola secondaria di Recco, ponendo in essere un comportamento ambiguo e vieppiù non curante delle reali esigenze del minore.

Giusto tutto quanto sopra, il signor GU chiedeva il rigetto del ricorso nonché chiedeva che, in caso di definitivo trasferimento della ricorrente fuori Genova, il figlio MA fosse collocato presso di lui con regolamentazione del diritto di visita della madre.

Il procedimento veniva istruito tramite interrogatorio libero delle parti, ascolto del minore con l'ausilio della psicologa dott.ssa F, incumbente che veniva effettuato all'udienza del 20.09.2021 al-

l'esito della quale il GD, previa assegnazione di ulteriore termine alle parti per il deposito di Memorie conclusive, si riservava di riferire al Collegio.

Sulla collocazione abitativa del figlio minore e sulla iscrizione scolastica.

Per quanto riguarda la questione oggetto principale del procedimento - e cioè la collocazione abitativa del minore - fermo restando il regime di affidamento condiviso ad entrambi i genitori, va osservato quanto segue.

In via preliminare va ricordata l'importanza che il legislatore, sia interno che internazionale, ha attribuito all'audizione del minore, la quale, già prevista nell'art. 12 della Convenzione di New York sui diritti del fanciullo, è divenuta un adempimento necessario nelle procedure giudiziarie con particolare riguardo a quelle relative all'affidamento - inteso in senso lato come concetto che comprende non solo il regime di affidamento esclusivo o condiviso tra i genitori, ma anche, come nel caso di specie, la collocazione abitativa - ai sensi dell'art. 6 della Convenzione di Strasburgo del 25 gennaio 1996, ratificata con la L. n. 77 del 2003, nonché dell'art. 315-bis c.c. (introdotto dalla L. n. 219 del 2012) e degli artt. 336-bis e 337-octies c.c. (inseriti dal D.Lgs. n. 154 del 2013, che ha altresì abrogato l'art. 155-sexies c.c.).

Anche la giurisprudenza si è espressa sul punto e tra le decisioni più recenti e significative, si riporta anzitutto l'Ordinanza n. 1474/2021 della Suprema Corte in cui testualmente è scritto che: "*L'ascolto del minore di almeno dodici anni, e anche di età minore ove capace di discernimento, costituisce, pertanto, una modalità, tra le più rilevanti, di riconoscimento del suo diritto fondamentale ad essere informato e ad esprimere le proprie opinioni nei procedimenti che lo riguardano, nonché elemento di primaria importanza nella valutazione del suo interesse. [...] in quanto il minore è portatore di interessi contrapposti e diversi da quelli del genitore, in sede di affidamento e diritto di visita e, per tale profilo, è qualificabile come parte in senso sostanziale (Cass., sez. un., 21/10/2009, n. 22238; Cass., 26/03/2015, n. 6129; Cass., 07/05/2019, n. 12018; Cass., 30/07/2020, n. 16410). 1.2.2. [...] L'ascolto diretto del giudice da, per vero, spazio alla partecipazione attiva del minore al procedimento che lo riguarda [...]”* (analogalemente si vedano: Cass., n. 10776/2019, Cass., n. 19327/2015).

Va altresì precisato che quanto si parla di capacità di discernimento del minore infradodicenne, si fa riferimento alla consapevolezza ed alla comprensione da parte del predetto relativamente all'audizione stessa, nel senso che il minore deve essere valutato "capace" in relazione alla sua età e al suo grado di maturità (Cfr. Cassazione civile, sez. I, 29/09/2015, n. 19327); il riscontro di tale capacità è devoluto al libero e prudente apprezzamento del giudice, onde non è necessario uno specifico accertamento tecnico e non può, tale capacità, essere esclusa con mero riferimento al dato anagrafico del minore, mentre può essere presunta laddove si tratti - come nel caso di specie - di minori che per età sono soggetti a obblighi scolastici e, quindi, normalmente in grado di comprendere l'oggetto del loro ascolto e di esprimersi consapevolmente (Cfr. Cass., 19/01/2015, n. 752).

Va anche evidenziato che il giudice deve tenere conto dell'esito dell'audizione (Cfr. Cass., 10/09/2014, n. 19007; Cass., 17/05/2012, n. 7773), pur senza - chiaramente - divenire il mero esecutore dei *desiderata* del minore, in quanto il senso dell'audizione è quello di capirne i bisogni profondi e di comprendere se la eventuale soddisfazione dei desideri che egli ha espresso durante l'ascolto, corrisponda effettivamente al suo interesse.

La Cassazione ha, poi, precisato che il provvedimento finale può certamente disattendere la volontà del minore, ma la motivazione deve essere tanto più stringente quanto più il minore abbia mo-

strato capacità di discernimento (cfr. Cass., 10/09/2014, n. 19007; Cass., 15/05/2013, n. 11687; Cass., 17/05/2012, n. 7773).

È infatti di tutta evidenza che decidere un procedimento giudiziale in senso diametralmente opposto a quanto espresso dal minore capace di discernimento e senza dunque tenere in considerazione alcuna il suo punto di vista, oltrepassandolo totalmente, esporrebbe il minore medesimo ad un rilevante grado di sofferenza.

Fatte queste dovereose premesse, appare a questo punto opportuno riportare le dichiarazioni rilasciate da MA in sede di ascolto: *"Sono nato il XXXX e vivo a Recco, ho già cominciato la scuola vado in prima media è la stessa scuola dove fatto le elementari e quindi tre compagni li conosco già ed anche gli altri li conosco tutti perché li incontro in passeggiata e a Recco ci conosciamo un po' tutti. Mi sono tutti simpatici. Gioco a calcio e a basket a Recco, il basket lo pratico da quando sono piccolo, e anche il calcio mi piace molto. Vengo dalla Puglia, ci ho vissuto fino a 4 anni e poi sono venuto a Recco. Ho fatto un anno e un quarto di asilo circa. Mia mamma in questo momento di trova a M. Mio padre vive e si trova a Recco. La mia idea è che voglio rimanere qui a Recco perché conosco tanta gente, qui ci ho vissuto da quando sono piccolo e ho tutto quello che mi serve. Il rapporto con la mamma me lo immagino un buon rapporto. Io immagino di rimanere qui e poi vorrei che anche la mamma tornasse qui e ricominciasse come gli anni scorsi secondo lo stesso modo in cui io vedeva i miei genitori. Mia mamma ora è fidanzata, ha un nuovo compagno. Le famiglie di origine ce le ho sia a M che qui, qui ci sono gli zii paterni e già ho i nonni materni, paterni e gli zii. Mia mamma fa l'insegnante e mio papà fa il medico è molto bravo, lui cura il cuore. Se la mamma decidesse di rimanere più (breve pausa il minore si commuove) Io vorrei rimanere qui a Recco, sarei d'accordo a passare anche tutte le vacanze dalla mamma. Io ne ho parlato con i miei genitori e loro mi hanno detto di stare tranquillo e di dire ciò che penso.*

Qui a Recco secondo me quando diventerò più grande c'è più possibilità di scegliere la scuola e il lavoro, da grande mi piacerebbe fare il programmatore. Se invece dovesse andare giù a M mi immagino una vita un po' più ristretta, è un paesino del Gargano, è grande di estensione ma di popolazione molto piccolo. C'è il Santuario di S. Michele, poi vicino c'è Manfredonia, c'è un Castello che ho visitato. Se io mi devo pensare nella mia vita quotidiana mi vedo di più qui a Recco. Io ho detto questa cosa a mamma la quale ha reagito dicendo che a Monte conosco più persone invece mio papà dalla sua espressione l'ho visto molto felice. Io quindi vivo qui con mio padre, siamo noi due e poi ora ci sono i nonni paterni che si trovano qui. Io vorrei in generale che vivessimo tutti qui come prima: prima era che andavo da mio padre quando lui era a riposo dal lavoro e poi il resto dei giorni stavo con mamma. In questa organizzazione ci stavo bene. Anche se secondo me ora mamma ha intenzione di rimanere giù".

Da tali dichiarazioni, emerge il bisogno profondo del minore di non essere sradicato dal luogo e dal contesto sociale in cui ha vissuto gli ultimi sette anni di vita: certamente il fatto di essere nato a M ed ivi aver vissuto i primi quattro anni (cfr. pag. 4 delle Note autorizzate di parte ricorrente) è un dato che ha la propria importanza, ma non può non osservarsi come MA abbia vissuto a Recco in una fascia di età - dai sei agli undici anni con conseguente frequentazione dell'intero ciclo scolastico elementare - caratterizzata da una consapevolezza, capacità di radicamento ed attaccamento certamente maggiore rispetto a quello di un bimbo appartenente alla fascia 0-4 anni, durante la quale il predetto ha vissuto, parimenti in via continuativa, a M.

Ed infatti il minore ci ha tenuto a sottolineare come, nonostante il passaggio al nuovo ciclo scolastico, conosca già tutti i futuri compagni in quanto *"tre compagni li conosco già ed anche gli altri li conosco tutti perché li incontro in passeggiata e a Recco ci conosciamo un po' tutti"*, per cui l'osservazione della ricorrente circa il fatto di

doversi approcciare a *"nuove amicizie e nuove conoscenze (ulteriori s'intende), rispetto a quei cinque o sei di provenienza della scuola primaria ligure"* (cfr. pag. 5 delle note autorizzate) non tiene conto di quanto espresso dal minore in sede di ascolto.

Dal tenore complessivo delle dichiarazioni di MA non è chi non veda come il suo bisogno profondo sia quello di non essere sradicato dalla quotidianità che progressivamente si è costruita nel corso degli ultimi sette anni di vita.

E se è vero, come sottolinea e ribadisce la ricorrente, che in sede di separazione la collocazione abitativa e la residenza del minore erano presso la madre, è altrettanto vero che il regime di frequentazione con il padre, in quanto basato pedissequamente sulla turistica da infermiere del signor GU, fosse assai ampio, così come emerge dalla relativa sentenza:

Qualora il turno preveda per il padre week end liberi, comprendenti il venerdì ed il sabato: il padre prenderà MA il venerdì dall'uscita di scuola (oppure dalle ore 10,00 quando non è a scuola) e lo riporterà a casa dalla madre entro il sabato sera ore 21.00 (22.00 nel periodo estivo); stesse modalità orarie quando il week end libero paterno comprenda le giornate di sabato e domenica;

Qualora il padre anziché essere libero nel week end lo sia durante la settimana per due giorni consecutivi, il padre potrà tenere con sé MA con le stesse modalità orarie sopra indicate;

Qualora il padre sia libero infrasettimanalmente un solo giorno: preleverà MA da scuola (oppure dalle ore 10,00 quando non è a scuola) e lo riporterà a casa della madre lo stesso giorno alle ore 21.00 (22.00 nel periodo estivo);

I genitori prenderanno accordi tra loro per assicurare alla mamma almeno un week end al mese (dal venerdì alla domenica);

Nel periodo estivo MA trascorrerà con ciascuno dei genitori quattro settimane anche non consecutive nei periodi previamente concordati tra le parti entro il 31 di agosto di ogni anno.

Va anche precisato come la circostanza per cui un genitore sia collocatario del figlio non legittimi, né comporti, di per sé, automaticamente il fatto che il minore debba seguire detto genitore qualora egli si trasferisca in altra città: la collocazione abitativa non si identifica, infatti, unicamente con la persona del genitore collocatario, ma comprende e porta con sé anche tutte le relazioni e, più in generale, il contesto di vita in cui il minore abbia vissuto durante la permanenza in un determinato luogo.

Se è vero che *"MA ama oggettivamente ed in egual misura tanto M quanto Recco"* (cfr. pag. 4 delle Note Autorizzate di parte ricorrente) è altrettanto vero che in sede di ascolto egli ha chiaramente ed incontrovertibilmente indicato Recco quale luogo in cui vorrebbe continuare a vivere, pur in lontananza dalla madre, una volta preso atto della impossibilità di mantenere l'assetto familiare precedente in cui entrambi i genitori abitavano a pochi chilometri di distanza.

Si ritiene pertanto che il desiderio espresso da MA in sede di ascolto coincida con il suo interesse a non essere sradicato dal contesto in cui ha vissuto gli ultimi sette anni della sua vita e cioè la maggior parte degli anni della sua vita, considerato che ad oggi egli ha undici anni e mezzo.

L'osservazione di parte ricorrente circostanza per cui il padre viva ad Avegno e non a Recco è pretestuosa e di scarsa rilevanza in quanto è evidente che il minore abbia fatto riferimento a Recco in quanto quello è stato ed è il centro dei propri interessi, indipendentemente dall'indirizzo - peraltro sito ad una distanza di una manciata di chilometri - in cui risiede il padre.

Quanto poi alle contestazioni circa la non idoneità o scarsa salubrità dell'immobile in questione, le stesse appaiono parimenti pretestuose in quanto trattasi del luogo in cui, pacificamente, MA ha, fino a questo momento, trascorso i periodi (ampi) di frequentazione con il padre nell'evidente assenso della madre che avrebbe

invece potuto ed anzi dovuto agire tempestivamente per impedire che il figlio soggiornasse in ambienti non salubri, ove la contestazione fosse stata fondata.

Giusto tutto quanto sopra, il ricorso presentato dalla signora FR va rigettato ed il minore MA va collocato presso il padre con conseguente, definitiva, autorizzazione alla iscrizione del predetto presso la scuola secondaria di primo grado di Recco (GE) ove ha già iniziato il presente anno scolastico.

Quanto al regime di frequentazione con la madre, lo stesso potrà essere il più ampio possibile compatibilmente con gli impegni scolastici del minore, oltre che naturalmente, lavorativi e di salute della madre:

la signora FR avrà quindi, anzitutto, diritto di vedere il figlio un fine settimana al mese, a Recco (GE);

le festività civili e religiose saranno trascorse da MA con l'uno o con l'altro genitore secondo il criterio dell'alternanza annuale con le seguenti precisazioni:

il periodo natalizio sarà così suddiviso: dal 24 al 30 dicembre con un genitore e dal 31 dicembre al 6 gennaio con l'altro genitore, in via alternata annuale;

le festività pasquali saranno trascorse con la madre a Monte S. Angelo;

durante il periodo estivo di sospensione scolastica il minore potrà trascorrere due settimane continuative con ciascun genitore; il restante periodo verrà trascorso da MA presso la madre a M, salvo diritto per il padre di trascorrere, nell'arco di tale periodo (residuale dunque rispetto alle settimane consecutive che MA trascorrerà con ciascun genitore), due fine settimana - dal venerdì mattina alla domenica sera - con il figlio.

Sugli aspetti economici.

Al cambio di collocazione abitativa conseguente anche un diverso assetto degli aspetti economici, in quanto il signor GU va anzitutto esonerato dal versamento del contributo per il mantenimento del figlio a suo tempo disposto in favore della signora FR e pari a 400,00 euro mensili.

Quanto poi alla situazione economica e reddituale delle parti, dalla documentazione prodotta, si evince quanto segue:

il signor GU dal 2013 svolge il lavoro di infermiere a tempo pieno con contratto a tempo indeterminato in una struttura cardiochirurgica specializzata privata convenzionata.

In base al MOD/730 dell'anno 2019 il predetto risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a 24.101,00 euro da cui al netto delle imposte, si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1.600,00 euro circa;

In base al MOD/730 dell'anno 2020 il predetto risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a 27.042,00 euro da cui, al netto delle imposte, si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1.770,00 euro circa;

In base al MOD/730 dell'anno 2021 il predetto risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a 25.062,00 euro da cui, al netto delle imposte, si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1600,00 euro circa.

Attualmente, in base a quanto dichiarato nel verbale di udienza del 10.09.2021, è proprietario di una casa a M (FG) e vive in Recco (GE) in una casa per la quale paga un canone di locazione di euro a 200,00 mensili.

La convenuta già insegnante precaria, risulta ora aver vinto, *ut supra* visto, il relativo concorso, onde svolgerà l'attività di insegnante a tempo indeterminato a partire dal presente anno scolastico 2021/2022 presso un Istituto della Regione Puglia.

In base al MOD/730 dell'anno 2018 la signora FR risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a euro 18.023 da cui, al netto delle imposte, si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1.250,00 euro.

In base al MOD/730 dell'anno 2019 la signora FR risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a euro 20.052,00 da cui, al netto delle imposte si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1.400,00 euro circa.

In base al MOD/730 dell'anno 2020 la signora FR risulta aver percepito, per il corrispondente periodo di imposta, un reddito imponibile annuale pari a euro 20.225,00 da cui al netto delle imposte si ricava una retribuzione mensile calcolata su dodici mensilità pari a 1.440,00 euro.

Al momento non risultano oneri alloggiativi a carico della ricorrente, la quale vive con l'attuale compagno in Puglia, in attesa dell'arrivo di un altro figlio.

Sulla base di quanto sopra, valutate comparativamente le condizioni economiche delle parti, tenuto conto degli oneri sulle medesime gravanti, nonché dei tempi di permanenza del minore presso ciascun genitore e delle esigenze del predetto in relazione alla sua età, pare equo stabilire a carico della signora FR, a titolo di contributo per il mantenimento del figlio, la somma di euro 400,00 mensili che la stessa dovrà quindi versare in favore del signor GU entro il giorno dieci di ogni mese, previa rivalutazione annuale ISTAT come di legge, oltre al 50% delle spese straordinarie come da verbale di Sezione di questo Tribunale del 15.09.2016. Le spese dei viaggi tra la Liguria e la Puglie e relativi alle frequentazioni del minore saranno a carico dei genitori nella misura del 50% ciascuno.

Sulle spese processuali

Per quanto riguarda le spese processuali, le stesse seguono la socombenza e vengono poste a carico della signora FR nella misura liquidata in dispositivo. Va rigettata la domanda ex art. 96 c.p.c. proposta dal convenuto non ravvisandosene i presupposti.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso;

Dispone in conformità alle premesse; (...Omissis...)

Tribunale di Genova, sez. III civ., 22 giugno 2021 - Pres. Scarzella - Rel. Del Nevo.

GIURISDIZIONE civile - successione transfrontaliera - Regolamento U.E. n. 650/2012 - giurisdizione straniera - Paese extraeuropeo - condizioni - conformità all'ordine pubblico - necessità - sussiste nel caso di specie.

(Artt. 4, 21 e 35 Regolamento U.E. n. 650/2012)

Il principio della tutela legale dei legittimari non vanta copertura costituzionale, atteso che l'art. 29 Cost. si limita a salvaguardare l'interesse del soggetto alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, ma non si estende all'istituto della successione necessaria; piuttosto, l'art. 42 Cost. - ai sensi del quale "La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria" - va inteso nel senso che il legislatore non può sopprimere gli istituti della successione legittima e testamentaria, ma rimane libero di regolarne modalità e limiti, cosicché, poiché tale disposizione non fa alcun riferimento ai legittimari, la quota riservata ai medesimi rappresenta un mero limite della successione legittima, ovvero delle disposizioni te-

stamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere senza per questo violare il dettato costituzionale.

Pertanto, qualora davanti al Giudice italiano sia radicata una controversia avente ad oggetto una fattispecie successoria comotata da transnazionalità, la cui giurisdizione spetterebbe ad uno Stato extraeuropeo in forza dei criteri dettati dal Regolamento UE n. 650/2012, il Giudice adito è tenuto a dichiarare il proprio difetto di giurisdizione anche nel caso in cui il diritto sostanziale dello Stato richiamato non preveda strumenti di tutela per i legittimari; ciò in quanto detta “lacuna”, non ostando ad un principio di rango costituzionale, non collide con l’ordine pubblico e dunque non costituisce presupposto per la disapplicazione del Regolamento.

MI.F.

(...Omissis...)

Motivi della decisione.

G.C., nato a XX, padre dell’odierna attrice e marito della convenuta, è deceduto il 22/07/18 a New York.

Il *de cuius* ha redatto il 3/08/09 testamento in Florida, con cui ha attribuito alla R i due immobili siti negli Stati Uniti, come descritti nella citazione, in comproprietà paritaria tra il G.C. e la R.

In questa sede l’attrice lamenta la lesione della sua quota di legittima ex art. 542, primo comma, c.c., causata dal testamento in questione, in relazione alle quote di comproprietà dei due beni indicati.

Essendo pacifico che il *de cuius* aveva negli Stati Uniti la propria residenza abituale, la convenuta ha eccepito il difetto di giurisdizione di questo Tribunale, invocando l’art. 4 del Regolamento UE n. 650/12.

Tale norma stabilisce che “sono competenti a decidere sull’intera successione gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui il defunto aveva la residenza abituale al momento della morte”.

Da parte sua l’attrice ha contestato l’applicabilità di tale norma alla successione in esame, invocando in proprio favore il combinato disposto degli articoli 46 e 50 della legge n. 218/95. Ciò in quanto, tra i cinque criteri dettati alternativamente dall’articolo 50 per fondare la giurisdizione italiana in materia successoria viene indicato alla lettera a) “il criterio della cittadinanza (“se il defunto era cittadino italiano al momento della morte”), mentre secondo il primo comma dell’articolo 46 la legge applicabile a tale successione sarebbe la “legge nazionale del soggetto della cui eredità si tratta, al momento della morte”.

Ciò premesso, occorre rilevare che la disciplina delle successioni transfrontaliere è stata profondamente innovata ad opera del legislatore europeo con il Regolamento UE n. 650 del 2012, contenente norme sia in materia di “competenza giurisdizionale”, sia in relazione alla legge regolatrice delle successioni transfrontaliere, applicabili alle sole successioni aperte a partire dal 17 agosto 2015.

Il Regolamento del 2012, pur non avendo abrogato la Legge 218/1995, ha determinato la disapplicazione delle norme della stessa con esso incompatibili. La legge nazionale, quindi, troverà applicazione per le successioni di persone decedute prima del 17 agosto 2015, e per tutti gli aspetti non regolati dal Regolamento europeo.

La disciplina europea individua nella residenza abituale il criterio per radicare la “competenza” dell’organo giurisdizionale chiamato a decidere sull’intera successione (art. 4) e per determinare la legge applicabile.

L’art. 10 del Regolamento, rubricato “competenza sussidiaria”, prevede poi che se al momento della morte il defunto non risiedeva abitualmente in uno Stato dell’Unione, gli organi giurisdizionali di uno Stato membro in cui si trovano beni ereditari sono comunque competenti a decidere sull’intera successione, nella

misura in cui il defunto possedeva la cittadinanza di quello Stato membro al momento della morte o, in mancanza, la precedente residenza abituale del defunto era stabilita in quello Stato membro, purché nel momento in cui l’organo giurisdizionale è adito non sia trascorso un periodo superiore a cinque anni dal cambiamento di tale residenza abituale. Se nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro è competente per il criterio di residenza, gli organi giurisdizionali dello Stato membro in cui si trovano beni ereditari sono competenti a decidere su tali beni.

All’art. 11 del Regolamento è previsto infine un “*forum necessitatis*”. Qualora nessun organo giurisdizionale di uno Stato membro sia competente secondo i criteri precedenti, in casi eccezionali, gli organi giurisdizionali di uno Stato membro possono decidere sulla successione se un procedimento non può ragionevolmente essere intentato o svolto o si rivela impossibile in uno Stato terzo con il quale la causa ha uno stretto collegamento. La causa deve presentare però un collegamento sufficiente con lo Stato membro dell’organo giurisdizionale adito.

Da ciò ne consegue che, qualora dovesse difettare il requisito della residenza abituale in Italia, il Giudice nazionale adito si dovrà dichiarare carente di “competenza giurisdizionale”, salvo che in base a quanto previsto negli artt. 10 o 11 del Regolamento possa affermarsi la sussistenza della giurisdizione italiana.

Dal combinato disposto degli artt. 4, 10 e 11 del Regolamento UE emerge che il nuovo criterio della residenza abituale dovrà essere applicato dal Giudice italiano non solo per regolare le successioni che presentano collegamenti tra diversi Stati membri, ma anche nella differente ipotesi in cui emergano collegamenti transfrontalieri con Stati non appartenenti all’Unione Europea. Ciò in quanto, è lo stesso legislatore europeo che agli artt. 10 e 11 del Regolamento ha preso in considerazione le ipotesi di successioni ereditarie di competenza di Stati terzi, individuando alcuni criteri che permettono di radicare la giurisdizione in uno Stato membro.

Inoltre, l’art. 22 del Regolamento prevede che il defunto possa scegliere, mediante dichiarazione espressa contenuta in una disposizione a causa di morte o risultante in una clausola della stessa, la legge che regola la propria successione, individuandola nella legge dello Stato di cui ha la cittadinanza.

In presenza di una tale disposizione, l’art. 5 del Regolamento attribuisce alle parti interessate la possibilità di poter scegliere come organo giurisdizionale competente lo Stato membro di cui il *de cuius* aveva la cittadinanza.

Tutto ciò premesso, nel caso oggetto del presente giudizio si rileva che il defunto G.C. era residente in Florida (U.S.A.) da molti anni e aveva doppia cittadinanza italiana e americana, circostanze queste ultime non contestate e provate documentalmente.

Nel testamento redatto dal *de cuius* in data 3/08/2009 non emerge alcuna disposizione in ordine all’individuazione della legge italiana come regolatrice della sua successione.

Inoltre, il testamento di G.C. prevede l’attribuzione del residuo patrimonio del testatore composto, come indicato in citazione, da due beni immobili situati negli Stati Uniti alla moglie T.M.C. e, solo in caso di sua premorienza, alla figlia Gi.C., odierna attrice, nella misura del 40% insieme ad altri successori nelle misure da lui indicate.

Pertanto, in virtù di quanto disposto dal Regolamento Europeo, non sussiste nessuno dei presupposti che ai sensi degli artt. 4, 5, 10, 11 e 22 permetterebbe di radicare la giurisdizione dinanzi al Giudice italiano, in quanto, pur avendo il *de cuius* mantenuto la cittadinanza italiana, non sono presenti all’interno dello Stato italiano beni ereditari, come richiesto dall’art. 10 per poter attribuire la giurisdizione a uno Stato membro.

Inoltre, nella memoria autorizzata depositata in data 13/04/2021

l'attrice sostiene che dall'applicazione dell'art. 4 del Regolamento europeo non possa conseguire il rinvio verso Paesi terzi che non forniscano un'adeguata tutela giurisdizionale al cittadino europeo, in virtù della mancata previsione negli Usa di norme che tutelino la quota di legittima a favore del nucleo familiare più stretto del *de cuius*. Pertanto, la stessa chiede che venga disapplicata la disposizione di cui all'art. 21 del Regolamento UE, con conseguenze anche in punto di giurisdizione, derivando dal riconoscimento della giurisdizione in capo al Giudice americano la lesione della tutela costituzionale della famiglia e del diritto di difesa.

Tuttavia, il Collegio ritiene che nel caso in esame non sussistano i presupposti per disapplicare le norme citate essendo ciò ammesso, per expressa previsione dell'art. 35 del Regolamento, nelle sole ipotesi in cui l'applicazione della legge di uno Stato, individuata sulla base dei criteri contenuti nel Regolamento, sia incompatibile con l'ordine pubblico del foro dell'autorità giurisdizionale che si occupa della successione.

A tal fine deve ricordarsi che secondo la giurisprudenza di legittimità “*Con specifico riferimento poi all'art. 29 della Costituzione, deve rilevarsi che tale norma tutela l'interesse del soggetto alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, e non si estende all'istituto della successione necessaria, che non ha copertura costituzionale; in proposito deve osservarsi che l'art. 42 ultimo comma della Costituzione prevede che “La legge stabilisce le norme ed i limiti della successione legittima e testamentaria”, principio che deve essere inteso nel senso che il legislatore non può sopprimere gli istituti della successione legittima e testamentaria, ma è libero di regolarne modalità e limiti, cosicché, poiché tale disposizione non fa alcuna riferimento ai legittimari, la quota riservata ai medesimi rappresenta un limite della successione legittima, ovvero delle disposizioni testamentarie, che il legislatore ordinario può modificare ed anche sopprimere (Cass. 24-6-1996 n. 5832).”*(v. Cass. n. 14811/2014).

Il Collegio, aderendo all'orientamento della Corte di Cassazione, ritiene non sussistano i presupposti per procedere alla disapplicazione delle norme regolamentari sopraindicate.

Inoltre, non vi sono elementi per affermare che ricorra nel caso di specie uno dei casi eccezionali previsti dall'art. 11 del Regolamento per poter radicare la giurisdizione in uno Stato membro qualora un procedimento non possa essere intentato o svolto o risulti impossibile in uno Stato terzo con il quale la causa ha uno stretto collegamento, dovendosi intendere la norma riferita a Stati in cui non sussistano le minime garanzie giurisdizionali per la tutela dei diritti, dato chiaramente non riferibile agli Stati Uniti d'America.

Il Considerando n. 31, difatti, chiarisce che la previsione di un *forum necessitatis* nasce dall'esigenza di rimediare, in particolare, a situazioni di diniego di giustizia.

La disposizione individua come esempi di “casi eccezionali”, che permettono di ricorrere al *forum ex art. 11* del Regolamento, la guerra civile o la ragionevole possibilità che il beneficiario non possa iniziare o proseguire un procedimento nello Stato terzo. Pur nel silenzio della previsione in esame, si può affermare che il diniego di giustizia ricorra anche nelle ipotesi in cui non siano rispettate da parte di uno Stato terzo le garanzie del giusto processo. Pertanto, questo Collegio ritiene che il diniego di giurisdizione da parte del Giudice italiano non comporti per l'attore il rischio di non vedere rispettate nell'ordinamento americano le garanzie processuali minime previste dagli artt. 47 Carta di Nizza e 6 CEDU, quali l'accesso alla giustizia, il contraddittorio tra le parti, la rapidità e l'esecuzione della decisione.

Per tutto quanto premesso, il Collegio dichiara il proprio difetto di giurisdizione.

Per quanto concerne le spese, data la novità della questione trattata, determinata dalla contestuale vigenza all'interno del nostro

ordinamento della l. 218/1995 e del Regolamento Europeo n. 650/2012 e dall'assenza di una disposizione che preveda esplicitamente l'applicazione del Regolamento anche per le successioni transfrontaliere che interessano uno Stato terzo estraneo all'Unione europea, il Collegio, ai sensi dell'art. 92 c.p.c., ne dispone la compensazione integrale.

P.Q.M.

dichiara il difetto di giurisdizione del Giudice italiano, ai sensi dell'art. 4 del Regolamento europeo 650/2012.
Compensa le spese.

Tribunale di Genova, sez. imprese, 5 novembre 2021 - Pres. Tuttobene - Rel. Bianchi - XX quale Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige S.p.a. (Avv.ti Spolidoro e Marvulli) c. Banca Carige S.p.a. (Avv.ti Pavesi, Verzoni, Cipriani e Cimino).

SOCIETÀ - impugnazione della delibera dell'assemblea

- Rappresentante comune degli azionisti di risparmio - applicabilità dell'art. 2477, comma 3, c.c. - esclusione.
(Art. 2477, comma 3, c.c.; art. 147 TUF)

SOCIETÀ - assemblea - Rappresentante comune degli azionisti di risparmio - facoltà.

(Art. 2370, comma 1, c.c.; art. 147, comma 3, TUF)

SOCIETÀ - recesso dei soci - delibera relativa al raggruppamento di azioni ordinarie e di risparmio - applicabilità art. 2437 ter - esclusione.

(Arts. 2437, 2437 ter, 2437 quinque c.c.)

SOCIETÀ - delibera di raggruppamento - perdita della qualità di socio - insussistenza.

SOCIETÀ - assemblea dei soci - delibera pregiudizievole dei diritti di una categoria di azioni - art. 2376 c.c. - violazione.

(Art. 2376 c.c.; art. 146 TUF)

PROCEDIMENTO civile - mancata concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c - violazione del principio del contraddittorio - insussistenza.

(Arts. 183, comma 6 e 187, comma 1, c.p.c.; art. 80-bis disp. att. c.p.c.)

SOCIETÀ - impugnazione della deliberazione dell'assemblea - Rappresentante comune degli azionisti di risparmio - azione di condanna - legittimazione attiva - esclusione.

(Art. 2418 c.c.; art. 147, comma 2, TUF)

SOCIETÀ - impugnazione della deliberazione dell'assemblea - domanda di risarcimento degli azionisti - interesse collettivo - esclusione.

(Art. 2418 c.c.)

L'art. 2377, comma 3, c.c. non si applica all'impugnazione della delibera da parte del Rappresentante Unico degli azionisti di risparmio ex art. 247 TUF, in quanto il requisito della titolarità del capitale dell'un per mille è previsto dall'art. 2377, comma 3, c.c. per l'impugnazione della delibera da parte dei soci e non per l'im-

pugnativa avanzata da altri soggetti, quale il Rappresentante Unico degli azionisti di risparmio.

(Cfr.: Corte d'Appello Milano, 16 ottobre 2001)

L'art. 147, comma 3, TUF attribuisce al Rappresentante comune degli azionisti di risparmio il diritto di assistere all'assemblea della società ma non di prendere la parola nel corso della stessa, diversamente si aggirerebbe una caratteristica fondativa dello status degli azionisti di risparmio, cioè l'assenza del diritto di intervento in assemblea ai sensi dell'art. 2370, comma 1, c.c.

Premesso che il diritto di recesso dei soci si esercita in ipotesi di natura tassativa, la delibera assembleare relativa al raggruppamento delle azioni ordinarie e di risparmio in circolazione non comporta l'esclusione dalla negoziazione delle azioni di risparmio e quindi non integra la fattispecie di cui all'art. 2437 quinque c.c. con conseguente inapplicabilità dell'art. 2437 ter c.c.

L'eventuale perdita della qualità di socio da parte di coloro che non hanno integrato il numero delle azioni possedute fino ad un quoziente intero in applicazione del rapporto di raggruppamento non discende direttamente dalla delibera di raggruppamento ma dalla decisione del socio di non accedere al mercato dei resti.

(Cfr.: Corte d'Appello Milano, 14 gennaio 2013)

L'art. 2376 c.c. prescrive l'approvazione da parte dell'assemblea speciale di categoria qualora vi siano più categorie di azioni e la delibera pregiudichi i diritti di una di queste. Si ravvisa pertanto violazione dell'art. 2376 c.c. (e dell'art. 146 TUF) esclusivamente allorquando la delibera dell'assemblea della società concerne solamente gli azionisti di risparmio e non quando la delibera abbia inciso unitariamente su tutti i soci.

(Cfr.: Trib. Torino, n. 6267/2017)

Non sussiste alcuna violazione del principio del contraddittorio in caso di mancata concessione dei termini ex art. 183, comma 6, c.p.c.; infatti è noto che in forza del combinato disposto degli artt. 187, comma 1, c.p.c. e 80-bis disp. att. c.p.c., in sede di udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione della causa ex art. 183 c.p.c., la richiesta della parte di concessione dei termini ai sensi dell'art. 183, comma 6, c.p.c. non preclude al giudice di esercitare il potere di invitare le parti a precisare le conclusioni ed assegnare la causa in decisione.

(Cfr.: Cass., 23 marzo 2017, n. 7474)

Il Rappresentante comune degli azionisti di risparmio è carente di legittimazione attiva alla domanda di condanna al risarcimento dei danni. La domanda risarcitoria non può essere annoverata nelle iniziative di tutela degli "interessi comuni" previsti dall'art. 2418 c.c. richiamato dall'art. 147, comma 2, TUF.

(Cfr.: Trib. Milano, 2 novembre 2000)

Il credito risarcitorio degli azionisti danneggiati compete in via specifica e personale a ciascun socio e pertanto non integra un interesse collettivo ai sensi dell'art. 2418 c.c.

P.MO.

(...*Omissis...*)

Motivi della decisione.

Ritenuto:

- che l'odierno procedimento è stato introdotto da XX in qualità di Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige S.p.a., per l'impugnazione della delibera assembleare assunta in data 29.5.20, in relazione
- alla conversione facoltativa delle azioni di risparmio in azioni ordinarie (con rapporto pari a 20.500 azioni ordinarie per ogni azione di risparmio);

- al raggruppamento delle azioni ordinarie e di risparmio in circolazione (con rapporto di una "nuova" azione contro 1000 azioni già detenute).

• che l'attore lamenta:

- a) la violazione dell'art. 147 III co. TUF per non essere stato consentito al ricorrente in qualità di Rappresentante Comune — di prendere la parola in assemblea;
- b) il raggruppamento renderebbe esiguo il numero delle azioni di risparmio (da 25.542 a 25 in tutto) con impossibilità di ottenerne la quotazione, con conseguente diritto (non riconosciuto) di recesso dei soci ai sensi dell'art. 2437 quinque c.c., comportante l'obbligatoria comunicazione del valore delle azioni ex art. 2437 ter c.c.;
- c) mancata previsione del diritto di recesso per i soci titolari di un numero di azioni non corrispondente al multiplo di mille, per i quali il raggruppamento comporta la perdita dello *status socii* in relazione ai c.d. "resti" insuscettibili di raggruppamento (ad esempio, tale fattispecie corrisponde al baso della titolarità di 2.500 azioni di risparmio, dove il resto di 500 non è raggruppabile);
- d) violazione dell'art. 146 TUF in quanto delibera avrebbe dovuto essere sottoposta all'assemblea speciale degli azionisti di risparmio, in quanto idonea a recare a loro pregiudizio;
- e) fissazione non trasparente del criterio di conversione delle azioni di risparmio in azioni ordinarie;

• che l'attore chiedeva quindi la declaratoria di nullità della delibera e la condanna di Banca Carige spa alla rifusione dei danni arrecati agli azionisti di risparmio;

• che l'attore aveva avanzato altresì domandi cautelare di sospensione della delibera impugnata, domanda a cui 4 era opposta Carige spa. Questo Tribunale -con ordinanza del 12.11.20- respingeva la richiesta di cautela. Contro tale provvedimento non proposto reclamo;

• che Banca Carige S.p.a. si costituiva in procedimento di merito, eccepido preliminarmente l'inammissibilità della domanda per violazioni dell'art. 2377 c.c. in assenza - in o agli azionisti di risparmio - del requisito della titolarità dell'un per del capitale, e resistendo nel merito alle domande attoree;

• che va respinta l'eccezione preliminare avanzata da Carige spa;

• che infatti l'invocato art. 2377, III co., c.c. non pare applicabile all'impugnazione della delibera da parte d Rappresentante Unico degli azionisti di risparmio (di seguito RUAR) ai sensi dell'art. 147 TUF;

• che in tal senso vale osservare che il requisito della titolarità dell'un per mille del capitale è previsto dal citato art. 2377, III co., c.c. per l'impugnazione avanzata "dai soci", e non già per l'impugnativa avanzata da altri soggetti, quali il Rappresentante Unico degli azionisti di risparmio ai sensi dell'art. 147 TUF;

• che l'opposta conclusione implicherebbe 4na interpretazione estensiva dell'art. 2377, III co., c.c.;

• che tale norma -contenendo un'eccezione al diritto costituzionale alla tutela giurisdizionale- non può essere interpretata estensivamente o in via analogica (*ex multis*, sull'obbligo di stretta interpretazione delle eccezioni ai principi generali, cfr. Cassazione civile 28/09/2017, n. 22720; Cassazione civile 10/03/2008, n. 6328; T.A.R. Roma, sez. III, 25/05/2005, n. 4170);

- che nel merito la domanda attorea va respinta;
- che infatti, come già rilevato in sede di provvedimento cautelare, non ha pregio la questione **sub a)**, in quanto l'art. 147 III co. TUF attribuisce al Rappresentante Comune la di “*assistere*” all'assemblea e non già di prendere la parola durante la stessa: la portata semantica del verbo “*assistere*” (nella forma intransitiva) descrive una condotta di fruizione dell'oggetto di attenzione limitata alla visione e/o all'ascolto (nel linguaggio corrente, “*assistere*” ad uno spettacolo teatrale non implica -anzi di norma esclude- la partecipazione allo stesso). A tal fine va osservato che -diversamente argomentando- ove si riconoscesse il diritto di parola al RUAR verrebbe sostanzialmente aggirata una caratteristica fondativa dello *status* degli azionisti di risparmio, e cioè l'assenza del diritto-di intervento in assemblea, ai sensi dell'art. 2370, I co., c.c.;
- che va disattesa anche la questione **sub b)**, quanto:
 1. preliminarmente va osservato che il diritto di recesso discende da una elencazione di ipotesi di natura tassativa (artt. 2437 e 2437 *quinquies* c.c.), come ritenuto costantemente dalla giurisprudenza (in tal senso, cfr. Corte d'Appello di Milano, 16/10/2001; Tribunale di Orvieto, 18/02/1994; Tribunale di Milano, 09/09/1991; Tribunale di Latina, 09/07/1988).
 2. detto ciò contrariamente a quanto allegato dall'attore - la delibera impugnata non “*comporta*” l'esclusione dalla negoziazione delle azioni di risparmio e quindi non integra la fattispecie di cui all'art. 2437 *quinquies* c.c.: ne discende l'inapplicabilità dell'art. 2437 *ter* c.c.

Non va dimenticato, infatti, che la stessa delibera impugnata consente -prima del raggruppamento- la conversione delle azioni di risparmio, garantendo quindi all'azionista di risparmio di ottenere n. 20.500 azioni ordinarie per ogni singola azione di risparmio.

Ciò quindi:

- da una parte esclude che il raggruppamento determini necessariamente l'esclusione dalla negoziazione di dette azioni;
- dall'altra parte impone di concludere che l'esclusione dalla negoziazione costituisca primariamente l'effetto della libera decisione dei soci di non convertire le azioni di risparmio in azioni ordinarie.

Deve quindi concludersi che gli artt. 2437, 2437 *ter* e 2437 *quinquies* c.c., non siano invocabili nel caso in esame.

- che non è condivisibile quanto dedotto **sub c)**, in quanto - come già opportunamente osservato in giurisprudenza (Corte App. Milano, 14/01/2013)- “*L'eventuale perdita della qualità di socio da parte di coloro che non hanno integrato il numero delle azioni possedute fino ad un quoziente intero in applicazione del rapporto di raggruppamento non discende direttamente dalla delibera di raggruppamento, ma dalla decisione del socio di non accedere al mercato dei resti, realizzandosi così una situazione simile a quella del socio che decida di non partecipare ad un'operazione di ricostruzione del capitale integralmente perduto*”.

Infatti, nel caso in esame nulla vieta ai detentori dei c.d. “*resti*” di acquistare altri diritti frazionari al fine di raggiungere la soglia di mille azioni ed accedere così al raggruppamento, come peraltro espressamente previsto dalla Relazione illustrativa del cda al punto 2 dell'ordine del giorno dell'assemblea straordinaria del 29 maggio 2020 (doc. 9 Carige, pag. 7), in cui si legge che “*Al fine di facilitare le operazioni di Raggruppamento per i singoli soci e la gestione di eventuali frazioni che dovessero derivare dal raggruppamento, sarà messo a disposizione degli azionisti un servizio per il trattamento delle*

eventuali frazioni di azioni non raggruppabili, sulla base dei prezzi ufficiali di mercato, qualora intervenga, nel frattempo, un provvedimento di riammissione delle azioni della banca negoziazione ovvero laddove ciò non avvenga sulla base di altro valore che dovrà essere determinato”.

- che non è condivisibile quanto illustrato **sub d)**, in quanto:
 1. quanto alla conversione, questa non è obbligatoria -bensì facoltativa- e quindi non è idonea -neppure in astratto- a recare pregiudizio ai diritti degli azionisti di risparmio;
 2. con riguardo al raggruppamento, si ritiene che -conformemente alla posizione espressa dalla giurisprudenza (Tribunale di Torino, n. 6267/2017; Tribunale di Roma, 20.3.19, in *Dir. Fall.*, 1995, II, 910) la violazione all'art 2376 c.c. (e art 146 TUF che impone, appunto, l'approvazione da parte dell'assemblea speciale degli azionisti di risparmio) sia ravvisabile esclusivamente allorquando la delibera dell'assemblea concerna solamente gli azionisti di risparmio, e non quando la delibera abbia inciso unitariamente su tutti i soci, come nel caso in esame, in cui vengono raggruppate tutte le azioni Carige.

Meritano invero di essere riprese le condivisibili motivazioni della sopra citata decisione del Tribunale di Torino, che muove dal rilievo che l'art. 2376 c.c. prescrive l'approvazione da parte dell'assemblea speciale di categoria qualora vi siano più categorie di azioni e la delibera pregiudichi i diritti di una di queste: secondo quel Giudice:

“*(...) si ha pregiudizio (che dev'essere giuridico e non di mero fatto) al diritto di categoria quando viene modificata “in peius” la posizione della categoria rispetto alle altre categorie di azioni esistenti. (...) Il pregiudizio di cui all'art. 2376 c.c. che impone, appunto, l'approvazione da parte dell'assemblea speciale degli azionisti di risparmio è ravvisabile esclusivamente allorquando la delibera dell'assemblea della società concerne solo gli azionisti di risparmio, apportando modifiche alla struttura dell'azionariato, tali da alterare in maniera qualitativa o quantitativa il rapporto tra le categorie esistenti e non quando la delibera abbia inciso unitariamente su tutti i soci*”;

- che va respinta anche la prospettazione **sub e)** in quanto - in primo luogo e come sopra già rilevato- trattasi di conversione facoltativa, ben potendo quindi ogni azionista di risparmio preferire di conservare detti titoli ove ritenga non soddisfacente il rapporto di conversione (20.500 azioni ordinarie per ogni azione di risparmio);
- che inoltre appare dirimente che l'art. 35 dello statuto della banca preveda il diritto del socio di convertire ogni singola azione di risparmio in azione ordinaria, fissando così una **presunzione generale di convertibilità paritaria**, macroscopicamente meno favorevole all'azionista di risparmio rispetto al rapporto di conversione oggi proposto;
- che inoltre va osservato che tale rapporto di conversione non appare viziato da evidenti incongruità, né il ricorrente ne ha mai allegato alcuna, limitandosi ad eccepire l'opacità della procedura di determinazione dello stesso.

A tal riguardo è stato prodotto in atti (nella fase cautelare) il relativo parere reso a Carige spa dalla Sim Equita che giudica “*congruo dal punto di vista finanziario*” (pag. 9) il rapporto di conversione prescelto, sulla base di considerazioni apparentemente non irragionevoli (in particolare alle pagg. 5 e 8). In subordine, va comunque osservato che il rapporto di conversione fissato da Carige appare plausibile, in quanto -in via di approssimazione- ove si moltiplichi l'ultima quotazione delle azioni ordinarie (0.0015 Euro, per fatto non contestato) per il numero, di azioni ordinarie (20.500) ottenibili mediante la conversione di una singola azione di risparmio, si ottiene

Euro 30,5, importo identificativo quindi dell'ipotetico valore attribuito ad ogni singola azione di risparmio, **ove convertita in azioni ordinarie.**

Orbene, detto valore (Euro 30,5) appare sostanzialmente in linea con l'ultima quotazione delle azioni di risparmio (Euro 49,3), previo deprezzamento discendente dal già citato andamento borsistico del comparto bancario che registra una riduzione pari a -26,57% nell'ultimo anno (doc. 15 carige fase. caut).

Sottraendo infatti da Euro 49,3 detto deprezzamento (26,57%) si ottiene euro **36,20** ipotetico prezzo borsistico attuale di ogni azione di risparmio **non convertita.**

Si tratta evidentemente di valore non distante da Euro 30,5; 1. che conseguentemente la delibera impugnata risulta legittima;

- che nessuna violazione del contraddittorio può discendere dalla mancata concessione -nella presenta causa- dei termini ex art. 183, VI co., c.p.c.;
- che infatti è noto che “*In forza del combinato disposto degli artt. 187, comma 1, c.p.c. e 80-bis disp. att. c.p.c., in sede di udienza fissata per la prima comparizione delle parti e la trattazione della causa ex art. 189 c.p.c., la richiesta della parte di concessione di termini ai sensi del comma 6 di detto articolo, non preclude al giudice di esercitare il potere di invitare le parti a precisare le conclusioni ed assegnare la causa in decisione, atteso che ogni diversa interpretazione delle norme suddette, comportando il rischio di richieste puramente strumentali, si porrebbe in contrasto con il principio di costituzionalità della durata ragionevole del processo, oltre che con il favor legislativo per una decisione immediata della causa desumibile dall'art. 189 c.p.c.*” (Cass., sez. I, 23/03/2017, n. 7474);
- che comunque - per mere esigenze di completezza - va osservato che la richiesta è stata avanzata “”prevolentemente” per illustrare la domanda risarcitoria (cfr. verb ud. 03/11/20); che il Collegio ritiene che su detta domanda (al di là della sua infondatezza nel merito) difetti la legittimazione attiva del RUAR;
- che quindi i termini richiesti non risultavano necessari alla difesa attore;
- che infatti detta domanda risarcitoria non può essere annoverata nelle iniziative di tutela degli “interessi comuni” previsti dall'art. 2418 (relativo al Rappresentante comune degli obbligazionisti) richiamato dall'art. 147, II co., TUF; che in tal senso si è già espressa la giurisprudenza relativa all'art. 2418 c.c. (Trib. Milano 2.3.1970) che esclude che il Rappresentante comune degli obbligazionisti possa avanzare domanda risarcitoria;
- che più recentemente il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 02/11/2000, in *Foro it*, 2001, I, 1935) ha statuito che “*Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio è legittimato attivamente a proporre la domanda di accertamento del pregiudizio conseguito dalla fusione a ciascun azionista di risparmio, ma è privo di legittimazione alla conseguente azione di condanna, riservata ai singoli titolari delle azioni stesse*”.

• che questo Collegio condivide tale orientamento, anche in base alle seguenti considerazioni:

1. qualunque domanda risarcitoria è necessariamente parimentata allo specifico pregiudizio subito individualmente dal danneggiato: in tal senso basta osservare che uno dei criteri di quantificazione del danno è il lucro cessante (artt. 1223 e 2056 c.c.) che notoriamente consiste “*nell'accrescimento patrimoniale in concreto ed effettivo pregiudicato o impedito*” dall'illecito (Cass., sez. I, 18/04/2000, n. 5014; nello stesso senso, cfr. Cass., sez. III, 21/11/2000, n. 13025).

Ne consegue che qualsiasi istanza risarcitoria discende dalle conseguenze ingiuste incidenti sugli **interessi individuali** del danneggiato e quindi non può essere annoverata tra le iniziative scaturenti dall'**interesse comune** di tutto il ceto degli azionisti di risparmio, come invece alleato dall'attore.

2. *ad abundantiam*, va osservato che -in ipotesi- l'istanza risarcitoria avanzata dal RUAR potrebbe risultare neppure voluta dal singolo azionista (si pensi all'azionista pluriesecutato che vedrebbe il proprio credito risarcitorio facilmente aggredito dai propri creditori e quindi avrebbe interesse a rimandare nel tempo la propria richiesta di danni).

Ciò conferma che la domanda risarcitoria azionabile dal RUAR non necessariamente coincide con “*l'interesse comune*” degli azionisti di risparmio;

• che va in conclusione riconosciuto che il credito risarcitorio degli azionisti danneggiati compete in via specifica e personale a ciascun socio, e pertanto non integra un interesse collettivo ai sensi dell'art. 2418 c.c. Il fatto che tutti gli azionisti della medesima categoria possano trovarsi nella medesima posizione rispetto agli effetti della deliberazione lesiva non rende comune alla categoria il loro diritto, che resta personale ancorché riconducibile alla categoria dei diritti individuali omogenei cui l'ordinamento, a determinate condizioni, conferisce rilevanza per renderli tutelabili attraverso l'azione di classe (art. 840 bis c.p.c.);

che va respinta -in quanto non motivata- l'istanza avanzata dall'attore in sede di precisazione delle conclusioni di produzione di ulteriore documento;

che le spese (anche della fase cautelare) seguono la soccombenza, come da dispositivo (valore indeterminabile alto), con diritto di rivalsa ex art. 146, co. 1, lett.-c) TUF.

P.Q.M.

Definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra istanza, così provvede:

1. respinge le domande attore;
2. condanna XX in qualità di Rappresentante Comune degli azionisti di risparmio di Banca Carige S.p.a. alla rifusione, in favore di Banca Carige spa delle spese del presente procedimento e di quello cautelare (...*Omissis...*)

Massimario

Tribunale di Savona, 5 ottobre 2021, n. 729.

APPALTO - opere ulteriori - varianti in corso d'opera - differenze - conseguenze.

(Art. 1659 c.c.)

In tema di appalto, le opere ulteriori che non rappresentano modifiche di quelle originariamente pattuite, non possono essere considerate varianti in corso d'opera, trattandosi di un appalto nuovo ed autonomo. Infatti le nuove opere richieste dal committente costituiscono varianti in corso d'opera solo se, non essendo comprese nel progetto originario, siano comunque necessarie per l'esecuzione migliore dell'opera o, comunque, rientrino nel piano dell'opera stessa; invece sono qualificabili come lavori extracontrattuali se si tratta di lavorazioni caratterizzate da una individualità distinta da quella dell'opera originaria, pur ad essa connessi, oppure se ne integrino una variazione quantitativa o qualitativa oltre i limiti di legge.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 1 ottobre 2021, n. 996.

COMUNIONE e condominio - condominio parziale - amministratore - rappresentanza - ammissibilità.

(Artt. 1130 e 1131 c.c.)

In tema di condominio negli edifici, l'amministratore può rappresentare i singoli condòmini per le controversie attinenti a cose, impianti o servizi appartenenti, per legge o per titolo, soltanto ad alcuni dei proprietari dei piani o degli appartamenti siti nell'edificio (cosiddetto "condominio parziale").

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 8 ottobre 2021, n. 1019.

COMUNIONE e condominio - regolamento condominiale di natura contrattuale - limitazioni all'uso dei beni condominiali - servitù atipiche reciproche - opponibilità ai terzi acquirenti - norme sulle servitù - applicabilità.

(Art. 1138 c.c.)

In tema di condominio, il regolamento di natura contrattuale può prevedere delle limitazioni ai diritti dei singoli condòmini sulle proprietà esclusive o comuni, sia mediante elencazione delle eventuali attività vietate, sia mediante riferimento ai pregiudizi da evitare. Tali clausole regolamentari, che comportano una restrizione dei poteri o delle facoltà dei condòmini, costituiscono delle servitù atipiche reciproche. In sostanza, le unità che devono sopportare la limitazione consistente nel non poter essere destinate ad una o più attività determinate, possono qualificarsi come fondi serventi; viceversa, le unità a vantaggio delle quali quello stesso peso è imposto ricoprono quella di fondi dominanti. Ciò comporta che l'opponibilità ai terzi acquirenti dei limiti alla destinazione delle proprietà esclusive va regolata secondo le norme proprie delle servitù.

Tribunale di Savona, 26 ottobre 2021.

DEMANIO e patrimonio dello Stato - concessione de-

maniale marittima - richiesta di riduzione del canone - competenza del Giudice amministrativo - sussiste.

(Art. 39 cod. nav; art. 133, comma 1, D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

La domanda con cui il titolare di concessione demaniale marittima chieda all'ente concedente la riduzione del pagamento del canone in seguito all'emergenza coronavirus, sull'assunto che l'emergenza pandemica abbia provocato ingenti danni economici alle imprese turistiche in conseguenza delle misure di contenimento sanitario, non è finalizzata solo a contestare le modalità operative del calcolo del canone (unica ipotesi in cui vi è competenza del giudice ordinario), ma si fonda su circostanze che presuppongono un sindacato sulla discrezionalità amministrativa con riferimento all'accertamento e valutazione della calamità naturale. Come tale, essa appartiene alla competenza del giudice amministrativo.

Tribunale di Imperia, 8 ottobre 2021, n. 580.

IMMISSIONI - immissioni acustiche - tutela civile e tutela amministrativa - differenze.

(Art. 844 c.c.)

In tema di immissioni acustiche, la differenziazione tra tutela civistica e tutela amministrativa mantiene la sua attualità anche a seguito dell'entrata in vigore del D.L. n. 208 del 2008, art. 6 ter, convertito, con modificazioni, dalla L. n. 13 del 2009, al quale non può aprioristicamente attribuirsi una portata derogatoria e limitativa dell'art. 844 c.c., con l'effetto di escludere l'accertamento in concreto del superamento del costituzionalmente orientata, il soddisfacimento dell'interesse ad una normale qualità della vita rispetto alle esigenze della produzione.

Tribunale di Massa, 7 maggio 2021, n. 74.

LAVORO e previdenza - edilizia e artigianato - sistema del minimale contributivo - commisurazione dell'imponibile contributivo alla retribuzione normale - abbattimento - presupposti - limiti.

(Art. 29 D.L. 23 giugno 1995 n. 244)

Nel sistema del minimale contributivo la funzione della previsione contrattuale collettiva di cui all'art. 78 del CCNL Edilizia Artigianato non è quella di porre limiti all'autonomia negoziale delle parti private, bensì quella di individuare il complessivo valore economico delle retribuzioni imponibili di una certa impresa, per cui la commisurazione dell'imponibile contributivo alla retribuzione normale non deriva da una fattispecie di invalidità del contratto di lavoro a tempo parziale, costituendo semplicemente la conseguenza della previsione contrattuale collettiva anzidetta circa il valore economico complessivo delle retribuzioni imponibili dell'impresa edile. Essa può essere suscettibile di abbattimento solo nei casi di legittima sospensione e non in quelli di riduzione dell'attività lavorativa, nei quali, permanendo il sinallagma funzionale del rapporto di lavoro e sussistendo una retribuzione, sia pure parziale, la regola del minimale e della tassatività delle ipotesi di esclusione riprende il suo vigore.

I

Tribunale di Savona, 3 giugno 2021, Giudice Unico Tagliasacchi.

LOCAZIONE - sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati - impossibilità da parte del Giudice di valutare comparativamente le condizioni economiche di conduttore e locatore e la meritevolezza dei contrapposti interessi - questione di legittimità costituzionale - sussiste.

(Art. 13, comma 13, del D.L. 17 marzo 2020, n. 183)

È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 103, comma 6, del D.L. 17 marzo 2020, n. 18, convertito nella L. 24 aprile 2020, n. 27; dell'art. 13, comma 13, del D.L. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito nella L. 26 febbraio 2021 n. 31; dell'art. 40-quater del D.L. 22 marzo 2021, n. 41, convertito nella L. 21 maggio 2021, n. 69 in relazione agli articoli 3, 11, 24, 41, 42, 111, 117 Cost., Art. 6 CEDU, Art. 1 Protocollo Addizionale 1 CEDU, Art. 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella parte in cui prevedono una sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati e precludono al giudice ogni margine di prudente apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valutazione comparativa delle condizioni economiche di conduttore e locatore e della meritevolezza dei contrapposti interessi. (1)

II

Corte costituzionale, 11 novembre 2021, n. 213.

LOCAZIONE - sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati - impossibilità da parte del Giudice di valutare comparativamente le condizioni economiche di conduttore e locatore e la meritevolezza dei contrapposti interessi - illegittimità costituzionale - non sussiste.

La proroga del blocco degli sfratti per morosità -disposta dal legislatore in presenza d'una situazione eccezionale come la pandemia da Covid-19- è una misura dal carattere intrinsecamente temporaneo in quanto destinata ad esaurirsi entro il 31 dicembre 2021, "senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale (articolo 423 secondo comma, della Costituzione)".

Sono infondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 103, comma 6, del D.L. n. 18 del 2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 27 del 2020, 17-bis del D.L. n. 34 del 2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 71 del 2020, 13, comma 13, del D.L. n. 183 del 2020, convertito, con modificazioni, nella legge n. 21 del 2021, 40-quater del D.L. n. 41 del 2021, convertito, con modificazioni, nella legge n. 69 del 2021, nella parte in cui prevedono la sospensione dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, per l'emergenza Covid-19, con le relative proroghe, poiché la proroga del blocco degli sfratti per morosità -disposta dal legislatore in presenza di una situazione eccezionale come la pandemia da Covid-19 è una misura dal carattere intrinsecamente temporanea, destinata ad esaurirsi entro il 31 dicembre 2021, senza possibilità di ulteriore proroga, avendo la compressione del diritto di proprietà raggiunto il limite massimo di tollerabilità, pur considerando la sua funzione sociale. (2)

Note.

(1) L'Ordinanza è stata pubblicata per esteso sul fascicolo n. 2/2021 di Questa rivista, a pag. 15 e segg.

(2) Si veda, sul punto, l'articolo a pag. 43 di M.F. Tiscornia.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 2 luglio 2021, n. 740.

LOCAZIONE - danno da ritardata consegna - risarcimento - decorrenza.

(Art. 1591 c.c.)

Il diritto del locatore al risarcimento del danno ex. art. 1591 C.C. per la ritardata consegna dell'immobile locato, ancorché sia stata pronunciata sentenza di rilascio, va riconosciuto soltanto per il periodo successivo alla corresponsione dell'indennità di avviamento da parte del locatore, che costituisce condizione per l'esecuzione del provvedimento di rilascio.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 8 ottobre 2021, n. 1018.

OBBLIGAZIONI in genere - inadempimento - fatto colposo del creditore - aggravamento del danno a causa del danneggiato - distinzioni - rilevabilità.

(Art. 1227 c.c.)

L'ipotesi contemplata dal primo comma dell'art. 1227 c.c. (ossia il fatto colposo del creditore che abbia ha concorso a cagionare il danno) va distinta da quella disciplinata nel secondo comma della medesima disposizione, riferibile al solo aggravamento del danno a causa di un contegno del danneggiato, senza che questi abbia contribuito alla sua causazione. Mentre nel primo caso il giudice deve verificare d'ufficio il concorso di colpa del danneggiato, la seconda situazione forma oggetto di un'eccezione in senso stretto, come tale sollevabile solo dalla parte, in quanto il comportamento del creditore danneggiato costituisce un autonomo dovere giuridico, posto a suo carico dalla legge quale espressione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede.

Tribunale di Savona, 5 ottobre 2021.

PRIVILEGIO - impresa artigiana - privilegio sui beni mobili - presupposti.

(Art. 2571 bis c.c.; artt. 3 e 4 L. 8 agosto 1985, n. 443)

L'art. 2751 bis n. 5 c.c. garantisce un privilegio generale sui mobili per i crediti riguardanti l'impresa artigiana, definita ai sensi delle disposizioni legislative vigenti. Tale previsione impone, da un lato, un requisito formale (ossia l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane) e, dall'altro, richiede la presenza di elementi sostanziali individuati dagli artt. 3 e 4 della legge n. 443 dell'8 agosto 1985, ovvero l'oggetto concreto dell'attività di impresa ed i requisiti dimensionali della stessa.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 2 luglio 2021, n. 764.

PROCEDIMENTO civile - atto di precezzo - importo erato - nullità parziale.

(Art. 480 c.p.c.)

Nel caso in cui venga notificato un preceitto per una somma errata, ciò non comporta la sua totale caducazione, ma solo nullità parziale, rimanendo l'atto valido nella diversa misura della somma esattamente dovuta. L'errore nella indicazione della somma portata dal preceitto, non lo travolge per l'intero, ma dà luogo soltanto alla riduzione della somma domandata nei limiti di quella dovuta, con la conseguenza che l'intimazione rimane valida per la somma effettivamente spettante, alla cui determinazione provvede il giudice, che è investito di poteri di cognizione ordinaria a seguito dell'opposizione in ordine alla quantità del credito.

Tribunale di Genova, 24 settembre 2021- Giudice Unico Spera.

PROCEDURE di composizione della crisi da sovradebitamento - decreto di apertura della liquidazione - atto di pignoramento - equiparazione - natura concorsuale dell'istituto - cessionario del quinto della pensione - creditore chirografario - crediti sorti successivamente al pignoramento - cessione del quinto della pensione - inopponibilità.

(Artt.14 quinquies, comma 3 e 8, comma 1-bis, L.3/2012)

La procedura di liquidazione dei beni del debitore in stato di sovradebitamento, è un istituto avente natura concorsuale, di talché - non avendo il Legislatore previsto tutele particolari a beneficio del cessionario del quinto dello stipendio o della pensione - non possono giustificarsi eccezioni tali da consentire il soddisfacimento integrale dei singoli creditori (peraltro chirografari e rispetto ai quali la legge non prevede il soddisfacimento integrale) con conseguente proporzionale riduzione del patrimonio destinato alla soddisfazione di tutti gli altri (ex multis, Tribunale di Firenze 19/05/2017).

Il decreto di apertura della liquidazione, ai sensi di quanto disposto dall'art. 14 quinquies, comma 3, L. 3/2012, è equiparato all'atto di pignoramento che non consente al cessionario di far valere l'acquisto di crediti sorti successivamente al pignoramento stesso (...omissis...) così, ex multis, Tribunale di Firenze 3/7/2018): il credito ceduto dal lavoratore (...omissis...) o pensionato) alla finanziaria è un credito futuro, poiché sorge relativamente alle retribuzioni maturate successivamente all'apertura della procedura. Invero, se la procedura di liquidazione ha l'effetto di sospendere le procedure esecutive non ancora concluse, a maggior ragione deve ritenersi che tale effetto sospensivo debba essere riferito alle cessioni di credito futuro a garanzia della restituzione di prestiti.

Peraltro, in riferimento alla procedura fallimentare, la Suprema Corte di Cassazione (...omissis...) Cass Civ. n. 551/2012) ha avuto occasione di chiarire che, nel caso di cessione di crediti futuri e di sopravvenuto fallimento del cedente, la cessione non è opponibile al fallimento, se, alla data di dichiarazione dello stesso, il credito non era ancora sorto.

Tali principi a far data dall'entrata in vigore della L. 3/2012, sono stati costantemente applicati dalla prevalente giurisprudenza di merito e di Legittimità alla procedura di liquidazione del patrimonio in cui appare più spiccata la concorsualità e conformità alla Legge Fallimentare. Risulta pertanto applicabile a tutte le procedure da sovradebitamento l'inopponibilità della cessione del quinto dello stipendio che l'art. 8/1 bis L. 3/2012 prevede esplicitamente solo per il piano del consumatore.

SO.C.

Tribunale della Spezia, 26 luglio 2021, n. 459.

RESPONSABILITÀ civile - danno cagionato da cose in custodia - prova liberatoria - onere probatorio
(Art. 2051 c.c.)

La responsabilità per i danni da cose in custodia è oggettivamente configurabile qualora la cosa custodita sia di per sé idonea a sprigionare un'energia o una dinamica interna alla sua struttura, tale da provocare il danno; Se invece si tratti di cosa di per sé statica e inerte e richieda che l'agire umano, in particolare quello del danneggiato, si unisca al modo di essere della cosa, per la prova del nesso causale occorre dimostrare che lo stato dei luoghi presenti peculiarità tali da renderne potenzialmente dannosa la normale utilizzazione ed il relativo onere grava sul danneggiato.

Corte d'Appello di Genova, sez. I civ., 20 settembre 2021, n. 944.

RESPONSABILITÀ civile - danno - liquidazione equitativa - presupposti - limiti.

(Art. 2043 c.c.)

I presupposti per la valutazione e liquidazione equitativa del danno sono la certezza dell'an, ossia dell'esistenza stessa del danno e l'incertezza del quantum, ossia l'impossibilità (o l'estrema difficoltà) di provare la misura del danno stesso. La valutazione equitativa del danno presuppone che questo, pur non potendo essere provato nel suo preciso ammontare, sia certo nella sua esistenza ontologica. Il giudice può avvalersi del potere equitativo di liquidazione del danno solo se abbia previamente accertato che un danno vi sia stato e che l'impossibilità (o la difficoltà) nella stima esatta del danno sia oggettiva, cioè non meramente supposta ed incolpevole, né dipendente dall'inerzia della parte gravata dall'onere della prova.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 22 settembre 2021, n. 952.

RESPONSABILITÀ civile - cose in custodia - precipitazioni atmosferiche - prova liberatoria - limiti.

(Art. 2051 c.c.)

L'art. 2051 c.c. prevede, quale unica prova liberatoria in favore del custode, il caso fortuito, ossia un evento esterno, imprevedibile ed inevitabile, che va ad incidere, elidendolo, sul nesso causale. Con specifico riferimento ai danni cagionati da precipitazioni atmosferiche, va esclusa l'ipotesi del caso fortuito o della forza maggiore esimente qualora si sia in presenza di fenomeni meteorologici, anche di particolare forza e intensità, protrattisi per tempo molto lungo, allorquando il danno trovi origine nell'insufficienza delle adottate misure volte ad evitarne l'accadimento.

Tribunale di Savona, 13 luglio 2021.

SEQUESTRO conservativo, giudiziale e convenzionale - sequestro giudiziale - sequestro conservativo - cumulabilità.
(Art. 2905 c.c.; art. 670 c.p.c.)

Non vi sono preclusioni legislative circa la cumulabilità delle due misure cautelari del sequestro giudiziario e del sequestro conservativo. Oltre a non esserci alcuna incompatibilità sul piano giuridico, tra i due istituti non sussiste nemmeno un'incompatibilità sul piano logico e ciò in ragione del fatto che trattasi di giudizi cautelari tutt'affatto diversi, aventi diversi presupposti e finalità. La diversità tanto di presupposti quanto di finalità, rende cumulabili i due rimedi.

Documenti

Il calcolo del tempo e le regole del diritto.

Guido Alpa

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

Sommario: 1. *La costruzione giuridica del tempo.* - 2. *Il tempo nel mercato europeo.* - 3. *Le regole nei diversi sistemi giuridici.* - 4. *Relatività del termine.*

1. La costruzione giuridica del tempo.

Uno degli storici più acuti e affascinanti del Medio Evo, Jacques Le Goff, ha dedicato molta parte dei suoi studi alle condizioni economiche e sociali, seguendo l'insegnamento della Scuola delle Annales; perciò ha approfondito con particolare perizia la dimensione del tempo, l'ordine mentale che scandisce la vita di ogni persona e della collettività: nell'età di mezzo, in cui Dio era sceso in terra, il tempo era segnato dagli adempimenti religiosi, l'accostarsi ai sacramenti e la preghiera; le campane regolavano la vita dei contadini, ma accompagnavano anche i momenti terribili delle invasioni, della guerra, delle pestilenze, della morte; il tempo del mercante era collegato al danaro – *time is money* diceva sir Francis Bacon nei suoi Essays – perché il danaro fruttifica nel corso del tempo come gli alberi della frutta fruttificano nell'alternarsi delle stagioni. Sono frutti civili, non naturali, ma la *fictio iuris* consente di dare corpo ad un convenzione che assegna un valore alla circolazione del danaro calcolandolo sulla lunghezza del tempo d'uso.

«Nell'epoca attuale – dice Le Goff – si assiste a un'evoluzione dei rapporti temporali nell'universo, che va verso la mondializzazione, di cui purtroppo non possiamo predire i risultati: l'avvenire resta un enigma. Il tempo ha la lentezza delle ere geologiche, ma è anche il tempo rapido e individuale delle nostre piccole vicende quotidiane. Ogni uomo è una meridiana e il tempo individuale s'intreccia agli altri tempi, alle altre esistenze e confluisce nello scorrere della storia. Esiste, tuttavia, un tempo assoluto, proprio di Dio, che i mercanti sin dal Medio Evo cercano di svendere, ma è un tempo sacro e appartiene a un'altra dimensione, lontana da qui» (1).

Ora, mentre è sempre affascinante studiare le connessioni tra tempo e diritto, una correlazione che sovente è volta a considerare il tempo come scansione del diritto (2), il tempo che registra i cambiamenti nel diritto, cioè nelle sue concezioni, nelle sue fonti, nel modo in cui è applicato, meno frequentemente si studia in che modo la convenzione del tempo sia essa stessa oggetto del diritto, e come dunque il diritto disciplini il calcolo del tempo (3). Sembrerebbe naturale pensare che il calcolo del tempo sia eguale in tutti i Paesi, e che quindi sia facile stabilire regole uniformi per tutti i Paesi; ma il tempo è ancora scandito dalle consuetudini, che è difficile sradicare e uniformare: basti pensare alla contrapposizione tra il calendario giuliano e il calendario gregoriano. Il calendario giuliano è un calendario solare, basato sul ciclo delle stagioni. Fu elaborato dall'astronomo egizio Sosigene di Alessandria e promulgato da Giulio Cesare, nella sua qualità di pontefice massimo, nell'anno 46 a.C. Rimase in vigore anche dopo la caduta dell'Impero romano d'Occidente, rimanendo in

uso fino al XVI secolo, quando fu sostituito dal calendario gregoriano ad opera della bolla *Inter gravissimas* di Papa Gregorio XIII, nel 1582.(4) Le ragioni della sostituzione non erano soltanto astrofisiche, posto che il nuovo calendario era più preciso nel calcolo dei mesi e dei giorni; la rivoluzione aveva anche un forte connotato religioso.

In effetti, il calcolo del tempo è inciso dalle scelte religiose: è noto che il calendario giuliano è rimasto vigente nelle aree in cui domina la religione ortodossa.

Ma il calcolo del tempo obbedisce anche alle regole politiche: in Russia il calendario giuliano, rimasto in vigore da tempo immemorabile, fu sostituito da Lenin dopo la Rivoluzione del 1917. Dal calendario del 1918 vennero eliminati i giorni fra il 1º e il 13 febbraio e a partire dal 1º ottobre 1929 venne introdotta una nuova versione razionalizzata del calendario: ogni mese era composto da 30 giorni e i restanti 5 o 6 giorni (a seconda del fatto che l'anno fosse o meno bisestile) venivano aggiunti come feste, non appartenenti a nessuna settimana o mese. Il 1 dicembre del 1931 si apportarono alcune correzioni, e finalmente durante la guerra fu adottato il calendario vigente nell'Occidente europeo. Ma le autorità religiose ortodosse vollero mantenere il calendario giuliano, sicché oggi in Russia si osservano entrambi i calendari, quello giuliano per le festività religiose e quello gregoriano per la vita quotidiana. Il 25 ottobre 2017 iniziò la Rivoluzione bolscevica; la data nel calendario giuliano, corrispondeva al 7 novembre; di qui la prevalenza della tradizione, che ha mantenuto in questa data le celebrazioni della Rivoluzione.

È curioso pensare che le scelte politiche possano incidere sul calcolo del tempo. Ed è significativo osservare come i rivolgimenti politici abbiano avuto a che fare anche con il calendario. La Rivoluzione francese segna l'inizio di una nuova era, e la Convenzione il 20 settembre 1793 vota l'adozione di un nuovo calendario che sarebbe entrato in vigore il 24 ottobre di quell'anno; era un calendario che assegnava ai mesi nomi derivanti dall'agricoltura – la proprietà della terra era così potente da segnare il tempo di tutti – e durò ben oltre la fine della Rivoluzione e l'instaurazione dell'Impero, essendo stato soppresso da Napoleone I solo con decreto del 22 fruttidoro anno XIII (9 settembre 1805); il calendario gregoriano rientrò in vigore dal 1º gennaio 1806. Ma il calendario rivoluzionario ritornò in auge nel 1871, durante la Comune di Parigi; fu adottato a partire dal 5 maggio, o 15 fiorile , fino alla sua soppressione pochi mesi dopo con l'avvento della Terza Repubblica.

Per venire ai fatti storici vicini a noi, anche temporalmente, questo fenomeno ci risulta familiare, perché dalle incisioni scolpite nelle lapidi o nei frontespizi di libri e testi di legge del tempo, occhieggia la numerazione degli anni dettata dalla rivoluzione fascista (E.F): essa entra in vigore a partire dal 29 ottobre 1927, a seguito di una Circolare del Capo del Governo del 25 dicembre 1926 e cessa il 25 luglio 1943, quando cade il regime; ma resta in vigore nella Repubblica sociale italiana dal 15 settembre 1943 al 25 aprile 1945. Oggi annoveriamo tra i giorni festivi ricorrenze dettate dalla religione e ricorrenze dettate dalla storia politica e civile: esse sono solo parzialmente coincidenti nei Paesi occidentali, mentre in Israele, in cui è prevalente la religione ebraica, gli anni si computano dalla data della creazione del mondo, che in base alle indicazioni della Bibbia è stata calcolata dalla tradizione rabbinica al 3760 a.C. Precisamente l'anno 1 inizia il 6 ottobre 3761 a.C.; la

creazione viene posta al 25 Elul o 25 Adar di tale anno. La creazione di Adamo, quindi, viene a coincidere con uno dei due capodanni ebraici: 1 Tishri 3760 a.C. o 1 Nisan 3759. Perciò dal 7 settembre è iniziato l'anno 5782. I mesi sono tredici, i giorni variano da mese a mese e da anno in anno, perché il calendario è calcolato sulle fasi lunari e solari.

Per contro il calendario islamico è basato sul moto della Luna, parte dal venerdì 16 luglio 622 del calendario giuliano, in cui fu compiuta l'Egira da Maometto (il 1º Muharram dell'anno 1), e si articola in 12 mesi lunari di 29 o 30 giorni; sicché un anno dura 354 giorni e, circa ogni tre anni, un di più. Quest'anno siamo nel 1442.

Come si sa, secondo la religione cristiana la festività settimanale da dedicare al rapporto con Dio è la domenica, per la religione ebraica il sabato, e per la religione musulmana il venerdì.

2. Il tempo nel mercato europeo.

In un mercato che si vuole europeo, integrato ed, unico, il calcolo del tempo costituisce un momento significativo nell'esercizio dell'attività economica e familiare. L'esigenza è stata avvertita innanzitutto per il funzionamento delle Comunità europee, come dimostra il Regolamento (CEE, Euratom) n. 1182/71 del Consiglio, del 3 giugno 1971, che stabilisce le norme applicabili ai periodi di tempo, alle date e ai termini. Conviene ricordare le prime disposizioni, che calcolano i periodi di tempo:

Articolo 2

1. I giorni festivi, da prendere in considerazione per l'applicazione del presente regolamento, sono tutti i giorni previsti come tali nello Stato membro presso il quale o nell'istituzione delle Comunità presso la quale un atto deve essere compiuto.

A tale scopo ciascuno Stato membro comunica alla Commissione l'elenco dei giorni previsti come festivi dalla propria legislazione. La Commissione pubblica nella Gazzetta ufficiale delle Comunità europee gli elenchi comunicati dagli Stati membri, completati con l'indicazione dei giorni previsti come festivi nelle istituzioni delle Comunità.

2. I giorni lavorativi da prendere in considerazione per l'applicazione del presente regolamento sono tutti i giorni che non siano i giorni festivi, le domeniche o i sabati.

Articolo 3

1. Se un periodo di tempo espresso in ore deve essere calcolato a partire dal momento in cui si verifica un evento o si compie un atto, l'ora nel corso della quale si verifica tale evento o si compie tale atto non è computata nel periodo.

Se un periodo di tempo espresso in giorni, in settimane, in mesi o in anni deve essere calcolato a partire dal momento in cui si verifica un evento o si compie un atto, il giorno nel corso del quale si verifica tale evento o si compie tale atto non è computato nel periodo.

2. Salve le disposizioni dei paragrafi 1 e 4:

a) il periodo di tempo espresso in ore comincia a decorrere all'inizio della prima ora e termina con lo spirare dell'ultima ora del periodo,
b) un periodo di tempo espresso in giorni comincia a decorrere all'inizio della prima ora del primo giorno e termina con lo spirare dell'ultima ora dell'ultimo giorno del periodo,

c) un periodo di tempo espresso in settimane, in mesi o in anni comincia a decorrere all'inizio della prima ora del primo giorno del periodo e termina con lo spirare dell'ultima ora del giorno che, nell'ultima settimana, nell'ultimo mese o nell'ultimo anno, porta la stessa denominazione o lo stesso numero del giorno iniziale. Se in un periodo di tempo espresso in mesi o in anni il giorno determinante per la scadenza manca nell'ultimo mese, il periodo di tempo termina con lo spirare dell'ultimo giorno di detto mese,

d) se un periodo di tempo comprende frazioni di mese, si considera, per il computo di tali frazioni, che un mese sia composto di trenta giorni.

3. I periodi di tempo comprendono i giorni: festivi, le domeniche e i sabati, salvo che questi ne siano espressamente esclusi o che i periodi di tempo siano espressi in giorni lavorativi.

4. Se l'ultimo giorno del periodo di tempo espresso non in ore è un giorno festivo, una domenica o un sabato, il periodo di tempo termina con lo spirare dell'ultima ora del giorno lavorativo successivo.

Questa disposizione non si applica ai periodi di tempo calcolati retroattivamente a partire da una data o da un evento determinato.

5. Ogni periodo di tempo di due o più giorni comprende almeno due giorni lavorativi.

Analoghe sono le disposizioni non solo in ambito comunitario, ma in tutta l'area continentale, in seno al Consiglio d'Europa. E appunto il Consiglio ha approvato il testo di una convenzione depositata a Basilea il 16 maggio 1972, con la quale si sono fissate le regole per il computo dei termini in materia civile, commerciale e amministrativa.

Il diritto non solo regola il tempo, ma lo uniforma alle *regole processuali*; dalle regole processuali le regole sul computo del tempo si sono espansse al diritto sostanziale.

Il tempo è scandito in termini, la data dalla quale decorre uno spazio temporale per uniformare il proprio comportamento, o per depositare un atto, o per eseguire un contratto, o per fare versamenti di danaro. Il computo può essere stabilito dalla legge, dall'autorità giudiziaria o amministrativa, oppure può essere convenzionalmente stabilito dalle parti.

Va la pena di riportare il testo di alcuni articoli della Convenzione:

Articolo 2 Ai fini della presente Convenzione, la locuzione «*dies a quo*» designa il giorno a partire dal quale comincia a decorrere il termine e la locuzione «*dies ad quem*» il giorno in cui il termine scade.

Articolo 3 I termini espressi in giorni, settimane, mesi o anni decorrono a partire dal «*dies a quo*», mezzanotte, fino al «*dies ad quem*», mezzanotte. Tuttavia, le disposizioni del paragrafo precedente non escludono che un atto da compiere prima della scadenza di un termine possa esserlo il «*dies ad quem*» soltanto durante le ore normali d'apertura degli uffici.

Articolo 11 Ogni Parte Contraente deve, al momento del deposito del suo strumento di ratificazione, d'accettazione o d'adesione, con notificazione al Segretario Generale del Consiglio d'Europa, specificare ai fini dell'articolo 5 della presente Convenzione quali sono, su tutto o parte del suo territorio, i giorni festivi legali o considerati tali. Qualsiasi cambiamento concernente le informazioni contenute in questa notificazione deve essere parimente notificato al Segretario Generale del Consiglio d'Europa.

La Convenzione detta regole che possono considerarsi il minimo comun denominatore per tutti i Paesi aderenti. Ma ciò non significa che i problemi si siano tutti risolti.

3. Le regole nei diversi sistemi giuridici.

Sembrerebbe ovvio che il calcolo del tempo fosse allora uniformato, almeno in Occidente. Ma, a parte le festività religiose, che variano a seconda delle consuetudini correlate con la religione praticata dalla maggioranza, sì che i Paesi dell'Europa continentale e insulare diversificano le loro festività a seconda della prevalenza della religione cattolica, oppure di quella protestante od ortodossa, anche le festività civili sono fonte di disorientamento per i cittadini stranieri. Sì che l'Unione europea ha allestito il *portale europeo della giustizia* in cui, accanto ai termini processuali in vigore per i procedimenti dinanzi alla Corte di Giustizia, si indicano, per ogni Paese Membro, i termini processuali interni.

Nel diritto italiano si coniugano due disposizioni: per il diritto sostanziale, i termini sono desunti dalla disciplina della prescrizione (estesa in via interpretativa anche alla decadenza). Dispone l'art. 2963 cod.civ. che

i termini di prescrizione contemplati dal presente codice e dalle altre leggi si computano secondo il calendario comune.2. Non si

computa il giorno nel corso del quale cade il momento iniziale del termine e la prescrizione si verifica con lo spirare dell'ultimo istante del giorno finale.³ Se il termine scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno seguente non festivo.⁴ La prescrizione a mesi si verifica nel mese di scadenza e nel giorno di questo corrispondente al giorno del mese iniziale.⁵ Se nel mese di scadenza manca tale giorno, il termine si compie con l'ultimo giorno dello stesso mese.

La norma si coordina con l'art. 155 cod. proc.civ. a mente del quale

Nel computo dei termini a giorni o ad ore, si escludono il giorno o l'ora iniziali. 2. Per il computo dei termini a mesi o ad anni, si osserva il calendario comune. 3. I giorni festivi si computano nel termine. 4. Se il giorno di scadenza è festivo, la scadenza è prorogata di diritto al primo giorno seguente non festivo. 5. La proroga prevista dal quarto comma si applica altresì ai termini per il compimento degli atti processuali svolti fuori dell'udienza che scadono nella giornata del sabato. 6. Resta fermo il regolare svolgimento delle udienze e di ogni altra attività giudiziaria, anche svolta da ausiliari, nella giornata del sabato, che ad ogni effetto è considerata lavorativa.

Sono questi principi generali per il computo del tempo, che, nonostante la evidente chiarezza delle disposizioni, hanno portato a conflitti interpretativi, peraltro risolti dalla Corte di Cassazione: Nel computo dei termini processuali mensili o annuali, fra i quali è compreso quello di decadenza dall'impugnazione ex art. 327 c.p.c., si osserva, a norma degli artt. 155, comma 2, c.p.c., e 2963, comma 4, c.c., il sistema della computazione civile non "ex numero" bensì "ex nominatione dierum", nel senso che il decorso del tempo si ha, indipendentemente dall'effettivo numero dei giorni compresi nel rispettivo periodo, allo spirare del giorno corrispondente a quello del mese iniziale; analogamente si deve procedere quando il termine di decadenza interferisce con il periodo di sospensione feriale dei termini, sicché per calcolare i termini di decadenza dal gravame non occorre tenere conto dei giorni compresi tra il primo e trentunesimo giorno agosto di ciascun anno (Cass. 25.8.2020, n. 17640)

Nel caso in cui sulla sentenza siano apposte due date, quella del deposito e quella della pubblicazione (essendo irrilevante la data della decisione in camera di consiglio) il *diritto vivente* propende per dare rilevanza alla data di deposito, e i precedenti della Corte cost. hanno consolidato questa scelta (v. Corte cost., 22 gennaio 2015, n. 3, e già Corte cost., 25 luglio 2008, n. 297).

La Corte ha risolto facilmente alcuni problemi emersi nell'attività giudiziaria:

In tema di definizione agevolata per violazioni alle norme tributarie, ai sensi dell'art. 16, comma 3, del d.lgs. n. 472 del 1997 il pagamento del terzo della sanzione deve avvenire perentoriamente entro sessanta giorni, sicché ove il contribuente provveda alla definizione mediante bonifico bancario effettuato l'ultimo giorno utile, con conseguente accredito della somma solo in data successiva, l'adempimento deve considerarsi tardivo, essendo necessario che il creditore entri effettivamente nella materiale disponibilità del denaro entro il suddetto termine, che assolve alla funzione di evitare l'instaurazione del giudizio. (Nella specie, la S.C. ha ritenuto irrilevante che il contribuente avesse inviato, a mezzo fax, copia della disposizione di bonifico, ritenendola attività non esaustiva dell'obbligo di pagamento). (Cass. 6 giugno 2019, n. 1539).

L'art. 155, quinto comma, cod. proc. civ. (introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera f), della legge 28 dicembre 2005, n. 263), diretto a prorogare al primo giorno non festivo il termine che scada nella giornata di sabato, opera con esclusivo riguardo ai termini a decorrenza successiva e non anche per quelli che si computano "a ritroso", con l'assegnazione di un intervallo di tempo minimo prima del quale deve essere compiuta una determinata attività, in quanto, altrimenti, si produrrebbe l'effetto contrario di una abbreviazione

dell'intervallo, in pregiudizio con le esigenze garantite con la previsione del termine medesimo. (Cass. 4 gennaio 2011 n. 182).

Secondo Cass., 12 gennaio 2016, n. 310, "la proroga dei termini processuali che scadono nella giornata di sabato, ex art. 155, 5^oco., c.p.c., è applicabile non solo ai procedimenti instaurati successivamente al 1^o marzo 2006, ma anche a quelli già pendenti a tale data, in forza dell'art. 58, 3^oco., della l. n. 69 del 2009, che, tuttavia, non essendo una norma d'interpretazione autentica, dispone solo per l'avvenire, e, quindi, opera limitatamente ai termini in scadenza dopo la sua entrata in vigore, il 4 luglio 2009, e non a quelli che, a tale data, risultino già scaduti".

In Francia il calcolo del tempo non è meno problematico. Mentre la regola del *dies a quo non computatur in termino* non crea problemi, è più difficile stabilire se il dies ad quem sia libero oppure no.

Gli articoli del codice di procedura civile (art. 640 ss.) dispongono in particolare che

Tout délai expire le dernier jour à vingt-quatre heures. Le délai qui expirerait normalement un samedi, un dimanche ou un jour férié ou chômé est prorogé jusqu'au premier jour ouvrable suivant.

Il sabato dunque è considerato giorno festivo. Ma il codice ha chiarito ciò che nel diritto francese era considerato un principio acquisito, e cioè che nel computo si potesse considerare anche il giorno successivo a quello di scadenza.

Più complicato è il calcolo del tempo nel Regno Unito. Il calcolo, anche in questo caso, si affida alle regole di procedura civile, e la scadenza è denominata *Limitation period*. L'Act del 1980 elenca tutte le scadenze per la proposizione di azioni correlate alle diverse situazioni soggettive che si vogliono tutelare. Insomma, un quadro elaborato e minuzioso, resosi necessario in un ordinamento che non conosce la codificazione civile.

Un caso recente illustra la problematica relativa al calcolo del tempo, in questo caso, di prescrizione dell'azione. L'azione derivante dall'inadempimento contrattuale e dall'illecito civile (*tort*) deve essere proposta entro sei anni dall'inadempimento o dal fatto lesivo, salvi ovviamente i diversi periodi stabiliti dal Limitation Act.

La Corte Suprema ha stabilito i principi a cui ci si deve riferire per il calcolo esatto del termine. Il caso deciso aveva percorso due gradi giudizio prima di arrivare all'attenzione della Corte Suprema (Matthew & Others v Sedman and Others [2021] UKSC 19). Gli attori erano trustees e beneficiaries di un trust in cui il bene principale era costituito da un pacchetto azionario di una società (Cattles Plc). Essi avevano assunto l'incarico da poco tempo, subentrando ad altri trustees. L'Autorità che controlla il mercato finanziario (FSA) aveva ritenuto non corrette le informazioni indicate al bilancio. I trustees precedenti non avevano impugnato in termini il bilancio, sì che i trustees subentranti avevano promosso un'azione di risarcimento fondandola sulla colpa civile e sulla violazione del trust. L'azione in realtà era stata proposta, ma con un ritardo di tre giorni rispetto alla scadenza del termine dei sei anni. Il termine scadeva il venerdì, ma l'azione, secondo i giudici di prime cure, avrebbe potuto essere presentata il sabato; gli attori invece attesero il sabato e la domenica, proponendola il lunedì successivo. La sentenza di primo grado diede quindi ragione ai nuovi trustees, e così la sentenza della Corte d'Appello. La Corte Suprema, nel confermare le decisioni dei gradi precedenti, ha stabilito che il termine scade il giorno successivo quello stabilito dal periodo annuale.

4. Relatività del termine.

Nonostante i calcoli precisi stabiliti dalle leggi, ai giudici è riservato il potere di modulare il *termine* di scadenza, tenuto conto della natura del rapporto giuridico che lega le parti, e le circostanze del caso. È spesso una questione di interpretazione del contratto.

La tematica è vasta, e, ai fini di queste note, è sufficiente prendere

inconsiderazione solo un profilo, relativo alla interpretazione della essenzialità del termine.

In un caso recente si è stabilito che

L'essenzialità del termine per l'adempimento ex art. 1457 c.c., è riservato al giudice di merito e va condotto alla stregua delle espressioni adoperate dai contraenti e, soprattutto, della natura e dell'oggetto del contratto, di modo che risulti inequivocabilmente la volontà delle parti di ritenere perduta l'utilità economica del contratto con l'inutile decorso del termine medesimo, che non può essere desunta solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre", riferita al tempo di esecuzione della prestazione, se non emerge, dall'oggetto del negozio o da specifiche indicazioni delle parti, che queste hanno inteso considerare perduta, decorso quel lasso di tempo, l'utilità prefissata. (Nella specie, la S.C. ha escluso la possibilità di considerare essenziale, in mancanza di ulteriori elementi che ne attestassero l'improrogabilità, la data di consegna di un plico, convenuta in un contratto di trasporto con la dicitura "entro il", negando al mittente il risarcimento dei danni correlati alla perdita di contributi comunitari, quale conseguenza della mancata esecuzione della prestazione nel rispetto del termine pattuito) (Cass., 15 luglio 2016 n. 14426).

Ebbene, le maglie entro le quali si collocano le date sono abbastanza elastiche, e ciò dimostra come i giudici siano in un certo senso discrezionali nell'apprezzamento delle scadenze.

Intanto, si ritiene che gli accordi delle parti in ordine al superamento di un termine prefissato non debbano avere forma scritta, anche se gli atti da compiere la richiedano, perché il termine è un elemento accidentale e non essenziale.

Un principio ormai consolidato in Cassazione stabilisce che

Nei contratti per i quali è richiesta la forma scritta "ad substantiam" (come nel caso del preliminare di vendita immobiliare), la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma soltanto nella parte riguardante gli elementi essenziali (consenso, "res", "preium"), che devono risultare dall'atto stesso e non possono ricavarsi "aliunde". Ne segue che, qualora in un contratto preliminare di vendita immobiliare sia previsto un termine per la stipula del definitivo, la modifica di detto elemento accidentale e la rinuncia della parte ad avvalersene non richiedono la forma scritta, non concernendo tale accordo direttamente il diritto immobiliare, né incidendo su alcuno degli elementi essenziali del contratto.

(Cass., 30 marzo 2021, n. 8765).

E l'espressione "entro e non oltre" una determinata data non è di per sé sufficiente a stabilire se un termine sia essenziale o meno:

L'essenzialità del termine per l'adempimento, ex art. 1457 c.c., non può essere desunta solo dall'uso dell'espressione "entro e non oltre", riferita al tempo di esecuzione della prestazione, ma implica un accertamento da cui emerge inequivocabilmente, alla stregua dell'oggetto del negozio o di specifiche indicazioni delle parti, che queste abbiano inteso considerare perduta, decorso quel lasso di tempo, l'utilità prefissata; in ogni caso, la previsione di un termine essenziale per l'adempimento del contratto, essendo posta nell'interesse di uno o di entrambi i contraenti, non preclude alla parte interessata di rinunciare, seppur tacitamente, ad avvalersene, anche dopo la scadenza del termine, in particolare accettando un adempimento tardivo. (Cass., 10 dicembre 2019, n. 32238).

Si arriva persino a ritenere che il termine dell'adempimento – che ovviamente è diverso dal termine relativo agli atti processuali – non è di per sé indicativo di una scadenza ritenuta rigorosa dalle parti. E quindi appare netta la distinzione tra i due tipi di termine, come la diversità delle regole di calcolo del tempo. Un precedente interessante a questo riguardo esclude che la scadenza del termine sia di per sé ragione di caducazione del vincolo:

L'efficacia della clausola per arbitrato irruale, contenuta in un contratto preliminare di compravendita (nella specie, di quote societarie), permane anche dopo la scadenza del termine fissato dalle parti per la

stipula del contratto definitivo, atteso che tale termine può ritenersi finale ed essenziale solo qualora le parti in tal modo lo abbiano esplicitamente considerato, sia pure senza l'uso di formule solenni, o se tale natura risulti dal contratto, dovendo, in contrario, ritenersi che il termine per la conclusione del contratto definitivo costituisca un ordinario termine dilatorio di adempimento delle obbligazioni negoziali e la relativa scadenza non determina di per sé la risoluzione del contratto e l'automatica caducazione del relativo vincolo e della detta clausola. (Cass., 11 aprile 2011, n. 8216).

Questa discrezionalità nel calcolo del tempo e quindi della scadenza del termine – un tempo "giudiziale" diverso da quello di calendario e da quello "processuale" – si registra nella giurisprudenza che tra il ritardo che dà luogo alla applicazione della clausola penale e il ritardo nell'adempimento che dà luogo a risarcimento del danno ma non alla risoluzione, ove sia ammissibile l'adempimento tardivo, preferisce applicare la seconda sanzione:

Salvo diversa volontà della part, la penale prevista per l'inadempimento non può essere applicata anche per il semplice ritardo solo perché nel contratto è stato previsto un termine (non essenziale) di adempimento della obbligazione perché, attesa la tendenziale incompatibilità tra il diritto alla penale ed il conseguimento della prestazione principale (art. 1383 cod. civ.), si renderebbe, altrimenti, più gravosa, per il debitore, la responsabilità derivante dall'inadempimento meno grave, costituito da quel ritardo che non faccia perdere all'obbligazione la sua utilità e che, quindi, consenta anche l'inadempimento tardivo, rispetto alla responsabilità derivante dall'inadempimento definitivo, in cui, salva diversa pattuizione, la clausola ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla penale convenuta. (Cass., 22 giugno 1995, n. 7078).

È il principio costituzionale di solidarietà – insieme con la clausola generale di buona fede – che orienta il giudice nell'apprezzamento del termine di adempimento:

Ai fini dell'esercizio del potere di riduzione della penale, il giudice non deve valutare l'interesse del creditore con esclusivo riguardo al momento della stipulazione della clausola - come sembra indicare l'art. 1384 c.c., riferendosi all'interesse che il creditore "aveva" all'adempimento - ma tale interesse deve valutare anche con riguardo al momento in cui la prestazione è stata tardivamente eseguita o è rimasta definitivamente ineseguita, poiché anche nella fase attuativa del rapporto trovano applicazione i principi di solidarietà, correttezza e buona fede, di cui agli artt. 2 Cost., 1175 e 1375 c.c., conformativi dell'istituto della riduzione equitativa, dovendosi intendere, quindi, che la lettera dell'art. 1384 c.c., impiegando il verbo "avere" all'imperfetto, si riferisca soltanto all'identificazione dell'interesse del creditore, senza impedire che la valutazione di manifesta eccessività della penale tenga conto delle circostanze manifestatesi durante lo svolgimento del rapporto. (Cass., 19 giugno 2020, n. 11908)

L'essenzialità del termine è stato oggetto di un faticoso assestamento nel common law inglese. Il dibattito si è sviluppato intorno alle clausole contrattuali in cui si prevede che "time is of the essence".

Vi sono discrepanze tra gli orientamenti delle Corti inglesi e nei diversi Stati del Commonwealth e gli orientamenti delle Corti americane.

In un caso abbastanza recente i giudici inglesi sono stati inesorabili e il ritardo di 10 minuti nell'adempimento della prestazione è stato considerato un insuperabile inadempimento del contratto (Union Eagle Limited v. Golden Achievement Limited (Hong Kong) [1997] UKPC 5 (3rd February, 1997).

Ma la lettura della motivazione rende assai più problematica la risposta. Il testo, che si deve a Lord Hoffmann, riconosce una copiosa giurisprudenza in materia, che raccoglie anche casi di diverse giurisdizioni degli Stati membri del Commonwealth, ed in particolare richiama la giurisprudenza delle Corti australiane che tendono

ad applicare principi di equity per bilanciare gli interessi in conflitto.

Lord Hoffmann, sempre attento a non pregiudicare gli interessi dell'impresa, traccia una distinzione tra i casi in cui l'oggetto del contratto è un bene immobile dai casi in cui l'operazione economica coinvolge interessi commerciali. Nel primo caso, sempre che non prevalga la natura commerciale dell'operazione, ad es. perché l'osservanza del termine era determinante per compiere una operazione ad esso collegata, può accadere che le circostanze di specie facciano propendere per una più attenta considerazione della natura del contratto, trascurando così il suo oggetto. Ciò accade quando, in una compravendita immobiliare, si sia prevista una penale per il ritardo, oppure l'acquirente abbia goduto della immissione anticipata nel possesso del bene e vi abbia effettuato ammodernamenti e restauri, come accade nel caso Stern v. Mc Arthur (1988) 165 CLR 489 11 October 1988, oppure che il bene sia stato ipotecato a vantaggio del venditore. In tutti questi casi la risoluzione del contratto per esecuzione tardiva sarebbe troppo gravosa. Nel secondo caso, la puntualità è necessaria, perché altrimenti l'imprenditore non sa calcolare il tempo esatto per poter concludere altre operazioni, e se il giudice dovesse mostrarsi indulgente con il debitore tardivo, ogni volta ne nascerebbe un caso che non farebbe altro che accumulare tempo perduto per arrivare alla sua conclusione.

Nelle obbligazioni pecuniarie la nostra giurisprudenza, in applicazione dell'art. 1224 cod. civ., applica gli interessi corrispettivi e mortori

In tema di ritardo dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie (nella specie, quella avente ad oggetto l'indennità di espropriazione e di occupazione legittima) gli interessi legali sulle somme dovute, siano essi corrispettivi (ex art. 1282 cod. civ.) o moratori (ex art. 1224 cod. civ.) sono pur sempre strumentali alla reintegrazione del patrimonio del creditore della perdita connessa alla mancata disponibilità tempestiva delle somme medesime, in base alla presunzione di naturale fecondità del danaro e quindi a prescindere dalla prova della concreta esistenza del pregiudizio. Ne consegue che, assolvendo entrambi una funzione risarcitoria, ove il creditore, deduca e dimostri di avere subito, a causa della svalutazione monetaria, un danno maggiore di quello compensato dalla sola loro liquidazione e ne ottenga l'integrale risarcimento, mediante rivalutazione della somma dovuta, l'importo della rivalutazione stessa, che assolve identica funzione risarcitoria, con riguardo al danno effettivo e non semplicemente presunto, non è cumulabile né con l'uno né con l'altro tipo di interessi, mentre gli ulteriori interessi sulla somma rivalutata non possono che decorrere dal momento della liquidazione di questa. (Cass., 16 aprile 1991, n. 4035).

Se le parti adottano la clausola "time is of the essence" l'adempimento tardivo deve essere valutato tenendo conto della natura del contratto: nel caso *United Scientific Holdings Limited v Burnley Borough Council [1978] AC 904*, pur riguardando un lease immobiliare, la Corte d'Appello inglese ha stabilito che il termine entro il quale il proprietario aveva il diritto di aumentare il canone era scaduto e quindi il lease si era rinnovato senza alcun aumento. Se tuttavia le parti non adottato la clausola, l'adempimento tardivo deve essere valutato *ragionevolmente* per evitare che il creditore si avvantaggi eccessivamente dalla risoluzione del contratto.

Anche negli Stati Uniti ciò che rileva è la volontà delle parti, ma proprio la sua interpretazione dà luogo a diversi risultati. La questione si trascina giurisdizione per giurisdizione da un secolo e mezzo. L'esempio della giurisprudenza californiana è significativo.

Le sentenze della fine dell'Ottocento e della prima metà del Novecento sono rigorose: in presenza della clausola tendono a decidere in modo drastico a favore del creditore (Steele v. Branch, 40

Cal.3, 1870; Martin v. Morgan, 87 Cal.203, 1890; Leiter v. Handelsman, 125 Cal.App.2d 243, 1954). Ma anche in assenza di una clausola esplicita, la scadenza del termine che emerge in modo chiaro dalle pattuizioni delle parti porta al medesimo risultato (Skookum Oil Co. v. Thomas, 162 Cal.5339, 1912). Ma vi sono anche sentenze orientate in senso opposto (Miller v. Cox, 96 Cal.339, 1892). Negli anni più recenti le Corti sono inclini a considerare l'oggetto del contratto per stabilire se il termine è essenziale Hendren v. Yonash [Civ. No. 22668. First Dist., Div. Three. July 27, 1966.] La giurisprudenza delle Corti californiane attualmente adotta una valutazione della tempestività della prestazione che tiene conto della natura del contratto e degli interessi di entrambe le parti. Solo quando l'adempimento in termini è considerato rilevante (*material*) si procede alla risoluzione (U.S. Hertz, Inc. v. Niobrara Farms, 41 Cal.App.3d 68, 78 (1974)). Ovviamente, si deve tener conto del comportamento del creditore, il quale può notificare al debitore l'imminente scadenza, oppure essere tollerante. Nel primo caso si avrà risoluzione del contratto, nel secondo solo il risarcimento del danno per l'adempimento tardivo.

Note.

(1) Dalla Newsletter Che fare, 9 aprile 2020, che riprende una intervista rilasciata da Jacques Le Goff nel 2013.

(2) *Le temps du droit* si intitola un prezioso libro di Ost, pubblicato da Odile Jacob, Paris, 1999

(3) Spinozì, *Le temps et le droit*, Conférence inaugurale, Montreal, 2015

(4) Gregorio XIII Boncompagni, giurista e professore di diritto dell'Università di Bologna, avvertì l'esigenza di far coincidere il calendario solare con il calendario ecclesiastico (ad vocem, a cura di Borromeo, Enciclopedia dei Papi, Roma, 2000). Risoltò il problema delle ore dedicate alla recita del breviario, rimaneva la correzione del calendario, secondo i dettami del Consiglio di Trento, a cui il Papa, all'epoca ancora vescovo, aveva partecipato per la sua competenza in materia di diritto. Occorreva stabilire la ricorrenza annuale della Pasqua e delle feste che da essa dipendono, da regalarsi sul corso del sole e della luna. Si legge nella bolla: «Abbiamo considerato che, per l'esatta celebrazione della festa pasquale secondo le regole stabilite dai santi padri e dagli antichi papi, in particolare Pio I e Vittore I, e dal grande concilio ecumenico di Nicea, occorre congiungere e stabilire tre cose: primo, la data esatta dell'equinozio di primavera; poi la data esatta del plenilunio del primo mese, quello che cade lo stesso giorno dell'equinozio o immediatamente dopo, e poi la domenica che segue tale plenilunio; e perciò abbiamo curato che non solo venisse restituito alla data antica, stabilita dal concilio di Nicea, l'equinozio di primavera, che aveva anticipato di circa dieci giorni e che il plenilunio pasquale tornasse alla sua data, dalla quale oggi dista di quattro giorni, ma anche che ci fosse un metodo razionale per il quale si evitasse che l'equinozio e il plenilunio pasquale si spostassero in futuro dalle loro sedi».

Affinché dunque l'equinozio di primavera, che dai padri del concilio di Nicea fu stabilito al 21 marzo, venga riportato a quella data, comandiamo e ordiniamo che dal mese di ottobre dell'anno 1582 si tolgano dieci giorni, dal 5 al 14, e che il giorno dopo la festa di s. Francesco, che si suole celebrare il 4, si chiami 15 e che in esso si celebri la festa dei santi Dionigi, Rustico ed Eleuterio martiri, con commemorazione di S. Marco papa e confessore e dei santi Sergio, Bacco, Marcello e Apuleio martiri; e che il giorno successivo, 16 ottobre, si celebri la festa di S. Callisto papa e martire; e che il 17 ottobre si dica l'ufficio e la messa della XVIII domenica dopo Pentecoste, cambiando la lettera dominicale da G a C; e che il 18 ottobre si faccia la festa di S. Luca evangelista, e che da allora in poi si celebri i giorni festivi secondo che sono scritti sul calendario.

E affinché da questa sottrazione di dieci giorni non venga danno ad alcuno per quanto riguarda i pagamenti mensili o annuali, sarà compito dei giudici, nelle eventuali controversie, tenere conto di questa sottrazione aggiungendo altri dieci giorni alla fine di ogni prestazione.». Un compito importante ("gravissimo") del Concilio che il Papa volle espletare.

Il diritto immobiliare alla prova dell'emergenza Covid.

Francesco Massimo Tiscornia

Avvocato, Foro di Genova

Sommario: 1. *Gli effetti della crisi pandemica sulle locazioni commerciali: risoluzione, rinegoziazione del contratto o conferma del contratto.* - 2. *La sentenza della Corte Costituzionale dell'11 novembre 2021, n. 213.*

1. Gli effetti della crisi pandemica sulle locazioni commerciali: risoluzione, rinegoziazione del contratto o conferma del contratto.

Nell'ambito del diritto immobiliare la pandemia Covid (con tutte le sue conseguenze normative, economiche e commerciali) ha stravolto - tra l'altro - anche il settore della contrattualistica commerciale a causa dell'immediato inevitabile contrasto sorto tra il locatore (che intende mantenere inalterato il canone contrattuale) e il conduttore (che ne chiede la sospensione o la riduzione, quanto meno per i periodi di chiusura forzata dell'attività per i provvedimenti emergenziali). In quel periodo, ma ancora adesso, la crisi del commercio ha visto la chiusura definitiva di molti esercizi commerciali storici che non hanno retto al repentino ed inaspettato crollo degli acquisti.

Il Governo è intervenuto spesso con numerosi provvedimenti emergenziali a sostegno anche del commercio.

Cionondimeno è insorto rapidamente un acceso dibattito tra le due categorie (proprietà e conduttori) relativamente al pagamento ed alla misura del canone, che si è poi rapidamente riversato nelle aule di Giustizia.

Nelle quali si sono dibattuti principalmente i due rimedi ad hoc forniti dal nostro Codice e cioè l'art. 1463 c.c. (*impossibilità sopravvenuta*) e la risoluzione contrattuale art. 1467 c.c. (*eccessiva onerosità*).

L'istituto della *eccessiva onerosità* era stato introdotto nel nostro Codice fin dalle origini, anche se poi nella pratica e nella giurisprudenza non ha avuto applicazione frequente, consideratine i requisiti assai stringenti. Si richiede infatti un evento *eccezionale, estraneo alle parti*, oggettivamente *straordinario*, soggettivamente *imprevedibile ed inevitabile* e tale da superare di gran lunga le ricorrenti fluttuazioni economiche del mercato.

La risoluzione per *eccessiva onerosità* è prevista infatti in pochi ben precisi casi:

solo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica; a fronte di una situazione di una onerosità sopravvenuta *successivamente* alla conclusione del contratto (e se il contraente svantaggiato non sia già in mora); per "eccessiva" si intende una onerosità che provochi un grave squilibrio tra le due prestazioni (l'apprezzamento è rimesso al Giudice); deve infine dipendere da avvenimenti straordinari ed imprevedibili (esempi scolastici: lo scoppio della guerra, rialzi eccezionali dei prezzi di materie prime; per svalutazioni monetarie) tali da superare l'alea normale di ogni operazione economica che duri nel tempo.

Solo eccezionalmente l'isolato Tribunale Roma 27/8/2020 dichiarò che la parte debole deve poter rinegoziare il contratto in base al dovere generale di buona fede e correttezza allorquando vi sia uno squilibrio negoziale che superi l'alea normale del contratto, anche se l'obbligo secondo buona fede di avviare trattative non implica il dovere di modificare il contratto.

Quell'Ordinanza, ricorrendo al citato criterio della buona fede, entrò nel merito economico del canone, addirittura disponendone

la riduzione del 40% per aprile/maggio 2020 e del 20% dal giugno 2020 al marzo 2021.

Al contrario la giurisprudenza c.d. pandemica di regola non ha accolto le eccezioni dell'eccessiva onerosità dei conduttori per chiedere di sospendere o ridurre il canone.

Il Tribunale di Roma con sentenza n. 9457 del 21/5/2021 ha preso in esame un contratto del 2009 con un canone di € 4.500 mensili per attività di ristorazione in cui si eccepiva l'emergenza sanitaria con le relative limitazioni all'attività stessa e conseguenti forti perdite economiche, dopo che il conduttore aveva cercato inutilmente di concordare una riduzione del canone.

Il Tribunale ha rigettato la domanda eccependo in primis che parte conduttrice non aveva adeguatamente provato l'invocata emergenza sanitaria nel suo caso specifico, senza produrre alcun atto amministrativo (solo genericamente richiamati in causa). E comunque anche la produzione dei vari D.P.C.M. non avrebbero assolto all'onere della prova dell'innovata contrazione degli introiti poiché non era stata prodotta documentazione contabile a sostegno della invocata crisi imprenditoriale. Anche perché l'attività di ristorazione avrebbe potuto svolgersi in modalità di asporto, ad esempio. Ed inoltre non era stato provato che le asserite difficoltà economiche non fossero iniziate già prima della pandemia. Il Tribunale non ha poi considerato il lamentato rifiuto della rinegoziazione del contratto una violazione delle regole della buona fede contrattuale poiché non accettare una riduzione dei canoni non costituisce una condotta abusiva.

Infatti non esistono obblighi contrattuali o norme di legge che impongano al contraente di superare i limiti del proprio interesse, sacrificandolo in virtù dei principi di buona fede correttezza e solidarietà sociale. Costituendo la riduzione del canone contrattuale un sacrificio che supera il limite di obbligo di buona fede. E' infatti giurisprudenza pacifica della Cassazione che sia l'art. 1374 c.c. ("il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o in mancanza secondo gli usi o l'equità") che, più in generale, il principio di buona fede, correttezza e solidarietà sociale, pongono sì a carico delle Parti il dovere di preservare anche gli interessi delle altre parti, ma "nei limiti dei propri interessi" (Cass. 23069/2018). O "nei limiti in cui ciò possa avvenire senza un apprezzabile sacrificio a suo carico" (Cass. 17642/2012).

(Al contrario costituirebbero inadempimento a tale obbligo eventuali trattative "di mera facciata senza alcuna effettiva intenzione di rivedere i termini dell'accordo" così come all'opposto un'opposizione assoluta ed ingiustificata alle trattative stesse: Trib. Palermo n. 2435 del 9/6/2021).

Una sentenza recente sul tema dell'*eccessiva onerosità* è del Tribunale Firenze del 13/8/2021 a cui si era rivolto il conduttore esercente attività di ristorazione con un canone annuo di circa € 195.000 che (dopo aver ristrutturato il locale con ulteriori € 570.000) aveva chiesto senza successo una rinnovazione con rinegoziazione delle condizioni.

La Proprietà aveva eccepito che l'art 1467 c.c. concede solo la risoluzione e non contempla obbligo di rinegoziazione né di modificare unilateralmente o tramite intervento giudiziale l'ammontare del canone.

Il Tribunale ha ritenuto che l'*eccessiva onerosità* non sia concetto assoluto ma relativo da ricostruire caso per caso concludendo che il rischio di un calo del fatturato rientri nell'alea normale del contratto. Ed inoltre che la causa del contratto di locazione non si estenda alla garanzia della produttività dell'attività imprenditoriale svolta nell'immobile. Il locatore è tenuto unicamente a garantire l'idoneità dello stesso rispetto all'uso pattuito.

Anche in questo caso il Tribunale ha pertanto ritenuto difettare la prova dell'*eccessiva onerosità*. Ribadendo come in ogni caso si

potrebbe considerare solo la risoluzione e non la rinegoziazione. Neanche ricorrendo all'equità: che serve solo a correggere e non a superare la volontà delle parti, sostrato insuperabile di qualsiasi accordo giuridico.

In conclusione durante la crisi pandemica le Parti sono frequentemente ricorse a tentativi di rinegoziazione, sulla scia fra l'altro della preveggente Relazione n. 56 già dell'8/7/2020 della Corte di Cassazione che l'aveva evidenziata come strumento giuridico più adeguato rispetto alla risoluzione del contratto.

"L'emergenza non si tampona demolendo il contratto. Le eccezioni di onerosità ha invece propensione demolitoria e non conservativa del contratto. Il rimedio è volto a rimuovere il vincolo, non a riequilibrare il sinallagma.."

"Conduce alla definitiva risoluzione del rapporto, non alla transitoria riduzione dei corrispettivi".

E soltanto la parte favorita dello sbilanciamento può infatti evitare la risoluzione del negozio, offrendo di modificare le condizioni di esso. A farle da specchio è la parte che patisce l'eccessiva onerosità della prestazione che può solo agire in giudizio per sciogliere il vincolo.

La parte fragile non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni contrattuali, né può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle concordate.

Ora, nel contesto dei contratti commerciali l'obiettivo precipuo del contraente sfavorito non è lo smantellamento del rapporto, ma la sua messa in sicurezza tramite un riequilibrio reciprocamente appagante delle prestazioni".

E Cass. 26/1/18 n. 2047: "Nei contratti a prestazioni corrispettive la parte che subisce l'eccessiva onerosità sopravvenuta della prestazione può solo agire in giudizio per la risoluzione del contratto, ex art. 1467, c. 1, C.C. ma non ha diritto di ottenere l'equa rettifica delle condizioni del negozio. La quale può essere invocata soltanto dalla parte convenuta in giudizio in quanto il contraente a carico del quale si verifica l'eccessiva onerosità della prestazione non può pretendere che l'altro contraente accetti l'adempimento a condizioni diverse da quelle pattuite".

Infatti l'art. 1467 c.c. è volto alla risoluzione tout court del contratto: mentre i conduttori generalmente non desideravano arrivare a tanto: volendo invece mantenerlo, limitandosi ad una sospensione o riduzione del canone solo temporaneamente, cioè fino alla conclusione della pandemia. Però la domanda ex art. 1467 c.c. dei conduttori di risoluzione, se accettata, pone definitivamente fine al rapporto contrattuale, con conseguente perdita dell'indennità di avviamento da parte del conduttore.

Pur essendo anche la Proprietà pregiudicata dalla perdita del diritto all'indennità di mancato preavviso e trovandosi a ricercare un altro conduttore in momenti sfavorevoli. E' con il rischio di rimanere senza canoni per un lungo periodo. Oppure di finire ad ottenere un canone minore di quello che avrebbe potuto percepire se avesse accettato di rinegoziarlo con il precedente conduttore.

Ma come detto (solo) il proprietario al quale viene chiesta la risoluzione può offrire la revisione del canone, riducendo ad equità il rapporto tra le prestazioni nei limiti di un'alea normale.

In generale infatti il Codice non prevede un obbligo di rinegoziazione a carico delle parti: basandosi sull'art. 1372 c.c. e sul concetto di insindacabilità giudiziale dell'equilibrio del contratto. (Solo recentissimamente la Legge 69 del 21/5/2021 ha introdotto l'art 6 novies: dichiarando che locatario e locatore "sono chiamati a collaborare tra loro in buona fede per rideterminare temporaneamente il canone di locazione per un periodo massimo di cinque mesi nell'anno 2021", ma solo in pochi casi specifici).

Sarebbe interessante continuare l'esame delle tante sentenze di primo grado emesse in tutta Italia sullo stesso argomento a fronte

dei molti ricorsi dei conduttori tesi a chiedere la giustificazione delle loro morosità per motivi pandemici. In questa sede ci si limita per brevità a richiamare solo tre tra le più recenti, del Tribunale di Roma: la n. 15470 del 23/9/2021 RG. n. 47551 del 2020; la n. 17419 pubblicata l'8/11/2021 RG. n. 63783/2020 ed infine quella recentissima dell'11 Novembre scorso, RG. n. 50513. Sentenza di Giudici diversi ma che giungono, magari per percorsi non identici, a conclusioni simili "né il dovere di correttezza di buona fede nell'esecuzione del contratto né il dovere di solidarietà sociale del precetto costituzionale consentono di ritenere esistente nel nostro ordinamento un obbligo di rinegoziazione dei contratti divenuti svantaggiosi per taluna delle parti e un potere del giudice di modificare i regolamenti contrattuali liberamente concordati dalle parti nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, al di là delle ipotesi espressamente previste dalla legge" (v. gli artt., ad esempio, n. 1384 e 1660 c.c., Tribunale Roma RG n. 34329/2020 Dott. Liberati).

Ed ancora, sentenza 15470/2021 del 22/9/2021: "il locatore è tenuto soltanto a garantire che l'immobile sia idoneo all'uso pattuito ma non che tale uso sarà sempre possibile e proficuo per il conduttore". "La circostanza che nella locazione il bene non sia considerato nella sua dimensione produttiva trova ulteriore conferma nella distinzione tra locazione e contratto di affitto. Solo quest'ultimo ha per oggetto un bene considerato nella sua dimensione produttiva".

2. La sentenza della Corte Costituzionale dell'11 novembre 2021, n. 213.

Sono state ritenute infondate dalla Corte ambedue le questioni sollevate dal Tribunale di Trieste (Ordinanza depositata il 24/4/2021) e dal Tribunale di Savona (Ordinanza depositata il 3/6/2021) in relazione alla violazione dell'art. 117, c. 1, Costituzione in relazione all'art. 6 CEDU. E dal solo Giudice dell'Esecuzione del Tribunale di Savona con riferimento all'art. 111 della Costituzione in relazione alla ragionevole durata delle procedure esecutive.

In particolare si richiama l'attenzione del lettore (per la sua chiarezza e per il suo convincente ragionamento dottrinario) l'Ordinanza di rimessione alla Corte del Tribunale di Savona del 3/6/2021 pubblicata in questa Rivista al n. 2/2021, pag. 15.

L'Estensore Dott. Tagliasacchi (figlio d'arte dell'indimenticato padre Tagliasacchi, che percorse tutto il cursus honorum presso il nostro Tribunale e la Corte di Appello) aveva chiesto alla Corte dichiararsi illegittimità costituzionale della sospensione automatica e generalizzata dell'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili locati poiché precludono al giudice ogni margine di prudente apprezzamento del caso concreto, sotto il profilo della valutazione comparativa delle condizioni economiche del conduttore e del locatore e della meritevolezza dei contrapposti interessi.

Invece la sentenza Corte Cost. n. 213/2021 ha dichiarato non fondate le questioni della sospensione per l'emergenza Covid poiché la proroga del blocco degli sfratti per morosità, ha dichiarato la Corte, ha carattere solo temporaneo, esaurendosi con il prossimo 31/12/2021 senza possibilità di proroghe.

Almeno però dichiarando a chiare lettere, expressis verbis, che "la compressione del diritto di proprietà ha raggiunto il limite massimo di tollerabilità, puranche volendo considerare la sua funzione sociale ex art. 42, c. 2. Costituzione" (v. nota del Dott. Cesare Trapuzzano, Giudice del Massimario presso la Corte di Cassazione e Assistente di Studio della Corte Costituzionale).

Le motivazioni della Corte sono state pubblicate proprio nei giorni scorsi e verranno esaminate nel prossimo numero della Rivista.

Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Consiglio di Stato, sez.V, 21 ottobre 2021, n. 7077 - Pres. Caringella - Est. Rotondano – Comune di Genova (Avv.ti Morielli e Pessagno) c. B.M. e altri (Avv. Montarsolo) e C.L. e altri (non costituiti).

ENTI LOCALI – trasferimento provvisorio di funzioni amministrative dai Municipi al Comune – impugnazione della pertinente Delibera di Giunta comunale – decorso dei termini di efficacia dell’atto - sopravvenuta modifica dell’assetto amministrativo con nuova Delibera di Giunta Comunale – mancata proposizione di istanza risarcitoria - improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso di primo grado - annullamento della sentenza appellata.

(Art. 100 c.p.c. in relazione al rinvio ex art. 39 c.p.a. - Delibera Giunta del Comune di Genova 19 settembre 2019, n. 247 e 3 dicembre 2020, n. 280)

È improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso rivolto in primo grado avverso la Delibera di Giunta comunale di provvisorio trasferimento di alcune funzioni amministrative dai Municipi al Comune, una volta decorso il termine di efficacia della medesima e intervenuto con effetto sostitutivo un nuovo provvedimento di riorganizzazione dell’assetto amministrativo dell’ente comunale, e non sia stata proposta l’azione risarcitoria nell’ambito del giudizio pendente. (1)

(...Omissis...)

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 25 marzo 2021, tenuta da remoto secondo quanto stabilito dall’art. 25, comma 1, del d.l. 18 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, e dell’art. 1, comma 17, come modificato dall’art. 1, comma 17, del d.l. 31 dicembre 2020, n. 183, convertito con modificazioni dalla l. 26 febbraio 2021, n. 21, il consigliere Angela Rotondano e uditi per le parti, pure in collegamento da remoto, gli avvocati Pessagno e Montarsolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto.

Con l’appello in trattazione il Comune di Genova ha impugnato la sentenza indicata in epigrafe con cui il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria, in parziale accoglimento del ricorso proposto dagli odierni appellati, presidenti di alcuni Municipi in cui si articola lo stesso Comune, ha annullato la deliberazione di Giunta Comunale n. 247 del 19 settembre 2019, avente ad oggetto “modifica della macrostruttura dell’Ente: ridefinizione organizzativa, in via sperimentale, della Direzione Politiche Sociali e dei Municipi”, con cui era rideterminata, in via transitoria e sperimentale, la modalità di organizzazione ed erogazione delle prestazioni assistenziali e sociali a favore dei soggetti disagiati residenti o presenti sul territori di competenza.

Nello specifico, la deliberazione impugnata col ricorso mirava a ridefinire (cfr. punto 1 del dispositivo) l’assetto organizzativo della Direzione Politiche Sociali e dei Municipi, riconducendo in via transitoria (con decorrenza dal 7 ottobre 2019

e fino al 31 dicembre 2020) alla prima la “*responsabilità delle attività di programmazione, gestione operativa e controllo delle attività degli Ambiti Territoriali Sociali, ad oggi affidate alle Direzioni dei Municipi stessi, per le motivazioni e con le modalità descritte nel “Progetto di riaccentramento delle funzioni sociali”*”: di tale accentramento di funzioni in capo alla su indicata Direzione (che lo Statuto dell’Ente e le delibere giuntali avevano in precedenza attribuito ai suddetti Municipi) si dolevano dunque i ricorrenti di primo grado, nella su indicata qualità, sollevando plurime censure di svilimento di potere, incompetenza e violazione di legge, nonché di violazione del diritto di partecipazione al procedimento che aveva condotto alla sua adozione, con cui in sintesi lamentavano che la deliberazione gravata svuotasse di fatto le loro attribuzioni in materia di servizi sociali.

La sentenza, resa nella resistenza del Comune di Genova e con l’intervento di alcuni consiglieri comunali (in senso adeguato alle domande dei ricorrenti), ha in particolare: *a) disatteso le eccezioni preliminari in rito sollevate dalla difesa comunale: a1) di irricevibilità per tardività del ricorso (sulla base della richiamata disciplina normativa in materia di termini di impugnazione degli atti a contenuto generale, soggetti ad obbligatoria pubblicazione, e considerato che non vi era comunque prova della piena conoscenza dell’atto da parte dei ricorrenti, richiesta dalla legge ai fini della decorrenza del termine di impugnazione: cfr. artt. 42, comma 1, e 41, comma 2, cod. proc. amm); a2) di inammissibilità per carenza di legittimazione dei ricorrenti, rilevando al riguardo come nelle deduzioni attorsee l’atto impugnato si assumeva direttamente lesivo, siccome inibitorio in tutto in parte, dell’esercizio delle funzioni (c.d. *iustitia ad officium*), di rilievo esterno, attribuite ai Presidenti dei Municipi, visto l’accentramento della gestione dei servizi in precedenza nella loro titolarità nella su indicata Direzione del Comune; b) ha dichiarato invece inammissibile l’intervento adesivo spiegato dai consiglieri comunali, per non avere questi ultimi neppure astrattamente provato di aver subito, per effetto dell’atto impugnato, una lesione nella libertà di svolgimento delle proprie funzioni di componenti del Consiglio Comunale; c) nel merito, ha accolto il ricorso in relazione alle censure di incompetenza e violazione di legge e lo ha respinto per il resto, ritenendo invece infondate le doglianze di eccesso di potere per svilimento dell’azione amministrativa derivante dalla delibera impugnata e di violazione del contraddittorio procedimentale (avendo il Sindaco e i competenti uffici preavvertito i Presidenti dei Municipi dell’intendimento di innovare la materia nel senso contestato); d) ha compensato le spese di lite stante la reciproca parziale soccombenza.*

In particolare, la sentenza, premesso che la delibera impugnata dava conto delle ragioni del mutamento intervenuto e rilevato che l’atto in questione fosse in sostanza lesivo delle prerogative dei Presidenti dei Municipi in quanto li esautorava delle loro funzioni di amministrazione, ha rilevato la sussistenza dei dedotti vizi di incompetenza e violazione di legge nella parte in cui l’atto impugnato ha dato corso al mutamento della titolarità dell’attività di gestione dei servizi senza tener conto che l’art. 58 dello Statuto comunale prevede l’articolazione del Comune in Municipi soprattutto per la “ge-

stione dei servizi di base”, assegnando all’ente maggiore le fasi della pianificazione, dell’indirizzo e del controllo e di regolamentazione generale dei servizi, nonché la concreta gestione dei soli servizi che necessitano di un’elaborazione accentrata per ragioni di economie di scala o di elevata tecnicità, senza neppure considerare, in aggiunta, che l’art. 60 dello stesso Statuto assegna ai Municipi stessi l’esercizio delle funzioni amministrative per la gestione dei servizi di base, tra cui – al comma 1 sub b) - vengono annoverate le prestazioni sociali. Su queste basi la sentenza ha ravvisato la denunciata violazione ad opera della deliberazione impugnata del riparto delle competenze prevista dallo Statuto e dai Regolamenti comunali, norme sovraordinate “*rispetto ai comuni atti amministrativi quale è la deliberazione impugnata*”.

Con l’appello proposto il Comune di Genova ha domandato la riforma delle ridette statuzioni, previa sospensione dell’esecutività in via cautelare, deducendone l’erroneità ed ingiustizia per i seguenti motivi: “*I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 29 e 41 comma secondo del d.lgs. n. 104/2010, in punto di tardività del ricorso; II. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 39 d.lgs. n. 104/2010 e 81 c.p.c.; Violazione dell’art. 17, comma quarto, d.lgs.*

267/2000; travisamento in fatto e in diritto, contraddittorietà, carenza della motivazioni in punto di difetto di legittimazione attiva; III. Sul merito: difetto di motivazione, travisamento; violazione e falsa applicazione dell’art. 48 d.lgs. 267/2000; IV. Ancora sul merito: violazione e falsa applicazione degli artt. 58 e 60 dello Statuto comunale di Genova; contraddittorietà”.

In particolare con il primo e il secondo motivo di appello, il Comune ha riproposto le eccezioni di irricevibilità e di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione degli originari ricorrenti, infondate per la sentenza, mentre con gli altri due motivi sopra rubricati, ne ha contestato nel merito le argomentazioni, sostenendo l’erroneità delle statuzioni annullatorie di primo grado, in quanto non vi sarebbe stata a suo avviso alcuna violazione di legge né di norme statutarie e regolamentari ad opera della deliberazione adottata dall’Amministrazione comunale.

Si sono costituiti in giudizio i ricorrenti di primo grado, argomentando l’infondatezza dell’appello e domandandone il rigetto.

Su istanza congiunta delle parti depositata in atti, è stato disposto l’abbinamento al merito della domanda cautelare.

In vista dell’udienza di discussione, in data 4 marzo 2021, il Comune ha depositato la deliberazione di Giunta n. 280 del 3 dicembre 2020, avente ad oggetto “*Modifica ed integrazione della macrostruttura dell’Ente*”.

Nelle repliche depositate in pari data la parte appellata ha insistito per la reiezione dell’appello, evidenziando che nonostante la scadenza degli effetti al 30 dicembre 2020 del provvedimento impugnato “*lo stesso ha continuato ad essere di fatto applicato dall’amministrazione comunale*”, la quale avrebbe pure in corso di approvazione “*altri provvedimenti che incideranno ulteriormente sui poteri decentrati dei Municipi*”. All’udienza del 25 marzo 2021, tenuta da remoto, udita la rituale discussione dei difensori delle parti costituite, l’appello è stato trattenuto in decisione.

Diritto.

Occorre *in limine* esaminare la questione attinente alla permanenza dell’interesse alla decisione del ricorso originario di primo grado.

Va infatti preliminarmente evidenziato che, come anticipato in fatto, la deliberazione di Giunta Comunale impugnata,

avente ad oggetto la “*modifica della macrostruttura dell’ente*” e volta a ridefinire l’assetto organizzativo della Direzione Politiche Sociali e delle Direzioni Territoriali, coincidenti con le circoscrizioni dei Municipi in cui è diviso il territorio del Comune di Genova ai sensi dell’art. 59 dello Statuto comunale, modificando per quanto qui rileva il riparto delle competenze in materia di programmazione, gestione, erogazione e controllo dei servizi sociali nell’ottica di una gestione unitaria e nel senso di una diversa distribuzione delle attività afferenti la gestione del servizio tra gli uffici centrali del Comune e quelli decentrati (le direzione dei singoli Municipi), è stata adottata in via sperimentale e transitoria, con decorrenza dal mese di ottobre 2019 e fino al 31 dicembre 2020, esaurendo i suoi effetti allo spirare del termine finale.

In data 3 dicembre 2020, il Comune ha infatti adottato la deliberazione di Giunta Comunale n. 280/2020, depositata in atti, avente ad oggetto “*Modifica ed integrazione alla macrostruttura dell’Ente*”, con cui ha suddiviso la struttura organizzativa nelle Aree tematiche ivi indicate (e fra queste per quanto di interesse l’Area Servizi alla Comunità che aggrega le tematiche inerenti i servizi alla persona, compresi i servizi per l’infanzia e i servizi sociali) ed ha approvato il nuovo assetto della struttura organizzativa dell’Ente come da organigramma allegato, costituente parte integrante della deliberazione.

Ritiene il Collegio che tali circostanze costituiscano prova della sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado, senza che ciò possa essere smentito dall’assunto degli appellati circa l’asserita (e indimostrata) applicazione “*di fatto*” del provvedimento impugnato da parte dell’Amministrazione anche successivamente allo spirare del previsto termine di efficacia.

Al riguardo deve rilevarsi che l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse è resa possibile (traducendosi altrimenti in una sostanziale elusione del dovere del giudice di pronunciarsi sul merito della domanda) soltanto quando, alla stregua di un criterio rigoroso e restrittivo, sia chiaro e certo che l’esito del giudizio non potrebbe arrecare alcuna utilità al ricorrente, allorché sussista una situazione in fatto o in diritto del tutto nuova rispetto a quella esistente al tempo della proposizione del gravame e tale da escludere con assoluta sicurezza che la sentenza di merito possa conservare una qualsiasi utilità residua, anche meramente strumentale o morale, per il ricorrente (Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3457; 12 giugno 2013, n. 3256; id., Sez. IV, 4 dicembre 2012, n. 6190); per costante giurisprudenza, la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse è quindi ricollegabile al verificarsi di una situazione oggettivamente incompatibile con la realizzazione dell’utilità o del vantaggio al quale mira il ricorso giurisdizionale, di modo che anche il suo esito eventualmente positivo non potrebbe più giovare al ricorrente.

A tale proposito, la sopravvenuta carenza di interesse può essere determinata anche dal sopravvenire di un nuovo provvedimento che non soddisfi integralmente il ricorrente, determinando un nuovo assetto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l’amministrato, ovvero dal verificarsi di una situazione di fatto o di diritto del tutto nuova e sostitutiva rispetto a quella esistente al momento della proposizione del ricorso, tale da rendere certa e definitiva l’inutilità della sentenza (*ex multis* Cons. Stato, V, 10 settembre 2010, n. 6549; 13 luglio 2010, n. 4540).

Non è poi superfluo rammentare che l’art. 84 cod. proc. amm. (“*Rinuncia*”) prevede inoltre che “*Anche in assenza delle formalità di cui ai commi precedenti il giudice può desumere dal-*

l'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso ed altresì dal comportamento delle parti argomenti di prova della sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione della causa”.

4.5. Orbene, alla luce dei su riportati principi, il Collegio qui rileva come la rigorosa indagine circa l'utilità conseguibile per effetto della definizione del ricorso originario conduca al sicuro convincimento che la modifica intervenuta in corso di causa impedisca di riconoscere ai ricorrenti di primo grado alcun interesse, anche meramente strumentale e morale, alla decisione.

4.6. In primo luogo, si osserva che la deliberazione impugnata modificava l'assetto organizzativo (privando i Municipi delle funzioni di amministrazione attiva e trasformandoli in organismi di partecipazione e consultazione), fino ad allora fondato su due livelli (con soppressione del livello territoriale relativo ai livelli sociali): e ciò faceva dando conto, come evidenziato dal primo giudice, delle ragioni del mutamento intervenuto, consistenti nei cambiamenti occorsi nel tessuto sociale rispetto al momento in cui era stata adottata la deliberazione di giunta novellata (691/2002 che aveva tra l'altro dato attuazione all'analogo atto 761/1999), e soprattutto nella diminuzione delle risorse occorrenti a far fronte all'incremento delle richieste delle prestazioni sociali conseguite alla crisi economica, in modo da non incrementare la spesa pubblica, avendo tuttavia di mira l'invarianza dei servizi (come richiesto dal novellato art. 81, comma 6, della Costituzione).

4.6.1. La motivazione del provvedimento impugnato consiste dunque nel tentativo attuato temporaneamente (sino alla fine del 2020) di rivisitare le modalità di prestazione dei servizi sociali alla luce della nuova situazione finanziaria, che non accennava a migliorare anche al tempo dell'adozione della deliberazione impugnata, attuando un mutamento della gestione dei servizi sociali solo in via transitoria e sperimentale (mediante l'accenramento della detta gestione nella Direzione politiche sociali del Comune rispetto alla precedente titolarità delle funzioni amministrative in materia dei direttori dei Municipi, così apportando una diminuzione del rilievo della funzione municipale rispetto al disegno anteriore all'adozione dell'atto gravato); la deliberazione impugnata chiariva nel contempo le ragioni per cui era per essa previsto un limite di durata (in quanto adottata a titolo sperimentale, nel dichiarato tentativo di limitare l'onere per la finanza comunale senza comprimere oltre misura i servizi apprestati per gli aventi titolo).

4.7. Con il decorso del termine finale di durata sono dunque venuti meno gli effetti della delibera gravata in primo grado e in suo luogo il Comune ha adottato una nuova delibera sostitutiva e innovativa della precedente, di modifica e integrazione dell'assetto organizzativo dell'Ente, anche per quanto concerne la tematica dei servizi sociali interessata dall'appellata decisione, ciò determinando l'improcedibilità del ricorso di primo grado per sopravvenuta carenza di interesse.

Il sopravvenire di un nuovo provvedimento sostitutivo del precedente in uno allo spirare del termine di efficacia di quest'ultimo fa venir meno in chi abbia impugnato il precedente provvedimento l'interesse a coltivare la suddetta impugnazione, poiché la situazione pregiudizievole lamentata è venuta meno in forza del provvedimento sopravvenuto.

Nel caso di specie gli elementi su indicati sono dunque sufficienti a comprovare l'assoluta assenza di utilità per i ricorrenti di primo grado dell'accoglimento dell'impugnazione proposta per l'annullamento della precedente deliberazione adottata dalla Giunta Comunale di Genova. Il provvedimento sopravvenuto ha difatti modificato la situazione di fatto e di diritto delineata con riferimento agli assetti organizzativi della struttura comunale dalla precedente deliberazione, in guisa da pri-

vare i ricorrenti di qualsiasi interesse alla rimozione dell'atto impugnato: è chiaro che la sopravvenuta carenza di interesse in grado di appello comporta l'annullamento della sentenza di accoglimento impugnata in quanto non può tradursi in una mera pronuncia di inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione, che avrebbe l'effetto di eliminare quest'ultima, ma non anche la sentenza impugnata, che anzi resterebbe confermata (cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1998, n. 709). Di conseguenza, la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado in fase di appello comporta l'annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado appellata (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 29 maggio 2018, n. 3192). La giurisprudenza ha anche chiarito che ad una tale declaratoria di improcedibilità non osta in qualche modo il divieto di nuova eccezione in grado di appello previsto dall'art. 345 comma 2 c.p.c., trattandosi di questione rilevabile d'ufficio, in quanto attinente alla necessaria permanenza di una delle condizioni dell'azione, quale è l'interesse a ricorrere.

Alla luce delle precedenti considerazioni, deve dunque concludersi che le disposizioni contenute nella gravata delibera e l'assetto organizzativo ivi delineato sono superate dalle mutate circostanze di fatto e di diritto determinate dalla nuova deliberazione, conseguendo la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse ad una modifica della situazione esistente al momento della domanda di annullamento introdotta col ricorso, tale da rendere certa e definitiva l'inutilità della sentenza di merito che pronunci sulla fondatezza della presa dedotta in giudizio, anche sotto un profilo meramente strumentale, ravvisabile in prospettiva risarcitoria o morale o in vista della determinazione del precezzo conformativo dell'azione amministrativa *pro futuro*.

4.8. Del resto, i ricorrenti di primo grado (odierni appellati) non hanno espressamente dichiarato di avere interesse alla decisione del ricorso da essi proposto anche ai fini risarcitorii né hanno prospettato in termini concreti l'intenzione di richiedere il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 34, comma 3, Cod. proc. amm.

Nel caso di specie lo spirare del termine di durata della delibera impugnata (adottata solo in via transitoria e sperimentale), che non è perciò più in condizione di produrre i propri effetti, in uno all'adozione della nuova deliberazione giuntale, del tutto sostitutiva e novativa dei contenuti della precedente, a prescindere dalla concreta idoneità a soddisfare l'interesse sostanziale dei ricorrenti, comporta che nessuna utilità più questi ultimi possono trarre dall'accoglimento delle censure originariamente introdotte.

L'adozione da parte dell'Amministrazione comunale di una nuova delibera, nelle more del giudizio di appello, rappresenta infatti una sopravvenienza rilevante rispetto alla situazione esistente al momento della proposizione del gravame di primo grado che, se anche non idonea a determinare la cessazione del contendere, è comunque tale da ridefinire in maniera del tutto nuova l'assetto degli interessi in gioco, sì da impedire di riconoscere la sussistenza di qualsiasi interesse in capo agli originari ricorrenti alla decisione sull'impugnazione proposta, completamente superata dalle sopravvenienze indicate.

Il Collegio deve, dunque, dare atto della sopravvenuta carenza di interesse al ricorso di primo grado e per l'effetto annullare senza rinvio la sentenza impugnata.

In considerazione della particolarità della vicenda sussistono giusti motivi per l'integrale compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta),

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse il ricorso di primo grado e per l'effetto annulla senza rinvio la sentenza appellata.

(...*Omissis...*)

(1) Resta in piedi di fatto la riforma dei Municipi genovesi nel settore dei servizi sociali.

Con sentenza del 21 ottobre 2021, n. 7077, il Consiglio di Stato si è espresso sull'appello proposto dal Comune di Genova avverso la sentenza del TAR Liguria 28 maggio 2020, n. 332, proposto da alcuni presidenti dei Municipi in cui è diviso il territorio del Comune di Genova. La decisione di prime cure aveva, in effetti, statuito l'annullamento della Delibera di Giunta del Comune di Genova 19 settembre 2019, n. 247, con cui era stata trasferita la titolarità dell'esercizio di alcune funzioni amministrative, e segnatamente di quelle relative alla gestione dei servizi sociali, dai Municipi al Comune, prevedendosi tuttavia che siffatto mutamento di assetto amministrativo si producesse “in via transitoria e sperimentale”, riferendosi l'efficacia della contestata delibera limitatamente al periodo intercorrente tra il 7 ottobre 2019 e il 31 dicembre 2020.

Il Tribunale Amministrativo Regionale adito, dopo aver rigettato alcune deduzioni pregiudiziali sollevate dall'Ente comunale, aveva disposto l'annullamento della delibera *de qua*, osservando come la disposta modifica organizzativa si ponesse in conflitto con l'art. 58 dello Statuto comunale, che assegna ai municipi la “...gestione dei servizi di base ...”, attribuendo invece all'ente maggiore le fasi della pianificazione, dell'indirizzo e del controllo e di regolamentazione generale dei servizi, così come la concreta gestione dei soli servizi che necessitano di un'elaborazione accentratrice per ragioni di economie di scala o di elevata tecnicità. In tale prospettiva, la delibera del 2019 si poneva in contrasto con il “microsistema normativo dell'ente locale”, entro cui lo Statuto assume un rilievo preminente rispetto alle misure regolamentari adottate dal Comune, oltre che con il criterio di sussidiarietà cui la disciplina statutaria sulla gestione dei servizi risulta informata.

Nelle more dell'impugnazione in appello, e allo scadere del termine di efficacia dell'atto originariamente gravato, il Comune di Genova adottava dunque la Delibera 3 dicembre 2020, n. 280, con cui veniva ridisegnato, stavolta in via definitiva e non provvisoria, l'assetto amministrativo e organizzativo dei servizi sociali, attraverso l'assorbimento del doppio livello pianificatorio-esecutivo in capo al solo ente centrale, nell'ambito peraltro di una più ampia suddivisione della struttura amministrativa in specifiche aree tematiche.

Le predette vicende, attestate dal deposito in giudizio della delibera 280/2020, hanno quindi indotto il Consiglio di Stato a rilevare la sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo, pur vittorioso in primo grado, sulla base delle circostanze convergenti i) della spirata efficacia temporale della delibera del 2019 e ii) dell'avvenuta sua sostituzione con un modello organizzativo definitivo, recato da un distinto atto autonomamente impugnabile.

La delibera del 2020 risultava aver “*difatti modificato la situazione di fatto e di diritto delineata con riferimento agli assetti organizzativi della struttura comunale dalla precedente deliberazione, in guisa da privare i ricorrenti di qualsiasi interesse alla rimozione dell'atto impugnato*”, così delineandosi una prospettiva decisoria in rito cui non ostava la novità dell'eccezione, essendo tale aspetto, in qualche modo, necessitato e connaturato al carattere di sopravvenienza del fatto che la compone, oltre che inherente a un presupposto processuale (*rectius*, condizione dell'azione), la cui rilevazione non è, come tale, riservata restrittivamente alla parte. Sicché, venendo a mancare un elemento condizionante la definizione nel merito della controversia, ancorché in via sopravvenuta, era l'intera vicenda contenziosa a risultarne travolta, non potendosi ravvisare utilità alcuna per le parti originariamente impugnanti nella vertenza instaurata.

In tal senso, sempre secondo Palazzo Spada, deporrebbe anche il difetto di proposizione dell'azione risarcitoria ad opera dei Municipi, la quale, secondo la giurisprudenza amministrativa (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. II, 28 settembre 2020, n. 5692), vale a conservare l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, quale profilo di ingiustizia del danno a sostegno dell'allegata istanza risarcitoria (c.d. conversione dell'azione ex art. 34, co. 3, c.p.a.), ma che resta tuttavia sempre conformata al principio dispositivo del giudizio (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4).

D'altro canto, le sorti della nuova delibera si collocherebbero su un piano procedimentale indifferente rispetto all'esito del giudizio pendente anche sulla base della considerazione che il suo contenuto regolamentare, piuttosto che meramente confermare quello della prima delibera impugnata, assumeva carattere innovativo, generando un assetto organizzativo stabile e non più solo sperimentale, e tale da integrare una fattispecie autonoma rispetto a quella previamente contestata. In conclusione, ancorché non si sia potuta soffermare sul merito della controversia, la pronuncia *de qua* sembra esibire un corretto governo delle regole processuali della giurisdizione di legittimità, insindibilmente informate alla fisionomia impugnatoria del giudizio amministrativo.

Luca Costanzo
Avvocato, Foro di Genova

Massime

Corte costituzionale, 6 luglio 2021, n. 138 - Pres. Coraggio - Rel. Prosperetti.

REGIONE LIGURIA - caccia - diritto di proprietà - deposito sul fondo altrui del materiale usato per appostamenti temporanei - presunzione del consenso del proprietario del fondo - manifestazione espressa del dissenso - competenza esclusiva statale in materia di ordinamento civile - principio di libertà della forma di manifestazione della volontà negoziale - uniformità nazionale della disciplina codicistica - violazione - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 2, lett. l), Cost.; art. 832 cod. civ.; art. 2, comma 1, l. reg. Liguria 19 maggio 2020, n. 9; art. 29, comma 13, l. reg. Liguria 1° luglio 1994, n. 29; Corte cost. sentt. n. 228 del 2016 e n. 131 del 2013)

REGIONE LIGURIA - tutela del paesaggio - esenzione dai procedimenti autorizzativi -competenza esclusiva statale - violazione - esclusione - interpretazione conforme a Costituzione - sentenza interpretativa di rigetto - non fondatezza della questione.

(Art. 9 e 117, commi 2, lett. s) e m), e 6; art. 142, 146 e 149 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31; art. 6 l. reg. Liguria 19 maggio 2020, n. 9; art. 35, comma 4, l. reg. Liguria 22 gennaio 1999, n. 4; Corte cost. sentt. n. 258 del 2020, n. 251 del 2013 e n. 168 del 2010)

REGIONE LIGURIA - caccia - disciplina legislativa sull'esercizio dell'attività venatoria nelle zone di protezione speciale - livelli di tutela regionale più elevati di quelli previsti dallo Stato - esclusione - illegittimità costituzionale.

(Art. 97 e 117, comma 2, lett. s), Cost.; direttiva 92/43/CEE del 21 maggio 1992; direttiva 79/409/CEE del 2 aprile del 1979; art. 18, commi 2 e 4, l. 11 febbraio 1992, n. 157; d.P.R. 8 settembre 1997; art. 5, comma 1, let. a), d.m. 17 ottobre 2007; art. 9 l. reg. Liguria 19 maggio 2020, n. 9; art. 7, comma 1, lett. a), l. reg. Liguria 31 ottobre 2006, n. 35; Corte cost. sentt. n. 74 del 2017 e n. 278 del 2012)

Lede la sfera di competenza esclusiva dello Stato in materia di ordinamento civile la legge regionale che introduce una presunzione di consenso a carico del proprietario del fondo sul quale terzi depositano il materiale impiegato per la costruzione di appostamenti temporanei per la caccia, in quanto impone al titolare del fondo uno specifico onere formale di espressione del dissenso, violando così il principio generale di libertà delle forme di manifestazione della volontà negoziale e, per l'effetto, pregiudicando l'esigenza di garantire nel territorio nazionale l'uniformità della disciplina dettata dal codice civile.

La legge regionale che si limita a disporre l'esenzione dal titolo abilitativo per ogni attività concernente il «mutamento di destinazione o la trasformazione nell'uso dei boschi e dei terreni nudi e saldi» si intende riferita esclusivamente ai procedimenti di autorizzazione in materia idrogeologica, restando salva la disciplina statale in materia paesaggistica, anche se non espressamente richiamata dalla normativa regionale.

E costituzionalmente illegittima la disposizione regionale che autorizza nelle zone di protezione speciale l'esercizio della caccia «per due giornate settimanali a scelta del cacciatore», poiché diminuisce i livelli di tutela ambientale fissati dalla legislazione nazionale ponendosi in contrasto con la disposizione statale secondo cui la caccia si può svolgere «per due giornate, prefissate dal calendario venatorio, alla settimana».

M.B.

Corte costituzionale, 17 giugno 2021, n. 124 - Pres. Coraggio - Rel. Sciarra.

CORTE COSTITUZIONALE - giudizio di legittimità in via principale - interesse a ricorrere - omessa impugnazione norma anteriore equipollente - acquiescenza - esclusione - rigetto di eccezione preliminare.

(Art. 127, comma 2, Cost.; art. 31, comma 2, e 34 l. 11 marzo 1953, n. 87; art. 2, comma 1, secondo periodo, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; art. 13 bis l. Reg. Liguria 6 giugno 2008, n. 16; art. 8, comma 1, lett b), l. reg. Liguria 6 febbraio 2020, n. 1; art. 12, comma 2, l. reg. Liguria 5 aprile 2012, n. 10; Corte cost. sentt. n. 107 e 25 del 2021, n. 117, 106, 56 e 16 del 2020)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - mutamento di destinazione d'uso senza opere di immobili posti nei centri storici - segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) ordinaria - assenza di controllo preventivo - principi fondamentali nella materia del governo del territorio - violazione - illegittimità costituzionale.

(Art. 117, comma 3, Cost.; art. 19 l. 7 agosto 1990, n. 241; art. 10, 23 e 23 bis d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; art. 2, comma 1, secondo periodo, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; art. 13 bis l. reg. Liguria 6 giugno 2008, n. 16; Corte cost. sent. n. 2 del 2021)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - recupero di locali accessori, pertinenze e immobili non utilizzati - permesso di costruire in deroga - regime statale dei titoli abilitativi - violazione - esclusione - interpretazione conforme a Costituzione - sentenza interpretativa di rigetto - non fondatezza della questione.

(Art. 117, comma 3, Cost.; art. 14 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380; art. 31 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201; art. 3, comma 1, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; art. 24, comma 2, l. reg. Liguria 6 febbraio 2020, n. 1; Corte cost. sent. n. 282 del 2016)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - beni culturali e paesaggio - recupero di locali accessori, pertinenze e immobili inutilizzati - omesso rinvio da parte della legge regionale alle prescrizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio - competenza esclusiva statale - violazione - esclusione - interpretazione conforme a Costituzione - rispetto del principio di unitarietà e vincolatività della pianificazione paesaggistica -

sentenza interpretativa di rigetto - non fondatezza della questione.

(Art. 117, comma 2, lett. s), Cost.; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; art. 3, comma 1, e 4, commi 1 e 2, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; art. 24, comma 2, l. reg. Liguria 6 febbraio 2020, n. 1; Corte cost. sentt. n. 74 e 54 del 2021, n. 11 del 2016, n. 64 del 2015, n. 197 del 2014 e n. 182 del 2006)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - recupero di locali accessori, pertinenze e immobili inutilizzati - deroga alla disciplina del Piano territoriale di coordinamento paesistico (PTCP) - principio della tutela del paesaggio - violazione - illegittimità costituzionale.

(Art. 9 Cost.; l. reg. Liguria 22 agosto 1984; art. 3 e 68, comma 1, l. reg. Liguria 4 settembre 1997, n. 36; art. 3, comma 1, l. 24 dicembre 2019, n. 30; Corte cost. sent. n. 367 del 2007)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - altezza interna degli edifici e parametri di aeroilluminazione - fonte regolamentare statale vincolante - legge regionale di dettaglio - deroga ai requisiti minimi - principi fondamentali nella materia del governo del territorio - diritto alla salute - violazione - illegittimità costituzionale.

(Art. 32 e 117, comma 3, Cost; art. 218, 344 e 345 r.d. 27 luglio 1934, n. 1265; art. 1 e 5 d.m. 5 luglio 1975; allegato 1, punto 2.3., n. 4) d.m. 26 giugno 2015; art. 3, commi 2, secondo periodo, e 3, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; Corte cost. sent. n. 256 del 1996)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - recupero di locali accessori, pertinenze e immobili non utilizzati - regolarizzazione di precedenti abusi - principio di ragionevolezza - violazione - esclusione - interpretazione conforme a Costituzione - sentenza interpretativa di rigetto - non fondatezza della questione.

(Art. 3 cost.; art. 4, comma 3, l. reg. Liguria 24 dicembre 2019, n. 30; art. 24, comma 2, l. reg. Liguria 6 febbraio 2020, n. 1, Corte cost. sentt. n. 118 del 2021, n. 70 del 2020 e n. 73 del 2017)

REGIONE LIGURIA - edilizia e urbanistica - interventi di sviluppo di attività produttive esistenti - procedimento autorizzatorio unico regionale - deroga alla disciplina dei piani urbanistici e territoriali vigenti e/o operanti in salvaguardia - principio di tutela del paesaggio - competenza esclusiva statale - violazione - esclusione - non fondatezza della questione.

(Art. 9 e 117, comma 2, lett. s), Cost.; d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42; art. 8, comma 1, lett. b), l. reg. Liguria 6 febbraio 2020, n. 1)

Nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale non trova applicazione l'istituto dell'acquiescenza, in quanto l'impugnazione

della norma riproduttiva, in tutto o in parte, di una norma anteriore non impugnata ha comunque l'effetto di reiterare la lesione da cui deriva l'interesse a ricorrere.

Si discosta dal T.U. Edilizia e, pertanto, è costituzionalmente illegittima la disciplina regionale che, con riguardo ai locali accessori e alle pertinenze dei fabbricati, assoggetta alla segnalazione d'inizio attività ordinaria anche gli interventi di «mero mutamento di destinazione d'uso» degli immobili posti nei centri storici, in quanto - pur in assenza di opere - la peculiarità di tali zone impone una più «energica» tutela preventiva, che può essere offerta solo dal rilascio del permesso di costruire o, in alternativa, da una segnalazione di inizio attività «aggravata».

La disposizione regionale che - in deroga alla disciplina degli strumenti e dei piani urbanistici comunali - consente il riutilizzo di locali accessori e di pertinenza di un fabbricato, anche collocati in semienterrati, e di immobili non utilizzati, anche diroccati, non contrasta con il dettato costituzionale se attiene ai profili urbanistici senza alterare il regime statale dei titoli abilitativi.

Con riguardo agli interventi di riutilizzo di vani accessori, pertinenze e immobili inutilizzati, la legge regionale che omette qualsiasi rinvio alle prescrizioni del Codice dei beni culturali e del paesaggio non lede la sfera di competenza esclusiva statale se, all'esito di un'interpretazione compatibile al dettato costituzionale, risulta che il legislatore regionale non ha voluto derogare all'unitarietà e alla vincolatività della pianificazione paesaggistica.

Contrasta con il principio fondamentale della tutela del paesaggio di cui all'art. 9 Cost. la disciplina regionale in tema di riutilizzo di locali accessori, pertinenze e immobili inutilizzati nella parte in cui consente la realizzazione di attività di recupero in deroga alla disciplina del Piano territoriale di coordinamento paesistico regionale, le cui prescrizioni hanno forza cogente anche tra i privati.

È costituzionalmente illegittima la legge regionale di dettaglio che, in relazione all'altezza interna degli edifici e ai parametri di aeroilluminazione, deroga ai requisiti minimi previsti dalle fonti regolamentari statali, le cui prescrizioni sono vincolanti esprimendo principi fondamentali nella materia del governo del territorio e del diritto alla salute.

Valorizzando il tenore letterale e le finalità che la ispirano, la legge regionale che promuove il riutilizzo - per vari scopi - di locali accessori, pertinenze o immobili non utilizzati va interpretata in termini compatibili con la Costituzione, nel senso che le attività di recupero devono riguardare immobili legittimamente realizzati o comunque conformi alla normativa urbanistica, non potendo consistere nella regolarizzazione di precedenti abusi.

Non configge con la tutela prevista dal Codice dei beni culturali e del paesaggio la legge regionale che assoggetta al procedimento autorizzatorio unico regionale gli interventi di sviluppo di attività produttive esistenti, anche in difformità alla disciplina dei piani urbanistici territoriali vigenti od operanti in salvaguardia, qualora, come nel caso di specie, la deroga sia circoscritta alla pianificazione urbanistica e abbia un'estensione ben determinata.

M.B.

Documenti

Diritto sovranazionale e intangibilità del giudicato amministrativo

Ludovica Costigliolo

Sommario: 1. Introduzione - 2. La tenuta del giudicato amministrativo contrastante con il diritto UE - 3. Il giudicato amministrativo nella Sentenza Pizzarotti - 4. Giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea e ricorso per Cassazione ex art. 111, c. 8 Costituzione - 5. Il riesame del provvedimento successivo al giudicato, ma contrastante con il diritto UE - 6. I rapporti fra giudicato nazionale e CEDU - 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il passaggio in giudicato di una sentenza costituisce l'esito della vicenda processuale e definisce, con effetto vincolante fra le parti, la regola di disciplina della situazione controversa. Tradizionalmente il dogma del giudicato ha sempre rappresentato una sorta di scudo impenetrabile e immodificabile. Negli ultimi decenni, tuttavia, sta progressivamente assumendo rilievo il fenomeno della “erosione dell'intangibilità del giudicato”. In casi particolari e a fronte della lesione di diritti fondamentali dell'individuo, si consente infatti, una rivisitazione della *res iudicata*. L'esigenza che si pone, in generale, è quella di trovare un congruo equilibrio tra i principi di effettività della tutela giurisdizionale, riconosciuta dall'art. 1 del c.p.a., da un lato, e di certezza del diritto, dall'altro.

Il presente contributo si propone di esaminare l'evoluzione giurisprudenziale relativa al rapporto fra giudicato amministrativo interno e disciplina sovranazionale, nonché di valutare i possibili rimedi volti a superare eventuali conflitti tra i due livelli ordinamentali. Più precisamente, con riguardo al diritto europeo, saranno prese in esame quelle pronunce che, in presenza di determinate condizioni, impongono all'organo giurisdizionale competente di superare il principio di intangibilità del giudicato e di completare la cosa giudicata, o comunque ritornare sulla propria decisione, ponendo così in dubbio l'effettiva sussistenza di un “diritto al giudicato”.

2. La tenuta del giudicato amministrativo contrastante con il diritto UE.

A differenza di quanto accade nella disciplina civilistica e processualcivilistica, il diritto amministrativo difetta di una normativa specifica in materia di giudicato (1). L'assenza nel codice del processo amministrativo, o in leggi speciali, di una definizione *ad hoc* di “giudicato amministrativo” viene tuttavia colmata attraverso il rinvio esterno effettuato dall'art. 39 c. 1, del d.lgs. n. 104/2010 che consente di applicare anche al processo amministrativo i concetti di giudicato formale e sostanziale di cui agli articoli 324 c.p.c. e 2909 c.c.

L'esigenza di stabilità e certezza dei rapporti giuridici propria del giudicato, anche amministrativo, costituisce peraltro una prerogativa non solo dei singoli stati membri dell'Unione europea, ma anche dello stesso ordinamento dell'Unione.

Ciononostante, negli ultimi vent'anni, gli interpreti si sono interrogati in merito alla “tenuta” del giudicato nazionale

qualora il principio di diritto dallo stesso enunciato risulti confligente con il diritto sovranazionale (2). In particolare, ci si domanda se il principio del primato del diritto eurounitario dispieghi i suoi effetti anche sul giudicato nazionale, che, ove in contrasto col primo, dovrebbe essere disapplicato o, comunque, riconfigurato (3).

Al riguardo la Corte di giustizia, come meglio si preciserà in seguito, ha operato una distinzione tra effetti interni del giudicato nazionale – che restano salvi nonostante riscontrato contrasto con il diritto UE – ed effetti esterni, destinati invece a venir meno. Con una prima pronuncia del 18 luglio 2007, nel Caso Lucchini (4), la Corte di giustizia, adita in sede di rinvio pregiudiziale, ha chiarito che il diritto dell'Unione ostacola all'applicazione dell'articolo 2909 c.c. “*nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva*”.

Nel caso di specie era stato giudizialmente riconosciuto ad un'impresa nazionale il diritto a percepire delle agevolazioni finanziarie da parte della pubblica amministrazione. Tali agevolazioni erano state tuttavia *medio tempore* qualificate dalla Commissione europea alla stregua di un aiuto di stato illegittimo, con la conseguenza che la pubblica amministrazione, pur a fronte di una pronuncia divenuta definitiva, aveva deciso di emettere un provvedimento di ritiro del finanziamento erogato, intimando alla Lucchini S.p.A. la restituzione delle somme percepite.

La società aveva pertanto impugnato il provvedimento richiamato dinanzi al giudice amministrativo, il quale, constatata l'esistenza di un conflitto fra la sentenza nazionale passata in giudicato e la decisione definitiva della Commissione europea, aveva rimesso la questione alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Quest'ultima rilevava che nell'ambito degli aiuti pubblici alle imprese sussistono specifici aspetti demandati alla competenza dell'esecutivo dell'Unione europea: spetta, ad esempio, alla Commissione, in via esclusiva, la valutazione della compatibilità di un aiuto, o un regime di aiuti, con il mercato comune. A fronte di tale conflitto di competenze, da risolversi a vantaggio della Commissione europea, la Corte di giustizia riteneva che la normativa sul giudicato, l'art. 2909 c.c., costituisse un ostacolo rispetto alla disciplina sovranazionale e che dovesse quindi essere disapplicata, in ragione del primato della normativa eurounitaria.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione (5) sono di recente ritornate sul tema della cedevolezza del giudicato nazionale di fronte a una competenza decisionale esclusiva dell'Unione Europea, richiamando *mutatis mutandis* il principio già espresso nel caso Lucchini. Si è in particolare affermato che “*la primazia del diritto comunitario non conosce ostacoli nel diritto nazionale quando vengono in considerazione le regole comunitarie interrogabili in tema di competenze decisionali il che d'altronde ecco essenziale all'affermazione dell'esistenza di un ambito di sovranità europea non tangibile a fronte del quale giudicato nazionale deve recedere per forza salvo ammetterne una potenziale efficacia disgregante*”.

L'apparente tangibilità del giudicato nazionale di fronte al diritto dell'Unione (6), sancita nella sentenza Lucchini, è stata oggetto di ridimensionamento da parte una più recente

decisione del 3 settembre 2009 nel caso Olimpiclub (7). La Olimpiclub s.r.l., proprietaria di un complesso sportivo sito sul terreno demaniale, aveva ceduto in comodato l'intero impianto sportivo ad una omonima associazione polisportiva, affinché questa ne curasse la gestione. L'associazione comodataria, per contro, si era impegnata a versare alla società oltre al canone demaniale, un forfettario annuale, nonché il trasferimento delle entrate lorde annuali, costituite prevalentemente dal corrispettivo liquidato dai soci a titolo di quota associativa.

A seguito di accertamenti fiscali, l'amministrazione aveva constatato che il trasferimento della gestione all'associazione comodataria aveva comportato una serie di irregolarità nella corresponsione dell'i.v.a. Gli avvisi di rettifica che ne erano seguiti erano stati oggetto di impugnazione da parte della Olimpiclub, la quale, all'esito delle plurime vicende processuali, aveva ottenuto provvedimenti a sé favorevoli (poi passati in giudicato) soltanto in relazione a determinati periodi di imposta.

Secondo il diritto vivente, tuttavia, nelle controversie tributarie, il giudicato, pur se riferito ad annualità fiscali differenti, esplica la sua efficacia vincolante anche su altri periodi d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario riguardi questioni comuni ad altre controversie.

Alla luce di tale interpretazione la Corte di Cassazione, in sede di rinvio pregiudiziale, aveva domandato alla Corte di giustizia “se il diritto comunitario osti all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustrandone l'applicazione, anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato, e, segnatamente, in materia di Iva e di abuso di diritto posto in essere per conseguire indebiti risparmi d'imposta”.

La Corte di giustizia affermava, in primo luogo, che il diritto UE non impone di per sé ad un giudice nazionale di “*disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*”. Ed infatti il menzionato caso Lucchini riguarderebbe, secondo la Corte, “una situazione del tutto particolare e settoriale in cui erano in questione i principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la comunità in materia di aiuti di Stato”.

Secondariamente la Corte svolgeva una serie di precisazioni relative ai rapporti tra diritto unionale e efficacia esterna del giudicato, per tale intendendosi l'efficacia del giudicato in un diverso contenzioso pendente tra le medesime parti. Se da un lato il giudicato nazionale, ancorché confligente con il diritto sovranazionale, non può essere rimesso in discussione per quel che attiene allo specifico rapporto ormai definito (effetti interni del giudicato), dall'altro, lo stesso non può vincolare il giudice nazionale nella definizione di altri contenziosi pendenti tra le stesse parti e aventi ad oggetto il medesimo rapporto, ove ciò contrasti con il diritto europeo.

In sintesi, poiché la disciplina nazionale sul giudicato, così come interpretata dalla Corte di Cassazione, costituisce un ostacolo all'applicazione delle norme comunitarie in materia di i.v.a., la stessa deve essere necessariamente considerata un *tamquam non esset* rispetto ai giudici ancora pendenti.

3. Il giudicato amministrativo nella Sentenza Pizzarotti.

L'orientamento avviato nella giurisprudenza di Lussemburgo nei casi esaminati ha trovato conferma nella sentenza del 10 luglio 2014 (caso Pizzarotti) (8), nella quale la Corte di giustizia ha enunciato quelle che potrebbero essere definite “le

coordinate” sul tema del rapporto fra giudicato e diritto dell'Unione europea.

La vicenda trae origine dalla delibera del Comune di Bari che nel 2003, in difetto di gare ad evidenza pubblica, aveva provveduto ad affidare all'impresa Pizzarotti l'opera di ricostruzione della propria cittadella giudiziaria.

Nelle more del lungo contenzioso che aveva visto coinvolte l'impresa affidataria da un lato e il Comune (inerte rispetto all'obbligo di adottare il provvedimento finale) dall'altro, veniva avviata dalla Commissione Europea una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 TFUE, per presunta violazione della normativa UE in materia di affidamento di appalti pubblici di rilevanza comunitaria. Il Consiglio di Stato decideva così di rimettere la questione in via pregiudiziale alla Corte di giustizia, domandando se fosse necessario espletare una procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori nonostante l'esistenza di un giudicato che riconosceva alla Pizzarotti il diritto a vedere concluso il procedimento amministrativo di affidamento dei lavori (9).

La Corte, nella pronuncia in esame, ha innanzitutto ribadito che l'autonomia procedurale – sia sotto il profilo del procedimento amministrativo che con riferimento al processo – è una caratteristica di ogni Stato membro e che al giudicato deve essere riconosciuta una posizione di centralità, poiché lo stesso è funzionale a conseguire quelle esigenze di stabilità e certezza che vengono protette anche dall'ordinamento europeo.

Proprio per tale ragione il diritto dell'Unione, nel rispetto dell'autonomia degli Stati e in assenza di una specifica normativa europea in materia, non obbliga, di regola, il giudice nazionale a disapplicare la normativa interna in materia di giudicato (10).

Tuttavia, qualora l'autonomia procedurale determini una violazione dei principi di equivalenza e di effettività (11), la normativa interna dovrà essere disapplicata e il giudice nazionale sarà tenuto a verificare gli spazi residui di completamento della *res iudicata*, al fine di renderla armonica con i principi e le regole comunitarie, anche in ragione della peculiare conformazione progressiva del giudicato amministrativo. Laddove ciò non risulti possibile, occorrerà avere riguardo agli strumenti di tutela residuali, quali l'azione risarcitoria.

Con lo strumento del giudicato a formazione progressiva si consente infatti al giudice nazionale di adattare il *dictum* al mutare della situazione contingente, in maniera tale da recuperare le eventuali incompatibilità della sentenza passata in giudicato, con il diritto sovranazionale, per tale intendendosi anche l'interpretazione normativa offerta successivamente dalla Corte di giustizia.

Ed infatti, nonostante la primazia in principio del giudicato interno, in virtù del quale gli Stati possono assicurare stabilità e buona amministrazione della giustizia “*se le norme procedurali interne applicabili glielo consentono, un organo giurisdizionale nazionale come giudice del rinvio, che abbia statuito in ultima istanza senza che prima fosse adita in via pregiudiziale la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267 TFUE, deve o completare la cosa giudicata costituita dalla decisione che ha condotto a una situazione contrastante con la normativa dell'Unione in materia di appalti pubblici di lavori o ritornare su tale decisione per tener conto delle interpretazioni di tale normativa offerta successivamente dalla Corte medesima*

 (12).

Nel solco della Corte di giustizia si colloca l'intervento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 11 del 2016 (13), che, intervenuta nella medesima vicenda processuale, ha affermato come il giudicato amministrativo possa essere inciso dalle sopravvenienze di fatto e di diritto, entro le quali

occorre ricondurre, come anticipato, anche le sentenze interpretative della Corte di giustizia (14).

L'Adunanza Plenaria ribadisce che, in virtù dell'obbligo di cooperazione tra ordinamento interno e sovranazionale di cui all'art 4, par. 3 TUE, l'esecuzione del giudicato può divenire la sede adeguata ad assicurare l'osservanza del diritto eurounitario, nel rispetto del principio che impone al giudice nazionale di attivarsi per evitare la formazione di un giudicato in contrasto con tale diritto o, in generale, confligente con norme di rango sovranazionale a cui lo Stato italiano è tenuto a conformarsi.

Occorre d'altronde considerare l'esigenza che tutti gli organi dello Stato, *"in primis quelli giurisdizionali, si adoperino nei limiti delle rispettive competenze, al fine di evitare la violazione di norme di rango sovranazionale cui lo Stato italiano è tenuto a dare applicazione"* (15).

Proprio a tal fine si consente al giudice dell'ottemperanza sia di completare il giudicato con statuzioni nuove e integrative (16), sia di specificarne la portata e gli effetti per impedire il consolidamento di effetti irreversibili contrari al diritto sovranazionale. Il giudizio di ottemperanza, in quest'ottica, può rappresentare *"un'opportunità ulteriore offerta dal sistema processuale anche per evitare che dal giudicato possano trarsi conseguenze anticomunitarie"* (17).

4. Giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea e ricorso per Cassazione ex art. 111, c. 8 Costituzione.

Con una recente ordinanza (18) le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono tornate sul tema del giudicato amministrativo contrastante con il diritto dell'Unione europea e hanno domandato alla Corte di giustizia in via pregiudiziale se la violazione del diritto dell'Unione europea contenuta in una pronuncia Consiglio di Stato possa essere o meno censurata attraverso il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111, c.8 Cost.

Le Sezioni Unite hanno *"in primis"* richiamato i propri precedenti (19) – menzionati anche dalla Adunanza Plenaria 11/2016 – che avevano affermato la competenza delle stesse Sezioni Unite a sindacare, ex art. 111 c. 8 Cost., le sentenze del Consiglio di Stato o della Corte dei conti contrastanti con la normativa europea, sulla base di una nozione estensiva ed evolutiva di "motivo inerente alla giurisdizione".

Tale concetto non sarebbe limitato ai soli motivi attinenti all'attribuzione del potere giurisdizionale, ossia a quelle norme che individuano i presupposti del potere del giudice, ma si estenderebbe ai motivi relativi alla tutela giurisdizionale e al contenuto di quel potere, consentendo alla Corte di Cassazione di verificarne la corretta erogazione da parte del giudice amministrativo di ultima istanza.

Di fronte alla lesione del diritto alla tutela giurisdizionale (20), per esempio, la Corte di Cassazione ha ravvisato decisioni anomale o abnormi dei giudici speciali, incorsi in *errores in iudicando o in procedendo* tali da comportare un superamento del limite esterno di giurisdizione, sindacabile dalle Sezioni Unite.

L'indirizzo interpretativo richiamato, che consentiva in casi estremi, traducibili in un diniego di giustizia, il ricorso alle Sezioni Unite ha incontrato tuttavia il *restraint* della Corte costituzionale che, con la sentenza 6 del 2018 (21), ha dichiarato inammissibile ogni interpretazione che consenta alla Corte di Cassazione di sindacare gli *errores in procedendo o in iudicando* dei giudici speciali, sulla base di due essenziali argomenti.

Innanzitutto, sulla base di un argomento letterale, la Corte ha escluso la possibilità di assimilare il *"ricorso in Cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato e della Corte dei conti per "motivi inerenti alla giurisdizione"* con il *ricorso in Cassazione per violazione di legge*.

In secondo luogo, fra i vizi denunciabili con il rimedio di cui all'art. 111, c.8 Cost. (sindacato sui limiti esterni della giurisdizione) sono ricomprese le sole ipotesi di difetto assoluto ovvero di difetto relativo di giurisdizione (22), mentre non lo sono le questioni attinenti al rispetto dei principi di primazia del diritto dell'Unione, di effettiva tutela, del giusto processo e dell'unità funzionale della giurisdizione, né il sindacato sugli *errores in procedendo o in iudicando*.

Per la Corte infatti *"l'intervento delle Sezioni Unite, in sede di controllo di giurisdizione, nemmeno può essere giustificato dalla violazione di norme dell'Unione o della CEDU"*, con la conseguenza che *"il concetto di controllo di giurisdizione, così delineato, non ammette soluzioni intermedie, come quella pure proposta dal giudice a quo, secondo cui la lettura estensiva dovrebbe essere limitata ai casi in cui si sia in presenza di sentenze "abnormi" o "anomale" ovvero di uno "stravolgimento", a volte definito radicale, delle "norme di riferimento". Attribuire rilevanza al dato qualitativo della gravità del vizio è, sul piano teorico, incompatibile con la definizione degli ambiti di competenza e, sul piano fattuale, foriero di incertezze, in quanto affidato a valutazioni contingenti e soggettive"*, ma va limitato alle sole ipotesi di difetto assoluto o relativo di giurisdizione.

In altri termini, nel caso di violazione del diritto europeo da parte dei giudici amministrativi, si ammetterebbe la sola (e dubbia) via del risarcimento del danno per responsabilità dello Stato (23), senza che sussista altro rimedio idoneo a ripristinare la legalità e ad evitare il cristallizzarsi di un giudicato contrastante con il diritto dell'Unione europea.

Le Sezioni Unite in esame dubitano della compatibilità con la normativa eurounitaria dell'interpretazione restrittiva offerta dalla Corte costituzionale che pone un "freno" alla nozione di giurisdizione dinamica e al controllo da parte della Cassazione sul potere esercitato dai giudici amministrativi.

La Cassazione ritiene infatti che l'impossibilità di promuovere un giudizio di Cassazione avverso tali sentenze determini, ove il Giudice amministrativo non applichi il diritto europeo o lo applichi in maniera difforme rispetto a quanto stabilito dalla Corte di giustizia, *"il consolidamento della violazione di tale diritto ed espone lo stato (e gli organi giurisdizionali) a responsabilità"*.

La vicenda in esame vedeva l'esclusione da una gara di appalto di un'impresa per il mancato raggiungimento del punteggio minimo di sbarramento dell'offerta tecnica stabilito dalla stazione appaltante. A seguito dell'impugnazione dell'esclusione, il Consiglio di Stato dichiarava la carenza della legittimazione e dell'interesse ad agire in capo alla ricorrente, che, essendo stata esclusa dalla gara, non aveva a suo giudizio, titolo per impugnare né la prosecuzione della gara medesima, né gli atti di aggiudicazione. Tale statuizione si pone, tuttavia, in contrasto con la Direttiva 89/665/CE (cd. Direttiva ricorsi) – modificata dalla Direttiva 2007/66/CE – che, ai fini della sussistenza dell'interesse ad agire, richiede unicamente la mera probabilità di conseguire un vantaggio, consistente in qualsiasi risultato, compresa l'eventuale riedizione della gara. Occorrerà pertanto attendere la pronuncia della Corte di giustizia chiamata ad esprimersi in merito alla possibilità che il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello del primato del diritto dell'UE ostino ad una interpretazione giurisprudenziale che esclude il sindacato per motivi di giu-

risdizione ex art. 111, c.8 Cost. di fronte a sentenze del Consiglio di Stato espressione di prassi interpretative confliggenti con il diritto comunitario (24).

5. Il riesame del provvedimento successivo al giudicato, ma contrastante con il diritto UE.

La questione relativa ai rapporti tra diritto dell'Unione europea e giudicato nazionale si è riproposta con riferimento alla riesaminabilità da parte dell'organo amministrativo della decisione divenuta definitiva in forza di sentenza passata in giudicato, ma che risulti in contrasto con il diritto europeo a seguito dell'intervento della Corte di giustizia.

Con la sentenza Kuhne & Heitz del 2004 (25), la Corte di giustizia ha indicato le condizioni in presenza delle quali sussiste l'obbligo di riesame da parte l'autorità amministrativa nazionale di tale decisione.

Nel caso di specie, all'esito di un giudizio, la parte soccombente aveva chiesto alla P.A. di rimeditare le proprie scelte, in forza di una sopravvenuta pronuncia della Corte di giustizia che aveva sovvertito l'orientamento fatto proprio dal giudice nazionale. La parte istante sosteneva, infatti, che alla luce nel nuovo orientamento giurisprudenziale, la P.A. avrebbe dovuto ripensare il proprio provvedimento, nonostante questo fosse divenuto definitivo.

La Corte di giustizia, pur riconoscendo la sussistenza di un'autonomia procedurale degli Stati membri, aveva ribadito l'obbligo di leale collaborazione a cui gli stessi Stati sono tenuti. Tale obbligo impone allo Stato non tanto di annullare il provvedimento amministrativo in autotutela, quanto di riesaminarlo in presenza delle seguenti condizioni: a) che l'autorità amministrativa nazionale disponga, sulla base del diritto interno, del potere di ritornare sul tale decisione; b) che la decisione amministrativa nazionale sia divenuta definitiva per effetto del passaggio in giudicato di sentenza di un giudice interno di ultimo grado; c) che tale sentenza, sulla scorta della giurisprudenza europea successivamente intervenuta, risulti fondata su un'interpretazione non corretta del diritto dell'Unione europea seguita, senza peraltro che la Corte di giustizia fosse adita in via pregiudiziale; d) che l'interessato abbia sollecitato l'intervento dell'autorità amministrativa immediatamente dopo aver avuto contezza dell'indicata interpretazione del giudice europeo. Non sussiste pertanto un obbligo di rimozione del provvedimento, quanto un obbligo di riesame dello stesso ove si presentino le condizioni sopra riportate.

Con la pronuncia del 12 febbraio 2008, Willy Kempfer KG (26) la Corte è nuovamente tornata sul tema e ha ribadito come, in linea di principio, il diritto dell'UE non obblighi l'organo amministrativo a riesaminare la decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni. Ciò non esclude tuttavia che, in circostanze particolari, un organo nazionale sia tenuto a riesaminare un proprio provvedimento adeguandosi all'interpretazione *medio tempore* offerta dalla Corte. Tale obbligo sussiste, in particolare, quando la sentenza del giudice nazionale di ultima istanza è fondata su un'interpretazione errata del diritto sovrnazionale, adottata senza la previa audizione della Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Sotto il profilo della sussistenza di un limite temporale di decadenza o prescrizione entro cui esercitare la richiesta di riesame, la Corte precisa che eventuali termini sono rimessi all'autonomia procedurale dello Stato membro, fermo restando che la stessa non dovrà porsi in contrasto principi di equivalenza e effettività.

In sede di riesame l'amministrazione sarà peraltro tenuta a confrontarsi con la posizione dei controinteressati: occorrerà

cioè domandarsi se e in che limiti sia possibile un ripensamento lesivo della posizione di coloro che avevano correttamente confidato nella legittimità dell'azione amministrativa. Laddove non sussistano esigenze di interesse pubblico (art. 21 *nonies* L. 241/90), in particolare, la tutela sarà limitata ai soli profili risarcitorii, essendo precluso il conseguimento del bene in forma specifica.

Accanto a questa tematica si sviluppa quella inherente alla disciplina applicabile all'atto amministrativo che contrasti con il diritto dell'Unione europea.

La normativa comunitaria, come noto, entra nell'ordinamento nazionale in una posizione sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Dal primato del diritto europeo discende la disapplicazione della normativa interna contrastante con le disposizioni UE direttamente applicabili (regolamenti e direttive *self executing*), e l'eventuale (27) incostituzionalità della disciplina interna per violazione degli artt. 11 e 117 Cost., ove si tratti di norme sovranazionali dotate di efficacia indiretta.

La *primautè* del diritto europeo si verifica anche rispetto alle fonti subordinate alla legge: regolamenti, atti amministrativi generali e provvedimenti.

Tradizionalmente si riteneva che l'atto amministrativo anticomunitario fosse nullo ex art. 21*septies* l. 241/1990 poiché affetto da un vizio radicale e insanabile.

Questa impostazione è stata successivamente superata: la tesi maggioritaria ritiene oggi che l'atto amministrativo contrastante con il diritto sovrnazionale sia annullabile per violazione di legge, dal momento che la normativa UE, pur essendo sovraordinata rispetto fonte ordinaria, ha comunque valore di legge. A tale filone interpretativo se ne contrappone un altro che evidenzia invece come dalla disapplicazione della legge contrastante con il diritto europeo debba ricavarsi *a fortiori* la disapplicazione l'atto amministrativo analogamente contrastante (28).

Sul punto la Corte di Giustizia ha affermato che spetta a ciascuno Stato membro definire le modalità – anche relative all'eventuale termine di ricorso – volte ad assicurare l'osservanza del diritto europeo, purché vengano rispettati i principi di equivalenza ed effettività. Più precisamente, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto che il termine decadenziale di sessanta giorni, previsto dall'ordinamento nazionale per l'impugnazione del provvedimento, rispetti entrambi i principi richiamati: da un lato, infatti, esso trova applicazione a prescindere dal fatto che vengano in rilievo norme nazionali o norme eurounitarie e dall'altro, non osta all'applicazione del diritto UE, risultando invece funzionale all'esigenza di certezza del diritto.

Per quanto concerne infine la tangibilità del giudicato che pre-suppone la validità di un atto amministrativo in realtà in contrasto con la normativa dell'Unione, occorre far riferimento a quanto riportato nei precedenti paragrafi in materia di giudicato amministrativo in conflitto con il diritto dell'Unione. Di talché la sentenza irrevocabile sarà intangibile (29) salvo che ricorrano simultaneamente le seguenti condizioni: esaurimento dei gradi di ricorso interni; mancata disapplicazione, da parte del giudice della norma (*rectius* dell'atto) contrastante con la normativa UE; mancata proposizione del rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE da parte del ricorrente; successiva giurisprudenza della Corte di giustizia che sancisca il contrasto della norma interna (*rectius* atto interno) con il diritto europeo.

6. I rapporti fra giudicato nazionale e CEDU.

La questione della stabilità del giudicato si è presentata, seppur in maniera peculiare, anche per il giudicato nazionale contrastante con la Convenzione europea dei diritti dell'uomo

ed in particolar modo con le pronunce della Corte EDU che, una volta esauriti i mezzi di ricorso interni contro la sentenza, ravvisano nel giudicato interno una violazione della CEDU. Così come affermato dalla Corte costituzionale (30) le norme della Convenzione Europea dei diritti dell’Uomo costituiscono fonti interposte “*integratrici del parametro di costituzionalità di cui all’articolo 117, c. 1.*”

Il diritto convenzionale, a differenza di quello europeo, non trova applicazione diretta, sicché, in caso di contrasto tra una norma CEDU – così come interpretata dalla corte EDU – e una norma nazionale, non risolvibile in via interpretativa (cd. tentativo di interpretazione conforme), il giudice nazionale non potrà disapplicare le norme giuridiche nazionali contrastanti con la Convenzione, ma dovrà sollevare una questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117 Cost. A partire dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, è infatti stato precisato che quando una norma interna viola una disposizione della CEDU o, più in generale, viola delle disposizioni internazionali che l’Italia si è impegnata a rispettare, viola indirettamente l’articolo 117, c.1 della Costituzione.

Le norme della CEDU assumono infatti un rango sub-costituzionale e vincolano il legislatore, nell’esercizio della potestà legislativa, ad adeguare la propria legislazione alla normativa convenzionali. Esse, non acquistando rango costituzionale, non sono tuttavia immuni dal controllo di legittimità costituzionale: pertanto qualora una norma interposta contrasti con una norma costituzionale il Giudice delle leggi dovrà dichiarare l’inidoneità della stessa ad integrare il parametro interposto e, di conseguenza, espungere dall’ordinamento giuridico italiano la legge di ratifica della Cedu *in parte qua*.

In tale contesto può ben accadere che sia il giudicato a violare la disciplina convenzionale. La Corte costituzionale (31) intervenuta con una pronuncia additiva, in ambito penalistico, ha ampliato le ipotesi di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna, dichiarando “*l’illegitimità costituzionale dell’art 630 c.p.p. nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario ai sensi dell’art 46, par. 2 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo*”. Anche la Corte di Cassazione ha affermato che la violazione delle garanzie convenzionali processuali implica normalmente la necessaria riapertura del processo che dovrà svolgersi nel rispetto delle regole del giusto processo ai sensi dell’art. 6 CEDU (32).

L’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con l’ordinanza n. 2 del 2015 (33), ha sollevato una questione di legittimità costituzionale degli articoli 395 e 396 c.p.c. e dell’articolo 106 c.p.a., in relazione agli articoli 117, comma 1, 111 e 24 Costituzione, nella parte in cui non prevedono un ulteriore caso di revocazione straordinaria del giudicato amministrativo, volta a dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che accertino una violazione di un diritto fondamentale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 123 del 26 maggio 2017, ha dichiarato la questione infondata, precisando che la Cedu non impone, nel settore civile e amministrativo, una revisione della sentenza che sia risultata incompatibile con le norme della Convenzione stessa. L’obbligo di conformazione impone infatti una misura ripristinatoria sugli effetti della sentenza esclusivamente in ambito penale. Secondo la Corte “*la riapertura del processo non penale, con il conseguente travolamento del giudicato, esige una delicata ponderazione, alla luce dell’art. 24 Cost., fra il diritto di azione degli interessati e il*

diritto di difesa dei terzi, e tale ponderazione spetta in via prioritaria al legislatore”. Il problema del pieno coordinamento fra i due ordinamenti richiede che sia il legislatore e non la Corte costituzionale ad operare le scelte di sua competenza e per la Consulta non emerge l’esistenza di un obbligo generale di addivenire alla riapertura del processo, nelle materie diverse da quella penale (34).

Quanto affermato dalla Corte costituzionale è stato ribadito dalla Adunanza Plenaria (35) che ha precisato che “*è inammissibile, in quanto proposto al di fuori dei casi tassativamente stabiliti dall’ordinamento, il ricorso per revocazione proposto avverso un giudicato dell’adunanza plenaria del consiglio di Stato dichiarato lesivo di diritti protetti dalla convenzione europea dei diritti dell’uomo con sentenza definitiva della corte di Strasburgo*”, sicché l’unica tutela esperibile in tali casi rimane quella risarcitoria.

7. Conclusioni

Come si è avuto modo di evidenziare, è ben possibile, che nel dirimere una controversia, il giudice amministrativo travisi il significato di disposizioni sovranazionali e adotti una decisione che si pone in contrasto con il diritto europeo, preesistente o sopravvenuto.

In queste ipotesi occorre bilanciare due principi tra loro confliggenti: da un lato l’esigenza di certezza del diritto e stabilità dei rapporti giuridici, definita dal passaggio in giudicato della pronuncia, e dall’altro il principio di primazia del diritto europeo. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia emerge, in primo luogo, la responsabilità dello Stato membro per i danni cagionati a seguito dell’inadempimento degli obblighi comunitari.

In secondo luogo, si afferma una generale resistenza del giudicato nazionale adottato in violazione del diritto UE, salvo che non sussista la possibilità per il giudice nazionale di tornare su una decisione definitiva in base alla normativa interna. La Corte di giustizia, riconoscendo il valore del giudicato anche nell’ordinamento eurounitario, nega infatti, al di fuori di ipotesi eccezionali, che lo stesso possa essere demolito. Il diritto dell’Unione europea non impone invero, in linea generale, al giudice nazionale di disapplicare le norme procedurali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto. In tali ipotesi residua, tuttavia, la già citata responsabilità statale, affermata anche nel caso di contrasto del giudicato con la CEDU: rimedio, questo, che potrebbe in realtà apparire inadeguato, sia per gli stringenti requisiti a cui è soggetto (36), sia per la sua inidoneità a ripristinare la legalità scalfiga.

Anche per questa ragione la Corte di Lussemburgo riconosce che qualora le norme procedurali interne, in presenza di determinate condizioni, consentano al giudice nazionale di ritornare su una decisione avente natura di *res iudicata*, al fine di renderla conforme al diritto sovranazionale, tale possibilità deve essere, per l’appunto, esercitata.

Al riguardo la giurisprudenza nazionale ha rilevato la presenza di almeno due strumenti processuali volti a prevenire la formazione di un giudicato anticomunitario.

Un primo meccanismo si rinvie nell’orientamento dell’Adunanza Plenaria, che, al fine di superare il problema del giudicato antieuropo, ha fatto riferimento al giudicato a formazione progressiva, dando rilievo alle pronunce sopravvenute della Corte di giustizia, sulla base dell’assenza di un valido giudicato fino alla conclusione del giudizio di ottemperanza. La sentenza interpretativa pregiudiziale della Corte di giustizia, costituisce invero una sopravvenienza nor-

mativa, che, incidendo su una controversia ancora pendente, determina non un conflitto, ma una successione cronologica di regole disciplinanti la medesima situazione giuridica.

Ad esso si affianca la innovativa tesi della esperibilità del ricorso per motivi attinenti alla giurisdizione, come misura di rimozione del giudicato contrario al diritto dell'Unione. La Corte di Cassazione ha infatti esteso, negli ultimi anni, il perimetro applicativo dei motivi di giurisdizione, ex art. 111 c. 8 Cost., al fine di ammettere la sindacabilità delle sentenze definitive del Consiglio di Stato adottate in violazione del diritto dell'Unione. Nonostante l'aperto dissenso della Corte costituzionale rispetto a tale impostazione, le Sezioni Unite – nella veste di custode della legittimità del diritto UE – ritengono che il ricorso per Cassazione costituisca l'unica via per evitare il consolidamento della violazione del diritto europeo e l'esporsi dello stato a responsabilità.

La posizione espressa dalle Sezioni Unite non pare tuttavia immune da obiezioni. In applicazione dei principi generali, infatti, rispetto ad una pronuncia da sottoporre al vaglio delle Sezioni Unite, si sarebbe inevitabilmente già formato il giudicato, sicché il *modus operandi* prospettato dalle S.U. non costituirebbe una via per impedire la formazione del giudicato antieuropeo, ma integrerebbe piuttosto un tentativo di disinnescare le regole nazionali sulla formazione del giudicato. A ciò si aggiunge che l'esigenza di stabilità delle pronunce giudiziali propria del giudicato e i connessi profili della certezza del diritto e di tutela dell'affidamento costituiscono diritti imprescindibili, che la stessa Corte di Giustizia ha più volte riconosciuto.

Può allora affermarsi che dinanzi al quesito sottoposto all'attenzione della Corte di Lussemburgo le soluzioni prospettabili si riducono essenzialmente a due: o si ritiene che l'intervento delle Sezioni Unite influisca su un giudicato già formatosi, con la conseguenza che lo stesso dovrebbe considerarsi precluso – in forza del principio di diritto ripetutamente confermato dalla Corte di Giustizia, che riconosce la stabilità dell'autorità di cosa giudicata, anche di fronte alla violazione del diritto europeo – oppure si ipotizza che il medesimo intervento costituisca uno strumento idoneo ad evitare il consolidarsi di un giudicato non ancora stabile. In questa seconda ipotesi, a ben vedere, si minerebbe il principio di immutabilità del giudicato amministrativo (in realtà già formatosi) la cui tenuta rischierebbe, in tal modo, di non essere più assicurata.

Note.

(1) Sul giudicato, *ex multis*, F. Benvenuti, voce “Giudicato (diritto amministrativo)”, in *Enc. Dir.*, Milano, 1969; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1983; P.M. Vipiana, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo: profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, Milano, 1990; più di recente, C. Mignone, *L'esecuzione della sentenza* in C. Mignone - P.M. Vipiana, *Manuale di giustizia amministrativa*, II ed., Padova, 2013, 317 e segg.; C. Cacciavillani, *Il giudicato*, in F.G. Scoca (a cura di), *Giustizia amministrativa*, VI ed., Torino, 2014, 587 e segg.; F. Francario, *La sentenza: tipologia e ottemperanza nel processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, fasc. 4, 1025 e segg.

(2) Il contrasto potrebbe sorgere *ab origine*, ossia nel caso in cui il giudicato risulti irrispettoso con prescrizioni europee già sussistenti al momento della sua formazione ovvero, come più sovente accade, potrebbe essere sopravvenuto. Tale ultima ipotesi si verifica, in genere, a seguito dell'intervento della Corte di Giustizia dell'Unione europea, che abbia interpretato il diritto europeo in maniera contrastante con il giudicato formatosi.

(3) R. Garofoli, *Diritto amministrativo*, Nel diritto editore, Molfetta, 2019 parla più precisamente di inidoneità della pronuncia passata in giudicato a produrre i suoi effetti. Ad essere disapplicata sarebbe infatti la normativa interna sul giudicato (art. 2909 c.c.) e non la pronuncia del giudice.

(4) Sentenza della Corte (grande sezione) del 18 luglio 2007. Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato contro Lucchini SpA. Causa C-119/05, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

(5) Cass. Sez. Un. 20 aprile 2021, n. 10355 in *DeJure*. Nel caso di specie le Sezioni Unite hanno affermato che in materia di acquisizioni di partecipazioni qualificate in banche, l'attribuzione dei poteri decisionali spetta, secondo il Meccanismo di vigilanza unico dell'unione bancaria, alla BCE nel contesto di un procedimento parimenti unitario di cui fanno parte gli atti delle autorità nazionali centrali, sicché “il rimedio dell'ottemperanza semplicemente non può essere esercitato, in concreto, col fine di sindacare gli atti preparatori delle ANC, poiché anche codesti sono infine atti interni di un procedimento dell'Unione, non soggetti, come la decisione finale, ad altri che alla giurisdizione Europea”.

(6) P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in Rassegna tributaria, 2007, n. 5, p. 1591 ss. *Contra F.P. Luiso, La cedevolezza del giudicato*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1, 17 ss. che afferma non si sia trattato di cedevolezza del giudicato, bensì di garantire la prevalenza, in materie riservate alla competenza esclusiva della Commissione, del diritto comunitario sul diritto interno.

(7) Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 3 settembre 2009. Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle entrate contro Fallimento Olimpiclub Srl. Causa C-2/08 in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>.

(8) Sentenza della Corte (Seconda Sezione) del 10 luglio 2014. Impresa Pizzarotti & C. Spa contro Comune di Bari e a. Causa C-213/13, in: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>. Tale pronuncia si pone in contrasto con l'orientamento tradizionale della Corte di Giustizia che conferma la tendenziale intangibilità del giudicato nazionale nonostante la presenza di statuzioni contrastanti con il diritto europeo. Un primo segnale di tale cambiamento può cogliersi nel caso Köbler (CGUE, 30 settembre 2003, causa C-224/01) in cui la Corte afferma la responsabilità dello Stato membro nei confronti del cittadino leso, quando la violazione del diritto comunitario sia stata realizzata da organi giudiziari nazionali di ultima istanza. Tuttavia, non essendoci identità delle *causae petendi* nelle due diverse azioni, non può sostenersi che si trattasse di un superamento in senso tecnico di giudicato. In questo senso P. Biavati, *Inadempimento degli Stati membri al diritto comunitario per fatto del giudice supremo: alla prova la nozione europea di giudicato*, in *Int'l Lis*, 2005, n. 2, p. 62 ss..

(9) Il giudice dell'ottemperanza aveva, più precisamente, sottoposto alla Corte di Giustizia le seguenti questioni: “se lo stipulando contratto di locazione di cosa futura, anche sotto la forma ultima suggerita di atto di impegno a locare equivalga ad un appalto di lavori, sia pure con alcuni elementi caratteristici del contratto di locazione e, quindi, non possa essere compreso fra i contratti esclusi dall'applicazione della disciplina di evidenza pubblica secondo l'art. 16 della direttiva 2004/18” e “se, in caso di pronunciamento positivo sul primo quesito, possa il giudice nazionale e, segnatamente, codesto Giudice remittente, ritenere inefficace il giudicato eventualmente formatosi sulla vicenda in oggetto, e descritto in parte narrativa, in quanto abbia consentito la sussistenza di una situazione giuridica contrastante con il diritto dell'Unione degli appalti pubblici e se sia quindi possibile eseguire un giudicato in contrasto con il diritto comunitario”. Nel rispondere al primo quesito la Corte ha affermato che il contratto di locazione di un bene immobile futuro, costruito sulla base delle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice, integra un appalto di lavori pubblici, sicché rientra nell'alveo della disciplina comunitaria in materia di appalti. Per quanto concerne il secondo quesito si rinvia al corpo dell'articolo.

(10) La Corte afferma che “per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto offerta dalla Corte posteriormente alla decisione di un organo giurisdizionale avente autorità di cosa giudicata, quest'ultimo ritorni necessariamente su tale decisione”.

(11) Il principio di equivalenza, come noto, opera quando situazioni omologhe, protette dall'ordinamento comunitario, vengono disciplinate in maniera dispari rispetto a situazioni omologhe protette dal diritto nazionale, mentre il principio di effettività si ha quando una posizione giuridica protetta dall'ordinamento comunitario, viene a essere resa impossibile sotto forma di tutela, oppure eccessivamente gravosa sotto il profilo della protezione, di modo che, a quel punto, la normativa nazionale si pone in contrasto con la disciplina comunitaria

e deve quindi essere disapplicata a fronte del primato del diritto nazionale.

(12) Sentenza della Corte del 10 luglio 2014. Impresa Pizzarotti & C. Spa contro Comune di Bari e a. Causa C-213/13

(13) Consiglio di Stato ad. plen., 09/06/2016, n. 11 in *Foro it.* 2017, 4, III, 186, confermata da Cons. Stato, Ad. Plen., 6 aprile 2017, n. 1 in *Foro Amministrativo (Il)* 2017, 4, 818.

(14) Le sentenze della Corte sono idonee a determinare una “successione cronologica” di regole che disciplinano la medesima situazione giuridica. In dottrina, V. Ferraro, *L'intangibilità del giudicato amministrativo e il diritto europeo: le recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc. 5, 2014, p. 1065 ss. sostiene che la violazione del diritto europeo ad opera di un giudicato possa (di per sé) essere qualificata come errore di fatto ai sensi dell’art. 395, n. 4 c.p.c.

(15) Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, cit.

(16) In forza della natura mista del giudicato di ottemperanza, caratterizzato non solo dalla funzione esecutiva ma anche da profili di cognizione.

(17) Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11, cit.

(18) Corte Cass., Sez. Un., ordinanza 18 settembre 2020, n. 19598 in *Giurisprudenza Costituzionale* 2020, 5, 2521.

19 Cfr. Cass., SS., UU., ord. 8 aprile 2016, n. 6891, in *Foro it.* 2016, 5, I, 1667, Cass., SS., UU., 6 febbraio 2015, n. 2242 in *Foro Amministrativo (Il)* 2015, 6, 1647. In senso conforme, Cass. SS. UU. 29 dicembre 2017, n. 31226.

(20) Le S.U. n. 31226 del 2017, a proposito della lesione del diritto alla tutela giurisdizionale, affermano, ad esempio, che “non costituiscono diniego di giurisdizione da parte del Consiglio di Stato (o della Corte dei conti), gli errori “in procedendo” o “in iudicando”, ancorché riguardanti il diritto dell’Unione europea salvo i casi di radicale stravolgimento delle norme di riferimento (nazionali o dell’Unione) tali da ridondare in denegata giustizia, ed in particolare, salvo il caso, tra questi, di errore “in procedendo” costituito dall’applicazione di regola processuale interna incidente nel senso di negare alla parte l’accesso alla tutela giurisdizionale nell’ampiezza riconosciuta da pertinenti disposizioni normative dell’Unione europea, direttamente applicabili, secondo l’interpretazione elaborata dalla Corte di giustizia”. Anche le S.U. n. 2242 del 2015 affermano che “inerisce alla questione di giurisdizione, ed è quindi soggetta al sindacato della Corte di cassazione, l’impugnazione della sentenza del Consiglio di Stato che, in presenza di due soli partecipanti alla procedura di gara che propongano reciprocamente censure escludenti attinenti entrambe alla medesima fase procedimentale, in violazione di quanto disposto da Corte giust. 4 luglio 2013, causa C-100/12, disponga l’accoglimento del ricorso incidentale senza il contemporaneo esame delle censure contenute nel ricorso principale”.

(21) Corte Costituzionale, 18/01/2018, n.6 in *Foro Amministrativo (Il)* 2018, 5, 749.

(22) Si ha difetto assoluto di giurisdizione quando il Consiglio di Stato o la Corte dei conti affermano la propria giurisdizione nella sfera riservata al legislatore o all’amministrazione (cd. invasione o sconfinamento), ovvero, al contrario, la neghino sull’erroneo presupposto che la materia non può formare oggetto, in via assoluta, di cognizione giurisdizionale (cd. arretramento). Si ha difetto relativo quando il giudice amministrativo o contabile afferma la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull’erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici.

(23) Risarcimento del danno riconosciuto a partire dalla nota Sentenza della Corte del 19 novembre 1991, Andrea Francovich e altri contro Repubblica italiana, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, in: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/uri/obligations_and_liabilities/, per cui “3. La piena efficacia delle norme comunitarie sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un’azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario.

Ne consegue che il principio della responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato”.

(24) Le S.U. pongono, più precisamente, il presente quesito: “Se gli art. 4 par. III, art. 19 par. I del TUE, art. 2 par I e II e art. 267 TFUE, letti anche alla luce dell’art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea, ostino ad una prassi interpretativa come quella concernente gli art. 111 VIII comma Cost., art. 360 I comma n. 1 e art. 362 I comma c.p.c. e art. 110 c.p.a.– nella parte in cui tali disposizioni ammettono il ricorso per cassazione avverso le sentenze del Consiglio di Stato per «motivi inerenti alla giurisdizione» – quale si evince dalla sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 e dalla giurisprudenza nazionale successiva che, modificando il precedente orientamento, ha ritenuto che il rimedio del ricorso per cassazione sotto il profilo del cosiddetto «difetto di potere giurisdizionale», non possa essere utilizzato per impugnare sentenze del Consiglio di Stato che facciano applicazione di prassi interpretative elaborate in sede nazionale confliggenti con sentenze della Corte di Giustizia, in settori disciplinati dal diritto dell’Unione Europea (nella specie, in tema di aggiudicazione degli appalti pubblici) nei quali gli Stati membri hanno rinunciato ad esercitare i loro poteri sovrani in senso incompatibile con tale diritto, con l’effetto di determinare il consolidamento di violazioni del diritto comunitario che potrebbero essere corrette tramite il predetto rimedio e di pregiudicare l’uniforme applicazione del diritto dell’Unione e l’effettività della tutela giurisdizionale delle situazioni giuridiche soggettive di rilevanza comunitaria, in contrasto con l’esigenza che tale diritto riceva piena e sollecita attuazione da parte di ogni giudice, in modo vincolativamente conforme alla sua corretta interpretazione da parte della Corte di Giustizia, tenuto conto dei limiti alla «autonomia procedurale» degli Stati membri nella conformazione degli istituti processuali”.

(25) Sentenza 13 gennaio 2004 - Causa c-453/00 in www.curia.europa.eu.

(26) Sentenza 12 febbraio 2008 - Causa c-2/06 in www.curia.europa.eu.

(27) Sussiste infatti la possibilità per la Corte costituzionale di sollevare i cd. controlimiti, ossia quei principi costituzionali considerati inderogabili anche dalla normativa sovraordinata.

(28) Le critiche rivolte a questo secondo indirizzo sono essenzialmente due: da un lato si evidenzia che anche gli atti amministrativi di matrice europea (come i regolamenti europei) sono soggetti al regime dell’annullabilità, sicché a maggior ragione ben potrebbero considerarsi annullabili gli atti amministrativi emanati dagli Stati membri; dall’altro l’annullamento è conforme ai parametri di effettività ed equivalenza richiesti dalla giurisprudenza europea, dal momento che il termine non eccessivamente breve di 60 giorni assicura una tutela effettiva e che tale rimedio è previsto anche rispetto all’atto amministrativo interno.

(29) Mancano infatti nell’ordinamento interno rimedi specificamente volti alla sua caducazione: la revocazione, disciplinata dall’art. 360 e ss. c.p.c., opera infatti solo per l’errore di fatto (e non invece in caso di errore di diritto, quale sarebbe la mancata applicazione della normativa UE).

(30) Corte Cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 349, in consultonline.it.

(31) Corte Costituzionale, 7 aprile 2011, n. 113, in *Giur. Cost.*, 2011, p. 1523.

(32) Cass., Sez. I, 20 settembre 2017, n. 43112.

(33) Sulla questione v. P. Patrito, *Revocazione - se sia ammissibile l’impugnativa per revocazione della sentenza del Consiglio di Stato per contrasto con decisione sopravvenuta della Corte EDU*, in *Giur. it.*, 2015, p. 2710.

(34) In senso favorevole alla posizione assunta dalla Corte, preoccupata di non determinare pericolose alterazioni degli istituti processuali si veda A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1260 ss., in senso contrario, evidenziando i problemi applicativi F. Francario, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla Cedu non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi.it*, 2017, n. 3, 1 ss.

(35) Consiglio di Stato ad. plen., 20/12/2017, n. 12 in *Foro it.* 2018, 2, III, 73.

(36) La Corte di Giustizia a partire dalla sentenza della Corte del 30 settembre 2003, Gerhard Köbler contro Republik Österreich. Causa C-224/01 in [https://curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) ha individuato tre elementi costitutivi della responsabilità: la violazione di una norma comunitaria attributiva di diritti, il carattere grave e manifesto della violazione e la ricorrenza di un nesso di causalità tra la violazione e il danno sofferto. Il medesimo principio di diritto è stato ribadito nella Sentenza della Corte (grande sezione) del 13 giugno 2006 Traghetti del Mediterraneo SpA contro Repubblica italiana, Causa C-173/03 in [https://curia.europa.eu](http://curia.europa.eu).

Sezione di diritto tributario

Massimario

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 3 febbraio 2021, n. 89 - Pres. e Rel. Bolognesi.

ACCERTAMENTO - accertamento analitico induttivo - applicazione - condizioni.

Il ricorso all'accertamento analitico-induttivo consente all'ufficio di avvalersi di presunzioni, disattendendo in parte le risultanze delle scritture contabili. Il ricorso a tale strumento è ammesso quando l'incompletezza, la falsità o l'inesattezza dei dati indicati nella dichiarazione risulti dall'ispezione delle scritture contabili e dalle altre verifiche di cui all'articolo 33 del D.P.R. 600/73 ovvero dal controllo della completezza, esattezza e veridicità delle registrazioni contabili sulla scorta delle fatture e degli altri atti e documenti relativi all'impresa nonché dei dati e delle notizie raccolti dall'ufficio nei modi previsti dall'articolo 32 del D.P.R. 600/1973.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 22 febbraio 2021, n. 115 - Pres. Picozzi - Rel. Castelli.

ACCERTAMENTO - canone di locazione - dichiarazione - ammontare inferiore a quello realmente percepito - prova - modalità.

In presenza di un accertamento che contesti al contribuente di aver dichiarato un canone di locazione inferiore a quello effettivamente percepito, occorre evidenziare come non corra l'obbligo per il locatore di registrare le scritture modificative del canone di locazione, essendo sufficiente la dimostrazione che alle scritture private non autenticate è stata attribuita data certa attraverso l'apposizione del timbro postale impresso sullo stesso foglio, sul quale è stata riportata la scrittura. Poiché tale timbratura è stata eseguita in un pubblico ufficio, ciò dimostra che il documento è stato inviato nel medesimo giorno in cui la timbratura è stata apposta sull'atto. Inoltre, la contribuente ha dato prova di aver dichiarato correttamente nel modello unico dei redditi per l'anno di cui trattasi, i canoni ridotti ed effettivamente incassati per l'alloggio e le due pertinenze.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 marzo 2021, n. 215 - Pres. De Lucchi - Rel. Oddone.

ACCERTAMENTO - IRPEF - IVA - operazioni inesistenti - prova contraria - configurabilità - fattispecie - antieconomicità - inconfigurabilità.

La contestazione della oggettiva inesistenza delle operazioni compiute dal contribuente deve essere supportata da idonei elementi da parte dell'Ufficio. A tal fine, è del tutto irrilevante quanto deciso in altro giudizio (di primo grado), per un'altra annualità, a favore dell'Ufficio, così come è del tutto irrilevante il richiamo ad illecito penale che il contribuente avrebbe compiuto nel caso in cui lo stesso contribuente, ad esito del relativo giudizio penale, sia risultato assolto con formula piena perché il fatto non sussiste dal reato di cui era stato imputato (art. 2 del d.lvo 10 marzo 2000, n. 74).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 marzo 2021, n. 223 - Pres. Varalli - Rel. Oddone.

ACCERTAMENTO bancario - prova contraria - presunzioni semplici - sufficienza - fattispecie.

In tema di accertamento delle imposte sui redditi, l'art. 32, primo comma, secondo periodo D.P.R. n. 600 del 1973 prevede una presunzione legale in base alla quale è legittima l'imputazione dei versamenti operati su conti correnti bancari a ricavi conseguiti dal contribuente nella propria attività d'impresa, e spetta al contribuente medesimo fornire, in sede amministrativa o contenziosa, la prova contraria (cfr. Cass. 13500/2012; 2814/2002). Tale prova, in mancanza di espresso divieto normativo, e per il principio di libertà dei mezzi di prova, può essere fornita anche attraverso presunzioni semplici (cfr. Cass. 25502/2011; 13500/2012). In tema di presunzioni semplici, infine, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d'uno, ben potendo il giudice fondare il proprio convincimento su uno solo di essi, purché grave e preciso, dovendo il requisito della "concordanza" ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi (cfr. Cass. 23153/2018; 656/2014).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 30 aprile 2021, n. 322 - Pres. Fanucci - Rel. Laurenzana.

ACCERTAMENTO - verifica fiscale - estensione - "finalità esplorativa" - inammissibile.

La verifica fiscale, relativa ad un periodo temporale definito, non può essere estesa ad altra annualità per mere finalità esplorative dell'Ufficio accertatore. Al contribuente, deve essere data chiara e specifica ragione/contezza sulla ulteriore documentazione da acquisire (contabile/fatture ed extra contabile), che verrà posta a base dell'estensione ad altra annualità, sulle modalità operative dei verificatori e sulle contestazioni/illeciti che vengono mosse dai verificatori, consentendo al verificato una adeguata difesa.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 22 febbraio 2021, n. 117 - Pres. Picozzi - Rel. Castelli.

ACCERTAMENTO CATASTALE - obbligo di motivazione - procedura DOCFA - sussistenza - condizioni

ACCERTAMENTO CATASTALE - categoria A/1 - modifica - diversa distribuzione degli spazi interni - irrilevanza - presenza di un soppalco - irrilevanza.

Qualora l'attribuzione della rendita catastale abbia luogo a seguito della procedura c.d. DOCFA ed in base ad una stima diretta eseguita dall'Ufficio, l'obbligo della motivazione dell'avviso di classamento dell'immobile deve ritenersi osservato anche mediante la semplice indicazione dei dati oggettivi acclarati dall'Ufficio e della classe conseguentemente attribuita all'immobile, trattandosi di elementi che, in ragione della struttura fortemente partecipativa dell'avviso stesso, sono conosciuti o comunque facilmente conoscibili dal contribuente, il quale, quindi, mediante il raffronto con quelli indicati nella propria dichiarazione, può comprendere le ragioni della classificazione e tutelarsi mediante ricorso alle commissioni tributarie.

La diversa distribuzione degli spazi interni è irrilevante al fine

di ottenere la modifica della cat. A/1 di un appartamento. Se si considera che normalmente i lavori interni vengono eseguiti per migliorare la fruibilità di un immobile, se ne deduce che la situazione preesistente può ritenersi, se non presumibilmente migliorata ai fini catastali, quanto meno conservata nello status quo ante. Sarebbe stato quindi onore dei ricorrenti specificare quali e quante fossero le negatività sopravvenute che avevano inciso sulla funzionalità e signorilità dell'immobile, si da ritenere la precedente classificazione non più confacente al nuovo status. Non appare conferente il richiamo all'aggiunta del soppalco, che non può giustificare una diversità di rendita, considerato che non è stata apportata una sostanziale variazione nella planimetria dell'appartamento che espone una superficie catastale complessiva di 207 mq., come da variazione DOCFA prodotta, che rappresenta di per sé un parametro oggettivo di indubbio pregio dell'appartamento.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2021, n. 171 - Pres. Picozzi - Rel. Morbelli.

ACCERTAMENTO CATASTALE - classificazione in cat. a/1 - sua rettifica in cat. a/2 - vetustà immobile - rilevanza - fattispecie - domanda risarcitoria - reiezione.

Se è vero che la vetustà di un immobile non dovrebbe di norma incidere sulla sua classificazione catastale, non potendo l'incuria del proprietario ridondare a suo vantaggio, nondimeno la vetustà di un immobile, ove lo stesso non sia stato volta volta adeguato all'innovazioni tecnologiche e di rifiniture, ma sia stato semplicemente mantenuto in quelle che erano le sue caratteristiche originali, costituisce elemento da tenere in considerazione ai fini di un eventuale declassamento. Opinare diversamente significherebbe imporre a ciascun proprietario un onere, molto gravoso, di adeguamento agli standard di abitazione signorile, che nessuna norma di carattere interno quale una circolare può legittimamente imporre ai proprietari.

Ciò è accaduto nel caso di specie in cui un immobile che originariamente aveva caratterizzato signorili, cioè eccidenti la normalità abitativa dell'epoca, verosimilmente le ha perse senza che ciò si debba imputare alla negligenza di alcuno.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 febbraio 2021, n. 206 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

DAZI DOGANALI - Art. 11 d.lvo 1990, n. 374 - Termine di decadenza triennale - Applicabilità - Fattispecie.

Risulta che l'agenzia delle Dogane Ufficio di Genova 1 ha notificato l'atto impugnato oltre il termine di decadenza di tre anni previsto dall'art. 11 del D.Lgs. n. 374/1990; il primo comma della norma in questione, prevede testualmente che "la revisione è eseguita d'ufficio, ovvero quando l'operatore interessato ne abbia fatta richiesta con istanza presentata, a pena di decadenza, entro il termine di tre anni dalla data in cui l'accertamento è divenuto definitivo"; la data in questione si ricava ai sensi dell'art. 9 del citato D.Lgs, che prevede che "la data dell'annotazione costituisce la data in cui l'accertamento è divenuto definitivo".

Nel senso che precede si è espressa, da ultimo, la Suprema Corte con ordinanza n. 12913/19.

Conseguentemente, l'atto impugnato risulta essere stato emesso in momento nel quale l'Ufficio era decaduto dal potere di effettuare la revisione dell'accertamento ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs. n. 374/1990.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 8 marzo 2021, n. 142 - Pres. Picozzi - Rel. Simonazzi.

DAZI DOGANALI - rilevanza precedente importazione - effetti del ravvedimento.

Il precedente in cui, in altra importazione avente le medesime caratteristiche soggettive ed oggettive, l'Ufficio abbia contestato le stesse irregolarità che poi sono state definite dalla parte in adesione con ravvedimento ex art. 13 del D.LGS. 472/97, dimostra che la parte era ben consapevole del corretto iter della pratica doganale, ma ha continuato a non rispettarlo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 febbraio 2021, n. 203 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazione prima casa - vendita infraannuale di immobile preposseduto - agevolazione - spettanza.

Il fatto dimostrato e non contestato che il ricorrente ha venuto l'immobile acquistato in precedenza entro un anno dall'acquisto della seconda abitazione; sussistono conseguentemente le condizioni di applicabilità dell'art. 1, comma 55, della legge di stabilità 2016, con l'inserimento della nuova disposizione di cui al comma 4-bis della nota II-bis dell'articolo 1 della Tariffa, parte I, allegata al D.P.R. 131/1985, ha esteso l'agevolazione prima casa al contribuente che, già proprietario di un immobile acquistato beneficiando della agevolazione d'imposta, acquisti un nuovo immobile, sempreché proceda all'alienazione della casa preposseduta entro un anno dal nuovo acquisto.

Non è fondata giuridicamente l'interpretazione formale della norma sostenuta dall'ufficio, secondo cui il recupero - conseguente alla disapplicazione del regime agevolato - sarebbe consentito in conseguenza del mero dato formale della mancata indicazione nell'atto del previo acquisto di altra casa e del mancato impegno alla sua vendita entro l'anno.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 15 marzo 2021, n. 204 - Pres. Del Monaco - Rel. Ceriale.

IMPOSTA DI REGISTRO - agevolazioni "primo casa" - coniugi entrambi stranieri coniugati all'estero - regime "comunione legale" - inconfigurabilità - dichiarazione congiunta - irrilevanza - fattispecie.

Nel caso di specie anche a voler aderire alla soluzione giurisprudenziale più rigorosa che ritiene, per i coniugi in regime di comunione legale dei beni, la dichiarazione in atto di entrambi per usufruire delle agevolazioni c.d. "prima casa", tale requisito non doveva essere rispettato, poiché il ricorrente ha ampiamente documentato nel processo che non sussisteva né sussiste tra il medesimo e la moglie il predetto regime e, inoltre, il regime patrimoniale regolato dal diritto svizzero non è in alcun modo equivalente e/o assimilabile a quello italiano, poiché in forza dello stesso il coniuge che non interveniente all'atto non acquista alcun diritto sull'immobile.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 15 marzo 2021, n. 211 - Pres. Cardino - Rel. Dello Preite.

IMPOSTA DI REGISTRO - sentenza - sua registrazione - sua omessa allegazione all'avviso notificato - irrilevanza - imposta - ripartizione fra le parti atti.

Come ha recentemente osservato la Corte di Cassazione (Sez. V ordinanza n. 239 del 12/2/21) “in tema di imposta di registro, l'avviso di liquidazione emesso ex art. 54 comma 5, del D.P.R. n. 131 del 1986 in relazione a un atto giudiziario deve contenere l'indicazione dell'imponibile, l'aliquota applicata e l'imposta liquidata, ma non deve necessariamente recare, in allegato, la sentenza o il suo contenuto essenziale rispondendo l'obbligo di motivazione di cui all'art. 7 St. contr. all'esigenza di garantire il pieno e immediato esercizio delle facoltà difensive del contribuente, senza costringerlo ad attività di ricerca, e non riguardando perciò atti o documenti da lui conosciuti o conoscibili, sempre che il contenuto delle informazioni fornite garantisca la conoscenza dei presupposti di fatto e di diritto della pretesa fiscale e si tratti di informazioni facilmente intellegibili”. Secondo la Suprema Corte l'obbligo di allegazione gravante sull'Ufficio va coordinato infatti col disposto dell'art. 10 c. 1 L. 212/2000, secondo cui i rapporti tra contribuente e Amministrazione Finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede. Poiché la sentenza civile si deve presumere come conosciuta o comunque conoscibile, la sua allegazione integrerebbe un adempimento superfluo (...).

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 marzo 2021, n. 213 - Pres. De Lucchi - Rel. Oddone.

IMPOSTA DI REGISTRO - alternatività IVA registro - non configurabilità - acquisto di credito pro soluto - imposta proporzionale - applicabilità.

In ordine, all'addotta illegittimità dell'applicazione dell'imposta di registro proporzionale in luogo di quella fissa al provvedimento di condanna avente ad oggetto il recupero di somme concesse a titolo di finanziamento all'ingiunto, nonché alla violazione del principio di alternatività tra IVA ed imposta di registro, osserva questa Commissione che nella specie la condanna pronunciata dal Tribunale di Savona non discende direttamente dai contratti di finanziamento, soggetti ad IVA, ma dal distinto rapporto contrattuale stipulato tra (...) e (...) attraverso la cessione della massa dei crediti, e attiene quindi a diritti inerenti il contratto di cessione di crediti (escluso dal campo IVA ai sensi dell'art. 2 c. 2 lett. A del D.P.R. 633/72); si vede perciò nell'ambito di applicazione dell'imposta proporzionale di registro, nella misura del 3%, ai sensi dell'art. 8 della tariffa, parte I allegata al D.P.R. 131/1986.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 marzo 2021, n. 205 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

IMPOSTE DIRETTE ed IVA - acquisti di beni - dimostrazione della loro effettività ed inerenza - spetta al contribuente - fattispecie.

Secondo consolidata giurisprudenza, incombe su parte ricorrente l'onere della prova dell'effettiva sussistenza o inerenza delle sopra ricordate prestazioni (cfr. ex plurimis, (Cass. n. 10802/2002) (...) ritiene questa Commissione che detta prova non sia stata in alcun modo fornita dalla ricorrente, soprattutto alla luce delle articolate argomentazioni dell'Ufficio, costantemente riscontrate sul piano documentale;

Si consideri infatti che, con riferimento alle operazioni fatturate dalla ditta..., si tratta di soggetto irreperibile all'anagrafe nonché fiscalmente evasore totale, con partita Iva aperta nel 2012 e chiusa nel 2013, esercente l'attività di “Altre attività di lavori specializzati di costruzione nca”, che risulta aver ceduto materiale da ponteggio senza che alcuna banca dati Spesometro Integrato risultasse aver effettuato alcun acquisto di beni (né nel 2014 né in anni precedenti):

inoltre la fattura esaminata descrive in modo assolutamente generico la prestazione, senza la specificazione della durata del noleggio né della quantità di materiale noleggiato; la ricorrente, inoltre, non ha prodotto alcuna documentazione circa i rapporti intrattenuti il con il signor... nell'anno in questione, ad esempio conferimento a contratti di appalto per la prestazione di servizi o contratti stipulati per la fornitura di beni, e neppure eventuale documentazione extracontabile (mai, accordi informali) per la fornitura di materiale, né infine alcuna documento di trasporto delle merci.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 marzo 2021, n. 207 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

IMPOSTE DIRETTE - IVA e ritenute alla fonte - compensi corrisposti a società di capitali - assenza di sua struttura operativa - sua interposizione - prestazioni lavoro dei soci persone fisiche - compensi loro spettanti - fattispecie.

Nessun elemento in atti consente di evincere, in capo alle predette Società, l'esistenza di una struttura adeguata alla prestazione delle pretese attività, che sono tutte riconducibili alle personali competenze individuali dei sopra ricordati soggetti;

Sono irrilevanti ai fini della decisione gli esiti, più volte richiamati da parte ricorrente, di controlli effettuati per gli anni precedenti, in particolare nei confronti di ... Nel 2015 per l'anno d'imposta 2010; il fatto che in quella occasione non siano stati effettuati rilievi in ordine alla effettiva operatività della ... non può equivalere, ai fini della presente controversia, a un implicito riconoscimento della sussistenza dell'attività societaria contestata; sia in quanto detto controllo si riferiva a differente periodo temporale; sia in quanto il controllo effettuato in quella occasione risulta aver avuto oggetto limitato, essendo stato originato dalla contestazione di una incongruità dei ricavi risultanti dallo studio di settore e dalle incoerenze del dato del valore aggiunto per addetto;

La circostanza della mancata prova di corresponsione di importi direttamente alle persone fisiche risulta irrilevante essendo di fatto “connaturata” alla ritenuta adozione di un meccanismo di fittizia interposizione soggettiva (società in luogo delle persone fisiche) ai fini di elusione fiscale; interposizione soggettiva che, per quanto di seguito esposto, risulta efficacemente argomentata e non smentita delle allegazioni di parte ricorrente.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 18 gennaio 2021, n. 23 - Pres. Picozzi - Rel. Morbelli.

IMPOSTE SUI REDDITI - società agricola - tassazione su base catastale - statuto - previsione - possesso partecipazioni in altre società - disconoscimento del regime - in assenza di concreto riscontro - esclusione.

La circostanza che nello statuto di una società sia prevista la possibilità di assumere partecipazioni in altri enti, in assenza di un concreto possesso di tali partecipazioni, non è elemento tale da consentire di disconoscere il carattere di esclusività dell'attività agricola svolta dalla società con conseguente esclusione della tassazione su base catastale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 febbraio 2021, n. 131 - Pres. Graziano - Rel. Podestà.

IRPEF - medico legale - compensi per visite rinnovo patenti - omessa fatturazione - elenchi forniti dalla

motorizzazione civile - rilevanza - fatturazione forfetaria a soggetto interposto - irrilevanza - fattispecie.

Il ricorrente ha continuato, negli anni, a non coprire i ridetti documenti fiscali le visite svolte nel passato [in particolare negli anni accertati]: e non ha manifestato alcuna volontà di parigliare le visite rimaste in sospeso con le dovute fatture che, in ogni caso, la società doveva pagare.

Alla luce di quanto precede, non è credibile la tesi del ricorrente perché, se così fosse vero, vorrebbe dire che la società per la quale lavorava si sarebbe appropriata dei corrispettivi dovuti al dottore per la differenza corrispondente al numero di visite non fatturate. Agli atti non risultano comunicazioni di protesta e/o solleciti del ricorrente nei confronti della società che non gli ha versato il dovuto.

D'altra parte è palesemente incontestato che la ... ha ottenuto immediatamente il pagamento delle prestazioni e che non ha alcun arretrati da riscuotere da alcun cliente (...).

Inoltre non sono state prodotte prove sul numero di visite effettuate anche da altri medici eventuali. Paradossalmente, questo fatto ha creato una gran confusione ed uno scompenso contabile.

Infine il Contribuente non ha fornito spiegazione circa le modalità di compilazione delle proprie fatture, posto che in esse non sono state indicate le visite effettuate.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 marzo 2021, n. 219 - Pres. Varalli - Rel. D'Avanzo.

IRPEF IRAP IVA - società cooperativa - sua configurabilità quale società di fatto - agenzia delle entrate - onere della prova - spettanza - società di fatto - inconfigurabilità.

Nel codice civile non esiste una definizione di "sdf" che, come ogni altra società, deve avere uno scopo lucrativo. Chiunque ne affermi l'esistenza ha l'onere di provarlo concretamente e mostrando fatti concludenti (Corte di Cassazione sentenza n. 27564/2010) non limitati nel numero.

Da quanto prodotto si rileva che la G.F e l'Agenzia delle Entrate non sono riuscite a dimostrare l'esistenza di una vera e propria sdf fra i 2 amministratori della cooperativa...: al massimo sarebbe stato possibile presupporre che gli stessi avessero utilizzato il sistema a proprio profitto, ma non operando al di fuori di esso. Ma tale linea non è stata perseguita. È stato, invece, dichiarato che la cooperativa fungeva da copertura ad una normale attività imprenditoriale con interposizione fittizia della stessa.

L'avviso di accertamento emesso deve, di conseguenza, ritenersi nullo ed inefficace in quanto non rivolto alla Cooperativa né agli imputati nella loro effettiva veste di amministratori della cooperativa ma ai 2 soci nella loro qualità di rappresentanti di una teorica sdf, dichiarando, infatti, che è stata controllata la...

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 marzo 2021, n. 211 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

IRPEF - art. 67 e 68 t.u. 1986 n. 917 - cessione di quote di srl - plusvalenza - criterio di determinazione - fattispecie.

Ai sensi dell'art. 68, co. 6 del TUIR "le plusvalenze indicate nelle lettere c), c-bis) e c-ter) del comma 1 dell'art. 67 sono costituite dalla differenza tra corrispettivo percepito ovvero la somma od il valore normale dei beni rimborsati ed il costo od il valore di ac-

quisto assoggettato a tassazione, aumentato di ogni onere inerente alla loro produzione, compresa l'imposta di successione e donazione, con esclusione degli interessi passivi".

Detto costo d'acquisto delle quote oggetto di cessione, nel caso in esame è stato correttamente individuato dall'Ufficio.

Il diverso criterio di calcolo proposto da parte ricorrente (con il "metodo del patrimonio netto") è previsto in alternativa al primo articolo 2426 c.c. per le sole partecipazioni immobilizzate detenute da società tenute alla redazione del bilancio.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2021, n. 159 - Pres. Di Napoli - Rel. Scanu.

IVA - eccedenza detraibile - omessa dichiarazione - detrazione - annualità successive - esclusione.

In tema di IVA, il comma 2 dell'art. 30 del DPR 633/1972, prevede che se dalla dichiarazione annuale risulta un'eccedenza di IVA detraibile, il contribuente ha diritto di computare l'importo dell'eccedenza in detrazione dell'anno successivo; tuttavia, quando il credito IVA è maturato in un'annualità per la quale sia stata omessa la relativa dichiarazione non può essere portato in detrazione nelle dichiarazioni successive.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 18 marzo 2021, n. 231 - Pres. De Lucchi - Rel. Goso.

IVA - art. 8 lett. b) del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 - esportazioni indirette - a cura del cessionario non residente - avvenuta uscita della merce dalla ue - prova - documentazione idonea - individuazione - esclusiva rilevanza della bolletta doganale - infondatezza.

In forza di tale previsione, le cd. "esportazioni indirette", ossia le esportazioni di beni con trasporto a cura del cessionario non residente, beneficiano del regime di non imponibilità IVA, a condizione che i beni escano dal territorio comunitario entro 90 giorni dalla consegna al cessionario non residente.

Nel caso in esame, non essendo contestato il requisito temporale predetto, il primo giudice ha ritenuto che l'avvenuta uscita della merce dal territorio doganale dell'Unione fosse compiutamente comprovata dalle seguenti risultanze documentali:

- Il DAU dell'esportatore che ha lo stesso numero identificativo della notifica di esportazione dell'Agenzia delle dogane;*
- Il visto della dogana sul certificato di circolazione delle merci che ha lo stesso numero identificativo del DAU dell'esportatore;*
- La fattura del trasportatore che identifica le merci trasportate con lo stesso numero riportato nel certificato di circolazione delle merci vistato dalla dogana e nel DAU dell'esportatore;*
- I numeri dei bilici delle merci che corrispondono a quelli riportati nella fattura dell'esportatore e nel certificato di circolazione.*

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 marzo 2021, n. 212 - Pres. Di Napoli - Rel. Grasso.

IVA - mancato versamento - sanzione applicabilità - irregolare tenuta delle scritture contabili - sanzione - non applicabilità - mancato versamento iva - non rileva.

L'atto oggetto di impugnazione, relativo a violazioni Iva per l'anno d'imposta 2014, ha determinato l'irrogazione di due sanzioni: a) sanzione di € 1.207,20 irrogata ex art. 13 D.lgs N

417/1997 per mancato versamento di Iva nell'anno per € 4.024,00; b) sanzione di € 500,00, irrogata ai sensi dell'art. 9, c. 1, D.LGS n. 471/97, per irregolare tenuta dei registri Iva;

In relazione alla sanzione sub a), è stato rilevato il mancato versamento Iva afferente 1) ricavi da fatture per proventi pubblicitari e per contratto di utilizzo dell'impianto da...; 2) ricavi da gestione bar, pari a ...; 3) riaddebito utenze ... pari a € 1.098,00; 4) riaddebito utenze bar ...; 5) contributi gestione impianti dal Comune di...

È, per contro, fondata la doglianza della ricorrente relativa alla sanzione sub b), non potendosi argomentare l'irregolare tenuta dei registri contabili unicamente sul fondamento dell'omesso versamento Iva sopra rilevato, che in tutta evidenza ha avuto motivazioni - pur erronee - giuridiche e non risulta sia derivato da inidonea tenuta dei registri contabili.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2021, n. 170 - Pres. Picozzi - Rel. Morbelli.

PROCESSO - incompetenza - sacralità della sentenza di incompetenza - riassunzione.

Come esattamente rilevato dall'Agenzia delle Entrate, infatti, la CTP di Treviso, con sentenze ... ha disposto la trasmissione degli atti alla CTP di Genova per la riunione ai ricorsi pendenti riguardanti.

Tale sentenza, al di là del mancato utilizzo di una formula sacramentale in tal senso, deve oggettivamente ritenersi avere natura di sentenza di incompetenza, sia pure per ragioni di connessione, non potendo attribuirsi altra tipologia alla sentenza con cui un giudice tributario si spogli di una causa a favore di altro giudice tributario per ragioni di competenza.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 febbraio 2021, n. 49 - Pres. Di Napoli - Rel. Penna.

PROCESSO TRIBUTARIO - cartella di pagamento - notificazione - motivi aggiunti - proposizione - condizione.

Presupposto indispensabile per l'ammissione di motivi aggiunti è la loro non proponibilità al momento di notificazione del ricorso in quanto il ricorrente non era a conoscenza del contenuto integrale o parziale di determinati atti; il ricorrente per essere legittimato a proporre motivi aggiunti deve venire a conoscenza di siffatti atti o documenti (elemento soggettivo) a seguito del deposito in giudizio (elemento oggettivo) ovvero tramite la visione diretta del fascicolo di causa: la C.T. non ha l'obbligo di comunicare alle parti il deposito degli atti. I motivi aggiunti possono riferirsi solo ad atti o documenti del procedimento non a fatti conosciuti o circostanze conosciute dopo la proposizione del ricorso (visione non extragiudiziale del vizio). Pertanto, la disciplina dell'art. 24 citato in tema di motivi aggiunti rileva una precisa rigidità che richiede l'adeguamento della strategia processuale del ricorrente ossia la necessità di evidenziare nel ricorso introduttivo tutti i motivi specifici di censura e la richiesta di annullamento totale dell'atto impugnato. Conseguentemente, all'atto dell'impugnazione di una cartella di pagamento che risulti pacificamente esser stata ricevuta dal contribuente, costui già in sede di ricorso deve formulare motivi che abbiano ad oggetto l'assenza di fede privilegiata, la difformità della copia informatica, l'invalidità del documento informatico, l'omessa sottoscrizione digitale, la mancata identificazione del mittente, la notifica senza intervento ufficiale notificatore, non rinviandone la formulazione ad una "memoria" successiva.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 febbraio 2021, n. 52 - Pres. Di Napoli - Rel. Penna.

PROCESSO TRIBUTARIO - art. 616 c.p.p. - somma da pagare alla Cassa delle Ammende - natura tributaria - esclusione - giurisdizione - Giudice Ordinario.

La somma al cui pagamento a favore della Cassa delle Ammende è condannata, ai sensi dell'art. 616 c.p.p., la parte privata nel caso in cui il suo ricorso sia dichiarato inammissibile non ha natura tributaria: pertanto, le relative controversie rientrano nella giurisdizione del Giudice Ordinario, come tutte le questioni relative al recupero di crediti relativi a somme dovute a titolo di multe e ammende e spese processuali.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 febbraio 2021, n. 64 - Pres. Picozzi - Rel. Morbelli.

PROCESSO TRIBUTARIO - litispendenza e continenza - processo tributario - applicabilità - sussistente - secondo ricorso proposto - improcedibilità.

L'istituto della continenza, come del pari quello della litispendenza, espressioni del principio del ne bis in idem, sono volti ad evitare il contrasto di giudicati. Tali istituti devono ritenersi applicabili anche al processo tributario, pur se lo stesso abbia natura impugnatoria, in forza del rinvio alle norme del c.p.c. contenuto nell'art. 1, comma 2, d.lgs. 546/92. Deve, peraltro, rilevarsi come gli istituti della litispendenza e della continenza presuppongano la pendenza dei giudizi davanti a giudici diversi, mentre, ove gli stessi pendano davanti allo stesso giudice, sopperisce l'istituto della riunione dei processi di cui all'art. 273 c.p.c.. Può tuttavia accadere, per le ragioni più varie, che la riunione non venga disposta, di talché uno dei ricorsi giunga in decisione per primo: in tale caso deve ritenersi che il secondo ricorso, in ogni caso ove sussista litispendenza ovvero quando il primo contenga il secondo nel caso di continenza, diventi improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Il ricorrente, infatti, perde, per effetto della decisione del primo ricorso, l'interesse alla decisione del merito del ricorso, atteso che ha già ottenuto una decisione satisfattiva del suo interesse alla pronuncia sulla controversia, quale che sia stato l'esito favorevole o sfavorevole della stessa. Commissione

Tributaria Provinciale di Genova, 16 marzo 2021, n. 163 - Pres. Graziano - Rel. Prevati.

PROCESSO TRIBUTARIO - principio di non contestazione - processo tributario - applicabilità - contestazioni specifiche - onere della parte costituita.

A fronte delle giustificazioni di per sé plausibili e documentate offerte dalla parte ricorrente, l'Ufficio ha l'onere di effettuare specifiche contestazioni. Conseguentemente, se le controdeduzioni dell'ufficio non vanno oltre il generico richiamo di quanto già esposto nella motivazione dell'atto impugnato, in mancanza di ulteriori elementi, le affermazioni della parte ricorrente possono dirsi contestate soltanto in forma generica, tale da non impedire l'applicazione del principio di non contestazione di cui all'art. 115/1 c.p.c. in quanto non specificamente contestate dalla parte resistente costituita, principio applicabile in forza dell'art. 1 comma 2 d.lgs 546/92 anche in questa sede.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 17 marzo 2021, n. 227 - Pres. Varalli - Rel. Oddone.

PROCESSO TRIBUTARIO - diniego di autotutela - sua impugnabilità - tutela dell'affidamento - necessità - fattispecie.

Deve preliminarmente essere respinta l'eccezione di inammissibilità del ricorso, dovendosi ritenere impugnabile il diniego di autotutela (cfr. Cass. 12930/2013), e potendosi nella specie ravvisare la sottoposizione al controllo di legittimità del diniego da parte di questa Commissione, per la sua rispondenza all'interesse pubblico, per le ragioni che seguono.

In primo luogo non è ostativa l'addotta definitività del provvedimento per omessa impugnazione, essendo, come rilevato dal primo giudice, nella specie il ricorso ammesso solo per vizi propri, e precisandosi nelle "informazioni per il contribuente" soltanto che "la richiesta di autotutela deve essere presentata in carta semplice all'Ufficio indicato in intestazione", senza specificare che la contribuente avrebbe dovuto fornire la prova liberatoria nel termine di 60 giorni dalla notifica dell'atto.

In secondo luogo la totale e comprovata assenza di condotte della società appellata che potessero essere oggetto di sanzioni risultava già a conoscenza dell'Ufficio, come dallo stesso ammesso.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 5 gennaio 2021, n. 6 - Pres. e Rel. Picozzi.

RISCOSSIONE - tributi erariali - prescrizione - decennale - decorrenza.

Pur per le imposte IRPEF, IRAP ed IVA il decorso prescrizionale risulta quello ordinario decennale di cui all'art. 2946 c.c., in quanto l'obbligazione tributaria, pur avendo cadenza annuale, ha carattere autonomo ed unitario ed il pagamento non è mai legato ai precedenti anni, bensì risente di nuove ed autonome valutazioni in ordine alla sussistenza dei presupposti impositivi anno per anno.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 gennaio 2021, n. 41 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione - pec - sottoscrizione - mancanza - irrilevanza.

In tema di notificazione di una cartella di pagamento, nessuna norma di legge impone che la copia su supporto informatico della cartella di pagamento in origine cartacea, notificata dall'agente della riscossione tramite PEC, venga poi sottoscritta con firma digitale. Inoltre, in assenza di disconoscimento espresso deve considerarsi validamente effettuata la notifica della copia per immagine scansionata della cartella di pagamento. Inoltre lo stesso contribuente ha prodotto la ricevuta della notificazione via pec della cartella talché eventuali profili di nullità della notificazione si devono ritenere sanati per raggiungimento dello scopo.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 2 febbraio 2021, n. 50 - Pres. Di Napoli e Rel. Penna.

RISCOSSIONE - cartella di pagamento - notificazione - soggetto che ricevuto la notifica in luogo del destinatario dell'atto - validità - condizioni.

In caso di notificazione ai sensi dell'art. 139, secondo comma, cod. proc. civ., non è causa di nullità della notificazione la mancata indicazione del rapporto tra la persona cui è fatta la consegna dell'atto e il destinatario della notificazione, né l'ufficiale giudiziario notificante ha l'obbligo di fare ricerche in ordine al rapporto di dipendenza tra la persona che si qualifica addetta alla casa e

il destinatario dell'atto, dovendo affidarsi alle dichiarazioni che gli vengono rese, semprechè queste concorrano con le apparenze, incommodo su colui che contesti l'eventuale diffidenza tra le apparenze e la realtà contestare la validità della notificazione, con la dimostrazione della assoluta occasionalità della presenza del consegnatario nel luogo di sua residenza. Pertanto, se pur da quanto riportato negli avvisi di ricezione degli atti da notificare, non emergono precise qualificazioni da parte della persona che ha curato il ritiro dell'atto, la assenza di rifiuto al ritiro stesso dell'atto da parte del consegnatario - rifiuto che necessariamente avrebbe dovuto essere riferito in caso di non effettuata consegna dell'atto - unitamente alle apparenze e circostanze fatti che sono emerse al momento della notifica, ragionevolmente, oltre che presuntivamente, fanno emergere la esistenza di una relazione tra i due soggetti in questione, tale da far ritenere una regolare consegna al destinatario dell'atto ritirato dal consegnatario.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 12 marzo 2021, n. 153 - Pres. Picozzi - Rel. Simonazzi.

RISCOSSIONE - decreto di sgravio - effetti.

Il decreto di sgravio, per quanto significativo della volontà dell'amministrazione a non procedere oltre nell'esecuzione, non equivale alla rimozione in senso giuridico degli atti pretensivi, ovvero all'annullamento dell'avviso e della cartella, essendo piuttosto una mera comunicazione dell'ufficio precedente all'esattore.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 gennaio 2021, n. 40 - Pres. e Rel. Picozzi.

TRIBUTI LOCALI - TARI - immobile - modifica della destinazione d'uso - mancanza di destinazione - assoggettabilità - non sussiste.

Trattandosi di immobili in fase di modifica di destinazione di uso (un magazzino da trasformare in locale abitativo, nonché la costruzione del pertinenziale passo carrabile di accesso), non è dato ravvisare la destinazione delle aree negli anni in questione e, soprattutto, se la realizzazione delle opere edilizie sin qui eseguite risulti idonea alla ipotizzata modifica della classificazione catastale delle opere ai fini IMU. Pertanto, non può allo stato dimostrarsi la debenza dell'IMU pretesa negli atti impugnati.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 24 febbraio 2021, n. 129 - Pres. e Rel. Picozzi.

TRIBUTI LOCALI - TARI - impresa commerciale - magazzini ed aree di vendita - produzione di imballaggi - assoggettamento - esclusione.

TRIBUTI LOCALI - TARI - parcheggio accessorio a centro commerciale - assoggettamento - esclusione.

Relativamente alla grande distribuzione, non sono assoggettabili a TARI né le aree adibite ad attività commerciali - tra le quali, in primis, quelle destinate alla vendita - né i locali destinati a depositi o imballaggi. Infatti, per tali aree l'eventuale presenza di personale o di acquirenti non sposta la destinazione nettamente prevalente alla produzione di rifiuti speciali (quali cartoni da imballaggi) e non urbani.

Non è assoggettabile a TARI l'area adibita a parcheggio in quanto, trattandosi di area accessoria destinata alla sosta dei veicoli dei dipendenti e dei clienti, non è per sua natura, destinata alla produzione di rifiuti.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 15 marzo 2021, n. 207 - Pres. Fanucci - Rel. Ceriale.

TRIBUTI LOCALI - IMU - terminal portuale - aree demaniali in concessione - classificazione catastale in cat. D - illegittimità - cat. E - spettanza - fattispecie.

Essendo vincolate all'attività di movimentazione, deposito e custodia di materiale destinato allo sbarco/imbarco da/sulle navi in attracco, circostanza non contestata in causa, le aree condotte in concessione dell'appellante costituiscono, nel suo insieme di moli, banchine, magazzini, terminal e aree di manovra e sosta, una "stazione marittima" legittimamente classificabile in categoria E, esente da IMU, e non un compendio dotato di autonomia funzionale e reddituale riconducibile alla categoria D imponibile.

Commissione Tributaria Regionale per la Liguria, 16 marzo 2021, n. 212 - Pres. De Lucchi - Rel. Oddone.

TRIBUTI LOCALI - IMU - abitazione principale - criterio di sua configurabilità - esenzione - residenza anagrafica di entrambi i coniugi - necessità.

L'art. 13, comma 2 del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, per quanto qui rileva, statuisce che "L'imposta municipale propria non si applica al possesso dell'abitazione principale e delle pertinenze della stessa, ad eccezione di quelle classificate nelle categorie (...). Per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore ed il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente".

Ciò comporta quindi che debbano concorrere i due requisiti, in quanto il suo nucleo familiare non solo vi dimorino stabilmente, ma vi risiedano anche anagraficamente.

Tale interpretazione appare conforme al costante orientamento espresso dalla S.C., in ordine alla natura di stretta interpretazione delle norme agevolative in questione (cfr., in tema di ICI, Cass., 2017/23833; Cass. 15444/2017; Cass., ord. n. 3011 del 2017; condiviso anche dalla Corte Cost. 20 novembre 2017, n. 242; Cass. ord. 18096 del 2019; Cass., 115439/2019, 8627/2019).

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 27 gennaio 2021, n. 36 - Pres. Di Napoli - Rel. Parentini.

TRIBUTI VARI - PREU (prelievo unico erariale) - slot machines - natura.

IMPOSTE SUL REDDITO - slot machines - ricavi - attività d'impresa - associazione senza scopo di lucro - incompatibilità.

Il PREU (prelievo unico erariale), non può essere assimilato a ritenuta alla fonte, ma costituisce una forma di tassazione sostitutiva per il soggetto percettore di vincite che non è soggetto ad alcuna ulteriore tassazione. Detto prelievo viene trattenuto poi versato dal gestore per conto del vincitore, si tratta dunque della tassazione in capo a quest'ultimo e non della tassazione in capo al gestore, il quale è tenuto a versare le imposte per la propria attività d'impresa.

I ricavi derivanti dall'utilizzo delle slot machines sono, come tutti i ricavi di impresa, soggetti al relativo obbligo di dichiarazione. Il sistematico impiego di slot machine, attività strutturalmente aleatoria con finalità commerciale, è incompatibile con la vocazione sociale dello scopo perseguito dall'associazione ricorrente, come stabilito dal relativo statuto, talché il collegio - stante il manifesto contrasto tra l'attività istituzionale dell'ente e il gioco d'azzardo lecito - ritiene che i ricavi di tale attività non possano ritenersi, neppure latamente, collegati, allo scopo perseguito dall'ente e fruire pertanto del relativo regime agevolativo fiscale.

Commissione Tributaria Provinciale di Genova, 26 febbraio 2021, n. 132 - Pres. Picozzi - Rel. Gibelli.

TRIBUTI VARI - Contributo Unificato Tributario - dovuto per ciascun atto impugnato - chiara individuazione.

Il contributo unificato, in forza dell'art. 14, comma 3 bis del dpr 115/02 (TUSG) è dovuto, in sede tributaria, in ragione di ogni atto impugnato. Naturalmente la Commissione, nell'interpretare il criterio di cui sopra, non può tenere in alcun conto, un presunto portato normativo, della direttiva della Direzione della Giustizia Tributaria menzionata in atti. Si tratta infatti di fonte secondaria sub-regolamentare, ovvero di atto normativo di mera giudia per il personale amministrativo. In ogni caso si tratta di fonte che in nulla impegnà il giudice. Nondimeno la prospettiva della direttiva, che in definitiva di poco specifica il contenuto della legge, che già fa riferimento all'atto impugnato come unità impositiva, appare sostanzialmente condivisibile. Particolarmente appare logico che il numero di atti impugnati, oltre al loro valore cumulato, sia indice razionale di maturazione dei costi di gestione del sistema giudiziario che l'imposizione speciale in questione intende attenuare. Unico caso in cui il criterio della imposizione "atto per atto" parrebbe abusivo è quello in cui l'impugnazione di un atto successivo non avvenga per vizi suoi propri, ma solo perché lo stesso atto è "prima notizia di atto presupposto", reale oggetto dell'impugnazione. In tal caso, quale base di calcolo, vanno assunti solo gli atti presupposti, quali veri atti impugnati. Più discutibile il caso in cui l'atto presupposto sia impugnato "in uno con l'atto consequenziale", ma siano dedotti vizi propri di entrambi, parendo in tal caso corretto considerare i due atti, ma senza duplicare il valore.

Sezione di diritto penale

Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 4 novembre 2020, n. 1660 - Giudice Lepri.

REATI contro la persona - omicidio colposo - reato omissivo improprio - posizioni di garanzia - fonte giuridica - poteri impeditivi dell'evento - prevedibilità ed evitabilità - giudizio controfattuale - concorso colposo nel delitto doloso - condotte colpose indipendenti.

Il principio interpretativo che deve guidare il giudice nell'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p., comma 2, al fine di accettare la posizione di garanzia, si sostanzia nel tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta, o altra fonte obbligante - e, in tale ambito ricostruttivo, al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, come scaturiente dalla determinata fonte di cui si tratta, nel valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza (1).

(Cfr.: Cass., 6 marzo 2015, n. 9855)

Il giudice che recepisce una sentenza definitiva di altro e diverso procedimento, mantiene comunque intatta l'autonomia e la libertà di accertamento e valutazione dei fatti, a lui istituzionalmente riservata, né men che mai può ritenersi che il giudice sia vincolato in via pregiudiziale alla qualificazione giuridica dei fatti storici come ritenuti nella pregressa e diversa decisione (2).

(Cfr.: Cass., 11 gennaio 2017, n. 1140)

(...Omissis...)

Capi di imputazione.

a) (...omissis...) articolo 113, 589 comma 1 e 3 c.p. perché, quali dirigenti tecnici del Consorzio Autonomo del Porto di Genova, (...omissis...) quale ingegnere Capo nonché capo del servizio tecnico, (...omissis...) quali dirigenti, in cooperazione tra loro e con il commissario del C.A.P., per colpa derivante da negligenze imprudenza ed imperizia, redigevano il progetto precontrattuale per la costruzione della torre piloti del Porto di Genova che inseriva la suddetta torre a cavallo della banchina senza tenere conto della azioni non ordinarie sulle strutture quali l'urto delle navi in manovra nello spazio acqueo antistante al manufatto indicato; a fronte di tale progettazione la torre veniva dunque costruita con progetto che non teneva conto delle azioni non ordinarie sulle strutture ed in assenza di qualsiasi protezione in adiacenza ad un'area di manovra ed evoluzione delle navi. Con specifica inosservanza di norme ed in particolare della circolare del Ministero dei Lavori Pubblici del 09/11/1978 n. 18591. Ripresa sul punto negli stessi termini dalla successiva circolare 22631 del 24/05/1982 che prevedeva la necessità di considerare le azioni non ordinarie tra le quali venivano espressamente citati quale esempio gli urti, e delle specifiche discipline per la buona costruzione delle strutture portuali in particolare nelle zone adiacenti alle aree di manovra. A seguito dell'urto della nave Jolly Nero con la torre ed il conseguente abbattimento di essa cagionavano così il decesso delle nove persone ed il ferimento delle altre quattro (...omissis...).

b) (...omissis...) Articolo 113, 589 comma 1 e 3 c.p., 40 comma 2 c.p. perché, quale commissario del Consorzio Autonomo del Porto di Genova in cooperazione con (...omissis...), per colpa derivante da negligenza imprudenza ed imperizia approvava, con delibera 98/39/COM in data 08/11/1994, il progetto precontrattuale per la costruzione della torre piloti del Porto di Genova e disponeva l'esecuzione delle opere; il progetto inseriva la suddetta torre a cavallo della banchina senza tenere conto delle azioni non ordinarie incidenti sulle strutture quali l'urto delle navi in manovra nello spazio acqueo antistante al manufatto indicato: a seguito di tale disposizione la torre veniva dunque costruita con progetto che non teneva conto delle azioni non ordinarie ed in assenza di qualsiasi protezione in adiacenza ad un'area di manovra ed evoluzione delle navi.

c) (...omissis...) Art. 589 commi 1 e 3, 40 comma 2, 113 c.p. perché (...omissis...) quale membro della commissione della III Sezione del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici con competenza specifica sul controllo tecnico sulle opere marittime e portuali e (...omissis...) quale Presidente della Sezione, in cooperazione tra loro, per colpa derivante da negligenza imprudenza ed imperizia unitamente agli altri membri della citata Sezione approvavano, esprimendo parere favorevole sia in relazione alla costruzione sia in relazione al posizionamento della torre, il progetto precontrattuale per la costruzione della torre piloti del Porto di Genova che inseriva la suddetta torre a cavallo della banchina senza tenere conto delle azioni non ordinarie incidenti sulle strutture, quali l'urto delle navi in manovra nello spazio acqueo antistante al manufatto indicato.

Motivi della decisione.

(...omissis...) In sostanza, quindi, secondo l'ipotesi accusatoria, nonostante fosse doveroso prevederlo e nonostante fosse prevedibile, il rischio di urti da parte delle navi non è stato previsto da nessuno dei soggetti coinvolti nell'iter di progettazione precontrattuale o di massima di approvazione del progetto e, conseguentemente, al progetto, che prevedeva la costruzione della torre piloti a cavallo di una banchina propiciente un'area di manovra delle navi priva di protezione, è stato predisposto dall'ufficio tecnico del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici ed è stato approvato dal commissario del C.A.P. Dall'insieme di tali passaggi, dunque, è derivata la costruzione della torre piloti con l'ubicazione prevista dal passaggio, la quale, sempre secondo l'impostazione accusatoria, ha costituito un rilevante antecedente causale rispetto al tragico evento del 7/05/2013 (...omissis...). Va' in proposito da subito evidenziato che, a livello di normativa nazionale, non esiste alcun espresso divieto, ispirato dalla necessità di evitare che il rischio di cui trattasi potesse concretizzarsi, avente ad oggetto la costruzione di opere portuali a cavallo delle banchine o comunque da esse non distanziate (...omissis...). Alla stregua della ricostruzione normativa appena evidenziata non paiono cogliere nel segno profili di colpa specifica contestati dal pubblico ministero nel capo di imputazione, relativi alla omessa valutazione del rischio di urti da parte delle navi in sede di progettazione, con riguardo alla violazione delle circolari riportate nel capo di imputazione (...omissis...). Quanto appena evidenziato non esclude peraltro che il quadro nor-

mativo sopradescritto, vigente alla data di redazione del progetto preliminare della torre piloti, delineasse comunque un generale obbligo di conoscenza da parte del progettista di tutte le prevedibili condizioni di sollecitazione, al quale pertanto anche coloro che ebbero a redigere detto progetto preliminare avrebbero dovuto attenersi (...omissis...). Ne deriva, pertanto, che, anche sulla base delle indicazioni desumibili da tali istruzioni, le quali pur non positivizzando a carico del progettista alcun specifico obbligo, contenevano comunque indicazioni cui parametrare la sua condotta in funzione della sicurezza di una costruzione, la progettazione di un'opera con le caratteristiche applicative del manufatto di cui trattasi, e che sarebbe stato stabilmente destinato al luogo di lavoro di molte persone, doveva comunque essere preceduta, a prescindere dal metodo di verifica utilizzato, da un'attenta valutazione di tutte le sollecitazioni che prevedibilmente avrebbero potuto operare sul manufatto e che avrebbero potuto compromettere la sicurezza dei suoi occupanti, prima tra tutte quelle dipendenti da urti di mezzi, quali le navi che, per peso e dimensioni, impattando, possono sprigionare, anche a basse velocità, forze elevatissime (...omissis...). Da quanto precede deriva che l'evento del 7/05/2013 apparteneva alla classe di eventi prevedibili dal momento che, per le considerazioni sopra svolte, erano prevedibili gli eventi disastrosi conseguenza di urti determinati da errori umani o avarie delle macchine, delle navi in manovra, non solo di accosto al fine dell'ormeggio, ma anche di evoluzione, contro le banchine delle strutture portuali, dal momento che sono irrilevanti i dettagli che, combinandosi, hanno condotto allo sviluppo della catena causale. Non può conseguentemente obiettarsi che non potesse essere prevedibile, al momento della progettazione preliminare e dell'approvazione del progetto della torre, quella particolare concomitanza di fattori che si è verificata la sera del 7/05/2013, caratterizzata non solo dall'avaria improvvisa delle macchine della nave ma anche della commissione di numerose violazioni di regole precauzionali, consistite in trascuratezza, scatterie, imprudenti sottovalutazioni dei pericoli insiti nei propri comportamenti, da parte dei veri soggetti coinvolti nella manovra che, di fatto, impedirono di avvedersi dell'avaria in tempi utili (...omissis...). Sono pertanto rimproverabili i tre imputati per non aver previsto ed evitato un evento ex ante prevedibile ed evitabile e per aver con i loro rispettivi contegni, come nell'immediato proseguo si dirà, contribuito alla costruzione della torre piloti con il noto, pericoloso, posizionamento e priva di protezioni, a sua volta concausa dell'urto, del crollo del manufatto e delle morti e dei ferimenti di talune delle persone che in quel momento si trovavano nel suo interno (...omissis...). Ne deriva pertanto che non può parlarsi di affidamento scriminante nel caso di specie, in quanto il rimproverabile posizionamento della torre piloti, priva di protezioni, previsto dal progetto preliminare è strettamente connesso, essendone la causa, al dovere dei garanti sopravvenuti di individuare regole precauzionali volte ad impedire che, in conseguenza di quel posizionamento, la costruzione di cui trattasi venisse urtata, e da ciò deriva che, se tali regole vengono violate, e per effetto di ciò, un evento di danno, che i primi garanti potevano e dovevano governare, si verifica, il nesso di causa tra la condotta di costoro e l'evento non può ritenersi escluso (...omissis...). Sia (...omissis...) sia (...omissis...) anziché fornire il loro apporto all'emanaione di un parere negativo da parte della Sezione contribuirono, invece, all'emanaione del parere favorevole oggetto di contestazione. (...omissis...). Ne deriva pertanto che l'imputato, stante la sua

mancata opposizione, sia in sede di commissione relatrice sia in sede di adunanza della Sezione, ad un progetto con le note caratteristiche e con le suddette manchevolezze, che di fatto è equivalsa a condivisione della congruità tecnica dello stesso, ha, con il proprio contegno, contribuito all'emissione del parere favorevole oggetto di contestazione, con conseguente rilevanza del contegno medesimo quanto meno in termini di cooperazione colposa ex art. 113 c.p., in effetti contestato nel capo 5 dell'imputazione, da intendersi implicitamente contestato anche nel capo 6 per effetto del richiamo, in esso contenuto, alle condotte meglio specificate nel capo che precede (...omissis...). La trasposizione al capo che ci occupa dei principi appena evidenziati deve necessariamente portare ad affermare che è, quanto meno, altamente credibile sotto il profilo logico e razionale che, se il parere del CSLP avesse rilevato le criticità insite nel progetto di massima, delle quali in precedenza si è ampiamente detto, e se conseguentemente il parere stesso fosse stato negativo, alla realizzazione del manufatto con le note caratteristiche di quel progetto di massima non si sarebbe proceduto, sebbene la natura del parere stesso non implicasse l'amministrazione a desistere (...omissis...). È dunque, quanto meno, altamente logico e credibile ritenere che se il parere della 3^a sezione del CSLP fosse stato, come doveva essere, negativo, alla costruzione della torre piloti, con le note caratteristiche ubicate, non si sarebbe proceduto (...omissis...).

P.Q.M.

Visti gli artt. 533, 535 c.p.p. dichiara (...omissis...) responsabili dei reati loro rispettivamente ascritti (...), ritenuto il concorso formale tra i suddetti reati ascritti a (...omissis...) e concesse a tutti le attenuanti generiche equivalenti alle aggravanti contestate, condanna (...omissis...) alla pena di anni tre di reclusione, (...omissis...) alla pena di anni due di reclusione, (...omissis...) alla pena di anni uno, mesi sei e giorni venti di reclusione e (...omissis...) alla pena di anni uno di reclusione. Condanna gli imputati di cui sopra al pagamento delle spese processuali. Concede agli imputati (...omissis...) il beneficio della sospensione condizionale della pena. Condanna i predetti imputati (...) in solido tra loro e con i rispettivi responsabili civili (...omissis...) al risarcimento del danno patito da tutte le costituite parti civili, ad eccezione (...omissis...), danno da liquidarsi in separato giudizio civile (...omissis...).

(1-2) Il reato omissivo improprio nel caso "torre piloti bis": riflessioni sulle peculiari e presunte posizioni di garanzia nella fase di approvazione del progetto.

Sommario: 1. Premessa. - 2. "Torre piloti bis": un processo diviso a metà. - 3. La condanna penale dei "progettisti": luci e ombre. - 3.1. Riflessioni sotto il profilo dell'omessa individuazione della fonte giuridica delle posizioni di garanzia riconosciute in capo agli imputati - 3.2. I membri del CSLP quali garanti del rischio di urti di navi contro la torre piloti: dubbi e perplessità. - 3.3. Dalle condotte risalenti al 1993 a quelle tenute la notte del 7/05/2013: un'unica serie causale o apporti causali indipendenti? - 4. Considerazioni conclusive: discutibile diniego dell'applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p.

1. Premessa.

La vicenda concernente il crollo della torre piloti del porto di Genova è - come chiunque può intuire - molto complessa ed articolata.

Ai fini delle presenti riflessioni, l'illustrazione delle vicende fattuali risulterà compendiata in via di estrema sintesi, confidando di non trascurare profili essenziali del tragico evento. La notte del 7/05/2013 la torre è crollata a seguito dell'urto provocato dalla nave Jolly Nero che aveva intrapreso la manovra per uscire dal porto dopo aver mollato gli ormeggi dalla banchina Ronco.

Le condizioni metereologiche erano ottime: vento e mare calmo.

Raggiunto il bacino dell'avamporto, la nave evoluiva in senso antiorario con l'ausilio di due rimorchiatori.

Per invertire il senso di marcia, da indietro ad avanti - date le caratteristiche tecniche della nave - occorreva arrestare il motore, predisporre l'asse a camme nella direzione di marcia opportuna e riavviare il motore.

Intorno alle ore 22:53, con velocità di 3.4 nodi, la Jolly Nero attraversava lo specchio acqueo denominato "taglio della Canzio", che segna il confine tra il canale di Sampierdarena ed il bacino dell'avamporto.

All'uscita del canale di Sampierdarena, la nave veniva arrestata ma, al successivo comando di avanti molto adagio, non ripartiva.

L'equipaggio in Plancia si accorgeva che il motore non si era riavviato circa un minuto dopo l'ordine di avanti molto adagio, quando la nave si trovava a soli 70 metri dalla torre piloti e ad una velocità di circa tre nodi.

Alle ore 22:59:42, lo spigolo sinistro della poppa della nave Jolly Nero urtava contro la torre piloti, provocandone il crollo con conseguente morte di nove persone e il ferimento di altre quattro.

I superstiti hanno riferito che nessuno all'interno della torre aveva percepito l'avvicinamento pericoloso della Jolly Nero. Intorno alle ore 23:00, infatti, all'interno della torre erano presenti due squadre di militari "turnisti" in prossimità del cambio turno.

La turnazione ha comportato l'accensione delle luci interne, rendendo di fatto quasi impossibile vedere ciò che stava accadendo all'esterno ed ha distolto l'attenzione del personale dai controlli e dalle strumentazioni.

Nessuno si è accorto di nulla finché la torre non ha iniziato a crollare.

2. "Torre piloti bis": un processo diviso a metà.

Le considerazioni che seguono saranno dedicate all'approfondimento delle ragioni che hanno determinato dapprima l'incriminazione e, quindi, la condanna dei soggetti cui va riferita la responsabilità della scelta concernente l'ubicazione dell'infrastruttura portuale sul ciglio della banchina prospiciente l'area di evoluzione delle navi in manovra.

In seguito al crollo della torre piloti e alla morte di nove persone, infatti, sono stati celebrati due processi penali: il primo - che ha riguardato i componenti dell'equipaggio della Jolly Nero e i suoi ausiliari - si è concluso con la sentenza n. 6490/2021 con cui la Corte di Cassazione penale, quarta Sezione, ha affermato le responsabilità del Comandante della nave, del Primo Ufficiale nonché del Direttore di macchina. Il secondo processo, verosimilmente, è stato occasionato da riflessioni contenute nella sentenza n. 2212/2017 di primo grado che - nella parte conclusiva - si è espressa nei seguenti termini *"In particolare, secondo la prospettazione di (...omissis...), sostanzialmente condivisa anche dalle altre Difese, il progetto della torre piloti non ha tenuto in minima considerazione il rischio, tipico per le strutture portuali, di subire urti di navi e, comunque, come evidenziato da (...omissis...) avrebbe dovuto*

essere quanto meno adottato un efficace sistema di protezione, come ne esistono nel mondo in strutture similari (...omissis...). Per tali fatti pende un'indagine volta proprio ad accertare eventuali ulteriori autonome responsabilità nella causazione dell'incidente de quo, attinenti alle modalità costruttive della torre e alla sua posizione".

Ha così avuto avvio un secondo giudizio che ha visto imputati quattordici soggetti identificati in due sottogruppi.

Da un lato, è stata contestata la responsabilità di coloro che, a vario titolo, hanno contribuito alla realizzazione della torre sul ciglio della banchina prospiciente la zona di evoluzione delle navi in manovra; dall'altro lato, sono stati identificati come corresponsabili i datori di lavoro delle vittime del crollo. A tal proposito, è utile evidenziare che sono stati tratti a giudizio i progettisti dell'opera, all'epoca dipendenti dall'allora Consorzio Autonomo del Porto, nonché i componenti del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici - che avevano espresso parere favorevole sul progetto preliminare - e il legale rappresentante del Consorzio che lo aveva approvato.

Come già detto, la vicenda si è articolata in due giudizi diversi ancorché ai due distinti gruppi di imputati sia stata attribuita la realizzazione di un unico evento, consistito nell'aver provocato il crollo della torre e la morte di nove persone nonché il grave ferimento di altre quattro.

Sono stati, quindi, giudicati separatamente distinti fattori eziologici ritenuti in diretta correlazione nonostante le differenziazioni ontologiche e la consistente distanza temporale fra gli uni e gli altri.

Ed invero, il gruppo dei "costruttori" ha realizzato l'opera portuale, mentre l'equipaggio della nave l'ha demolita.

L'infrastruttura è stata realizzata nel 1993, mentre l'urto della nave è intervenuto nel 2013.

Sono sufficienti tali riferimenti, estremamente schematizzati, per comprendere che un primo, ineludibile, problema riguarda la relazione che si vada ad istituire tra le condotte risalenti al 1993 - vale a dire, a più di vent'anni fa e riassumibili nel concetto di costruzione di un'opera - e il tragico evento del 2013, riconducibile ad un'attività di abbattimento dell'opera portuale.

In altre parole, il quesito penale che si pone è: si tratta di un'unica complessa serie causale oppure di due distinte serie causalì? Le ricadute in ordine alle tematiche concernenti la causalità materiale sembrano evidenti.

Ma, anche relativamente all'elemento psicologico, possono discendere conseguenze diversificate a seconda di come si imposti il problema della sinergia di fattori concausalì.

Poste tali sintetiche premesse, si può passare ad analizzare le ragioni che hanno condotto all'affermazione di responsabilità dei "costruttori", vale a dire, dei soggetti che hanno realizzato una struttura ritenuta rilevante sul piano penale rispetto all'accadimento finale.

3. La condanna penale dei "progettisti": luci e ombre.

Innanzitutto, si osserva, a livello teorico, che nel caso in cui l'evento dannoso si sia verificato all'esito di una sequenza fattuale in cui si sia inserito il fatto doloso del terzo, è necessario individuare, dapprima, la norma cautelare violata e, successivamente, verificare se la stessa sia diretta ed evitare la condotta delittuosa del terzo.

Com'è noto, al fine di accettare la posizione di garanzia, il principio interpretativo che deve guidare il giudice nell'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40, comma 2, c.p. si sostanzia nel tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può derivare

dalla legge, dal contratto, dalla precedente attività svolta, o da altra fonte obbligante (1).

In particolare, è necessario individuare il contenuto specifico dell'obbligo, come scaturente dalla determinata fonte di cui si tratta, alla luce delle finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, nonché avuto riguardo alla natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza. Come chiarito dalla giurisprudenza, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 40 cpv. c.p., occorre che l'ordinamento attribuisca al garante “*adeguati poteri per l'impeditimento di eventi lesivi di altri beni in ragione dell'incapacità del titolare di provvedervi autonomamente*” (2).

L'accertamento dei poteri impeditivi deve peraltro essere coordinato con il giudizio avente ad oggetto la cd. causalità della colpa. Siffatto giudizio, com'è noto, è finalizzato a verificare se la regola cautelare violata dall'agente fosse diretta a prevenire l'evento verificatosi (c.d. concretizzazione del rischio) e, quindi, per converso, ad accertare se l'evento si sarebbe ugualmente verificato anche qualora il soggetto avesse agito nel rispetto della regola cautelare.

Premesso ciò, la motivazione della sentenza in commento verrà compendiata nei passaggi che, di seguito, si trascrivono in via di estrema sintesi.

“Non può conseguentemente obiettarsi che non potesse essere prevedibile, al momento della progettazione preliminare e dell'approvazione del progetto della torre, quella particolare concomitanza di fattori che ebbe a verificarsi la sera del 7/05/2013, caratterizzata non solo dall'avaria improvvisa delle macchine della nave ma anche dalla commissione di numerose violazioni di regole precauzionali, consistite in trascuratezze, sciatterie ed imprudenti sottovalutazioni dei pericoli insiti nei propri comportamenti, da parte dei veri soggetti coinvolti nella manovra, che di fatto impedirono di avvedersi dell'avaria in tempi utili (... Omissis...). Sono pertanto rimproverabili i tre imputati per non aver previsto ed evitato un evento ex ante prevedibile ed evitabile e per avere, con i loro rispettivi contegni, come nell'immediato prosieguo si dirà, contribuito alla costruzione della torre piloti con il noto, e pericoloso, posizionamento e priva di protezioni, a sua volta concusa dell'urto, del crollo del manufatto e delle morti e dei ferimenti di taluna delle persone che in quel momento si trovavano al suo interno (...omissis...)”.

I progettisti sono stati dapprima incolpati e, poi, condannati “per aver contribuito alla costruzione della torre piloti con il noto e pericoloso posizionamento” sul ciglio della banchina prospiciente l'area di evoluzione delle navi in manovra.

La premessa del ragionamento seguito in sentenza muove dall'idea secondo cui i costruttori sarebbero titolari di una posizione di garanzia rilevante, ai sensi dell'art. 40, comma 2, c.p., in relazione alla prevedibilità e, quindi, evitabilità del rischio di urti di navi in manovra contro l'infrastruttura portuale.

Il progetto preliminare della torre - con le peculiarità legate alla sua posizione - infatti, è stato valutato alla stregua di un antecedente causale nella serie di avvenimenti che, la notte del 7/05/2013, hanno condotto al crollo della torre nonché alla conseguente morte di nove persone.

La pronuncia in commento costituisce, quindi, l'occasione per sviluppare alcune riflessioni in materia di reato omissivo e di concorso colposo nel delitto doloso.

3.1. Riflessioni sotto il profilo dell'omessa individuazione della fonte giuridica delle posizioni di garanzia riconosciute in capo agli imputati.

La soluzione del caso in esame si presenta con maggior complessità rispetto a quello più frequente di una condotta col-

posta agevolativa di una condotta dolosa perché, in questa tragica vicenda, si sono inserite più condotte (alcune delle quali giudicate separatamente) che complicano il quadro d'insieme fattuale e quindi il loro inquadramento giuridico

Il primo spunto di riflessione è dato dal fatto che la sentenza “Torre piloti bis” non sembra aver individuato in modo specifico la fonte giuridica delle posizioni di garanzia riconosciute in capo agli imputati, né sembra aver accertato la reale governabilità, da parte di quest'ultimi, del rischio concretizzato nel 2013.

Da questo punto di vista, la sentenza in commento non sembra in linea con il principio sancito dalla Corte di Cassazione penale, secondo la quale: *“Il principio interpretativo che deve guidare il giudice nell'applicazione della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 c.p., comma 2, al fine di accettare la posizione di garanzia, si sostanzia nel tenere presente la fonte da cui scaturisce l'obbligo giuridico protettivo, che può essere la legge, il contratto, la precedente attività svolta, o altra fonte obbligante - e, in tale ambito ricostruttivo, al fine di individuare lo specifico contenuto dell'obbligo, come scaturente dalla determinata fonte di cui si tratta, nel valutare sia le finalità protettive fondanti la stessa posizione di garanzia, sia la natura dei beni dei quali è titolare il soggetto garantito, che costituiscono l'obiettivo della tutela rafforzata, alla cui effettività mira la clausola di equivalenza”* (3).

Un ulteriore riflessione si impone se solo si considera che è stata affermata la responsabilità solo dei soggetti il cui contributo causale si è esaurito venti anni prima della notte del 7/05/2013, come se i costruttori potessero governare il rischio, a prescindere dai vari soggetti che si sono succeduti - dal 1993 al 2013 - nella titolarità dell'infrastruttura portuale. In altre parole, come se, nel 2013, la torre piloti fosse nella titolarità di nessuno.

Sul punto, la sentenza si esprime nel senso che *“poiché opera pubblica di ingegneria civile, era collocata su di una banchina, e pertanto su di un'opera portuale. È certo inoltre che la torre piloti, poiché fatta costruire dall'allora CAP e gestita dall'autorità portuale per conto dello Stato, era certamente assimilabile ad un bene demaniale, in quanto sostanzialmente incamerata al demanio per accessione [...] non può pertanto escludersi che della sicurezza della costruzione dovesse darsi cura l'autorità portuale, anche a prescindere dal fatto che essa fosse data a terzi in concessione: è infatti l'autorità portuale, secondo la previsione del già citato art. 8 della legge 84/94, nella persona del suo presidente, a dover amministrare le aree ed i beni del demanio inseriti nell'ambito della circoscrizione territoriale, che pacificamente comprende tutte le opere portuali e gli spazi acquei antistanti ad esse, tanto che, come pacificamente emerso, gli ispettori della stessa autorità portuale effettuavano sopralluoghi all'interno del manufatto in occasione di ogni rinnovo della concessione. [...]. Ai fini che ci occupano, la disamina relativa all'effettiva sussistenza di posizioni di garanzia in capo all'autorità portuale e all'individuazione degli esatti confini della posizione di garanzia medesima varrebbe peraltro un approfondimento ulteriore solo qualora i soggetti apicali della stessa dovessero ritenersi gli unici garanti della sicurezza dalla torre piloti. Ciò che non è, dal momento che l'autorità marittima, cui, all'interno del presente procedimento, sono messe specifiche contestazioni nella persona del suo organo apicale al momento dei fatti, risulta, per le ragioni di seguito specificate, comunque destinataria di obblighi di protezione funzionali ad evitare eventi appartenenti alla medesima classe di quello per cui oggi si procede”*. In buona sostanza, la responsabilità dei soggetti che nel 2013 hanno ricoperto ruoli apicali nell'Autorità Portuale non merita approfondimento ulteriore dal momento che non sono gli unici garanti della sicurezza dell'infrastruttura portuale.

Ci si chiede: perché sono stati condannati coloro che, nel 1993, vale a dire, più di vent'anni fa, hanno realizzato una situazione di pericolo, ma non è stato neppure indagato il soggetto che, nel 2013, ricopriva una posizione apicale all'interno dell'Autorità Portuale?

Se le responsabilità dei soggetti apicali dell'Autorità Portuale non meritano approfondimento ulteriore in quanto gli stessi non sono gli unici garanti della sicurezza della torre piloti, ci si domanda: perché sono stati condannati i costruttori la cui condotta si è esaurita venti anni prima dell'evento del 7/05/2013?

3.2. I membri del CSLP quali garanti del rischio di urti di navi contro la torre piloti: dubbi e perplessità.

Ai fini delle riflessioni che, di seguito, si svilupperanno, giova premettere che il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici (CSLP) è un organo consultivo, suddiviso in sezioni, avente competenza in materia di opere marittime e le cui decisioni sono prese nell'Adunanza della sezione.

Nel caso che qui interessa, è stata l'Adunanza della III Sezione riunitasi il 15/12/1993 - e composta da quaranta membri tra i maggiori esperti di ingegneria portuale - ad esprimere con il voto n. 470 un parere favorevole sul progetto preliminare della torre piloti.

Parere che, sotto il profilo funzionale, è riconducibile alla categoria degli atti consultivi mentre, sotto il profilo strutturale, rientra nella categoria degli atti collegiali che, com'è noto, sono imputabili all'organo da cui promanano.

A tal proposito, si ricorda la sentenza n. 18/1989, con la quale la Corte Costituzionale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione alla l. 117/1988 nella parte in cui non prevedeva un “diverso grado di responsabilità” tra i membri del collegio giudicante, ha chiarito che “*La decisione emessa dall'organo giudiziario collegiale, nel nostro ordinamento, tanto in materia civile che penale, è un atto unitario, alla formazione del quale concorrono i singoli membri del collegio, in base allo stesso titolo ed agli stessi doveri. La disciplina del processo, infatti, è caratterizzata da un complesso di regole, alla stregua delle quali la decisione, sia essa sentenza, ordinanza o decreto, non rappresenta la somma di distinte volontà e convincimenti dei membri del collegio, ma la loro sintesi - operata secondo la regola maggioritaria - la quale rende la decisione impersonale e imputabile al collegio nel suo insieme*” (4).

Con riferimento all'oggetto del voto espresso dal CSLP, esso consisteva nella valutazione sia dell'interesse pubblico - alla costruzione dell'opera - sia della congruità dei costi nonché nella verifica della completezza della documentazione di progetto.

Detto in altre parole, il legislatore ha previsto l'obbligatorietà del parere del CSLP solo per quei progetti aventi un significativo impatto sulla finanza pubblica, come era il caso del progetto della torre piloti di Genova (5).

Svolte tali sintetiche premesse, si può passare all'analisi del capo di imputazione che ha tratto a giudizio il Presidente nonché un - solo - membro dell'Adunanza del CSLP tenuta, come già detto, nel 1993 per esprimere un parere sul progetto preliminare della torre piloti.

I Proff. - Ingegneri sono stati incolpati per avere “*in cooperazione tra loro*” ed “*unitamente agli altri membri della citata Sezione*” approvato “*il progetto precontrattuale per la costruzione della torre piloti del Porto di Genova (...omissis...) esprimendo parere*”.

Sembra che dal capo di imputazione sia derivata un'errata identificazione della posizione di garanzia ascritta agli imputati, membri del CSLP, nella parte in cui si riferisce alla condotta degli stessi in termini di “approvazione” del progetto preliminare mediante l'emanaione del parere.

Come già detto, il CSLP è un organo consultivo e, quindi, non gode di poteri di amministrazione attiva, vale a dire, che non è titolare di poteri aventi natura inibitori e/o impeditivi in grado di incidere sull'*iter* di approvazione dei progetti in relazione ai quali vengono resi i pareri.

La diversità delle funzioni proprie degli organi consultivi rispetto a quelle degli organi di amministrazione attiva sembra, in realtà, escludere che con il parere si possa approvare (o non approvare) un progetto, essendo detta ultima attività riservata ai soli organi di amministrazione attiva.

Quanto sopra trova inequivoca conferma nell'art. 1 della legge n. 1460/1942, che nel disporre che “*Il consiglio superiore dei lavori pubblici, quale massimo corpo tecnico consultivo dello Stato in materia di opere pubbliche, dà parere nei casi previsti dalla legge*” chiarisce la natura esclusivamente consultiva del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici.

Detto in altri termini, il CSLP non ha alcun potere deliberante in quanto, quale organo consultivo, è chiamato a formulare pareri facoltativi od obbligatori ma comunque non vincolanti (salvo i casi espressamente previsti dalla legge) e, una volta espresso il voto, non ha più alcun potere di controllo né alcuna possibilità di ingerirsi nelle successive decisioni delle amministrazioni che possono decidere, in piena autonomia, di approvare il progetto anche in presenza di un parere sfavorevole.

Successivamente, la sentenza in commento ha dichiarato la penale responsabilità dei Proff. Ingegneri in quanto “*Sia (...omissis...) sia (...omissis...) anziché fornire il loro apporto all'emanaione di un parere negativo da parte della Sezione contribuirono, invece, all'emanaione del parere favorevole oggetto di contestazione. (...omissis...). Ne deriva pertanto che l'imputato, stante la sua mancata opposizione, sia in sede di commissione relatrice sia in sede di adunanza della sezione, ad un progetto con le note caratteristiche e con le suddette manchevolezze, che di fatto è equivalsa a condivisione della congruità tecnica dello stesso, ha, con il proprio contegno, contribuito all'emissione del parere favorevole oggetto di contestazione, con conseguente rilevanza del contegno medesimo quanto meno in termini di cooperazione colposa ex art. 113 c.p., in effetti contestato nel capo 5 dell'imputazione, da intendersi implicitamente contestato anche nel capo 6 per effetto del richiamo, in esso contenuto, alle condotte meglio specificate nel capo che precede (...omissis...). La trasposizione al capo che ci occupa dei principi appena evidenziati deve necessariamente portare ad affermare che è, quanto meno, altamente credibile sotto il profilo logico e razionale che, se il parere del CSLP avesse rilevato le criticità insite nel progetto di massima, delle quali in precedenza si è ampiamente detto, e se conseguentemente il parere stesso fosse stato negativo, alla realizzazione del manufatto con le note caratteristiche di quel progetto di massima non si sarebbe proceduto, sebbene la natura del parere stesso non implicasse l'amministrazione a desistere (...omissis...). È dunque, quanto meno, altamente logico e credibile ritenere che se il parere della 3° sezione del CSLP fosse stato, come doveva essere, negativo, alla costruzione della torre piloti, con le note caratteristiche ubicate, non si sarebbe proceduto (...omissis...). Va preliminarmente esclusa la fondatezza di ogni possibile obiezione tendente a negare l'esistenza di una posizione di garanzia dei membri del CSLP, necessaria in considerazione del connotato prettamente ommissivo del profilo in esame, rispetto alla prevenzione del rischio di urti delle navi contro le strutture sulle quali sarà chiamato ad esprimere il loro parere (...omissis...). Si è già evidenziato che il parere del CSLP è un parere tecnico, e quindi un parere che deve necessariamente riguardare la conformità dell'opera a quanto imposto dalle norme tecniche. Poiché tali norme (...omissis...) imponevano ai progettisti di prevedere tutte le possibili sollecitazioni in cui la struttura progettata avrebbe potuto andare soggetta, non*

pare controvertibile che, il compito demandato dalla legge al CSLP, di emettere pareri tecnici trasferisca ai suoi membri una posizione di garanzia a cui sono riconnessi obblighi di controllo, da adempiere in sede di emanazione del parere, funzionale alla protezione di tutti i beni giuridici che per effetto di un progetto tecnicamente lacunoso possono essere aggrediti”.

In poche parole, la sentenza ha ricostruito una posizione di garanzia in capo ai membri del CSLP avuto riguardo alla natura tecnica del parere favorevole da essi espresso nel 1993. Innanzitutto, ci si chiede: perché, all'interno dell'Adunanza della III Sezione del CSLP del 15/12/1993 sono state riti gliate solo le posizioni di responsabilità di un solo membro e del Presidente della stessa?

Come già detto, infatti, dal principio di unitarietà degli atti collegiali deriva - necessariamente - la pari responsabilità di tutti i membri laddove la condotta oggetto di contestazione consista nell'emanazione di un atto collegiale, reso all'unanimità, come nel caso del parere favorevole espresso dal CSLP sul progetto preliminare della torre piloti.

A ragionare diversamente, vale a dire, attribuendo la responsabilità dell'atto collegiale ad alcuni soltanto dei membri, si violerebbe il principio costituzionale di personalità della responsabilità penale e, quindi, il divieto di responsabilità per fatto altrui (art. 27, comma 1, Cost.).

Pertanto, si ritiene che se una reale posizione di garanzia esistesse, di essa non potrebbe che essere titolare il collegio - autore del parere - ma non i suoi singoli membri.

Avuto riguardo al contenuto del parere, poi, si osserva che se la funzione del CSLP fosse stata quella di valutare la sicurezza dell'opera, allora tale valutazione - sulla congruità dei costi e sull'interesse pubblico - sarebbe stata prevista obbligatoriamen te anche per le opere marittime non incidenti in modo significativo sulla finanza pubblica.

Invece, l'art. 15 L. 1460/1942 - recante l'elencazione dei progetti in cui il parere del CSLP è obbligatorio - stabilisce tutte le ipotesi di obbligatorietà del parere e che si riferiscono a progetti a carico totale o parziale della finanza pubblica.

La normativa evidenzia che non era compito del CSLP esprimere valutazioni in relazione alla pericolosità della torre piloti e, in generale, in ordine al problema della sicurezza dell'infrastruttura portuale.

In altre parole, l'affermazione di responsabilità dei due Ingegneri non sembra trovare riscontro in alcuna posizione di garanzia prevista dall'ordinamento né sembra giuridicamente fondata la condanna penale derivante esclusivamente dalla natura tecnica del parere espresso dal CSLP.

3.3. Dalle condotte risalenti al 1993 a quelle tenute la notte del 7/05/2013: un'unica serie causale o apporti causali indipendenti?

Si può passare ora ad analizzare il quesito sollevato all'inizio del presente commento: ci si domanda se si debba considerare la tragica vicenda in esame come un'unica serie causale o, piuttosto, se le condotte tenute dai progettisti nel 1993 vadano valutate alla stregua di apporti causali indipendenti.

La questione si pone alla luce del fatto che la sentenza "Torre piloti bis" ha considerato l'intera vicenda alla stregua di un'unica serie causale; tuttavia, non ha accertato l'ultimo anello della catena causale - quello relativo alla manovra della nave - in quanto "per evidenti ragioni connesse al principio del *ne bis in idem*, di tali aspetti non è pertanto consentita a questo giudice una rivalutazione di merito, se non entro i limiti in cui essa è necessaria ai fini della decisione da assumere nel presente procedimento".

Detto in altri termini, i fatti accertati durante il primo processo - come già detto, avente ad oggetto i componenti dell'equipaggio della Jolly Nero ed i loro ausiliari - non sono stati nuovamente valutati nel secondo processo riguardante soggetti diversi.

Tuttavia, si ritiene che, fermo il divieto del *ne bis in idem* e al solo fine di accertare la sussistenza e il grado della responsabilità degli imputati da giudicare, il secondo giudice conservi integra l'autonomia e la libertà di verificare come sono andati i fatti (6).

L'assenza di una simile ricostruzione, infatti, contrasta con la nozione di giudizio controfattuale ("*contro i fatti*") che esige ontologicamente l'accertamento di ciò che è realmente accaduto.

A tal riguardo, la Corte di Cassazione esclude che l'individuazione della classe di eventi possa avvenire ad un livello di astrazione tale da prescindere da qualsivoglia esame delle circostanze concrete.

Ed infatti, al fine di valutare la rimproverabilità dell'evento a titolo di colpa e, quindi, la prevedibilità ed evitabilità *ex ante* dell'evento occorre "*che quest'ultimo sia ricompreso tra le conseguenze dannose che la regola cautelare omessa (sia essa generica: diligenza, prudenza, perizia) sia essa specifica (ossia dettata da specifiche norme) mirava a prevenire (cd. concretizzazione del rischio). L'esistenza di tali presupposti è nella specie affermata nella sentenza impugnata sulla base di considerazioni tautologiche e di regole di giudizio non conformi a una corretta ricostruzione teorica degli stessi. 6.1. Non appare anzitutto corretta l'affermazione secondo cui è sufficiente in proposito che l'imputato potesse rappresentarsi la potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno (nel caso di specie uno stato di disidratazione e il conseguente squilibrio elettrolitico) e non anche l'evento dannoso così come determinatosi (morte da sopravvenuta sepsi di origine ignota). Si tratta infatti di un'affermazione frutto evidentemente di una eccessiva dilatazione di un principio bensì presente in giurisprudenza ma riferito a casi non omologhi e, in definitiva, di una non pertinente applicazione dello stesso alla fattispecie che ne occupa. È ben vero infatti che, in tema di colpa, la necessaria prevedibilità dell'evento non può riguardare la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni; è anche vero però che essa, onde non pervenire a eccessive generalizzazioni dell'evento prevedibile che finirebbero con lo svuotare il significato e il ruolo selettivo di tale requisito, deve mantenere un certo grado di categorialità, nel senso che deve riferirsi alla classe di eventi in cui si colloca quello oggetto del processo, tenendo fermo che, come è stato detto, "il giudizio di prevedibilità altro non è che il giudizio circa la possibilità di previsione di eventi simili e, dunque, di eventi che hanno in comune con il risultato concreto prodottosi determinate caratteristiche"* (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenahn, Rv. 261106; v. anche Sez. 4, n. 39606 del 28/06/2007, Marchesini, Rv. 237880) (7).

Ancora, «Le considerazioni sin qui svolte sul tema della prevedibilità, quale parametro di commisurazione della regola cautelare (distinta dal contesto del principio di precauzione), chiedono d'essere integrate dall'analisi concernente la definizione dell'ambito oggettivo del ridotto giudizio di prevedibilità, ossia dalla determinazione dell'identità dell'evento o degli eventi suscettibili di costituire l'oggetto del giudizio prognostico rilevante.

A tale analisi andrà inoltre strettamente affiancato l'esame destinato all'identificazione del punto di vista soggettivo da adottare per la corretta formulazione del giudizio di colpevolezza: tema comunemente legato alla costruzione del c.d. "agente modello" (*homo ejusdem condicioneis et professionis*) quale figura paradigmatica costruita ai fini del controllo dell'adeguatezza del rimprovero colposo. In breve, una volta affermata la necessità di fare

riferimento all'evento, ai fini del giudizio di prevedibilità che fonda la colpa, occorre determinare il criterio in base al quale individuare le particolarità dell'evento nella sua complessità che vengono selezionate ai fini della sua definizione. Si tratta, appunto, del problema della "descrizione" dell'evento prevedibile. Sul punto, la riflessione giuridica ha evidenziato l'astratta adattabilità di due distinti approcci: l'uno, che descrive l'evento così come si è storicamente verificato, con tutti i suoi contingenti dettagli; l'altro che, invece, coglie lo stesso evento in senso generalizzante, come un evento del genere di quello prodotto. Sono evidenti le diverse conclusioni applicative cui conducono le due opposte soluzioni: l'una restringe a dismisura l'area del prevedibile, giacchè esisterà sempre una descrizione abbastanza ricca da cogliere l'irripetibilità ed unicità di ciascun evento (che verrà così sottratto ad ogni possibilità di ripetizione); l'altra la amplia, in relazione alle diverse modalità con le quali si conduce la selezione degli aspetti del fatto considerati ai fini della costruzione in senso generalizzante della tipologia o classe di evento. La scelta tra le due alternative attinge a una matrice logica. È stato osservato che il giudizio di prevedibilità altro non è che il giudizio circa la possibilità di previsione di eventi simili e, dunque, di eventi che hanno in comune con il risultato concreto prodottosi determinate caratteristiche. Appurare se un evento è prevedibile implica allora l'elaborazione di una generalizzazione, una descrizione nella quale siano incluse certe particolarità del caso e non altre. Così posto il problema, si delinea un ulteriore, importante passaggio afferente l'individuazione dei criteri in base ai quali procedere alla generalizzazione dell'evento, cioè delle modalità rilevanti. Un nodo non marginale, giacchè l'esito del giudizio di prevedibilità è per lo più strettamente condizionato dal tipo di descrizione data dell'evento. L'aspetto più problematico riguarda l'inclusione, nella descrizione dell'evento, dello svolgimento causale. L'accoglimento della tesi che esclude la rilevanza dello sviluppo causale comporta un'ingiustificata moltiplicazione delle ipotesi di responsabilità; e disperde la fondamentale istanza, già evocata, che attiene alla congruenza tra ragioni della regola cautelare e cause dell'evento. In dottrina non si dubita che in materia di colpa la prevedibilità non debba essere accertata rispetto al solo evento finale, ma anche in relazione al decorso causale, almeno nelle sue linee essenziali. Si tratta di porre a confronto il decorso causale che è all'origine dell'evento conforme al tipo con la regola di diligenza; e di controllare se tale evento possa ritenersi la realizzazione del pericolo in considerazione del quale è stata posta la regola cautelare. In linea con le conclusioni sul punto raggiunte dalla riflessione delle Sezioni Unite di questa Corte (Sez. U, n. 38343 del 24/04/2014, Espenhahn e altri, cit.), occorrerà quindi verificare se lo svolgimento causale fosse tra quelli presi in considerazione dalla regola violata, tenendo pur sempre conto di come, anche sotto il profilo causale, la necessaria prevedibilità dell'evento non possa estendersi fino al punto di ricoprendere la configurazione dello specifico fatto in tutte le sue più minute articolazioni, dovendo necessariamente circoscriversi alla classe di eventi in cui quello oggetto del processo si colloca. Già in altre occasioni, la Corte di cassazione (Sez. 4, n. 39606 del 28/06/2007, Marchesini e altro, Rv. 237880) ha avuto modo di considerare come la descrizione dell'evento non possa discendere oltre un determinato livello di dettaglio, dovendo mantenere un certo grado di categorialità; giacchè un fatto descritto in tutti i suoi accidentali ragguagli diviene sempre, inevitabilmente, unico ed in quanto tale irripetibile e imprevedibile» (8).

L'assenza di accertamento in ordine ai fatti più prossimi all'urto della nave in manovra contro la torre piloti equivale a neutralizzare ed elidere la rilevanza penale del c.d. ultimo tassello della catena causale che ha condotto, sul piano materiale, alla morte delle nove persone. Logicamente, tale impostazio-

nione avrebbe dovuto approdare a ritenere che le condotte dei progettisti andassero valutate alla stregua di condotte colpose indipendenti, vale a dire, di per sé sole ed autonomamente idonee a cagionare il crollo della torre e la morte di nove persone.

4. Considerazioni conclusive: discutibile diniego dell'applicazione dell'art. 41, comma 2, c.p.

L'accertamento dei fatti, come concretamente avvenuti, sarebbe stato funzionale anche sotto il profilo della verifica dell'eccezionalità delle condotte complessivamente tenute la notte del 7/05/2013.

A tal proposito, si legge in sentenza che «*quella particolare concomitanza di fattori che ebbe a verificarsi la sera del 7/05/2013 [è stata] caratterizzata non solo dall'avaría improvvisa delle macchine della nave ma anche dalla commissione di numerose violazioni di regole precauzionali, consistite in trascuratezze, sciatterie ed imprudenti sottovalutazioni dei pericoli insiti nei propri comportamenti, da parte dei veri soggetti coinvolti nella manovra, che di fatto impedirono di avvedersi dell'avaría in tempi utili (...omissis...) nella fase immediatamente precedente l'abbandono da parte della Jolly Nero del ponte Ronco ci si avvide che l'impianto contagiri analogico, posizionato in sala macchina ma leggibile in plancia attraverso ripetitori, era in avaría e, ad opinione del perito, "...non si può non considerare il fatto che con l'impianto contagiri in avaría fu incautamente scelto dal Comandante della nave di intraprendere la manovra di uscita dal porto con il controllo del motore di propulsione operato direttamente dalla plancia". La mancanza del contagiri, ossia di uno strumento essenziale per il monitoraggio remoto dello stato della macchina (col quale si poteva immediatamente sapere se il motore si era avviato e, quando in moto, a che velocità girava e in quale verso) avrebbero dovuto indurre a passare senza indulgìo i comandi della macchina dalla Plancia alla Sala controllo propulsione (ove era presente un ulteriore apparato contagiri digitale). Così facendo, non si sarebbero comunque in pratica allungati i tempi di attuazione dei vari ordini, e soprattutto, potendo aver un diretto riscontro in caso di mancato avviamento del motore, si sarebbe potuti essere certamente più tempestivi a mettere in atto azioni di emergenza*».

Le «*trascuratezze, sciatterie ed imprudenti valutazioni*» di cui parla la sentenza si riferiscono ad una serie di gravi comportamenti, accertati nel primo processo, consistiti nel fatto che i responsabili della nave non hanno comunicato immediatamente né l'avaría al contagiri situato in Plancia né l'avaría al motore della nave, oltreché nella decisione - nonostante la consapevolezza del malfunzionamento - di mantenere i comandi in Plancia invece che trasferirli in sala macchine, dove era presente un ulteriore contagiri funzionante che avrebbe consentito il monitoraggio dello stato della macchina.

Mantenendo i comandi in Plancia - dove si trovava il contagiri in avaría - infatti, il Comandante e il Pilota non potevano sapere se il motore della nave fosse in funzione, quale velocità avesse e in quale verso (avanti o indietro) facesse girare l'elica.

L'eccezionalità di tali «*sciatterie e trascuratezze*» seriali rendono eccezionali anche le conseguenze che ne sono derivate, quali il crollo di un'infrastruttura portuale e la morte di nove persone. Eventi, quest'ultimi, che non si erano mai verificati prima del 2013, a riprova dell'eccezionalità delle condotte che li hanno causati.

Tuttavia, la sentenza ha negato l'applicabilità dell'art. 41, comma 2, c.p. sulla scorta della considerazione secondo cui «*per escludere il nesso causale rispetto alla condotta dell'agente non è infatti sufficiente, secondo la tradizionale giurisprudenza di legittimità, che nella produzione dell'evento sia intervenuto un*

fatto illecito altrui, ma è necessario che tale fatto configuri, per i suoi caratteri una vera e propria causa eccezionale, atipica non prevista, né prevedibile, che sia stata da sola sufficiente a produrre l'evento, ossia del tutto indipendente dal fatto posto in essere dall'agente, totalmente avulsa dalla sua condotta ed operante in assoluta autonomia, in modo da sfuggire al controllo ed alla prevedibilità dell'agente medesimo».

Sembra spiegarsi così il fatto che i progettisti - le cui condotte penalmente rilevanti risalgono al 1993 - siano stati ritenuti garanti della sicurezza della torre, nonostante il tragico evento si sia verificato nel 2013 ovvero vent'anni dopo.

I comportamenti dei "terzi" (vale a dire, quelli poste in essere a bordo della nave) non sono valsi, infatti, a recidere l'antigiuridicità di condotte attive od omissive di ulteriori pretesi garanti "a monte" nonostante le norme all'epoca vigenti prescrivessero: "Ai comandanti delle unità di cui all'articolo 1 che attraversano, con o senza destinazione ai porti di giurisdizione, le acque territoriali nazionali ricadenti nell'area VTS del Compartimento Marittimo di Genova è fatto obbligo di assicurare l'ascolto continuo e contemporaneo in VHF... di rapportare immediatamente al Centro VTS di Genova... qualsiasi incidente che comprometta la sicurezza della navigazione e delle persone a bordo, come guasti o difetti idonei ad alterare la capacità di manovra o la navigabilità della nave, qualsiasi avaria o disfunzione che alteri i sistemi di propulsione o la macchina di governo..." (9).

A fronte della morte di 9 persone e al grave ferimento di altre quattro, è inevitabile domandarsi: che cosa sarebbe successo se l'avaria al contagiri fosse stata comunicata alla torre piloti immediatamente?

**Dottoressa Ramona Gargiulo
Specializzata in Professioni Legali**

Note.

(1) A tal fine, l'orientamento dominante in materia fa capo alla c.d. teoria formale che pone l'attenzione sulla fonte giuridica, da individuarsi nella legge penale o extrapenale (per esempio, l'obbligo di garanzia in capo al gestore della pista da sci trova fondamento nell'art. 3, l. n. 363/2003) e nel contratto (ad esempio, l'impegno contrattuale a svolgere un servizio di vigilanza o a prestare assistenza a persone malate o incapaci di provvedere a sé stesse). Nel dettaglio, in virtù della riserva di legge, le norme che descrivono situazioni alle quali si ricollega il nascere dell'obbligo di impedimento dell'evento, costituendo elementi che concorrono a configurare la fattispecie tipica, devono avere fonte legislativa. Le fonti sub -

legislative (regolamenti, atti amministrativi, consuetudini) non possono costituire posizioni di garanzia, potendo solo specificare taluni elementi di una situazione tipica di obbligo derivante da una norma di legge. Cfr. Palazzo, "Corso di diritto penale. Parte generale", Torino, 2006, pag. 266. In senso parzialmente contrario, Marinucci - Dolcini, "Manuale di diritto penale. Parte Generale", Milano, 9^o edizione, Pag. 178.

(2) Cass. Pen. sez. I, 6 marzo 2020, n. 9049, in *De Jure*, Giuffrè.

(3) Cass. pen., sez. IV, 6 marzo 2015, n. 9855, in *De Jure*, Giuffrè.

(4) Corte cost., 18 gennaio 1989, n. 18, in *De Jure*, Giuffrè.

(5) Cfr. l'art. 15 L. 1460/1942, recante l'elencazione dei progetti in cui il parere del CSLP è obbligatorio. Tutte le ipotesi di obbligatorietà del parere contemplate dall'art. 15 L. 1460/1942 e, tra le quali rientra il progetto relativo alla costruzione della Torre Piloti del Porto di Genova), si riferiscono a progetti a carico totale o parziale della finanza pubblica.

(6) Cfr. Cass., 4 maggio 2020, n. 13543, in *De Jure*, Giuffrè, con cui la Cassazione penale, sezione II, ha affermato che "il giudice che recepisce una sentenza definitiva di altro e diverso procedimento, mantiene comunque intatta l'autonomia e la libertà di accertamento e valutazione dei fatti, a lui istituzionalmente riservata, né men che mai può ritenersi che il giudice sia vincolato in via pregiudiziale alla qualificazione giuridica dei fatti storici come ritenuti nella pregressa e diversa decisione". Tale principio era già stato sancito con la sentenza Cass., sez. I, 11 gennaio 2017, n. 1140, in *De Jure*, Giuffrè, che si era espressa nel merito della rilevanza probatoria di sentenze penali irrevocabili, in altri processi.

Nello specifico, "le sentenze irrevocabili possono essere acquisite ai fini della prova di fatto in esse accertato e sono valutate a norma degli artt. 187 c.p.p. e 192 c.p.p., comma 3, quindi unitamente agli altri elementi di prova che ne confermano l'attendibilità. Com'è noto, la norma è stata introdotta nel 1992 e si inquadra nei principi generali in materia di valutazione della prova e del giudicato, in base ai quali il giudicato penale formatosi nei confronti di taluno per un certo fatto non vincola il giudice chiamato a rivalutare quel fatto in relazione alla posizione di altri soggetti imputati quali concorrenti nel medesimo reato. Ne deriva che qualora il giudicato sia stato di assoluzione, il giudice del separato procedimento instaurato a carico del concorrente nel medesimo reato può sottoporre a rivalutazione il comportamento dell'assolto all'unico fine - fermo il divieto del *ne bis in idem a tutela della posizione di costui* - di accertare la sussistenza ed il grado di responsabilità dell'imputato da giudicare. Si tratta di un principio in base al quale il giudice della cognizione, chiamato a valutare una singola posizione, prescinde del tutto dalla possibile insorgenza di contrasti di giudicati che possono dar luogo a richieste di revisione".

(7) Cass. Pen., sez. IV, 6 agosto 2015, n. 34296, in *De Jure*, Giuffrè.

(8) Cass. Pen., sez. IV, 24 marzo 2016, n. 12478, in *De Jure*, Giuffrè.

(9) Cfr. Ordinanza n. 28/2012, emessa dall'allora Comandante del Porto di Genova.

Massimario

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 giugno 2021, n. 2656 - Giudice Unico Vignale.

COMPETENZA - competenza per territorio - criteri.

(Artt. 8, 9 c.p.p. e art. 648 c.p.)

La competenza per territorio in relazione alla consumazione del delitto di ricettazione deve essere stabilita tenuto conto del luogo ove il bene era stato oggetto di furto, del luogo di acquisto o ricezione e del luogo dove è residente l'imputato.

Nel caso di specie, il Giudice negava in capo a sé la competenza territoriale sulla base del fatto che il cellulare oggetto del delitto di cui all'art. 648 c.p. era stato rubato nella città di Porto Sant'Elpidio, inoltre ivi era stata acquistata la SIM inserita nel telefono - dunque era in quel luogo che il bene era stato acquistato o ricevuto dall'imputata - e, infine, perché l'imputata risultava essere residente a Porto Sant'Elpidio.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 11 giugno 2021, n. 2582 - G.O.T. Lucchini.

CONTRAVVENZIONI di polizia - possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli - cacciavite e chiave a rullino - sussistenza.

(Art. 707 c.p.)

Ai fini della configurabilità della contravvenzione di cui all'art. 707 c.p. è sufficiente che il soggetto imputato sia stato trovato in possesso di qualsiasi strumento atto ad aprire o a sforzare serrature, rientrando in tale espressione non solo gli arnesi tipicamente destinati all'apertura di serrature - quali chiavi alterate e grimaldelli -, ma qualsiasi altro mezzo o congegno idoneo ad operare sulle serrature, in quanto la ratio legis della norma in questione prende in considerazione l'attitudine potenziale dello strumento ad aprire una serratura e che tale possesso non sia stato giustificato dal soggetto detentore dello strumento.

Nel caso di specie, il Giudice condannava l'imputata per possesso ingiustificato di chiavi alterate o di grimaldelli poiché, fermata per un controllo di Polizia, era risultata in possesso di un cacciavite e una chiave a rullino - dunque strumenti idonei ad operare su serrature - e non era stata in grado di giustificarne il possesso né la destinazione.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 luglio 2021, n. 3237 - G.O.T. Lucchini.

CONTRAVVENZIONI di polizia - disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone -potenziale percepibilità dei rumori - numero indeterminato di persone - assenza - insussistenza.

(Art. 659 c.p.)

Affinché la contravvenzione di disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone possa ritenersi integrata occorre che i rumori prodotti siano potenzialmente percepibili da parte di un numero

indeterminato di persone, secondo una valutazione da compiere ex ante, dovendosi invece ritenere esclusa la configurabilità del reato laddove i rumori siano in grado di arrecare disturbo ai soli vicini occupanti un appartamento limitrofo e non anche ad altri soggetti abitanti nel condominio.

Nel caso di specie, il Giudice assolveva gli imputati per insussistenza del fatto poiché era stato accertato che i rumori dagli stessi prodotti avevano arrecato disturbo esclusivamente ad una persona abitante il medesimo condominio, circostanza che valeva ad escludere la rilevanza penale della condotta, potendo residuare esclusivamente la configurabilità di un illecito civile.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 settembre 2021, n. 3460 - Giudice Unico Deplano.

CONTRAVVENZIONI - inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità - mancanza presentazione in Questura ai fini dell'espulsione - insussistenza.

(Art. 650 c.p.)

Non risponde del reato di cui all'art. 650 c.p. lo straniero che non ottemperi all'invito a presentarsi presso l'ufficio immigrazione della Questura ai fini dell'espulsione dal territorio nazionale in quanto l'ordine di allontanamento del Questore ed il relativo procedimento descritto dall'art. 14 d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 non possono essere surrogati da altri atti.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 20 maggio 2021, n. 2218 - G.O.T. Rizzo.

DELITTI contro il patrimonio - invasione di terreni o edifici pubblici - violenza sulle cose - irrilevanza.

(Artt. 633, 639 bis c.p.)

È irrilevante ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art. 633 c.p. che il soggetto agente abbia agito con violenza per introdursi nell'edificio. Infatti, con il termine "inversione", la norma non intende che il soggetto debba porre in essere una condotta violenta, bensì risulta sufficiente l'ingresso arbitrario contra ius.

Nel caso di specie, il Tribunale condannava l'imputato che si era stabilito in un alloggio vuoto di proprietà del Comune di Genova.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 26 maggio 2021, n. 2308 - Giudice Unico Boccaccio.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - tentativo - gravità e serietà della minaccia - sussistenza.

(Artt. 56, 629 c.p.)

Ai fini della configurabilità del delitto tentato di estorsione, l'idoneità della minaccia deve essere valutata in relazione alla percezione della persona offesa e, quindi, valutando le modalità e le circostanze del caso concreto.

Nel caso di specie, il Giudice riteneva integrato il delitto di estorsione nelle forme del tentativo a carico del soggetto che, al fine di ottenere una somma di denaro da un frate, ma non riuscendo nel proprio intento per la reazione della persona offesa, minacciava di bruciare la chiesa, dal momento che, in considerazione delle circostanze e delle modalità del caso concreto, l'intimidazione era risultata, agli occhi della vittima, seria, credibile e il male minacciato grave, anche tenuto conto del fatto che il medesimo soggetto aveva in passato compiuto svariati atti di violenza e/o minaccia contro i fedeli e i frati dimoranti nella chiesa stessa.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, Collegio I, sez. I, 29 giugno 2021, n. 2889 - Est. Cruciali.

DELITTI contro il patrimonio - estorsione - caratteristiche - differenze con il delitto di rapina.

(Artt. 628, 629 c.p.)

Il delitto di rapina si differenzia dall'estorsione in virtù del fatto che in essa il reo sottrae la cosa esercitando sulla vittima una violenza o una minaccia diretta e ineludibile, mentre nell'estorsione la coartazione non determina il totale annullamento della capacità del soggetto passivo di determinarsi diversamente.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 settembre 2021, n. 3469 - Giudice Unico Cingano.

DELITTI contro il patrimonio - furto in abitazione - circostanza aggravante - simulazione della qualità di incaricato di pubblico servizio - tecnico del gas - insussistenza.

(Artt. 624 bis, 625 n. 5 c.p.)

In relazione al furto in abitazione di cui all'art. 624 bis c.p., non è configurabile la circostanza aggravante della simulazione della qualità di pubblico ufficiale a carico di colui che si presenti alla persona offesa come svolgente soprattutto compiti operativi.

Nel caso di specie il giudice riteneva la circostanza aggravante di cui all'art. 625 n.5 c.p. insussistente in capo all'imputato poiché egli si era qualificato, davanti alla persona offesa, come operaio e tecnico del gas, posizione lavorativa ricoprente per lo più mansioni operative ed esclusa dalla giurisprudenza della Suprema Corte dalle qualifiche rientranti nel pubblico servizio, essendo riconducibile ad attività meramente materiali.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 settembre 2021, n. 3477 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI contro il patrimonio - furto - esposizione alla pubblica fede - negozio protetto da videosorveglianza e da incaricati - insussistenza.

(Artt. 624, 625 c.p.)

L'aggravante della esposizione alla pubblica fede di cui all'art. 625 n. 7 c.p. dev'essere esclusa quando le merci sottratte si trovavano esposte sui banchi di vendita di un negozio protetto da sistemi di videosorveglianza e presidiato da dipendenti incaricati anche di verificare il corretto comportamento della clientela ovvero

quando siano stati predisposti strumenti di sorveglianza e controllo "continuativi, costanti e specificamente efficaci".

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 luglio 2021, n. 3267 - Giudice Unico Lepri.

DELITTI contro la fede pubblica - falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri - possesso di un "mezzo" di identificazione - insussistenza - falsa dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri - sussistenza.

(Artt. 495, 496 c.p.)

Non è configurabile il delitto di falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sulla identità o su qualità personali proprie o di altri di cui all'art. 495 a carico di chi, richiesto da un pubblico ufficiale, riferisca un'identità diversa da quella reale pur essendo, in tale frangente, in possesso di un documento a sé correttamente intestato e riportante la relativa fotografia, circostanza che vale ad inquadrare la condotta all'interno della previsione criminosa di falsa dichiarazioni sulla identità o su qualità personali proprie o di altri ex art. 496 c.p..

Nel caso in oggetto, il Tribunale procedeva a derubricare il reato dalla fattispecie ex art. 495 c.p. a quella di cui all'art. 496 c.p. poiché l'imputata, fermata dalla Polizia Ferroviaria e interrogata sulla propria identità, aveva reso false generalità, pur essendo in possesso di "altro mezzo di identificazione" così come richiesto dall'orientamento della Corte di Cassazione, in particolare un abbonamento ferroviario correttamente riferito alla sua persona e corredata di fotografia identificativa.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione collegiale, Collegio II, sez. II, 22 giugno 2021, n. 2808 - Est. Vignola.

DELITTI contro la persona - tentata prostituzione minorile - spazio di autodeterminazione della vittima - adescamento di minorenni - sussistenza.

(Artt. 56, 600 bis, 609 undecies c.p.)

È da inquadrarsi nel meno grave reato di adescamento di minorenni anziché in quello di prostituzione minorile la condotta di chi ponga in essere un atteggiamento lusinghiero nei confronti di un minore al fine di carpirne la fiducia e indurlo al compimento di atti sessuali, ove in capo alla vittima residui un ampio spazio di libera autodeterminazione.

Nel caso di specie, il Tribunale riqualificava l'imputazione per il delitto ex art. 600 bis nel meno grave reato di cui all'art. 609 undecies poiché l'imputato aveva posto in essere atti volti a carpire l'affidamento della persona offesa nei suoi confronti fissandola negli occhi, seguendola continuativamente sulla metro, per strada, sull'autobus, affiancandola, imitandone la gestualità, sedendosi in posizione prossima alla sua, confezionando un biglietto ad personam con la quale prometteva una ricompensa in cambio di prestazioni sessuali senza riuscire ad raggiungere l'obiettivo, dal momento che in capo alla vittima residuava un ampio spazio di autodeterminazione, in quanto ella provvedeva ad allontanarsi immediatamente e a raccontare l'accaduto.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 14 giugno 2021, n. 2630 - G.O.T. Lucchini.

DELITTI contro la P.A. - resistenza a un pubblico ufficiale - elemento oggettivo - contestazione attività pregressa - insussistenza.

(Art. 337 c.p.)

Non è punibile per il reato di resistenza a un pubblico ufficiale colui che rivolga allo stesso espressioni che non rivelino alcuna volontà di opporsi allo svolgimento dell'atto dell'ufficio, ma rappresentino piuttosto una forma di contestazione della pregressa attività svolta dal p.u..

Nel caso di specie, l'imputato del reato di cui all'art. 337 c.p. per avere egli proferito all'indirizzo del personale dei Carabinieri la frase "vi faccio fare la fine dei Carabinieri che hanno massacrato Cucchi" veniva mandato assolto dal Tribunale poiché tale espressione non sottendeva alcuna opposizione allo svolgimento dell'attività dei pubblici ufficiali, essendo semplicemente da intendersi come l'intenzione di denunciare gli stessi così come aveva fatto la famiglia Cucchi, ritenendo di aver subito un sopruso.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 26 maggio 2021, n. 2289 - Giudice Unico Dagnino.

DELITTI contro l'economia - frode nell'esercizio del commercio - origine da prodotto surgelato - mancanza indicazione - dimenticanza - insussistenza.

(Art. 515 c.p.)

Deve essere mandato assolto dal reato di cui all'art. 515 c.p. colui che non esponga nel proprio esercizio commerciale un cartellino recante le caratteristiche del prodotto venduto quando ciò avvenga senza che sia rintracciabile, a sorreggere la condotta del soggetto agente, l'elemento soggettivo del dolo, consistente nella coscienza e la volontà di consegnare al potenziale acquirente una cosa diversa da quella pattuita o presentante caratteri diversi per origine, provenienza, qualità o quantità.

In particolare, nel caso in oggetto il Tribunale assolveva l'imputato dal reato di frode nell'esercizio del commercio poiché, pur avendo egli esposto nel proprio locale delle brioches senza apporre l'etichetta che ne segnalasse l'origine tratta da prodotti surgelati, tale circostanza non risultava dovuta alla volontà dell'imputato stesso e, anzi, emergeva come discendesse da un disguido imputabile alla sostituzione della vetrina espositiva, alla quale era seguita una dimenticanza o una distrazione relativamente all'apposizione dell'etichetta.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 25 maggio 2021, n. 2260 - Giudice Unico Vignale.

DELITTI in materia di leggi sanitarie - somministrazione di sostanze alimentari alterate - detenzione in cucina - sufficienza.

(Art. 5 lett. d) L. 283/1962)

La circostanza che una sostanza alimentare alterata nella disponibilità di un locale di ristorazione non sia stata effettivamente somministrata e abbia cagionato dei danni alla salute dei clienti non vale a mandare esente da responsabilità per il reato di cui all'art. 5 lett. D) della legge n. 283/1962 il titolare del punto vendita, dal momento che, essendo tale fattispecie criminosa un reato

di pericolo, è sufficiente che le sostanze alimentari siano concretamente idonee a cagionare danno o porre in pericolo la salute del consumatore.

Nel caso di specie, il Tribunale giudicava responsabile del reato in questione il proprietario di un ristorante nella cui cucina era stato rinvenuto del tonno contenente dei quantitativi di istamina superiori alla soglia consenita ex lege, pur in assenza di una prova certa circa la riconducibilità del ricovero di uno degli avventori del locale all'effettivo consumo di tale sostanza, essendo sufficiente la sussistenza del pericolo concreto costituito dal fatto che i tranci di tonno in questione erano conservati nel frigorifero e destinati alla somministrazione ai clienti.

M.CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 9 giugno 2021, n. 2533 - Giudice Unico Cingano.

DELITTI in materia di stupefacenti - produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope - fattispecie di cui al comma 5 dell'art. 73 DPR 309/1990 - esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto - applicabilità.

(Art. 73 comma 5 DPR 309/1990, art. 131 bis c.p.)

È applicabile la causa di esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto al soggetto autore di reato laddove la tenuità sia rintracciata operando una complessa e congiunta valutazione di tutte le peculiarità della fattispecie concreta, che tenga quindi conto delle modalità della condotta, del grado di colpevolezza da esse desumibile e dell'entità del danno o del pericolo.

Nel caso in oggetto, il Giudice riteneva applicabile la causa di non punibilità di cui all'art. 131 bis c.p. al detenuto che aveva consegnato una dose di cannabis ad un altro detenuto evidenziando che il reato rientra tra quelli a cui la causa di non punibilità è applicabile, che lo stupefacente ceduto era cannabis, che il quantitativo era minimo, che la cessione era avvenuta a titolo gratuito e che le precedenti condanne dell'imputato non risultavano ostative all'applicabilità dell'art. 131 bis c.p..

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 15 luglio 2021, n. 3279 - Giudice Unico Polidori.

IMPUGNAZIONI in materia penale - parte civile - dichiarazione di intervenuta prescrizione - interesse ad impugnare - sussistenza.

(Art. 576 c.p.p.)

Nei confronti della sentenza di primo grado che abbia dichiarato l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, così come nei confronti della sentenza di appello che tale decisione abbia confermato, è ammissibile l'impugnazione della parte civile ove con la stessa si contesti l'erroneità di detta dichiarazione. La legittimazione della parte civile ad impugnare deriva infatti direttamente dalla previsione dell'art 576, c. 1, c.p.p., mentre l'interesse concreto deve individuarsi nella finalità di ottenere, in caso di appello, il ribaltamento della prima pronuncia e l'affermazione di responsabilità dell'imputato, sia pure ai soli fini delle statuzioni civili, e, in caso di ricorso in Cassazione, l'annullamento della sentenza con rinvio al Giudice civile in grado di appello, ex art. 622 c.p.p., senza la necessità di iniziare ex novo il giudizio civile.

M.CIR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 7 giugno 2021, n. 2441 - Giudice Unico Baldini.

REATI stradali - guida sotto l'influenza dell'alcool - rilevazione del tasso alcolemico - prelievo ematico - avviso al difensore di fiducia - assenza - inutilizzabilità del dato - assoluzione.

(Art. 186 c. 2 lett. c), c. 2 bis, C.d.S.)

Non risponde del reato di cui all'art. 186 del Codice della strada colui che venga accertato essere alla guida sotto effetto di alcool e/o sostanze stupefacenti dopo essere stato sottoposto a prelievo ematico in assenza dell'avviso circa la facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia.

Nel caso di specie, il Giudice assolveva l'imputato per insussistenza del fatto poiché, a seguito di un incidente stradale nel quale lo stesso risultava coinvolto, la Polizia Municipale interveniva ed inoltrava via fax una richiesta di prelievo ematico all'ospedale ove lo stesso era stato trasferito, senza averlo previamente avvisato di tale richiesta, né della possibilità di farsi assistere per l'incommodo da un difensore di fiducia.

M. CAP.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 23 giugno 2021, n. 2840 - Giudice Unico Boccaccio.

REATI stradali - guida senza patente - recidiva - assenza passaggio in giudicato del fatto di reato precedente - insussistenza.

(Art. 116 C.d.S.)

Non è contestabile la circostanza aggravante della recidiva

quando, per il fatto di reato precedentemente contestato, non sia affermata la responsabilità del soggetto con sentenza passata in giudicato.

Nel caso di specie, l'organo giudicante escludeva la recidiva nel biennio a carico dell'imputato per due episodi di guida senza patente poiché, per quanto riguardava il primo di essi, vi era solamente una contestazione, ma non una sentenza di condanna passata in giudicato, con la precisazione che a nulla rileva la data di commissione del fatto stesso e che la violazione può ritenersi definita - e dunque il giudicato formatosi - quando siano decorsi inutilmente i termini per proporre impugnazione o quando questa sia stata rigettata con provvedimento definitivo.

F.BAR.

Tribunale di Genova in composizione monocratica, 2 luglio 2021, n. 2984 - Giudice Unico Parentini.

REATI stradali - guida in stato di ebbrezza - nozione di circolazione - veicolo fermo - insussistenza.

(Art. 186, c. 2, C.d.S.)

Non si risponde del reato di guida in stato di ebbrezza nel caso in cui non vi siano elementi sufficienti per sostenere che l'imputato abbia circolato alla guida del veicolo in stato di alterazione alcolica nonostante che nella nozione di circolazione sia ricompresa non solo la fase dinamica, ma anche quelle di sosta del veicolo, ciò tuttavia quando vi siano elementi univocamente significativi dell'essersi "posto alla guida" (ad esempio l'essere in procinto di partire, con il motore acceso e le cinture allacciate).

(Fattispecie in cui l'imputato era stato trovato addormentato in macchina, lato guida, con il motore acceso, ma sul ciglio della strada)

M.CIR.

Sezione di deontologia forense

Documenti

*L'esponente e suoi poteri
nel procedimento disciplinare.*

Fabio De Santis
Avvocato, Segretario del CDD di Genova

Sommario: 1. *Termini della questione.* - 2. *La segnalazione.* - 3. *I poteri procedurali (inesistenti) dell'esponente...* - 4. ...e l'accesso agli atti.

1. Termini della questione.

Occorre premettere e ricordare, prima di entrare nel merito del ruolo, dei diritti e poteri dell'esponente nel procedimento disciplinare quale sia la funzione dell'azione disciplinare.

L'azione disciplinare è a tutela della classe forense, della sua immagine e del suo decoro. Ove tale finalità fosse ben impressa nelle nostre coscienze, molte richieste e/o istanze, nel procedimento disciplinare, non sarebbero formulate né tantomeno ipotizzate.

Da ciò una semplice regola e conseguenza, “*l'azione disciplinare non rientra nella disponibilità delle parti, sicché la rinuncia all'esposto da parte dei soggetti esponenti così come l'eventuale dichiarazione degli interessati di essere pervenuti ad una risoluzione bonaria della controversia non implica l'estinzione del procedimento, giacché l'azione disciplinare è officiosa e non negoziabile, in quanto volta a tutelare l'immagine della categoria, che non è l'oggetto di un diritto disponibile ma è il bene protetto, onde l'eventuale "remissione" dell'esposto da parte del denunciante assume unicamente rilevanza ai limitati fini della determinazione della sanzione*” (1). Eppure ancora oggi nonostante che tale principio sia ben consolidato (da sempre) si vedono Avvocati che pervicacemente insistono nel sostenere l'improcedibilità dell'azione disciplinare per la *remissione* dell'esposto, anzi, *l'archiviazione immediata del procedimento!!* ...o semplicemente “*non luogo a procedere per il fatto che esponente e segnalato si siano chiariti!*”

Un esempio, due avvocati in udienza, alzano i toni accusandosi reciprocamente, con frasi offensive e sconvenienti, bestemmiando, imprecando e arrivando ad insultarsi tra di loro...tutto ciò accade in udienza, alla presenza del magistrato, annichilito dall'episodio, del cancelliere e dei testi presenti. Uno degli avvocati deposita l'esposto segnalando l'accaduto al Consiglio dell'Ordine; si apre così un procedimento disciplinare a carico di entrambi, dove, gli avvocati evidenziano “*di essersi chiariti tra di loro con tanto di scuse reciproche*”; fanno istanza di archiviazione del procedimento, con buona pace della salvaguardia della reputazione del singolo avvocato, di quello che rappresenta e conseguentemente del decoro e dell'immagine della classe forense. L'esposto non è assimilabile ad un “*atto di querela*”.

Se si tiene in mente quindi quanto appena detto, ovvero quale sia la funzione dell'azione disciplinare che non è negoziabile dalle parti, va da sé, quale primo corollario di tale principio, che l'esponente non può “ritirare” la segnalazione/esposto nei confronti dell'Avvocato.

L'azione disciplinare non ripara torti e/o attribuisce ragioni al singolo che si sente leso e/o danneggiato dai comportamenti “scorretti” commessi dall'avvocato segnalato, per far valere tali richieste occorre rivolgersi al giudice civile o penale, non a quello disciplinare.

Seppure tale principio pare scontato, quanto meno per gli avvocati dovrebbe esserlo, spesso singoli esponenti, cittadini comuni (ma anche avvocati) richiedono al Consiglio Distrettuale di Disciplina risarcimento danni, condanna alla restituzione di documenti e denari, di intercedere con il segnalato perché adempia ad obblighi contrattuali, formulando domande riconvenzionali a tutela della propria reputazione e persino la condanna alla *pubblica gogna* dell'avvocato segnalato presunto fedifrago. Tali istanze seppure formulate, ma non consentite, dal comune utente non sono accettabili se proposte dal professionista esponente che dovrebbe essere, per principio, un avvocato competente.

Secondo corollario. L'esponente è soltanto una parte “accidentale” del procedimento disciplinare. L'esponente segnala, porta a conoscenza dell'Istituzioni Forensi, il presunto illecito deontologico commesso dall'avvocato, ma lo stesso non sarà mai parte del procedimento disciplinare (sia nella fase *giustiziale* che in quella giurisdizionale) né potrà mai ottenere una decisione a “suo” favore.

2. La segnalazione.

È convinzione diffusa ed errata che a) l'esponente sia l'unico soggetto che possa dare origine al procedimento disciplinare e di converso, b) l'esponente abbia poteri e diritti nell'azione disciplinare.

Sulla prima questione, occorre preliminarmente evidenziare come molti segnalati, nelle proprie difese esordiscono rilevando che senza un “regolare” esposto (in senso lato e in tutte le sue declinazioni) ovvero per mancanza di legittimazione dell'esponente perché non già cliente e/o parte assistita, per mancanza di interesse dell'esponente, perché anonimo, confusionario e/o quant'altro, non si debba/possa procedere disciplinariamente nei confronti del segnalato. Nulla di più errato.

Ricordiamo che il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ai sensi dell'art. 29 LF lett ...f) (*compiti e prerogative del Consiglio*): “*vigila sulla condotta degli iscritti e deve trasmettere al consiglio distrettuale di disciplina gli atti relativi ad ogni violazione di norme deontologiche di cui sia venuto a conoscenza*, secondo quanto previsto dall'articolo 50, comma 4; ...” e ai sensi dell'art. 50, co. 4 (2), L. n. 247/2012 (già art. 38 R.D.L. n. 1578/33), il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati ha il potere dovere di promuovere d'ufficio l'azione disciplinare.

Il regolamento n.2/14 CNF prevede all'art. 11 al primo comma che “*Il Consiglio dell'Ordine quando riceve un esposto o una denuncia o acquisisce comunque notizia di fatti suscettibili di valutazione disciplinare deve immediatamente: a) darne informazione all'iscritto invitandolo a presentare le sue deduzioni al Consiglio distrettuale di disciplina nel termine di venti giorni; b) trasmettere gli atti al Consiglio distrettuale di disciplina unitamente a una scheda riassuntiva dei provvedimenti disciplinari a carico dell'iscritto.*” Mentre al comma 2 prevede che “*L'autorità giudiziaria è tenuta a dare immediata comunicazione al*

Consiglio dell'Ordine competente quando nei confronti di un iscritto: a) viene esercitata l'azione penale; b) viene disposta, revocata o annullata l'applicazione di misure cautelari; c) vengono effettuati perquisizioni o sequestri; d) vengono emessi provvedimenti che definiscono la fase o il grado di giudizio”.

Dal sistema normativo appena richiamato emerge chiaramente come il *propulsore* dell'azione disciplinare è in realtà il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

È il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati che “*vigila sulla condotta degli iscritti e deve trasmettere al consiglio distrettuale di disciplina gli atti relativi ad ogni violazione di norme deontologiche di cui sia venuto a conoscenza*”. L'obbligo di “*vigilare*” sui propri iscritti e quindi *segnalare comportamenti* illeciti, è un obbligo immanente da esercitare quotidianamente dal COA. Oltre a tale onere, *melius* “*compito e prerogativa*” specifica del COA, scolpito nella legge forense (art.29 lett f), il COA, nella quasi totalità dei casi, acquisisce la notizia dell'illecito tramite le segnalazioni degli esponenti (ex clienti e/o avvocati) e dell'Autorità Giudiziaria penale e civile (che segnala sempre più frequentemente l'avvocato al consiglio dell'Ordine ai sensi dell'art.88 cpc).

Quindi l'esercizio del potere/dovere di procedere con l'azione disciplinare “*non è condizionato dalla tipologia della fonte della notizia dell'illecito disciplinare*” (3): l'esposto può essere presentato da soggetti terzi, non coinvolti nella vicenda segnalata, può essere con firma apocrifa o anonimo. (4) In altre parole non è necessario un “*formale*” esposto da un esponente “*qualificato*”.

Rileviamo che, in generale, vi è una certa ritrosia ad accettare (in senso lato del termine) segnalazioni, esposti e denunce anonime, proprio per quella stessa modalità “*velata*” della segnalazione.

Tale percezione e approccio negativo alla segnalazione anonima, però non potrà ripercuotersi sulla sua valutazione disciplinare. Infatti un esposto anonimo, ovvero senza paternità, proprio in virtù dell'assetto normativo che regola (e ha sempre regolato) il procedimento disciplinare, non lo priva della sua funzione ovvero quella di “*segnalare*” alle Istituzioni Forensi un presunto comportamento scorretto commesso da un iscritto e quindi obbliga il Consiglio dell'Ordine in primis a comunicare all'iscritto la segnalazione e contestualmente e trasmettere al CDD la notizia dell'illecito per accertare e valutare i fatti a tutela dell'immagine e del decoro della classe forense.

Esaustiva sulla questione è, da ultimo, la decisione del Consiglio Nazionale Forense (Sentenza n. 75 del 15 aprile 2021) nella quale si ribadisce (come nelle precedenti) che ai sensi degli artt. 50 e 51 L. n. 247/2012 (già art. 38 R.D.L. n. 1578/33), “*Il potere-dovere di procedere disciplinariamente, difatti, «non è condizionato dalla tipologia della fonte della notizia dell'illecito disciplinare rilevante, che può essere costituita anche dalla denuncia di persona non direttamente coinvolta nella situazione nel cui ambito l'illecito è stato posto in essere o addirittura rimasta sostanzialmente anonima». Soltanto laddove l'anonymato renda di fatto impossibile ottenere chiarimenti sull'esposto, né sia possibile l'approfondimento istruttorio d'ufficio, è legittima l'archiviazione del procedimento stesso in base al principio di presunzione di non colpevolezza*”.

L'attenzione sull'esposto anonimo quindi deve spostarsi, non sulla “*fonte*” della notizia dell'illecito, che “*preferisce*” rimanere anonima (per i più svariati motivi condivisibili o meno), ma sul fatto che sulla base di un tale tipo di esposto -dove non potrà essere sentito l'esponente (per ovvi motivi)- non vi sarà la possibilità di verificare e chiarire con la “*fonte*” le circostanze di fatto segnalate; in altri termini, in presenza di una segnalazione anonima vi è la possibilità di non poter istruire correttamente il procedimento disciplinare. Va da sé che qualora, l'anonymato renda di fatto impossibile ottenere

chiarimenti sull'esposto, e non vi sia la possibilità di un approfondimento istruttorio d'ufficio, è legittima l'archiviazione del procedimento stesso in base al principio di presunzione di non colpevolezza, che vale anche in sede disciplinare (così anche CNF sent. n. 114 del 15 luglio 2020).

Tra l'altro è principio consolidato, della giurisprudenza disciplinare, che le sole (e mere) dichiarazioni dell'esponente non bastano a ritenere provato l'addebito (5) così come l'attività istruttoria espletata dal CDD non può basarsi solo ed esclusivamente sull'esposto, ovvero sulle dichiarazioni dell'esponente, ma è necessaria un'istruttoria e un'analisi delle risultanze documentali, magari allegate anche all'esposto anonimo e pertanto acquisite agli atti, e/o quelle acquisite d'ufficio. “*La versione dei fatti fornita dall'esponente può assumere valore di prova certa quando la stessa trovi riscontro con altri elementi obiettivi e documentali, ivi compresa la non contestazione dell'incolpato*” (6). Pertanto l'esposto anonimo può e deve essere valutato disciplinariamente dal Consiglio Distrettuale di Disciplina, come qualsiasi altra notizia di illecito disciplinare acquisita dal Consiglio dell'Ordine. L'esposto anonimo potrà essere archiviato solo ed esclusivamente se non circostanziato e/o non documentato, non potrà essere istruito, ma non per il fatto di non essere sottoscritto o anonimo.

Per illustrare la questione con l'esempio dei due avvocati che si azzuffano in udienza (di cui sopra): perviene al Consiglio dell'Ordine un esposto anonimo dove si raccontano i fatti, circostanziati, dell'episodio accaduto in udienza ovvero la discussione sopra le righe dei due avvocati con indicazione del giorno d'udienza, o anche con solo il nome del giudice, del cancelliere e/o dei testimoni presenti all'accaduto. La segnalazione anonima potrebbe essere stata fatta da chiunque dei presenti ai fatti, che comunque preferisce rimanere anonimo. Nel caso di specie la segnalazione riguarda circostanze di fatto certamente verificabili e riscontrabili indipendentemente dalla fonte (anonima) della notizia di illecito.

Quindi “*Le dichiarazioni dell'esponente possono assumere da sole valore di prova allorché trovino riscontro in indizi gravi, precisi e concordanti ovvero in altri elementi obiettivi e documentali, e siano altresì esenti da lacune e vizi logici*”. (7) Non importa se l'esponente sia identificabile o meno, come già detto, quello che rileva non è la fonte, ma se la notizia dell'illecito sia verificabile.

3. I poteri procedurali (inesistenti) dell'esponente. L'esponente con la sua segnalazione ha assunto l'onere di “portare a conoscenza” del CDD un presunto comportamento deontologicamente scorretto del segnalato, questa la sua (unica) funzione e ruolo nel procedimento disciplinare. L'esponente non ha altre aspettative (8) e/o ipotetici diritti processuali. La questione dovrebbe chiudersi qui. Tuttavia, il coinvolgimento, la curiosità, la voglia di rivalsa dell'esponente nei confronti dell'avvocato suo ex difensore e/o collega, una volta presentata la segnalazione, si erge a parte fondamentale e necessaria del procedimento, con la prospettiva errata e determinazione (a volte ingiustificatamente aggressiva) di ottenere “*giustizia*” per i (presunti) torti subiti dall'avvocato sotto procedimento disciplinare.

Ripetiamo, l'esponente non è parte del procedimento disciplinare, non ha poteri istruttori né d'impugnazione, sarà eventualmente sentito come teste nel dibattimento, dove potrà raccontare e chiarire alla Sezione i fatti e i comportamenti tenuti dal segnalato per permettere alla sezione stessa di giudicare su tali condotte.

L'esponente, non vi è dubbio, potrà essere sentito come teste, sicuramente è un teste qualificato, quale soggetto portatore di

un *interesse personale* nella vicenda, ma non è la *parte offesa* o *parte civile* (per mutuare i soggetti nel processo penale) o la *controparte del segnalato* (per richiamare il processo civile) con i relativi poteri processuali. A volte, e non si comprende a quale titolo, si vedono esponenti assistiti e/o accompagnati da difensori con tanto di procura a partecipare al giudizio e, non appena depositato l'esponto, in alcuni casi, si attivano freneticamente con immotivate istanze e/o richieste di accesso agli atti per sapere se il segnalato fedifrago sia stato condannato, oppure, ricevuta la comunicazione dell'archiviazione la contestano fermamente.

L'esponente non ha alcuna legittimazione a proporre impugnazione alle decisioni disciplinari e ciò è chiaramente stabilito dall'art. 61 della L. n. 247/2012: “*Avverso le decisioni del consiglio distrettuale di disciplina è ammesso ricorso, entro trenta giorni dal deposito della sentenza, avanti ad apposita sezione disciplinare del CNF da parte dell'inculpato, nel caso di affermazione di responsabilità, e, per ogni decisione, da parte del Consiglio dell'Ordine presso cui l'inculpato è iscritto, del Procuratore della Repubblica e del Procuratore Generale del distretto della Corte d'Appello ove ha sede il Consiglio Distrettuale di Disciplina che ha emesso la decisione*”.

“*Nel novero delle “decisioni” impugnabili deve essere ricompresa non solamente la decisione finale, ma anche il provvedimento che, nelle varie fasi del procedimento disciplinare forense, definisce il giudizio con l'archiviazione in quanto atto al quale è riconosciuta una connotazione di giudizio di merito non dissimile a quello a cui si perviene con le formule assolutorie all'esito della decisione dibattimentale*.

Si registra pertanto, in relazione alle diverse decisioni che il CDD può adottare nel corso del procedimento – ad esclusione, come ritenuto anche da Cass., sez. un., sent. n. 16693/2017, della delibera di apertura del procedimento disciplinare – una asimmetria nella legittimazione all'impugnazione: questa resta circoscritta, per l'inculpato, alle sole decisioni che ne affermino la responsabilità disciplinare e che incidono quindi sul suo status, nel mentre è estesa a tutte le decisioni disciplinari per il COA in quanto organo di vigilanza deontologica sugli iscritti, e per il Procuratore della Repubblica e il Procuratore Generale a tutela e garanzia dell'interesse pubblico.” (da ultimo CNF n. 88/21 del 03/05/21).

Pacificata quindi la legittimazione del *Procuratore della Repubblica e del Procuratore Generale* all'impugnazione del provvedimento di archiviazione (cfr. ex multis, CNF sent. n. 114/2020 - CNF sent. n. 44/2020). Il potere d'impugnazione *avverso il provvedimento di archiviazione dell'esponto disciplinare* non esiste però in capo all'esponente. L'impugnazione proposta dall'esponente deve ritenersi inammissibile, ferma restando la facoltà di rivolgersi al giudice civile o penale per far valere i propri interessi (9).

Sul tema dell'impugnazione del provvedimento dell'archiviazione è interessante richiamare ancora la Sentenza CNF n.88/21 del 03/05/21 che ha deciso su un provvedimento di archiviazione del CDD di Genova affrontando alcune questioni rilevanti:

L'esponente non può proporre l'impugnazione al provvedimento di archiviazione (per interposta persona) anche tramite il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello.

Infatti, nel caso sottoposto al CNF, la Procura Generale presso la Corte di Appello di Genova, su impulso dell'esponente, impugnava il provvedimento di archiviazione del procedimento disciplinare disposto dal Consiglio Distrettuale di Disciplina Forense di Genova.

Il CNF sul punto ha sottolineato che:

“*Il potere d'impugnazione riconosciuto alla Procura della Repubblica e alla Procura Generale trova infatti legittimazione ed è riconosciuto dall'ordinamento a difesa dell'interesse pubblico al corretto esercizio dell'attività professionale forense e a tutela dell'affidamento che la collettività ripone nell'avvocatura*.

Tale funzione di rilevanza pubblica non può patire limitazioni derivanti dalla posizione del terzo esponente che, non essendo parte del procedimento disciplinare, non ha alcun potere proprio a proporre impugnazione e del pari non ha quindi onere alcuno di attivarsi per farla proporre in termini dalla Procura. Anche qualora, come nel caso di specie, la Procura aderisca alla sollecitazione dell'esponente la svolta impugnazione è quindi sempre espressione dei poteri generali sopra richiamati e il ricorrente non agisce quale sostituto o in rappresentanza dell'esponente non legittimato in proprio alla proposizione del gravame”.

Il provvedimento di archiviazione può essere impugnato dalla Procura Generale quando ne ha “effettiva conoscenza”.

Nella decisione in esame, si evidenzia che “*né la Legge 247/2012 né il Regolamento CNF 2/2014 prevedono che il provvedimento di archiviazione sia comunicato agli Uffici della Procura (10) con conseguente incertezza sull'individuazione del dies a quo dal quale far decorrere i trenta giorni “dalla notifica del provvedimento” previsti dall'art.33 del Regolamento CNF 2/2014 per la proposizione dell'impugnazione*”.

Pertanto “*in attesa che l'evidente lacuna normativa sia colmata al fine di scongiurare una rivalutazione sine die delle decisioni di archiviazione, … in assenza di comunicazione o notificazione dell'archiviazione del procedimento alla Procura (11) non si potrà quindi che fare riferimento, quale dies a quo dal quale far decorrere i termini per l'appello, alla “conoscenza effettiva” del provvedimento da parte della stessa*.” (12)

4. ...e l'accesso agli atti.

Questione spinosa e dibattuta, anche se in astratto lineare, è la possibilità dell'esponente di accedere agli atti del procedimento disciplinare.

Non è in discussione che, i procedimenti disciplinari innanzi ai Consigli Distrettuali di Disciplina forense siano procedimenti amministrativi e come tali ad essi si applica la disciplina d'accesso agli atti amministrativi ai sensi della Legge n. 241/90.

La richiesta di accesso agli atti da parte dell'esponente porta però con sé alcune questioni e perplessità sia sullo stesso “diritto” in capo all'esponente, per il solo fatto di aver presentato un esponto, sia sull'applicabilità, allo specifico procedimento disciplinare, dell'intera normativa in tema di accesso agli atti. La questione è molto dibattuta e non trova ancora una linea condivisa sia a livello “giustiziale” che giurisdizionale.

Ricordiamo alcuni principi sull'accesso agli atti, nei procedimenti disciplinari forensi, così come delineati dal Consiglio Nazionale Forense (13) per analizzare meglio la questione. Primo principio: l'ostensione dei documenti e informazioni relative ai procedimenti disciplinari rientrano nell'ambito della disciplina del diritto di accesso documentale (L.241/90) che, è bene ricordarlo, si distingue dall'accesso civico disciplinato dal d.lgs. n. 33/2013. Sull'accesso civico agli atti del procedimento disciplinare, a differenza di quello previsto ex Legge 241/90, è intervenuto il Garante per la protezione dei dati personali con suo parere negativo (14). Il comma 4 dell'art. 22 L.241/90, esclude dall'accesso (documentale) agli atti solo “*le informazioni in possesso di una pubblica amministrazione che non abbiano forma di documenti amministrativi*”. Il diritto dell'iscritto segnalato alla sua riservatezza soggiace al criterio di proporzionalità rispetto all'interesse pubblico finalizzato ad esigenze di giustizia ed alla tutela di coloro che, a vario titolo, hanno rapporti con gli iscritti all'Albo.

Secondo principio. L'ostensione dovrà realizzarsi nel rispetto della disciplina dettata dagli artt. 3 e 6 del D.P.R. 12 aprile 2006 n. 184: l'esercizio del diritto di accesso implica che la sua attuazione si realizzi mediante il procedimento di accesso formale (art. 6 del D.P.R. n. 184/2006). Ne consegue la necessità di con-

siderare le ragioni del richiedente, opponendo diniego a tutte le richieste formulate con motivazioni improprie, quali, ad esempio, la realizzazione di un controllo sistematico o generalizzato dell'operato del COA o del Consiglio Distrettuale di Disciplina, ovvero l'ottenimento – sfruttando il diritto all'accesso – di dati e circostanze personali al di fuori dello stretto necessario ai fini della propria tutela giudiziale. L'orientamento trova conferma nei principi enucleati dalla giurisprudenza amministrativa (15), in particolare ove chiarisce che la sola condizione di esponente non abilità, di per sé, all'accesso agli atti del procedimento disciplinare, ma che la qualità di autore di un esposto non può da sola determinare un diniego di accesso agli atti, motivato con l'estranchezza dell'esponente al procedimento disciplinare. Al contrario l'esponente può in effetti essere – più di altri – un soggetto potenzialmente titolato a prendere visione di detti atti, purché questa sua condizione sia unita ad altri elementi che dimostrino l'esistenza di un interesse giuridicamente tutelato. Solo così il soggetto può conseguire un effettivo e pieno diritto ad accedere alla documentazione amministrativa, come previsto dall'art. 22 della legge 241/1990.

Pertanto, riafferma il CNF che un'istanza di accesso ad atti inerenti un procedimento disciplinare potrà essere rigettata solo se non motivata ovvero se priva di quegli elementi che, oltre le clausole di puro stile, aggiungendosi al mero status di esponente, dimostrino la qualità di soggetto abilitato a far valere determinati diritti riconosciuti dall'ordinamento, in termini di attualità, concretezza e differenziazione, escludendosi perciò l'interesse generico, meramente emulativo o dettato da pura curiosità.

L'accesso è invero previsto non per un controllo indefinito sull'operato dell'Amministrazione, ma per la tutela di una posizione giuridica differenziata, significativa e ben qualificata rispetto allo specifico affare. In sostanza, l'accesso deve conseguire ad una valutazione concreta, da condurre caso per caso e con criteri di proporzionalità, degli interessi coinvolti. Concludendo, tali principi con i suoi corollari, che sembrano di facile applicazione e interpretazione, vengono disattesi e stravolti con l'affermazione del diniego assoluto all'accesso agli atti da una parte sino al suo opposto ovvero ad un riconoscimento incondizionato. In particolare vi sono alcune decisioni amministrative (16), che ritengono *in re ipsa* (nella qualifica di esponente) l'esistenza dei presupposti previsti dalla legge (neppure esplicitamente dedotti dal richiedente) per l'ostensione degli atti del procedimento disciplinare.

È assodato che il procedimento disciplinare forense, è un procedimento *sui generis* a carattere “giustiziale” (17) e pertanto, per l'ostensibilità degli atti contenuti nel fascicolo disciplinare si dovrebbe tener conto di tale peculiarità che lo distingue dai meri procedimenti amministrativi. Sarebbe forse opportuna una regolamentazione adeguata ed appropriata, proprio per la peculiarità del procedimento, e ciò (e soprattutto) per prendere una posizione netta nei confronti dell'esponente, che come detto resta, un soggetto “terzo” al procedimento stesso.

La finalità dell'accesso documentale, agli atti del procedimento disciplinare, infatti dovrebbe garantire al richiedente la tutela dei suoi diritti in giudizio. Non bisogna dimenticare che l'esponente, come qualunque altro soggetto, ha però un onere puntale e preciso di dedurre quegli “*ulteriori elementi*” necessari per poter accedere agli atti. In altre parole “grava sulla parte interessata l'onere di dimostrare che il documento al quale intende accedere è necessario (o, addirittura, strettamente indispensabile se concerne dati sensibili o giudiziari) per la cura o la difesa dei propri interessi” (18). Tali “*interessi diretti*” all'ostensione dello specifico documento, devono essere concreti ed attuali e non possono essere ipotizzati e/o presunti dall'ope-

ratore del diritto ma, come enunciato, devono essere dedotti e provati in concreto dal richiedente.

“*L'ostensione del documento richiesto passa attraverso un rigoroso, motivato, vaglio sul nesso di strumentalità necessaria tra la documentazione richiesta e la situazione finale che l'istante intende curare o tutelare*” (19) e sarà possibile solo ed esclusivamente nei limiti, ancora più stringenti, di cui all'art. 24, comma 7, della legge 241/1990. Tale norma, spesso dimenticata, implica di per sé una più restrittiva valutazione in concreto sia della legittimazione che delle modalità di accesso agli atti dei procedimenti giurisdizionali da cui non si discosta il procedimento disciplinare forense con la sua funzione “giustiziale”. Attendiamo che tale principio sia riscoperto, riconosciuto e riaffermato, da una giurisprudenza più attenta alle peculiarità del nuovo procedimento disciplinare forense, ponendo così fine alle continue diatribe sull'ostensione degli atti del procedimento disciplinare.

Note.

(1) Cassazione Sez. Unite Sent. n. 23593 del 27 ottobre 2020

(2) art. 50.4 LF: “*Quando è presentato un esposto o una denuncia a un consiglio dell'ordine, o vi è comunque una notizia di illecito disciplinare, il consiglio dell'ordine deve darne notizia all'iscritto, invitandolo a presentare sue deduzioni entro il termine di venti giorni, e quindi trasmettere immediatamente gli atti al consiglio distrettuale di disciplina, che è competente, in via esclusiva, per ogni ulteriore atto procedimentale.*”

(3) CNF Sent. n. 67 del 31 marzo 2021

(4) cfr., da ultimo, CNF Sent. n. 67 del 31 marzo 2021, CNF Sent. n. 114 del 15 luglio 2020 - CNF Sent. n. 219 del 6 novembre 2020, CNF Sent. n. 85 del 23 luglio 2019

(5) Vedi tra le altre CNF Sent. n.49 del 24 marzo 2021

(6) CNF Sent. n. 146 del 6 dicembre 2019, CNF Sent. n. del 31 dicembre 2015, n. 270.

(7) CNF Sent. 101 del 9 ottobre 2019. La sentenza aggiunge che: “*In tal caso, al professionista incombe l'onere di dimostrare, sin dalle prime memorie difensive, la veridicità delle proprie affermazioni, ovvero l'infondatezza degli addebiti oggetto di esposto disciplinare, non potendo in mancanza dolersi dell'omessa assunzione d'ufficio di prove a suo favore nel corso del procedimento*”

(8) Se non la comunicazione del provvedimento di archiviazione del procedimento ex art. 58.4

(9) CNF sentenza n. 80 del 28 aprile 2021; CNF sentenza n. 38 del 18 marzo 2021

(10) L'art. 58 comma 4 della L.247/2012 dispone infatti che “*Il provvedimento di archiviazione è comunicato al Consiglio dell'Ordine presso il quale l'avvocato è iscritto, all'iscritto e al soggetto dal quale è pervenuta la notizia di illecito*”, previsione estesa dall'art. 14 comma 2 del Regolamento CNF n. 2/2014 anche alla cd. archiviazione cd. pre-procedimentale.

(11) Sarà buona prassi, “*in attesa che l'evidente lacuna normativa sia colmata*”, notificare il provvedimento di archiviazione anche alla Procura della Repubblica e alla Procura Generale.

(12) Nel caso di specie il termine per l'impugnazione veniva fatto decorrere dalla data di ricevimento da parte della Procura di copia del fascicolo del procedimento ricoprendente la proposta e la delibera motivata di archiviazione.

(13) Parere del 24 ottobre 2018, n. 66 del Consiglio Nazionale Forense (rel. Allorio) su quesito del Consiglio dell'Ordine di Savona.

(14) Parere di diniego da parte del Garante per la Protezione dei dati personali n. 50 del 9 febbraio 2017

(15) Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n. 7 del 20 aprile 2006

(16) TAR Liguria Sentenza Sez. II n. 976/2016 e TAR Liguria Sentenza Sez. II n.529/2021

(17) Cassazione Sez. Unite n. 16993 del 10/07/2017: “*il Consiglio distrettuale di disciplina, ... riveste una funzione amministrativa di natura giustiziale*”

(18) Consiglio di Stato Adunanza Plenaria n.19 del 25 settembre 2020

(19) Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria n.4 del 18 marzo 2021.