

# Nuova GIURISPRUDENZA ligure

RIVISTA QUADRIMESTRALE

Anno XXVI n. 2 MaggioAgosto 2024

## DIRITTO CIVILE

Tribunale di Genova, 21 giugno 2023  
*Contratto bancario e azione di ripetizione da parte del cliente*

Tribunale Concorsuale di Genova, 13 giugno 2024  
*Concordato in continuità indiretta*

Tribunale di Savona, 20 maggio 2024  
*Criteri per la nomina del tutore*

Nicole Carnevale  
*La procreazione medicalmente assistita*

Camilla Vicini  
*Diagnosi prenatale e danno*

## DIRITTO DEL LAVORO

Tribunale di Genova, 26 giugno 2023  
*Il patto di prova nel contratto di lavoro*  
Stefano Torchio

## DIRITTO PENALE

Tribunale di Genova, sez. per il riesame, 8 luglio 2024  
*Il caso Toti*

## DEONTOLOGIA FORENSE

Stefano Zironi  
*I rapporti CDD/COA*



## ALL'INTERNO

# NotiziariO

DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI GENOVA

---

*Comitato Scientifico*

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

*Comitato di Direzione*

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

*Responsabile della redazione*

Alessandro Barca

---

COORDINATORI

*Sezione di diritto civile*

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

*Sezione di diritto del lavoro*

Corrado Marvasi, Stefano Torchio (ST.TO.)

*Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale*

Pasquale Costanzo, Lara Trucco

*Sezione di diritto tributario*

Antonio Lovisolo

*Sezione di diritto penale*

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

*Sezione di deontologia forense*

Fabio De Santis, Elisabetta Ratti

---

COLLABORATORI

*Sezione di diritto civile*

Flavia Abbondanza (FL.A.), Federica Adorni (FAD.), Francesca Bagnasco (FBGN.), Stefano Baldissin (S.BL.), Francesca Bardi (FBARD.), Francesca Bartolini (FBART.), Giulia Bastianelli Naticchi (G.B.N.), Silvio Bertieri (SB), Marzio Bini (MA.BN.), Filippo Biolè, Antonio Bisignani, Lavinia Botto, Elisa Brigandi (EL.BR.), Chiara Caccavale (C.CCV.), Carlo Alberto Calcagno, Alessandra Calдини, Sonia Canata (SO.C.), Chiara Canepa (CH.CNP.), Matteo Caniglia Cogliolo (M.C.C.), Nicole Carnevale, Alessandro Castino, Ivano Cavanna, Valentina Cavanna (V.CAV.), Chiara Cellerino (C.CELL.), Emiliano Cerisoli (E.CER.), Antonio Maria Corzino (A.M.C.), Michela Cucich (M.CH.), Elena Curletto (EL.C.), Pierpaolo Curri (P.PCU.), Francesca Dagnino (FDA.), Michele Dassio, Annamaria De Luca (A.DL.), Andrea De Sario (A.D.S.), Raffaella Demaria (R.D.), Matteo Demetri (M.DEM.), Andrea De Sario, Gianvittorio Domini (GV.D.), Paolo Donadoni, Attilio Fagiani, Chiara Fatta (C.F.), Gabriele Fazzeri (GA.FZR.), Daniele Ferrari (D.F.), Damiano Fiorato, Francesca Florino, Cesare Fossati, Stella Frascà

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

*Sezione di diritto del lavoro*

Marco Bruno (MA.BR.), Pier Franco Raffaelli (P.RA.), Valeria Torchio (VA.TO.)

*Sezione di diritto amministrativo e di diritto costituzionale regionale:*

Giovanni Botto (G.BO.), (Luca Costanzo (L.C.), Pasquale Costanzo (P.C.), Armando Giuffrida (A.G.), Sara Scazzola (S.SC.), Matteo Timo (M.T.), Lara Trucco (L.T.)

*Sezione di diritto tributario*

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

*Sezione di diritto penale*

Luca Barontini, Cristina Brigneti (CR.BR.), Francesco Brignola (FR.BR.), Francesca Bruzzone (FR.BRZ.), Martina Caputo (M.CAP), Giovanna Ceresa Gastaldo, Maria Cersosimo, Michele Ciravegna (M.CIR.), Martina Duina, Luca Aldo Forlani, Cecilia Gentile, Ignazio Grisafi, Stefania Ligas (S.LIG.), Nicoletta Lisi (NIC.LI.), Francesca Maberino (FMA.), Lisa Martinelli, Maria Montemagno (M.MG.), Michele Montemagno, Ruggero Navarra, Federico Oneto, Fiorenza Orian, Paola Pepe (P.PE.), Paolo Pittaluga (PA.PITT.), Gabriele Ponteprino, Luigi Sannino (L.SN.), Valter Semino, Cristina Senes (CR.SEN.), Alessandro Torri (A.T.), Ilaria Torri, Chantal Torrigino (CH.T.)

*Sezione di deontologia forense*

Roberta Caprioli, 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

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, 21 giugno 2023	<b>3</b>
Tribunale Concorsuale di Genova, 13 giugno 2024	<b>14</b>
Tribunale di Savona, 9 gennaio 2024	<b>20</b>
Tribunale di Genova, 23 maggio 2023	<b>21</b>
Tribunale di Savona, 20 maggio 2024	<b>25</b>
<b>Massimario</b>	<b>28</b>

## Documenti

<i>Questioni attuali in tema di procreazione medicalmente assistita.</i>	
Nicole Carnevale	<b>31</b>
<i>Diagnosi prenatale e danno: nesso di causalità e onere della prova nella recente giurisprudenza di legittimità</i>	
Camilla Vicini	<b>37</b>

---

## Sezione di diritto del lavoro

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, 26 giugno 2023	<b>44</b>

<i>Il patto di prova nel contratto di lavoro: una difficile formulazione.</i>	
Stefano Torchio	<b>47</b>

<b>Massimario</b>	<b>49</b>
-------------------	-----------

---

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

<b>Massimario</b>	<b>51</b>
-------------------	-----------

---

## Sezione di diritto tributario

<b>Massimario</b>	<b>55</b>
-------------------	-----------

---

## Sezione di diritto penale

<b>Sentenze, Ordinanze e Decreti</b>	
Tribunale di Genova, sez. per il riesame, 8 luglio 2024	<b>59</b>

---

## Sezione di deontologia forense

## Documenti

<i>I rapporti CDD/COA: discutendo sulla natura giuridica del CDD, sulla c.d. "alterità organica" in materia disciplinare e sul diritto di cancellazione in pendenza di procedimento disciplinare.</i>	
Stefano Zironi	<b>76</b>

## Sezione di diritto civile

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. VI civ., 21 giugno 2023, n. 1517 - Giudice Unico Gabriel.

**BANCA, credito e risparmio - azione di ripetizione da parte del cliente delle somme addebitate nei rapporti bancari - chiusura del rapporto - prescrizione decennale - decorrenza.**

**BANCA, credito e risparmio - eccezione di prescrizione del correntista - modalità.**

**BANCA, credito e risparmio - ripetizione dell'indebitato - prova - necessità - applicazione del "saldo zero" nel caso di specie - esclusione.**

**BANCA, credito e risparmio - "saldo zero" - necessità di prova della pretesa - esclusione nel caso di specie.**

**BANCA, credito e risparmio - contratti bancari - forma scritta - necessità.**

(Art. 3, comma 3, L. n. 154/1992, art. 117, comma 2, D.lgs. n. 385/1993)

**BANCA, credito e risparmio - eccezione di illegittimo esercizio dello *ius variandi* svolta dal correntista - necessità di specificità e precisione.**

**CONTRATTO in genere - inadempimento - impossibilità di investire ulteriormente nella propria attività imprenditoriale - danno da perdita di chance - prova della mancata possibilità di realizzazione di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato - necessità - risarcimento in via equitativa - esclusione.**

*La prescrizione decennale dell'azione di ripetizione da parte del cliente delle somme addebitate nei rapporti bancari inizia a decorrere dalla chiusura del rapporto per le rimesse ripristinatorie (eseguite cioè in presenza di un affidamento concesso e nei limiti dello stesso, quale ripristino della disponibilità ottenuta con il fido), ed invece da ogni singolo addebito per le rimesse solutorie (eseguite cioè in assenza di affidamento o oltre l'affidamento concesso, in cui la rimessa ha l'effetto di estinguere il debito del cliente verso la banca).*

*Ne consegue che per le rimesse ripristinatorie, la prescrizione inizia a decorrere dalla formale chiusura del rapporto e ogni addebito non dovuto è richiedibile alla banca dal cliente, senza alcun limite temporale; per le rimesse solutorie, la prescrizione decorre anche durante il rapporto, dalla data di ogni singolo addebito per cui è domandata la restituzione alla banca e sono richiedibili soltanto gli addebiti dell'ultimo decennio anteriore alla messa in mora o alla citazione in giudizio della banca.*

(Cfr.: Cass., sez. un., n. 24418/2010)

*L'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito, che convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e con la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie.*

(Cfr.: Cass., sez. un., n. 15895/2019)

*L'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ripetibili (o prescritte) non rientra nell'onere di allegazione delle parti.*

(Cfr.: Tribunale di Genova sent. n. 1889/2020)

*Sotto il profilo dell'onere probatorio, in tema di contratti bancari, il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebitato, è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida "causa debendi", per cui il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizioni in quanto riferite a somme non dovute. Quando il cliente agisce per far valere un proprio credito, ha l'onere della prova. Se produce solo gli ultimi e/c, che partono da un suo saldo debitore, potrà far valere le nullità documentate in quegli e/c, senza pretendere l'azzeramento del primo saldo.*

(Cfr.: Cass., ord. n. 30822/2018)

*Nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa; in conseguenza, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo del conto nel periodo non documentato, e in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza di un credito o di un debito di un certo importo con riferimento a tale arco temporale, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, per cui constano gli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di detti estratti conto.*

(Cfr.: Cass., n. 23852/2020)

*Nel caso di specie non può trovare applicazione il cd. saldo zero: trattasi di fattispecie in cui ad agire è il correntista, senza che la Banca contrapponga domande riconvenzionali, sicché il primo ha l'onere di produrre gli estratti conto o di provare elementi che possano essere considerati idonei a dimostrare l'inesistenza di quel saldo.*

*In assenza di prova dell'avvenuta stipulazione per iscritto dei contratti di conto anticipi intercorsi dalle parti, deve ritenersi pertanto che gli stessi siano nulli per carenza della forma prescritta ex art. 117 TUB.*

*In tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforme delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta, "in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio".*

(Cfr.: Cass., n. 27836/2017 richiamata dalla più recente Cass., n. 926/2022)

*L'eccezione di illegittimo esercizio dello ius variandi svolta dal correntista, deve essere munita di un sufficiente grado di specificità e precisione ed è quindi onere del correntista indicare, fin dalla citazione o, comunque, dalla sua costituzione in giudizio, in quale momento e con quali modalità la banca abbia illegittimamente fatto impiego del diritto riconosciute dall'art. 118 TUB.*

*Quanto alla domanda di risarcimento del danno per aver sofferto effetti pregiudizievoli connessi alla svalutazione e per l'impossibilità oggettiva di investire ulteriormente nella propria attività imprenditoriale, occorre dapprima qualificare la domanda di risarcimento del danno, come danno da perdita di chance. Per fare valere il danno associato alla perdita di una probabilità di conseguire risultati utili, quali investimenti per la propria attività imprenditoriale, l'attore avrebbe dovuto provare, o quantomeno allegare, la mancata realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta.*

*Poiché, invece, l'attore sul punto deduce che il danno sia "in re ipsa" e sia quantificabile in via equitativa, tale domanda non può trovare accoglimento.*

A.B.

(...Omissis...)

#### **Ragioni in fatto ed in diritto della decisione.**

1. - Società correntista in liquidazione (nel prosieguo per brevità "correntista"), dopo aver senza esito esperito tentativo di mediazione obbligatoria di cui alla L. 28/2010 (doc. 45) e dopo aver rivolto alla Banca una diffida alla consegna della documentazione ex art. 119 c. 4 TUB (doc. 40), con atto di citazione regolarmente notificato, conveniva in giudizio banca S.p.a. (nel prosieguo per brevità "banca", o "la Banca") davanti al Tribunale di Genova, per sentire accogliere le conclusioni di cui sopra. A sostegno delle proprie pretese precisava di aver intrattenuto presso la Banca convenuta i seguenti rapporti: a. conto corrente ordinario n. xxxx; b. conto corrente anticipi n. xxxx estinto in data 27 maggio 2008; c. conto corrente anticipi n. xxxx; d. conto corrente anticipi n. xxxx; e. conto corrente anticipi n. xxxx estinto in data 2 maggio 2006; produceva un elaborato peritale a prova del quantum a suo credito (doc. 46) e, a sostegno delle proprie pretese, deduceva quanto di seguito si sintetizza.

1.1. Con riferimento al contratto di c/c n. xxxx, assumeva che è stata accertata:

- l'assenza degli estratti conto per il periodo antecedente al 31/12/1995. Conseguentemente, in applicazione della regola del "saldo zero", si rende necessaria la sostituzione del saldo negativo di € 27.400,57 alla data del 31/12/1995 con il saldo zero, con la conseguenza che tale importo, pari ad € 27.400,57, non è dovuto dalla Società alla Banca;
- la presenza di tassi effettivi globali (TEG) superiori ai tassi soglia di usura in molteplici trimestri, violando così quanto disposto sia dall'art. 644 c.p. e dalla L. 108/1996 sia dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia; nei periodi nei quali si è verificato lo sfioramento del TEG rispetto ai tassi soglia, gli interessi usurari, pari ad € 13.980,70, non sono dovuti dalla Società alla Banca;
- l'assenza di una valida pattuizione delle condizioni economiche applicate al rapporto di conto corrente. Nello specifico sono state rilevate le seguenti criticità: (i) l'ap-

plicazione di tassi ultralegali non validamente pattuiti, pari a € 12.662,29; (ii) la divergenza tra data operazione e data valuta (c.d. "effetto valuta") e la capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi (anatocismo) non pattuita tra le parti, quantificata in € 1.518,68; (iii) l'illegittima applicazione delle commissioni comunque denominate, pari a € 16.607,69; (iv) l'illegittima applicazione delle spese, pari a € 6.958,24;

- la modificazione da parte della Banca, unilateralmente, dei tassi d'interesse debitori, a svantaggio della Società, senza aver adempiuto agli obblighi prescritti dall'art. 118 del T.U.B. (c.d. ius variandi). Alla luce di tali considerazioni, è possibile affermare che le variazioni delle condizioni economiche effettuate dalla Banca sono inefficaci e di conseguenza l'importo quantificato in € 2.249,03 non è dovuto.

1.2. Con riferimento al contratto di c/c n. xxxx, assumeva che è stata accertata:

- la presenza di tassi effettivi globali (TEG) superiori ai tassi soglia di usura in molteplici trimestri, violando così quanto disposto sia dall'art. 644 c.p. e dalla L. 108/1996 sia dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia; nei periodi nei quali si è verificato lo sfioramento del TEG rispetto ai tassi soglia, gli interessi usurari, pari ad € 1.994,66, non sono dovuti dalla Società alla Banca;
- l'assenza di una valida pattuizione delle condizioni economiche applicate al rapporto di conto corrente. Nello specifico sono state rilevate le seguenti criticità: (i) l'applicazione di tassi ultralegali non validamente pattuiti, pari a € 36.582,70; (ii) l'illegittima applicazione delle commissioni comunque denominate, pari a € 7.873,59; (iii) l'illegittima applicazione delle spese, pari a € 1.094,73;
- la modificazione da parte della Banca, unilateralmente, dei tassi d'interesse debitori, a svantaggio della Società, senza aver adempiuto agli obblighi prescritti dall'art. 118 del T.U.B. (c.d. ius variandi). Alla luce di tali considerazioni, è possibile affermare che le variazioni delle condizioni economiche effettuate dalla Banca sono inefficaci e di conseguenza l'importo quantificato in € 1.659,18 non è dovuto.

1.3. Con riferimento al contratto di c/c n. xxxx, assumeva che è stata accertata:

- la presenza di tassi effettivi globali (TEG) superiori ai tassi soglia di usura in molteplici trimestri, violando così quanto disposto sia dall'art. 644 c.p. e dalla L. 108/1996 sia dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia; nei periodi nei quali si è verificato lo sfioramento del TEG rispetto ai tassi soglia, gli interessi usurari, pari ad € 9,56, non sono dovuti dalla Società alla Banca;
- l'assenza di una valida pattuizione delle condizioni economiche applicate al rapporto di conto corrente. Nello specifico sono state rilevate le seguenti criticità: (i) l'applicazione di tassi ultralegali non validamente pattuiti, pari a € 3.861,27; (ii) l'illegittima applicazione delle spese, pari a € 602,27.

1.4. Con riferimento al contratto di c/c n. xxxx, assumeva che è stata accertata:

- l'assenza del contratto di apertura del conto corrente e l'assenza dei contratti degli affidamenti in esso regolati. Di conseguenza, per la violazione dell'art. 117 comma 1, 3 del TUB, gli interessi debitori, le commissioni e le spese, complessivamente pari a € 28.398,18, non sono dovuti;

- la presenza di tassi effettivi globali (TEG) superiori ai tassi soglia di usura in molteplici trimestri, violando così quanto disposto sia dall'art. 644 c.p. e dalla L. 108/1996 sia dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia; nei periodi nei quali si è verificato lo sfioramento del TEG rispetto ai tassi soglia, gli interessi usurari, pari ad € 71,49, non sono dovuti dalla Società alla Banca;
- la modificazione da parte della Banca, unilateralmente, dei tassi d'interesse debitori, a svantaggio della Società, senza aver adempiuto agli obblighi prescritti dall'art. 118 del T.U.B. (c.d. ius variandi). Alla luce di tali considerazioni, è possibile affermare che le variazioni delle condizioni economiche effettuate dalla Banca sono inefficaci e di conseguenza l'importo quantificato in € 5.918,98 non è dovuto.

1.5. Con riferimento al contratto di c/c n. xxxx, assumeva che è stata accertata:

- l'assenza del contratto di apertura del conto corrente e l'assenza dei contratti degli affidamenti in esso regolati. Di conseguenza, per la violazione dell'art. 117 comma 1, 3 del TUB, gli interessi debitori, le commissioni e le spese, complessivamente pari a € 4.920,27, non sono dovuti;
- la presenza di tassi effettivi globali (TEG) superiori ai tassi soglia di usura in molteplici trimestri, violando così quanto disposto sia dall'art. 644 c.p. e dalla L. 108/1996 sia dalle Istruzioni di Vigilanza della Banca d'Italia; nei periodi nei quali si è verificato lo sfioramento del TEG rispetto ai tassi soglia, gli interessi usurari, pari ad € 1.747,89, non sono dovuti dalla Società alla Banca;
- la modificazione da parte della Banca, unilateralmente, dei tassi d'interesse debitori, a svantaggio della Società, senza aver adempiuto agli obblighi prescritti dall'art. 118 del T.U.B. (c.d. ius variandi). Alla luce di tali considerazioni, è possibile affermare che le variazioni delle condizioni economiche effettuate dalla Banca sono inefficaci e di conseguenza l'importo quantificato in € 479,51 non è dovuto.

1.6. In conclusione, parte attrice asseriva, con riferimento ai c/c n. xxxx, n. xxxx e n. xxxx, essendo stata accertata l'assenza di una valida pattuizione delle condizioni economiche, di aver diritto all'applicazione dei tassi sostitutivi ai sensi dell'articolo 117 comma 7 e, dunque, considerando anche l'importo derivante dall'applicazione del c.d. "saldo zero" sul c/c n. xxxx, dal ricalcolo effettuato dal CTP, alla restituzione di complessivi € 131.146,95, come risulta dalla tabella riportata a pagina 68 della perizia (cfr. doc. nr. 46). Con riferimento, invece, ai c/c n. xxxx e n. xxxx, avendo riscontrato la violazione dell'art. 117, comma 1 e 3 del T.U.B., considerata l'assenza dei contratti di apertura di conto corrente e di affidamento in conto corrente, la Società affermava di aver diritto alla restituzione di tutti gli interessi passivi, delle commissioni e delle spese a qualunque titolo, come risulta dalla tabella riportata a pagina 70 della perizia (cfr. doc. nr. 46), per l'importo totale di euro 33.318,45. Chiedeva quindi la rettifica del saldo e la condanna della Banca al pagamento di tali somme.

1.7. Al fine di prevenire eventuali eccezioni di controparte, precisava che il termine prescrizionale decennale inizia a decorrere dalla data di chiusura e liquidazione del saldo, ancorché convenzionalmente la chiusura avvenga periodicamente (Cass. n. 3190/2017 - v. doc. 19);

1.8. Inoltre, a causa della condotta della convenuta, chiedeva venisse liquidato in favore di correntista un importo non in-

feriore alla somma di € 20.000,00, o la diversa somma che verrà ritenuta equa e di giustizia in corso di causa, a titolo di risarcimento del danno patito per non aver potuto disporre delle somme illegittimamente lucrate dalla Banca.

2. correntista, in via istruttoria, chiedeva licenziarsi CTU contabile diretta alla ricostruzione dei movimenti dare/avere intervenuti durante tutto il periodo del rapporto bancario in contestazione.

3. Banca si costituiva in giudizio contestando integralmente le pretese attoree, affinché le avverse domande fossero respinte. Eccepiva, in via preliminare, la prescrizione dei diritti ex adverso vantati in relazione agli importi corrisposti e/o addebitati in data anteriore al 4 settembre 2007 - un decennio prima della convocazione nel procedimento di mediazione - con la conseguenza che le domande relative al c/c anticipi n. xxxx devono ritenersi prescritte poiché lo stesso estinto in data 2 maggio 2006. A sostegno delle sue pretese, deduceva:

3.1. che le argomentazioni avversarie in ordine alla presenza di un "saldo di inizio periodo negativo" per il conto corrente n. xxxx/20 sono prive di fondamento. L'eventuale ricalcolo dovrà partire dalla data in cui gli estratti conto sono presenti senza soluzione di continuità ed il saldo iniziale dovrà coincidere con quello effettivamente risultante dal primo estratto conto prodotto in atti;

3.2. che la richiesta ex art. 119 TUB a suo tempo formulata da (...omissis...) Risk, è del tutto irrilevante, giacché la Banca, ai sensi degli artt. 2220 comma 1 cod. civ. e 119 comma 4 del TUB, non è tenuta a conservare (e quindi, neppure a consegnare) gli estratti per il periodo anteriore al decennio;

3.3. che le doglianze relative alla pretesa "nullità dei rapporti" sono infondate, giacché i contratti di conto corrente (nn. xxxx /20, xxxx /80 e xxxx /20) sono stati regolarmente stipulati, come risulta dalle lettere contratto in data 21/9/92 (prod. nn. 5-7). In detti contratti sono state precisamente pattuite ed accettate tutte le condizioni economiche dei rispettivi rapporti (compreso il tasso debitore) e non sussiste alcuna delle violazioni ex adverso affermata, né alcuna indeterminatezza;

3.4. che le argomentazioni di controparte in ordine alla pretesa illeggibilità della misura del tasso debitore nella lettera-contratto di apertura del c/c xxxx/20 sono pretestuose ed infondate: da un lato, perché l'indicazione è perfettamente leggibile sull'originale; dall'altro, perché correntista ha sottoscritto una "appendice alla lettera-contratto di conto corrente", nella quale sono stati riportati i tassi di interesse per tutti e tre i conti correnti sopra menzionati (xxxx/20, xxxx /80 e xxxx /20 (prod. n. 8);

3.5. che le successive variazioni delle condizioni economiche sono state regolarmente comunicate alla correntista in conformità al disposto dell'art. 118 del TUB, mediante l'invio periodico degli estratti conto, che la società correntista ha sempre accettato senza muovere contestazione alcuna e che, pertanto, le avversarie doglianze in tema di ius variandi sono prive di qualsiasi fondamento;

3.6. che, in riferimento all'ISC, le argomentazioni attoree sono infondate poiché trattasi di contratti stipulati nel 1992;

3.7. che la Banca non ha mai applicato, nel corso dei rapporti di cui sopra, interessi usurari e che, sul punto, anche a prescindere dal mancato assolvimento, da parte della società attrice, dell'onere probatorio su di essa incombente, le modalità di calcolo del tasso usurario ex adverso invocate (e riportate nella Relazione prodotta sub 41) sono completamente erranee;

3.8. che le argomentazioni avversarie in ordine all'anatocismo sono infondate, quanto meno per il periodo successivo all'1/7/00; infatti, a partire da tale data (in cui è entrata in vigore la suddetta Delibera), l'anatocismo è regolamentato per legge a condizione di reciprocità, condizione soddisfatta dalla Banca applicando la capitalizzazione trimestrale sia dei tassi attivi che di quelli passivi (cfr. al riguardo l'estratto della Gazzetta Ufficiale che si produce sub 9). Per quanto riguarda, invece, i conti anticipi, l'anatocismo non è neppure astrattamente configurabile. In via subordinata, nell'ipotesi in cui si dovesse ritenere necessario l'utilizzo dei tassi sostitutivi ex art. 117 TUB, quest'ultima norma dovrà essere applicata con la modalità indicata nella sentenza 17/1/14 (dott. Tuttobene), che associa i tassi minimi dei BOT per le operazioni attive (che sono quelle a credito del cliente ed a debito della Banca - tassi avere) e dei tassi massimi dei BOT per le operazioni passive (che sono quelle a debito del cliente ed a credito della Banca - tassi dare);

3.9. che le doglianze di controparte in tema di valuta sono indimostrate e, comunque, prive di fondamento;

3.10. che, in tema di commissioni, le stesse sono state previamente pattuite e che, per i periodi successivi al 31/3/09, la Banca si è adeguata alle nuove disposizioni dettate (prima dall'art. 2 bis della Legge 2/09, quindi dalla legge 214/2011, di conversione con modificazioni del D.L. 201/11, che ha introdotto l'art. 117 bis TUB, ed infine dalla legge 27/12, di conversione con modificazione del D.L. 1/12), a seguito delle quali è stata introdotta, per i conti affidati, una commissione onnicomprensiva, calcolata in maniera proporzionale rispetto alla somma messa a disposizione del cliente e alla durata dell'affidamento (CMDF);

3.11. che la domanda di risarcimento ex adverso formulata è priva di qualsiasi fondamento, al pari delle considerazioni inerenti all'esito del procedimento di mediazione (al quale, comunque, l'esponente ha aderito: come risulta dalla produzione n. 45 della stessa controparte).

4. Il Giudice, con ordinanza del 3 aprile 2019, concedeva i termini per il deposito delle memorie di cui all'art. 183, VI comma, nn. 1), 2) e 3) c.p.c..

5. Parte attrice, con il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 1) c.p.c., precisava, sull'eccezione di prescrizione sollevata da controparte, che, in data 14.06.2017, OMISSIS Risk S.r.l., in nome e per conto della società attrice, inviava a Banca formale lettera di reclamo nella quale, in calce, era stato riportato espressamente ed esplicitamente: "La presente vale come formale costituzione in mora ex art. 1219 c.c. ed è interruttiva dei termini di prescrizione ex art. 2943 c.c." e che, comunque, tale eccezione non potesse in ogni caso spiegare effetto e/o trovare applicazione relativamente alle contestazioni mosse per i rapporti de quibus stante il fatto che il c/c ordinario n. 25720 è stato estinto in data 13.10.2010; il c/c anticipi n. xxxx è stato estinto in data

27.05.2008; il c/c anticipi n. xxxx è stato estinto in data 05.06.2008 ed il c/c anticipi n. xxxx è stato estinto in data 06.08.2009.

Insisteva nell'accoglimento delle conclusioni ed istanze già avanzate e, sul risarcimento del danno, chiariva che il danno fosse in "re ipsa" e dovesse essere liquidato in un importo non inferiore ad euro 10.000,00.

6. Parte convenuta ometteva il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 1) c.p.c..

7. Parte attrice, con il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 2) c.p.c., chiedeva venisse disposto il licenziamento di una consulenza tecnica d'ufficio contabile.

8. Parte convenuta, con il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 2) c.p.c., chiariva che, in relazione al rapporto n. xxxx, trattandosi di un rapporto di portafoglio per anticipo fatture (destinato unicamente a documentare la presentazione degli effetti al s.b.f.), non fosse prevista - né necessaria - la stipula di alcun contratto, e che, circa il conto anticipi n. xxxx (estinto nel 2006), le pretese attrici fossero irrimediabilmente prescritte. Produceva originale cartaceo della lettera-contratto di apertura del c/c n. xxxx.

9. Parte attrice, con il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 2) c.p.c., si riportava integralmente a quanto già dedotto ed argomentato.

10. Parte convenuta, con il deposito della memoria di cui all'art. 183, VI comma, n. 2) c.p.c., si opponeva all'ammissione di una CTU contabile, in quanto avente natura esplorativa.

11. Il Giudice, con ordinanza del 5.5.2020, licenziava CTU demandando il seguente quesito: "Visti gli atti ed i documenti di causa,

- 1) provveda il CTU a ricostruire l'andamento ed il saldo finale del conto corrente n. xxxx mediante: a) esclusione di ogni addebito per commissione di massimo scoperto/di massimo utilizzo; b) esclusione dell'anatocismo; c) verifica della rispondenza alle clausole contrattuali delle date delle valute praticate sulle voci di addebito, e rettifica di quelle che risultassero difformi; d) verifica della rispondenza alle previsioni contrattuali, o ai successivi accordi, dei tassi debitori applicati; riduzione ai tassi contrattuali di quelli eventualmente applicati in eccesso
- 2) determini il tasso effettivo globale previsto dal contratto, tenendo conto, a questo fine, degli interessi a qualsiasi titolo pattuiti, delle commissioni, delle remunerazioni e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito, ma non tenendo conto della commissione di cui al punto 1a né dei tassi in eccesso di cui al punto 1d.
- 3) verifichi se il tasso globale così determinato: (a) superasse, al momento della stipulazione del contratto, o (b) abbia successivamente superato, in seguito a rinegoziazioni anche tacite (ius variandi), i tassi soglia posti dalla normativa anti-usura.
- 4) ridetermini il saldo del rapporto, escludendo, oltre alle voci di cui al punto 1, tutti gli interessi nell'ipotesi di risposta positiva al quesito che precede (nel caso (b), nei limiti della prescrizione. Individui le rimesse solutorie effettuate sul conto che risultino imputabili in tutto o in parte agli addebiti esclusi in forza dei punti precedenti. Per rimesse solutorie

si intendono quelle effettuate in presenza di saldo debitore nel caso di conto non affidato, o con saldo debitore eccedente il fido in caso di conto affidato.

Nel determinare il tasso effettivo globale, il CTU dovrà applicare la formula contenuta nelle Istruzioni fornite dalla Banca d'Italia.

Le operazioni di rideterminazione del calcolo dovranno inoltre essere effettuate applicando, alle rimesse solutorie, i criteri di imputazione di cui all'art. 1194 c.c. Quanto alla verifica sull'usura: il ctu ricalcoli l'esatto ammontare del rapporto dare/avere tra le parti, nel caso in cui il TEG applicato ecceda il tasso soglia applicabile *ratione temporis*, provveda al ricalcolo del debito, eliminando ex art. 1815 co. 2 c.c. interessi, commissioni e ogni altra remunerazione collegata all'erogazione del credito (in caso di usura originaria), qualora risulti che il tasso effettivo globale (TEG) applicato ai rapporti per cui è causa risulti, al momento in cui l'interesse è stato pattuito o nel corso del rapporto, e limitatamente ai periodi espressamente indicati dall'attore in atto di citazione, aver superato il tasso soglia rilevato dal Ministero del Tesoro e contenuto del D.M. trimestrale di riferimento. A tale fine computi nella base di calcolo ogni onere con funzione di remunerazione del credito (commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse quelle per imposte e tasse) e, quindi, anche la commissione di massimo scoperto, inserendola tra gli oneri per il periodo precedente il 1.10.2010 secondo le indicazioni della Cassazione a Sezioni Unite n. 16303/2018 (e quindi confrontando "l'ammontare percentuale della CMS praticata e l'entità massima della CMS applicabile (c.d. ), desunta aumentando del 50% l'entità della CMS media pubblicata nelle tabelle" quindi, laddove venga superata l'entità della CMS soglia operando una valutazione complessiva delle condizioni applicate. "A tal fine, per ciascun trimestre, l'importo della CMS percepita in eccesso va confrontato con l'ammontare degli interessi (ulteriori rispetto a quelli in concreto praticati) che la banca avrebbe potuto richiedere fino ad arrivare alle soglie di volta in volta vigenti. Qualora l'eccedenza della commissione rispetto alla sia inferiore rispetto a tale è da ritenere che non si determini un supero delle soglie di legge" e per il periodo successivo al 1.10.2010 direttamente tra gli oneri; in ogni caso, sul piano della formula di calcolo del TEGM, utilizzi le istruzioni della B.I vigenti di volta in volta".

12. Parte attrice, all'udienza del 22.10.2020, chiedeva un'integrazione del quesito al CTU affinché: 1) lo sviluppo dei quesiti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 fosse esteso ai conti correnti anticipi n. xxxx, n. xxxx, n. xxxx e n. xxxx, i quali girocontavano le competenze trimestrali sul conto corrente ordinario n. xxxx; 2) venisse ordinato al CTU di sviluppare un conteggio nel quale gli interessi fossero ricalcolati in ragione dei tassi sostitutivi Bot ex art. 117 TUB, ovvero dei tassi legali ex art. 1284 c.c., in assenza di pattuizione scritta dei tassi d'interesse o in ipotesi di indeterminazione della relativa clausola; 3) con riferimento al quesito concernente la prescrizione, che venisse ordinato al CTU di verificare l'effettiva prescrizione delle rimesse solutorie su tutti i conti correnti, compresi i conti correnti anticipi; 4) venisse integrato il quesito facendo riferimento anche al principio enunciato dalla S.C. nella pronuncia n. 9141/2020, secondo la quale, prima di verificare la natura solutoria o ripristinatoria delle rimesse, occorre previamente eliminare tutti gli addebiti indebitamente effettuati dall'istituto di credito e, conseguentemente, determinare il reale passivo del correntista al fine di verificare se quest'ultimo ecceda o meno i limiti dell'affidamento.

13. Il Giudice, all'udienza del 16.12.2020, così statuiva: "il CTU si attenga anche ai punti 1,2,3 della verbalizzazione di parte attrice del 22.10.2020; quanto al punto 4 il CTU sviluppi un duplice conteggio; nel caso in cui per alcuni affidamenti non sia possibile risalire alle pattuizioni tra le parti quanto alla misura degli interessi pattuiti, applichi l'art 117 TUB comma 7 lett. a); non effettui la verifica sul superamento del tasso soglia usura se le pattuizioni sono anteriori all'entrata in vigore della legge antiusura n. 108/1996".

Con note di trattazione scritta del 3.06.2021, parte attrice chiedeva un'ulteriore integrazione del quesito al CTU e il Giudice, preso atto, respingeva l'istanza e, ritenuta la causa matura per la decisione, rinviava la stessa per la precisazione delle conclusioni.

14. All'udienza del 15.02.2023 le parti rassegnavano le proprie conclusioni e il Giudice assegnava i termini di cui all'art. 190 c.p.c. rimettendo la causa in decisione.

15. Sulla costituzione in giudizio di Banca INCORPORANTE S.p.A.

Occorre premettere alla trattazione della causa nel merito che, in seguito a fusione per incorporazione avvenuta con atto del 24.11.2022, la odierna convenuta Banca S.p.A. è stata incorporata da Banca INCORPORANTE S.p.A., la quale -in data successiva all'udienza di precisazione delle conclusioni- si è validamente costituita in questo giudizio facendo proprie tutte le domande, eccezioni, istanze, produzioni e difese già svolte dall'istituto bancario incorporato.

16. Sull'eccezione di prescrizione sollevata dalla convenuta. Occorre ivi riportare, come premessa, i rilievi di questo Giudice resi con l'ordinanza del 5 maggio 2020: "la Banca, che non ha proposto domanda riconvenzionale, ha eccepito la prescrizione in relazione agli addebiti sul conto corrente n. xxxx- estinto il 13/10/10 - anteriori al 4/9/07, deducendo che il rapporto era a credito della correntista Forniture in data 30/12/06; la Corte di Cassazione, a sezioni unite, con sentenza n. 24418/2010, ha distinto le rimesse ripristinatorie dalle rimesse solutorie nei rapporti bancari, in ordine alla decorrenza della prescrizione del diritto del cliente alla ripetizione degli importi indebitamente versati alla banca. Ha, in particolare, stabilito che la prescrizione decennale dell'azione di ripetizione da parte del cliente delle somme addebitate nei rapporti bancari inizia a decorrere dalla chiusura del rapporto per le rimesse ripristinatorie (eseguite cioè in presenza di un affidamento concesso e nei limiti dello stesso, quale ripristino della disponibilità ottenuta con il fido), ed invece da ogni singolo addebito per le rimesse solutorie (eseguite cioè in assenza di affidamento o oltre l'affidamento concesso, in cui la rimessa ha l'effetto di estinguere il debito del cliente verso la banca). Pertanto, per le rimesse ripristinatorie, la prescrizione inizia a decorrere dalla formale chiusura del rapporto e ogni addebito non dovuto è richiedibile alla banca dal cliente, senza alcun limite temporale; per le rimesse solutorie, la prescrizione decorre anche durante il rapporto, dalla data di ogni singolo addebito per cui è domandata la restituzione alla banca e sono richiedibili soltanto gli addebiti dell'ultimo decennio anteriore alla messa in mora o alla citazione in giudizio della banca; secondo la recente sentenza n. 15895, resa dalla Suprema Corte a Sezioni Unite in data 13 giugno 2019, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito, che convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme

indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da un'apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, e la dichiarazione di volerne profittare, senza che sia anche necessaria l'indicazione di specifiche rimesse solutorie" (cfr. ord. resa in data 5 maggio 2020, vedi punto 11).

Ad ulteriore conforto delle argomentazioni svolte dal Giudice, si osserva che: il principio da ultimo riportato (cfr. sentenza della Corte di Cassazione a S.U. sentenza n. 15895/2019, cui è conforme la pronuncia n. 7013/2020) trova applicazione anche in questa Sezione del Tribunale, ove si afferma che "bisogna, infatti, tenere presente che l'individuazione delle rimesse solutorie costituisce il frutto di una operazione assai complessa sia in diritto che in fatto: occorre individuare quali siano le clausole contrattuali affette da nullità, escludere dal conto corrente gli addebiti ad esse relativi, ricostruire l'andamento del conto corrente, stabilire se il rapporto fosse o meno munito di affidamento, e stabilire infine se i singoli movimenti a credito fossero intervenuti in un momento in cui il saldo era negativo (o, nel caso di conto affidato, oltre fido). È evidente che ciascuno di questi snodi operativi costituisce l'esito di una delicata serie di valutazioni che, nel loro complesso, sono possibili solo in sede di definizione del giudizio, in quanto dipendono anche da fattori imprevedibili (l'accoglimento di una tesi giurisprudenziale piuttosto che di un'altra, l'adozione di una delle diverse interpretazioni possibili del documento negoziale, alcuni apprezzamenti in fatto in merito alla validità formale dei contratti ecc.). Sembra del tutto irragionevole porre a carico delle parti di anticipare tutte queste valutazioni al momento della proposizione della domanda (oppure dell'eccezione di prescrizione), quando gli elementi essenziali per identificare l'oggetto del contendere sono offerti più semplicemente dalla produzione delle schede contrattuali e della documentazione contabile nonché dalla precisa indicazione delle questioni in diritto. Si deve pertanto concludere, anche con il conforto di parte della giurisprudenza di legittimità (Cass. civ. Sez. VI - 1, Ord. 26-07-2017, n. 18581) che l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ripetibili (o prescritte) non rientri nell'onere di allegazione delle parti" (cfr. sentenza del Tribunale di Genova sent. N. 1889/2020); il primo enunciato invocato dal Giudice con l'ordinanza del 05.05.2020 -laddove richiama la sentenza della Suprema Corte a S.U. n. 2448/2010 ("l'azione di ripetizione di indebito, proposta dal cliente di una banca, il quale lamenta la nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi anatocistici maturati con riguardo ad un contratto di apertura di credito bancario regolato in conto corrente, è soggetta all'ordinaria prescrizione decennale, la quale decorre, nell'ipotesi in cui i versamenti abbiano avuto solo funzione ripristinatoria della provvista, non dalla data di annotazione in conto di ogni singola posta di interessi illegittimamente addebitati, ma dalla data di estinzione del saldo di chiusura del conto, in cui gli interessi non dovuti sono stati registrati. Infatti, nell'anzidetta ipotesi ciascun versamento non configura un pagamento dal quale far decorrere, ove ritenuto indebito, il termine prescrizione del diritto alla ripetizione, giacché il pagamento che può dar vita ad una pretesa restitutoria è esclusivamente quello che si sia tradotto nell'esecuzione di una prestazione da parte del conseguente spostamento patrimoniale in favore dell'"accipiens")- è stato recentemente confermato dalla sentenza del Giudice di legittimità con la decisione n. 3858/2021.

L'indagine sulle rimesse solutorie e sulla conseguente prescrizione della domanda di ripetizione riguardante i versa-

menti effettuati dal correntista aventi tale natura è stata oggetto di specifico quesito al CTU, il quale, alle pagine 28 e 29 della sua relazione, così ha concluso: "Il dies a quo va individuato in quello, anteriore al decennio, in cui il saldo risultante dagli estratti conto, a seguito di versamenti eseguiti dal correntista, sia divenuto anche temporaneamente attivo, ovvero le rimesse solutorie del correntista, imputate prima al capitale, alle spese e agli interessi applicati, poi agli interessi anatocistici, pur non avendo interamente estinto il debito abbiano in parte soddisfatto il credito della banca per questi ultimi. Come già indicato nel verbale di prosecuzione delle operazioni di CTU (v. allegato 2), e riportato al capitolo 3 il dies a quo è stato identificato come segue:

- 1) al 31.12.2006 il conto corrente era andato in attivo per 24.940,70 euro, ma il saldo attivo era solo contabile e non disponibile; in tal senso non è corretta l'asserzione contenuta nella prima comparsa di risposta della banca
- 2) Ricontrollando a ritroso il dies a quo dove il saldo è andato in positivo anche temporaneamente ed era anche disponibile è l'11.11.2005 (il saldo per valuta è positivo e quindi anche sicuramente disponibile e sono stati calcolati numeri creditori), per cui il saldo del conto è stato ricostruito a partire da quella data fino alla chiusura del conto.

Pertanto l'indagine da porre in essere per rispondere al quesito, stante la predetta situazione oggettiva, decorrere dal 11.1.2005 in avanti., con un saldo iniziale attivo di 1.709,90 euro. Lo scrivente ha provveduto a riprodurre tutte le movimentazioni del c/c in esame, dal 11.11.2005 al 31.12.2009..." (CTU pagg. 28-29), individuando, pertanto, nella data del 11.11.2005 il dies a quo da cui far partire le verifiche demandategli.

Egli, inoltre, a fronte delle contestazioni di parte attrice, anche in sede di osservazioni alla CTU - che attengono al rilievo "che la sussistenza di un saldo positivo del rapporto, ad una certa data, non implichi la natura solutoria dell'eventuale rimessa né si ritiene rilevante la distinzione tra una rimessa avvenuta in presenza di un saldo passivo divenuto poi attivo ovvero di una rimessa avvenuta in ipotesi di saldo già attivo. Tra l'altro i principi indicati nella S.U. Cassazione nr. 24418/2010 circoscrivono l'ambito di applicazione al solo caso di saldo a debito e non di saldo positivo del conto. [...] Si invita dunque il CTU a verificare la prescrizione, sin dal primo estratto conto in atti del c/c n. 25720, ossia dal 31/12/1995, così come espressamente ordinato dal Giudice nei quesiti peritali" (cfr. CTU pagg. 52-53) - ha replicato, soffermandosi sulle peculiarità del caso specifico: "Pur in un contesto generalmente controverso, lo scrivente ritiene utile sottolineare alcuni elementi relativi a questo caso specifico, che dovrebbero essere tenuti nella dovuta considerazione: i) L'eccezione è stata fatta valere da parte convenuta negli atti di causa. ii) Dagli atti di causa non si è rinvenuto un documento da cui desumere l'entità dell'affidamento formalmente accordato al cliente e tale circostanza è segnalata anche dal CTP di parte attrice che a pag. 6 delle sue note (allegato 4), precisa "Inoltre, in tale appendice del c/c n. xxxx, la Banca non indica contrattualmente l'ammontare del fido, e tale informazione è fondamentale per discernere entro quale limite di utilizzo della linea di credito la Banca applicherà il "tasso ordinario" indicato nel contratto, con conseguente indeterminatezza della clausola, anche per tale ragione". Pertanto se come riconosciuto anche da parte attrice l'entità del fido, che lo scrivente aveva implicitamente dedotto dall'applicazione del tasso extra fido oltre una determinata soglia di saldo per valuta, andrebbe tenuto presente che le rimesse effettuate

da parte attrice nel lungo periodo di tempo dall'1.1.1995 fino alla data del dies a quo dell'11.11.2005 (oltre 10 anni) su un conto prevalentemente in passivo ma senza un affidamento concordato tra le parti, avrebbero -stante la specifica indicazione anche della Cassazione - natura solutoria e non ripristinatoria. iii) Dall'esame degli estratti conto ante il dies a quo individuato dallo scrivente (11.11.2005), si può sottolineare quanto segue: a) Il conto, salvo pochi trimestri, è sempre stato in negativo, come si può facilmente desumere dal grafico sottostante b) Le competenze (vedasi dettaglio in tabella H) che sono state addebitate sul conto corrente xxxx nel periodo di tempo dall'1.1.1995 al 30.9.2005 sono pari a i) 37.171,55 euro (interessi, CMs e spese) specifiche del conto corrente ii) 80.162,57 euro (interessi, CMS e spese) relativi agli altri conti anticipi fatture/effetti sbf iii) per un totale di 117.334,02 euro c) È del tutto evidente da un esame degli estratti conto del periodo, anche in assenza di una ricostruzione analitica molto gravosa, che associata l'assenza di affidamento sul conto corrente come riscontrato e segnalato da parte attrice, l'entità delle rimesse operate da parte attrice sul conto corrente a debito, avendo natura direttamente solutoria, negli oltre dieci anni è senza dubbio molto più rilevante dell'intero ammontare delle competenze (117.334,92 euro), che pertanto, anche nell'ipotesi estrema, dovessero rivelarsi, da un esame analitico, integralmente indebite non sarebbero comunque ripetibili per intervenuta prescrizione derivante dalla natura solutoria delle rimesse stesse..." (cfr. CTU pagg. 55-56).

Le argomentazioni svolte dal CTU fanno anche sì che gli addebiti relativi al conto n. xxxx -chiuso nel 1999- sul conto corrente n. xxxx non siano più ripetibili perché prescritti (vedi in tal senso anche la risposta fornita dal CTU alle osservazioni del CTP parte attrice, pag. 51 della relazione depositata), sicché l'indagine del CTU non ha coinvolto detto rapporto.

Su tali premesse, il CTU ha analizzato il periodo intercorrente tra l'11.11.2005 ed il 31.12.2009, pervenendo alla conclusione per cui a questa data il saldo è positivo, precisamente pari ad euro 25.784,04 (cfr. pagg. 63-65).

In seguito, il CTU ha vagliato il periodo tra l'11.11.2005 ed il 30.08.2007 (coincidente con il momento da cui decorre la prescrizione, cfr. doc. 4 convenuta), indicando analiticamente quali rimesse hanno valore solutorio e pervenendo alla conclusione che "la differenza a favore del correntista è definito in euro 17.428,17 mentre il saldo finale diventa + 17.405,13 euro" (pag. 67 relazione).

Questa è la somma al cui pagamento la Banca, in forza degli argomenti sulla prescrizione e di quelli che seguono sugli altri punti controversi della vicenda, deve essere condannata in favore dell'attrice.

#### 17. Sul "saldo zero".

L'attore propone espressa domanda giudiziale, improntata alla richiesta di azzeramento del saldo iniziale negativo annotato nel primo estratto conto depositato agli atti.

Occorre richiamare sul punto l'ordinanza di questo Giudice del 5 maggio 2020 (vedi punto 11) che, nel licenziare il quesito da sottoporre al CTU nominato, premetteva che: "sotto il profilo dell'onere probatorio, in tema di contratti bancari, il correntista che agisce in giudizio per la ripetizione dell'indebito, è tenuto a fornire la prova sia degli avvenuti pagamenti che della mancanza, rispetto ad essi, di una valida "causa debendi", per cui il medesimo ha l'onere di documentare l'andamento del rapporto con la produzione di tutti quegli estratti

conto che evidenziano le singole rimesse suscettibili di ripetizioni in quanto riferite a somme non dovute. Quando il cliente agisce per far valere un proprio credito, ha l'onere della prova. Se produce solo gli ultimi e/c, che partono da un suo saldo debitore, potrà far valere le nullità documentate in quegli e/c, senza pretendere l'azzeramento del primo saldo (Cass. Ord. 28/11/18 n.30822)".

La giurisprudenza ha successivamente statuito che "ove sia il correntista ad agire in giudizio per la ripetizione e il primo degli estratti conto prodotti rechi un saldo iniziale a suo debito, è del pari legittimo ricostruire il rapporto con le prove che offrano indicazioni certe e complete e che diano giustificazione del saldo riferito a quel momento; è inoltre possibile prendere in considerazione quegli ulteriori elementi che consentano di affermare che il debito nel periodo non documentato sia inesistente o inferiore al saldo iniziale del primo degli estratti conto prodotti, o che addirittura in quell'arco di tempo sia maturato un credito per il cliente stesso; in mancanza di elementi nei due sensi indicati dovrà assumersi, come dato di partenza per la rielaborazione delle successive operazioni documentate, il detto saldo" (in motivazione Cass. 11543.2019) e, in una causa in cui le parti avevano reciproche pretese, che "il correntista che agisca giudizialmente per l'accertamento giudiziale del saldo e la ripetizione delle somme indebitamente riscosse dall'istituto di credito è gravato dell'onere di produrre l'intera serie degli estratti conto (in tema: Cass. 7 maggio 2015, n. 9201; Cass. 13 ottobre 2016, n. 20693; Cass. 23 ottobre 2017, n. 24948; Cass. 28 novembre 2018, n. 30822; Cass. 3 dicembre 2018, n. 31187; Cass. 2 maggio 2019, n. 11543). In tale evenienza - si è detto - l'incompletezza documentale relativa agli estratti conto ridonda in danno del correntista, su cui grava l'onere di provare il fatto costitutivo della propria domanda sicché, in assenza di diverse evidenze, il conteggio del dare e avere deve essere effettuato partendo dal primo saldo a debito del cliente di cui si abbia evidenza (Cass. 2 maggio 2019, n. 11543 cit.; cfr. pure Cass. 28 novembre 2018, n. 30822 cit., nella cui motivazione si rileva la necessità di far 4 luogo al ricalcolo dei rapporti di dare e avere «partendo dal primo saldo a debito del cliente documentalmente riscontrato»). 1.3. - La banca omette però di considerare che nella controversia in esame la domanda riconvenzionale (di accertamento del saldo e di ripetizione dell'indebito) della società correntista si contrappone a quella diretta al pagamento del saldo del rapporto di conto corrente: domanda da essa originariamente azionata in via monitoria. In quest'ultima ipotesi entrambe le parti sono onerate della prova delle contrapposte pretese aventi rispettivamente ad oggetto l'inesistenza e l'esistenza del credito dedotto in lite (per l'ipotesi di contrapposte domande di pagamento e di accertamento negativo: Cass. 16 giugno 2005, n. 12963; Cass. 15 febbraio 2007, n. 3374; con specifico riguardo al caso in cui il correntista agisca in giudizio chiedendo di rideterminarsi il saldo del conto e la ripetizione degli importi da lui indebitamente versati, mentre la banca spieghi riconvenzionale per la corresponsione degli importi di cui si assuma creditrice: Cass. 7 maggio 2015, n. 9201 cit.). Ciò significa, in concreto, che ciascuno dei due contendenti ha l'onere di dar prova delle operazioni da cui si origina il saldo. 1.4. Tale proposizione implica la necessità di concentrare l'accertamento contabile nel periodo le cui le movimentazioni sono documentate da estratti conto. C'è da dire, in linea generale, che nella prospettiva consegnata dall'art. 2697 c.c., la mancata documentazione di una parte delle movimentazioni del conto, il cui saldo sia a debito del correntista, non esclude una defi-

nizione del rapporto di dare e avere fondata sugli estratti conto prodotti da una certa data in poi (cfr. Cass. 2 maggio 2019, n. 11543 cit., secondo cui non vi sarebbe infatti ragione, in senso logico e giuridico, per ritenere che nell'ambito del contratto di conto corrente un adempimento solo parziale dell'onere di produzione degli estratti conto precluda di procedere alla semplice sterilizzazione del saldo debitorio portato dal primo degli estratti conto prodotti). Essendo sia la banca che il correntista onerati della prova dei propri assunti, la mancata produzione degli estratti conto assume una colorazione neutra sul piano della ricostruzione del rapporto di dare e avere e giustifica, come tale, un accertamento del saldo di conto corrente che non è influenzato dalle movimentazioni del periodo che sono prive di rendicontazione. Infatti, proprio in quanto ognuna delle parti assume la veste di attore all'interno del giudizio, è inconcepibile che l'una e l'altra possano giovare delle conseguenze del mancato adempimento dell'onere probatorio della controparte.

1.5. - È da ricordare che, con riferimento alle azioni della banca e del correntista, operano, due distinti criteri che, rispettivamente, consentono di risolvere la questione relativa alla mancata prova dell'andamento del conto da parte dell'attore che ne è onerato. Nella causa promossa dalla banca per il pagamento del saldo, ove la stessa non riesca a dissolvere, anche attraverso mezzi di prova diversi dagli estratti conto, l'incertezza quanto al fatto che, con riferimento al periodo non documentato, il correntista abbia maturato, per effetto dello storno di importi non dovuti (quali interessi ultralegali o anatocistici), un credito di imprecisato ammontare - tale da rendere impossibile la ricostruzione del rapporto di dare e avere tra le parti per il periodo successivo -, la domanda deve essere respinta; di contro, nella causa promossa dal correntista per la rideterminazione del saldo o la ripetizione dell'indebito, ove non risulti provato, anche con l'apporto di mezzi di prova che possono essere diversi dagli estratti conto, che il saldo dell'intervallo temporale non documentato abbia ad oggetto un debito inferiore o inesistente, o addirittura un credito di detto soggetto, si devono elaborare i conteggi partendo da tale saldo debitore (Cass. 2 maggio 2019, n. 11543; nel medesimo senso, Cass. 9 dicembre 2019, n. 32016 e Cass. 13 gennaio 2020, n. 330, non massimate sul punto). Poiché, come osservato, tali criteri non possono trovare riscontro applicativo nel caso di contrapposte domande della banca e del correntista, deve darsi atto - in mancanza di prove quanto alle movimentazioni del conto occorse nel periodo iniziale del rapporto - che da un lato la banca non potrà invocare, in proprio favore, l'addebito della posta iniziale del primo degli estratti conto prodotti e che, dall'altro, il correntista non potrà aspirare a un rigetto della domanda di pagamento della banca stessa (rigetto che del resto si giustifica, nelle azioni proposte dall'istituto di credito, con la astratta possibilità che, in ragione delle eliminazione delle somme illegittimamente addebitate al cliente nel periodo non documentato, il saldo su cui innestare le successive movimentazioni del conto sia a credito del correntista stesso, e ciò per un ammontare - necessariamente - indefinito: ma tale possibilità, a ben vedere, non si pone, almeno di regola, allorché il correntista si faccia pure attore, giacché in questo caso lo stesso formulerà una domanda che, per non risultare indeterminata, dovrà negare la suddetta evenienza). Il rapporto di dare e avere tra le parti va dunque ricostruito in base agli estratti conto acquisiti: il che è quanto dire che, nell'evenienza indicata, il saldo debitore iniziale del primo estratto conto deve essere azzerato. Resta da aggiungere che, ovviamente, tale integrale neutralizzazione delle partite non

deve operarsi quando una delle parti riconosca che il saldo del periodo non documentato sia, per lei, meno favorevole rispetto al saldo zero. Così, se, con riferimento al detto arco di tempo, il correntista, a fronte della pretesa della banca che vanta un credito di un certo ammontare, riconosca di essere debitrice per un importo inferiore, non vi sarà ragione per operare l'azzeramento del saldo: il conteggio delle spettanze dovrà muovere dal dato indicato dal correntista, che riflette la concorde posizione dei contendenti quanto all'esistenza di un saldo di segno negativo. Lo stesso varrà nell'ipotesi inversa, in cui sia cioè la banca ad ammettere che alla data del primo estratto conto il proprio cliente risultava creditore di un importo inferiore rispetto a quello che lo stesso ha indicato: anche in tal caso risulterebbe ingiustificata l'obliterazione della concorde allegazione dei contendenti circa l'esistenza di un saldo *f a credito* del cliente. Non ha invece fondamento la soluzione indicata dall'odierna ricorrente: soluzione basata sull'asserita necessità di procedere a due ricalcoli del dovuto, l'uno partendo dal saldo zero e l'altro dal primo saldo debitore documentato. Un tale criterio si mostra incapace di ricondurre a un esito unitario l'applicazione del principio dell'onere della prova nella *subiecta materia* e produce l'effetto, inaccettabile dal punto di vista logico, prima che giuridico, di generare, con riferimento al medesimo rapporto, due diversi saldi (l'uno riferito alla domanda della banca e l'altro a quella del correntista). Non è del resto nemmeno ipotizzabile che, in presenza di contrapposte domande della banca e del correntista, il giudice possa attribuire al corredo documentale della causa un valore differenziato in funzione degli oneri probatori delle parti: e ciò in quanto nel sistema processualcivile vigente opera il principio di acquisizione della prova, in forza del quale un elemento probatorio, una volta introdotto nel processo, è definitivamente acquisito alla causa, sicché il giudice è tenuto a utilizzare le prove raccolte indipendentemente dalla provenienza delle stesse dalla parte gravata dell'onere probatorio (Cass. Sez. U. 23 dicembre 2005, n. 28498). E così, ad esempio, la domanda di ripetizione del correntista non potrà essere respinta in ragione dell'integrale mancata produzione, da parte dello stesso, degli estratti conto qualora una parte di questi (tale da rendere possibile la ricostruzione delle movimentazioni bancarie da un certo momento in poi, e da permettere l'accoglimento della pretesa di detto soggetto, partendo dal saldo zero) sia stata comunque acquisita al processo grazie alla banca.

1.6. - Il primo motivo va dunque rigettato in base al seguente principio di diritto: nei rapporti bancari di conto corrente, una volta che sia stata esclusa la validità della pattuizione di interessi ultralegali o anatocistici a carico del correntista e si riscontri la mancanza di una parte degli estratti conto, il primo dei quali rechi un saldo iniziale a debito del cliente, la proposizione di contrapposte domande da parte della banca e del correntista implica che ciascuna delle parti sia onerata della prova della propria pretesa; in conseguenza, in assenza di elementi di prova che consentano di accertare il saldo del conto nel periodo non documentato, e in mancanza di allegazioni delle parti che permettano di ritenere pacifica l'esistenza di un credito o di un debito di un certo importo con riferimento a tale arco temporale, deve procedersi alla determinazione del rapporto di dare e avere, con riguardo al periodo successivo, per cui constano gli estratti conto, procedendosi all'azzeramento del saldo iniziale del primo di detti estratti conto" (Cass. 23852/2020).

Sulla base di tale quadro giurisprudenziale, non può trovare applicazione il *cd. saldo zero*: trattasi di fattispecie in cui ad agire è il correntista, senza che la Banca contrapponga do-

mande riconvenzionali, sicché il primo ha l'onere di produrre gli estratti conto o di provare elementi che possano essere considerati idonei a dimostrare l'inesistenza di quel saldo.

correntista ha solo dato la prova di aver avanzato espressa richiesta, in fase stragiudiziale ex art. 119 T.u.b., nei confronti della Banca di consegnare gli estratti conto, ma non ha contestato, se non genericamente, né provato l'inesistenza o l'erroneità di quel saldo né ha avanzato richiesta ex art. 210 c.p.c. alla produzione degli estratti conto, nel corso del giudizio, sicché non ha assolto l'onere probatorio su di sé incumbente.

In conclusione, il saldo del conto corrente n. xxxx alla data del 31.12.1995 va considerato, avente segno negativo, e specificamente pari ad euro -27.400,57.

18. Sulla nullità dei contratti nn. xxxx e xxxx e sulle conseguenze.

Parte attrice ha dato prova di aver formulato alla banca convenuta formale richiesta ex art. 119 T.U.B., datata 1 marzo 2017, (seguita da diffida ad adempiere del 18 maggio 2017) avente ad oggetto la richiesta di consegna della documentazione inerente a tutti i rapporti bancari intrattenuti tra correntista e Banca (cfr. docc. nn. 39 e 40 fasc. parte attrice).

La Banca convenuta inviava i contratti i contratti di apertura di conto corrente con riferimento:

- al contratto di conto corrente ordinario n. xxxx (doc. 41);
- al contratto di conto corrente anticipi n. xxxx (doc. 42);
- al contratto di conto corrente anticipi n. xxxx (doc. 43).

Non ottemperava, invece, alla richiesta e non produceva in giudizio i documenti contrattuali relativi ai rapporti nn. xxxx e xxxx.

In assenza di prova dell'avvenuta stipulazione per iscritto dei contratti di conto anticipi intercorsi dalle parti, deve ritenersi pertanto che gli stessi siano nulli per carenza della forma prescritta ex art. 117 TUB.

È bensì vero che la giurisprudenza di legittimità così si è più volte espressa: "In tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforma delibera del C.I.C.R. a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta," in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio" (massima Cass. 27836.2017 richiamata dalla più recente Cass. 926.2022), tuttavia la stessa sentenza prosegue statuendo che: "è però altrettanto vero che tale principio deve essere correttamente inteso perché, com'è stato precisato, anche successivamente da questa stessa sezione, «l'intento di agevolare "particolari modalità della contrattazione" non (può) comportare - in una equilibrata visione degli interessi in campo (...) - una "radicale" soppressione della forma scritta, ma solo una relativa

attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi (...) la necessaria indicazione delle condizioni economiche del contratto ospitato» (Cass. Sez. 1, sent. n. 9068 del 2017; e si veda altresì Cass. Sez. 1 - , Sentenza n. 7763 del 2017 che ha respinto il ricorso incidentale formulato da una banca, avendo

il giudice di merito rilevato la carenza sia di una stretta connessione funzionale ed operativa tra il contratto di apertura di credito e quello di conto corrente, sia di una sostanziale regolamentazione del contratto accessorio desumibile da quello formato per iscritto). 4.3. Nella specie, infatti, la Banca ricorrente richiama ed allega un testo contrattuale inter partes (riportato a p. 13 del ricorso) dalla lettura del quale non emerge alcun regolamento economico dell'ipotetico contratto di apertura di credito, ivi previsto solo come possibile, se non l'indicazione di condizioni quadro, generali ed astratte, che la Banca s'impegnava a seguire (ed il cliente a osservare) in caso di stipula di un'apertura di credito successiva con c." lo stesso sottoscrittore del conto corrente bancario. 4.4. In sostanza, ed in tal senso, va integrata la motivazione reiettiva contenuta nella sentenza impugnata, ove risulta solo una generica indicazione delle condizioni normative senza alcuna specificazione del regolamento economico, cosicché il richiamo appare del tutto lontano dall'interpretazione corretta del principio, enunciato da questa stessa sezione con il richiamato precedente del 2005 (e aggiornato dai più recenti arresti del 2017), sicché il ricorso deve essere respinto con le conseguenze di legge."

Nella fattispecie, le lettere-contratto, disciplinanti i rapporti di conto corrente nn. xxxx, xxxx e xxxx riportano, dopo la regolazione delle condizioni economiche applicabili al contratto, tutti la medesima clausola che ha il seguente tenore letterale: "Tutte le condizioni previste nella presente lettera si intendono applicabili anche ai conti che verranno accesi successivamente a quello emarginato". Tale clausola non risulta essere specifica, neanche astrattamente riconducibile ai rapporti di cui si discute, sicché la domanda di nullità avanzata da correntista deve trovare accoglimento.

Occorre quindi espungere dal saldo del c/c principale quanto addebitato illegittimamente a titolo di spese ed interessi in relazione a tali rapporti, ossia la somma di euro 2.863,94 per il conto xxxx e di euro 114,66 per quello n. xxxx (cfr. pagg. 32-34 relazione peritale).

19. Sui tassi di interesse ultra-legali.

Alla luce della deduzione di parte attrice circa l'applicazione, da parte di Banca, di interessi ultralegali ai rapporti da lei intrattenuti con la stessa, il Giudice ha ritenuto opportuno demandare al CTU nominato la rispondenza alle previsioni contrattuali, o ai successivi accordi, dei tassi debitore applicati, ed eventualmente di ridurre quelli applicati in eccesso (vedi ordinanza del 5 maggio 2005, punto 11), nonché di applicare gli interessi sostitutivi ex art. 117 comma 7 TUB o quelli legali in assenza di pattuizione scritta dei medesimi o di loro indeterminazione (cfr. verbale di udienza del 22.10.2020).

Circa il conto corrente n. xxxx, il CTU: "ha provveduto a controllare che durante tutta la durata del rapporto la banca non avesse applicato tassi di interesse (inclusa la maggiorazione per l'extra fido) superiori a quello pattuito all'inizio del rapporto. Dall'esame della documentazione prodotta in giudizio sono presenti proposte di modifica unilaterale del contratto ex art. 118 TUB, ma nessuna di questa ha comportato il superamento anche con i maggiori interessi extra fido del tasso iniziale, come si può evincere dal seguente prospetto, che riporta nelle ultime due colonne anche l'entità della CMS e la differenza rispetto al contratto iniziale" concludendo che non vi fossero interessi ultralegali da rettificare (cfr pagg. 35-37 CTU).

Circa il conto n. xxxx il CTU nominato ha ritenuto che: "gli interessi (e le spese per la gestione del conto) siano stati cor-

rettamente applicati a tassi che nel periodo di riferimento esaminato sono stati compresi tra il 6% e il 9%, quindi ampiamente al di sotto di quello iniziale contrattualizzato” (cfr. CTU pag. 31).

Inoltre, il CTU ha dato risposta all’osservazione del CTP secondo la quale “alla luce di tutto quanto sopra, si chiede al CTU di ricalcolare gli interessi, del c/c n. xxxx, n. xxxx e n. xxxx, in ragione dei tassi sostitutivi Bot (ex art. 117 TUB), così come espressamente demandato dal Giudice, in sede di udienza del 16/12/2020, attraverso il quesito integrativo. Conseguentemente, dovranno essere espunti dai saldi ricalcolati: Euro 22.736,59 per il c/c n. xxxx, Euro 37.728,99 per il c/c n. xxxx ed Euro 3.865,07 per il c/c n. xxxx, a titolo di interessi ultralegali”, affermando che “per i conti correnti ancora operanti dopo il dies a quo dell’11.11.2005 dove è stato riscontrato il contratto (xxxx e xxxx) si è provveduto a verificare se il tasso indicato nel contratto e poi applicato dalla Banca avesse mai ecceduto il tasso iniziale pattuito e se le commissioni di massimo scoperto fossero state determinate correttamente e poi applicate di conseguenza. Avendo riscontrato l’applicazione di tassi non eccedenti (anche cumulando il tasso per l’extra fido) rispetto a quelli riportati sul contratto originario e la mancata determinazione/non corretta applicazione della CMS e delle spese per il conto affidato, lo scrivente non ha ricalcolato gli interessi secondo il tasso sostitutivo ex art. 117 TUB ma ha tenuto conto dello stralcio di CMS e altre commissioni e ha provveduto al ricalcolo del saldo finale, eliminando ogni effetto anatocistico anche sugli interessi provenienti dai conti anticipi e sbf” (pagg. 57-58).

Da questa considerazione del CTU si desume che egli ha ritenuto non sussistere l’invocata indeterminatezza della clausola sui tassi di interesse: la considerazione per cui essi non hanno superato la misura negoziale significa che quest’ultima era pattuita in maniera chiara, altrimenti la verifica non si sarebbe potuta compiere.

Quanto ai rapporti nn. xxxx e xxxx, basti ivi richiamare le conclusioni a cui si è pervenuti nel punto 18.

#### 20. Sull’esercizio dello ius variandi.

Oggetto di ulteriore eccezione da parte di correntista nei confronti di Banca è l’asserita inefficacia delle variazioni delle condizioni economiche applicate dalla Banca ai contratti nn. xxxx, xxxx, xxxx e xxxx.

La società attrice, nella specie, contesta che l’odierna convenuta abbia modificato più volte i tassi d’interesse debitori, sempre a svantaggio dell’attrice, senza preoccuparsi di adempiere in alcun modo all’obbligo informativo e di comunicazione previsto dalla legge (cfr. atto di citazione pag. 42).

Orbene, tale eccezione - di illegittimo esercizio dello ius variandi - svolta dal correntista, deve essere munita di un sufficiente grado di specificità e precisione essendo, dunque, onere del correntista indicare, fin dalla citazione o, comunque, dalla sua costituzione in giudizio, in quale momento e con quali modalità la banca abbia illegittimamente fatto impiego del diritto riconosciute dall’art. 118 TUB.

In specie, le contestazioni di parte attrice sul punto devono considerarsi genericamente dedotte. Correntista, infatti, si è limitata a ribadire in tutti i suoi scritti difensivi di non aver mai ricevuto alcuna comunicazione ai sensi dell’art. 118 TUB, senza prendere posizione nel primo scritto utile successivo, alla produzione della Banca - in sede di deposito della memoria di cui all’art. 183, VI comma, n. 2) c.p.c. - delle proposte di modifica unilaterale che la stessa afferma essere state inviate all’attrice contestualmente agli estratti conto.

Il CTU, inoltre, ha acclarato che “dall’esame della documentazione prodotta in giudizio sono presenti proposte di modifica unilaterale del contratto ex art. 118 TUB, ma nessuna di questa ha comportato il superamento anche con i maggiori interessi extra fido del tasso iniziale, come si può evincere dal seguente prospetto, che riporta nelle ultime due colonne anche l’entità della CMS e la differenza rispetto al contratto iniziale” (cfr. CTU pag. 36).

#### 21. Sulla commissione di massimo scoperto.

Ulteriore oggetto di indagine del CTU è stata l’applicazione della commissione di massimo scoperto ai rapporti oggetto di causa, con apposito quesito demandatogli, atto ad espungere ogni addebito effettuato dalla Banca a tale titolo.

In relazione al conto corrente n. xxxx, il CTU ha rilevato che: “Nella lettera-contratto di concessione di credito del 21.9.1992 è stata pattuita una CMS pari al 0,125% con riferimento al fido senza però specificare le modalità di calcolo. Pertanto, così come previsto dall’orientamento della VI sezione del Tribunale di Genova, tale commissione deve ritenersi indeterminata e quindi dovrà essere espunta, stante quanto precisato nel capitolo 4, dal quarto trimestre 2005 sino al quarto trimestre 2009, data dell’ultimo addebito sul c/c in esame. Oltre alla commissione di massimo scoperto in quanto non determinata e peraltro sistematicamente applicata in modo difforme rispetto al contratto iniziale, si è ritenuto di espungere anche la commissione di 32 euro al trimestre a titolo di conto gestione affidamento” (cfr. CTU pag. 37).

Circa il conto n. xxxx il CTU nominato “ha verificato che in tutti i trimestri esaminati la banca ha applicato una CMS che non era prevista nel contratto e che sicuramente non risulta determinata. Dalle analisi svolte lo scrivente ritiene che le CMS vadano stralciate...” (cfr. CTU pag. 31).

Lo stesso CTU -nella sua relazione- così ha concluso: “Dai controlli effettuati sui documenti di causa relativi ai suddetti quattro conti correnti si può quindi concludere che, rispetto alle condizioni contrattuali, la Banca abbia addebitato al correntista 15,711,26 euro di importi non dovuti, meglio dettagliati dal suddetto prospetto” (cfr. CTU pag. 38).

#### 22. Sull’usura.

L’attore deduce, in relazione a tutti i rapporti intrattenuti con la convenuta, che il tasso effettivo globale (TEG) superasse il tasso soglia di usura in molteplici trimestri. Tale questione è stata oggetto di specifico quesito al CTU.

Sulla base delle indicazioni fornite da questo Giudice per il calcolo del TEG, il CTU: “... tenuto conto che non ci sono interessi ultralegali, ha utilizzato gli interessi addebitati trimestre relativi al conto corrente, unitamente alle CMS e spese gestione conto affidato, escludendo le altre spese per i servizi bancari non collegate all’erogazione del credito e le CMS (trattandosi di un periodo antecedente all’1.1.2010)” (cfr. CTU pagg. 42-43). Lo stesso, quindi, “ha proceduto a verificare se la Banca abbia applicato interessi usurari nel corso dell’esecuzione del rapporto (a partire dal IV trimestre 2005)” predisponendo all’uopo idonea tabella che riportasse diversi dati, tra cui l’ammontare del fido utilizzabile dal cliente (“...e pertanto sono stati considerati gli importi risultanti dalle lettere/contratto di concessione di credito prodotte in giudizio (50.000.000 di lire, pari 25.822,84 euro) ..la quantificazione del fido è stata verificata sulla base degli estratti conto considerando le modalità di quantificazione degli interessi sull’extra fido” (cfr. CTU pagg. 43-44). Il Perito ha concluso che “stando aderente al quesito il calcolo del TEG

e il controllo del tasso soglia dovrebbe essere fatto, dopo aver stralciato le CMS ritenute indebite e/o comunque da non considerare in quanto trimestri ante 1.1.2010 ed escluso le spese operazioni. Come risulta dalla seguente tabella (Tabella E), non vi è usura in alcun trimestre” (cfr. CTU pagg. 44 e 45).

Il consulente tecnico d’ufficio ha provveduto a verificare il TEG rispetto al tasso soglia vigente al tempo con riferimento al conto anticipi n. 25920, rilevando che “in nessuno dei trimestri si è verificato il superamento del tasso soglia” (cfr. CTU a pag. 32).

In conclusione, ogni deduzione ed eccezione proposta dalla società attrice circa l’applicazione, da parte dell’istituto bancario, di interessi che superassero i tassi soglia antiusura, va respinta.

### 23. Sull’anatocismo.

Sul punto, si richiama quanto riportato dal CTU in risposta ad una osservazione del CTP di parte convenuta, ove chiarisce le sue verifiche: “dovendo eliminare l’effetto anatocistico previsto dal quesito, lo scrivente ha ritenuto corretto stralciare gli interessi calcolati sui conti anticipi fatture e sbf (xxxx, xxxx e xxxx) e addebitarli in un’unica soluzione alla chiusura dei relativi contratti (primo trimestre 2008) Lo scrivente dà peraltro atto che anche questo aspetto è molto dibattuto e gli orientamenti giurisprudenziali non sono univoci. La differenza dei vari orientamenti è dovuta alla differente valutazione nelle varie tipologie di contratti esistenti in merito al legame tra conto corrente e i conti anticipi fatture e effetti sbf. In genere il Conto corrente ordinario e conto anticipi (s.b.f. per effetti, ri.ba., ecc.) danno luogo ad un rapporto unitario, in considerazione di (i) dell’operatività tecnica sul conto anticipi che prevede l’addebito dell’importo derivante dai documenti giustificativi del credito (: fattura, ricevuta bancaria, ecc.) presentati dal cliente, al netto dello scarto convenuto, con contestuale accredito sul conto corrente ordinario ad esso correlato. E viceversa nel caso di rimborso delle somme anticipate al cliente alla scadenza dei termini di pagamento dei documenti in precedenza presentati per l’anticipazione (in caso di inadempimento, invece, la partita debitoria accesa sul conto anticipi si estingue ugualmente, ma, con addebito dell’intera posta debitoria sul c/c ordinario); (ii) della girocontazione contabile delle competenze (: interessi passivi, commissioni, spese), alla fine di ogni periodo di tempo convenuto, maturate sul conto anticipi sul conto corrente ordinario. Di conseguenza il conto anticipi risulta depurato dalle voci afferenti le proprie competenze, pertanto, formato dalle sole poste a debito di cui alle anticipazioni eseguite, mentre è sul conto ordinario che tutte le competenze vengono addebitate. Pertanto se i conti correnti e i conti anticipi sono un unico rapporto unitario, risulta difficile sostenere che l’anticipo salvo buon fine si possa qualificare come un’operazione creditizia giuridicamente autonoma rispetto al conto corrente di corrispondenza, proprio perché regolata e gestita tramite il conto corrente sia per quanto concerne l’accredito dell’anticipo e l’addebito dell’eventuale insoluto, sia per quanto concerne le competenze, che vengono pagate tramite addebito in conto corrente. Peraltro tale distinzione, nella fattispecie, che fa riferimento a contratti di quasi 30 anni fa, è ancora più difficoltosa, in quanto dalla seppur scarsa documentazione in atti risulta che addirittura le condizioni previste per i vari rapporti erano rappresentate su un unico documento (vedasi infra), a riprova dell’unitarietà del rapporto. Trattandosi nei fatti di un rapporto unico, ritengo equo e coerente

che gli interessi dei conti anticipi vengano trattati come quelli del conto corrente principale e quindi inseriti nel ricalcolo in una sola soluzione al termine dei rispettivi contratti (primo trimestre 2008)”.

Circa, invece, il conto n. 25720, nel ricalcolare il saldo, il CTU ha provveduto ad escludere ogni addebito per anatocismo, con ricalcolo degli interessi passivi e attivi sulla base dei saldi per valuta effettuati, della cui risultanza si darà contezza nelle conclusioni (pagg. 46 e 63 relazione peritale).

Ne discende che anche tali doglianze vanno disattese.

### 24. Conclusioni.

Si premette che le conclusioni sono state anticipate nel punto 16 sulla prescrizione, ma si ritiene di doverle riportare, in parte ampliandole, in questa sede, in cui, alla luce della trattazione di tutti i temi oggetto di CTU e di causa, meglio possono comprendersi.

Sulla base di tutti i vagli compiuti, il CTU “ha provveduto ad effettuare nella Tabella F, allegata alla presente relazione, il ricalcolo del saldo del c/c n. xxxx, partendo dal dies a quo dell’11.11.2005, in base ai seguenti criteri previsti dal quesito ed in particolare: esclusione di ogni addebito per commissione di massimo scoperto e spese per gestione conto affidato da IV trimestre 2005 non considerata determinata e/o comunque applicata in modo difforme dal contratto iniziale stralcio di ogni addebito per CMS del conto anticipi xxxx stralcio degli interessi ultralegali e le spese del conto anticipi sbf xxxx, non contrattualizzato stralcio delle spese del conto anticipi sbf n. xxxx, non contrattualizzato stralcio interessi e spese del conto anticipi xxxx, riaddebitati alla chiusura del rapporto in una unica soluzione (31.3.2008) stralcio interessi ricalcolati da conto sbf 1 xxxx, riaddebitati alla chiusura del rapporto in una unica soluzione (31.3.2008) esclusione dell’anatocismo, con ricalcolo degli interessi passivi e attivi sulla base dei saldi per valuta rettificati ...” (pag. 63). Egli è giunto ad acclarare che “dalla Tabella E risulta come il saldo ricalcolato del c/c n. 25720 alla data del 31 dicembre è positivo (quindi a credito del Correntista e a credito della Banca) di Euro + 25.784,04 come da seguente dettaglio, derivante dallo stralcio di interessi eccedenti, anatocismo e ricalcolo degli stessi interessi, nonché eliminazione di cms e spese e interessi non dovuti saldo conto corrente 32.753,36 -interessi ricalcolati - 6.972,28 + interessi attivi 2,95 saldo conto corrente 25.784,04 Alla luce di quanto sopra esposto è possibile concludere come la differenza tra il saldo ricalcolato del c/c n. 25720 alla data del 31 Dicembre 2009, come da Tabella E allegata alla presente, e quello risultante dagli estratti conto di euro -23,04 è pari a Euro 25.807,08” (pag. 65).

In seguito, il CTU ha vagliato il periodo tra l’11.11.2005 ed il 30.08.2007 (coincidente con il momento da cui decorre la prescrizione, cfr. doc. 4 convenuta), indicando analiticamente quali rimesse hanno valore solutorio e pervenendo alla conclusione che “la differenza a favore del correntista è definito in euro 17.428,17 mentre il saldo finale diventa + 17.405,13 euro” (pag. 67 relazione).

Questa è la somma al cui pagamento la Banca, in forza degli argomenti sulla prescrizione e di quelli che seguono sugli altri punti controversi della vicenda, deve essere condannata in favore dell’attrice, oltre interessi nella misura legale dalla domanda al saldo.

### 25. Sul risarcimento del danno.

Parte attrice, da ultimo, avanza domanda di risarcimento del danno quantificato in un importo non inferiore alla somma

di euro 20.000,00 -ridotta a 10.000,00 in sede di prima memoria ex art. 183, VI comma, n. 1) c.p.c. - per aver sofferto effetti pregiudizievoli connessi alla svalutazione e per l'impossibilità oggettiva di investire ulteriormente nella propria attività imprenditoriale.

Orbene, occorre dapprima qualificare la domanda di risarcimento del danno, come danno da perdita di chance. L'attore, infatti, per quanto dedotto, fa valere il danno associato alla perdita di una probabilità di conseguire risultati utili, quali investimenti per la propria attività imprenditoriale.

In tali circostanze, l'attore avrebbe dovuto provare, o quantomeno allegare, la mancata realizzazione in concreto di alcuni dei presupposti per il raggiungimento del risultato sperato e impedito dalla condotta della quale il danno risarcibile dev'essere conseguenza immediata e diretta.

correntista, invece, sul punto deduce che il danno sia "in re ipsa" e sia quantificabile in via equitativa.

Tale domanda non può trovare accoglimento.

26. Sulle spese di lite e di CTU.

Circa le spese di lite, si osserva che queste, in ragione della riduzione delle domande attoree e del rigetto della domanda di risarcimento del danno, vanno compensate per 1/3 e per i restanti 2/3 seguono la soccombenza e vanno liquidate come in dispositivo, in attuazione del D.M. 147/2022 e avuto riguardo allo scaglione da euro 52.000,01 ad euro 260.000,00. Le spese di CTU, come separatamente liquidate, vanno definitivamente poste a carico di parte convenuta.

#### P.Q.M.

Il Tribunale di Genova, in composizione monocratica in persona della dott.ssa Raffaella Gabriel, definitivamente pronunciando, ogni altra domanda, eccezione, istanza disattese, così decide:

-dichiara la nullità dei contratti nn. xxxx e xxxx; -dichiara l'illegittima applicazione dell'anatocismo, delle commissioni e delle spese sui conti e nei termini di cui in parte motiva;

-per l'effetto dei punti che precedono, ridetermina il saldo del conto corrente n. xxxx al 31.12.2009 nella misura di euro + 17.405,13 e dichiara tenuta nonchè condanna Banca Incorporante S.p.A. al pagamento in favore di Società correntista in liquidazione della somma di euro 17.428,17, oltre interessi nella misura legale dalla domanda al saldo;

-rigetta le ulteriori domande di Società correntista in liquidazione;

- compensa le spese di lite nella misura di 1/3;

- condanna Banca Incorporante S.p.a. al pagamento in favore di Società correntista in liquidazione di 2/3 di spese di lite, che liquida per la frazione in euro 827,00 per esborsi ed in euro 9.402,00 per compenso, oltre spese generali, iva e cpa come per legge;

- pone le spese di CTU, come separatamente liquidate, definitivamente a carico di Banca Incorporante S.p.a.

(...Omissis...)

Tribunale Concorsuale di Genova, sez. VII civ., 13 giugno 2024 - Pres. Braccialini - Rel. Tabacchi.

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità indiretta - maggioranza per l'approvazione del concordato.**

(Art. 109, comma 5, CCII)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità**

**indiretta - dissenso di una o più classi di creditori - omologazione - condizioni.**

(Art. 112, comma 2, CCII)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - ristrutturazione trasversale (cross class cram down) - omologazione eteronoma.**

(Art. 112, comma 2, CCII; Direttiva UE n. 2019/1023 del 20.06.2019)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - ristrutturazione trasversale (cross class cram down) - approvazione della proposta di concordato - maggiori richieste.**

(Art. 112, comma 2, CCII; Direttiva UE n. 2019/1023 del 20.06.2019, Direttiva Insolvency)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - cram down fiscale - ristrutturazione trasversale.**

(Art. 88, comma 2 bis CCII, art. 112, comma 2, lett. d) CCII)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - "classe favorevole" - composizione.**

(Art. 11, par. 1(b) (ii), Dir. 2019/1023; art. 2, par. 1(2), Dir. 2019/1023; art. 9, par. 2, Dir. 2019/1023).

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - "creditori che subiscono un pregiudizio" - individuazione - discrezionalità dei legislatori nazionali.**

(Art. 11, par. 1(b)(ii) Dir. 2019/1023; art. 112 CCII)

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - dal "consenso" all'"assenza di pregiudizio".**

**CONCORDATO PREVENTIVO - concordato in continuità - creditori "interessati" - piano concordatario - opzioni.**

*A norma dell'art. 109, comma 5, CCII sulle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta di concordato preventivo, qualora si tratti di concordato in continuità, è necessario il voto favorevole di tutte le classi dei creditori.*

*In ipotesi di mancata approvazione nel concordato preventivo in continuità aziendale, l'art. 112, comma 2, CCII consente al debitore di fare istanza al Tribunale volta ad ottenere l'omologazione del concordato non approvato dai creditori, qualora ricorrano congiuntamente quattro condizioni, ovvero che: A) il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione; B) il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore; C) nessun creditore riceva più del proprio credito; D) la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione oppure, in mancanza, la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione.*

*L'art. 112, comma 2, CCII disciplina la "ristrutturazione trasversale" dei debiti dell'impresa, che consente di imporre alle classi di creditori dissenzienti la ristrutturazione del debito discendente dal piano concordatario, che esse abbiano respinto con il loro voto contrario, in forza di un piano omologato dall'autorità giudiziaria, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori.*

*Secondo il canone ermeneutico della interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, anche l'art. 112, 2° comma, lett. D*

del CCII va interpretato nel senso che la proposta di concordato è approvata dalla “maggioranza delle classi di voto sub i) (art. 11 Direttiva UE 2019/1023) oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di voto sub ii) (art. 11 Direttiva UE 2019/1023)”.

(Conf.: Trib. Bergamo, 11.04.2023)

*In tema di concordato preventivo in continuità aziendale, il c.d. cram-down fiscale (disciplinato dall’art. 88, comma 2 bis CCII) non può essere adoperato per realizzare le condizioni per l’applicazione dell’art. 112, comma 2 lett. d) in materia di ristrutturazione trasversale dei debiti.*

(Conf.: Trib. Lucca 18 luglio 2023; contra Trib. Spoleto, 29 dicembre 2023)

*Dal combinato delle disposizioni degli artt. 11, par. 1(b) (ii), Dir. 2019/1023, 2, par. 1(2), Dir. 2019/1023, 9, par. 2, Dir. 2019/1023, discende che la “classe favorevole” deve essere composta (i) da “creditori” (e dunque non da soci) (ii) titolari di pretese destinate a essere modificate in caso di omologazione della proposta (“parti interessate”) e che, pertanto, votano sulla proposta, e (iii) le cui pretese sono in-the-money, ossia riceverebbero una qualche soddisfazione anche ove la proposta avesse previsto una distribuzione del valore dell’attivo concordatario (cioè “in continuità”) secondo la regola di priorità assoluta.*

*Il riferimento ai creditori “che subiscono un pregiudizio” contenuto nel testo dell’art. 11, par. 1(b)(ii) indica soltanto un’opzione attuativa che la Direttiva lascia alla discrezionalità dei legislatori nazionali in sede di recepimento. Dal testo dell’art. 112 CCII risulta chiaro, però, che il legislatore nazionale non si è avvalso di tale facoltà, in quanto fra le diverse opzioni possibili ha scelto di fare riferimento unicamente a creditori “che sarebbero parzialmente soddisfatti” senza richiedere che la soddisfazione sia migliore rispetto a quanto gli stessi otterrebbero in sede concordataria.*

*In nome della preservazione della continuità dell’attività di impresa, l’asse concordatario ha visto uno spostamento dal sistema del “consenso” al “principio dell’assenza di pregiudizio”.*

*I creditori “interessati” sono tali in quanto hanno due alternative fra le quali scegliere: da una parte una soddisfazione certa - ancorché meno consistente - ove si distribuisce il valore di continuità rispettando le cause legittime di prelazione, dall’altra una soddisfazione magari maggiore, ma incerta, in quanto legata alla realizzazione del piano concordatario.*

P.MO.

(...Omissis...) Premesso che:

Con ricorso ex art. 40 e 44 CCII, depositato in data 7 marzo 2023 la società E S.A.S. ha proposto domanda di fissazione di termine per deposito di piano di concordato, assegnato con decreto 9 marzo 2023 e poi prorogato; con provvedimento del 14 novembre 2023 il Tribunale, valutata la ritualità della domanda anche a seguito di richiesta di integrazione, ha aperto la procedura di concordato preventivo; il piano concordatario è qualificabile alla stregua di concordato in continuità indiretta, poiché prevede la stipula di un contratto di affitto di azienda per il periodo 1 gennaio 2024 - 31 dicembre 2029 per un canone complessivo di euro 360.000 oltre IVA con pagamento della rata annuale posticipata; il Commissario Giudiziale ha relazionato in ordine all’esito della pubblicità dell’offerta irrevocabile di affitto dell’azienda ai sensi dell’art. 91 CCII, al fine di acquisire eventuali offerte concorrenti, con le quali prevedere apposita procedura competitiva: nel termine del 30/11/2023 non è pervenuta alcuna manifestazione d’interesse all’affitto dell’azienda;

con atto del 3 gennaio 2024 veniva depositata seconda integrazione e modifica al piano come già richiesto con decreto di apertura del 14 novembre 2023;

l’attivo concordatario è pari ad € 591.000 costituito per la parte preponderante dal ricavato dell’affitto del ramo d’azienda sulla base dell’offerta irrevocabile di rinegoziazione di nuovo contratto da parte dell’attuale affittuaria per € 360.000; nonché dal realizzo di crediti (€ 71.000,00) e da apporto di disponibilità liquide del socio debitore (€ 50.000) nonché di finanza esterna (euro 110.000);

le operazioni di voto del ceto creditorio si sono svolte nella settimana fra il 6 e il 10 marzo 2024 e all’esito della votazione il Commissario Giudiziale, con atto depositato in data 11 marzo 2024, ha comunicato che la proposta di concordato NON è stata approvata dai creditori, in quanto sono state raggiunte le maggioranze richieste, di cui all’art. 109 comma 5 del CCII, solo nelle classi 2, 3, 4 e 5 e quindi in sole quattro classi sulle otto totali;

in data 12/03/2024 il debitore ha presentato istanza ex art. 112, 2° comma, CCII per aprire comunque la fase della omologazione del concordato, ritenendo di avere tutti i requisiti stabiliti da tale norma per ottenere la omologazione del concordato da parte del Tribunale, in assenza di approvazione dei creditori;

con relazione depositata il 24/05/2024 il Commissario Giudiziale ha espresso il suo parere positivo in ordine al possesso da parte della società proponente di tutti i requisiti stabiliti dalle lettere da a) a c) dell’art. 112, 2° comma, CCII, rimettendo all’interpretazione del Tribunale la valutazione sul requisito di cui alla lettera D, con particolare riguardo alla possibilità di ritenere esistente una maggioranza e, in mancanza, alle caratteristiche della classe cd. “in the money”

il Tribunale con decreto del 26 aprile 2024 ha fissato l’udienza camerale del 30/05/2024 per la discussione in ordine alla domanda di omologazione;

in tale udienza il debitore ha insistito per la omologazione del concordato, mentre si è opposta a tale esito Agenzia delle Entrate che ha depositato atto di “Opposizione ex art 48 comma II CCII”, nella quale il creditore erariale ha ripreso le motivazioni del proprio voto contrario all’omologa, comparando poi all’udienza e ribadendovi le ragioni oppostive.

Tutto ciò premesso, il Tribunale rileva quanto segue.

Occorre affrontare preliminarmente il tema dell’opposizione proposta da Agenzia delle Entrate.

Come già evidenziato, tale creditore ha reiterato nella sostanza le ragioni di contrarietà e le censure già espresse al momento della manifestazione del proprio voto negativo, con riguardo alle risultanze della perizia sui beni immobili di proprietà della società, il cui valore sarebbe sottostimato, così come sarebbe irragionevole la mancata valorizzazione del compendio aziendale e delle risorse ricavabili dall’esercizio di azioni di responsabilità e recuperatorie, con conseguente alterazione delle prospettazioni in ordine alla alternativa liquidatoria. Inoltre si sollevano dubbi sulla effettiva solidità del soggetto che secondo il piano risulterebbe affittuario dell’azienda.

Come correttamente osservato dai difensori della società, si tratta nella sostanza di eccezione di difetto di convenienza della proposta in luogo dell’alternativa liquidatoria (ex art. 112 co. 3 CCII). In questa ipotesi il Tribunale “omologa il concordato quando, secondo la proposta e il piano, il credito risulta soddisfatto in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale”.

Sul punto pare sufficiente osservare che il presente è un concordato relativamente semplice, come desumibile anche dai valori di piano e dalla attività svolta dalla società, che nella

sostanza gestisce un magazzino di vendita all'ingrosso e al dettaglio di materiali per l'edilizia in un piccolo centro dell'entroterra ligure.

L'operazione di ristrutturazione prospettata consiste nell'affittare l'azienda (comprensiva per una buona parte dell'affitto del capannone di proprietà), ad un prezzo che equivale grossomodo al valore di liquidazione del capannone stesso, con aggiunta di una significativa quota di risorse provenienti in parte dal socio, in parte da terzi. Il capannone è gravato da ipoteca che, nella valutazione fattane dalla proponente, è pari al valore del capannone stesso. In caso di liquidazione giudiziale, certamente si acquisirebbe all'attivo tale immobile, ma con ogni probabilità quasi l'intero valore verrebbe destinato alla soddisfazione dei creditori ipotecari e, al più, dei lavoratori, nulla residuando per i crediti dell'Erario, seppur privilegiati. Proprio in ragione della centralità della valutazione di tale bene immobile, il Commissario - di concerto con il G.D. - ha ritenuto di affiancare alla stima allegata al piano una propria autonoma stima affidando incarico a perito (cfr. perizia geometra Monteverde 9/2/2024), il quale ha attribuito ai beni (un immobile adibito a magazzino, un posto moto e due posti auto), un valore pari ad euro 362.050,00, a fronte di un valore prospettato dalla società pari ad euro 329.000.

La differenza è quindi di circa 30.000 euro che, tenuto conto della inevitabile alea di tali quantificazioni, è apparsa irrilevante, al punto che il Commissario, con decisione che si condivide, ha ritenuto congruo il valore appostato dalla società. Detto elemento, unitamente al fatto che le censure proposte da Agenzia Entrate si fondano su stima che, per giungere al maggior valore di euro 515.289,00, valorizza unicamente i valori OMI (notoriamente non affidabili se presi quale unico parametro), fa concludere che l'intero ricavato della vendita dei beni immobili verrebbe assorbito dalla soddisfazione dei creditori ipotecari - il cui credito totale ammonta ad euro 366.636,13 - mentre nulla sarebbe la somma distribuibile al creditore opponente. Sul punto si richiama anche l'attestazione ai sensi dell'art. 84 V comma CCII depositata in data 3/11/2023 e dalla quale si evince la non convenienza dell'ipotesi liquidatoria per i creditori non titolari di prelazioni sui singoli beni.

A ciò si aggiunga che non pare fondata neppure la seconda censura relativa alla mancata valorizzazione del compendio aziendale.

Non può innanzitutto non richiamarsi sul punto la relazione Commissariale laddove

(pg. 5) afferma che *“Il patrimonio che la società intende tutelare è innanzitutto quello immobiliare compreso nell'azienda in quanto di proprietà. L'azienda in sé intesa come complesso di beni organizzati per l'esercizio di attività di impresa, tenuto conto dei beni mobili e rimanenze di scarso valore e dei crediti commerciali residui, non ha un valore significativo da dover preservare”*.

Ma soprattutto appare dirimente la considerazione che, pubblicata l'offerta di affitto di tale compendio al fine di acquisire offerte concorrenti ai sensi dell'art. 91 CCII, non è pervenuta alcuna manifestazione di interesse; né il Commissario è stato contattato da possibili competitori: tale mancanza di interesse pare costituire la miglior riprova della impossibilità di valorizzare altrimenti l'azienda, la quale è intrinsecamente legata all'immobile in cui viene esercitata, con la conseguenza che in caso di liquidazione la vendita aggregata della stessa (auspicata dalla opponente), risulta non ragionevolmente attuabile.

Quanto alla valutazione delle azioni di responsabilità e revocatorie eventualmente azionabili in uno scenario liquidatorio, tale aspetto è stato valutato dal Commissario Giudiziale, il quale ha ravvisato che *“In pendenza di procedura di liquidazione*

*giudiziale sarebbero esperibili in astratto azioni di responsabilità a carico del socio illimitatamente responsabile ma, anche qualora emergessero elementi tali da giustificare un ricorso ad azioni di questo tipo, l'utilità a favore della procedura stessa potrebbe non essere superiore a quella attuale tenuto conto che il patrimonio immobiliare del socio è già stato inserito, per equivalente, nell'attivo concordatario.*

*Allo stato non sono emersi elementi che evidenzino la possibilità di procedere con azioni revocatorie.”*

Uguale considerazione era stata effettuata dall'attestatore nella relazione ex art. 87 co. 3, e la stessa viene condivisa dal Tribunale in ragione anche del fatto che tutti i beni di cui il socio è intestatario sono in comproprietà e quindi necessiterebbero l'esperimento di apposito giudizio di divisione.

Infine Agenzia delle Entrate nutre perplessità sulla solidità della società affittuaria, la cui non storicità non garantirebbe la fattibilità del piano ai sensi dell'art. 112 co. I lett. g) CCII. La valutazione da condursi da parte del Tribunale deve avvenire nei limiti della *“non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati”*; la giurisprudenza intervenuta sul punto chiarisce che (Trib. Trieste, 15 settembre 2023), *“Si tratta quindi di una prognosi di realizzabilità dei risultati attesi indicati nel piano, da condursi - similmente a quanto previsto con riferimento al requisito di cui alla lettera f) dello stesso articolo 112 in termini di non irragionevolezza del loro verificarsi. E, al riguardo, utili elementi a riscontro della sussistenza del requisito sono forniti dalla relazione dell'attestatore ex art. 87 co. III”*.

Sul punto, l'attestatore ha chiarito che *“Alla luce di tutto quanto sopra esposto, e con un espresso rinvio a quanto precedentemente relazionato nell'elaborato del 6 luglio 2023 agli atti, il piano concordatario assume connotati di fattibilità, nel senso che lo stesso appare ragionevole, sostenuto da una coerenza complessiva del programma con la situazione di partenza esposta, con una concreta probabilità di riuscita e realizzabile in base alle risorse generate dai flussi dell'affitto d'azienda e di quelle che si potrà concretamente ed effettivamente realizzare dando seguito agli impegni assunti.”*. Giudizio sostanzialmente condiviso dal Commissario (v. pag. 21 del parere ai sensi dell'art. 48 II comma CCII), e con cui il Tribunale concorda, in ciò confortato anche dalla continuità dell'impegno dell'affittuario nell'adempiimento degli obblighi assunti anche a fronte del non irrilevante dilatarsi dei tempi di omologa della procedura.

1. Superati i motivi di opposizione di Ader, e passando al giudizio di omologazione, va innanzitutto richiamato il disposto dell'art. 109, comma 5, CCII sulle maggioranze necessarie per l'approvazione della proposta di concordato preventivo, secondo il quale, qualora si tratti di concordato in continuità, è necessario il voto favorevole di tutte le classi i creditori.

Tale ipotesi non si è verificata per il concordato preventivo proposto da E SAS perché, come già scritto, la proposta è stata votata favorevolmente solo dalla metà delle classi (quattro su otto).

Il successivo art. 112, 2° comma, CCI, per l'ipotesi di mancata approvazione nel concordato preventivo in continuità aziendale, consente al debitore di fare istanza al Tribunale volta ad ottenere l'omologazione del concordato non approvato dai creditori, qualora ricorrano congiuntamente quattro condizioni, ovvero che: il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione;

il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi

di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'art. 84, 7 comma CCII (i crediti dei lavoratori assistiti da privilegio ex art. 2751 bis n. 1 c.c. vanno soddisfatti nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente quello di liquidazione; va altresì rispettato quanto previsto dall'art. 2116, 1° comma, c.c., sul pagamento delle prestazioni di previdenza e assistenza obbligatorie da parte del datore di lavoro);

nessun creditore riceva più del proprio credito;

la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione; oppure, in mancanza, la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione, anche sul valore eccedente quello di liquidazione.

La disposizione normativa sopra citata disciplina la "ristrutturazione trasversale" dei debiti dell'impresa, che consente di imporre alle classi di creditori dissenzienti la ristrutturazione del debito discendente dal piano concordatario, che esse abbiano respinto con il loro voto contrario, in forza di un piano omologato dall'autorità giudiziaria, nonostante appunto il dissenso di una o più classi di creditori.

Lo strumento di omologazione eteronoma nella sua attuale formulazione è stato introdotto nel vigente Codice della Crisi e dell'Insolvenza dal D.Lgs. n. 83 del 17/06/2022, di attuazione della Legge Delega n. 53 del 02/04/2021, che ha recepito nel nostro ordinamento la Direttiva Europea UE n. 2019/1023 del 20/06/2019 sulle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (Direttiva Insolvency). Il Tribunale, essendo stata presentata dal debitore domanda di omologazione ai sensi dell'art. 112, 2° comma CCII, è tenuto perciò ad accertare la sussistenza delle condizioni previste dalla legge per la omologazione del concordato in continuità, essendosi già affrontato il profilo della convenienza ai sensi del comma 3 dell'art. 112 CCII, trattando dell'opposizione di Ader.

2. Passando ad analizzare la sussistenza nel caso di specie di ciascuna delle quattro condizioni di cui al secondo comma dell'art. 112 CCII, la prima prevede che il valore di liquidazione sia distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione.

A riguardo si osserva che, sia nella relazione ex art. 84, 5° comma CCII, del professionista attestatore dr.ssa Claudia Rizzato (doc. n. 3 allegato alla proposta di concordato depositata il 7 luglio 2023), sia nella prospettazione della debitrice - avallata dal Commissario - in cui il valore di liquidazione (della società e del socio) è riferito unicamente alle utilità ritraibili dalla vendita dell'immobile e dal recupero dei crediti, decurtate delle spese di giustizia e fondo rischi, è pacifico che tali utilità vengano attribuite quasi interamente al creditore ipotecario e immediatamente dopo ai lavoratori, nel rispetto delle cause di prelazione, sugli immobili e sui mobili.

3. Quanto alla seconda condizione essa prevede che il valore eccedente quello di liquidazione sia distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

A riguardo, il debitore - avallato dal parere del Commissario - quantifica in poco più di euro 21.000 il valore eccedente quello di liquidazione, la cui distribuzione non altera l'ordine delle cause legittime di prelazione in termini di pagamenti percentuali dei crediti: in particolare la distribuzione avverrebbe al primo creditore ipotecario (dissenziente) ed ai creditori ex art. 2751

bis n.1, mentre il soddisfacimento delle classi inferiori si realizzerebbe mediante l'utilizzo di finanza esterna.

4. Quanto alla terza condizione, essa prevede che nessun creditore riceva più del proprio credito.

Anche tale condizione è ritenuta soddisfatta dal Commissario Giudiziale, con conclusione che il Collegio condivide, perché sulla base della documentazione presentata in allegato alla proposta concordataria risulta chiaramente che non ci sono creditori con trattamenti preferenziali, che vadano a percepire importi maggiori rispetto al credito vantato e viene perciò rispettata così la *par condicio creditorum*.

5. Quanto alla quarta condizione - che prevede che la proposta sia approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta sia approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione - essa richiede un'analisi più articolata rispetto ai precedenti passaggi.

È necessario al riguardo il preliminare richiamo alla disciplina della Direttiva europea UE n. 2019/1023 del 20/06/2019 e segnatamente al suo art. 11 sulla ristrutturazione trasversale dei debiti (*cross-class cram-down*), da cui trae origine la disciplina di cui all'art. 112, 2° comma, CCII.

L'art. 11 della direttiva Insolvency, per quel che qui interessa, così stabilisce: "1. *Gli Stati membri provvedono affinché il piano di ristrutturazione che non è approvato da tutte le parti interessate di cui all'articolo 9, paragrafo 6, in ciascuna classe di voto, possa essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, su proposta del debitore o con l'accordo del debitore, e possa diventare vincolante per le classi di voto dissenzienti se esso soddisfa almeno le condizioni seguenti: ... b) è stato approvato: i) dalla maggioranza delle classi di voto di parti interessate, purché almeno una di esse sia una classe di creditori garantiti o abbia rango superiore alla classe dei creditori non garantiti; oppure, in mancanza, ii) da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio, diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale*".

Quindi ai fini della ristrutturazione trasversale dei debiti occorre che il piano sia approvato dalla maggioranza delle classi di voto ("i"), oppure "in mancanza" da almeno una delle classi di voto ("ii"). Nella Direttiva l'uso del punto e virgola prima della locuzione "in mancanza" rende certo e inconfutabile che la previsione di cui al romanino "ii" (ossia l'approvazione di almeno una classe) sia alternativo rispetto alla previsione di cui all'intero romanino "i" (ossia all'approvazione da parte della maggioranza di classi). Pertanto secondo il canone ermeneutico della interpretazione conforme al diritto dell'Unione Europea, anche l'art. 112, 2° comma, lett. D del CCII va interpretato nel senso che la proposta di concordato è approvata dalla "maggioranza delle classi ... oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe ..." (cfr. sul punto, persuasivamente, v. Tribunale di Bergamo 11 aprile 2023 est. Magri in Diritto della Crisi).

Nel caso oggetto di decisione la proposta non è stata approvata dalla maggioranza delle classi, perché hanno votato fa-

vorevolmente solo quattro classi di creditori su un totale di otto. Difetta, dunque all'evidenza la prima delle due condizioni alternativamente previste, cioè l'approvazione maggioritaria dei creditori.

5.1. Al fine di ottenere forzatamente tale maggioranza, la società proponente invoca l'applicabilità della norma di cui all'art. 88 comma 2 bis CCII con riguardo alle classi 6 e 7, formate da creditori istituzionali privilegiati il cui voto sarebbe determinante e per le quali la proposta concordataria sarebbe - seppure in misura contenuta - più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria nella quale rimarrebbero integralmente insoddisfatte.

Sull'applicabilità della norma non vi è parere favorevole del Commissario e il Tribunale non può che rigettare tale interpretazione, condividendo totalmente quanto motivato in uno dei precedenti editi su questa tematica (cfr. Tribunale di Lucca 18 luglio 2023 est. Capozzi in Diritto della Crisi), così massimato: *“In tema di concordato preventivo in continuità aziendale, il c.d. cram-down fiscale (disciplinato dall'art. 88, comma 2 bis CCII) non può essere adoperato per realizzare le condizioni per l'applicazione dell'art. 112, comma lett. d) in materia di ristrutturazione trasversale dei debiti. Militano nel senso di questa interpretazione: il criterio storico (per cui il cram-down fiscale e previdenziale è stato pensato nel nostro ordinamento in un contesto in cui non esisteva la regola della RPR, ma solo quella della APR), il criterio sistematico (per cui anche negli accordi di ristrutturazione, ove il cram-down è pure previsto, questo viene in rilievo soltanto quando l'adesione dei creditori pubblici è necessaria per raggiungere le maggioranze richieste dagli articoli 57, comma 1 e 60, comma 1 ma non quando vengano in rilievo le maggioranze dell'art. 61, comma 2, lett.*

*c) CCII per gli accordi ad efficacia estesa) e il criterio logico (per cui la direttiva c.d. Insolvency - nel dettare le condizioni per la ristrutturazione trasversale dei debiti - non fa mai riferimento alla possibilità di considerare un voto non espresso da un creditore o da una classe come voto di adesione alla proposta per effetto di una fictio iuris, ma richiede che la proposta sia espressamente approvata).”* Non ignora il Tribunale che esiste un autorevole orientamento di parte della dottrina

(fatto proprio, seppure con qualche distinguo, da Trib. Spoleto 29 dicembre 2023 est. Trabalza), che ammette invece l'utilizzo della omologazione forzata della transazione fiscale, specialmente quando manchi il voto della classe c.d. svantaggiata/interessata: ma non si concorda con detta impostazione. Le due ipotesi di cui alla lettera d) del comma 2 dell'art. 112 CCII, come ben argomentato dal Tribunale di Bergamo richiamato sopra, sono chiaramente alternative fra loro e il caso della classe svantaggiata permette proprio di intervenire, in una ideale graduazione, quando la maggioranza non è raggiunta, fornendo una soluzione per detta ipotesi che permette di non dover ricorrere all'applicazione estensiva di uno strumento che trae le proprie origini nel contesto del concordato liquidatorio, tutto incentrato sul prevalere della maggioranza, laddove il concordato in continuità dovrebbe caratterizzarsi per l'unanimità delle classi.

5.2. Va pertanto accertato se la proposta sia stata approvata *“da almeno una classe di creditori che sarebbero parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione”* (art. 112, 2° comma lett. D, CCII).

Nel caso che occupa questo tribunale la classe in questione corrisponderebbe a quella dei professionisti (Classe 4) e la stessa, come evidenziato nella seguente tabella

creditori	classi	passivo rettificato	ammontare corrispondente al valore di liquidazione	finanza concordataria eccedente il valore di liquidazione	totale proposta	5sodd
Creditori ipotecari I grado	1	295.088,38	258.186,90	4.932,78	263.119,68	89,17%
Creditori ipotecari II grado	2	71.547,75				
Creditori priv 2751 bis <sub>1</sub> CC	3	55.326,39	40.772,74	14.553,65	55.326,39	100,00%
Creditori priv 2751 bis <sub>2</sub> CC	4	26.075,20		1.607,03	1.607,03	6,16%
Creditori priv 2751 bis <sub>3</sub> CC	5	14.482,54				
Creditori priv 2753 1G	6	59.140,28				

sarebbe una classe che - qualora il valore eccedente quello di liquidazione fosse ripartito nel rispetto della regola distributiva nota come APR - sarebbe almeno parzialmente (seppure per il 6,16% dei suoi crediti) soddisfatta, pur se in misura minore rispetto al piano. Si tratta pertanto di una classe *“in the money”*, ma non di una classe *“svantaggiata”*: nel senso di classe che accetta nel concordato un trattamento deteriore rispetto a quanto le spetterebbe con l'applicazione della APR sul valore eccedente quello di liquidazione.

Ci si domanda se ciò sia sufficiente, laddove parte dei primi commentatori e, soprattutto, l'unico - a quanto consta - precedente di merito (Tribunale di Bergamo 11/4/2023 in Diritto della Crisi) hanno sostenuto (richiamando la disciplina unionale) che: *“la Direttiva consente all'autorità giudiziaria di omologare la proposta concordataria solo se essa sia stata approvata da almeno una classe di creditori (privilegiati), che nel concordato venga trattata in maniera deteriore (“che subisce un pregiudizio”) rispetto all'ipotesi della liquidazione giudiziale. Tale classe deve*

*essere diversa da una classe di creditori (chirografari), che non riceverebbe alcun pagamento nell'ipotesi di prosecuzione dell'impresa in crisi o nell'ipotesi alternativa della liquidazione giudiziale.”* Non si concorda con l'interpretazione sopra riferita principalmente in quanto con la stessa si perviene ad una forzatura della norma inserita nel Codice, e nella quale non vi è riferimento alcuno alla classe *“svantaggiata”*, facendone discendere una disciplina che - pur essendo una fra quelle possibili indicate dalla Direttiva Insolvency - non è fra quelle che il legislatore italiano ha inteso attuare.

Più precisamente, la Direttiva prevede che la proposta possa essere omologata se è approvata *“da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio, diversa da una classe di detentori di strumenti di capitale o altra classe che, in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale, non riceverebbe alcun pagamento né manterrebbe alcun interesse o, se previsto dal diritto nazionale, si possa ragionevolmente presumere che non riceva alcun*

pagamento né mantenga alcun interesse se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale” (art. 11, par. 1 (b) (ii), Dir. 2019/1023). Rientrano tra le parti interessate (*affected parties*) “i creditori [...] sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione” (art. 2, par. 1 (2), Dir. 2019/1023); sono questi i creditori quelli cui la Direttiva riconosce il diritto di votare sulla proposta (art. 9, par. 2, Dir. 2019/1023).

Dal combinato delle disposizioni richiamate discende che la “classe favorevole” deve essere composta (i) da “creditori” (e dunque non da soci) (ii) titolari di pretese destinate a essere modificate in caso di omologazione della proposta (“parti interessate”) e che, pertanto, votano sulla proposta, e (iii) le cui pretese sono *in-the-money*, ossia riceverebbero una qualche soddisfazione anche ove la proposta avesse previsto una distribuzione del valore dell’attivo concordatario (cioè “in continuità”) secondo la regola di priorità assoluta. Quest’ultima condizione prevede dunque un “test di capienza” basato su una simulazione di applicazione della “regola della priorità assoluta” sull’intero patrimonio del debitore in continuità.

Il riferimento ai creditori “che subiscono un pregiudizio” contenuto nel testo dell’art. 11, par. 1 (b) (ii) indica soltanto un’opzione attuativa che la Direttiva lascia alla discrezionalità dei legislatori nazionali in sede di recepimento. Ai sensi dell’art. 11, par. 1 (b) (ii), della Direttiva, infatti, agli Stati membri è consentito rendere più difficile raggiungere il requisito del sostegno minimo, richiedendo che la classe favorevole sia composta da creditori (non solo “interessati”, ma) destinati a subire, per effetto della proposta, “una riduzione del valore” delle loro pretese. Dal testo dell’art. 112 CCII risulta chiaro, però, che il legislatore nazionale non si è avvalso di tale facoltà, in quanto fra le diverse opzioni possibili ha scelto di fare riferimento unicamente a creditori “che sarebbero parzialmente soddisfatti”, ma senza richiedere che la soddisfazione sia migliore rispetto a quanto gli stessi otterrebbero in sede concordataria.

La scelta mantiene comunque una sua razionalità ancorché - non lo si nega - si tratti di scelta che comprime in misura maggiore il ruolo del consenso della maggioranza, frutto di quello che è stato definito dalla dottrina un vero e proprio cambio di paradigma per cui, in nome della preservazione della continuità dell’attività di impresa, si è visto uno spostamento dell’asse concordatario dal sistema dal “consenso”, al “principio dell’assenza di pregiudizio”.

Tale razionalità risiede nel fatto che a sostenere la proposta debba essere una classe di creditori che, in ragione della collocazione della loro pretesa e della consistenza dell’attivo concordatario, sono destinati a sopportare (in linea tendenziale) i costi della loro scelta. Si tratta, infatti, di creditori che - a prescindere dal carattere favorevole o sfavorevole delle scelte distributive che il debitore può aver compiuto nella proposta - nutrono comunque un’aspettativa di soddisfazione quantomeno parziale della loro pretesa “a valori di continuità”, risultando portatori di un reale interesse a che il piano di rilancio sia fattibile. A essere qualificati come “inattendibili”, non potendo concorrere con il loro (esclusivo) consenso a legittimare la ristrutturazione trasversale, sarebbero solo quei creditori c.d. *out-of-the-money*, i quali riceverebbero una qualche soddisfazione esclusivamente in caso di approvazione del piano e quindi non hanno nulla da perdere nel sostenere un piano anche ove lo stesso appaia irrealizzabile.

I creditori “interessati” sono tali in quanto hanno comunque due alternative fra le quali scegliere: da una parte una soddisfazione certa - ancorché meno consistente - ove si distribuisce il valore di continuità rispettando le cause legittime di prelazione,

dall’altra una soddisfazione magari maggiore, ma incerta, in quanto legata alla realizzazione del piano concordatario.

In applicazione della norma così interpretata, non si può che concludere per la possibilità di applicare la ristrutturazione trasversale in ragione della esistenza della classe 4 (già sopra descritta), di creditori interessati in quanto comunque destinatari di una qualche soddisfazione sul valore eccedente la liquidazione, con conseguente accoglimento della domanda di omologa.

#### 6. Verificata in conclusione:

la regolarità della procedura;

l’applicabilità della ristrutturazione trasversale nei termini di cui all’art. 112 II comma lett. d) come sopra motivato;

l’ammissibilità della procedura; ritenuto che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza riscontrata;

#### P.Q.M.

Visti gli artt. 48 e 112 CCII

Rigetta l’opposizione proposta da Agenzia Entrate e Riscossione Omologa il concordato depositato da E S.A.S.. Dichiarata chiusa la procedura Visto l’art. 118 CCII:

dispone che il Commissario Giudiziale sorvegli l’adempimento del concordato secondo le seguenti modalità:

il legale rappresentante di E SAS trasmetterà al Commissario Giudiziale una relazione, con cadenza mensile, depositandone anche una copia in Cancelleria a mezzo PCT, in ordine allo stato delle operazioni poste in essere in esecuzione degli obblighi concordatari e ai flussi finanziari in entrata ed uscita; Il CG è autorizzato ad effettuare ogni più opportuno controllo sull’attività inerente alla continuazione dell’attività di impresa e gli viene conferita per tutta la durata della procedura facoltà di accesso in Edilmercato alla contabilità e ai libri sociali della ricorrente. Lo stesso riferirà inoltre ai creditori in ordine ad eventuali inadempimenti di non scarsa importanza degli obblighi concordatari, per l’eventuale iniziativa, a loro riservata, diretta ad ottenere la risoluzione del concordato;

il legale rappresentante della ricorrente provvederanno, in ogni caso, ad inviare al CG, depositandone anche copia in cancelleria a mezzo PCT, report semestrali decorrenti dalla data di omologa, comprensivi di situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata in ordine all’andamento della gestione ordinaria e straordinaria, con particolare riferimento agli obblighi assunti in sede concordataria; le suddette relazioni semestrali assorbiranno gli obblighi di redazione mensile scadenti alla medesima data delle semestrali,

il legale rappresentante della ricorrente provvederà a predisporre entro le date indicate nel piano e nella proposta di concordato i progetti di riparto dei creditori privilegiati e dei chirografari allocati nelle specifiche classi; detti progetti, vistati dal CG - fatta salva la previsione di accantonamenti, la cui costituzione dovrà essere opportunamente motivata

- saranno sottoposti al giudice delegato per la preventiva visione; il legale rappresentante della ricorrente, eseguito integralmente il concordato sino al completo raggiungimento delle percentuali indicate nella proposta, depositerà la documentazione necessaria a darne prova, unitamente al parere del commissario giudiziali;

entro trenta giorni dalla data di completamento delle operazioni esecutive il legale rappresentante depositerà in cancelleria, per la presa d’atto da parte del Giudice Delegato, il rendiconto finale, corredato dalla documentazione idonea a dimostrare l’avvenuta esecuzione dei pagamenti ai creditori, unitamente al relativo parere del CG e all’attestazione di

quest'ultimo circa l'avvenuta presentazione e la completezza della documentazione attestante i pagamenti; all'esito, previa liquidazione delle competenze da parte del Tribunale, il Giudice Delegato autorizzerà il prelievo delle somme liquidate a titolo di compenso per il CG; resta riservato al Giudice Delegato il potere di assumere ogni altro opportuno provvedimento e di autorizzare ogni ulteriore e diversa attività non espressamente prevista nei punti precedenti, che si rivelasse necessaria nella fase di attuazione del concordato; ricorda al Commissario Giudiziale che ogni sei mesi, a decorrere dal deposito della relazione effettuata ex art. 105 CCII, dovrà redigere un rapporto riepilogativo redatto in conformità a quanto previsto dall'art. 130, comma 9, CCII e che in medesimo dovrà essere inviato a tutti i creditori (il CG provvederà a depositare lo stesso nel fascicolo telematico con la prova delle avvenute notifiche). Conclusa l'esecuzione il Commissario depositerà un rapporto riepilogativo finale redatto con le modalità sopra ricordate ricorda al debitore che lo stesso è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta concordataria omologata; ricorda al CG che, qualora emerga da parte del debitore il mancato adempimento degli atti necessari a dare esecuzione alla proposta o ne venga ritardato l'adempimento, dovrà senza indugio riferirne all'ufficio affinché questi, sentito il debitore possa eventualmente attribuire al CG i poteri sostitutivi necessari al compimento degli atti dovuti; (...*Omissis*...)

Tribunale di Savona, 9 gennaio 2024, n. 4 - Giudice Unico Sacchi.

**ESECUZIONE forzata - opposizione del decreto ingiuntivo - omessa apposizione della formula di conformità della copia all'originale da parte dell'Ufficiale Giudiziario - eccezione di nullità del titolo - esclusione.**

(Art. 480, comma 2, c.p.c.)

**CONTRATTO in genere - contratto preliminare - contratto definitivo difforme dal preliminare - contratto definitivo supera il preliminare.**

*L'eccezione di nullità del titolo per violazione dell'art. 480, co.2, c.p.c., non può essere accolta atteso che se è pur vero che per valere come titolo per l'esecuzione forzata, le sentenze, gli altri provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale devono essere formati in copia attestata conforme all'originale, è altrettanto vero che il G.E., d'ufficio o su impulso di parte, può sempre chiedere l'esibizione dell'originale del titolo ed eventualmente dichiarare l'inefficacia del pignoramento, motivo per cui eventuali doglianze, specie in assenza di contestazioni specifiche di difformità della copia del titolo rispetto all'originale, in sede di opposizione a precetto non possono legittimare la dichiarazione di inefficacia o invalidità del titolo, che potrebbe essere, al più, affetto soltanto da una irregolarità sanabile dal creditore procedente in sede esecutiva.*

*L'invalidità del rapporto locatizio accertata in altro giudizio non può considerarsi estesa alla più complessa cessione dell'attività aziendale, comprensiva delle relative licenze e di tutti i beni facenti parte dell'attività aziendale.*

*(Nello specifico l'attore ha eccepito il verificarsi di una condizione pattuita fra le parti nella scrittura privata del 9.01.2017 e non*

*riprodotta nell'atto definitivo autenticato dal Notaio del 19.10.2017 - posto a fondamento del precetto - ma "comunque in essere tra le parti, che l'avevano espressamente voluta e pattuita"; da ciò se ne deduce che le parti abbiano volontariamente deciso di superare nell'atto notarile definitivo detta clausola di riduzione del prezzo, e che l'attore abbia comunque accettato, anche dopo la conclusione del contratto definitivo, di sottoporsi all'alea del mancato rinnovo della sublocazione).*

*Qualora le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, concludano in seguito il contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto e non mera ripetizione del primo, in quanto il contratto preliminare resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che i contraenti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva. La presunzione di conformità del nuovo accordo alla volontà delle parti può, nel silenzio del contratto definitivo, essere vinta soltanto dalla prova -la quale deve risultare da atto scritto, ove il contratto abbia ad oggetto beni immobili - di un accordo posto in essere dalle stesse parti contemporaneamente alla stipula del definitivo, dal quale risulti che altri obblighi o prestazioni, contenute nel preliminare, sopravvivono, dovendo tale prova essere data da chi chieda l'adempimento di detto distinto accordo.*

(Cass., sez. II, 05 giugno 2012, n. 9063; nello stesso senso Cass., sez. II, 10 gennaio 2007, n. 233; Cass., sez. III, 29 novembre 1994, n. 10210. Da ultimo, cfr. Cass., 30 agosto 2017, n. 20541; Corte d'Appello di Genova, sez. III, 05 maggio 2021, n. 506)

A.B.

*(...Omissis...)* **Motivi della decisione.**

Con atto di citazione regolarmente notificato l'attore ha spiegato opposizione al precetto notificatogli in data 5.05.2023 per l'importo di € 70.000,00 oltre spese di precetto, sul presupposto del titolo rappresentato un contratto di cessione di azienda conclusosi mediante scrittura privata autenticata dal Notaio G di Pietra Ligure.

In particolare, l'attore preliminarmente ha eccepito che il creditore sia incorso nella omessa apposizione della formula di conformità della copia all'originale da parte dell'U.G., limitandosi a dichiarare personalmente la conformità del documento all'originale, con conseguente violazione dell'art. 480, co.2, c.p.c. In secondo luogo, l'attore ha eccepito il verificarsi di una condizione pattuita fra le parti nella scrittura privata del 9.01.2017 e non riprodotta nell'atto definitivo autenticato dal Notaio del 19.10.2017 - posto a fondamento del precetto - ma "comunque in essere tra le parti, che l'avevano espressamente voluta e pattuita".

In particolare, l'opponente ha asserito che in data 9 gennaio 2017 aveva sottoscritto una scrittura privata mediante la quale Paolo si era impegnato a vendere ad Andrea, per l'importo di euro 600.000,00 il ramo d'azienda avente ad oggetto la vendita di generi di monopolio con annessa ricevitoria lotto. Poiché i locali in cui veniva svolta l'attività commerciale non erano di proprietà del Paolo ma da quest'ultimo condotti in locazione e tenuto conto che i predetti locali - originariamente di proprietà dell'immobiliare F S.r.l. - nel mentre erano stati oggetto di un provvedimento giudiziale emesso dal Tribunale di Savona (il Paolo a quel tempo aveva fatto riferimento ad una sorta di "procedura fallimentare", poi sarebbe emersa l'esistenza di un sequestro finalizzato alla confisca di alcuni beni, fra cui quello condotto in locazione), i due contraenti avevano espressamente pattuito che il Paolo avrebbe provveduto a decurtare dal mede-

simo prezzo l'importo di euro 70.000,00 qualora, *“per cause indipendenti dalla volontà delle parti, non si fosse perfezionato il contratto di locazione e/o di compravendita dei locali dell'attuale sede dell'attività ed il sig. Tonietta avesse dovuto trasferire l'azienda altrove”*.

L'istante ha specificato che successivamente aveva continuato a versare i canoni di locazione all'odierno opposto in attesa di poter formalizzare un nuovo contratto di locazione, o eventualmente di poter acquistare l'unità immobiliare in questione; ciò fino a quando, nel corso dell'anno 2021, Andrea veniva a conoscenza del fatto che il locale ad uso commerciale - condotto in locazione dalla controparte e da quest'ultima a sua volta concesso in sublocazione all'odierno opponente - fosse entrato definitivamente a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato con sua contestuale assegnazione alla gestione dell'Agenzia Nazionale per la Destinazione dei Beni Sequestrati e Confiscati alla Criminalità Organizzata, la quale gli intimava il rilascio. Conseguentemente l'attore - dopo essersi opposto senza esito al provvedimento di rilascio dinanzi al TAR - incardinava un giudizio civile per far valere la nullità di siffatto contratto di locazione con conseguente ripetizione di tutti gli importi pagati, processo conclusosi con esito a lui favorevole.

Si costituiva l'opposto, il quale contestava l'eccezione di nullità del precetto, asserendo che la allegazione di una copia in formato digitale all'interno della notifica effettuata a mezzo PEC, con annessa attestazione di conformità da parte del difensore, fosse sufficiente ai fini della regolarità del procedimento di notifica del precetto.

Nel merito, il convenuto contestava la ricostruzione effettuata dall'attore ed il richiamo strumentale al procedimento civile che lo aveva visto soccombente e condannato alla restituzione dei canoni di locazione, in quanto le parti espressamente non avevano voluto reinserire la clausola rivendicata dalla controparte all'interno della scrittura definitiva.

Ebbene, ci si riporta integralmente a quanto statuito nell'ordinanza di rigetto dell'istanza di sospensione della efficacia esecutiva del titolo ex art. 615 c.p.c. del 30.11.2023.

In particolare, quanto alla eccezione di nullità del titolo per violazione dell'art. 480, co.2, c.p.c., si rileva innanzitutto che il titolo è integralmente trascritto nel precetto notificato in formato digitale a mezzo PEC, unitamente alla relata di notifica all'interno della quale è presente l'attestazione di conformità rilasciata dal difensore. In ogni caso, si ritiene che, se è pur vero che la nuova normativa continua a prevedere che, per valere come titolo per l'esecuzione forzata, le sentenze, gli altri provvedimenti dell'Autorità Giudiziaria e gli atti ricevuti da notaio o da altro pubblico ufficiale debbano essere formati in copia attestata conforme all'originale - è anche vero che il G.E., d'ufficio o su impulso di parte, può sempre chiedere l'esibizione dell'originale del titolo ed eventualmente dichiarare l'inefficacia del pignoramento, motivo per cui dette doglianze, specie in assenza di contestazioni specifiche di difformità della copia del titolo rispetto all'originale, in sede di opposizione a precetto non possono legittimare la dichiarazione di inefficacia o invalidità del titolo, che allo stato degli atti sarebbe, al più, affetto soltanto da una irregolarità sanabile dal creditore procedente in sede esecutiva. L'eccezione, pertanto, non può essere accolta.

Quanto al merito della vicenda, occorre premettere che l'invalidità del rapporto locatizio accertata in altro giudizio non può considerarsi estesa alla più complessa cessione dell'attività aziendale - comprensiva delle relative licenze e di tutti i beni facenti parte dell'attività aziendale, ad oggi utilmente ed efficacemente perfezionata - e che la clausola invocata dall'opponente, così come inserita nel contratto preliminare, non abbia condizionato

l'efficacia dell'intero negozio, nemmeno in senso risolutivo.

Ciò premesso, è evidente che le parti abbiano volontariamente deciso di superare nell'atto notarile definitivo detta clausola di riduzione del prezzo, e che l'attore abbia comunque accettato, anche dopo la conclusione del contratto definitivo, di sottoporsi all'alea del mancato rinnovo della sublocazione che (a prescindere da chi fosse il reale creditore dei canoni e fatta salva l'eventuale invocabilità della tutela offerta dall'art. 1389 c.c.) non era completamente venuta meno.

Ed invero - posto che qualsivoglia forma di falso affidamento al più può dar luogo, se ne sussistono i presupposti, al risarcimento del danno ma non alla fittizia riviviscenza di una clausola espressamente superata da ambo le parti del contratto - in ogni caso si condivide l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo il quale *“qualora le parti, dopo aver stipulato un contratto preliminare, concludano in seguito il contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al particolare negozio voluto e non mera ripetizione del primo, in quanto il contratto preliminare resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che i contraenti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva. La presunzione di conformità del nuovo accordo alla volontà delle parti può, nel silenzio del contratto definitivo, essere vinta soltanto dalla prova - la quale deve risultare da atto scritto, ove il contratto abbia ad oggetto beni immobili - di un accordo posto in essere dalle stesse parti contemporaneamente alla stipula del definitivo, dal quale risulti che altri obblighi o prestazioni, contenute nel preliminare, sopravvivono, dovendo tale prova essere data da chi chieda l'adempimento di detto distinto accordo”* (Cassazione civile sez. II, 05/06/2012, n. 9063; nello stesso senso Cassazione civile sez. II, 10/01/2007, n. 233; Cassazione civile sez. III, 29/11/1994, n. 10210. Da ultimo, cfr. Cass. civ. del 30.08.2017, n. 20541; Corte appello Genova sez. III, 05/05/2021, n. 506). L'opposizione, pertanto, anche nel merito non è fondata e deve essere respinta.

Quanto alle spese di lite, alla luce della soccombenza, l'opponente deve essere condannato alla refusione delle stesse, che qui si liquidano mediante applicazione dei parametri di cui al D.M. 55/2014 e successive modificazioni, tabella 2, fascia V, (tutte le fasi, valori minimi alla luce della semplicità della attività difensiva svolta, data dalla natura documentale della controversia) in € 7.052,00 per compensi professionali oltre IVA e CPA se dovute, come per legge, oltre al 15% di rimborso per spese generali sull'importo relativo ai soli onorari.

Tutto ciò premesso, questo Tribunale, pronunciando su tutte le domande, eccezioni e difese proposte da ambo le parti in causa.

#### P.Q.M.

Rigetta l'opposizione al precetto spiegata da Andrea; condanna quest'ultimo al pagamento delle spese di lite (...*Omissis*...)

Tribunale di Genova, sez. VII procedure concorsuali, 23 maggio 2023 - Pres. Tabacchi - Rel. Monteleone.

#### **ESPROPRIAZIONE forzata - opposizione all'esecuzione - clausole abusive - eccezione.**

(Art. 615, comma 1 e 2, c.p.c.)

#### **ESPROPRIAZIONE forzata - sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo - istanza al Giudice dell'opposizione a precetto.**

**ESPROPRIAZIONE forzata - opposizione - sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo - Giudice dell'opposizione pre-esecutiva e Giudice dell'esecuzione.**

(Artt. 615, comma 1 e 624 c.p.c.)

**ESPROPRIAZIONE forzata - pignoramento - deposito tardivo della nota di trascrizione - inefficacia del pignoramento - insussistenza.**

(Art. 557 c.p.c.)

**MUTUO - pratiche contrarie a normativa antitrust - sanzione - risarcimento del danno.****MUTUO - intesa manipolativa del tasso Euribor - danno - onere della prova.****MUTUO - ammortamento alla francese - capitalizzazione degli interessi - illegittimità - esclusione.**

(Art. 1283 cod. civ.)

**MUTUO - ammortamento alla francese - modalità contrattuale - illegittimità - esclusione.**

(Art. 1346 cod. civ.)

**ESECUZIONE forzata - precetto - opposizione - parziale fondatezza della pretesa - sospensione parziale dell'esecuzione.**

*Allorquando il titolo sia di derivazione contrattuale è assicurato al consumatore un rimedio, ante e post inizio dell'esecuzione, ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 615 c.p.c. che gli permette senz'altro di opporsi alla esecuzione facendo valere e chiedendo l'esame della abusività delle clausole, senza che al consumatore possa essere eccepito alcun giudicato.*

*L'opponente che abbia già richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al Giudice dell'opposizione pre-esecutiva, non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al Giudice dell'esecuzione. Egli, infatti, indirizzando la propria istanza al Giudice dell'opposizione a precetto, ha ormai consumato il suo potere processuale, in ossequio del principio "electa una via, non datur recursus ad alteram", che costituisce espressione dell'esigenza interna al sistema processuale di scongiurare tutte le ipotesi che possono dare luogo alla pronuncia di provvedimenti contrastanti.*

*Il provvedimento di sospensione disposto ex art. 615, comma 1, c.p.c. comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il Giudice dell'esecuzione potrebbe pronunciare ex art. 624 c.p.c., sicché l'opponente che abbia già richiesto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo al Giudice dell'opposizione pre-esecutiva non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al Giudice dell'esecuzione.*

*Il tardivo deposito della sola nota di trascrizione del pignoramento non comporta la perdita di efficacia del pignoramento ai sensi dell'art. 557 c.p.c.. L'inefficacia del pignoramento è sancita dall'ultimo comma dell'art. 557 c.p.c. in relazione al mancato deposito, nel termine di quindici giorni, solamente della nota di iscrizione a ruolo e delle copie dell'atto di pignoramento, del titolo esecutivo e del precetto, mentre nessuna menzione viene fatta della nota di trascrizione.*

(Così, Tribunale di Napoli, sez. XIV, 31 ottobre 2019; Tribunale di Padova, sez. I, 12 maggio 2021)

*La pratica anticoncorrenziale ha inciso non sull'adozione di clausole standard nei contratti di finanziamento, passibili di nullità in quanto direttamente frutto di pratiche contrarie alla normativa*

*antitrust, bensì sulla determinazione dell'entità del corrispettivo dovuto sul finanziamento concesso. Lo strumento di tutela per il danneggiato, che alleggi e provi il pregiudizio per avere versato un sovrapprezzo rispetto a quello che avrebbe versato in assenza di manipolazione del parametro incidente sulla determinazione del prezzo, è quello risarcitorio. Si è trattato della violazione di una regola di condotta che trova sanzione nel risarcimento del danno corrispondente al corrispettivo versato in eccesso, quale conseguenza dell'intesa illecita.*

(Conforme Corte d'Appello di Milano, 21 settembre 2021, n. 2909; contra Corte d'Appello di Cagliari, 8 settembre 2022, n. 260)

*La natura anticoncorrenziale della clausola contenente il tasso Euribor deve essere specificatamente provata; la parte che lamenti l'illecito antitrust deve dare specifica prova dell'intesa manipolativa del tasso Euribor in suo danno secondo le regole ordinarie dell'onere della prova. In particolare, dovrà dimostrare l'influenza determinante del comportamento del sistema bancario sull'entità del tasso, tenendo conto che il tasso Euribor costituisce un indice medio, calcolato su dati che si assumono oggettivi, che possono entrare a far parte del contratto individuale anche per relationem (senza che vi sia violazione dell'art. 117 TUB).*

(Così Corte d'Appello di Ancona, 9 agosto 2022, n. 1060).

*Il metodo dell'ammortamento c.d. alla francese non comporta alcuna forma di capitalizzazione degli interessi, atteso che gli interessi corrispettivi conglobati in ciascuna rata sono calcolati esclusivamente sul capitale maturato nel periodo di riferimento della rata medesima (ragion per cui deve escludersi ogni profilo di illegittimità per violazione dell'art. 1283 c.c.).*

(Cfr. Tribunale di Imperia, sez. I civ., 9 maggio 2023, in questa rivista, n. 3/2023, pag. 20 e segg.; Tribunale di Milano, 28 aprile 2016, n. 5279)

*La scelta di un determinato metodo di ammortamento non incide sul tasso d'interesse convenuto, atteso che trattasi unicamente della modalità con cui le determinazioni contrattuali delle parti (in punto di durata, periodicità della rata e tasso d'interesse) sono concretamente tradotte in una rata da corrispondersi; deve pertanto escludersi anche ogni profilo di illegittimità per violazione dell'art. 1346 cod. civ.*

(Così Tribunale di Napoli, 15 marzo 2023).

*L'eventuale fondatezza dei motivi di nullità, implicando unicamente una riduzione del quantum e non un radicale venire meno dell'intera pretesa, risulta irrilevante rispetto alla prosecuzione o meno della esecuzione, che potrà proseguire in ragione del credito per la restituzione del capitale. Il precetto e tasso d'interesse per una somma superiore a quella effettivamente dovuta non è sanzionabile con la nullità totale dell'atto, bensì con la nullità (o inefficacia) parziale per la somma eccedente e la parziale fondatezza dell'opposizione al titolo implica la sospensione parziale ma non il venir meno della esecuzione (orientamento consolidato).*

P.M.O.

(... Omissis...) nella fase di reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c. verso il provvedimento in data 16 marzo 2023 emesso su ricorso ex art. 615 II comma c.p.c. originariamente presentato da R, nel procedimento esecutivo immobiliare 373/2022, instaurato da P S.r.l. in forza di due contratti di mutuo fondiario e presunto inadempimento nella restituzione delle rate. Sentiti i difensori delle parti all'udienza del 18 maggio 2023, osserva quanto segue.

1. L'originario ricorso per opposizione all'esecuzione fu proposto ex art. 615 II comma c.p.c. eccependo:

- (i) "nullità della notifica ex art. 140 c.p.c. e disconoscimento di ogni sottoscrizione";
- (ii) "insussistenza di prova idonea al conferimento della rappresentanza legale" e la carenza di legittimazione ad agire della società convenuta;
- (iii) l'inefficacia del precetto e del pignoramento per deposito della nota di trascrizione oltre il termine di cui all'art. 557 c.p.c.;
- (iv) "nullità del contratto per manipolazione del tasso EURIBOR";
- (v) "nullità del titolo esecutivo, del precetto ed improcedibilità dell'azione esecutiva per violazione dell'art. 474 c.p.c. posta l'inesistenza di un diritto di credito certo, liquido, esigibile" e per genericità dei conteggi su capitale ed interessi;
- (vi) "improcedibilità per omessa notifica del titolo esecutivo e indicazione di formula esecutiva" e inidoneità del titolo in quanto mutuo condizionato;
- (vii) nullità e inefficacia del mutuo per superamento della soglia di finanziabilità nonché per applicazione di interessi anatocistici e/o usurari;
- (viii) "nullità per capitalizzazione composta";
- (ix) "improcedibilità per adesione al sovraindebitamento ex art. 295 c.p.c.". In forza di tali motivi l'opponente, previa istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva dei titoli azionati, richiedeva l'interruzione dell'iter esecutivo.

Il G.E. con ordinanza del 16.03.2023 rigettava l'istanza di sospensione della procedura esecutiva.

Con l'odierno reclamo ex art. 669 terdecies c.p.c., R ha contestato l'ordinanza impugnata innanzitutto nella parte in cui ha ritenuto di dichiarare l'inammissibilità dei motivi sub 2), 5), 6), 7), 8) 9); ha poi riproposto i motivi inerenti la nullità della notifica ex art. 140 c.p.c., la inefficacia del precetto e del pignoramento per deposito della nota di trascrizione oltre il termine di cui all'art. 557 c.p.c. e infine la nullità del contratto per manipolazione del tasso EURIBOR.

All'udienza del 18 maggio 2023 la reclamante avanzava poi ulteriore - e nuova - istanza verbalizzando richiamo alla sentenza delle Sezioni Unite 9479/2023 che, a suo dire, obbligherebbe anche il G.E. a vagliare i profili di illegittimità.

2. Si è costituita in giudizio S S.p.A., chiedendo il rigetto del reclamo e contestando integralmente tutti i motivi dedotti da controparte, nonché quanto verbalizzato all'udienza del 18 maggio.

3. A giudizio del Collegio è opportuno affrontare in via preliminare la questione del richiamo alla pronuncia di SS.UU. 9479/23.

Il riferimento a detta pronuncia appare del tutto fuori luogo, essendo state sia le sentenze CGUE del maggio 2022 sia la successiva sentenza della Suprema Corte italiana, pronunciate in giudizi esecutivi nei quali il creditore agiva in forza di decreto ingiuntivo non opposto.

Da ciò discende l'inapplicabilità di quanto disposto dalla Corte al caso di specie, anche perché le Sezioni Unite - fra le varie opzioni prospettate dalla dottrina all'indomani delle sentenze europee - hanno inteso indicare come rimedio per il debitore/consumatore che si assume non abbia potuto opporre tempestivamente il decreto ingiuntivo in ragione della propria posizione debole ovvero per difetto informativo, il rimedio di cui all'art. 650 c.p.c. (ovvero l'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo) alla cui proposizione può essere even-

tualmente finalizzata la sospensione dell'esecuzione in corso: nel caso che ci occupa di esecuzione fondata su titolo esecutivo extra giudiziale (mutuo fondiario), non si comprende come potrebbe trovare applicazione il meccanismo introdotto (con decisione che ha peraltro sollevato non poche perplessità tra gli operatori del diritto) dalla pronuncia invocata.

Si potrebbe peraltro sostenere che le sentenze CGUE abbiano introdotto un principio generale di interpretazione ed applicazione degli articoli 6 e 7 della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio, principio che potrebbe dover trovare applicazione anche senza la mediazione di una pronuncia della Suprema Corte quale quella recente delle Sezioni Unite, stante che le temute clausole abusive ben potrebbero essere presenti anche in un contratto di mutuo azionato direttamente senza aver fatto ricorso al procedimento monitorio.

La posizione della CGUE appare la seguente: *"Una normativa nazionale secondo la quale un esame d'ufficio del carattere abusivo delle clausole contrattuali si considera avvenuto e coperto dall'autorità di cosa giudicata anche in assenza di qualsiasi motivazione in tal senso contenuta in un atto quale un decreto ingiuntivo può, tenuto conto della natura e dell'importanza dell'interesse pubblico sotteso alla tutela che la direttiva 93/13 conferisce ai consumatori, privare del suo contenuto l'obbligo incombente al giudice nazionale di procedere a un esame d'ufficio dell'eventuale carattere abusivo delle clausole contrattuali. In un caso del genere, l'esigenza di una tutela giurisdizionale effettiva impone che il giudice dell'esecuzione possa valutare, anche per la prima volta, l'eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto alla base di un decreto ingiuntivo emesso da un giudice su domanda di un creditore e contro il quale il debitore non ha proposto opposizione"*, in sostanza ciò che si vuole scongiurare è che vi sia un impedimento per il G.E. - qualora sia mancato un precedente esame giurisdizionale della abusività delle clausole - di riesaminare a propria volta tale abusività e conseguentemente, ove la rilevasse, sospendere l'esecuzione.

Ma se questo è lo spirito della tutela disegnata dal giudice europeo, pare al Tribunale che il sistema delle opposizioni alla esecuzione (quale quello a cui è ampiamente ricorsa l'odierna reclamante, sia ante che post esecuzione), sia perfettamente in linea con quanto richiesto da tale giudice, che ha censurato - dichiarandola contraria ai principi europei - la normativa interna che non consente al Giudice dell'Esecuzione di poter rilevare d'ufficio l'eventuale abusività delle clausole del contratto su cui si fonda il diritto di credito accertato nel provvedimento monitorio non opposto, in virtù del carattere di giudicato che fa stato sul dedotto e sul deducibile che la normativa interna attribuisce appunto al decreto ingiuntivo.

Ma allorquando il titolo sia di derivazione contrattuale (oltre alle considerazioni relative al fatto che si tratta di contratto stipulato dinanzi a Notaio, il che potrebbe già essere garanzia di non abusività delle clausole a fronte delle forme solenni imposte dalla legge), si verifica proprio ciò che la CGUE auspica, ovvero è assicurato al consumatore un rimedio (nel nostro caso addirittura due, ante e post inizio dell'esecuzione ai sensi del primo e secondo comma dell'art. 615 c.p.c.) che gli permette senz'altro di opporsi alla esecuzione facendo valere e chiedendo l'esame della abusività delle clausole, senza che al consumatore possa essere eccepito alcun giudicato.

4. Venendo agli originari motivi di reclamo il Giudice dell'esecuzione, Dott. Mirko Parentini, richiamando l'orientamento della Suprema Corte di Cassazione, ha correttamente dichiarato l'inammissibilità di alcuni dei motivi della originaria op-

posizione posto che “l’opponente che abbia già richiesto la sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo al giudice dell’opposizione pre-esecutiva, non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al giudice dell’esecuzione. Egli, infatti, indirizzando la propria istanza al giudice dell’opposizione a precetto, ha ormai consumato il suo potere processuale, in ossequio del principio “*elcta una via, non datur recursus ad alteram*”, che costituisce espressione dell’esigenza interna al sistema processuale di scongiurare tutte le ipotesi che possono dar luogo alla pronuncia di provvedimenti contrastanti”. Il richiamato orientamento della Suprema Corte, infatti, pone l’accento sulla distinzione fra i poteri del Giudice dell’opposizione a precetto e i poteri sospensivi del Giudice dell’esecuzione, affermando che il provvedimento di sospensione disposto ex art. 615, c. 1, c.p.c. comprende in sé anche gli effetti della sospensione che il Giudice dell’esecuzione potrebbe pronunciare ex art. 624 c.p.c., sicché l’opponente che abbia già richiesto la sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo al Giudice dell’opposizione pre-esecutiva non può rivolgersi per le medesime ragioni anche al Giudice dell’esecuzione.

Nel proprio reclamo la ricorrente sembra adombrare che il G.E. abbia voluto privarla di uno degli strumenti oppositivi (ante e post esecuzione) previsti dalla legge, ma così non è: non si tratta di privare la parte della possibilità di fare opposizione, si tratta solo di impedire che la nella nuova opposizione si ripropongano gli stessi motivi ancora al vaglio del giudice dell’opposizione a precetto; il limite pertanto non è all’esercizio dell’azione ma unicamente a quanto è possibile con essa domandare ove lo si sia già fatto.

5. Infondate appaiono anche le ulteriori eccezioni oggi riproposte. Quanto alle notificazioni dell’atto di precetto e dell’atto di pignoramento che sarebbero nulle in quanto eseguite presso la residenza della signora R, e non presso il domicilio eletto nell’atto di mutuo, in realtà nell’atto di mutuo a rogito Notaio di Genova (rep. 19.252, racc. 9.622) è indicato all’art. 6 che “per l’esecuzione del presente contratto, per qualsiasi giudizio, anche di risoluzione ed a tutti gli effetti di legge, ivi comprese le notifiche di ogni atto le parti eleggono il seguente domicilio: [...] quanto alla parte mutuataria presso il domicilio dichiarato nel presente atto ed in difetto presso la casa comunale di Genova”. La signora R ha dichiarato nell’atto di mutuo più recente di essere residente in Via n. 24/20: l’indirizzo coincide con quello dove sono stati notificati sia l’atto di precetto, sia l’atto di pignoramento.

Non pare esista alcun interesse ad una notifica anche all’indirizzo di cui al primo dei due mutui, né si comprende come l’interesse della reclamante possa dirsi leso.

Anche sulla inefficacia del pignoramento per l’asserito tardivo deposito della nota di trascrizione, oltre a richiamarsi la giurisprudenza che ha chiarito che il termine di cui all’art. 557 c.p.c. non riguarda la nota di trascrizione (Tribunale, Napoli, sez. XIV, 31/10/2019: “Il tardivo deposito della sola nota di trascrizione del pignoramento non comporta la perdita di efficacia del pignoramento ai sensi dell’art. 557 c.p.c.”; Tribunale, Padova, sez. I, 12/05/2021: “L’inefficacia del pignoramento è sancita dall’ultimo comma dell’art. 557 c.p.c. in relazione al mancato deposito, nel termine di quindici giorni, solamente della nota di iscrizione a ruolo e delle copie dell’atto di pignoramento, del titolo esecutivo e del precetto, mentre nessuna menzione viene fatta della nota di trascrizione”), si osserva che le sentenze richiamate invece da parte reclamante non si riferiscono al deposito tardivo della nota, ma alla assenza della stessa, fattispecie del tutto diversa.

6. Parte reclamante asserisce poi che il contratto di mutuo dovrebbe essere dichiarato nullo per violazione della legge 287/90 (c.d. antitrust), in quanto l’applicazione dell’indice Euribor, tasso di riferimento richiamato nell’atto ai fini della determinazione del saggio di interessi applicabile alla parte mutuataria, contrasterebbe espressamente con le norme della predetta legge, la quale vieta le intese tra imprese (anche bancarie) che abbiano per oggetto o per l’effetto di impedire, restringere o falsare in maniera consistente il gioco della concorrenza all’interno del mercato nazionale.

L’eccezione di invalidità innanzitutto pecca di genericità non essendo chiarito a quale dei due mutui si riferisca (o se ad entrambe), e con riguardo alla stessa non si concorda con il precedente (isolato) citato dalla reclamante (C.A. Cagliari 8 settembre 2022 n.260), piuttosto dovendosi aderire al prevalente orientamento (fra le molte C.A. Milano 21 settembre 2021 n. 2909) secondo cui “la pratica anticoncorrenziale ha inciso non sull’adozione di clausole standard nei contratti di finanziamento, passibili di nullità in quanto direttamente frutto di pratiche contrarie alla normativa antitrust, bensì sulla determinazione dell’entità del corrispettivo dovuto sul finanziamento concesso. Lo strumento di tutela per il danneggiato, che allegghi e provi il pregiudizio per avere versato un sovrapprezzo rispetto a quello che avrebbe versato in assenza di manipolazione del parametro incidente sulla determinazione del prezzo, è quello risarcitorio. Si è trattato della violazione di una regola di condotta che trova sanzione nel risarcimento del danno corrispondente al corrispettivo versato in eccesso, quale conseguenza dell’intesa illecita”; si deve inoltre evidenziare che la natura anticoncorrenziale della clausola contenente il tasso Euribor deve essere specificatamente provata, dal momento che “La parte che lamenti l’illecito antitrust deve dare specifica prova dell’intesa manipolativa del tasso Euribor in suo danno secondo le regole ordinarie dell’onere della prova [...]. In particolare, dovrà dimostrare l’influenza determinante del comportamento del sistema bancario sull’entità del tasso, tenendo di conto che il tasso Euribor costituisce un indice medio, calcolato su dati che si assumono oggettivi, che possono entrare a far parte del contratto individuale anche per relationem (senza che vi sia violazione dell’art. 117 TUB)” (C.A. Ancona, n. 1060, 9.8.2022).

7. Quanto, infine, al regime di rimborso (cd. ammortamento alla francese) va ribadita l’inesistenza di illegittimità intrinseca del piano di ammortamento alla francese.

Con il termine di “piano di ammortamento alla francese” (ovvero “a rata costante”) si intende unicamente il piano che preveda rate di rimborso costanti nel tempo; tale espressione (e metodologia) che si attaglia astrattamente solo alle ipotesi di mutui a tasso fisso, viene tuttavia estesa anche ai mutui a tasso variabile, con la particolarità che il piano di ammortamento è simulatamente calcolato sulla base del tasso vigente alla data di stipulazione (come se dovesse rimanere costante), e ciò consente di individuare, in ciascuna rata, la quota di capitale in restituzione (tanto che a volte il piano di ammortamento in tali casi riguarda il solo capitale), potendosi poi conteggiare per ciascuna rata la quota di interessi, in base al tasso variabile, sul capitale via via residuo al netto delle restituzioni di capitale effettuato con le rate precedenti (ne conseguiranno rate non costanti nella loro entità).

Il metodo dell’ammortamento c.d. alla francese non comporta alcuna forma di capitalizzazione degli interessi, atteso che gli interessi corrispettivi conglobati in ciascun rata sono calcolati esclusivamente sul capitale maturato nel periodo di riferi-

mento della rata medesima (ragion per cui deve escludersi ogni profilo di illegittimità per violazione dell'art. 1283 cod. civ.).

La formula matematica in questo caso “utilizza la legge di sconto composto”, ma unicamente al fine di individuare la quota capitale da restituire in ciascuna delle rate prestabilite (criterio che in alcun modo si pone in danno del mutuuario, essendo assicurato e agevolmente verificabile - che la somma di tali quote sia pari all'importo mutuato), mentre non va ad incidere sul separato conteggio degli interessi, che nel piano di ammortamento alla francese risponde alle regole dell'interesse semplice.

Dunque, la scelta di un determinato metodo di ammortamento non incide sul tasso d'interesse convenuto, atteso che trattasi unicamente della modalità con cui le determinazioni contrattuali delle parti (in punto di durata, periodicità della rata e tasso d'interesse) sono concretamente tradotte in una rata da corrispondersi; ragion per cui deve escludersi anche ogni profilo di illegittimità per violazione dell'art. 1346 cod. civ. ( cfr. Tribunale di Napoli 15/3/2023, tra le più recenti).

8. La puntuale disamina di tutte le eccezioni e la loro ritenuta non fondatezza rende superfluo l'esame dell'ulteriore censura rispetto alla possibile usurarietà del tasso di interesse - stante l'incertezza sullo stesso che ha portato il G.I. ad ammettere consulenza tecnica nel giudizio di merito - dovendosi ribadire la conclusione (fatta propria dal G.E. nell'Ordinanza impugnata ma anche dal Tribunale di Genova in altra occasione, cfr. Ord. 17 marzo 2022), per la quale l'eventuale fondatezza dei motivi di nullità, implicando unicamente una riduzione del quantum e non un radicale venir meno dell'intera pretesa, risulta irrilevante rispetto alla prosecuzione o meno della esecuzione, che potrà proseguire in ragione del credito per la restituzione del capitale.

Tale orientamento va ribadito e non sembra cogliere nel segno la reclamante quando afferma che la nullità travolgerebbe il titolo facendo venire meno la legittimità della esecuzione: con l'atto di precetto si ha una richiesta di pagamento che permane con riguardo alla restituzione della parte di capitale mutuato ancora dovuto, e rispetto a tale parte del credito il mutuo costituisce titolo in quanto fornisce la prova che il capitale è stato erogato e di esso può essere chiesta la restituzione. Il tutto si riconduce poi al consolidato orientamento (a partire da Cass. 27032 del 19 dicembre 2014 che ha confermato Cass. n. 5515/2008 e Cass. n. 2938/1992), secondo cui il precetto che intimi il pagamento di una somma superiore a quella effettivamente dovuta non è sanzionabile con la nullità totale dell'atto, bensì con la nullità (o inefficacia) parziale per la somma eccedente e la parziale fondatezza dell'opposizione al titolo implica la sospensione parziale ma non il venir meno della esecuzione.

9. Il rigetto del presente reclamo impone la condanna della reclamante alle spese del presente giudizio, non apparendo sussistenti allo stato ragioni di condanna ai sensi dell'art. 96 c.p.c. come invocate da parte convenuta. Le spese di giudizio sono liquidate nella misura media con riguardo al valore dichiarato dalla reclamante, con riferimento ai giudizi cautelari, esclusa la fase istruttoria

#### P.Q.M.

Rigetta il reclamo proposto da R.

Condanna la reclamante a rifondere alla resistente S S.p.A. le spese del presente grado di reclamo che liquida in euro

5.224,00 per compenso oltre spese forfettarie, IVA se indebitabile e CPA come per legge.

(...Omissis...)

Tribunale di Savona, 20 maggio 2024 - Pres. Princiotta - Rel. Passalalpi.

**INTERDIZIONE, inabilitazione e amministrazione di sostegno - presupposti - limiti - tutore - ruolo - eccezionalità - patologia - mancanza di esprimere una propria determinazione - necessità.**

(Artt. 371, 404, 414 c.c.)

*Quello del tutore è un ruolo eccezionale perché a nessun altro soggetto, nel nostro ordinamento, è consentito di sostituirsi ad un altro individuo con modalità così invasive. Tutto ciò può avvenire in quanto il tutore trae la sua legittimazione da una pronuncia giurisdizionale collegiale, assunta in presenza di una difesa tecnica, che acclara che il processo patologico (infermità), stabile (abituale), che interessa una data persona, ne inficia la sfera cognitiva e/o volitiva al punto che, anche ove il medesimo riesca ad esprimere una sua determinazione, questa debba ritenersi viziata a causa della patologia che lo affligge.*

(In senso conforme: Cass., n. 13584/2006 e Cass., 22332/2011; Corte cost., n. 440/2005)

*A fronte di un quadro clinico che indica un'infermità mentale abituale tale da rendere la persona incapace di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, l'interdizione è l'unico strumento in grado di assicurare una protezione opportuna in termini di assistenza, cura della persona e gestione patrimoniale. In tale ipotesi non risultano, invece, adeguate l'amministrazione di sostegno o l'inabilitazione, soprattutto con riferimento alla gestione della sfera personale, in quanto un amministratore o un curatore, a differenza del tutore, non potrebbero sostituirsi all'incapace né nelle scelte terapeutiche, né nella gestione di ogni atto di natura patrimoniale; il tutore può, al contrario, assumere decisioni nella cura della persona anche contro la volontà dell'interessato (nel caso di specie l'interdicenda presentava una compromissione funzionale con disabilità grave tale da non essere in grado di provvedere autonomamente alla gestione della propria quotidianità, né di esprimere consenso informato).*

M.V.

(...Omissis...)

#### Svolgimento del processo.

Con atto depositato in data 26.2.2024, gli odierni ricorrenti hanno chiesto al Tribunale di pronunciare l'interdizione della congiunta O.

A tal fine hanno esposto che “a seguito di un aneurisma sacciforme con esiti cognitivi e neurologici (lieve emiparesi sinistra), la Signora O., dal 14 Ottobre al 3 di Novembre (...), è stata ricoverata presso l'Ospedale Santa Corona di Pietra Ligure e, alle dimissioni ospedaliere, su consiglio dei sanitari, veniva inserita in una RSA”.

Per i ricorrenti, la congiunta ad oggi “è vigile ma ha difficoltà a mantenere la concentrazione ed è rallentata sul piano ideomotorio, è totalmente disorientata nel tempo e nello spazio, allettata e portatrice di catetere vescicale, totalmente dipendente negli atti della vita quotidiana”.

La stessa, per questo, è stata dichiarata dalla competente Commissione medica invalida ultrasessantacinquenne con necessità di assistenza continua e portatrice di handicap in situazione di

gravità, con riconoscimento dell'indennità di accompagnamento. Ricorso e decreto di fissazione dell'udienza sono stati notificati all'interdicenda ed alle persone indicate dall'art. 712, II cm. c.c. nonché comunicate alla Procura della Repubblica.

L'interdicenda non si è costituita in giudizio e ne viene, pertanto, dichiarata la contumacia con la presente sentenza.

Si sono, invece, costituiti i congiunti (...) i quali:

hanno precisato che l'interdicenda ad oggi non ha più il catetere vescicale e si alimenta autonomamente;

hanno negato la sussistenza dei presupposti per disporre l'interdizione, in quanto la sig.ra O. vive protetta in una RSA; non ha un patrimonio complesso da gestire, essendo titolare di un libretto postale di circa €. 7.000,00 e proprietaria della casa in cui ha abitato fino a 6 mesi fa. E null'altro; ha una rete familiare (tre figli e cinque nipoti residenti a Savona) a lei vicini, anche fisicamente; uno di questi ha delega per le operazioni sul libretto postale; dispone di due pensioni, una di vecchiaia e una di invalidità, per complessivi €. 1.270,96 netti mensili, per totali netti annui €. 16.427,72, contro un esborso mensile di RSA di €. 45,50 giornalieri, per complessivi €. 16.607,50 annui e così per una differenza annua fra avere e dare di - €. 179,78;

hanno dedotto che, a tutto voler concedere, nella specie, possono ritenersi esistenti soltanto i presupposti dell'amministrazione di sostegno;

hanno chiesto che, qualora dovesse aprirsi un'amministrazione di sostegno, AdS sia nominata la figlia dell'interessata nonché tutrice della sorella.

Proceduto all'esame della Sig.ra O. ed acquisita documentazione medica, la causa è stata rimessa al Collegio per la decisione.

#### Motivi della decisione.

Nel merito, il Collegio osserva che O. ha 84 anni ed il di lei esame personale dimostra che la stessa è in grado di declinare le proprie generalità (nome, cognome e data di nascita), ma non è in grado di indicare la propria età né la propria residenza. Ella non ha saputo riferire l'anno in corso né dove si trovasse né cosa avesse fatto il giorno prima. Ha negato di essersi mai sposata, pur essendosi coniugata addirittura due volte. Non è riuscita a riferire il nome di tutti i propri figli né a fornire indicazioni sulla propria pensione né sul proprio stato di salute né sui farmaci in uso.

In definitiva, gli esiti dell'esame hanno confermato che la malattia che affligge O. è di tale gravità da impedirle di rispondere in modo adeguato alle domande più elementari a lei rivolte e corroborano le conclusioni raggiunte dal perito di parte attrice, Dott. Giuseppe Servetto il quale si è espresso dopo aver attentamente valutato la documentazione medica in atti.

Il Dott. Servetto ha rilevato che *"lo stato di coscienza è apparso vigile, ma caratterizzato da facile distraibilità con difficoltà a mantenere la concentrazione, appare rallentata sul piano ideomotorio. È in grado di riferire correttamente i propri dati anagrafici e l'età, ma fornisce l'indirizzo di residenza errato. È totalmente disorientata nel tempo e nello spazio. Non sa dire dove si trovi, né da quanto tempo... Non è in grado di fornire notizie anamnestiche, né tanto meno la sua storia personale in modo completo ed esauriente, in quanto sono conservati solo pochi ricordi mnemonici. Non sa riferire precedenti di pertinenza medica o chirurgica, se non un intervento chirurgico al seno, che non sa però collocare nel tempo... Ricorda di aver avuto due figli maschi, M e M, dei quali non ricorda la data di nascita. Afferma (erroneamente) che M ha 40 anni e M 38. Non sa riferire quando si è sposata. Divorziata da molti anni, è convinta di vivere tuttora con il marito, del quale non ricorda i dati anagrafici ed afferma*

*(erroneamente) che avrebbe 85 anni. In realtà di è sposata due volte e ha avuto cinque figli, due maschi e tre femmine. Non ricorda il livello di scolarità conseguito. Riferisce, correttamente, di avere gestito una attività commerciale, ma è convinta di avere svolto l'attività lavorativa fino a circa un mese fa, quando in realtà è in pensione da molti anni. L'eloquio spontaneo è assente, quello evocato è povero e ripetitivo, talvolta farfugliante. L'espressione e la comprensione appaiono sufficientemente conservate, seppur solo per contenuti semplici ed elementari... Le funzioni mnemoniche risultano fortemente deficitarie... Nel corso del colloquio si rilevano diversi contenuti di pensiero di tipo confabulatorio. Il pensiero astratto è totalmente compromesso. Si rileva una mancanza di insight rispetto alla propria condizione di malattia e di grave disabilità"*.

Il perito di parte ha accertato e concluso che l'esame clinico dell'interdicenda ha evidenziato una grave compromissione cognitiva, con deficit a carico di tutte le funzioni superiori; *"le funzioni mnemoniche sono compromesse, con deficit a carico della memoria recente, della memoria remota, di quella autobiografica e della memoria di lavoro. È totalmente disorientata nel tempo e nello spazio, È solo conservato l'orientamento personale. L'eloquio è conservato ma caratterizzato da contenuti semplici ed elementari. L'espressione è spesso poco comprensibile e farfugliante. Si rileva la presenza di confabulazioni. Sul piano neurologico si rilevano esiti di emiparesi sinistra e disagia lieve. Si rileva una compromissione funzionale con disabilità grave che richiede una assistenza nelle 24 ore. Alla valutazione funzionale: ADL (Autonomie negli atti della vita quotidiana): 0/6 - nessuna funzione conservata; IADL (Autonomia negli atti strumentali della vita quotidiana): 0/8 - nessuna funzione conservata. Indice Barthel: 10/100 (disabilità grave). Il quadro clinico depone per un disturbo neurocognitivo vascolare maggiore che causa una infermità mentale abituale. Non è in grado di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione senza l'assistenza di terza persona. È totalmente incapace di provvedere ai propri interessi. Non è in grado di determinarsi in merito al luogo in cui vivere e alle modalità di gestione del quotidiano. Non è in grado di esprimere compiutamente un consenso informato ai trattamenti sanitari non avendo alcuna consapevolezza delle proprie condizioni di salute. La capacità di intendere e di volere è grandemente scemata"*.

Il Collegio ribadisce che, pur trattandosi di una perizia di parte, i rilievi e le conclusioni in essa contenuti appaiono perfettamente coerenti rispetto al materiale probatorio in atti e rispetto agli stessi esiti dell'esame dell'interdicenda.

Anche la documentazione medica citata dalla difesa (...), non smentisce le conclusioni della predetta perizia di parte, ma al contrario le conferma ed avvalorava laddove fa menzione del certificato reso in data 17.4.2024 dallo specialista in neurologia, Dott. Emanuele Arena.

Ed invero in detto certificato si legge, fra l'altro, a proposito dell'interdicenda: *"paziente vigile, disorientata nel tempo e nello spazio, sufficientemente collaborante, malgrado discreto rallentamento psicomotorio"* e poi ancora *"assai ridotta l'autonomia nelle attività quotidiane (ADL=1/6, IADL=1/8)"; "declino cognitivo di grado moderato"; "residua limitata facoltà cognitiva con solo parziale capacità di intendere e di volere"*.

L'univocità del materiale probatorio in atti ha reso superfluo licenziare consulenza tecnica sullo stato dell'interdicenda.

Tanto chiarito, occorre valutare, ora, quale strumento risulti più opportuno a garantire un'adeguata protezione all'interdicenda in termini di assistenza, cura della persona e gestione patrimoniale.

Sul punto occorre richiamare i principi di diritto posti dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale e di Cassazione.

La Corte di Cassazione (cfr. tra le altre, Cass. Civ., n. 13584/06 e Cass. Civ., n. 22332/2011) e la Corte Costituzionale (sentenza n. 440/2005), hanno premesso l'assoluta necessità di "perimetrare" i tre istituti di protezione previsti al titolo XII del libro I del codice Civile: amministrazione di sostegno, inabilitazione, interdizione.

Non può omettersi una demarcazione tra le diverse figure al fine di evitare una confusione tra gli ambiti di operatività dei singoli strumenti laddove lo stesso Giudice Costituzionale (sentenza citata), ha ribadito che l'individuazione dello strumento della tutela in favore dell'inabile non possa essere lasciato, in assenza di chiari confini fra le diverse fattispecie, alla discrezionalità dell'organo giurisdizionale, in una materia potenzialmente lesiva della sfera di libertà e autodeterminazione dei singoli; ne sarebbero altrimenti compromessi i valori costituzionali fissati agli artt. 2, 3 e 4 della Costituzione nonché violate ulteriori garanzie del pieno dispiegarsi della personalità.

Affrontando la questione dei poteri sulla persona è doveroso richiamare i caratteri che identificano la figura del tutore al fine di delineare le diversità dalla figura dell'amministratore di sostegno e del curatore.

Il tutore (art. 357 c.c.) ha non solo la mera rappresentanza del tutelato (patrimoniale, di amministrazione), ma soprattutto ha l'obbligo di curarsi della cura della persona sul presupposto della totale incapacità di quest'ultima.

Quello del tutore è un ruolo eccezionale perché a nessun altro soggetto, nel nostro ordinamento, è consentito di sostituirsi ad un altro individuo con modalità così invasive. Tutto ciò può avvenire in quanto il tutore trae la sua legittimazione da una pronuncia giurisdizionale collegiale, assunta in presenza di una difesa tecnica, che acclara che il processo patologico (infermità), stabile (abituale), che interessa una data persona, ne inficia la sfera cognitiva e/o volitiva al punto che, anche ove il medesimo riesca ad esprimere una sua determinazione, questa debba ritenersi viziata a causa della patologia che lo affligge.

Da questa premessa discende che il tutore ha il dovere di prendersi cura del tutelato, di reperire un'adeguata collocazione (art. 371 c.c.) e di individuare modalità di assistenza (c.d. progetto personalizzato) coinvolgendo il tutelato ma anche contro la volontà del soggetto (volontà che per quanto sopra detto deve ritenersi viziata).

È per questi motivi che il primo atto della tutela consiste nell'acquisire un progetto personalizzato dal quale ricavare le necessità di cura e indicazioni per la collocazione del tutelato (che non è in grado di fornirle). La gestione patrimoniale acquista un rilievo strumentale rispetto alla cura della persona; il tutore deve operare nell'ambito di un quadro autorizzato e controllato dal Giudice Tutelare (si pensi alla scelta fra permanenza al domicilio o collocazione in struttura).

Il tutore non può non preoccuparsi di un soggetto dichiarato incapace di gestire i propri interessi perché ne ha, *ex lege*, la responsabilità finanche di natura penale (art. 591 c.p. abbandono di persona incapace).

L'interdizione patisce di molti *handicap* storici ed etimologici, ma sancisce una relazione particolare fra tutore (rappresentante) e tutelato (analogamente al genitore nei confronti del figlio minore), cioè di rendere giuridicamente rilevante il dovere di preoccuparsi di un altro soggetto (non soltanto con una generica e indefinibile "presa in carico").

Tutto ciò comporta l'individuazione di un potere/dovere del tutore in ordine alla collocazione del tutelato, disciplinata espressamente dagli artt. 371 c.c. e negli artt. 357 c.c. 44 disp. att. c.c., e costituisce il fondamento del potere dell'intervento sostitutivo del tutore nei confronti del rappresentato sino ad arrivare alla

c.d. collocazione senza il consenso del tutelato (es. residenzialità protratta).

La tutela, quindi, è l'unico strumento che legittimi una collocazione protratta, anche contro la volontà dell'interessato e che legittimi una sostituzione al paziente nel consenso a terapie e trattamenti sanitari e chirurgici (art. 37 Codice Medico Deontologico 16.12.2006 ma nello stesso senso anche il precedente) ovvero nella scelta di modalità assistenziali. In ciò consiste il *quid iuris* di protezione che l'interdizione può assicurare, ai sensi dell'art 414 c.c., in presenza di una condizione di abituale infermità cui necessita una rappresentanza integrale nella gestione di tutti propri interessi.

Nella specie, come accertato dalla documentazione medica versata in atti O. non è in grado di provvedere autonomamente alla gestione della propria quotidianità; non è capace di garantirsi un'assistenza adeguata, individuare una collocazione adeguata né di rilasciare un consenso informato; non ha neppure consapevolezza del proprio stato di salute e dei farmaci da assumere; un amministratore o un curatore non potrebbe sostituirsi a O. nelle scelte terapeutiche ma neppure nella gestione di ogni atto di natura patrimoniale come, invece, nella specie, necessita.

Ritiene, pertanto, il Collegio come proprio in applicazione dei criteri posti dalla Suprema Corte e di valutazioni in ordine alla conformità della misura alle suindicate esigenze debba concludersi che, nella specie, tenendo conto del criterio c.d. finalistico, l'interdizione sia l'unico strumento che assicuri un'adeguata protezione alla convenuta in termini di assistenza, cura della persona e gestione patrimoniale, risultando lo strumento della amministrazione di sostegno a tali fini, strutturalmente inadeguato soprattutto con riferimento alla gestione della sfera personale.

Non a caso la ricorrente Denise Signori, sentita all'udienza del 23.4.2024, ha spiegato: "*abbiamo anche vagliato l'opportunità di un'eventuale nomina di AdS ma la questione è che io vorrei che fosse individuata una figura che sia legittimata a prendere decisioni sotto il profilo sanitario quando e se dovesse verificarsi la necessità*".

I miglioramenti che l'interdicenda avrebbe riportato secondo le prospettazioni della resistente (sorella) non paiono tali da giustificare una diversa misura di protezione, perché resta il fatto che O. non è in grado di provvedere autonomamente alla gestione della propria quotidianità; non è capace di garantirsi un'assistenza adeguata, individuare una collocazione adeguata né di rilasciare un consenso informato.

Va quindi pronunciata, in presenza delle condizioni di cui all'art. 414 c.c., l'interdizione di O. non apparendo adeguata nessun'altra misura, tanto meno l'amministrazione di sostegno.

Per quanto riguarda la nomina del tutore e pro-tutore, ferme restando le competenze del Giudice Tutelare, pare opportuno nominare fin d'ora una persona estranea alla famiglia e non riconducibile ad alcuno dei congiunti, onde evitare che le tensioni presenti all'interno dell'ambito familiare finiscano per pregiudicare il soggetto tutelato.

Va allora nominato quale tutore l'Avv. Pastorino Clizia e quale pro tutore l'Avv. Incorvaia Gio Lucas.

Le spese processuali anticipate, in considerazione della natura della causa, vanno integralmente compensate.

#### P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente decidendo nella causa n. 428/2024, così provvede:

(...*Omissis*...)

Pronuncia l'interdizione di O.

(...*Omissis*...)

# Massimario

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., 11 ottobre 2023, n. 85 - Pres. Atzeni - Rel. Davini.

**ADOZIONE - adozione di maggiorenne - "convenienza" per l'adottando - istruttoria - assenza di vincoli o formalità.**

(Art. 312 c.c.)

**ADOZIONE - adozione di maggiorenne - cittadino straniero - permesso di soggiorno per protezione speciale - motivi ostativi all'adozione - precedenti penali risalenti e di minima gravità - irrilevanza.**

(Art. 312 c.c.)

*Nell'adozione di persona maggiore d'età il giudizio di "convenienza" previsto dall'art. 312 c.c. implica una valutazione di merito diretta ad accertare se l'adozione risulti moralmente vantaggiosa ed economicamente non pregiudizievole per l'adottando. Le informazioni necessarie per decidere sull'adozione possono essere assunte, senza vincoli o formalità, mediante organi di pubblica sicurezza, servizi locali, o autorità comunali, udite tutte le persone che potrebbero essere a conoscenza della situazione di fatto dell'adottante, dell'adottando e della loro famiglia.*

(Conf. Cass., 3462/2022)

*Non appare strumentale ad aggirare le norme in materia di cittadinanza e immigrazione la domanda di adozione di un maggiorenne straniero con precedenti penali di minima gravità e risalenti nel tempo, titolare di permesso di soggiorno per protezione speciale, che presti regolare attività lavorativa sul territorio italiano e, mediante l'adozione, possa ricevere dall'adottante sostegno affettivo ed economico e un'adeguata sistemazione lavorativa.*

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. III civ., decr. 24 marzo 2023 - Pres. Atzeni - Rel. Cannata.

**AMMINISTRAZIONE DI SOSTEGNO - presupposti - menomazione fisica - irrilevanza - incapacità di autodeterminazione - necessità - consenso dell'interessato - rilevanza.**

(Art. 404 c.c.)

*L'amministrazione di sostegno, sebbene non esiga che la persona versi in uno stato di vera e propria incapacità di intendere e di volere, nondimeno presuppone una condizione attuale di menomata capacità che la ponga nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi. E' escluso il ricorso all'istituto nei confronti di chi, sia pure in condizioni di menomazione fisica, si trovi nella piena capacità di autodeterminarsi, in quanto ciò implicherebbe un'ingiustificata limitazione della capacità di agire della persona.*

(Conf. Cass., 29981/2020)

*A differenza di quanto avviene con riguardo ai risalenti istituti dell'interdizione e dell'inabilitazione, che si caratterizzano per essere del tutto indipendenti dal gradimento o meno dei soggetti nei cui confronti si intende agire, l'amministrazione di sostegno non può pacificamente trovare applicazione in tutte quelle situazioni in cui il beneficiario si*

*oppone alla realizzazione di tale intervento di aiuto, e non può strumentalmente essere utilizzata per realizzare "avvicinamenti" che solo il miglioramento dei rapporti personali può consentire.*

A.BEE.

Tribunale di Imperia, 29 gennaio 2024, n. 61.

**COMUNIONE e condominio - natura condominiale del bene - criteri di individuazione - superamento della presunzione - limiti.**

*La presunzione di condominialità di un bene è legata all'attitudine funzionale al servizio o al godimento collettivo, e cioè sia collegato, strumentalmente, materialmente o funzionalmente con le unità immobiliari di proprietà esclusiva dei singoli condomini, in rapporto con queste da accessorio a principale.*

*Tale presunzione può essere vinta qualora vi siano elementi inequivocabilmente idonei al superamento della presunzione (nel caso di specie, il Tribunale di Imperia ha confermato la condominialità di un cortile in quanto non ha ritenuto idoneo al superamento della presunzione il contratto con cui il convenuto ha acquisito la proprietà, poiché nel contratto non veniva menzionato in alcun modo il cortile oggetto della controversia).*

*Al fine di stabilire se sussista un titolo contrario alla presunzione di condominialità di un bene ex art. 1117 c.c., occorre fare riferimento all'atto costitutivo del condominio e, quindi, al primo atto di trasferimento di un'unità immobiliare dell'originario proprietario ad altro soggetto.*

A.D.S.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., ord. 19 gennaio 2023 - Pres. Braccialini - Rel. Balba.

**ESECUZIONE FORZATA in genere - operazioni di vendita - ricorso al giudice dell'esecuzione - funzione - controllo sugli atti della procedura - nuovo accertamento del diritto - inammissibilità.**

(Art. 591-ter c.p.c.)

**ESECUZIONE FORZATA in genere - esecuzione immobiliare - diritto di abitazione - avviso di vendita - omessa menzione - rettifica.**

(Art. 591-ter c.p.c.)

*È ammissibile il ricorso al sub-procedimento previsto dall'art. 591-ter c.p.c. quando con esso non venga chiesto un nuovo accertamento del diritto vantato ma si lamenti l'omessa indicazione del diritto stesso nell'avviso di vendita.*

*Va rettificato l'avviso nel quale sia indicato che oggetto della vendita è la piena proprietà di un immobile omettendo di specificare che sul bene grava il diritto di abitazione dell'esecutato, costituito per atto pubblico e trascritto anteriormente all'inizio dell'esecuzione, ove non sia intervenuto un accertamento giurisdizionale con efficacia di giudicato dichiarativo dell'assorbimento del diritto "minore" in quello "maggiore".*

A.BEE.

Tribunale di Genova, sez. VII civ., 25 maggio 2023, n. 2234 - Pres. Braccialini - Est. Balba.

**ESECUZIONE forzata - pignoramento diretto - ordinanza di assegnazione - equiparazione - sussistenza - opposizione esecuzione art. 615 cpc successiva ordinanza di assegnazione - inammissibilità.**

*Una volta che il procedimento di espropriazione presso terzi si sia concluso con ordinanza ex art. 553 c.p.c., non è più ammissibile l'opposizione alla esecuzione. Il debitore potrà instaurare un ordinario giudizio di cognizione per accertare che il terzo pignorato non è più tenuto ad effettuare pagamento al creditore assegnatario del credito e se del caso ottenere la restituzione delle somme già incassate.*

C.BRU.

Tribunale di Savona, 21 marzo 2024 - Giudice Unico Princiotta.

**ESECUZIONE forzata - contratto di appalto - decreto ingiuntivo - opposizione - Condanna al pagamento delle spese - onere della prova - principio generale.**

**APPALTO - direttore dei lavori - rappresentanza tecnica del committente - limiti.**

*La fattura, seppure suscettibile di dare conto dell'esistenza del credito dedotto, fonda titolo idoneo per l'emissione di un decreto ingiuntivo in favore di chi l'ha emessa ma, nell'eventuale giudizio di opposizione, stante l'applicazione del principio generale in materia di onere della prova, la stessa non costituisce prova sufficiente dell'esistenza del credito che dovrà, quindi, essere dimostrato con gli ordinari mezzi di prova. In difetto di siffatta dimostrazione del credito, l'opposizione andrà accolta.*

(In senso conforme: Cass., ord. n. 19944/2023).

*Il direttore dei lavori agisce in rappresentanza del committente limitatamente alla materia strettamente tecnica; ne consegue che le sue dichiarazioni siano vincolanti per il committente medesimo solo ove contenute in detto ambito tecnico.*

(In senso conforme: Cass., n. 7242/2001).

F.BARD.

Tribunale di Genova, sez. VII civ. esecuzioni mobiliari, 22 aprile 2024 - Giudice Tabacchi.

**ESECUZIONE forzata in genere - esecuzione mobiliare - opposizione - conto corrente dedicato - notaio - pubblico ufficiale - impignorabilità - insequestrabilità - sospensione della misura cautelare - sospensione dell'attuazione del sequestro.**

(Art. 615 comma 2 c.p.c.; art. 1 comma 63 e ss. L. 47/2013 e ss.mm.ii.)

*Il conto corrente dedicato del notaio o di altro pubblico ufficiale, di cui all'art. 1 comma 63 ss. della L. 47/2013 come modificato con L. 124/2017, è destinato a ospitare non solo le somme di cui al comma 63 (delle quali è sancita l'impignorabilità), ma anche, a seguito della riforma, le somme di cui al comma 66-bis (delle quali, al contrario, è ammessa la pignorabilità). Talché occorrerà, di volta in volta, verificare la natura delle somme ovvero se queste ultime siano state versate nei termini e nei limiti del comma 63, per decretarne l'impignorabilità. (Nel caso di specie si è ravvisata l'impignorabilità e, di conseguenza, la non sequestrabilità delle*

*somme versate sul conto corrente dedicato del notaio, in ragione del fatto che esse attengono all'incarico conferitogli in forza di due atti pubblici di compravendita; ipotesi che rientra pienamente nella disposizione di cui all'art. 1, comma 63, lett. c). Per tali motivi il Tribunale ha sospeso l'attuazione del sequestro sulle somme presenti sul conto corrente dedicato del notaio e ha compensato le spese, in ragione della novità della questione).*

M.V.

Tribunale di Genova, sez. IV civ., 4 dicembre 2023, n. 3028, Pres. e Rel. Ardoino.

**FAMIGLIA - affidamento c.d. "super-esclusivo" del figlio - presupposti - limiti.**

(Art. 337 quarter c.c.)

**FAMIGLIA - affidamento c.d. "super-esclusivo" del figlio - assegno di mantenimento - obbligo anche per il genitore non affidatario - sussiste - mutamento peggiorativo della situazione economica del genitore per ampliamento del nuovo - modifica dell'assegno - esclusione.**

(Artt. 337 quater e 315 bis, c.1, c.c.)

*L'affidamento c.d. "super-esclusivo" del figlio minore ad un solo genitore può essere disposto laddove l'affidamento all'altro genitore sia contrario all'interesse del figlio minore. La contrarietà all'interesse del figlio minore si configura in tutte le ipotesi in cui il genitore assume comportamenti pregiudizievoli per la cura e l'educazione del figlio oppure laddove, per ragioni oggettive o soggettive, presenta carenze o incapacità ad occuparsene, abdicando di fatto la propria responsabilità genitoriale. Costituiscono comportamenti pregiudizievoli, ai sensi dell'art. 337 quater c.c., la condanna del coniuge per i reati di cui agli artt. 572 e 61 n. 11 quinquies e 582, 585 (in riferimento agli artt. 576 c. 1 n. 5 e 577 u. c. c.p.) e 61 n. 11 quinquies c.p. commessi in danno dell'altro coniuge nonché il mancato adempimento dell'obbligo di versare periodicamente l'assegno di mantenimento in favore del figlio minore.*

*L'affidamento c.d. "super-esclusivo" non fa venir meno l'obbligo del genitore non affidatario di contribuire al mantenimento del figlio esclusivamente affidato all'altro genitore. In tal caso, la somma disposta in sede di separazione, a titolo di contributo di mantenimento del figlio minore, deve essere confermata anche qualora la situazione economica del genitore non affidatario risulti effettivamente mutata, in senso peggiorativo, per la scelta di ampliare il proprio nucleo familiare; tale scelta non deve incidere negativamente o limitare i diritti del figlio minore. (Nel caso di specie, il Tribunale ha confermato la somma disposta, a titolo di contributo di mantenimento del figlio minore, in sede di separazione, tenuto conto della causazione volontaria del mutamento della situazione di fatto del coniuge non affidatario, dell'età del figlio e dell'assenza di frequentazioni genitore-figlio).*

C.CCV.

Tribunale per i Minorenni di Genova, decr. 21 luglio 2023 - Giudice Verrina.

**MINORE - allontanamento dalla famiglia - casi di urgenza - provvedimento della pubblica autorità - collocazione temporanea presso altra famiglia - presupposti.**

(Art. 403 c.c.)

*È legittimo il provvedimento di allontanamento del minore dall'ambiente familiare disposto in via di urgenza dall'autorità di*

*PS ove sia stata accertata una situazione di evidente pregiudizio legata alla convivenza del minore con la madre e alla frequentazione del compagno di lei.*

*L'indisponibilità di posti in strutture educative consente all'autorità che ha provveduto all'allontanamento di collocare provvisoriamente il minore presso il nucleo familiare di un amico dello stesso, valutatane l'idoneità.*

A.BEE.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 17 ottobre 2023 - Pres. Bruno - Rel. Pelosi.

**RESPONSABILITÀ civile - appalto - danni nei confronti di terzi - manleva a favore del committente - inopponibilità al danneggiato della clausola di riparto di responsabilità tra committente e appaltatore.**

(Artt. 1372 e 2043 c.c.)

**APPALTO - assicurazione della responsabilità civile - fatti accidentali - condotta colposa - copertura assicurativa - operatività.**

(Art. 1917 c.c.)

*Ancorché in materia di appalto operi il principio in forza del quale l'esclusiva e totale responsabilità per i danni che possano derivare a terzi grava in capo all'appaltatore, qualora nel successivo accordo stipulato tra il danneggiato e le parti del contratto di appalto sia inserita una clausola secondo cui committente e appaltatore "si impegnano ciascuno per le proprie responsabilità e competenze", tale clausola non può che operare nei rapporti interni tra le parti del contratto di appalto ed è, pertanto, irrilevante nei confronti del danneggiato che non ne sia stato messo a conoscenza. (In senso conforme Cass., n. 21427/2007).*

*I danni causati accidentalmente costituiscono un'ipotesi di condotta colposa e, di conseguenza, sono coperti dall'assicurazione. Invero, i fatti colposi dell'assicurato costituiscono l'oggetto del contratto e sono, quindi, sempre compresi nella copertura della polizza, a differenza dei fatti dolosi, che ne sono, invece, esclusi. Ne consegue che la prevedibilità del danno non è argomento per escludere l'operatività della polizza, che opera anche nel caso di colpa cosciente.*

(In senso conforme: Cass., n. 23762/2022; Cass., n. 20305/2019; Cass., n. 20070/2017; Cass., n. 4799/2013; Cass., n. 7766/2010; Cass., n. 5273/2008; Cass., n. 752/2000; Cass., n. 4118/1995; Cass., n. 2863/1990; Cass., n. 4860/1988; Cass., n. 6071/1983; Cass., n.

6265/1980; Cass., n. 5679/1979; Cass., n. 4270/1976; Cass., n. 3646/1972).

M.V.

Tribunale di Genova, sez. V civ., 29 agosto 2023, n. 2047 - Pres. Tuttobene - Rel. Lippi.

**SOCIETÀ - società di capitali - amministratori - inadempimento della prestazione - responsabilità risarcitoria - presupposti - esclusione nel caso di specie.**

(Artt. 2395 e 2476 c.c.)

*L'inadempimento contrattuale di una società di capitali non implica automaticamente la responsabilità risarcitoria degli amministratori nei confronti dell'altro contraente ai sensi degli artt. 2476, comma 7, e 2395 c.c., atteso che tale responsabilità, di natura extracontrattuale, richiede la prova della condotta dolosa o colposa posta in essere dagli amministratori, il nesso causale tra questa e il danno patito direttamente dal terzo contraente, in quanto l'inadempimento e la pessima amministrazione del patrimonio sociale non sono sufficienti a dare luogo all'azione di responsabilità (cfr. Cass., 15822/2019 e Cass., ord., 7272/2023). (Nel caso di specie, i giudici hanno escluso la responsabilità de qua in quanto parte creditrice avrebbe potuto agire a fronte dell'inadempimento della società debitrice con procedimento monitorio o azione di cognizione ordinaria o comunque avrebbe dovuto fornire prova del fatto che l'inadempimento e il danno cagionato erano conseguenza diretta delle condotte dolose o colpose degli amministratori della società convenuta).*

F.P.

Corte d'Appello di Genova, sez. II civ., 29 maggio 2024, n. 741.

**SUCCESSIONE ereditaria - contratto vitalizio alimentare costituito da bene immobile - nullità del contratto per mancanza dell'alea e per sproporzione tra il valore del bene ceduto con il contratto vitalizio e l'obbligo alimentare assunto - inclusione dell'immobile nell'asse ereditario - necessità.**

(Artt. 566 e 1872 c.c.)

*Rientra nel valore dell'asse ereditario la proprietà di un immobile ceduta dal de cuius a uno dei legittimari in forza di un contratto di rendita vitalizia poi dichiarato nullo per mancanza dell'alea.*

F.P.

# Documenti

## *Questioni attuali in tema di procreazione medicalmente assistita.*

**Nicole Carnevale**

*Dottoressa specializzata presso la SSPL*

**Sommario:** 1. *La procreazione medicalmente assistita e la legge n. 40 del 2004* - 2. *Gli interventi della Corte Costituzionale* - 3. *La fecondazione eterologa* - 4. *La maternità surrogata.*

### **1. La procreazione medicalmente assistita e la legge n. 40 del 2004.**

La procreazione medicalmente assistita (c.d. PMA), o fecondazione assistita, è una pratica medica che, aiuta le coppie a concepire un figlio quando si trovano nell'impossibilità di procreare in maniera naturale per problemi di sterilità o infertilità (1). Tra queste procedure è compresa la fecondazione in vitro (c.d. Fivet), ossia la fecondazione dei gameti maschili e femminili all'interno di una provetta in modo da creare un embrione successivamente da trasferire nell'utero materno. La fecondazione si dice di tipo "omologo" quando l'embrione è creato con i gameti della coppia che decide di intraprendere l'iter medico, mentre è di tipo "eterologa" quando i gameti utilizzati provengono in tutto o in parte da soggetti terzi.

La legge n. 40 del 2004 (2), è la prima legge italiana a regolamentare la procreazione medicalmente assistita. Prima di tale intervento, i medici che ponevano in essere tali procedure facevano riferimento al codice di deontologia medica, ad alcune circolari o ordinanze del ministro della salute e alle esigue pronunce dei giudici in materia (3).

La normativa, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 19 febbraio 2004 con il titolo di "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita", entrò in vigore il 24 febbraio dello stesso anno. Tuttavia, nonostante in materia abbia fornito una regolamentazione esaustiva, venne sin da subito accolta negativamente, oltre che dalla comunità scientifica e giuridica, anche dalla popolazione, tanto da essere sottoposto a referendum abrogativo il 12 e 13 giugno 2005, poco più di un anno dopo la pubblicazione (al voto, però, partecipò solo il 25,9% degli aventi diritto, non riuscendo quindi a raggiungere il quorum richiesto) (4).

Tale sfavore era dovuto alla particolare attenzione che la legge pone nei confronti della tutela dell'embrione che ha infatti comportato un'impostazione particolarmente rigida che, oltre a vietare praticare precedentemente ammesse (5), ha sensibilmente circoscritto le prestazioni fornite dai medici (generalizzando e predeterminando pratiche che posso mal conciliarsi con casi specifici) e la ricerca scientifica (vietando, ad esempio, la produzione di embrioni per fini diversi dalla legge, richiamando esplicitamente attività quali quella di ricerca o di sperimentazione).

L'impostazione suddetta ha avuto ripercussioni anche sulla finalità della disciplina. Infatti, nonostante nell'art. 1 venga indicato come obiettivo la risoluzione dei problemi riproduttivi causati dall'infertilità o dalla sterilità, l'accesso alla

PMA è permesso solo qualora non sussistano altri metodi terapeutici efficaci e purché vengano garantiti i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compresi quelli del concepito. L'accesso alle pratiche, poi, è ulteriormente ridotto dai requisiti soggettivi previsti all'art. 5 (la cui violazione è sanzionata amministrativamente dall'art. 12 c. 2) che permettono di procedere alla Fivet solo nei casi di coppie formate da soggetti maggiorenni, in età potenzialmente fertile, di sesso diverso, coniugati o conviventi e purché siano entrambi viventi.

È bene evidenziare che la legge n. 40 del 2004 non permette di accedere a tutte le tecniche di procreazione medicalmente assistita conosciute, di fatto limitando la libertà individuale dei richiedenti in tema di scelte procreative. Invero, se non sono mai stati posti problemi riguardo alla fecondazione omologa, da sempre ammessa, l'art. 4 c. 3 vieta la fecondazione di tipo eterologo mentre l'art. 12 vieta la surrogazione di maternità. In particolare, nel caso in cui la prima prescrizione non venga rispettata, la legge prevede una sanzione amministrativa nei confronti della coppia richiedente. Laddove, invece, sia stata portata a termine una surrogazione di maternità, sono sanzionati penalmente sia i coniugi istanti che il medico che ha tenuto la condotta, prevedendo per quest'ultimo anche l'eventuale interdizione temporanea.

Nonostante le condizioni e le sanzioni suddette, coloro comunque intenzionati ad accedere alle pratiche hanno iniziato a recarsi all'estero per portare a termine le procedure volute. Tale fenomeno, denominato "turismo procreativo", negli anni ha avuto una risonanza e un accrescimento tale da attirare l'attenzione di alcuni oppositori esponenti politici. Infatti, quest'ultimi, a partire dal 2018 e soprattutto negli ultimi due anni, hanno presentato numerose proposte di legge volte ad inasprire le sanzioni, attribuendo particolare riguardo a quelle inerenti alla surrogazione di maternità (6).

### **2. Gli interventi della Corte Costituzionale**

I requisiti stringenti e i numerosi divieti della legge non tardarono molto ad essere oggetto di censure, oltre che dei giudici di merito, anche da parte della Corte Costituzionale.

Il primo intervento demolitorio avvenne nel 2009 (7) su impulso del TAR Lazio (8) e del Tribunale di Firenze (9) i quali sostennero l'illegittimità dell'art. 14 della L. n. 40/2004 rispetto agli art. 2, 3 e 32 della Costituzione (10).

L'art. 14 al comma 2 obbligava il medico ad impiantare contemporaneamente in utero tutti gli embrioni prodotti (comunque in numero non superiore a tre). Tuttavia, la disposizione, nonostante l'intenzione fosse quella di evitare la creazione e il mantenimento di embrioni soprannumerati, portava la donna nel caso di infruttuoso primo impianto a sottoporsi a più cicli di stimolazione ovarica, iperstimolazione molto dannosa per la salute. Inoltre, la pratica incrementava la possibilità di gravidanze plurime, tanto rischiose da richiedere, al loro verificarsi, di ricorrere all'aborto.

Nella pronuncia n. 151 del 2009, la Corte Costituzionale, prendendo coscienza di tali problemi, sottolineò come l'art. 14 non tenesse conto delle caratteristiche soggettive di ciascun paziente, creando di fatto una pericolosa discriminazione e causando un pregiudizio alla salute della donna.

Inoltre, sempre secondo i giudici, la predeterminazione legislativa di un limite così delicato non è in grado di considerare i continui progressi in ambito medico e scientifico, limitando ingiustificatamente l'autonomia e la conseguente responsabilità del medico.

La pronuncia di illegittimità della Corte restituì a quest'ultimo la facoltà di scegliere in ragione delle specificità del caso, il numero di embrioni da generare (comunque non superiore a quello strettamente necessario) con l'obiettivo di massimizzare le possibilità di successo e minimizzare i rischi per la donna e per il feto. La sentenza, inoltre, non rimanendo indifferente nemmeno all'obbligo dell'unico e contemporaneo impianto degli embrioni prodotti, ha previsto una deroga all'art. 14 c.1 permettendo la crioconservazione degli stessi se ritenuto necessario dal medico.

Il secondo rilevante intervento della Corte Costituzionale inerente alla legge n. 40 del 2004 è avvenuto nel 2014 (11). Nello specifico, la decisione n. 162 ha risolto la questione del divieto assoluto di fecondazione eterologa (utilizzo di gameti esterni alla coppia), dichiarando l'illegittimità costituzionale degli art. 4, c. 3, dell'art. 9, c. 1 e 3 e dell'art. 12, c. 1 della sopracitata disciplina per contrasto con gli art. 2, 3, 29, 31 e 32 della Costituzione.

Nella pronuncia la Consulta precisò che gli interessi rilevanti durante la PMA devono essere tutti bilanciati in modo tale da assicurare un minimo di tutela legislativa ad ognuno, in virtù del fatto che la protezione dell'embrione non può essere assoluta. Proseguendo, i giudici qualificarono la scelta di diventare genitori e di formare una propria famiglia con figli come espressione della fondamentale e generale libertà di autodeterminazione, indipendentemente dal dato genetico che collega i medesimi. Quest'ultimo fatto è avvalorato da istituti vigenti nell'ordinamento quali quello dell'adozione in cui la provenienza biologica non costituisce un imprescindibile requisito della famiglia.

Nella pronuncia, i giudici chiarirono poi che il significato di salute proprio dell'art. 32 Cost., debba comprendere, oltre che quella fisica, anche quella psichica e che entrambe devono essere garantite con lo stesso grado di tutela, riconoscendo per la prima volta come la creazione di una propria vita familiare possa influenzare tali aspetti (12). Dunque, le pretese in questione, riguardando la sfera privata più intima e intangibile della persona umana e familiare, devono essere garantite anche alle coppie del tutto infertili in grado solo di ricorrere alla fecondazione eterologa, da intendere quale trattamento terapeutico legittimo.

L'ultima pronuncia rilevante della Corte Costituzionale chiarisce una questione sorta a seguito della dichiarazione d'illegittimità dell'art. 14 della l. n. 40/2004. Infatti, la sentenza del 2009 aveva nuovamente permesso alle coppie idonee ai sensi della normativa di accedere alla c.d. diagnosi genetica preimpianto (13) (c.d. DGP) al fine di individuare patologie genetiche o anomalie cromosomiche. Nella decisione, però, i giudici avevano omesso di esprimersi sui requisiti di accesso alla pratica, perpetuando l'esclusione di quei soggetti non infertili e/o sterili, come i partner fertili portatori di malattie genetiche.

Nella pronuncia n. 96 del 2015 (14), la Consulta, riconoscendo l'irragionevolezza del divieto che discrimina le coppie fertili affette da malattie geneticamente trasmissibili, dichiarò l'incostituzionalità delle degli art. 1 c. 1 e 2, e 4, c. 1, della l. n. 40 del 2004 per contrasto con gli articoli 2, 3, 32 e 117, co. 1 Cost., in riferimento agli articoli 8 e 14 CEDU (15). La Corte, oltre a evidenziare l'ingiustificata discriminazione per-

petuata nei confronti dei soggetti suddetti, inviò un monito al legislatore, sollecitando quest'ultimo ad introdurre apposite disposizioni volte ad integrare e regolamentare quanto mutato in base alla pronuncia, anche facendo riferimento a quanto previsto in altri ordinamenti europei come la Spagna o il Regno Unito.

La pronuncia del 2015 è stata l'ultima sentenza rilevante della Corte Costituzionale che ha mutato l'assetto originario contenuto nella legge n. 40 del 2004, anche se ciò non significa che non vi siano stati altri ricorsi in materia (16). Infatti, le recenti pronunce in merito si sono quasi tutte concluse con una dichiarazione d'inammissibilità o infondatezza, portando alcuni a sostenere la sussistenza di una battuta d'arresto sul tema della PMA, soprattutto in riferimento ai divieti e i requisiti tutt'ora vigenti.

Similmente, anche il legislatore non sembra interessato a riformare tali impedimenti, ma, anzi, per alcuni argomenti pare intenzionato a rafforzarli. A tal proposito, il 3 luglio 2024 la Commissione Giustizia del Senato ha approvato (17) la proposta di legge n. 887 (18) (in continuità con quanto previsto dalle p.d.l. n. 342 (19) e n. 1026 (20) volto rendere la maternità surrogata reato universale. Se il documento completasse il proprio iter, divenendo quindi legge, la pratica intrapresa (esclusivamente) dal cittadino italiano sarebbe perseguibile anche se compiuta all'estero. L'atto è stato approvato senza modifiche nonostante siano state presentate diversi emendamenti volti a inasprire ulteriormente le sanzioni, ad esempio, inserendo fino a 10 anni di reclusione e multe fino a 2 milioni di euro.

Similmente, anche il legislatore non sembra interessato a riformare tali impedimenti, ma, anzi, per alcuni argomenti pare intenzionato a rafforzarli (si veda quanto già espresso circa l'inasprimento di pena per chi ricorrere alla maternità surrogata.). Anche le recenti e linee guida (21) previste dal Decreto del Ministero della Salute del 20 marzo 2024 nulla hanno sostenuto circa le preclusioni esistenti, limitandosi a recepire alcune pronunce giurisprudenziali in tema di scioglimento della relazione e morte di uno dei coniugi dopo la fecondazione dell'embrione.

A tal proposito, il principio ispiratore della disciplina volto a tutelare l'embrione quale futuro nascituro ha comportato, tra le varie garanzie, le previsioni per cui ambedue i richiedenti devono essere coniugati o conviventi (per garantire una stabilità familiare idonea ex art. 29 Cost) e in vita durante tutte le fasi del processo. Tuttavia, in passato, erano sorti dei dubbi sulla possibilità di terminare l'iter procreativo nel caso in cui, a seguito della fecondazione, fosse deceduto il compagno maschile o fosse venuto meno il rapporto tra i partner. Le incertezze erano rafforzate dall'ultima parte dell'art. 6 c.3 che vieta ai soggetti indicati di revocare la propria volontà dopo la fecondazione dell'ovulo.

Per chiarire tali vicende, alcuni interventi giurisprudenziali (Cass. civile, sez. I, 15 maggio 2019 n. 13000 nel caso di decesso del compagno e Corte Cost., 24 luglio 2023, n. 161 nel caso di scioglimento del rapporto) hanno riconosciuto la possibilità della donna di procedere in entrambe le situazioni al trasferimento in utero degli embrioni fecondati. Le Corti hanno ritenuto prevalenti la tutela della salute fisica e psichica della madre e la dignità dell'embrione rispetto alla libertà di autodeterminazione dell'uomo circa le proprie prospettive di paternità. Ciò sia a causa dei vincoli derivanti e spontaneamente assunti dal soggetto informato (che è appunto consapevole della possibilità di diventare padre indipendentemente dal tempo trascorso), sia a causa delle pratiche invasive

e dannose a cui si deve sottoporre la donna. Infatti, la PMA comporta per quest'ultima il grave onere di mettere a disposizione la propria corporalità, con un importante investimento fisico ed emotivo, idoneo a far sorgere una concreta e giustificata speranza di generare un figlio, soprattutto in virtù dell'affidamento determinato dal consenso dell'uomo al comune progetto genitoriale.

In generale, nonostante questa lieve innovazione, le attuali norme sulla procreazione medicalmente assistita sono oggetto di una cristallizzazione che non tiene conto né delle nuove scoperte scientifiche, né dei mutamenti giuridici della comunità internazionale che hanno mostrato alcune aperture in materia. La legislazione nazionale, poi, ignora del tutto quanto accade nella realtà dei fatti, ove le esigenze sociali di un numero elevato di cittadini hanno spinto quest'ultimi a recarsi all'estero, alimentando il fenomeno del turismo procreativo. Invero, i divieti della l. n. 40/2004 riguardano solamente quelle pratiche nazionali, permettendo agli intenzionati di eludere la normativa semplicemente recandosi fuori dall'Italia. Paesi come l'Ucraina, la Grecia, l'Albania, gli Stati Uniti e il Canada, infatti, sono forniti di una regolamentazione più elastica che permette di accedere, oltre che ai diversi tipi di PMA, anche ad un numero maggiore di soggetti tra cui i single e le coppie omosessuali (sia femminili che maschili).

A tal proposito, sebbene sia ormai appannaggio comune associare queste pratiche alla comunità LGBT, la maggioranza dei partner che vi ricorrono sono coniugi di sesso opposto (22). Nonostante ciò, è innegabile che le coppie omosessuali, per ovvi motivi biologici, non possono fare altro che avvalersi di tecniche ad oggi vietate in Italia (fecondazione assistita di tipo eterologo nel caso di due donne e maternità surrogata nel caso di due uomini), soprattutto se si considera che, oltre al divieto legislativo del 2004, nulla ha disposto la legge del 20/05/2016 n. 76 (23).

### 3. La fecondazione eterologa.

La fecondazione eterologa è una tecnica di procreazione medicalmente assistita che si attua tramite la fecondazione di gameti, parzialmente o totalmente donati da soggetti terzi, poi trasferiti nell'utero della donna ricorrente. Considerando che nella maggior parte dei casi i richiedenti non infertili/sterili sono coppie omosessuali femminili, talvolta il quadro può risultare più complicato dato che l'ovulo fecondato dal gamete maschile può essere sia della madre partorienti sia della sua compagna, poi successivamente trasferito nella prima.

Trattando nello specifico i casi di PMA eterologa in cui le ricorrenti sono una coppia femminile dello stesso sesso, in Italia tali partner non possono accedere alla pratica suddetta sia a causa del divieto ex art. 4 c.3 della l. n. 40/2004 ("è vietato il ricorso a tecniche di procreazione medicalmente assistita di tipo eterologo", salvo i casi di infertilità e sterilità patologica in base alla pronuncia della Corte Costituzionale n. 162 del 2014) sia a causa dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 5 della medesima normativa (per cui è necessario il sesso opposto dei richiedenti anche se, nel caso di violazione, è prevista solo una sanzione amministrativa e non penale).

Queste restrizioni portano le donne interessate alla procreazione a rivolgersi a cliniche di paesi dove la normativa locale permette loro l'accesso (come ad esempio in Spagna o negli USA). Tuttavia, diversamente da quanto accade per la maternità surrogata (il cui iter, visto le sanzioni penali, viene quasi sempre completato all'estero), spesso le madri, cittadine italiane, tornano in Italia una volta avvenuto il trasferimento dell'embrione per partorire sul suolo nazionale.

In tali casi, i casi giudiziari sviluppatasi, incentrati sul procedimento di rettificazione dell'atto di nascita (d.P.R. n. 396/2000), hanno portato alla creazione di due opposti orientamenti: uno favorevole, fondato sul principio del *best interest of the child*, caldeggiato esclusivamente dalle corti di merito (24) e uno sfavorevole, promosso dalla Corte di Cassazione e appoggiato dalla Corte Costituzionale.

Approfondendo quest'ultimo, l'indirizzo esclude il formale riconoscimento negli atti di stato civile del rapporto di filiazione della madre d'intenzione che, sulla base del limite dell'ordine pubblico interno, non è idoneo a superare il divieto sancito dalla L. n. 40/2004. A tal proposito, la Corte di Cassazione ha sostenuto più volte la legittimità del rifiuto (25) dell'ufficiale adepto a non riconoscere nell'atto di nascita del minore la donna non legata biologicamente con quest'ultimo (26). Ciò, a maggior ragione, se si considera che l'autorità suddetta debba rispettare la legge (27), non potendo né manipolarla né intervenire discrezionalmente (28).

Per quanto attiene alla disciplina su cui si basano le scelte delle autorità pubbliche e le pronunce di legittimità, bisogna far nuovamente riferimento ai requisiti soggettivi ex art. 5 (che escludono il ricorso alla PMA da parte di coppie same sex) e all'art. 4, comma 3 che vieta il ricorso alla fecondazione di tipo eterologa, salvo i casi di sterilità e infertilità patologica (29). A tal proposito, gli ermellini hanno più volte specificato che tali cause impeditive non possono essere omologabili o equivalenti alla sterilità o infertilità fisiologica delle coppie omosessuali, non essendo la procreazione assistita prevista come soluzione alternativa al concepimento naturale e per soddisfare il desiderio di diventare genitori (30). Ciò a maggior ragione se si considera che la Costituzione non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli e dato che l'ordinamento giuridico non consente fuori dai casi previsti la realizzazione di forme di genitorialità svincolate da un rapporto biologico. Per tali ragioni, anche in situazioni che sarebbero meritevoli di una maggior tutela, il giudice non può estendere le disposizioni di detta legge, sostituendosi al legislatore, unico a cui spetta, nell'esercizio della propria discrezionalità, l'individuazione degli strumenti giuridici più opportuni per la realizzazione di situazioni meritevoli. Dunque, sebbene si riconosca la rilevanza dell'interesse del minore quale criterio generale, non è possibile secondo la legge italiana estendere automaticamente le norme dettate per la PMA (31).

La Corte di Cassazione, tuttavia, non lascia i minori nati a seguito di PMA eterologa privi di tutele. Infatti, nonostante i divieti, quest'ultimi sono comunque titolari di un diritto fondamentale al riconoscimento del rapporto affettivo instaurato e vissuto con il genitore d'intenzione. Però, a tal fine, il riconoscimento giuridico del partner del genitore genetico non può avvenire tramite gli ordinari mezzi riconosciuti ma unicamente attraverso un istituto specificatamente individuato, ossia l'adozione in casi particolari (32). Secondo i giudici, l'art. 44, comma 1, lett. d) della l. n. 184 del 1983 (33), anche grazie a recenti decisioni (34), è idoneo a realizzare la piena tutela del minore e a riconoscere la sussistenza del rapporto di filiazione con entrambi i componenti della coppia (35). Tuttavia, in passato, non sono mancate pronunce in cui la Corte Costituzionale ha espresso le proprie perplessità sull'insufficienza dell'istituto, come attualmente regolato, a garantire appieno gli interessi del minore (36).

Gli orientamenti appena indicati sono stati confermati dalla stessa Corte anche nel caso di una coppia di due donne in cui una era partorienti e l'altra era donatrice dell'ovulo fe-

condato dal donatore anonimo (37). Nell'episodio in questione, gli ermellini hanno ribadito la valenza dell'art. 269 c.3 c.c. (38) e quanto sostenuto in precedenti pronunce nonostante la sussistenza di un rapporto biologico con la donna donatrice dell'ovulo ma non partoriente.

Sempre in tema di accesso a PMA eterologa da parte di coppie omosessuali femminili e di nascita del minore in Italia (39), anche le più recenti pronunce della Corte costituzionale hanno aderito a quanto sostenuto dagli ermellini, spesso respingendo il ricorso delle donne dichiarando le contestazioni inammissibili o infondate. In tal senso, la Consulta, oltre a richiamare esplicitamente gli orientamenti sopra esposti e contrari al riconoscimento della madre non biologica, ha sostenuto come l'ammissibilità della genitorialità *same sex* non sia imposta nei precetti costituzionali. Ciò sia in riferimento all'art. 2 Cost., in quanto l'aspirazione della madre intenzionale di diventare genitore non assurge a livello di diritto fondamentale, sia ai sensi dell'art. 30 Cost., in quanto la norma non pone una nozione di famiglia inscindibilmente correlata alla presenza di figli (40). Secondo i giudici, inoltre, il fatto che generalmente sia riconosciuta una certa libertà nel diventare genitori, non implica che tale vicenda possa esplicarsi senza limiti, soprattutto quando si ricorrere a tecniche di procreazione medicalmente assistita dove, oltre alle delicate questioni etiche trattate, possono avere rilievo altri interessi costituzionalmente protetti. A tal proposito, non di rado, la Consulta ha espresso la non irragionevolezza della preferenza del nucleo familiare formato da una coppia eterosessuale per far crescere un bambino, soprattutto se si considera che le limitazioni soggettive all'accesso alla PMA sono dovute al trasparente intento di garantire un tradizionale modello di famiglia che non comporta alcuna distonia o discriminazione basata sull'orientamento sessuale (41).

Infine, abbracciando l'indirizzo della Corte di legittimità, anche la Corte Costituzionale si è espressa favorevole all'adozione in casi particolari in qualità di istituto idoneo a tutelare il minore e a riconoscere il genitore d'intenzione.

Diversa situazione rispetto a quella appena esposta si ha nel caso in cui il bambino sia nato all'estero e i documenti civili, formati secondo la *lex loci*, debbano essere trascritti in Italia. In tali casi, infatti, l'ufficiale di stato civile nazionale deve valutare l'idoneità degli atti in base al c.d. ordine pubblico internazionale (42) (differente rispetto all'ordine pubblico nazionale da intendere come limite posto dal legislatore all'autonomia privata tramite norme imperative). Secondo il suddetto parametro, il riconoscimento del rapporto di filiazione formatosi all'estero deve necessariamente essere compatibile con i principi generali posti a garanzia dei diritti fondamentali dell'individuo e vincolanti per lo stesso legislatore ordinario. Questi sono ricavabili dalla Carta costituzionale, dai Trattati fondativi, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, nonché dalla Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e nella Dichiarazione ONU dei diritti dell'uomo. Inoltre, nei casi in cui si faccia particolare riferimento alla posizione del minore e al suo interesse, si deve tener conto anche della Dichiarazione ONU dei diritti del fanciullo, della Convenzione ONU dei diritti del fanciullo e della Convenzione Europea di Strasburgo sui diritti processuali del minore. Nei casi affrontati dalla Corte di Cassazione, i giudizi sulla compatibilità degli atti del minore straniero, indicanti la doppia maternità dello stesso, si sono conclusi sostenendo l'assenza di contraddizioni tra tale atto e i principi internazionali a favore del *best interest of the child* (43). Ciò in quanto è necessario tutelare sia l'identità personale e sociale del nascituro, sia il

generale diritto degli individui di autodeterminarsi e di formare una propria famiglia. Peraltro, il mancato riconoscimento determinerebbe una incertezza giuridica tale da determinare l'impossibilità di acquisire la cittadinanza italiana e i diritti ereditari, di circolare liberamente nel territorio italiano e di essere rappresentato dal genitore nei rapporti con le istituzioni italiane, al pari degli altri bambini e anche di coloro che, nati all'estero, abbiano ottenuto un simile riconoscimento (44).

#### 4. La maternità surrogata

La surrogazione di maternità è una pratica di procreazione medicalmente assistita per cui una donna, per motivi economici o per un fine altruistico, mette a disposizione il proprio corpo per portare a termine una gravidanza a favore di altri soggetti. In base all'apporto biologico fornito si distingue tra "surrogazione tradizionale", in cui la gestante è anche madre biologica (suo è l'ovulo fecondato), e "utero in affitto" o "gestazione per altri" (c.d. GPA), in cui la donna partoriente non è anche la madre genetica essendo il gamete femminile dalla donna committente o di un terzo soggetto.

Alla pratica suddetta fanno ricorso sia coppie omosessuali maschili (per ovvie ragioni biologiche solo uno, o nessuno, dei due può donare il materiale biologico necessario), sia coppie eterosessuali. In quest'ultimo caso può accadere che entrambi donino i propri gameti, che solo uno li procuri o che nessuno dei due li possa o voglia mettere a disposizione. In Italia, la surrogazione di maternità è vietata e penalmente sanzionata dall'art. 12 della legge 40. del 2004 (45). Per tale ragione coloro che intendono sottoporsi alla pratica si recano in altri paesi dove questa è a loro consentita. Inoltre, diversamente da quanto accade nel caso di nascita a seguito di fecondazione eterologa (dove non di rado il minore nasce sul suolo nazionale), l'iter è completato per intero all'estero proprio per evitare di incorrere nella sanzione penale prevista (46).

Tuttavia, anche in tali casi, i ricorrenti possono incorrere in altre sanzioni penali: una volta rientrati in Italia, i richiedenti sono tenuti a trascrivere gli atti di nascita formati secondo una *lex loci* che spesso permette a entrambi di essere riconosciuti come genitori del minore, a prescindere dall'apporto biologico apportato. Se ciò rende evidente il ricorso alla maternità surrogata da parte di due uomini (solo uno, o nessuno, sarà il padre biologico, unico riconosciuto dalla legge italiana), lo stesso potrebbe non accadere nel caso di coppie eterosessuali. Nondimeno, sempre nella sede suddetta, i genitori devono dichiarare all'ufficiale di stato civile che la nascita è avvenuta senza il ricorso a pratiche di surrogazione di maternità. Se la comunicazione non viene sostenuta o avviene ma l'autorità pubblica si insospettisce, l'ufficiale sospende la trascrizione, procedendo ai sensi dell'articolo 331 c.p.p. La disposizione prevede che i pubblici ufficiali e gli incaricati di un pubblico servizio che, nell'esercizio o a causa delle loro funzioni o del loro servizio, hanno notizia di un reato perseguibile di ufficio, devono farne denuncia per iscritto. Quando nell'atto di nascita è indicato come padre colui che non ha legami biologici con il nato o come madre una donna che non è stata la gestante (ai sensi dell'art. 269 c. 3 c.c. la maternità è imputata solo a favore della donna che ha partorito) potrebbe configurarsi una condotta idonea ex art. 567, comma 2 c.p. (47) (reato di alterazione di stato) (48) o ex art. 495 c.p. (falsa attestazione o dichiarazione a un pubblico ufficiale sull'identità o su qualità personali proprie o di altri) (49). Ciò in quanto i coniugi hanno volontariamente sottratto al patrimonio conoscitivo dell'Ufficiale d'anagrafe un elemento va-

lutabile ai fini della trascrizione potenzialmente contrario all'ordine pubblico. Le recenti pronunce dei giudici di legittimità (50) e di merito hanno comunque escluso tale configurabilità, (51) sulla base della conformità dell'atto alla *lex loci* del luogo di nascita del bambino e in base a quanto sancito dal D.P.R. 396/2000, in riferimento all'art 15 (le dichiarazioni di nascita relative a cittadini italiani nati all'estero devono essere compiute davanti alle autorità consolari secondo le forme e le prescrizioni vigenti nel Paese ospitante) e all'art 18 (per cui il limite dell'ordine pubblico fa esclusivamente riferimento alla trascrizione dell'atto estero e non invece alla consumazione dei reati in oggetto) (52).

A seguito della segnalazione da parte dell'ufficiale di stato civile, poi, è necessario accertare la sussistenza di un rapporto biologico con almeno uno dei due genitori indicati per poter trascrivere l'atto in Italia. Se ciò non viene riscontrato, la trascrizione è negata e il bambino viene tolto dalle cure della coppia committente. In tali situazioni, la maggior parte dei giudici interpellati che non hanno riscontrato alcun contributo genetico da parte dei coniugi hanno ritenuto opportuno considerare il minore privo di assistenza morale e materiale (e dunque in stato di abbandono), ricorrendo all'istituto dell'adozione ai sensi della legge n. 184 del 1983.

In tal senso, la Corte di Cassazione (53) si è espressa a favore dell'allontanamento di un minore nato a seguito di maternità surrogata in Ucraina senza che alcuno dei richiedenti avesse donato i propri gameti per procedere alla pratica. Secondo gli ermellini, infatti, in Italia è tassativamente vietata la maternità surrogata in base al combinato disposto dell'art. 12 c. 6 l. n. 40/2004 e all'art. 269 c. 3 c.p. che riconosce come madre esclusivamente colei che partorisce. Inoltre, in tema di ordine pubblico, la Corte ha chiarito che, pur dovendo rispettare i principi internazionali, l'ordinamento interno deve proteggere la propria coerenza, con i propri principi e valori fondamentali e irrinunciabili, non riducendosi a rispettare solo i valori condivisi dalla comunità internazionale. Sempre secondo i magistrati, ciò non contraddice con la tutela del superiore interesse del minore in quanto il criterio deve essere bilanciato anche con altri principi, come la dignità della donna e la sottrazione del minore ad una genitorialità realizzata in base ad un accordo discrezionale tra le parti. A maggior ragione, tale indirizzo deve essere seguito se si considera che l'ordinamento prevede già istituti idonei a garantire la formazione di nuclei familiari in assenza di legami genetici tra genitori e figli (si veda in tal senso la disciplina dell'adozione).

Diversamente da quanto appena descritto, a seguito della segnalazione dell'ufficiale di stato civile ex art. 331 c.p.p., la coppia committente può fornire la prova della sussistenza del rapporto di filiazione biologica tra il nato da maternità surrogata e almeno uno dei soggetti indicati dall'atto di nascita. In tali casi, se non si pongono problemi riguardo al riconoscimento del genitore biologico (la cui qualifica viene confermata a seguito della trascrizione), diverso è per il genitore intenzionale, sia esso il componente di una coppia omoaffettiva o di una coppia eteroaffettiva. Sul punto la Corte Costituzionale (54) ha ricordato che la realtà genetica dell'individuo non costituisce un valore di rilevanza costituzionale assoluto, essendo ammessa nell'ordinamento anche la genitorialità sociale e non solo quella giuridica. Tuttavia, pur essendo una componente essenziale dell'identità personale del minore, i fatti in questione non possono sottrarsi al bilanciamento con altri principi che ulteriormente contribuiscono a definirne la medesima identità. In generale, pur ribadendo l'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento ricon-

nette alla surrogazione di maternità (pratica che offende in modo intollerabile la dignità della donna e che mina nel profondo le stesse relazioni umane), il giudice delle leggi sostiene che spetta al magistrato di volta in volta interpellato valutare le specifiche e concrete variabili del caso, più complesse della rigida alternativa tra vero o falso. Tra queste, la Corte indica quali criteri da considerare: la durata del rapporto instauratosi col minore; la condizione identitaria già da esso acquisita; le modalità del concepimento e della gestazione; la presenza di strumenti legali che consentano la costituzione di un legame giuridico col genitore contestato (adozione in casi particolari) e la considerazione dell'elevato grado di disvalore che il nostro ordinamento riconnette alla surrogazione di maternità, vietata da apposita disposizione penale.

Attualmente, a favore del riconoscimento del genitore di intenzione del minore nato all'estero a seguito di maternità surrogata, si sono espressi esclusivamente i giudici di merito. Alla base di tale indirizzo sta, oltre alla conformità dei documenti alla *lex loci* (55), la necessità tutelare il superiore interesse del minore quale principio costituzionale (56) in modo da garantire anche il diritto dello stesso a conservare lo *status filiationis* acquisito all'estero, la cui perdita consisterebbe in un evidente pregiudizio in termini di identità familiare e tutele (57). Per quanto attiene la compatibilità dell'atto di nascita all'ordine pubblico (requisito necessario per poter riconoscere il provvedimento), i fautori della tesi sostengono che il criterio deve essere individuato nei principi fondamentali della Carta costituzionale, dei trattati fondativi e dalla carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, nonché dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (58). Criteri dunque non sovvertibili dal legislatore ordinario o dai suoi divieti, come nel caso di maternità surrogata.

L'orientamento opposto, contrario al riconoscimento del genitore intenzionale e attualmente prevalente, è avallato sia da alcune corti di merito (59) sia dalla giurisprudenza di legittimità. In particolare, tale indirizzo si basa sul divieto di surrogazione di maternità ex art. 12, comma 6, della l. n. 40 del 2004, riconosciuto quale principio di ordine pubblico internazionale (60) (ex art. 64 e ss. della legge n. 218 del 1995). In tal senso, deve essere inteso non solo come insieme di principi fondamentali della Costituzione e di quelli consacrati nelle fonti internazionali e sovranazionali, ma anche del modo in cui gli stessi si sono incarnati nella normativa ordinaria (in particolare i suoi istituti giuridici e la sua interpretazione) quale strumento di attuazione di valori fondamentali dell'ordinamento come la verità dello *status filiationis*, oltre che degli istituti già disciplinati (si veda ad esempio la disciplina dell'adozione ordinaria) (61). Alla luce di ciò, il divieto di surrogazione di maternità deve considerarsi norma "costituzionalmente necessaria" che mira a sanzionare una pratica che offende in modo intollerabile la dignità umana, soprattutto quella della donna, che rischia di rendere un'incubatrice meccanica, annullandone i diritti inalienabili a favore di procedure contrattuali. Inoltre, la pratica mina nel profondo le relazioni umane, smarrendo "il senso umano della gravidanza", cancellando i rapporti biologici e psicologici tra la donna e il bambino (62).

Tale orientamento non intende comunque sostenere la totale irrilevanza dell'interesse del nato a veder riconosciuto il rapporto giuridico con la coppia che lo ha accudito sin dalla nascita e con cui, nella realtà fattuale, sussiste già un legame familiare. Tuttavia, il criterio non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco perché, se così non fosse, si verificherebbe l'il-

limitata espansione di un diritto a discapito di altre situazioni giuridiche costituzionalmente rilevanti. Ciò a maggior ragione se si considera che, visto le diverse situazioni giuridiche rilevanti tutelate dell'ordinamento, e visto il divieto ex art. 12 L. n. 40/2004, il giudice non può sostituire la propria valutazione a quella del legislatore, riconoscendo come automaticamente prevalente l'interesse del minore.

In ragione di quanto appena esposto, l'orientamento attualmente maggioritario non ritiene possibile l'automatica trascrizione dei provvedimenti stranieri che riconoscono un rapporto di filiazione intenzionale (anche se conformi alla *lex loci*) a seguito di maternità surrogata, dovendo il superiore interesse del minore essere equamente bilanciato, alla luce del criterio di proporzionalità, con altri valori fondamentali e in base allo scopo dell'ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità (63).

#### Note.

- (1) G. Alpa, *La persona fisica*, in G. Alpa, G. Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, p. 207 ss.
- (2) Legge n. 40 del 19 febbraio 2004, "Norme in materia di procreazione medicalmente assistita". (GU Serie Generale n.45 del 24-02-2004).
- (3) Si vedano ad esempio; Trib. Monza, 27 ottobre 1989, con nota di Ponzatelli G., in *Foro it.*, 1990 e Trib. Roma, ord.14 febbraio 2000, in *Giust. Civ.*, 2000, 4, 1157-1163.
- (4) E. Lamarque, *I referendum sulla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Fam. e dir.*, 2005, n.2, pag. 3-25.
- (5) Tra queste si ricorda la diagnosi preimpianto, volta a preveniva i c.d. aborti terapeutici permettendo alle coppie malate (o portatrici sane di malattie genetiche) di accedere alle tecniche Fivet e di selezionare gli embrioni sani prima dell'impianto in utero.
- (6) Atto Camera n.1026, presentato il 21/03/23, Proposta di legge Lupi ed altri: "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano"; Atto Camera n. 887, presentato il 15/02/23, Proposta di legge Varchi ed altri: "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano"; Atto Camera n. 342, presentato il 14/10/22, Proposta di legge Candiani ed altri: "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, concernente il divieto di ricorso alla surrogazione di maternità all'estero da parte del cittadino italiano"; Atto Camera n. 2599, presentato il 20/07/22, Proposta di legge Carfagna ed altri: "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano"; Atto Camera n. 3016, presentato il 13/04/21, Proposta di legge Termini ed altri: "Disciplina della gravidanza solidale e altruistica"; Atto Camera n. 306, presentato il 23/03/18, Proposta di legge Meloni ed altri: "Modifica all'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, in materia di perseguibilità del reato di surrogazione di maternità commesso all'estero da cittadino italiano".
- (7) Corte Cost., 8 maggio 2009, n. 151.
- (8) TAR Lazio, Sez. III quarter, 21 gennaio 2008, n. 398.
- (9) Trib. Firenze, ord.11 luglio 2008, n. 323.
- (10) L. Trucco, *Procreazione assistita: La Consulta, questa volta, decide di (almeno in parte) decidere*, in *Giur. It.*, 2019.
- (11) Corte Cost., 10 giugno 2014, n. 162.
- (12) M. D'Amico, *Le problematiche relative alla procreazione medicalmente assistita e all'interruzione volontaria e all'interruzione volontaria di gravidanza*, in M. D'Amico, B. Liberali (a cura di), *Procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria della gravidanza: problematiche applicative e prospettive future*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2016, pag. 44.
- (13) M. D'Amico, B. Liberali, *La Legge n. 40 del 2004 ancora a giudizio: La parola alla Corte Costituzionale*, Editore FrancoAngeli, 2012.
- (14) Corte Cost., 14 maggio 2015, n. 96.
- (15) Si veda a tal proposito il caso della Corte Edu, Costa Pavan contro Italia.

(16) Ad esempio la sentenza n. 84/2016 ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità sollevata dal Tribunale di Firenze sul divieto assoluto di ricerca clinica e sperimentale dell'embrione in quanto non finalizzata alla sua tutela ai sensi dall'art. 13 c. 1, 2, 3.

(17) Il provvedimento era già stato approvato alla Camera il 26 luglio 2023.

(18) Art 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma si applicano anche se il fatto è commesso all'estero».

(19) Art. 1. Dopo il comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è inserito il seguente: «6-bis. Al fine di ostacolare qualunque pratica che possa configurarsi come traffico commerciale di bambini, è vietato accedere alla surrogazione di maternità all'estero. Al cittadino italiano che ricorre alla surrogazione di maternità all'estero si applicano le pene previste al comma 6».

(20) Art. 1. Al comma 6 dell'articolo 12 della legge 19 febbraio 2004, n. 40, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Le pene stabilite dal presente comma per la surrogazione di maternità si applicano altresì quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano».

(21) "Linee guida contenenti le indicazioni delle procedure e delle tecniche di procreazione medicalmente assistita", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 9 maggio 2024, n. 107.

(22) Si pensi ad esempio che nel 2023 uno "studio empirico" del Corriere della Sera (non è possibile ricavare un numero certo visto l'illegalità della pratica) ha sostenuto che all'anno, tra le circa 250 coppie italiane che accedono alla maternità surrogata, introno al 90% di loro è formata da un uomo e una donna.

Corriere della sera, L'illusione ottica sulla maternità surrogata: la fanno 250 coppie l'anno, al 90% eterosessuali, a cura di E. TEBANO, 23 marzo 2023, disponibile su <https://www.corriere.it/>.

(23) Legge del 20 maggio 2016, n. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, pubblicata in GU 21-05-2016 n.118 ed entrata in vigore il 05/06/2016 (c.d. legge Cirinnà).

(24) C. App. Cagliari, Sez. I, 28 aprile 2021; C. App. Roma, 27 aprile 2020; C. App. Trento, 16 gennaio 2020; C. App. Perugia, 21 novembre 2019 (decreto poi cassato da Cass. Civ. 23 agosto 2021, n. 23321); Trib. Roma, 18 aprile 2021; Trib. Brescia, 11 novembre 2020; Trib. Genova, 4 novembre 2020; Trib. Cagliari, 28 aprile 2020, n. 1146; Trib. Genova, 8 novembre 2018; Trib. Bologna, 6 luglio 2018 e Trib. Pistoia, 5 luglio 2018.

(25) D.P.R. del 3 novembre 2000, n. 396, Art. 42: "Chi intende riconoscere un figlio naturale davanti all'ufficiale dello stato civile deve dimostrare che nulla osta al riconoscimento ai sensi di legge. Se il riconoscimento è fatto con atto distinto, posteriore alla nascita, e questa è avvenuta in altro comune, l'ufficiale dello stato civile deve acquisire direttamente la relativa documentazione ai sensi dell'articolo 21, comma 2."

(26) Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2020, n. 8029.

(27) Tra cui anche il Decreto ministeriale del 5 aprile 2002 inerente all'approvazione delle formule per la redazione degli atti dello stato civile nel periodo antecedente l'informatizzazione degli archivi dello stato civile, pubblicato in G.U. del 27-06-2002 n.149.

(28) Cass. Civ. Sez. I, 3 aprile 2020, n. 7668.

(29) Cass. Civ., Sez. I, Ord. 4 aprile 2022, n. 10844.

(30) Cass. Civ. Sez. I, 23 agosto 2021, n. 23320 e 23321.

(31) Cass. Civ. Sez. I, Ord. 7 marzo 2022, n. 7413.

(32) Cass. Civ. Sez. I, Ord. 2 agosto 2023, n. 23527.

(33) Cass. Civ. Sez. I, 22 giugno 2016, n. 12962.

(34) Corte Cost. 23 febbraio 2022, n. 79.

(35) Cass. Civ. sez. I, 13 luglio 2022, n. 22179.

(36) Corte Cost., 28 gennaio 2021, n. 32.

(37) Cass. Civ. sez. I, 25 febbraio 2022, n. 6383.

(38) "La maternità è dimostrata provando la identità di colui che si pretende essere figlio e di colui che fu partorito dalla donna, la quale si assume essere madre".

(39) Corte cost. 15 novembre 2019, n. 237.

(40) Corte cost. 4 novembre 2020, n. 230.

(41) Corte Cost. 23 ottobre 2019, n. 221.

(42) L. n. 218 del 1995, artt. 16, 64 e 65, e D.P.R. n. 396 del 2000, art. 18.

(43) Si vedano le sentenze: Cass. civile, Sez. I, 23 agosto 2021, n.23319/2021 e Cass. civ., Sez. I, 15 giugno 2017, n. 14878.

(44) Cass. Civ. Sez. I, 30 settembre 2016, n. 19599.

(45) Art. 12: “1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall’articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.

2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell’articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.”

(46) Va osservato che la Legge 40/2004, pur vietando tali pratiche, non disciplina i casi in cui vi siano bambini oramai nati e voluti dalle coppie italiane. Infatti, la tutela dei figli nati tramite maternità surrogata non è ad oggi disciplinata da alcuna normativa di dettaglio né a livello di diritto interno, né a livello di convenzioni internazionali.

(47) Il reato di alterazione di stato è un reato comune, procedibile d’ufficio. Prevedendo una pena detentiva superiore nel minimo a tre anni di reclusione, il reato di alterazione di stato è perseguibile d’ufficio anche se commesso dal cittadino italiano all’estero, senza necessità della preventiva richiesta di punizione da parte del Ministro della Giustizia, condizione di procedibilità ex art. 9 c.p. per quei reati comuni commessi dal cittadino italiano all’estero puniti con pena detentiva inferiore, nel minimo, alla suddetta soglia.

(48) Trib. Brescia, Sez. II, 26 novembre 2013.

(49) Trib. Milano, 27 aprile 2014.

(50) Cass. pen., Sez. V, 5 aprile 2016.

(51) Trib. Varese, 8 ottobre 2014.

(52) Trib. Bologna, 9 febbraio 2015.

(53) Cass. civ., Sez. I, 11 novembre 2014, n. 24001.

(54) Corte Cost., 18 dicembre 2017.

(55) C. App. Milano, 28 dicembre 2016, n. 3990.

(56) C. App. Bari, 13 febbraio 2009.

(57) C. App. Trento, 23 febbraio 2017.

(58) C. App. Venezia, Sez. III, ord. 16 luglio 2018.

(59) Si veda ad esempio Trib. Trento, Sez. minori, 21 luglio 2023.

(60) Corte Cost., 9 marzo 2021, n. 33.

(61) Cass. Civ., Sez. Un., 8 maggio 2019, n. 12193.

(62) Cass. Civ., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.

(63) Cass. Civ. Sez. I, Ord. 3 gennaio 2024, n. 85.

## Diagnosi prenatale e danno: nesso di causalità e onere della prova nella recente giurisprudenza di legittimità

**Camilla Vicini**

*Dottoressa specializzata presso la SSPL*

**Sommario:** 1. Premessa. - 2. I danni da nascita indesiderata. - 3. L'accertamento della colpa. - 4. Il nesso di causa. - 4.1. Il serio e grave pericolo per la salute psicofisica della madre. - 4.2. La volontà abortiva. - 5. I danni risarcibili nelle vicende di nascita indesiderata. - 5.1. Un recente ed emblematico arresto della Corte di Cassazione. - 5.2. Ricadute in tema di causa petendi.

### 1. Premessa.

Con l'espressione “danno da nascita indesiderata” si indica, più che un danno, una condotta illecita che, in via di prima approssimazione, si può definire propria di chi viola il diritto di entrambi i genitori a non portare avanti la gestazione dei figli. Tale condotta può assumere due forme: può essere attiva e consistere nell'errore del medico durante un intervento di sterilizzazione o nella prescrizione di rimedi anticoncezionali (in questi casi la nascita avviene contro la volontà espressa dei genitori); oppure, può consistere in un'omissione e determinare la nascita “oltre la volontà” del genitore (come nell'ipotesi in cui il medico ometta di informare i genitori circa le condizioni feto, precludendo ad entrambi l'esercizio della facoltà riconosciute dalla legge) (1).

Il riferimento è alla legislazione speciale degli anni '70 e in particolare alla legge 22 maggio 1978 n. 194, “Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza”, che all'articolo 1 recita “Lo Stato [...] tutela la vita umana dal suo inizio”.

Negando in principio la possibilità di ricorso all'aborto come strumento di programmazione familiare, la legge rende subito chiaro l'intento del Legislatore: cercare un bilanciamento tra diritto alla procreazione cosciente e responsabile e la tutela della vita umana fin dal suo inizio.

Ne consegue che l'aborto può essere esercitato solo nei casi previsti dalla legge stessa: dopo il novantesimo giorno di gravidanza, la donna può esercitare il diritto all'aborto solo «quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna» (art. 6 lett. a) e «quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (art. 6 lett. b).

Dal quadro normativo e dalla *ratio* emersa dallo stesso si evince come le malformazioni fetali non rilevino di per sé, ma solo qualora comportino un pregiudizio psicofisico per la gestante. Si consente quindi che la madre possa sacrificare il concepito a presidio della propria salute psicofisica, rigorosamente entro i termini temporali ed alle condizioni stabilite dalla legge.

Ciò premesso, il medico che, per negligenza, imprudenza o imperizia, ometta di avvertire la madre dell'esistenza di gravi malformazioni del feto viola il diritto della madre di esercitare l'aborto, purché ne sussistano i presupposti temporali e patologici, realizzando una condotta illecita, fonte di responsabilità da cui scaturiscono le pretese risarcitorie.

Il diritto risarcitorio viene unanimemente riconosciuto dalla giurisprudenza anche in capo al padre (2), che deve esser considerato tra i soggetti “protetti” dal contratto col medico e quindi tra coloro rispetto ai quali la prestazione mancata o

inesatta è qualificabile come inadempimento. La Corte di Cassazione (3), richiamando la c.d. “propagazione intersoggettiva delle conseguenze di un medesimo fatto illecito” (4) ha ritenuto astrattamente configurabile una lesione del diritto all'autodeterminazione dei coniugi (art. 2 Cost) determinante un danno ingiusto risarcibile *ex art. 2059 c.c.*

## 2. I danni da nascita indesiderata.

All'interno della macrocategoria del “danno da nascita indesiderata” sono comprese diverse ipotesi di fatto illecito, tra loro eterogenee, classificabili attraverso il ricorso alla terminologia di origine di common law in “wrongful birth”, “wrongful pregnancy” e “wrongful life”.

La prima abbraccia le ipotesi di nascita indesiderata a causa di difetti genetici omessi dal medico, ma anche i casi di nascita di un figlio sano. Si pensi al caso in cui il medico escluda erroneamente la gravidanza scoprendola in un secondo momento: indipendentemente dallo stato di salute del nato, questa ipotesi potrebbe integrare una “wrongful birth” avendo la condotta del medico impedito alla madre di poter scegliere se esercitare il suo diritto all'aborto o se proseguire la gravidanza.

In breve: con questa espressione si descrivono le vicende in cui, contrariamente a quanto voluto dalla madre, la gestazione sia proseguita fino alla nascita indesiderata del minore a causa di un errore diagnostico del medico o di una sua omissione informativa.

Diversamente, nei casi di “wrongful pregnancy” la condotta del medico è attiva e consiste nel fallimento di un intervento di sterilizzazione o di un suo errore nella prescrizione di rimedi anticoncezionali, per cui l'atto sessuale comporta l'inizio della gestazione.

La categoria maggiormente discussa è quella racchiusa nell'espressione “wrongful life”, la “vita non voluta”: ci si riferisce ai casi in cui un soggetto promuove un'azione volta ad ottenere il risarcimento del danno derivato dalla circostanza di essere nato con delle malformazioni, ossia del danno da “esistenza diversamente abile” causato dalla violazione degli obblighi di informazione e nei riguardi della madre (5).

L'*arrêt Perruche* del 2001 è noto come il leading case in materia di “wrongful life” e riguarda la vicenda di un bambino affetto da una gravissima ed invalidante malattia al quale la Cour de Cassation ha riconosciuto il diritto ad un significativo risarcimento da parte del medico, reo di non avere correttamente informato la madre circa gli esiti clinici e, quindi, responsabile del mancato aborto della medesima (6). In questi casi la richiesta del risarcimento del danno è avanzata dallo stesso bambino nato malformato *iure proprio*, nei confronti dei genitori o di terzi, e il danno si identifica con la stessa esistenza, poiché segnata irrimediabilmente dalla malattia.

Le Sezioni Unite nel 2015 (7) hanno affrontato la questione ponendo in evidenza principalmente due difficoltà. La prima risiede nella possibilità di individuare in capo al nascituro la titolarità del diritto fatto valere e della rispettiva legittimazione attiva; la seconda sta nel riconoscere nel solo fatto di essere nato un danno meritevole di tutela.

Quanto al primo profilo, le Sezioni Unite risolvono la questione escludendo la sussistenza nel nostro ordinamento di un “diritto a non nascere se non sano” sulla scorta di un'argomentazione che evoca quella svolta dalle stesse Sezioni Unite del 2015 (8) in tema di danno tanalogico.

Come l'esclusione di quest'ultimo si basava sulla concezione Epicurea per cui la morte è assenza di vita e con essa viene meno il soggetto legittimato, così anche il “diritto a non nascere se non sano” è un diritto “adespota”: fino al momento

della nascita non è possibile rinvenire un soggetto titolare, mentre in seguito a tale evento il diritto stesso viene definitivamente meno. Si sottolinea, infatti, che paradossalmente questo diritto potrebbe avere un titolare solo in quanto violato, ma a nascita impedita nessun titolare potrebbe ravvisarsi (9). Invece, per valutare il danno patito, com'è noto, occorre paragonare la situazione in cui versa l'attore (ossia l'essere nato malformato) con la situazione che si sarebbe prodotta se il medico avesse agito con una condotta diligente, prudente, perita, consentendo alla madre di abortire nei termini di legge: quindi, la non nascita. Nell'ambito del “diritto a non nascere se non sano”, la situazione alternativa ipotetica, che dovrebbe essere la condizione preferibile e migliore rispetto a quella reale, sarebbe la non vita. Ipotizzare che la non vita sia un bene della vita è una contraddizione insuperabile, efficacemente rappresentata dalle Sezioni Unite con la citazione dantesca “*contraddizione che nol consente*”.

Il corretto approccio ai casi di “wrongful life” dovrebbe stare nell'individuare le conseguenze dannose determinate da una nascita non voluta: com'è stato affermato «*il bambino non solo non è un danno risarcibile, il bambino non è un danno. La sua nascita può però ingenerare degli altri danni, ed è di questi che bisogna discorrere*» (10).

## 3. L'accertamento della colpa.

La colpa medica (11), consistente sia nella violazione di norme giuridiche sia nella violazione di regole di comune prudenza (art. 1176 co.2 c.c.), ossia le *leges artes*, deve essere accertata attraverso il parametro della *exacta diligentia* dell'*homo eiusdem generis et conditionis*. Dunque, il medico potrà essere ritenuto in colpa se la sua condotta sia stata negligente, e la sua condotta è tale se difforme dal comportamento che un ideale medico “medio” avrebbe tenuto nella stessa situazione.

Occorre allora chiarire le caratteristiche dell'ideale medico “medio”: la Corte di Cassazione richiede al medico una diligenza superiore alla media, più precisamente la diligenza del «*regolato ed accorto professionista, ossia del professionista esercente la sua attività con scrupolosa attenzione ed adeguata preparazione professionale*» (12).

Sulla base di queste considerazioni si potrebbe affermare che l'asticella della diligenza professionale minima, posta dall'art. 1176 comma 2 c.c., per il medico sarebbe collocata molto in alto, se non fosse che la legge 8 marzo 2017, n. 24, altresì detta legge Gelli-Bianco, ha introdotto due previsioni limitative della responsabilità medica mediante un richiamo all'art. 5, che condiziona la liquidazione del danno ad una valutazione del giudice sul rispetto delle linee-guida e delle buone pratiche clinico-assistenziali quando il medico è stato imperito, e all'art. 590 sexies c.p. secondo comma ove si esclude la punibilità (sul piano penale) del medico che abbia causato l'evento dannoso per imperizia ma nel rispetto delle linee-guida o delle buone pratiche clinico-assistenziali.

Portando con sé il rischio di creare una “sacca di immunità” del medico, questa previsione ha generato non poche contraddizioni e questioni interpretative, anche in ambito penale. Infatti, delle due l'una: o il medico si è attenuto alle linee-guida, ed allora non si vede come possa dirsi imperita la sua condotta, oppure il medico è stato imperito, allora non può dirsi che abbia rispettato le linee-guida e, per ciò solo, è in colpa. Preme, dunque, capire come possa aver agito nel rispetto delle linee-guida e delle buone pratiche assistenziali il medico che sia imputabile per imperizia.

A tal fine sono intervenute le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione affermando che il medico non risponde pe-

nalmente per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio della sua attività se la colpa è stata lieve, se ha individuato le linee-guida da applicare ed è stato "maldestro" soltanto nell'eseguire le operazioni da esse regolate (13).

Occorre però chiedersi se tale principio valga anche in ambito civile e quindi se, ai sensi dell'art. 7 comma 3 L. n. 24/2017, un medico che ha causato un danno per colpa lieve debba pagare un risarcimento inferiore a quello che pagherebbe chi l'ha causato per colpa grave.

Per risolvere questo dubbio non si può prescindere dalla generale irrilevanza, in ambito civile, del grado dell'elemento soggettivo ai fini del risarcimento del danno. Diversamente, si sposterebbe l'attenzione verso una funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

Al giudice interessa la vittima, non l'intensità del dolo o la gravità della colpa che ha animato il responsabile.

Inoltre, differenziare il risarcimento in funzione del grado della colpa del responsabile implicherebbe liquidare con somme diverse un identico danno, quello alla salute, la cui definizione è uguale per tutti. Così facendo, invece, il valore del bene "salute" varia in funzione della perizia del medico. Si dovrebbe concludere, pertanto, sostenendo che ai fini civilistici, dell'art. 590 sexies c.p. si debba tenere conto nel giudizio sulla colpa, e non ai fini della quantificazione del danno (14). Così intesa, la disciplina dettata dall'art. 7 L. n. 24/2017 non determinerebbe una differenziazione di trattamento di assai dubbia compatibilità con gli artt. 3 e 32 Cost. perché stabilirebbe, sia per la responsabilità civile sia per quella penale, che non risponde del danno il medico che lo ha causato per imperizia consistita in colpa lieve.

Nel caso di nascita indesiderata l'accertamento della colpa consiste nella dimostrazione che l'immagine diagnostica avrebbe consentito ad un professionista di normale diligenza di avvedersi dell'esistenza della malformazione. Quando la colpa del medico o della struttura si presume ex art. 1218 c.c., questi potranno vincere la presunzione dimostrando che nessun medico, con l'ordinaria diligenza, si sarebbe potuto avvedere dell'esistenza della malformazione.

Per superare la presunzione di colpa, però, non è sufficiente dimostrare che, ad esempio, l'immagine ottenuta con l'ecografia non consentiva di rilevare la malformazione, ma dovranno altresì provare che la metodologia utilizzata per la diagnosi era quella corretta.

#### 4. Il nesso di causa.

La colpa sarà attribuita al medico soltanto al ricorrere di due presupposti: che vi sia la prova della sussistenza dei requisiti per procedere legalmente all'interruzione della gravidanza e che sia dimostrata la volontà abortiva (15).

Su questo aspetto hanno fatto chiarezza le Sezioni Unite del 2015 (16) che hanno precisato che, purché la condotta del medico possa essere considerata colpevole, occorre che l'interruzione sia legalmente consentita.

Per questo motivo l'accertamento demandato al giudice di merito in questi casi è duplice (17): occorre, infatti, stabilire dapprima se nel singolo caso l'aborto sarebbe stato comunque consentito dalla legge - quindi, accertare che «sussistano, e siano accertabili mediante appropriati processi clinici, le rilevanti anomalie del nascituro e il loro nesso eziologico con un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna» (18) - dopodiché verificare se la gestante avrebbe verosimilmente compiuto tale scelta.

Il nesso di causa (19) tra errore del medico e nascita indesiderata si potrà quindi dire sussistente quando ricorrano due elementi, il cui onere della prova grava su chi invoca il risar-

cimento (20): il serio o grave pericolo per la salute della gestante e la volontà abortiva.

#### 4.1. Il serio e grave pericolo per la salute psicofisica della madre.

Quanto al primo elemento, è stato affermato (21) che la situazione di grave pericolo per la condizione psicofisica della madre va accertata (come situazione di danno potenziale) necessariamente con giudizio *ex ante*: «la prefigurazione della situazione di pericolo va desunta dalle circostanze che esistono al momento in cui la scelta deve essere compiuta, ovvero, in caso di inesatte informazioni che precludano una scelta libera e consapevole, sulla base della situazione in cui la gestante si sarebbe presumibilmente trovata se correttamente informata» (22). È, in definitiva, un giudizio ipotetico controfattuale *ex ante* che deve essere compiuto caso per caso (23).

Sull'entità del pericolo per la salute psicofisica è stato affermato che «non ogni pericolo per la salute fisica o psichica della donna è rilevante, tanto da assimilarlo ad ogni forma di danno biologico, ma solo quello che abbia carattere patologico grave per la salute fisica o psichica della stessa, [...] l'art. 6 della legge si riferisce ad un concetto di salute ristretto, espresso, in termini negativi, come assenza di malattia» (24). Si è già accennato che l'onere della prova grava sul soggetto legittimato a chiedere il risarcimento ma, con riferimento alla pericolosità la giurisprudenza riconosce un'attenuazione dell'onere mediante il ricorso a presunzioni, sul presupposto che pochi genitori sono disposti a dare alla luce un figlio che corra il rischio di essere gravemente malato o costretto a vivere una vita menomata, con la conseguenza che è legittimo ricondurre presuntivamente al difetto di informazione il mancato esercizio della facoltà di abortire (25).

Per processo patologico, invece, la giurisprudenza (26) intende un processo idoneo a concretare quel pregiudizio (fisico o, più frequentemente) psichico della donna funzionale all'intervento interruttivo della gravidanza, e da tale nozione bisogna prendere le mosse per identificare i confini contenutistici degli obblighi informativi del medico professionista, chiamato peraltro al non facile compito di dimostrare in giudizio la sussistenza dei citati requisiti dell'aborto terapeutico. Ci si è domandati (27) se sussista ugualmente il requisito legale dell'accertamento del processo patologico relativo a rilevanti anomalie o malformazioni del feto quando la malformazione sia di lieve entità (ad esempio, labbro leporino, mancanza di un dito ecc...).

La giurisprudenza a proposito ha sostenuto che la valutazione del giudice deve prendere in considerazione i tre elementi previsti dalla legge: rilevanza delle malformazioni, grave pericolo per la salute psicofisica della madre e la volontà espressa o presunta di abortire. Laddove la valutazione del giudice si estendesse ad un giudizio di valore sulla proporzione tra entità delle malformazioni e scelte intime della madre, sindacando secondo il proprio personale apprezzamento se la gravità o meno delle malformazioni avrebbe potuto o no legittimare una scelta abortiva «si eleverebbe la valutazione della situazione di fatto operata nel caso concreto (e centrata sul tipo di menomazione e sulle sue conseguenze sulla vita del nascituro) a principio di diritto dotato di valore generale, predicabile in tutte le situazioni analoghe e si produrrebbe anche l'effetto di spostare l'attenzione dal focus della norma - la tutela della condizione psicofisica della madre, ed il suo diritto di interrompere la gravidanza qualora l'anomalia del feto sia di tale gravità da determinare anche un pregiudizio alla propria salute psicofisica - al diritto di nascere del bambino» (28).

Tuttavia, ferma restando l'intenzione della Corte di non voler stabilire criteri per l'apprezzamento della gravità delle malformazioni del feto, alcune pronunce hanno ritenuto non suscettibile di giustificare la scelta abortiva la diagnosi di mancanza di una mano (29), altre l'omessa diagnosi del c.d. labbro leporino (30), altre ancora l'omessa diagnosi di agenesia di un dito in ciascuno dei quattro arti (31).

È chiaro che la questione della rilevanza o meno delle malformazioni minime non si possa estremizzare al punto di riconoscere la sussistenza del rischio alla salute psichica della gestante nei casi di aborto eugenetico, cui si è cercato di dare una sospetta motivazione: «*l'intervento soppressivo precoce del feto, portatore di malattie, potrebbe essere visto come esecuzione di "una volontà presunta del nascituro", il quale, se fosse in grado di conoscere le proprie condizioni, sceglierebbe di essere subito eliminato dal mondo dei viventi. Anche nell'assurda supposizione che il feto possa compiere questa scelta suicida, a nessuno di noi compete il potere e tanto meno il dovere di cooperare a una morte volontaria*» (32).

L'idea per cui una persona malata "non deve essere lasciata nascere" risale al progetto di eugenetica nazista, teorizzato da Adolf Hitler all'inizio degli anni '20, quando comparve un libro dal titolo "*L'autorizzazione all'eliminazione delle vite non più degne di essere vissute*" dello psichiatra Alfred Hoche e del giurista Karl Binding, nel quale si sviluppava il concetto di "eutanasia sociale" secondo cui il malato incurabile era da considerarsi non soltanto portatore di sofferenze personali ma anche sociali ed economiche, dunque sopprimerlo consentiva di porre fine alla sofferenza personale e consentire una distribuzione più razionale ed utile delle risorse economiche (33).

#### 4.2. La volontà abortiva.

L'accertamento della circostanza che la gestante, se correttamente informata, avrebbe scelto di abortire viene generalmente assolto attraverso il ricorso alle presunzioni semplici. Più volte la Corte di Cassazione (34) ha ritenuto possibile affermare, in base alla sola gravità della situazione, la sussistenza della facoltà di abortire, affermando che risponde ad un criterio di regolarità causale che la donna, ove adeguatamente e tempestivamente informata della presenza di una malformazione tale da incidere sulla estrinsecazione della personalità del nascituro, preferisca non portare a termine la gravidanza.

La Corte di Cassazione, tuttavia, con un arresto del 2013 (35) si è discostata da questa concezione, sostenendo che il problema del nesso causale in tema di danno da nascita indesiderata va affrontato e risolto al di fuori degli stereotipi di soluzioni fortemente condizionate da implicazioni emotive e da opzioni ideologiche e censurando l'orientamento precedente, perché introdurrebbe una presunzione *iuris tantum* di sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato l'aborto e, quindi, del grave pericolo di danno psichico per la madre. Occorre precisare però che da alcune circostanze (fatti noti) si può presumere che la gestante, se informata delle malformazioni, avrebbe interrotto la gravidanza (risalendo al fatto ignoto).

Tra i fatti noti si annovera la circostanza che la gestante si sia sottoposta ad un esame per conoscere lo stato di salute del nascituro, il fatto che essa fosse psichicamente già depressa al momento del concepimento, che avesse già prima dell'errore medico manifestato la sua propensione all'aborto nel caso di malformazioni del feto e, infine, la gravità della malformazione del feto.

Tuttavia, da questa circostanza "si può" e non "si deve" giun-

gere alla conclusione che la gestante avrebbe interrotto la gravidanza, se fosse stata a conoscenza delle malformazioni del feto. Queste circostanze devono sempre essere calate nel contesto del caso specifico non potendo operare un automatismo tra l'accertamento di queste circostanze e la prova della volontà abortiva (36).

Inoltre, la volontà abortiva secondo la giurisprudenza deve escludersi quando sia accertata l'esistenza di fattori ambientali, culturali, religiosi, idonei a dimostrare che, anche se informata delle malformazioni, la donna avrebbe accettato la continuazione della gravidanza (37). L'onere di provare che la donna non avrebbe abortito in forza di questi fattori e, quindi la sussistenza degli stessi, grava sul convenuto. Infatti spetta al medico, convenuto, dimostrare l'esistenza di fatti idonei ad escludere il diritto, che possono consistere nei suddetti fattori, e alla madre dimostrare che avrebbe abortito comunque.

#### 5. I danni risarcibili nelle vicende di nascita indesiderata.

Oltre ad un possibile danno alla salute psicofisica della madre derivante dalle diverse ipotesi di nascita indesiderata, qualificabile come danno biologico di natura psicofisica (38), sono ritenuti danni risarcibili (se allegati e provati): il danno non patrimoniale scaturito dalla violazione del diritto a pianificare la propria vita familiare e, dunque, nel rispetto della legge n. 194/1978 e della sua *ratio*, a decidere se portare a termine o meno la gravidanza e il danno da "mancata preparazione" psicologica e patrimoniale.

In merito ad errori diagnostici durante la fase prenatale, in numerose pronunce (39) la giurisprudenza ha affermato che la violazione del consenso informato in capo ad una donna in gravidanza sia idoneo ad incidere non solo sulle sue scelte abortive, ma potrebbe avere anche altre conseguenze.

In particolare, la giurisprudenza ha ritenuto sussistente la violazione del diritto dei genitori ad essere informati al fine di prepararsi psicologicamente e, se del caso, anche materialmente all'arrivo di un figlio menomato.

In un'emblematica pronuncia (40) la Corte di Cassazione ha accolto il motivo di ricorso con cui i ricorrenti contestavano la sentenza della Corte d'Appello nella parte in cui aveva ommesso di considerare che la madre, ove informata, avrebbe potuto scegliere di non abortire, ma avrebbe avuto anche la possibilità di prepararsi psicologicamente e materialmente alla nascita di un bambino con problemi, necessitante di accudimento, dell'elaborazione del fatto da parte dei genitori, dell'accettazione e predisposizione di una diversa organizzazione di vita ed avrebbe potuto programmare interventi chirurgici o cure tempestive per eliminare il problema o attenuarne le conseguenze.

La Corte di Cassazione nell'accogliere il motivo di ricorso ha precisato che tutte le volte in cui il diritto all'autodeterminazione procreativa risulti il presupposto per il compimento di una pluralità di altre possibili scelte che l'omessa informazione ha impedito venissero assunte, cagionando un grave nocumento, non vi è ragione per non accogliere l'istanza di tutela risarcitoria.

L'errore della Corte d'Appello è consistito, secondo la Corte di cassazione, nell'aver messo in relazione l'omessa informazione esclusivamente con l'interruzione della gravidanza, non tenendo conto della giurisprudenza di legittimità che da tempo dà dimostrazione di considerare la consulenza diagnostica presupposto causale di una serie di conseguenze non circoscritte alla dimensione terapeutica in senso stretto, rimarcando il fatto che «*la richiesta di una diagnosi prenatale riveste caratteri plurifunzionali. Allora, la conoscenza delle con-*

*dizioni di salute del feto si pone quale antecedente causale di una serie di altre scelte di natura esistenziale, familiare, e non solo terapeutica» (41).*

La giurisprudenza riconosce pacificamente che la lesione del diritto della madre ad essere informata possa dar luogo ad un danno non patrimoniale autonomamente risarcibile, ai sensi dell'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., purché il danno lamentato sia causalmente collegato all'omessa informazione e varchi la soglia della gravità dell'offesa secondo i canoni delineati dalle note sentenze di San Martino (42).

Il soggetto danneggiato ha l'onere di allegare la relazione causale diretta tra la violazione dell'obbligo di informazione e la compromissione dell'interesse giuridico leso ed una volta dimostrata da parte dei ricorrenti la lesione del diritto di prepararsi al trauma della nascita di un figlio affetto da gravi patologie, causalmente imputabile all'inadempimento informativo, il giudice dovrebbe consentire loro l'accesso alla tutela risarcitoria.

La Corte di Cassazione (43), nell'intenzione di dare seguito a questa apertura, ha specificamente affermato che la tutela risarcitoria per violazione del diritto all'autodeterminazione prescinda del tutto dalle condizioni di salute della neonata, e debba essere riconosciuta rispetto alle negative ricadute esistenziali che si verifichino nella vita dei genitori in conseguenza della violazione del diritto a non dar seguito alla gestazione, esercitato nell'ambito dei tempi e delle modalità disciplinate dalla normativa della L. n. 194 del 1978, e non esercitato in conseguenza del colpevole inadempimento dei medici e/o della struttura sanitaria a ciò preposti.

Le negative ricadute esistenziali che conseguono alle ipotesi di nascita indesiderata di un bambino malformato comprendono, oltre alle ripercussioni psicologiche, anche l'aspetto economico e, in particolare, quanto i genitori non si aspettavano di dover sostenere a proprie spese per la crescita e l'educazione del figlio nato malformato a causa di un errore diagnostico.

Vi è tuttavia un contrasto in giurisprudenza in merito alla configurabilità in termini di danno risarcibile delle spese di mantenimento e educazione del bimbo, la cui nascita era indesiderata.

Secondo un primo orientamento questo danno non sarebbe risarcibile, in quanto la legge n. 194/78 è preordinata a tutelare la salute psicofisica della donna e non il suo patrimonio.

Pertanto, gli unici danni patrimoniali risarcibili nel caso di nascita indesiderata sarebbero rappresentati dai costi necessari a rimuovere le difficoltà economiche idonee ad incidere negativamente sulla salute della donna (44).

Per un diverso orientamento, invece, nel caso di omessa informazione sulle malformazioni del feto è risarcibile anche il danno patrimoniale, poiché si versa in tema di inadempimento contrattuale, dunque, il creditore ha diritto al ristoro dell'intero pregiudizio subito ai sensi dell'articolo 1223 c.c. (45).

Secondo autorevole dottrina quest'ultimo orientamento è l'unico condivisibile, poiché il primo si fonda sull'assioma secondo cui il danno risarcibile è solo quello scaturente dalla lesione dell'interesse tutelato dalla norma violata dal responsabile: tesi inaccettabile in tema di violazione di diritti costituzionalmente protetti, perché condurrebbe ad una inammissibile riduzione dell'area di tutela (46).

### 5.1. Un recente ed emblematico arresto della Corte di Cassazione.

Questi temi sono stati toccati da una recente pronuncia della

Corte depositata il 3 maggio u.s. nella quale, in merito ad un errore diagnostico circa la malformazione del feto, è stata sottolineata la necessità di tenere distinto il danno limitato alla compromissione della volontà di interrompere la gravidanza, attraverso l'omissione o l'errata informazione circa la diagnosi, dal danno inerente all'autodeterminazione. I due profili, scaturenti dalla condotta colpevole del medico, non sono suscettibili di sovrapposizione reciproca.

Nell'occasione, la Corte ha ribadito che *«l'acquisizione del "consenso informato" del paziente, da parte del sanitario, costituisce prestazione diversa rispetto a quella avente ad oggetto l'intervento medico, con la conseguenza che l'errata esecuzione di quest'ultimo dà luogo, in ipotesi, a un danno suscettibile di ulteriore e autonomo risarcimento rispetto a quello dovuto per la violazione dell'obbligo d'informazione, anche in ragione della diversità dei diritti - rispettivamente, alla "autodeterminazione" delle scelte mediche e all'integrità psicofisica - pregiudicati nelle due differenti ipotesi» (47).*

A supporto di questa affermazione viene richiamata una precedente sentenza di legittimità, (48) nella quale era stata cassata la decisione del giudice di merito che aveva rigettato la domanda di risarcimento dei danni conseguenti alla omessa rilevazione e comunicazione della malformazione del feto. Nell'occasione la Corte si era pronunciata esclusivamente sui danni da mancata interruzione della gravidanza, dei quali non si era raggiunta la prova non riuscendo, la ricorrente, a dimostrare la sussistenza della volontà abortiva.

La Corte in quella vicenda aveva ritenuto tale conclusione errata nella parte in cui il giudice di merito aveva omesso del tutto di valutare gli altri e diversi danni e le relative conseguenze, nella specie indicate proprio nell'impossibilità di prepararsi, come genitori, psicologicamente e materialmente alla nascita di un figlio malformato.

Nella sentenza del maggio 2024 trova ulteriore conferma l'indirizzo secondo cui i danni risarcibili in conseguenza della lesione del diritto all'autodeterminazione della gestante non si limitano a quelli correlati alla nascita indesiderata, estendendosi anche agli altri che siano connessi alla perdita della possibilità di predisporre ad affrontare consapevolmente tale nascita, quali, ad esempio, il ricorso, per tempo, a una psicoterapia o quanto meno la tempestiva organizzazione della vita in modo compatibile con le future esigenze di cura del figlio (49).

La Corte di Cassazione ha concluso che *«il sanitario che formuli una diagnosi di normalità morfologica del feto anche sulla base di esami strumentali che non ne hanno consentito, senza sua colpa, la visualizzazione nella sua interezza, ha l'obbligo d'informare la paziente della possibilità di ricorrere ad un centro di più elevato livello di specializzazione, in vista dell'esercizio del diritto della gestante di interrompere la gravidanza, ricorrendone i presupposti (50). [...] Ad una corretta informazione consegue la facoltà di predisporre ad affrontare consapevolmente le conseguenze dell'intervento, ove queste risultino, sul piano postoperatorio riabilitativo, particolarmente gravose e foriere di sofferenze prevedibili quanto inaspettate per il paziente a causa dell'omessa informazione» (51).*

### 5.2. Ricadute in tema di causa petendi.

La scelta di chiedere la condanna al risarcimento per una tipologia di danno comporta un onere di tempestiva allegazione e offerta di prova in primo grado che impone alle parti di presentare tutte le prove e le allegazioni entro termini rigorosamente stabiliti. Questo sistema va ad integrare il tema delle preclusioni processuali, peraltro rafforzate dalle novità intro-

dotte con il d.lgs. n. 149/2022 che ha enfatizzato l'importanza della tempestiva presentazione delle prove.

Sono state, infatti, modificate le tempistiche di presentazione delle memorie integrative, ora disciplinate dall'art. 171 ter c.p.c. e inserite in una sottofase di attività integrativa delle parti con cui si anticipa, in un momento prima dell'udienza, lo scambio di memorie previste nel precedente modello all'art. 183 comma 6 c.p.c.

Preclusa in ogni caso e in qualsiasi momento è la trasformazione radicale della domanda: la *mutatio libelli*. Essa è integrata dalla presentazione di una domanda nuova che nella specie può riguardare l'accertamento di un danno derivante dall'inadempimento, da parte del medico, di un altro tipo di prestazione rispetto a quella dedotta originariamente.

Si pensi alle considerazioni svolte dalla Corte di Cassazione (52) sull'indipendenza della lesione del diritto all'autodeterminazione per inadempimento della prestazione di acquisizione del consenso informato rispetto alla compromissione della volontà di interrompere la gravidanza, a causa di un errore durante una diagnosi prenatale o un intervento di sterilizzazione.

Con la domanda diversa verrebbe introdotto un *petitum* diverso o più ampio o una *causa petendi* fondata su differenti situazioni giuridiche non dedotte in precedenza.

Ipotesi diversa è quella dell'*emendatio libelli*, integrata dalla semplice precisazione o modificazione della domanda, cioè da una mera modifica non sostanziale della stessa. Con essa si incide sulla *causa petendi*, risultando modificata solo l'interpretazione o qualificazione giuridica del fatto costitutivo del diritto oppure del *petitum*. Questa ipotesi è disciplinata dall'art. 171 ter c.p.c. che consente alle parti nelle memorie integrative di proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto o dal terzo, nonché precisare o modificare le domande, eccezioni e conclusioni già proposte.

Posto il divieto di *mutatio libelli* nel giudizio di primo grado, la stessa preclusione opera nel giudizio di appello: l'art. 345 c.p.c. dispone che non possono essere presentate nuove domande nel giudizio di appello, a pena di inammissibilità della domanda nuova proposta.

Ci sono stati casi in cui, anche a causa delle difficoltà che l'attore incontra nel fornire la prova del nesso di causalità tra l'omissione e il danno alla salute e soprattutto della volontà abortiva, accanto a quest'ultimo è stato chiesto il risarcimento anche per danni diversi, quali ad esempio la mancata preparazione.

Riprendendo l'esempio di cui sopra: posto che l'acquisizione da parte del medico del consenso informato costituisce prestazione altrà e diversa da quella dell'intervento medico richiestogli, proposta in primo grado la domanda di risarcimento per l'inadempimento di tale prestazione, sarebbe da ritenere preclusa ex art. 345 c.p.c. la proposizione nel giudizio di appello, per la prima volta, della domanda risarcitoria diretta a far valere la colpa professionale del medico nell'esecuzione di un intervento, in quanto costituente domanda nuova rispetto a quella proposta in primo grado essendo differente il rispettivo fondamento. Allo stesso modo, se proposta in primo grado la domanda per il risarcimento del danno psicofisico da nascita indesiderata, cadrebbe sotto la preclusione di cui all'art. 345 c.p.c. l'eventuale domanda risarcitoria per il danno da mancata preparazione proposta in appello.

#### Note.

(1) M. Rossetti, "Il danno alla salute: biologico, patrimoniale, morale, perdita di chance, danno da morte, la CTU medico legale, profili processuali, tabelle per la liquidazione", CEDAM, 2021, 1078.

(2) *Ex multis* Cass. civ. sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488; Cass. civ. sez. III, 4 gennaio 2010, n. 13; Cass. civ. sez. III, ord. 5 febbraio 2018, n. 2675.

(3) Cass. civ. sez. III, 20 ottobre 2005, n. 20320.

(4) Cass. Sez. Un. Civ., 1° luglio 2002, n. 9556: «Una stessa condotta illecita può dar luogo a lesione di più posizioni soggettive per via immediata e diretta ma anche in modo indiretto e mediato secondo il criterio della cd. regolarità causale, (causalità adeguata), ovvero l'id quod plerumque accidit».

(5) M. Feola, "Il danno dinamico-relazionale da «esistenza diversamente abile», in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, n. 6/2021, 1482 ss.

(6) Cour de Cassation, Assemblée Plénière, 17 novembre 2000, in Nuova giur. Comm., 2001, 209 ss.

(7) Cass. Sez. Un. civ., 22 dicembre 2015, n. 25767, in Danno e resp., 2015, 349 ss.

(8) Cass. Sez. Un. Civ., 22 luglio 2015, n. 15350, in Danno e resp., 2015, 10, 889: «E' questo l'argomento che la dottrina definisce "epicureo", in quanto riecheggia le affermazioni di Epicuro contenute nella Lettera sulla felicità a Meneceo: "Quindi il più temibile dei mali, la morte, non è nulla per noi, perché quando ci siamo noi non c'è la morte, quando c'è la morte non ci siamo più noi. La morte quindi è nulla, per i vivi come per i morti: perché per i vivi essa non c'è ancora, mentre per quanto riguarda i morti, sono essi stessi a non esserci"».

(9) E. Giovanardi, "Brevi note sull'ammissibilità del danno da «vita indesiderata», in Giurisprudenza Italiana, n. 6/2005, 206.

(10) E. Giovanardi, *op. cit.*, 290.

(11) Cfr. Cass. civ. sez. III, 25 novembre 1994, n. 10014; Cass. civ. sez. III, 2 febbraio 2010, n. 2354; Cass. civ. sez. III, 2 ottobre 2012, n. 16754; Cass. civ. sez. III, 13 luglio 2011 n. 15386.

(12) Cass. civ. sez. III, 22 febbraio 1988, n. 1847, in Arch. Civ., 1988, 684.

(13) Cass. pen. Sez. Un., 22 febbraio 2018, n. 8770, in Dir. Pen. e Proc., 2018, 5, 619.

(14) M. Rossetti, *op. cit.*, 1024.

(15) E. Palmerini, "Un nuovo tassello nella fattispecie di danno da nascita indesiderata", in La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata, n. 4, 1° luglio 2021, p. 892.

(16) Cass. civ., sez. un., 22 dicembre 2015, n. 25767, in Danno e Resp., 2016, 4, 349.

(17) M. Rossetti, *op. cit.*, 1080.

(18) Cass. civ. sez. un. 22 dicembre 2015, n. 25767, *cit.*

(19) Cfr. Cass. civ. sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735; Cass. civ. sez. III, 13 luglio 2011 n. 15386; Cass. civ. sez. III, 10 novembre 2010 n. 22837.

(20) Cass. civ. sez. III, ord. 10 giugno 2020, n. 11123; Cass. civ. Sez. III, ord. 16 marzo 2021, n. 7385; Cass. civ. sez. III, Ord. 27 luglio 2023, n. 18327; Cass. civ. sez. III, 25 gennaio 2022, n. 2150; Trib. Latina, 26 ottobre 2023, n. 2275.

(21) Cass. civ. sez. III, ord. 27 giugno 2023, n. 18327, in Quotidiano Giuridico, 2023.

(22) *Ibidem*.

(23) Cass. civ. sez. III, 15 gennaio 2021, n. 653, Massima redazionale, 2021.

(24) Cass. civ., sez. III, 13 luglio 2011, n. 15386, in Nuova Giur. Civ., 2011, 1, 12, 1252; Cass. civ. sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in Mass. Giur. It., 1998.

(25) Cass. civ., sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735, in Dir. e Giustizia, 2002, fasc. 26, 24, nella quale si aggiunge che per stabilire se la donna avrebbe interrotto la gravidanza, ove adeguatamente informata sulle condizioni del nascituro, non si deve accertare se in lei si sia instaurato un processo patologico capace di evolvere in grave pericolo per la salute psichica ma solo stabilire, con un criterio di prognosi postuma, se la dovuta informazione sulle condizioni del feto avrebbe potuto determinare durante la gravidanza l'insorgere di tale processo patologico.

(26) Cass. civ., sez. III, 15 gennaio 2021, n. 653, in Danno e responsabilità 3/2021, 311 e ss.: «L'accertamento di processi patologici che possono provocare, con apprezzabile grado di probabilità, rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro consente il ricorso all'interruzione volontaria della gravidanza, ai sensi della L. n. 194 del 1978, art. 6, lett. b), laddove determini nella gestante - che sia stata compiutamente informata dei rischi - un grave pericolo per la sua salute fisica o psichica, da accertarsi in concreto e caso per caso, e ciò a prescindere dalla circostanza che l'anomalia o la malformazione si sia

già prodotta e risulti strumentalmente o clinicamente accertata; il medico che non informi correttamente e compiutamente la gestante dei rischi di malformazioni fetali correlate a una patologia dalla medesima contratta può essere chiamato a risarcire i danni conseguiti alla mancata interruzione della gravidanza alla quale la donna dimostri che sarebbe ricorsa a fronte di un grave pregiudizio per la sua salute fisica o psichica».

(27) M. Rossetti, *op. cit.*, 1085 ss., G. Perico, “L’aborto eugenetico”, in AA.VV. “L’aborto: diritto o crimine?”, Ferro, Milano, 1972, 490.

(28) Cass. civ. sez. III, 6 luglio 2020, n. 13881, in *Studium juris*, 2021, 3, 382.

(29) Cass. civ. sez. III, 11 aprile 2017, n. 9251, in *Danno e Resp.*, 2017, 5, 549.

(30) Trib. Ascoli Piceno, 17 maggio 2019, n. 359, in *www.onelegale.it*.

(31) Trib. Barletta, 30 gennaio 2018, n. 228, in *www.onelegale.it*.

(32) G. Perico, *op. cit.*, 490.

(33) M. Rossetti, *op. cit.*, 1086; L. Bertolino, “Eugenetica: piano inclinato e dintorni. Note a margine del libro di Carlo Alberto Defanti”, in *Bioetica Rivista interdisciplinare*, n.3-4/2014, 529 ss; C.A. Defanti, “L’eugenetica porta all’eutanasia? L’argomento della deriva nazista in bioetica”, in *Bioetica Rivista interdisciplinare*, n. 2-3/2013, 480 ss.

(34) Cass. civ. sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735 *cit.*

(35) Cass. civ. sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269, in *Danno e Resp.*, 2013, 11, 1072.

(36) M. Rossetti, *op. cit.*, 1085.

(37) Cass. civ. sez. III, 10 maggio 2002, n. 6735.

(38) Cass. civ., sez. III, 10 gennaio 2017, n. 243, Massima redazionale, 2017.

(39) *Ex multis* Cass. civ. Sez. III, ord. 16 marzo 2021, n. 7385; Cass. civ. Sez. III, ord. 25 giugno 2019, n. 16892; Cass. civ. Sez. III, ord. 15 maggio 2018, n. 11749; Cass. civ., Sez. III, ord. 10 giugno 2020, n. 11123; Cass. civ., Sez. III, 22 marzo 2013, n. 7269.

(40) Cass. civ. sez. III, ord. 16 marzo 2021, n. 7385.

(41) Cfr. La giurisprudenza citata nella nota precedente.

(42) Cass. civ., sez. III, 11 novembre 2019 n. 28985, 28986, 28987, 28988, 28989, 28990, 28991, 28992, 28993, 28994.

(43) Cass. civ., sez. III, ord. 29 gennaio 2018, n. 2070.

(44) Cass. civ. Sez. III, 8 luglio 1994, n. 6464, in *Corriere giur.*, 1995, 91.

(45) Cass. civ. Sez. III, 29 luglio 2004, n. 14488, in *Foro it.*, 2004, I, 3327; Cass. civ. Sez. III, 1° dicembre 1998, n. 12195, in *Foro it.*, 1999, I, 77.

(46) M. Rossetti, *op. cit.*, 1094.

(47) Cass. civ., Sez. III, Ord. 03 maggio 2024, n. 12000.

(48) Cass., civ. Sez. III, 25 giugno 2019, n. 16892.

(49) Cass. civ. Sez. III, 31 gennaio, 2023, n. 2798; Cass. civ. Sez. III, 12 giugno 2023, n. 16633.

(50) Cass. civ. Sez. III, 3 luglio 2019, n. 30727.

(51) Cass. civ. Sez. III, 4 ottobre 2022, n. 2798.

(52) Cass. civ., Sez. III, Ord. 03 maggio 2024, n. 1200.

## Sezione di diritto del lavoro

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. lav., 26 giugno 2023, n. 382 – Giudice Dito.

### **LAVORO - contratto - patto di prova - requisiti - validità.**

(Art. 2096 c.c.)

*L'obbligo di forma scritta previsto dall'art 2096 c.c. non si estende anche al contenuto delle mansioni.*

*Ai fini della validità del patto di prova, si deve infatti ritenere sufficiente l'accertamento della piena consapevolezza da parte del lavoratore dei compiti e delle responsabilità cui è chiamato e del cui adeguato esercizio deve dare prova. (1)*

*Non può quindi ritenersi nullo il patto di prova apposto ad un contratto di lavoro qualora venga direttamente dimostrato in giudizio che il lavoratore ha ricevuto, in sede di colloqui preassuntivi, la dettagliata indicazione della mansione che avrebbe dovuto svolgere. (2)*

(...Omissis...)

Con ricorso depositato Il (...omissis...), premesso di essere stata assunta quale Coordinatore Ufficio della società resistente, con qualifica di Quadro A CCNL del personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori, con patto di prova della durata di 6 mesi, ha dedotto di essersi dimessa, in ragione del nuovo lavoro, dalla propria attività precedente e ha lamentato, in primo luogo, di aver avuto, presso la società convenuta, solo una minima formazione meramente formale.

Ulteriormente la ricorrente, ha dedotto di non avere avuto la possibilità di operare, attesa l'assenza delle abilitazioni necessarie per accedere ai siti necessari, la mancata convocazione da parte della responsabile del settore e del coordinatore uscente a riunioni e il mancato coinvolgimento in attività e assenza di inviti a partecipare e collaborare nella gestione, in particolare, di importanti ed urgenti questioni presentatesi nel periodo.

La ricorrente ha altresì lamentato di essere stata l'unica, nel suo ufficio, a non poter usufruire di smart working in periodo di pandemia, risultando quindi, nel periodo, aggravata di più compiti e ha quindi impugnato il licenziamento intervenuto per mancato superamento del periodo di prova, eccependo altresì la nullità del relativo patto, per assenza di specificazione delle mansioni che ne avevano costituito l'oggetto, ribadendo di non essere stata messa mai in grado di svolgere le mansioni per le quali era stata assunta, e ha quindi concluso per la relativa tutela, in via graduata, concludendo come in epigrafe. Si è costituita in giudizio (...omissis...) contestando integralmente ogni prospettazione, difesa ed istanza di parte ricorrente, anche sotto un profilo generale rispetto alla tipologia di tutela richiesta e concludendo conformemente. In particolare, parte resistente ha ripercorso l'iter della selezione che aveva portato all'assunzione della ricorrente specificando i compiti che era previsto le fossero assegnati, sotto la direzione della responsabile dell'ufficio e in previsione della sostituzione del coordinatore uscente sottolineando come in occasione dei due distinti colloqui che avevano preceduto la individuazione della ricorrente, dopo la verifica delle esperienze pre-

gresse e l'acquisizione delle sue motivazioni fossero stati puntualmente illustrati compiti e responsabilità della figura professionale di Coordinatore sotto ogni profilo. La società resistente ha ribadito come il patto di prova fosse del tutto rituale e valido, nel suo corretto rinvio, peraltro, a quanto previsto per la mansione, dal CCNL applicato al rapporto. La convenuta ha altresì contestato ogni carenza formativa e di necessaria partecipazione e coinvolgimento dedotta dalla ricorrente, introdotta, per contro, in una serie di pratiche, sottolineando come la stessa fosse stata convocata ad un colloquio al fine di ricordarle ancora una volta, in ragione di riscontri inadempimenti, come il ruolo di coordinatore prevedesse attività tecnica ma anche di coordinamento, gestione e pianificazione di risorse e attività, ottenendo, solo per un breve periodo, un adeguamento alle richieste in tal senso, ciò che avrebbe determinato la decisione datoriale di interrompere il rapporto. La controversia è stata trattata ed istruita in più udienze e il definita con lettura del dispositivo.

Alla luce della trattazione e dell'istruttoria svolta, il ricorso proposto è risultato infondato e, pertanto, non può essere accolto. Ciò si afferma, in primo luogo, con riferimento ai dedotti vizi genetici del patto di prova inserito nel contratto di assunzione. Sul punto, si osserva infatti come la proposta di assunzione (cfr. doc 2 produzioni (...omissis...)) incontestabilmente accettata senza alcuna riserva o richiesta di modifica da parte ricorrente, prevedesse sia che il periodo di prova indicato riguardasse mansioni analiticamente illustrate alla ricorrente durante il procedimento di selezione, sia un espresso rinvio, per quanto non espressamente indicato, al Contratto Collettivo applicato al rapporto e quindi, altrettanto incontestabilmente a quello del lavoro del personale dipendente da società e consorzi concessionari di autostrade e trafori che riporta la declaratoria dell'inquadramento in cui la ricorrente risulta essere inserita. Ciò, secondo parte resistente renderebbe integrati i requisiti richiesti anche da parte della giurisprudenza (cfr l'orientamento richiamato dalla parte nelle proprie difese) per ritenere il patto di cui si discute, del tutto valido ed efficace. Sul punto deve darsi atto anche dell'esistenza di un altro orientamento, più rigoroso nell'individuare i limiti del possibile rinvio per relationem alle disposizioni del CCNL (cfr. anche la recente Cass. 14 gennaio 2022 n. 1099, Cass. 27 febbraio 2023 n. 5881).

In merito si ritiene però risolutivo in favore della tesi sostenuta dalla società resistente, l'obiettivo circostanza che la ricorrente abbia riconosciuto, mediante la sottoscrizione apposta alla proposta di assunzione, di aver ricevuto, in sede di colloqui preassuntivi, la dettagliata indicazione delle mansioni che avrebbe dovuto svolgere, sul punto ritenendo che la ratio sottesa anche all'orientamento più rigoroso sopra riportato e cioè quella di rendere, per quanto qui interessa, il lavoratore pienamente consapevole in merito agli aspetti sui quali verterà la sua valutazione nel periodo di prova, sia nel caso di specie, comunque soddisfatta (cfr quale precedente in termini, richiamato anche da parte resistente, Cass. 15 maggio 2015 n. 10041).

Anche al di là della adesione formale della ricorrente alla specificazione ora richiamata, si rileva infatti come la prova testimoniale abbia dato pieno riscontro dell'avvenuta informativa come dedotta dalla società resistente.

Sul punto si richiamano, in primo luogo, le dichiarazioni della teste (...omissis...) che ha espressamente ricordato di aver conosciuto la ricorrente nella fase di selezione del personale ai fini di assunzione con riferimento al posto di cui si discute, in Genova. La teste, operativa nella direzione del personale della società resistente, ha confermato di aver svolto un primo colloquio con la ricorrente insieme all'ing. (...omissis...) ascoltando le sue esperienze pregresse, le sue motivazioni e lasciando spazio per eventuali domande ed un secondo colloquio più tecnico, svolto in presenza anche dell'Avv.to (...omissis...), del direttore del tronco e del dott. (...omissis...) e ha aggiunto, come nel corso di questi colloqui si fosse sicuramente descritto quali compiti la ricorrente avrebbe dovuto svolgere nonché le relative responsabilità.

Quanto ricordato da tale teste ha trovato poi pieno riscontro anche nelle dichiarazioni dell'ulteriore testimone, il prima menzionato, che ha quindi anch'esso confermato di aver partecipato alle fasi di selezione e di ricordare, in particolare, un secondo colloquio con la ricorrente, affermando come in tale occasione il riferimento concreto alla sede di destinazione e ai compiti che questa implica, con particolare riguardo al settore dei contratti pubblici e appalti, all'esame di come avviene il lavoro, di come viene gestito, delle relative responsabilità e del coordinamento con i superiori, fossero stati temi espressamente affrontati, come di prassi, anche con la ricorrente.

Per quanto precede deve concludersi che le doglianze di carattere formale relative al patto di prova, espresse dalla (...omissis...) non siano nel complesso fondate e vadano quindi disattese, in ciò risultando assorbita ogni questione a ciò conseguente in termini di tutela richiesta.

Ad identiche conclusioni si perviene anche con riferimento a quanto da parte ricorrente sostenuto in merito alla esecuzione del patto, anche su tale aspetto richiamando le risultanze della prova testimoniale assunta in corso di causa.

Con riferimento all'aspetto della formazione e della possibilità di accesso alla rete informatica, si richiama, in primo luogo, la deposizione della teste (...omissis...), all'epoca dell'ingresso della ricorrente nella Direzione in Genova responsabile del (...omissis...).

La teste, emersa, quale coordinatrice e gestore del personale dell'ufficio, come pienamente edotta della posizione di coordinatrice che la ricorrente avrebbe dovuto definitivamente ricoprire, dopo il periodo di prova, ha ricordato come la (...omissis...) durante il suo affiancamento al coordinatore uscente avesse frequentato un corso finalizzato all'utilizzo della piattaforma per la pubblicazione dei bandi per l'affidamento di lavori e servizi e, in un'occasione si fosse recata anche a (...omissis...) (cfr per un corso a (...omissis...), quanto riferito dal teste (omissis)). Sempre sotto il profilo informatico, la ricorrente sarebbe poi stata seguita dal coordinatore, in ufficio, per apprendere gradualmente le nozioni necessarie, ottenendo, dopo un paio di settimane dal suo arrivo – tempo che si valuta del tutto congruo, come anche ritenuto dalla teste, dal punto di vista organizzativo aziendale – l'abilitazione all'accesso ad Internet mentre le credenziali per accedere alla rete e agire in autonomia le sarebbero state fornite appena arrivata in ufficio, ed il codice identificativo per operare con il sistema GGAP nei tempi tecnici necessari dopo l'avvenuta immatricolazione aziendale.

Per quanto concerne poi l'asserita sostanziale “emarginazione” lavorativa della ricorrente, quanto dedotto dalla ricorrente è risultato smentito da quanto dichiarato sempre dalla teste che ha ricordato di aver personalmente presentato la a tutti i colleghi della direzione di tronco e non solo a quelli del suo ufficio (cfr anche la deposizione dei testi (...omissis...),

e (omissis)). I colleghi della ricorrente sapevano quindi, in senso contrario di quanto dalla stessa sostenuto, che la stessa avrebbe dovuto ricoprire il ruolo di coordinatore (cfr anche il teste sul punto). Di scarsa rilevanza appare quanto dedotto dalla ricorrente con riferimento al periodo di lockdown e alla lamentata, mancata possibilità di lavorare in smart working. In ogni caso, le deposizioni assunte, in parte, hanno smentito che la ricorrente fosse l'unica dipendente a dover presenziare sempre in ufficio e comunque, hanno offerto giustificazione a tale disposizione, proprio con riguardo alla pendenza del periodo di prova, che rendeva più importante una presenza e un lavoro in ufficio della piuttosto che a casa. In ufficio erano comunque presenti alternativamente o la (...omissis...) o il (...omissis...) non comportando tale permanenza lo svolgimento di compiti aggiuntivi, salvo quello dello smistamento della posta cartacea, svolto a turno da quest'ultimi o dalla ricorrente (cfr le deposizioni e anche su questi aspetti). Nessuna disparità di trattamento o anomala assegnazione di compiti non attinenti al profilo di assunzione risultano quindi essere stati dimostrati nel caso della ricorrente. La teste ha poi riscontrato anche la circostanza che la stessa ricorrente fosse sempre invitata a partecipare a tutte le riunioni, insieme al coordinatore uscente, spesso essendo lei ad abbandonarle nel loro corso, nonché ad ogni tipo di incontro, riguardasse o meno questioni urgenti, concludendo sul punto, per l'integrale coinvolgimento della in tutte le attività dell'ufficio, nessuna esclusa, anche da parte del Quest'ultimo ha pienamente riscontrato quanto affermato dalla teste, aggiungendo quanto di sua più diretta conoscenza. Lo stesso ha riferito “quando lei è arrivata ero coordinatore dell'ufficio Pos e di lì a 4 o 5 mesi io avrei dovuto cambiare mansioni e pertanto è stato attivata una procedura per trovare un sostituto, ed è risultata vincitrice la ricorrente. dal suo ingresso fino alla sua uscita è iniziato un periodo di affiancamento, lei fisicamente è stata nella mia stanza fino al momento dell'applicazione delle misure anti covid. Passo passo le facevo vedere tutte le attività che svolgevo anche perché era mio interesse in quanto questo avrebbe velocizzato il mio passaggio ad altro ufficio che per me era migliorativo.” E ancora “in caso di riunioni io la coinvolgevo anche quando capitava che lei non partecipasse di spontanea volontà, la chiamavo e cercavo di farla partecipare. Molti incontri si facevano comunque nella mia stanza che era un luogo di grande passaggio.” Aggiungendo “questo tipo di coinvolgimento sicuramente riguardava anche la responsabile che però svolgeva attività diverse, è evidente che ero più io a mostrare le cose da fare alla ricorrente anche se poi venivano portate all'attenzione del responsabile per l'iter previsto.” Il teste ha altresì precisato “l'attività del coordinatore prevede in particolare nel campo delle gare un'autonomia sia organizzativa che operativa. Si trattava comunque di affiancamento con sforzo da parte mia in tutti i modi per agevolarla. Se qualcosa non andava bene glielo segnalavo partendo però dal presupposto che entrambi eravamo competenti nel campo legale in quanto tutti e due avvocati.” e “la ricorrente veniva coinvolta anche nelle ipotesi di interventi urgenti, ribadisco che eravamo vicini nella stessa stanza e sarebbe stato anche molto difficile non coinvolgerla” Sempre con riferimento ai profili ora in esame, il ha altresì ricordato “L'attivazione delle utenze in ufficio ha delle tempistiche tecniche (cfr anche sul punto, su un piano generale, quanto confermato dai testi (...omissis...), (...omissis...), e (...omissis...)) io ho sempre messo tutti i nuovi colleghi in condizione di operare e l'ho fatto anche con la organizzandomi con strumenti quali pendrive, inserendo link o trasmettendo documenti in cartelle

condivise per far sì che avessero informazioni in anticipo per poter lavorare. Lei è stata presentata all'interno del tronco a tutti i colleghi presenti, anzi la aspettavamo in ufficio." I testi, poi, che per vicinanza di ufficio o rapporti diretti lavorativi potevano essere informati dell'attività concretamente svolta dalla l'hanno confermata, anche specificando l'autonomia nella quale la stessa operava (cfr quanto già riportato circa il teste a riguardo) nei limiti dell'avviamento al ruolo che avrebbe dovuto ricoprire. In tal senso, si ricorda la deposizione della teste che ha affermato "la ricorrente poteva svolgere attività in autonomia, sempre in affiancamento col (...omissis...), attività relativa al ruolo di coordinatore come, ad esempio, la predisposizione dei documenti di gara che io comunque controllavo." Il teste (...omissis...) a riguardo, ha poi riferito, sempre con riguardo alla ricorrente "ricordo che prima della pandemia e a fine 2019, ho cominciato a rivolgermi anche a lei come referente nell'ufficio quindi poteva già autonomamente seguirmi." Nello stesso senso, si ricorda anche quanto dichiarato dalla teste "io mi rivolgevo a lei per la mia attività, mi è capitato per procedure di lavoro particolari in un momento di carico di dovermi rivolgere a lei" che a sua volta si sarebbe rivolta alla e dalla teste che, ad esempio, ha ricordato come in un periodo, disponendo peraltro dell'accesso informatico, la avesse vidimato le proprie ferie e quelle della teste medesima. Dimostrano un attivo coinvolgimento della ricorrente nell'attività dell'ufficio anche le dichiarazioni del teste (...omissis...), che ha ricordato "Lei si occupava delle gare e in particolare dei contratti, li predispondeva ma non so dire se li portasse all'attenzione di qualcuno. Io non ricordo di aver parlato con lei dei contratti di cui mi occupavo, ne parlavo con il (...omissis...) e la (omissis). Poteva invece succedere che la ne parlasse con me per avere chiarimenti nel merito." Sempre pertinenti a questo profilo paiono ulteriori dichiarazioni del teste "è successo che io e la ricorrente avessimo visioni opposte o differenti su qualche questione. Ad esempio ricordo il caso di affidamento di contratto relativo al coordinamento della sicurezza. Lei ha proposto una soluzione che è stata presentata alla responsabile. Secondo me, su base normativa, la soluzione trovata dalla ricorrente non era corretta ma è quella che è stata poi scelta. Io mi sono reso disponibile alla collaborazione ma ho fatto un passo indietro proprio nell'ottica di inserire lei nel suo ruolo di riferimento che avrebbe dovuto assumere." Rilevante appare infine anche la deposizione del teste il quale ha affermato "A quanto so il coinvolgimento si è tentato già a livello di postazione rispetto al coordinatore uscente. Sicuramente era invitata alle riunioni, ma ricordo in particolare una riunione relativa all'acquisizione di un buyer, alla quale non si è presentata. L'invito solitamente avviene a mezzo mail" proseguendo "È possibile che gli inviti vengano in prima battuta mandati al responsabile del settore interessato, al fine del coinvolgimento dei preposti di volta in volta coinvolti". Rilevante pare altresì la circostanza che la ricorrente non risulti essersi mai lamentata con alcuno, in ufficio e, in particolare, con i suoi referenti, di quanto invece segnalato nel presente procedimento. A riguardo, la teste ha affermato: "non ho avuto mai discussioni ma sicuramente chiarimenti con la ricorrente circa i compiti affidateli durante il periodo di prova, spesso c'erano errori e io dovevo chiarire circa l'errore che era stato fatto. Lei non si è mai lamentata con me di non essere stata posta in condizioni di non poter svolgere le mansioni di assunzione." In tal senso si è espresso anche il teste "con me la non si è mai lamentata circa lo svolgimento della sua attività, quanto meno io non lo ricordo. Nemmeno nessuno me lo ha mai riferito." Sotto altro profilo,

pare del tutto normale che molti dei colleghi della ricorrente non fossero al corrente dei problemi che si erano posti con riguardo al suo operato durante il periodo di prova, anche perché, come ricordato dalla "in caso di errore commesso dalla ricorrente, ed erano errori relativi ad attività sui documenti, l'errore veniva verbalmente segnalato a lei e corretto ma non c'erano segnalazioni formali ad altri". Ciò non esclude che la sua attività fosse stata effettivamente prestata e valutata conformemente al ruolo assegnatole e in previsione del subentro nella posizione del coordinatore come si evince chiaramente anche dalle dichiarazioni del teste sul punto. Lo stesso, responsabile del personale del I tronco di (...omissis...) dal ha infatti precisato: Non ho avuto ruoli nel reclutamento della ricorrente perché sono diventato responsabile successivamente" e "La ricorrente era stata assunta nella prospettiva di dover subentrare all'avv. (...omissis...), subentro che non è avvenuto perché non è stato superato dalla ricorrente il periodo di prova. Già dopo un mese dal mio insediamento, a seguito dei feedback non positivi ottenuti sia dalla (...omissis...), sia da , ho avuto un primo colloquio con la ricorrente anche a scopo motivazionale, per una corretta interpretazione del ruolo e ai fini del subentro di cui ho detto. Considerando pure i primi tre mesi in un ruolo piuttosto complesso di possibile assestamento, dopo è necessariamente dovuto partire un approfondimento valutativo, che ha dato esito negativo lungo tutto il percorso, tanto da arrivare alla mancata conferma" aggiungendo "La ricorrente, pur molto operativa, aveva un atteggiamento lavorativo concentrato più su un profilo di buyer che di coordinatore, come mi era stato riferito e ho anche potuto constatare in parte personalmente. Nonostante la sollecitazione a cambiare il passo, avvenuta nel primo colloquio di cui ho detto, non ci sono stati significativi mutamenti, quindi l'esito è quello noto", concludendo "Ricordo che in occasione del colloquio motivazionale la ricorrente ha lamentato di non essere coinvolta a sufficienza, a seguito delle mie considerazioni. Garanti di verificare il punto, invitando però la ricorrente a essere in ogni caso più proattiva. Dalle verifiche che ho fatto non è emerso alcun mancato coinvolgimento" (su tale aspetto si richiamano anche le dichiarazioni del teste: "Ricordo, essendo responsabile anche delle fasi successive del rapporto che verso la fine del periodo di prova mi furono segnalati da (...omissis...) da parte del responsabile che mi pare all'epoca fosse attraverso la linea, problemi di integrazione nel ruolo da parte della ricorrente. mi segnalavano riserve in ordine al superamento del periodo di prova e mi chiesero come attivarsi in tal senso senza dirmi nulla di specifico sul merito" e responsabile del personale prima del quale ha, in particolare, affermato "L'arrivo della ricorrente era finalizzato sia al rinforzo della struttura sia alla attuazione di un percorso che la vedesse coordinatrice almeno di una parte di un settore di assegnazione" e ". Per quanto sempre posso ricordare, che era per alcuni aspetti una sede pilota con molto carico da seguire, era distinta in due settori quello legale dove stava performando e quello acquisti e contratti che si voleva potenziare e per il quale era stato più pensato l'arrivo della ricorrente" rammentando altresì "Ricordo che nei primi mesi è emersa qualche difficoltà di inserimento della ricorrente che poteva anche essere riferibile alla novità della collocazione tenuto anche conto della complessità del periodo. Non so se si siano pensati dei rimedi o in cosa più specificamente queste difficoltà consistessero" essendo lo stesso cessato dal suo ruolo, concludendo sul punto "A riferirmi delle difficoltà a cui ho fatto cenno è stata la su mia richiesta e come facevo di prassi in caso di inserimento. Mi

pare che le difficoltà fossero prevalentemente relative agli aspetti di relazione con le altre presenze nell'ufficio (profilo che pare di indubbia rilevanza per il ruolo di coordinatore). Alla luce del quadro istruttorio sopra riportato, quanto affermato dalla ricorrente circa la violazione sostanziale dei principi relativi alla corretta esecuzione del periodo di prova non è stato suffragato da idonei e sufficienti elementi di prova, che non si evincono neppure, nel contesto di quanto chiaramente ricostruito sulla base delle testimonianze sopra riportate, dalla documentazione prodotta dalla stessa a sostegno delle proprie argomentazioni. Anche sotto tale profilo, pertanto, le doglianze della ricorrente vanno disattese. Tutto quanto sopra premesso e ritenuto il ricorso proposto è risultato complessivamente infondato e come tale va respinto. Le spese di lite seguono la soccombenza e, pertanto, parte ricorrente va condannata al loro rimborso in favore di parte resistente con liquidazione come da dispositivo.

### P.Q.M.

Il Giudice Unico del Tribunale di Genova, dott.ssa Maria Giovanna Dito, quale Giudice del Lavoro Definitivamente pronunciando, ogni diversa e/o ulteriore istanza, eccezione e deduzione disattesa Respinge il ricorso. Condanna parte ricorrente a rimborsare a parte resistente le spese del processo che liquida complessivamente in 7.000,00 euro per compensi oltre accessi di legge. Ritenuta la sussistenza dei presupposti dell'art. 429 c.p.c. riserva il deposito dei motivi in 60 giorni.

### (1-2) Il patto di prova nel contratto di lavoro: una difficile formulazione.

**Sommario:** 1. *Premessa: le difese delle parti.* – 2. *Brevi cenni sul patto di prova.* – 3. *Il contenuto del patto di prova.* – 4. *La formulazione delle mansioni.* – 5. *Il regime sanzionatorio in presenza di patto di prova nullo.*

#### 1. Premessa: le difese delle parti.

Con ricorso ex art 414 cpc la lavoratrice ha adito il Tribunale di Genova chiedendo venisse accertata la nullità del patto di prova apposto al contratto sottoscritto fra le parti per mancata specificazione delle mansioni e conseguentemente venisse annullato il recesso, da intendersi a tutti gli effetti quale licenziamento (illegittimo o nullo), intimato dal datore di lavoro con condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento dell'indennità risarcitoria prevista.

La società datrice di lavoro ha resistito in giudizio contestando le difese attoree e precisando in particolare che erano stati puntualmente illustrati alla ricorrente, durante il processo di selezione e la fase preassuntiva cui era stata sottoposta, i compiti e le responsabilità e quindi le mansioni della figura professionale che avrebbe dovuto ricoprire, oltre ad aver sottoscritto un contratto (e quindi il patto di prova ad esso annesso) contenente tutti gli elementi per consentire al lavoratore di conoscere preventivamente "l'oggetto della prova".

#### 2. Brevi cenni sul patto di prova.

La sentenza in commento affronta il tema della validità/nullità del patto di prova apposto al contratto di lavoro, fornendo spunto anche per una breve riflessione sulle conseguenze di una dichiarazione di illegittimità/nullità del recesso durante detto periodo per mancato superamento della prova, illegittimità determinata dalla previa declaratoria di nullità dello stesso patto. Il patto di prova si configura quale elemento accessorio al con-

tratto di lavoro mediante il quale le parti concordano che la definitiva instaurazione del rapporto di lavoro sia condizionata al preventivo esperimento di un periodo (per legge non superiore a 6 mesi, salvo una durata inferiore prevista dal CCNL) durante il quale il datore di lavoro valuta le competenze e le effettive capacità del lavoratore e quest'ultimo può valutare il contesto e le condizioni lavorative in cui andrà ad inserirsi.

In sostanza quindi entrambe le parti valutano la reciproca convenienza alla conclusione del contratto e da ciò si potrebbe trarre la conclusione di una totale discrezionalità delle parti nell'avvalersi o meno della libertà di recesso.

Detta totale discrezionalità, sicuramente in capo al lavoratore, risulta di molto attenuata in capo al datore di lavoro a seguito della indiscutibile evoluzione giurisprudenziale che vi è stata e che porta oggi comunque a prevedere quantomeno lo stesso trattamento sanzionatorio indennitario previsto per i licenziamenti qualora il recesso durante la prova non sia ritenuto legittimo (limitando di fatto la piena discrezionalità cui si accennava).

Deve infatti anticiparsi che in oggi, escluse isolate pronunce, in caso di recesso illegittimo la sanzione prevista è quantomeno quella indennitaria (da 6 a 36 mesi di retribuzione globale di fatto nelle aziende con più di 15 dipendenti), mentre ancora nel 1999 era previsto unicamente la prosecuzione del periodo di prova o il risarcimento del danno (1).

L'accennata evoluzione giurisprudenziale si è formata a dato normativo immutato posto che l'art 2096 c.c. non ha subito alcuna modifica dal 1942 ad oggi e ora come allora prevede ante omnia la necessità della forma scritta a pena di nullità del patto di prova.

La violazione totale di detta norma (ossia un recesso fondato su un patto di prova non scritto - casistica che si presenta ad es. qualora il patto di prova sia contenuto nella promessa di assunzione e non sia replicato nel contratto vero e proprio) comporta, oggi come allora, l'inesistenza del patto ed in caso di recesso l'illegittimità o meglio la nullità dello stesso con quanto ne consegue.

#### 3. Il contenuto del patto di prova.

Stante l'inderogabile necessità della forma scritta ed il fatto che entrambe le parti del contratto siano tenute a consentire e a fare l'esperimento che forma oggetto del patto di prova (2), si pone con maggiore frequenza il tema del contenuto del patto soprattutto in ordine alla necessità o meno di individuare e dettagliare specificatamente, per iscritto, le mansioni su cui il lavoratore verrà "provato" ed in cosa consista questo obbligo o meglio quale livello di dettaglio debba essere raggiunto (3). Un primo profilo di interesse riguarda se la clausola prevedente il patto di prova debba o meno riportare le mansioni (specifiche) o queste siano identificabili dallo stesso contratto di lavoro in altre e diverse clausole.

In una recente sentenza della Corte d'Appello di Roma (n. 3188 del 26 settembre 2023) si afferma che non è necessario riportare nuovamente le mansioni in corrispondenza della clausola contenente il patto di prova, essendo sufficiente unicamente l'espressa individuazione nel corpo contrattuale unitamente al richiamo/rinvio alla qualifica di assunzione corrispondente alla declaratoria del contratto collettivo applicato ("essendo evidente che questo (ndr, il patto di prova) non potesse che avere ad oggetto la medesima prestazione lavorativa dedotta nel contratto secondo la ratio dell'istituto stesso").

Nella prassi contrattuale la clausola è semplicemente ripetitiva dell'art 2096 c.c. e ciò pare soddisfare il requisito richiesto purché però le mansioni siano almeno determinabili aliunde (ossia nel contratto individuale e nel CCNL).

#### 4. La formulazione delle mansioni.

Il profilo di maggiore interesse riguarda invece stabilire in cosa consista detto obbligo di formulazione per iscritto delle mansioni cui il lavoratore verrà adibito.

Per la validità del patto era ritenuto sufficiente che il patto e/o il contratto di lavoro nel suo insieme consentissero di individuare la qualifica professionale (impiegato/operaio) ed il livello contrattuale del CCNL applicato (4).

La sentenza in commento riguarda per l'appunto il caso di una lavoratrice che ha dedotto la nullità del patto di prova per la ritenuta assenza della specificazione delle mansioni posto che nel contratto era stata indicata la qualifica di quadro livello A con debito rinvio al CCNL di riferimento, e la figura professionale di "Coordinatore Ufficio acquisti e servizi", senza però alcun riferimento specifico alle mansioni che sarebbe andata a svolgere.

In altri termini, erano almeno determinabili le mansioni sulla base di queste indicazioni?

La resistente ha sostanzialmente basato la propria difesa su due punti: il fatto che in fase preassuntiva fosse stato sufficientemente e chiaramente spiegato alla ricorrente i compiti che sarebbe andata a ricoprire e le responsabilità che avrebbe dovuto assumere e il fatto che il patto di prova facesse un esplicito rinvio al CCNL di riferimento.

Il Giudice con sentenza n. 382/2023, pubblicata il 26.06.2023 ha respinto il ricorso ritenendo valido ed efficace il patto di prova sottoscritto dalle parti accogliendo le tesi della società resistente.

Il Tribunale ha ritenuto in primo luogo quindi sufficiente la piena consapevolezza della lavoratrice in merito agli aspetti sui quali sarebbe stata valutata durante il periodo di prova ritenendo quindi sufficiente una sorta di integrazione non scritta della clausola.

Ciò possiamo ritenerlo in qualche modo in linea con la giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione che aveva ad esempio avuto modo di escludere un onere di pedante formalismo in punto descrizione delle mansioni (5).

In secondo luogo – ha chiarito il Tribunale – la società resistente (seppur non tenutavi secondo la prospettazione del Giudice) ha predisposto una clausola con un espresso rinvio al CCNL attraverso la declaratoria dell'inquadramento in cui la lavoratrice era stata inserita (6).

La giurisprudenza maggioritaria è quindi oggi orientata a considerare necessario (e sufficiente) al fine di integrare il requisito della specifica indicazione delle mansioni, l'indicazione dell'inquadramento, del livello e della figura professionale, purchè però quest'ultimo elemento sia chiaro ed indiscutibile e non possa ingenerarsi incertezza e ciò invero dipende molte volte proprio dalla tecnica redazionale del CCNL di riferimento e dalla sua "attualità" (si pensi ad es. a tutti i contratti individuali che prevedono posizioni di lavoro indicate usando la lingua inglese non previsti dal CCNL di riferimento o da CCNL che non forniscono alcun esempio di figura professionale propria di ciascun livello).

La Corte d'Appello di Milano ha riformato la sentenza di primo grado accogliendo il ricorso del lavoratore il quale aveva dedotto la mancanza della sufficiente specificazione delle mansioni in quanto non era stata indicata la figura professionale (nel contratto vi era l'indicazione "impiegato livello B1 per gli addetti delle aziende servizi CISAL con mansioni di impiegato capo area").

Il Tribunale di Roma nella sentenza n. 1487 del 14 febbraio 2023, sembra invece richiedere un quid pluris, posto che ha ritenuto sufficientemente specifica l'indicazione "livello pro-

fessionale B, posizione retributiva B3, figura professionale Macchinista del CCNL Mobilità/Area Contrattuale Attività Ferroviarie del 16.12.2016" (7).

Da questa sentenza si ha quindi conferma che, qualora il CCNL di categoria non contempli detta specificazione, il solo richiamo al CCNL può non essere sufficiente.

#### 5. Il regime sanzionatorio in presenza di un patto di prova nullo.

In ordine alle conseguenze della mancata indicazione delle mansioni si deve evidenziare che a seguito di un recentissimo intervento della Corte Costituzionale che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art 2 comma 1 d.lgs. n. 23/2015 per eccesso di delega, la tutela della reintegrazione per i licenziamenti nulli è stata estesa a tutti i casi di nullità e non solamente a quelli "espressamente previsti dalla legge" (8). Ciò dovrebbe avere dirette conseguenze anche sul regime sanzionatorio applicabile al recesso/licenziamento per mancato superamento della prova sulla base di un patto di prova dichiarato nullo posto che se il patto è nullo è tale anche il licenziamento assunto sulla base di un potere che non esiste anche se nessuna norma prevede espressamente la nullità del licenziamento per detto motivo.

Fino ad oggi la giurisprudenza in casi simili ha applicato la tutela meramente indennitaria sul presupposto che il recesso ad nutum in oggetto, intimato in assenza di valido patto di prova, non è riconducibile ad alcuna delle specifiche ipotesi di cui al d.lgs. n. 23 del 2015, art. 3, comma 2, nelle quali è prevista la reintegrazione, resta assoggettato alla regola generale della tutela indennitaria (9).

Tale interpretazione dovrebbe essere superata sulla base del nuovo intervento costituzionale determinando non poco distonia con il regime normativo introdotto dal d.lgs. 23/2015 che ha espressamente previsto la tutela reintegratoria come ipotesi ormai residuale.

**Avv. Stefano Torchio**

#### Note.

(1) Cass., 12 marzo 1999, n. 2228, in *Mass. Giust. Civ.*, 1999, 553.

(2) Così, l'art 2096 c.c.

(3) Lo svolgimento di mansioni diverse rispetto a quelle indicate nel patto di prova può costituire valida ragione per la richiesta del lavoratore di esecuzione del patto o di risarcimento del danno, in tal senso, Cass. 8 febbraio 2000, n. 1387, in *Orient. giur. lav.*, 2000, I, 193.

(4) Sin dall'anno 2000 però già una giurisprudenza innovativa riteneva che "se la categoria di impiegato di un determinato livello accorpa una serie di profili professionali, è l'indicazione del singolo profilo a soddisfare l'esigenza di specificità delle mansioni, mentre l'indicazione della sola categoria impiegatizia difetterebbe di tale connotazione e sarebbe generica" (si pensi ad esempio non solo alla qualifica impiegato o operaio ma anche alle qualifiche di operaio specializzato o impiegato di concetto che invero nulla chiariscono sul punto).

(5) Cass., 15 maggio 2015 n. 10041, in *Diritto & Giustizia*, 2015.

(6) Cass., 14 gennaio 2022 n. 1099, in *Banca Dati De Jure*; Cass., 27 febbraio 2023 n. 5881, in *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 2023, 2, II, 307.

(7) Ciò in quanto "Dal sistema di classificazione del personale delineato dal CCNL, richiamato nel contratto di lavoro, emerge che i lavoratori sono inquadrati in un'unica scala classificatoria articolata su 7 livelli professionali, cui corrispondono 16 posizioni retributive (omissis). Per ciascun livello professionale è prevista una declaratoria generale e sono, poi, previste, nell'ambito di ciascun livello, varie figure professionali esemplificative, ciascuna corredata da una specificazione delle relative mansioni".

(8) Corte Cost., 22 febbraio 2024, n. 22, in *Guida al diritto*, 2024, 10.

(9) Cass., 14 luglio 2023, n. 20239, in *Mass. Giust. Civ.*, 2023.

# Massimario

Tribunale di Genova, sez. lav., 10 gennaio 2024, n. 19 - Giudice Magnanensi.

**LAVORO - rapporto di lavoro - licenziamento ritorsivo - giusta causa - investigazioni private - legittimità.**

*Il licenziamento per ritorsione costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni.*

*Perché possa configurarsi il c.d. “licenziamento ritorsivo” è necessario che tale intento abbia avuto un’efficacia determinativa ed esclusiva del licenziamento anche rispetto agli altri eventuali fatti idonei a configurare un’ipotesi di legittima risoluzione del rapporto, dovendosi escludere la necessità di procedere ad un giudizio di comparazione fra le diverse ragioni causative del recesso.*

*Laddove un licenziamento presenti però anche teoricamente i caratteri della ritorsività ma sussista la causa addotta dal datore di lavoro, detto licenziamento non può che essere giudicato legittimo.*

*La permanenza presso il proprio domicilio durante le fasce orarie previste per le visite mediche domiciliari di controllo non si configura quale mero onere a carico del lavoratore ma come un vero e proprio obbligo, in quanto l'assenza integra un inadempimento sia nei confronti dell'istituto previdenziale sia nei confronti del datore di lavoro che ha interesse a ricevere regolarmente la prestazione lavorativa.*

*Il ricorso alle investigazioni private da parte del datore di lavoro è strumento pienamente legittimo, in quanto il potere di controllo è una delle forme in cui si declina il potere direttivo del datore di lavoro.*

*Il datore di lavoro può servirsi delle agenzie investigative per verificare l'esatto adempimento delle obbligazioni facenti capo al dipendente, con riferimento a comportamenti tenuti al di fuori del ristretto ambito lavorativo e potenzialmente lesivi per il datore di lavoro.*

*(Nel caso di specie la lavoratrice era stata licenziata perché, assente per malattia, era stata scoperta più volte dall'agenzia investigativa cui il datore si era appoggiato, a svolgere attività incompatibili con il proprio stato di salute, anche durante le fasce di reperibilità con conseguente assenza alle visite mediche di controllo. La lavoratrice aveva impugnato il licenziamento ritenendolo ritorsivo e determinato dal motivo illecito di eludere l'ordine giudiziale dato nel procedimento cautelare in cui era stato disposto che ai fini di un eventuale conciliazione la società fornisse la documentazione relativa agli appalti in corso cui adibire la lavoratrice compatibilmente allo stato di salute. Il Giudice ha ritenuto legittimo il licenziamento in quanto dalle indagini espletate era risultato veritiero il fatto contestato).*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 18 gennaio 2024, n. 63 - Giudice Magnanensi.

**LAVORO** - lavoro subordinato - rapporto di agenzia - differenze.

*Elemento indefettibile del rapporto di lavoro subordinato è la subordinazione, intesa come vincolo di soggezione personale del prestatore al potere direttivo del datore di lavoro, che inerisce alle intrinseche modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative e non già soltanto al loro risultato.*

*Hanno invece carattere sussidiario e funzione meramente indiziaria altri elementi del rapporto di lavoro quali, la collaborazione, l'osservanza di un determinato orario, la continuità della prestazione lavorativa, l'inserimento della prestazione medesima nell'organizzazione aziendale e il coordinamento con l'attività imprenditoriale, l'assenza di rischio per il lavoratore e la forma della retribuzione.*

*La distinzione tra lavoro subordinato e rapporto di agenzia va individuata nella circostanza che il secondo ha per oggetto lo svolgimento a favore del preponente di un'attività economica esercitata in forma imprenditoriale, con organizzazione di mezzi e assunzione del rischio da parte dell'agente che si manifesta nell'autonomia nella scelta dei tempi e dei modi della stessa, pur nel rispetto delle istruzioni ricevute dal preponente.*

VA.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 18 gennaio 2024, n. 69 - Giudice Bossi.

**LAVORO - previdenza - reddito di cittadinanza — presupposti - onere della prova - poteri officiosi del Giudice.**

(Art. 2697 c.c.)

*I giudizi in materia di previdenza e assistenza sociale non hanno ad oggetto la legittimità degli atti adottati dagli enti competenti, bensì la verifica della spettanza di diritti che derivano dalla legge, al verificarsi delle condizioni previste (il diritto dell'assicurato ad una prestazione previdenziale/assistenziale, oppure il diritto dell'Ente previdenziale al pagamento della contribuzione).*

*Chi agisce in giudizio per chiedere il riconoscimento del proprio diritto alla corresponsione del reddito di cittadinanza, ha l'onere di dimostrare ex art. 2697 co. 1 c.c., i fatti a fondamento del diritto che si vuole far valere ossia il possesso, non solo del requisito relativo alla residenza, ma anche di tutti gli altri previsti dalla legge (requisiti reddituali e patrimoniali).*

*Tale prova non può essere fornita in giudizio mediante semplice dichiarazione dell'avente diritto, anche se rilasciata con le formalità previste dalla legge per le autocertificazioni, trattandosi di atto che può assumere rilievo solo nei rapporti amministrativi ed è invece privo di efficacia probatoria in sede giurisdizionale.*

*L'attivazione dei poteri istruttori d'ufficio del giudice del lavoro non può mai essere volta a supplire ad una tardiva richiesta istruttoriale delle parti o ad una carenza probatoria totale, perchè così facendo si attribuirebbe ai poteri del Giudice una funzione sostitutiva degli oneri di parte.*

*Il giudice, ove reputi insufficienti le prove già acquisite, ha il potere-dovere di provvedere d'ufficio agli atti di istruzione la cui esigenza nasca da quanto già ritualmente acquisito e tale potere non può tradursi in una pura e semplice rimessione in termini della parte in totale assenza di fatti quantomeno indiziari.*

*(Nel caso di specie il ricorrente aveva richiesto il riconoscimento del proprio diritto alla corresponsione da parte dell'INPS del reddito di cittadinanza, limitandosi però ad impugnare la revoca, ritenendola illegittima perchè sussistente il requisito della residenza, ma non allegando il possesso dei requisiti reddituali e patrimoniali di legge).*

ST.TO.

Tribunale di Savona, sez. lav., 24 gennaio 2024, n. 26 - Giudice Coccoli.

**LAVORO - contratto di lavoro - società cooperative - rapporto mutualistico - licenziamento.**

(L. n. 142/2001)

*In capo al socio lavoratore è possibile la coesistenza di più rapporti contrattuali, quello associativo e quello di lavoro, aventi diverse cause ma entrambi indirizzati al perseguimento dello scopo mutualistico.*

*La cessazione del rapporto associativo trascina con sé ineluttabilmente quella del rapporto di lavoro, mentre la cessazione del rapporto di lavoro, non soltanto per recesso datoriale, ma anche per dimissioni del socio lavoratore, non implica necessariamente il venir meno di quello associativo.*

*L'effetto estintivo del rapporto di lavoro derivante dall'esclusione dalla cooperativa a norma del 2° comma dell'art. 5 della L. n. 142/01 impedisce, in mancanza di una impugnazione della delibera, di conseguire il rimedio della restituzione della qualità di lavoratore.*

*Tale tutela restitutoria, infatti, consegue all'invalidazione della delibera (ritualmente impugnata), dalla quale deriva la ricostituzione sia del rapporto societario, sia dell'ulteriore rapporto di lavoro.*

*L'omessa impugnativa della delibera di esclusione non preclude, comunque, in caso di illegittimità del licenziamento, l'applicazione della tutela risarcitoria.*

VA.TO.

Tribunale di Savona, sez. lav., 1 febbraio 2024, n. 33- Giudice Coccoli.

**LAVORO - rapporto di lavoro - licenziamento- contestazione disciplinare - immediatezza - tutela applicabile.**

(Art. 18 St. Lav.)

*In materia di licenziamento disciplinare, l'immediatezza della contestazione si configura quale elemento costitutivo del diritto di recesso del datore di lavoro, in quanto la tardività della contestazione o del provvedimento espulsivo induce ragionevolmente a ritenere che il datore di lavoro abbia sopraspeduto al licenziamento ritenendo l'addebito non grave o comunque non meritevole del licenziamento.*

*Il datore di lavoro, quindi, deve procedere alla contestazione non appena abbia acquisito una compiuta conoscenza dei fatti, atteso che il ritardo nella contestazione lede il diritto di difesa del lavoratore e, in particolare, il suo affidamento sulla mancanza di rilievo disciplinare attribuito al fatto.*

*La tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4 (reintegrazione e condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione) è applicabile ove il fatto contestato sia insussistente, nozione che ricomprende l'ipotesi di assenza ontologica del fatto e quella di fatto che, pur sussistente, sia tuttavia privo del carattere di illiceità.*

*Non rientra invece il caso in cui difetti un elemento necessario per poter applicare una sanzione, qual è l'inosservanza di un tempo ragionevole per intraprendere il procedimento disciplinare.*

*Dall'accertamento da parte del Giudice della sussistenza del fatto, che sia stato però tardivamente contestato, consegue l'applicazione della sanzione dell'indennità prevista dal comma 5 dell'art. 18 st. lav, ossia la dichiarazione di risoluzione del rapporto di lavoro e condanna al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.*

*(Nel caso di specie il lavoratore era stata licenziato per aver sottoscritto una dichiarazione nella quale aveva asserito di aver assistito ad una aggressione verbale e fisica del legale rappresentante nei confronti di altro lavoratore, dichiarazione poi utilizzata da quest'ultimo nell'ambito del procedimento penale avvenuto però due anni prima della contestazione, procedimento conclusosi con l'assoluzione del legale rappresentante anche per il fatto che la dichiarazione si era poi rivelata falsa).*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 14 febbraio 2024, n. 216 - Giudice Magnanensi.

**LAVORO - licenziamento- giusta causa.**

*In tema di licenziamento per giusta causa, quando siano stati contestati al lavoratore più fatti, il Giudice può individuare solo in alcuni o in uno di essi il comportamento che giustifica la sanzione espulsiva.*

*Ai fini della proporzionalità tra addebito e recesso, rileva ogni condotta che, per la sua gravità, possa scuotere la fiducia del datore di lavoro e far ritenere la continuazione del rapporto pregiudizievole agli scopi aziendali, anche se estranea al rapporto di lavoro in senso stretto.*

*(Nel caso di specie al lavoratore licenziato per giusta causa erano stati contestati plurimi fatti. Il Giudice ha ritenuto legittimo il licenziamento a seguito dell'accertamento della sussistenza di un solo dei fatti contestati: l'aver provocato durante la pausa pranzo alla guida di un mezzo aziendale un incidente stradale. Il Giudice ha ritenuto che l'aver percorso un tratto di strada contromano, con visuale ridotta, su una strada pacificamente stretta e senza vie di fuga laterali, in prossimità di curve, abbia rappresentato una grave violazione del codice della strada e prima ancora del buon senso e delle più elementari norme del vivere civile e del neminem laedere).*

ST.TO.

Tribunale di Genova, sez. lav., 10 marzo 2024, n. 319 - Giudice Parodi.

**LAVORO - rapporto di lavoro - lavoro marittimo - disciplina applicabile.**

*In tema di lavoro marittimo, l'operatività del diritto comune presuppone la mancanza di norme poste in via diretta o ricavabili per analogia nelle disposizioni del codice della navigazione, che in quanto lex specialis è prevalente sulle norme di disciplina generale.*

*Alla disciplina particolare del contratto di arruolamento, che consiste nella "prestazione di servizio su nave" o "su più di esse successivamente" (art. 327 cod. nav.), partecipa il c.d. contratto di comandata, che è una specie, ed è caratterizzato dall'impiego di marittimi in attesa d'imbarco in prestazioni provvisorie consistenti in attività di "riparazioni e manutenzioni a bordo" e perciò sempre a servizio della nave, benché non in navigazione, ma finalizzato all'atto della navigazione. In difetto di tali discriminanti caratteri, il rapporto di "comandata" a terra si deve qualificare come contratto di diritto comune, difettando appunto il "servizio su nave", pur ancorata in porto.*

*(Nel caso di specie il Giudice ha ritenuto l'esistenza in via di fatto di un ordinario rapporto di lavoro a terra per effetto del concreto espletamento delle mansioni di Ispettrice Alberghiera e i successivi contratti a termine o a viaggio solo quali accessori al già instaurato contratto a termine. La ricorrente su 1907 giorni di lavoro ne aveva infatti lavorati 1654 a terra).*

VA.TO.

## Sezione di diritto amministrativo e costituzionale regionale

# Massimario

T.A.R. Liguria, sez. I, 31 ottobre 2023, n. 886 - Pres. Caruso - Est. Bolognesi - XX (Avv.ti Anselmi e Cancrini) c. Commissario Straordinario per la Realizzazione della Nuova Diga Foranea di Genova ai sensi del D.P.C.M. 16.04.2021, Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale, Commissario Straordinario per la Ricostruzione ex D.P.C.M. 4.10.2018, Regione Liguria, Città Metropolitana di Genova, Comune di Genova (non costituiti) e Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Ministero dell'Economia e delle Finanze, Commissario Straordinario Nuova Diga Foranea di Genova, Autorità di Sistema Portuale del Mar Ligure Occidentale Genova, Commissario Straordinario per la Ricostruzione del Viadotto Polcevera Genova (Avvocatura dello Stato) c. XY (Avv.ti Annoni, Frattesi e Botto).

**APPALTI - esclusione dalla gara - conseguenze collaterali pregiudizievoli o afflittive - natura sanzionatoria - esclusione.**

(D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 80, comma 5, lett. c-bis; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 2)

**APPALTI - esclusione dalla gara - verifica dei requisiti della sussistenza dei requisiti di partecipazione alla selezione - termine di conclusione del procedimento - natura perentoria - esclusione - ininfluenza del suo mancato rispetto sulla validità del provvedimento successivamente adottato.**

(D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 80, comma 5, lett. c-bis; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 2)

*L'atto di esclusione di un offerente dalla gara di appalto, ancorché produttivo di conseguenze collaterali pregiudizievoli o afflittive, non ha natura sanzionatoria, essendo invece finalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico consistente nella verifica della sussistenza dei requisiti morali di partecipazione alla selezione.*

*Alla conclusione del procedimento di verifica dei requisiti di partecipazione alla gara di appalto si applica, in assenza di norme che stabiliscano un termine perentorio, la norma generale prevista dall'art. 2 della L. n. 241/1990 ove si prevede che il relativo termine non ha natura perentoria e il suo mancato rispetto non incide sulla validità del provvedimento successivamente adottato.*

G.BO.

T.A.R. Liguria, sez. I, 5 gennaio 2024, n. 10 - Pres. Caruso - Est. Bolognesi - X (Avv. Moretti) c. Min. Difesa, Legione Carabinieri Liguria (non costituito), Min. Interni, Prefettura UTG (non costituito), Min. Difesa (Avv. Stato), Min. Interno (Avv. Stato).

**ARMI E MUNIZIONI - ritiro cautelativo di armi e porto d'armi - misura preventiva, provvisoria e anticipatoria, contraddistinta da intrinseca urgenza - discrezionalità.**

(Art. 39, comma 2, T.U.L.P.S.).

**ARMI - ritiro cautelativo di armi e porto d'armi -**

**omessa previsione di un termine per la verifica della permanenza dei presupposti - illegittimità.**

(Art. 39, comma 2, T.U.L.P.S.).

**ARMI E MUNIZIONI - ritiro cautelativo di armi e porto d'armi - omessa previsione di un termine per la verifica della permanenza dei presupposti - pretesa risarcitoria - fondatezza.**

(Art. 39, comma 2, T.U.L.P.S.).

*Il ritiro cautelativo di armi e porto d'armi da parte dell'Autorità pubblica costituisce una misura preventiva, provvisoria e anticipatoria, contraddistinta da intrinseca urgenza e da ampia discrezionalità.*

*È illegittimo il ritiro cautelativo di armi e porto d'armi da parte dell'Autorità pubblica senza l'indicazione del termine per la verifica della permanenza dei presupposti della misura.*

*È fondata la pretesa risarcitoria dei danni causati dall'omessa indicazione da parte dell'Autorità pubblica del termine per la verifica della permanenza dei presupposti del ritiro cautelativo di armi e porto d'armi.*

A.G.

Consiglio di Stato, sez. V, 3 giugno 2024, n. 4928 - Pres. Sabatino - Est. Maggio - C.e B. (Avv. Sanna) c. Comune di Garlenda (Avv. Vallerga) e cfr. Comuni Villanova d'Albenga e Ortovero, non costituiti. (1)

(1) Conferma TAR Liguria sent. n. 26 del 2022.

**COMUNI - consiglio comunale - delibere di variazione del bilancio - atti diretti a soddisfare esigenze contingenti, connesse con l'esercizio dell'attività amministrativa - adozione in seduta straordinaria - legittimità - lesione dei diritti delle minoranze consiliari - esclusione.**

(D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, artt. 46, comma 3, e 151, commi 1 e 6; Statuto Comune Garlenda, art. 27; Regolamento per il funzionamento del Consiglio Comunale di Garlenda, artt. 10, comma 2)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - istanze cautelari - discrezionalità del giudice se provvedere con ordinanza interinale o sentenza semplificata - insindacabilità assoluta.**

(Art. 60 c.p.a)

*Non rientrano tra quelle da approvarsi dal Consiglio comunale in seduta ordinaria le delibere di variazione del bilancio poiché dirette a soddisfare esigenze contingenti connesse con l'esercizio dell'attività amministrativa, restando invece suscettibili di essere adottate in seduta straordinaria senza che si produca una lesione delle minoranze consiliari*

*È assolutamente insindacabile la discrezionalità del giudice amministrativo nel provvedere in ordine ad un'istanza cautelare con ordinanza interinale o con sentenza semplificata.*

P.C.

T.A.R. Liguria, sez. I, 14 novembre 2023, n. 929 - Pres. Caruso - Est. Bolognesi - XX (Avv.ti Piscitelli e Turrini Dertenois) c. ASL 1 (Avv.ti Anselmi e Smerchinich) c. XY (Avv. Sanna).

**CONCORSI PUBBLICI - area medica - obbligo di applicabilità integrale della procedura prevista dal d.p.r. n. 483 del 1997 per le sole assunzioni di dirigenti a tempo indeterminato - libertà di modifica parziale della disciplina per altre assunzioni.**

(D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15-septies, commi 1 e ; D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 483, art. 22, comma 1)

**CONCORSI PUBBLICI - area medica - procedure di assunzione di personale diverso dai dirigenti a tempo indeterminato - facoltà delle singole p.a di prevedere deroghe alle regole dettate dal d.p.r. 483/1997 tramite appositi regolamenti autovincolanti e di obbligatoria applicazione.**

(D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15-septies, commi 1 e ; D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 483, art. 22, comma 1)

*Sono integralmente applicabili alle sole procedure concorsuali per l'assunzione di dirigenti a tempo indeterminato le regole dettate dal d.p.r. 483/1997, restando libere le Aziende sanitarie locali (ASL), nella predisposizione della selezione pubblica, di mutarne anche parzialmente la disciplina in considerazione della natura giuridica dell'incarico e delle relative esigenze connesse alla selezione.*

*La facoltà di deroga alle regole dettate dal d.p.r. 483/1997 per le assunzioni di personale diverso dai dirigenti a tempo indeterminato può essere esercitata dalle singole amministrazioni tramite appositi regolamenti autovincolanti e di obbligatoria applicazione.*

G.BO.

TAR Liguria, sez. II, 3 gennaio 2024, n. 2 - Pres. Morbelli - Rel. Goso - Alessandro e Patrizia (Avv.ti Damonte, Ranzani, Laurenti) c. Comune di Genova (Avv.ti Pessagno e Chiesa), Luca e Valentina (Avv. Carrea).

**GIURISDIZIONE - criterio di riparto - petitum sostanziale.**

(Artt. 2, 13 commi 5 e 6, 14, 31, d.lgs. n. 285/1992; art. 11, c.p.a.; Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2023, n. 10063)

**GIURISDIZIONE - accertamento della natura demaniale di una strada - ricorso al giudice amministrativo - difetto di giurisdizione.**

(Artt. 2, 13, commi 5 e 6, 14, 31, d. lgs. n. 285/1992; art. 11, c.p.a.)

*Il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo si deve determinare sulla base della domanda, identificando il petitum sostanziale non in funzione della pronuncia concreta chiesta al giudice, ma della causa petendi da individuare nell'intrinseca natura della posizione dedotta in giudizio.*

*Il ricorso al giudice amministrativo è inammissibile per difetto di giurisdizione se, pur avendo formalmente come oggetto la domanda di annullamento di un atto amministrativo, la pretesa sostanziale è di competenza del giudice ordinario (nel caso di specie, l'accertamento della natura demaniale di una strada).*

S.SC.

T.A.R. Liguria, sez. I, 22 dicembre 2023, n. 1004 - Pres. Caruso - Est. Bolognesi - XX (Avv. Bava) c. Ministero dell'Economia e delle Finanze, Ministero della Difesa (Avvocatura Distrettuale dello Stato di Genova), Comando Generale Arma dei Carabinieri (non costituito).

**ORDINAMENTO MILITARE - svolgimento del servizio - insorgenza di specifiche patologie tumorali - attribuzione a causa di servizio in presenza di elementi statistici rilevanti - presunzione iuris tantum come normativamente prevista.**

(D.lgs. 15 marzo 2010, n. 66, artt. 1907 e 603; D.L. 29 dicembre 2010, n. 228, art. 5, comma 3-bis, lett. b; D.p.r. 15 marzo 2010, n. 90, artt. 1078 e 1079; T.A.R. Liguria, sez. I, 29 settembre 2016, n. 956 e 14 marzo 2016, n. 247)

*In presenza di elementi statistici rilevanti, anche in mancanza di una legge scientifica universalmente valida, l'insorgenza di specifiche patologie tumorali va ricondotta a cause di servizio, sia pure in forza di una presunzione iuris tantum come previsto dalla normativa.*

G.BO.

T.A.R. Liguria, sez. II, 4 maggio 2023, n. 473 - Pres. Morbelli - Est. Bolognesi - Giuseppe (Avv. Vallerga e Parlato) c. Comune di Loano (non costituito in giudizio).

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - tutela degli interessi legittimi - azioni di mero accertamento atipiche - ammissibilità in caso di inadeguatezza delle azioni tipiche.**

(Cost., artt. 24, 103, 111 e 113; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 19, comma 6-ter; D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, artt. 39 e 34, comma 2; R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, art. 100)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - tutela degli interessi legittimi - azioni di mero accertamento atipiche - ammissibilità in caso di un interesse concreto e attuale diverso rispetto all'annullamento - esclusione se elusive del termine di impugnazione.**

(Cost., artt. 24, 103, 111 e 113; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 19, comma 6-ter; D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, artt. 39 e 34, comma 2; R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, art. 100)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - tutela degli interessi legittimi - azioni di mero accertamento atipiche - risoluzione di conflitti di interessi tra le parti - inammissibilità.**

(Cost., artt. 24, 103, 111 e 113; Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 19, comma 6-ter; D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, artt. 39 e 34, comma 2; R.D. 28 ottobre 1940, n. 1443, art. 100)

*Il ricorso alle azioni di mero accertamento atipiche per la tutela degli interessi legittimi è ammesso in linea generale e salve le ipotesi tassativamente escluse, allorché le azioni di accertamento tipiche si rivelino inadeguate a soddisfare la pretesa fatta valere nel ricorso.*

*L'ammissibilità alle azioni di mero accertamento atipiche per la tutela degli interessi legittimi richiede la dimostrazione di un interesse concreto e attuale diverso da quello che sorregge l'azione*

*di annullamento e l'accertamento che tali azioni non siano proposte al fine di eludere il termine di impugnazione.*

*Il ricorso alle azioni di mero accertamento atipiche per la tutela degli interessi legittimi non è ammesso quando la finalità concreta sia quella di rimettere al Giudice amministrativo la risoluzione di conflitti di interessi tra le parti, perché l'interesse legittimo non si origina da un rapporto paritetico, ma dall'esercizio del potere di supremazia della PA nei confronti del privato.*

G.BO

Consiglio di Stato, sez. V, 3 gennaio 2024, n. 96 - Pres. Franconiero - Rel. Ravasio - Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avv. Gen. Stato), Ministero della Salute (Avv. Gen. Stato) c. XY (Avv. Leggiero) (1).

(1) (conferma TAR Liguria sent. 24 novembre-30 dicembre 2016, n. 1271)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - esecuzione della sentenza da parte della p.a. soccombente senza espressa accettazione - acquiescenza - esclusione**

(Art. 329 c.p.c.; art. 39 c.p.a.; Cons. Stato, Sez. V, n. 10565/2022)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - istruttori - consulenza tecnica e verifica - differenza di giudizi - corrispondente diversità di disciplina processuale -**

(Artt. 66, 67 c.p.a.)

*Non si verifica acquiescenza alla sentenza di primo grado da parte dell'amministrazione soccombente che vi dia doverosa esecuzione senza accettare in modo inequivocabile la decisione.*

*La differenza di giudizi in esito alla consulenza tecnica d'ufficio (giudizio di valore) ed alla verifica (giudizio di risultato) giustifica la diversa disciplina processuale tra i due mezzi istruttori (in particolare la mancata previsione durante le operazioni di verifica del contraddittorio che può espletarsi anche successivamente).*

S.SC.

T.A.R. Liguria, sez. I, 5 gennaio 2024, n. 9 - Pres. Caruso - Est. Felletti - X e Y (Avv. ti Anselmi, Anselmi e Smerchinich) c. Scuola Secondaria di Primo e Secondo Grado "Z" (Avv. ti Bennati e Stagnaro) e Min. Istruzione e del Merito (Avv. Stato).

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - atti emanati da un istituto di istruzione paritario - legittimazione passiva del Ministero dell'Istruzione e del Merito - insussistenza.**

(Art. 41, d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104)

**DIRITTO ALLO STUDIO - alunni con bisogni educativi speciali (BES) - rendimento scolastico insufficiente - mancanze della scuola nella predisposizione ed attuazione degli strumenti di ausilio dello studente con particolari carenze o difficoltà di apprendimento - passaggio giustificato alla classe successiva in presenza - illegittimità.**

(Cons. Stato, sez. I, parere n. 1133 in data 9 giugno 2020; Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 236; T.A.R. Liguria, sez. I, 6 luglio 2022, n. 586; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 22 gennaio 2020, n. 139)

**DIRITTO ALLO STUDIO - alunni con bisogni educativi speciali (BES) - prove di riparazione - svolgimento legittimo e corretto - conseguimento di valutazioni di insufficienza - riprovazione dell'alunno - legittimità.**

(Cons. Stato, sez. VII, 29 settembre 2022, n. 8383; Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2020, n. 617; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. V, 20 ottobre 2023, n. 2400; T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 settembre 2023, n. 1141; T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 5 agosto 2021, n. 5456)

*Non sussiste la legittimazione passiva del Ministero dell'Istruzione e del Merito quando il ricorso sia proposto contro atti impugnati adottati da un istituto di istruzione paritario e non da una scuola statale.*

*È illegittimo il passaggio alla classe successiva dello studente con bisogni educativi speciali con rendimento scolastico insufficiente giustificato dalle mancanze nella scuola nella predisposizione ed attuazione degli strumenti di ausilio dello studente con particolari carenze o difficoltà di apprendimento.*

*È legittima, nonostante l'incompleta od omessa attivazione di corsi di recupero da parte dell'istituto di istruzione, la riprovazione dello studente con bisogni educativi speciali che nelle prove di riparazione abbia conseguito valutazioni di insufficienza.*

A.G.

Consiglio di Stato, sez. VII, 17 giugno 2024, n. 5408 - Pres. Chieppa - Est. Rotondano - T. e altri (Avv. ti Menti e Bajetto) c. Comune di Sanremo (Avv. Nuvoloni), Agenzia del Demanio, Agenzia del Demanio Filiale Liguria, Ministero della Cultura, Ministero del Turismo, Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per la Città Metropolitana di Genova, Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per le Province di Imperia e Savona (Avv. Gen. Stato Subrani) (1)

(1) Riforma parzialmente TAR Liguria, sent. n. 309 del 2023 senza rimessione della causa al giudice di primo grado ex art. 105 c.p.a.

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso collettivo - carattere eccezionale - insussistenza di un conflitto di interessi anche potenziale tra le parti - ammissibilità**

(Cons. Stato, sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2341; sez. II, 27 settembre 2022, n. 8338; sez. IV, 16 febbraio 2021, n. 1427; sez. IV, 16 maggio 2018, n. 2910; sez. V, 27 luglio 2017, n. 3725 e 21 giugno 2013, n. 3418; sez. VI, 14 giugno 2017, n. 2921; sez. III, 15 maggio 2013, n. 2649; sez. I, parere n. 1512 del 22 settembre 2021)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso collettivo - mancata allegazione da parte di ciascuno dei ricorrenti degli elementi idonei a sostenere la sua pretesa - impossibilità per il giudice di controllare il concreto e personale interesse di ciascuno, l'omogeneità delle loro posizioni e la concreta fondatezza della domanda - inammissibilità**

(Cons. Stato, sez. II, 26 settembre 2022, n. 8261)

**PROCESSO AMMINISTRATIVO - ricorso collettivo - sussistenza congiunta dei requisiti dell'identità delle situazioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, portatori di un interesse omogeneo e collocati nell'identica posizione soggettiva (possessione di immobili nel borgo**

**di Bussana Vecchia), asseritamente lesa dagli atti impugnati (piano di valorizzazione di Bussana del Comune di Sanremo e precedente riconoscimento del vincolo storico-artistico) - ammissibilità.**

(Art. 100 cpc; art. 2697 c.c.; art.101, comma 2, e 105 cp.a.; art. 5, comma 5, d.lgs. 28 maggio 2010; d.m. 11 dicembre 2000; delib. Giunta comunale di Sanremo n. 191 del 2017, piano di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia)

**DEMANIO STORICO ARTISTICO - complesso immobiliare del Borgo di Bussana Vecchia - apprensione da parte del demanio statale per "vacanza" - trasferimento in proprietà al Comune di Sanremo con approvazione del piano di valorizzazione di bene di interesse pubblico - legittimità.**

(art. 847 c.c.; d.m. 11 dicembre 2000; delib. Giunta comunale di Sanremo n. 191 del 2017, piano di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia)

**PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO - Programma di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia - esclusiva proprietà pubblica del Borgo - non coinvolgimento di estranei alla titolarità del borgo - legittimità - omessa comunicazione di avvio del procedimento diretto alla emanazione di atti di pianificazione e programmazione da parte della P.A. - legittimità.**

(Artt. 827 e 586 c.c.; art. 22 l. n. 1089 del 1939; art. 5, comma 5, d.lgs. n. 85 del 2010; artt. 7 ss., l. n. 241 del 1990)

**BANDI E GARE PUBBLICHE - Comune di Sanremo - Programma di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia - bando di assegnazione degli immobili - Partecipazione degli attuali occupanti subordinata al pagamento delle indennità per l'occupazione nell'ultimo decennio.**

(Artt. 3 e 97 Cost.; delib. Giunta comunale di Sanremo n. 191 del 2017, piano di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia)

*Il ricorso collettivo, in deroga alla regola generale per cui ogni domanda deve essere proposta dal relativo titolare con separata azione, è ammissibile solo ove non sussista un conflitto di interessi, anche potenziale, tra i ricorrenti medesimi.*

*È inammissibile il ricorso collettivo in cui la mancata allegazione da parte di ciascuno dei ricorrenti degli elementi idonei a sostenere la sua pretesa impedisce al giudice di controllare il concreto e personale interesse di ciascuno, l'omogeneità delle loro posizioni e la concreta fondatezza della domanda.*

*È ammissibile il ricorso collettivo dei possessori di immobili nel Borgo di Bussana avverso il piano di valorizzazione del Borgo del Comune di Sanremo e la preventiva demanializzazione in quanto sussistono congiuntamente i requisiti dell'identità delle situazioni sostanziali e processuali dei ricorrenti, portatori di un interesse omogeneo e collocati nell'identica posizione soggettiva asseritamente lesa dagli atti impugnati.*

*Legittimamente il Comune di Sanremo, approvando il piano di valorizzazione di bene di interesse pubblico, ha avviato il trasferimento nella sua proprietà del complesso immobiliare del Borgo di Bussana Vecchia già rientrando nel demanio storico-artistico dello Stato.*

*Nel procedimento di predisposizione e approvazione del programma di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia non era doveroso, da parte del Comune di Sanremo, il coinvolgimento degli appellanti siccome estranei alla esclusiva proprietà pubblica del Borgo stesso; né necessaria alcuna comunicazione di avvio del procedimento in quanto diretto alla emanazione di atti di pianificazione e programmazione da parte della P.A..*

*È illegittima sia in quanto immediatamente lesiva della posizione degli occupanti degli immobili del Borgo di Bussana Vecchia, sia perché sproporzionata e caratterizzata da sviamento rispetto alle finalità proprie dell'atto impugnato la clausola del Programma di valorizzazione del Borgo di Bussana Vecchia del Comune di Sanremo che prevede che il futuro bando pubblico per l'assegnazione in concessione delle singole unità immobiliari subordini la partecipazione degli stessi occupanti al pagamento dell'indennizzo richiesto dall'Agenzia del Demanio per l'occupazione del bene durante il trascorso decennio.*

L.T.

T.A.R. Liguria, sez. I, 21 novembre 2023, n. 941 - Pres. Caruso - Est. Bolognesi - XX (Avv.ti Avolio e Gaggero) c. Asl 3 Genovese (Avv. Massa) c. XY (Avv. Rubino).

**SANITÀ PUBBLICA - gestione dell'incarico di direttore di struttura sanitaria complessa - controversie tuttora devolute alla giurisdizione ordinaria.**

(D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15, comma 7-bis; D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, commi 1 e 4; L. 5 agosto 2022, n. 118)

*Le controversie circa la gestione dell'incarico di direttore di struttura complessa sono e restano devolute alla giurisdizione ordinaria anche dopo le modifiche introdotte dalla l. n. 118/2022.*

G.BO.

T.A.R. Liguria, sez. II, 24 febbraio 2023, n. 247 - Pres. Morbelli - Est. Bolognesi - S.r.l. (Avv. Vincenzi) c. Comune di Alassio (Avv. Contri).

**URBANISTICA - opere edilizie semplici, amovibili e collocate a tempo indefinito e non rientranti nell'edilizia libera - rilevanza edilizio-urbanistica - sussistenza.**

(D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 6)

*Il fatto che un'opera edilizia sia semplice e amovibile non ne esclude di per sé la rilevanza edilizio-urbanistica laddove essa rimanga in loco a tempo indefinito, salvo che la medesima non sia qualificabile come attività libera.*

G.BO.

## Sezione di diritto tributario

# Massimario

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 20 febbraio 2024, n. 126 - Pres. Piombo - Rel. Chiti.

**ACCERTAMENTO - “società di fatto” - gestione - contribuente - onere della prova - Amministrazione - incombenza - contratto o patto parasociale - mancanza - dichiarazioni di terzi - genericità - pretesa impositiva - infondatezza.**

*L'esistenza di una “società di fatto” nel rapporto fra i soci postula la dimostrazione, eventualmente anche con prove orali o presunzioni, del patto sociale e dei suoi elementi costitutivi (fondo comune, esercizio in comune di attività economica, ripartizione dei guadagni e delle perdite, vincolo di collaborazione in vista di detta attività) e, pertanto, non può essere desunta dalla mera esternazione della società, che è rilevante solo nel rapporto con i terzi, a tutela del loro affidamento, né da atti di per sé insufficienti ad evidenziare tutti i suddetti elementi costitutivi. Conseguentemente, l'accertamento con cui sia contestata al contribuente la partecipazione “occulta” nella gestione di una società è illegittimo laddove la pretesa non sia fondata sull'esistenza di un contratto, di un patto parasociale o di altri elementi utili e concreti a provare tale partecipazione, non essendo a tal fine sufficienti le dichiarazioni di terzi raccolte in sede di verifica se esse sono generiche e contraddittorie.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 22 febbraio 2024, n. 143 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**ACCERTAMENTO - crediti per R&S - compensazione - dichiarazione - Quadro Ru - mancata compilazione - inesistenza del credito - esclusione - conseguenza - atto di recupero - emissione - termine di otto anni - inapplicabilità.**

*L'inesistenza di un credito di imposta portato in compensazione non può esser desunta unicamente dalla sua mancata indicazione nel quadro RU della dichiarazione. Posto infatti che l'inesistenza del credito deve esser agevolmente rilevabile, la mancata indicazione nel quadro RU rende, al più, il credito “non spettante”, con la conseguente inapplicabilità del maggior termine di otto anni previsto dall'art. 27, comma 16, d.l. n. 185/2008, per l'emissione del relativo atto di recupero.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 26 marzo 2024, n. 212 - Pres. Cardino - Rel. Cardino.

**ACCERTAMENTO - accertamento con adesione - natura - accordo transattivo - riconoscimento valevole per altre annualità - esclusione.**

**PROCESSO TRIBUTARIO - appello - notificazione a mezzo pec - contestuale notifica di più atti - sanatoria per raggiungimento dello scopo.**

*L'accertamento con adesione, pur essendo il risultato di un accordo tra l'amministrazione finanziaria e il contribuente, costituisce una forma di esercizio del potere impositivo, non assimilabile, in quanto tale, ad un atto di diritto privato, sicché esso non ha natura di atto amministrativo unilaterale, né di contratto di transazione, stante la disparità delle parti e l'assenza di*

*discrezionalità in ordine alla pretesa tributaria, ma configura un accordo di diritto pubblico, il quale, in ragione di ciò, non è soggetto alle disposizioni del codice civile in tema di transazione, ma alla speciale disciplina pubblicistica contenuta nel d.lgs. n. 218 del 1997, avente carattere cogente siccome afferente all'obbligazione tributaria, ai suoi presupposti e alla base imponibile. Da ciò discende che nessun riconoscimento, ammissione o confessione - tanto più se relativi a periodo di imposta diversi da quello considerato dell'accertamento con adesione - possono discendere da tale istituto (fattispecie in materia di IMU).*

*L'irritualità della notificazione a mezzo di posta elettronica certificata non ne comporta la nullità se la consegna telematica (nella specie, di più atti di appello relativi ad altrettanti procedimenti pendenti tra le stesse parti, notificati con un'unica pec) ha comunque prodotto il risultato della conoscenza dell'atto e determinato così il raggiungimento dello scopo legale.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 3 maggio 2024, n. 103 - Pres. Gatti - Rel. Vipiana.

**ACCERTAMENTO - corporazione dei piloti - piloti - rapporto di lavoro - natura - associativa - conseguenza - compensi corrisposti - natura - corrispettivi - esclusione - obbligo di ritenuta - esclusione.**

*Il rapporto fra le Corporazioni dei piloti e i piloti che ne fanno parte è di natura associativa e non è un rapporto di lavoro subordinato; conseguentemente, la natura associativa di tale rapporto esclude che i “Corrispettivi per il godimento dei mezzi nautici” siano considerati “compensi” di lavoro e che la Corporazione sia tenuta ad operare le relative ritenute.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 20 maggio 2024, n. 449 - Pres. Pellegrini - Rel. Pellegrini.

**ACCERTAMENTO - fase amministrativa - richiesta di esibizione di documenti - art. 32, d.p.r. n. 600/1973 - mancata produzione - giudizio - loro produzione - preclusione - condizione - specificità della richiesta - necessità.**

*L'omessa esibizione dei documenti in sede amministrativa determina l'inutilizzabilità della successiva produzione in sede contenziosa, solo in presenza dello specifico presupposto costituito dall'invito specifico e puntuale all'esibizione, accompagnato dall'avvertimento circa le conseguenze della sua mancata ottemperanza. Conseguentemente, tale preclusione non opera in relazione a quei documenti che non siano stati espressamente richiesti dall'Ufficio il quale quindi è onerato di contestarne in giudizio la rilevanza e l'idoneità a costituire prova a favore del contribuente.*

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 27 febbraio 2024, n. 150 - Pres. Cardino - Rel. Bolognesi.

**ACCERTAMENTO CATASTALE - revisione catastale - procedura DOCFA - utilizzabilità - condizioni - aggiornamento CEU - esclusione - modifiche nella consistenza dell'immobile - necessità.**

*Il ricorso alla procedura DocFa è limitato ai soli casi di variazione effettiva dello stato dell'immobile che implichi una modifica nella consistenza delle singole unità immobiliari. Conseguentemente non si può fare ricorso a tale procedura nel caso di mero aggiornamento del Catasto Edilizio Urbano volto a mutare l'originaria categoria catastale attribuita all'immobile senza alcuna sua significativa modifica (nella specie, tramite DOCFA era dichiarato lo scorporo della cantina da un appartamento con la proposta di una nuova categoria catastale A/2 in luogo della categoria A/1 originariamente assegnata e confermata dalla Corte a fronte delle ulteriori ed immutate caratteristiche intrinseche ed estrinseche dello stesso, quali una superficie catastale di 230 mq, l'elevato numero di vani, l'esposizione esterna e d un giardino di 376mq di proprietà).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 20 maggio 2024, n. 453 - Pres. Fugacci - Rel. Gibelli.

**ACCERTAMENTO CATASTALE - motivazione dell'atto - docfa - applicazione di parametri diversi a stesso stato di fatto dichiarato - motivazione "ridotta" - ammissibilità - diverso apprezzamento degli stessi elementi di fatto - motivazione esaustiva - necessità.**

*L'accertamento catastale può avere una motivazione "ridotta", mediante indicazione dei soli dati catastali e dell'esito del classamento in termini di rendita e categoria, nel caso in cui abbia una funzione "meramente ripristinatoria" (ossia a fronte di docfa del tutto immotivata), e nel caso in cui l'Agenzia "prenda atto" della consistenza dell'immobile e delle sue caratteristiche come descritte in docfa, ma applichi parametri diversi al medesimo stato di fatto, operando solo una divergente stima senza alcuna riconsiderazione della sostanza degli elementi di fatto dichiarati dal contribuente. Al contrario ove la tesi dell'Agenzia e quella del contribuente divergano sostanzialmente, non solo in fatto, ma anche quanto a sostanziale apprezzamento del "significativo censuario" di determinati elementi, la motivazione da parte dell'Agenzia risulta assolutamente necessaria (nella specie, la rettifica è risultata totalmente immotivata in relazione al contenuto della docfa che dava atto della trasformazione interna dell'immobile con la soppressione di un bagno e la creazione di una lavanderia, modifica considerata dalla Corte, in sé non insignificante).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 8 aprile 2024, n. 63 - Pres. e Rel. Molino.

**CONTRIBUTO UNIFICATO - atti di recupero - impugnazione - ufficio di segreteria e CGT - identificazione - esclusione - lesione del giusto processo - inconfigurabilità.**

*In caso di impugnazione della richiesta del maggior contributo unificato non sussiste alcuna violazione del giusto processo e della terzietà del giudice per l'asserita identificazione della controparte (ufficio di segreteria) con il giudicante (corte di giustizia tributaria): la Corte di Giustizia Tributaria è infatti organo giurisdizionale indipendente i cui giudici sono autogestiti dal Consiglio Superiore di Giustizia Tributaria, senza alcun rapporto diretto od indiretto con il MEF alle cui dipendenze è unicamente riconducibile il personale amministrativo dell'ufficio di segreteria.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 8 aprile 2024, n. 79 - Pres. Zerilli - Rel. Lomazzo.

**DOGANE - atti di irrogazione delle sanzioni - incertezza**

**normativa oggettiva - prassi e giurisprudenza contrastante - sanzioni - disapplicazione.**

*Non sono dovute le sanzioni, per obiettiva incertezza normativa, allorché la qualificazione doganale di una determinata merce importata (nella specie, apparecchi / monitors) sia stata oggetto di differenti provvedimenti amministrativi emanati nel corso del tempo da parte di diversi paesi europei (quali, nella specie, ITV tedesche, spagnole ed italiane) nonché di pronunce giurisdizionali di segno contrario.*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 30 aprile 2024, n. 82 - Pres. Sgambati - Rel. Sgambati.

**DOGANE - classificazione delle merci - mangimi per animali domestici - importazione - VD 23091011 - dazio zero - applicabilità - condizioni - presenza di glucosio - previsione di un limite quantitativo - esclusione - conseguenza.**

*I prodotti qualificabili come mangimi per cani o per gatti possono essere classificati alla VD 23091011 (con dazio zero) se ed in quanto contengano, tra l'altro, amido in misura superiore, in quantità, allo 0,5%, oppure glucosio, senza che per quest'ultimo sia indicata alcuna soglia minima di apprezzamento. In particolare, la ridotta presenza di glucosio nei mangimi importati, non potendo far ritenere che tale sostanza sia assente o comunque non apprezzabile, in assenza di alcun limite quantitativo previsto dalla VD, rende correttamente applicabile la VD 23091011 (e ciò in considerazione del fatto che un prodotto esistente ma non puntualmente rilevabile in applicazione di uno specifico algoritmo di misura o per inadeguatezza tecnica non può esser trattato come inesistente).*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 3 giugno 2024, n. 504 - Pres. Goso - Rel. Grasso.

**DOGANE - merce importata - controllo tecnico - consegna dei risultati - tempistica - irragionevolmente dilata - pregiudizio al diritto di difesa del contribuente.**

*La tempistica di consegna al contribuente del risultato delle analisi condotte a campione sulla merce importata non può esser tale da oltrepassare un tempo ragionevole entro cui devono svolgersi le verifiche doganali secondo la legislazione, a pena di violare in concreto il diritto di difesa del contribuente. Lo sfioramento di tale lasso di tempo preclude infatti al contribuente la possibilità tecnica di contestare le risultanze delle analisi condotte se la merce è stata oramai posta in commercio, dovendosi quindi, in tal caso, attribuire valore dimostrativo e probatorio alle analisi condotte "in partenza" sulla stessa merce (fattispecie in tema di importazione di riso di qualità "Basmati").*

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di La Spezia, 11 giugno 2024, n. 130 - Pres. Laino - Rel. Ranaldi.

**DOGANE - avviso di rettifica - rapporto Olaf - richiamo - allegazione - parti omesse ed oscurate - vizio di motivazione e di prova - sussistenza.**

**DOGANE - origine di un prodotto - lavorazione sostanziale - criterio per determinarla - cambio di voce doganale - sufficienza - esclusione.**

*E' illegittimo per carenza di motivazione e di prova, l'avviso di rettifica fondato unicamente su di un report Olaf, che ad esso è allegato, e prodotto in giudizio, oscurato in tutte le parti fonda-*

mentali e privo dei relativi allegati: riferendosi a documentazione incompleta e scarsamente intelligibile, l'avviso di rettifica è idoneo a garantire al contribuente il pieno ed immediato esercizio delle sue facoltà difensive.

L'origine doganale di un prodotto è rappresentata dal Paese in cui è stata eseguita l'ultima "trasformazione" o "lavorazione sostanziale", effettuata da un'azienda attrezzata a tale scopo, che si traduce nella realizzazione di un "prodotto nuovo" rispetto a quello risultante dal semplice assemblaggio dei materiali esteri utilizzati. Conseguentemente, il criterio del "cambio di voce doganale" ("CTH") impiegato dall'Ufficio non è sufficiente da solo a determinare l'origine di un prodotto in quanto, pur coprendo la maggior parte delle ipotesi, esso non consente di individuare tutte le situazioni in cui la trasformazione o la lavorazione della merce sia sostanziale (fattispecie di importazione di tubi in acciaio di cui l'Ufficio disconosceva l'origine thailandese considerandoli di origine cinese; la Corte ha ritenuto che la contribuente abbia fornito piena prova dell'origine dichiarata attraverso la produzione di idonee perizie tecniche giurate).

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 23 aprile 2024, n. 95 - Pres. e Rel. Lomazzo.

**FINANZA LOCALE - tickets sanitari - riscossione - termine - prescrizione - decennale - accertamento prodromico - omissione - iscrizione a ruolo - illegittimità.**

La pretesa impositiva a titolo di contributo per le prestazioni del servizio sanitario nazionale (tickets sanitari), azionabile nel termine di prescrizione decennale in assenza di norme specifiche che stabiliscano un diverso termine, deve esser contenuta in un atto impositivo di accertamento di guisa che la relativa iscrizione a ruolo, in assenza della previa notifica di un accertamento prodromico, è del tutto illegittima.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 2 aprile 2024, n. 316 - Pres. Goso - Rel. Goso.

**IMPOSTA DI REGISTRO - sentenza penale di condanna - remissione - spese agevolabili - solo quelle del procedimento - imposta di registro - debenza.**

In forza dell'art. 6. del TUSG, le spese poste a carico del condannato in sede penale per le quali può esser concessa la "remissione", laddove ricorrano la regolarità della condotta e la condizione di disagio economico, sono solo quelle del processo in senso stretto, ossia le spese connesse alla celebrazione del procedimento sino alla pronuncia della sentenza di condanna definitiva, nonché le spese di mantenimento in carcere, ma non anche altre spese non espressamente previste quali l'imposta di registro sulla sentenza, l'amenda ed il contributo unificato.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 4 giugno 2024, n. 514 - Pres. Di Napoli - Rel. Morbelli.

**IMPOSTA DI REGISTRO - giudizio civile - assicurazione - risarcimento - determinazione del massimale - condanna - di tipo "generico" - determinazione del quantum risarcibile - altro giudizio - imposta proporzionale - esclusione - imposta fissa - applicazione.**

Ai fini dell'imposta di registro non è soggetta ad imposta proporzionale (del 3%) ma a quella fissa (€ 200,00) l'ordinanza con la cui il Tribunale determina la misura del massimale entro la

quale una compagnia di assicurazione è tenuta a manlevare l'assicurato per i danni da questo cagionato a propri dipendenti, demandando l'esatta quantificazione del danno da risarcire ad un altro e diverso giudizio (nella specie, penale) il cui provvedimento (di determinazione del quantum) sarà assoggettato ad imposta proporzionale. Trattandosi infatti di "condanna generica" essa è da ricondurre alla previsione dell'art. 35 TUR relativa ai contratti di importo indeterminato.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 20 febbraio 2024, n. 133 - Pres. Piombo - Rel. Bolognesi.

**IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - istituto di vigilanza privata - autoveicoli - contrassegni distintivi - obbligo di legge - sussistenza - esenzione dall'imposta - spettanza.**

Non sono soggetti ad imposta sulla pubblicità, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 507/1993, i contrassegni distintivi ed identificativi apposti sugli autoveicoli di servizio in uso ad un istituto di vigilanza privata in quanto previsti obbligatoriamente dalla legge che ne determina le caratteristiche e le dimensioni in modo tale da consentirne l'immediata riconoscibilità.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 18 giugno 2024, n. 148 - Pres. Landolfi - Rel. Lomazzo.

**IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - canone unico patrimoniale - pannello pubblicitario - area di servizio - esenzione - servizi di trasporto pubblico - società di gestione dell'autostrada - applicazione - esclusione.**

**IMPOSTA SULLA PUBBLICITÀ - canone unico patrimoniale - pannello pubblicitario - area di servizio - convenzione tra società di gestione dell'autostrada e MIMS - messaggio - valorizzazione bellezze nazionali - messaggio pubblicitario a favore dell'impresa - esclusione - imposta - non debenza.**

L'esenzione dal Canone Unico Patrimoniale per i messaggi pubblicitari esposti all'interno delle stazioni dei servizi di trasporto pubblico non può essere invocata dalla società di gestione delle Autostrade in relazione ai pannelli pubblicitari apposti in una "area di servizio" dal momento che tale Società non svolge alcuna attività di pubblico trasporto, né le stazioni di servizio rendono servizi per il trasporto pubblico svolto dai soggetti a ciò autorizzati.

Il messaggio pubblicitario per essere imponibile deve promuovere l'attività di chi lo espone. Conseguentemente, non sono soggetti al CUP i cartelloni posti nelle "aree di servizio" di un'autostrada (dietro convenzione tra la Società di gestione dell'autostrada ed il Ministero delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile) volti a promuovere le bellezze artistiche e paesaggistiche del Paese, trattandosi di "pubblicità" eseguita per interesse del MIMS e, quindi, a fini di interesse pubblico.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 8 aprile 2024, n. 324 - Pres. e Rel. Galletto.

**IMU - immobile - nudo proprietario - coniuge superstite - diritto di abitazione - inconfigurabilità - legittimazione passiva - sussistenza.**

Il nudo proprietario di un immobile (nella specie, il figlio) che per esso riceva un avviso di accertamento IMU, non può invocare a sostegno della propria carenza di legittimazione il fatto che l'im-

mobile sia gravato da un diritto reale di abitazione a favore del coniuge superstite (nella specie, la madre) se risulta, in contrasto con la previsione dell'art. 540 c.c., che tale immobile non era adibito dai coniugi (nella specie, i genitori) a residenza familiare quanto piuttosto a "seconda casa".

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 22 aprile 2024, n. 363 - Pres. Di Napoli - Rel. Di Napoli.

**IMU - presupposto - possesso di un immobile - costruzione - difformità dai titoli abilitativi - carenza di agibilità - possesso - esclusione - tributo - non debenza.**

Considerato che ai fini IMU il possesso di un immobile costituisce il presupposto del tributo, nel caso di vendita di cosa futura tale possesso deve ritenersi non configurabile, se gli immobili oggetto di cessione risultino esser stati costruiti solo parzialmente oltre che in difformità ai titoli abitati e privi di agibilità.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Savona, 4 giugno 2024, n. 133 - Pres. Zerilli - Rel. Donvito.

**IMU - immobile - società - conferimento - diritto di abitazione a favore del conferente - riserva del medesimo diritto a favore del coniuge superstite - opponibilità al comune - esclusione - imposta a carico della società dopo la morte del soggetto conferente - applicazione.**

L'atto con cui un contribuente conferisce un immobile in una società riservandosi il diritto di abitazione per tutta la vita e dopo di sé riservandolo al coniuge, non è opponibile al Comune il quale può pretendere dalla società l'IMU su tale immobile per il periodo successivo alla morte del conferente atteso che tale evento determina l'estinzione del diritto di abitazione ex artt. 979, c. 1, e 1026 c.c.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Genova, 9 maggio 2024, n. 424 - Pres. Di Napoli - Rel. Morbelli.

**IRAP - base imponibile - attività produttiva - utilizzo di navi iscritte nel registro internazionale - servizi complementari di camera, servizi di cucina o servizi generali a bordo - base imponibile ridotta - applicazione.**

In tema di Irap, la norma che dispone l'esclusione dalla base imponibile del valore della produzione attribuibile alle attività produttive esercitate mediante navi iscritte nel Registro Internazionale è applicabile anche alla Società che fornisce, con proprio personale, servizi che presuppongono l'utilizzo delle navi quali servizi di housekeeping e servizi generali di hotel, servizi di ristorazione dei passeggeri e dell'equipaggio, somministrazione di bevande ed alcolici, gestione dei servizi bar e accessori. In tali ipotesi, infatti, le navi non possono esser considerate quali meri luoghi fisici sui quali sono esercitate le indicate prestazioni in quanto costituiscono, al contrario, il mezzo senza il quale tali attività non possono avere attuazione.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 28 marzo 2024, n. 198 - Pres. Piombo - Rel. Bertolo.

**IVA - credito - cessione - accertamento - direttamente nei confronti del cessionario - legittimità.**

In caso di cessione di un credito IVA l'Amministrazione può ravvivare l'insussistenza del credito ceduto senza dover attivare un con-

traddittorio ed indirizzare l'accertamento nei confronti della società cedente ben potendo agire direttamente nei confronti del cessionario.

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 17 giugno 2024, n. 95 - Pres. Bracco - Rel. Boeri.

**PROCESSO TRIBUTARIO - giurisdizione - ticket sanitario - giudice tributario - esclusione - giudice ordinario - sussistenza.**

Sono devolute alla giurisdizione del giudice ordinario le controversie afferenti il pagamento del ticket sanitario dovendo escludersi la natura tributaria di quest'ultimo, trattandosi di obbligazione sorta nell'ambito di un rapporto sinallagmatico in relazione al tipo di prestazione erogata e in base alla tariffa applicata dalla regione.

Corte di Giustizia Tributaria di II grado della Liguria, 25 marzo 2024, n. 206 - Pres. Venturini - Rel. Piombo.

**TARI - porto turistico - concessionario - legittimazione passiva - sussistenza - banchine di approdo e posti barca - tassabilità - sussiste.**

**SANZIONI - disapplicazione - domanda - ricorso introduttivo - necessità - motivazione della richiesta - necessità.**

In materia di rifiuti, il concessionario di un porto turistico detiene, in forza della concessione, il demanio marittimo e lo specchio acqueo antistante, ed è, pertanto, soggetto passivo del tributo relativamente ai cd. posti-barca, ivi comprese le banchine di approdo, anche se oggetto di contratti che ne attribuiscono la disponibilità a terzi, in quanto tali contratti non estinguono, ma anzi presuppongono la sua detenzione. A tal fine, la nozione di "aree scoperte" rilevante ai fini del tributo, non si riferisce soltanto alla terraferma, ma a tutte le estensioni o superfici spaziali, comunque utilizzabili e concretamente utilizzate da una comunità umana che produce rifiuti urbani da smaltire, indipendentemente dal supporto solido o liquido di cui l'estensione è composta e, dunque, dal mezzo terrestre o navale utilizzato per fruire di quell'estensione.

In tema di sanzioni amministrative, la loro disapplicazione da parte del giudice è possibile solo se domandata dal contribuente fin dall'atto introduttivo del giudizio di primo grado, dovendo comunque esser rigettata se essa non è sorretta da idonea motivazione ma solo dalla generica affermazione della sussistenza di "giusti motivi".

Corte di Giustizia Tributaria di I grado di Imperia, 22 aprile 2024, n. 69 - Pres. e Rel. Bocchiardo.

**VIOLAZIONI TRIBUTARIE - sanzioni - causa di non punibilità - fatto doloso del professionista incaricato - contribuente - denuncia all'autorità giudiziaria - tempestiva presentazione - onere della prova - assenza di colpa in vigilando - artifici e raggiri commessi dal professionista.**

In tema di violazione finanziarie, ai fini della configurabilità della causa di esclusione della punibilità prevista dall'art. 6, comma 3, del d.lgs. n. 472/97 la denuncia all'autorità giudiziaria non può esser presentata successivamente alla redazione del PVC ed a distanza di molto tempo (nella specie, tre anni) dai fatti contestati. Inoltre, incombe sul contribuente che ne invoca l'applicazione dimostrare di aver vigilato con l'ordinaria diligenza sull'operato del professionista incaricato e di esser stato indotti in errore da artifici e raggiri commessi da quest'ultimo tali da aver reso impossibile al contribuente la comprensione dell'irregolare operato del professionista.

## Sezione di diritto penale

# Sentenze, Ordinanze e Decreti

Tribunale di Genova, sez. per il riesame, 8 luglio 2024, Pres. ed Est. Cusatti.

**MISURE cautelari personali - revoca e sostituzione delle misure - istanza non preceduta da esperimento di riesame - devoluzione di elementi di contestazione della originaria ordinanza applicativa della misura - ammissibilità - devoluzione di elementi e circostanze sopravvenute - ammissibilità.**

(Art. 299 c.p.p.)

**MISURE cautelari personali - revoca e sostituzione delle misure - devoluzione di elementi e circostanze sopravvenute - novum sostanziale - ammissione dei fatti - rilevanza - reato di corruzione - distinzione tra ammissione in fatto e ammissione in diritto - inammissibilità - ammissione in fatto senza ammissione in diritto - non configurabilità - assenza di novum.**

(Art. 318 c.p., art. 299 c.p.p.)

**MISURE cautelari personali - esigenze cautelari - esigenze probatorie - modalità esecutive dei fatti - spregiudicatezza e disinvoltura - carenza di diretta incidenza sulle esigenze probatorie - valutazione a fini cautelari - irrilevanza.**

(Art. 274 lett. a) c.p.p.)

**MISURE cautelari personali - incrementato quadro istruttorio - ruolo apicale dell'indagato nell'ente in cui è stato commesso il reato - possibile influenza o pressione esercitabile su chi deve essere sentito - concretezza e attualità del periculum - carenza.**

(Art. 274 lett. a) c.p.p.)

**MISURE cautelari personali - criteri di scelta delle misure - esigenze cautelari - arresti domiciliari - necessità - misure interdittive - sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio o servizi - inadeguatezza - divieto di applicazione della misura a uffici elettivi ricoperti per diretta investitura popolare - contenuto - rappresentanza politica - operatività del divieto - attività tecnico amministrativa - non operatività del divieto.**

(Art. 275, 284, 289 c.p.p.)

**MISURE cautelari personali - funzione elettiva - limitazione - possibilità solo con sentenza - insussistenza - misure cautelari - applicabilità.**

(Artt. 274, 289 c.p.p.)

*L'indagato che sia attinto da una misura cautelare può decidere di esperire un'immediata istanza di riesame, il che realizza una verifica totalmente devolutiva della legittimità della misura sotto ogni aspetto. L'altra strada processuale riservata all'indagato è quella di sollecitare lo stesso giudice che abbia disposto la cautela a rivalutare il proprio operato con un'istanza di libertà formulata ai sensi dell'articolo 299 c.p.p., il cui perimetro devolutivo è fortemente condizionato dall'avvenuto esercizio del potere di pro-*

*porre una previa istanza di riesame: nel senso che, a fronte di una decisione del Tribunale del riesame che abbia confermato l'ordinanza applicativa della cautela con pronuncia divenuta definitiva, il difensore dovrà necessariamente introdurre a sostegno di siffatta istanza un novum sostanziale idoneo a inficiare il cosiddetto giudicato cautelare. In assenza di un previo riesame, il difensore potrà scegliere liberamente se devolvere alla cognizione del medesimo giudice una circostanza già esaminata in seno a quest'ultima (e frattanto non attinta da istanza di riesame) oppure una circostanza sopravvenuta rispetto alla stessa.*

*(Fattispecie di appello avverso il rigetto di istanza ex articolo 299 c.p.p., non preceduta dalla presentazione di istanza di riesame avverso l'ordinanza applicativa della misura. Nell'istanza ex art. 299 C.p.p., secondo il Tribunale, l'indagato non ha ritenuto opportuno contestare né i gravi indizi delineati a suo carico, né le esigenze cautelari ravvisate nei suoi confronti, né la concreta individuazione della misura custodia. L'istanza ex articolo 299 c.p.p., è dunque imperniata su circostanze sopravvenute rispetto al quadro gravemente indiziario e cautelare sotteso all'ordinanza applicativa della cautela domestica nei confronti dell'indagato.*

*Nel caso di specie tale novum sarebbe costituito dal tenore dell'interrogatorio, dalla prosecuzione delle indagini, dall'incidenza dell'eventuale protrazione della misura in atto sulla carica di natura elettiva ricoperta dall'indagato, presidente della regione)*

*In riferimento al reato di corruzione, non è prospettabile la distinzione tra ammissioni in fatto e ammissioni di diritto, di talché, in sintesi, tale reato per la sua peculiarità non è compatibile con ammissioni "in fatto" e non anche "in diritto".*

*Considerato che l'accordo corruttivo costituisce il fulcro del reato e, nel caso specifico, dell'accusa contestata, laddove l'indagato abbia negato in radice di avere mai concordato con i coindagati la promessa o l'erogazione di utilità, condizionandole all'esercizio delle proprie funzioni e dei propri poteri ovvero al compimento di atti contrari ai propri doveri d'ufficio, deve ritenersi che l'indagato non abbia ammesso nulla di rilevante nell'economia del procedimento. Se così è non può individuarsi nell'interrogatorio il novum sostanziale necessario per inficiare il quadro cautelare sotteso all'ordinanza applicativa della custodia domestica.*

*L'allegazione in ottica accusatoria di elementi di spregiudicatezza e disinvoltura da parte dell'indagato attinenti alle modalità esecutive dei fatti illeciti oggetto delle accuse e non alle specifiche esigenze di tutela della prova prevista dall'articolo 274 lettera a codice procedura penale (scelta di luoghi riservati per gli incontri con coindagati e abbandono dei cellulari all'esterno dello yacht sul quale sono venuti taluno degli incontri - condotta peraltro non addebitabile al ricorrente -) non sembra particolarmente pregnante sotto il profilo della persistenza dell'esigenza di natura probatoria: desumerne un pericolo per la genuinità della prova sembra eccessivo tenuto conto che la suddetta disposizione postula la sussistenza di specifiche e inderogabile esigenza attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si proceda, in relazione a situazioni di concreto attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento appena di nullità rilevabile anche d'ufficio.*

*In relazione alla persistenza dell'esigenza di natura probatoria, laddove le acquisizioni istruttorie si siano incrementate successivamente all'applicazione della misura, non si vede quali concrete circostanze giustifichino ulteriormente la configurazione di un ri-*

*schio cautelare, sostanzialmente fondato soltanto sul ruolo apicale svolto dal presidente della regione in seno a tale istituzione pubblica e sulla potenziale "influenza" o pressione da lui esercitabile perciò solo nei confronti di altri soggetti che vi lavorano e che devono ancora essere sentiti dagli inquirenti. Si tratta di elementi privi della concretezza e dell'attualità richieste (cioè a fortiori ove si consideri che ci si trova a meno di un mese dalla cessazione del termine massimo previsto dalla norma).*

*Laddove si sia dato conto delle ragioni per le quali va a considerato persistente il rischio di reiterazione dei reati delineati a carico di soggetto che svolga il ruolo di presidente della regione, tanto basta a giustificare la protrazione della misura custodia in atto, posto che ogni diversa misura coercitiva risulterebbe inidonea a prevenire il reiterarsi di incontri finalizzati a concertare intese illecite analoghe a quelle oggetto di contestazione. La misura di natura custodiale, in tal senso, è stata disposta perché quella interdittiva sarebbe stata inadeguata per difetto, quand'anche concretamente applicabile al titolare di un pubblico ufficio derivante dalla diretta investitura popolare (fattispecie in cui è stato ritenuto che il divieto di applicazione delle misure interdittive di cui all'articolo 289 c. 3 c.p.p. non fosse rilevante poiché tale applicazione della misura interdittiva sarebbe stata comunque inadeguata al soddisfacimento delle esigenze cautelari previste nel caso di specie).*

*Il divieto di applicazione delle misure interdittive a mente dell'articolo 289 comma 3 c.p.p. pare concernere direttamente la sola rappresentanza politica del presidente della regione, cioè la titolarità del mandato a delineare le scelte generali e gli obiettivi strategici cui conformare l'attività di un ente territoriale, rispetto alla cui concreta gestione le pubbliche funzioni tecnico-amministrative a quella correlate non paiono costituire l'immediato oggetto dell'investitura elettiva, ma soltanto lo strumento accessorio finalizzato ad esercitarla sul piano esecutivo.*

*(Ne consegue che correttamente il giudice può autorizzare l'indagato presidente della regione sottoposto agli arresti domiciliari con divieto di contatti con estranei, a intrattenere plurimi incontri dalla schietta finalità politica, trattandosi di tracciare le linee strategiche che l'indirizzo della vita gestionale della regione e non ravvisandosi alcun periculum cautelare, connesso alla correlata funzione tecnico-amministrativa).*

*Il vigente ordinamento non contempla un principio costituzionale secondo il quale per limitare l'esercizio di una funzione elettiva solo una sentenza può disporre. Da ciò discende che un cittadino investito di una carica elettiva di diretta investitura popolare è soggetto all'applicazione di qualsivoglia misura cautelare - ad eccezione di quella interdittiva ex articolo 289 comma 3 c.p.p. - qualora sia gravemente indiziato di uno dei delitti contemplati dall'articolo 280 c.p.p. e ricorre a taluna delle esigenze cautelari previste dall'articolo 274 c.p.p..*

Il Tribunale di Genova, sezione per il riesame, riunitosi in camera di consiglio in data 8 luglio 2024 nelle persone dei Magistrati: dott. Massimo Cusatti - Presidente Est., dott.ssa Marina Orsini - Giudice, dott. Luisa Avanzino - Giudice; ha pronunciato la seguente Ordinanza provvedendo sull'appello proposto nell'interesse di Giovanni Toti avverso l'ordinanza con cui il g.i.p. del Tribunale di Genova ha respinto, in data 14.6.2024, l'istanza di revoca o sostituzione degli arresti domiciliari in atto nei suoi confronti relativamente alle accuse di corruzione continuata (capo Q) e di corruzione (capo R) di cui agli artt. 81 cpv. 318-319 c.p., 318-319 c.p..

Il Tribunale letti gli atti trasmessi dall'Autorità procedente, sentiti il difensore e il P.M. comparsi all'odierna udienza camerale, osserva quanto segue.

Giovanni Toti, Presidente della Regione Liguria, è stato attinto dalla misura custodiale in atto nei suoi confronti a seguito di ordinanza del g.i.p. in sede eseguita il 7 maggio u.s. In estrema sintesi, non essendo stata sollevata dalla difesa alcuna esplicita censura in punto di gravità indiziaria, egli è accusato di aver accettato dagli imprenditori A. e R. S. e sollecitato agli stessi, tra il settembre 2021 e il marzo 2023, dapprima le reiterate promesse di finanziamenti (tra il settembre 2021 e l'agosto 2022) e poi la concreta erogazione di questi ultimi (tra il maggio 2022 e il marzo 2023) per l'esercizio delle funzioni e dei poteri esercitati nella suddetta veste di pubblico ufficiale nonché per compiere e per avere compiuto atti amministrativi anche illegittimi in favore dei due soggetti di cui sopra. In concreto, nel dicembre 2021 venivano erogati da società riconducibili al gruppo Spinelli finanziamenti per complessivi € 40.000,00 in favore del "Comitato Giovanni Toti Liguria"; nel maggio 2022 venivano erogati in favore del medesimo Comitato € 15.000,00 dalla S. s.r.l.; analoga erogazione liberale veniva effettuata, nei medesimi termini, nel settembre 2022; un contributo di € 4.100,00 veniva infine corrisposto da A.S. sotto forma di partecipazione a una cena elettorale organizzata nel marzo 2023 dallo stesso Toti. Quanto al capo R), l'illecita utilità evocata nel capo d'accusa consiste nell'accettazione da parte di Toti, in concorso con il proprio capo di gabinetto M.C., della promessa da parte di F.M., consigliere di amministrazione di Esselunga s.p.a., di un finanziamento illecito costituito dal pagamento occulto di numerosi passaggi pubblicitari (50 al giorno, in luogo dei 10 risultanti dal contratto di pubblicità poi stipulato da Mo., apparentemente per conto della stessa Esselunga, con il legale rappresentante della società gerente) sul megaschermo esposto sulla Terrazza Colombo - collocata in cima al grattacielo di piazza Dante a Genova e dunque munita di notevole visibilità da larga parte del capoluogo ligure - nell'ambito della campagna elettorale comunale in vista delle elezioni del giugno 2022.

All'interrogatorio di garanzia celebrato il 10 maggio 2024 Toti s'è legittimamente avvalso del diritto al silenzio. Per inciso, l'ordinanza applicativa della misura in atto non è stata fatta segno di istanza di riesame, sicché è mancata, a tutt'oggi, un'esplicita e puntuale contestazione riguardo alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza allegati a suo carico.

È poi accaduto che l'indagato ha chiesto e ottenuto, il successivo 23 maggio, di essere interrogato sui fatti dal P.M. Nell'occasione, Toti ha ammesso la materialità delle vicende corruttive a lui ascritte, ma ha rivendicato, nel contempo, la correttezza del proprio operato affermando di avere sempre agito nell'interesse della cosa pubblica da lui amministrata. In linea estremamente sintetica, l'indagato ha reso le seguenti dichiarazioni con specifico riguardo alle accuse sottese alla cautela domestica in atto nei suoi confronti:

- a proposito dell'incontro avvenuto sulla barca della famiglia S. in data 1/9/2021, ha riferito che l'imbarcazione, attraccata alla Fiera di Genova, veniva usata abitualmente da A.S. per incontrare le persone. L'ha frequentata parecchie volte, ma non ha ricordato il particolare motivo di quell'incontro, se non quello di tenere rapporti con uno dei maggiori operatori economici portuali; non ha ricordato chi abbia preso l'iniziativa di tale incontro, al quale era presente anche il figlio di Aldo Spinelli perché non ha mai visto quest'ultimo in barca senza il figlio;
- A. e R. S. gli avevano parlato più volte dell'investimento di Punta dell'Olmo e della necessità che quella struttura necessitasse dell'utilizzo della spiaggia antistante. Non ha ricordato di avere ricevuto i due S. in Regione per parlare

- della possibilità di far avere loro quella spiaggia in concessione, ma ha reputato possibile la circostanza. Non ha ricordato se a quell'incontro abbiano partecipato anche funzionari regionali, ma ha aggiunto che si tratta di una circostanza possibile in quanto di norma consente di prendere parte alle riunioni ai tecnici del settore o al competente assessore. Li aveva convocati perché, a quanto immagina, c'era un progetto da analizzare. Nel 2020, ma non ne ha ricordato la data, i due S. gli avevano prospettato la necessità che la struttura, destinataria di un investimento assai importante in termini di capitali, potesse disporre della spiaggia antistante: la sua posizione era che la pretesa, se conforme alla legge, poteva essere sostenuta. La riunione s'è certamente conclusa con un mandato ai tecnici affinché definissero i termini della questione: dalla lettura degli atti e dei giornali ha poi ricostruito che il parere al riguardo dei tecnici era stato negativo.
- Era stato A.S. a introdurre l'argomento della spiaggia nell'incontro sullo yacht dell'1/9/2021: gli ha riproposto la questione, lamentandosi del fatto che *"non gli davano la spiaggia"*. Gli ha risposto che si sarebbe informato. Ha poi detto di avere chiamato Bo., alla presenza di A. e R. S., perché, in quanto ex sindaco di Varazze, avrebbe potuto dargli il migliore quadro complessivo della situazione. Quando ha sollecitato al telefono Bozzano a *"trovare una soluzione per la spiaggia di Punta dell'Olmo"* ha inteso dire che, sempre che fosse consentito dalla normativa, sarebbe stata *"cosa buona e giusta"* anche per il loro indirizzo politico venire incontro alla richiesta di S.. Sarebbe stato opportuno trovare una soluzione: l'espressione *"bisogna"* era solo gergale.
  - Quando ha detto: *"razionalizziamo le libere che ci sono attrezzate, accorpiano, spostiamo"*, ha inteso dire che in molte situazioni - posto che Punta dell'Olmo non era l'unico caso - poteva essere una strada quella di riverificare il numero di spiagge libere e potere così eventualmente dare risposta positiva attraverso quella strada. La telefonata a Bozzano era volta a ribadire che l'interesse era quello di venire incontro alla domanda dell'imprenditore. Era una conversazione che aveva scopo di informazione e di conferma della linea politica di agevolare le richieste dell'imprenditore.
  - Quando ha aggiunto: *"in realtà lì diventerà una concessione ma tanto mettiamoci un piede dentro e poi vediamo"*, ha inteso esprimere un personale auspicio, al fine di ribadire al consigliere del territorio che quell'investimento meritava attenzione. *"Mettermi un piede dentro"* voleva dire intanto valutare la possibilità di trasformare la spiaggia da libera ad attrezzata.
  - La possibile soluzione era quella proposta da Bo., che pareva anche a lui una strada percorribile. Ha poi chiesto a Bo., nel prosieguo della medesima telefonata, di fissare un incontro con i tecnici per valutare la percorribilità della strada da questi suggerita; ha demandato a V., la propria segretaria, l'organizzazione di tale incontro. Ha poi appreso, dopo l'arresto, che la riunione s'è tenuta in seguito con esito negativo.
  - Alle contestazioni del P.M., Toti ha risposto che la richiesta di informazioni a Bo. era implicita, ma nulla ha replicato all'asserzione del P.M. che nella conversazione l'indagato sembra dare direttive a Bo. su come accogliere l'istanza di S.; ha ammesso di aver utilizzato termini assertivi anziché di mero auspicio come sostenuto nell'interrogatorio, ma tenuto conto del ruolo e della qualifica di Bo. ha dato per scontato che le indicazioni a lui fornite venissero interpretate correttamente non già come assertive, bensì di mero indirizzo politico. Non ha replicato alcunché all'osservazione del P.M. secondo cui nella telefonata non compare alcun riferimento al rispetto della normativa, ad onta di quanto affermato poc'anzi, ma ha ammesso che voleva far intendere all'interlocutore che effettivamente la richiesta proveniva da Spinelli e il termine *"amico"* riferito a R.S. era di cortesia.
  - Nel corso del pranzo in barca dell'1/9/2021 A.S. gli ha chiesto anche di intervenire per capire perché non stava andando a buon fine la sua richiesta di proroga del Terminal Rinfuse. Allora ha chiamato E.S. per informarsi, alla presenza di A. e R. S., e per capire il contesto in cui si trovava la pratica e se fossero emerse ragioni ostative.
  - Ha esortato E.S. a portare la pratica in Comitato prima possibile perché gliel'aveva chiesto S.: è doveroso per la P.A. evadere velocemente le richieste e, d'altronde, la soluzione di tale pratica rappresentava una frazione di un progetto generale. Ha ritenuto possibile, pur non ricordandolo, di avere chiesto un finanziamento a S. nel corso dello stesso incontro dell'1/9/2021: il gruppo S. ha iniziato a sostenere i suoi Comitati politici dal 2015 e tale rapporto è durato finora; è quindi possibile che gli avesse chiesto un finanziamento anche prima dell'incontro in barca dell'1/9/2021. Non ha ricordato cosa gli abbia risposto S.: gli avrà detto che *"avrebbe fatto come sempre"*. È possibile che nel corso dello stesso incontro abbiano parlato anche di finanziamenti per la campagna elettorale di Savona: normalmente simili richieste precedono un evento elettorale, sicché è possibile che abbia formulato anche tale richiesta di finanziamento alcuni giorni prima dell'incontro in questione.
  - Ha detto che è possibile che, appena sceso dalla barca, alle 15.06, abbia ricordato a S. che poi gli avrebbe trasmesso i dati necessari per il finanziamento. S. gli ha risposto che andava bene e che avrebbe fatto il finanziamento, per cui Toti ha aggiunto di avere poi dato disposizioni in tal senso alla propria segretaria. Con il termine *"normale"* riferito alle erogazioni liberali intendeva dire che S. l'avrebbe effettuata come sempre.
  - Non ha ricordato cosa intendesse dire quando ha chiesto alla collaboratrice M., nel corso della conversazione intrattenuta al telefono l'1/9/2021, di *"farsi dire chi è"*. Il *"resto"* da dire *"a voce"* alla stessa M. era solo un modo per chiudere la telefonata.
  - Ha poi sollecitato, ancora nella serata dell'1/9/2021, E.S. a prorogare la concessione che interessava a Spinelli perché era una pratica importante per il porto e quindi, come già detto, era importante definirla subito.
  - Non ha saputo spiegare perché in quel contesto ha detto: *"se riusciamo a farlo entro la metà di settembre mi fa comodo anche a me"*: a suo dire equivaleva a raccomandare di farlo prima possibile. Lasciare aperta la questione oltre il mese di settembre avrebbe provocato una tensione tra gli operatori del porto e avrebbe alimentato polemiche giornalistiche per lui politicamente negative. In particolare, era conveniente per lui, sul piano politico, arrivare alle elezioni di Savona senza le polemiche derivanti dalla mancata proroga in questione: era impegnato, difatti, in quelle elezioni con una lista *"Toti per Savona"*, ma comunque avevano sicuramente fondi per affrontare la campagna elettorale.
  - Quando ha sollecitato S. a *"non scordarsi"* di lui in data 9/9/2021 intendeva di certo riferirsi al finanziamento. Non ha saputo spiegare perché S. gli abbia risposto: *"No"*,

appena c'è il Comitato che va in porto stai tranquillo, all'indomani siamo...Ti chiamo subito": non ha intravisto alcuna correlazione tra la propria richiesta di non scordarsi di lui e quella risposta, dato che Spinelli lo finanziava da lungo tempo. S. è "uno che ci prova sempre", per cui era comprensibile la sua insoddisfazione: ha aggiunto che tutte le volte "ti ricorda se puoi fare qualcosa per lui", ma ha ribadito di non avere percepito alcuna correlazione tra finanziamento e proroga della suddetta concessione.

- Quando, il 17/9/2021, ha detto a S.: "il 29 va la tua roba...ricordati che io sto aspettando anche una mano" ha detto che ha inteso dargli una buona notizia e cioè che il 29 sarebbe andata all'ordine del giorno la pratica che gli stava a cuore e gli ha reiterato la richiesta di finanziamento. Non ha posto in relazione le due cose; al massimo era una *captatio benevolentiae*, voleva fargli vedere che s'era interessato alla sua pratica. L'invito rivolto a S. a non preoccuparsi era riferito all'esito positivo della pratica, S. gli ha detto di "averli mandati" riferendosi ai contributi in funzione dei quali la sua segretaria gli aveva mandato i moduli, ma ha poi scoperto che in realtà non li aveva ancora mandati.
- Il 28 settembre 2021 ha detto a S. che si sarebbero visti il 30 perché "domani va tutto" riferendosi alla pratica della proroga. Dovevano continuare a vedersi per parlare di pratiche portuali che interessavano a S. e che logicamente seguivano quella della proroga del Terminal Rinfuse.
- L'appuntamento del giorno successivo non aveva nulla a che fare con il finanziamento promesso ma non erogato, in quanto riteneva che quest'ultimo fosse già stato portato a compimento con l'invio a S. dei documenti da parte della propria segreteria.
- Quando ha detto a S.: "no, va la proroga, però ti devo venire a trovare che qua se no finiscono le elezioni", ha inteso riferirsi al finanziamento: voleva verificare se effettivamente fosse stato materialmente erogato. Quando allude a possibili "guai" in seno al Comitato di Gestione dell'Autorità Portuale e alla possibilità di un suo "intervento", ha inteso riferirsi a possibili malumori interni al Comitato di cui doveva aver avuto notizia e che però non ha ricordato né spiegato. Il suo intervento avrebbe dovuto essere rivolto a trovare una soluzione volta a giungere all'approvazione.
- Non ha ricordato cosa gli ha detto S. nell'incontro avuto con lui negli uffici della Regione il 30 settembre 2021: ha immaginato che quello abbia voluto fargli le proprie rimozioni per l'esito della pratica. Non ha ricordato se è stato S. a chiedergli di intervenire su B. affinché Ca. votasse a favore del rinnovo. Quando ha affermato che Ca. non avrebbe potuto esprimere un voto contrario ha inteso dire che l'approvazione era la soluzione migliore: la pratica di rinnovo della concessione trentennale era pervenuta al Comitato di Gestione con il parere favorevole degli uffici istruttori. Quando ha telefonato, il 30 settembre 2021, a G. chiedendogli di fare presente al rappresentante della regione nel Comitato, A.L.M., che lui era "intervvenuto" e che c'era urgenza di provvedere all'evasione delle pratiche che giacevano in Comitato, aggiungendo che "quello deve stare attento perché è un interesse strategico dell'ente Regione", ha inteso dire che bisognava far sapere a L.M. che la regione "ci aveva messo la faccia" e che, in caso di mancata approvazione, vi sarebbe stata la figuraccia di una possibile sfiducia del Presidente da parte del Comitato e, in particolar modo, dei membri indicati da Regione e Comune di Ge-

nova. Quanto allo "stare attento", significava richiamarlo al fatto che L.M. rappresentava la Regione, pur essendo privo di vincolo di mandato, e che non era stato adeguatamente sensibilizzato sul tema in questione. Quando ha detto a La Mattina che "tutto era allineato" al riguardo fra Regione, Autorità Portuale e Comune di Genova, ha inteso dire che si trattava di un piano concordato dagli enti territoriali di gestione e non era giusto che La Mattina si opponesse a questo piano deciso a livello politico: il suo eventuale voto contrario non avrebbe rispecchiato la posizione di Regione, Comune e Autorità Portuale.

- Quando ha definito L.M. "uno che si compra con un po' di carta unta" ha inteso riportare in modo colorito le lamentele che L.M. gli aveva rappresentato, per cui ha voluto dire a E.S. di dare allo stesso L.M. un po' più di considerazione per averlo dalla sua parte.
- Quando ha detto, al telefono con E.S., che per avere il voto di L.M. sarebbe stato sufficiente prendere un caffè con lui il giorno prima del Comitato e fargli "tre piaceri pidocchiosi da fare su tre gozzi da spostare da qualche banchina di Prà per R.", ha voluto dire che L.M. s'era lamentato con lui del fatto che, sebbene fosse membro del Comitato, aveva sollecitato una pratica di suo interesse presso l'Autorità Portuale e non aveva ricevuto risposta.
- Non ha ricordato nello specifico l'oggetto dell'incontro avuto con A. S. il 22 ottobre 2021 in un bar vicino alla farmacia Alvigini.
- Ha scritto un messaggio a S. in data prossima al 30 ottobre 2021, lamentandosi di "non avere visto nulla per le elezioni di Savona", perché il finanziamento promesso non era arrivato e quindi se n'è lamentato, anche un po' ironicamente, con lo stesso S..
- Ha negato di avere chiesto a E.S., il 3 novembre 2021, di rallentare la trattazione della pratica pur avendola definita strategica per la Regione perché non era arrivato il finanziamento di S.: in realtà voleva dare tempo a tutti i soggetti coinvolti (Ca., A., L.M., S. e i loro danti causa, oltre a E.S.) di elaborare un testo finale della delibera di proroga che fosse condiviso da tutti e superasse così le perplessità dei due commissari riottosi.
- Ha detto di non avere compreso che dietro la richiesta di proroga delle Rinfuse di 30 anni c'era una chiara manovra speculativa di S., perché non sapeva che ci fosse una trattativa di vendita. Ha pensato che S. volesse tutelare il più possibile i propri investimenti. Di lì a qualche tempo sarebbe comunque cambiato lo scenario, ma non c'era contraddizione con la proroga trentennale della concessione perché i progetti futuri del porto erano ancora aleatori. Quando ha detto: "neanche Pinocchio crede che teniamo le rinfuse per trent'anni...", ha espresso un auspicio; ha dunque confermato quanto enunciato nella conversazione captata.
- Non ha ricordato per quale ragione ha chiesto a S. di organizzare un pranzo sulla sua barca il 1° dicembre 2021: è probabile che abbia dato per scontata l'approvazione, a quella data, del rinnovo di 30 anni della suddetta concessione.
- Pur non ravvisando contraddizione tra nuovo assetto portuale e rinnovo trentennale della concessione Rinfuse, era preoccupato per la comunicazione della cosa all'esterno; intendeva dire ciò quando ha affermato: "l'importante è che non diciamo delle cose che sono insostenibili per la città".
- Ha inteso, in quell'occasione, "festeggiare le Rinfuse" perché s'era occupato per tre mesi di quella pratica e si concludeva un iter. Quando ha detto ad A. S. che avrebbero dovuto parlare "di un po' di robe" intendeva riferirsi non ai

- finanziamenti, ma a ciò che conseguiva alla proroga. S., nel rispondere “*quello ufficiale è il 2 per 1000*” ha inteso riferirsi al finanziamento; la di lui frase “*il resto dopo*” l’ha interpretata come riferita a un ulteriore finanziamento.
- Quando ha detto a S.: “*se vengono, festeggiamo le rinfusa a Montecarlo*”, ha fatto riferimento alla consuetudine di S. di invitarlo a Montecarlo; inviti sempre rifiutati.
  - Il 15 febbraio 2023 ha chiamato A.S. per rispondere a una sollecitazione di quest’ultimo, verosimilmente sulla pratica urbanistica cosiddetta del progetto “*Colonie Bergamasche*”. Quando gli ha detto di avere risolto il problema di suo figlio sul piano casa a Celle, intendeva comunicargli che gli uffici della regione avevano risolto i problemi che dovevano essere emersi su qualche pratica probabilmente “*incagliata*”, di cui non ha ricordato l’identità.
  - Passando all’altra vicenda in contestazione, Mo. ha preso appuntamento con lui il 17 marzo 2022 verosimilmente per parlare del piano di espansione di Esselunga in Liguria. L’arrivo di Esselunga in Liguria era un obiettivo politico preminente, ma la pratica relativa al punto vendita di Sestri Ponente è iniziata quando il sindaco di Genova era ancora Doria: la seguiva con attenzione perché la reputava simbolica e importante. Aveva appreso, poi, da Mo. che la pratica di Sestri Ponente era incagliata per un problema legato alla difesa del suolo.
  - Nel pomeriggio dello stesso giorno, alle 18.40, ha chiesto a Mo. e a C. se fossero riusciti a contattare B., il direttore della difesa del suolo, per sapere se avessero già avuto una risposta sul problema; non ha ricordato, però, di aver avuto una risposta esauriente. Ha comunque certamente compreso che la pratica della Esselunga di Sestri era ferma proprio presso l’ufficio di B..
  - L’affermazione, condivisa con Mo., che “*erano ‘a sistema’ su tutto, erano allineati anche su Savona*” era un modo gergale per confermare la volontà della Regione di favorire l’ingresso - anche a Savona, essendosi Mo. espresso in quel senso - di nuovi soggetti, dunque anche di Esselunga, nel mondo della distribuzione ligure.
  - Quando Mo. gli ha detto: “*abbiamo combinato*”, guardando C., e Toti, rivolgendosi a quest’ultimo, ha aggiunto: “*si ci siamo incrociati*”, Mo. voleva comunicargli un “*ritorno positivo*” del fatto che s’era accordato con M. R. di Primocanale per un piano di investimenti e comunicazione in Liguria per Esselunga, cosa che esso Toti aveva caldeggiato. Gli ha risposto che ne era a conoscenza sommariamente per averne ricevuto un sommario cenno di assenso da C. in occasione di un incontro casuale. Inoltre, sapeva della volontà di Mo., con cui aveva parlato in precedenza della cosa, di fare pubblicità per il sindaco B.: perciò, quando gli ha sentito dire: “*abbiamo combinato*”, ha pensato che Mo. si riferisse sia all’accordo che riguardava la pubblicità di Esselunga con Primocanale, sia alla pubblicità per B..
  - Non ha ricordato cosa R. gli abbia spiegato subito dopo: per sommi capi ha ricordato di avere chiesto un aiuto a Esselunga per la campagna elettorale del Sindaco, ma poi non sa come questo aiuto si sia estrinsecato.
  - Non ha ricordato cosa gli abbia spiegato il suo capo di gabinetto C.. Dalla lettura delle conversazioni intercettate ha ricostruito che C. gli ha detto che da un lato c’era un contratto di pubblicità per la lista “*Toti per Bucci*”, e dall’altro che Primocanale aveva concluso un ulteriore contratto pubblicitario con Esselunga: cosa di cui, quindi, la stessa Primocanale doveva essere grata.
  - Non ha saputo spiegare cosa significasse la frase: “*facciamo un moltiplicatore adesso*”.
  - Ha inteso dire a Mo. - che l’ha invitato presso la propria abitazione di Londra, ma non gli ha fatto visita - che Esselunga stava aprendo in via di Francia a Genova e che poi gli altri progetti (porto e campo di calcio a Rapallo) sarebbero andati avanti con calma.
  - Non ha saputo se la pratica di Esselunga ferma presso l’ufficio di B. sia stata sbloccata oppure no: ha supposto di sì perché, altrimenti, sarebbe stato sollecitato nuovamente e ciò non è accaduto.
  - Circa due mesi prima dell’interrogatorio è andato a Montecarlo con la moglie e lì ha incontrato A. S., che li ha invitati a pranzo al ristorante dell’Hotel de Paris.
  - Alla richiesta del P.M. di chiarire il tenore della telefonata effettuata il 17 settembre 2021 da A. S. - utilizzando il cellulare di un giornalista - per sollecitare E.S. a “*mettere anche l’ENEL*” nella delibera da discutere nel Comitato di gestione fissato per il 29 settembre successivo, ha risposto di immaginare che S. voleva che lui intervenisse al fine di comprendere lo stato della pratica e le eventuali situazioni pendenti. Nel corso del pranzo avvenuto sullo yacht di Spinelli il 1° dicembre 2021 è possibile che abbiano parlato anche dell’assegnazione a S. delle aree ex Enel.
  - Non ha ricordato lo specifico incontro avvenuto con A. e R. S. il 10 dicembre 2021 in un bar vicino alla Regione, in quanto ogni tanto S. passava e lo chiamava per un caffè. A un certo punto gli ha detto di vedersi a casa dello stesso S. perché voleva liberarsi di lui; ha parlato della casa perché la barca era indisponibile: è possibile che poi si siano visti a casa di S., ma non ricorda di avere parlato con lui ancora di finanziamenti.
  - Dopo l’incontro, che avvenne il 16 dicembre 2021, ebbe a riferire alla N. che: “*era tanto che non gli dedicavo un’oretta...ora basta, sono felici*” in quanto periodicamente S. gli voleva parlare dei suoi progetti e dei suoi piani, e allora in quella circostanza aveva deciso di dedicargli un’ora del proprio tempo.
  - Non ha ricordato, però di cosa abbiano parlato, né se abbiano parlato dell’assegnazione delle aree ex Enel: però glielo chiedeva ogni volta che si vedevano. Il giorno seguente, il 17 dicembre 2021, ha riferito a E.S. la richiesta di S. per fargliene un riassunto, non per perorare la causa di quest’ultimo.
  - Il 3 maggio 2022 ha chiamato A.S., che si lamentava dell’esiguità degli spazi portuali a sua disposizione e gli sollecitava un incontro, e gli ha detto che era già sua intenzione andarlo a trovare prima delle elezioni perché stava facendo un giro di telefonate con i finanziatori del suo Comitato per avere finanziamenti in vista delle elezioni.
  - Non ha risposto sulla ragione per cui, nel prosieguo della telefonata, ha proposto a S. di recarsi in casa sua insieme con E.S., la cui gestione dell’Autorità Portuale pure veniva censurata al telefono dallo stesso S.; certamente ha parlato con E.S. delle doglianze di S. riguardo agli spazi a lui riservati in quell’area.
  - Tutte le erogazioni di denaro poi effettuate da S. in favore del Comitato Toti sono state richieste da esso Toti, compresa quella di € 15.000,00 effettuata il 25 maggio 2022.
  - Ha confermato di essersi interessato con E.S., il 10 giugno 2022, per sincerarsi riguardo a quale porzione del compendio ex Enel fosse stata assegnata a S.. Non ha ricordato quali fossero le “*cose divertenti*” che E.S. gli anticipato di volergli comunicare riguardo alla vicenda.

- Il 4 agosto 2022 ha telefonato a S. ma non ne ha ricordato il motivo: è probabile, trattandosi di una vigilia elettorale, che l'argomento fosse quello dei finanziamenti.
- Non ha ricordato per quale motivo abbia chiamato S. il 24 agosto 2022; le *"robe"* che doveva chiedergli *"al solito"*, come risulta dalla telefonata, potevano essere finanziamenti ma anche altre cose.
- Nel corso dell'incontro con S. del 16 dicembre 2021 questi gli ha chiesto di aiutarlo a ottenere il tombamento di Calata Concenter: una richiesta di cui ha parlato più volte sia con E.S., sia con B..
- Il *"giro del porto"* che ha evocato nella telefonata con B. del 22 dicembre 2021 andava fatto per ragionare dei piani di sviluppo del porto e non per parlare dei finanziamenti.
- Quando ha detto che S. sarebbe stato *"abbastanza tranquillo se E.S. gli avesse dato quello..."*, intendeva dire che era sua intenzione concertare il futuro assetto del porto con gli attori portuali. Ha di certo parlato con S., in una conversazione del 30 gennaio 2022, e con altri del nuovo Piano Regolatore Portuale: sia S., sia gli altri avevano interesse a conoscere il futuro assetto del porto.
- Non ha ricordato per quale motivo abbia chiesto a S., il 9 febbraio 2022 di andare a festeggiare sulla sua barca.
- In data 8 marzo 2022, conversando al telefono con A. S. e commentando un finanziamento da € 40.000,00 stigmatizzato da un quotidiano, gli ha detto che, a quel proposito, sarebbe andato a trovarlo perché era possibile che volesse chiedergli dei finanziamenti.

Contestualmente all'interrogatorio, Toti ha depositato una memoria a sua firma in seno alla quale, oltre a rivendicare di avere sempre perseguito l'interesse pubblico nel suo percorso politico e a sostenere che, in un'ottica liberale, l'attività privata non integra un fattore egoistico da contrastare ma una risorsa da lasciar crescere nel rispetto delle regole che rappresenta un valore aggiunto per la collettività, ha sostenuto di avere sempre riservato grande attenzione verso il mondo privato e dell'impresa, senza discriminazioni di sorta.

Ha rivendicato di avere sempre improntato la propria azione politica alla tutela della dignità e del lustro della Regione e delle sue istituzioni, aggiungendo che ogni dazione di denaro è stata accreditata con metodi tracciabili e rendicontata, così come ogni euro incassato ha avuto una destinazione politica. Ha incontrato e incoraggiato numerosi imprenditori, indicati alle pagg. 5ss. della memoria, senza considerare se facessero parte o no degli erogatori di liberalità in favore della propria attività politica.

Quanto ai *"temi portuali"*, ha prospettato che il suo intervento sulle vicende non inerì agli atti e alla loro qualità, ma fu una semplice opera di mediazione e sollecitazione alla realizzazione di un interesse squisitamente pubblico, consistente nel consentire di continuare a fare lavorare il Terminal Rinfuse durante i lavori della realizzazione della Diga foranea, nell'agevolare i lavori infrastrutturali necessari alla coesistenza in loco di più cantieri, nel consentire ai principali operatori logistici del mondo di lavorare e investire nel porto di Genova per aumentarne i traffici e il rilievo anche in termini di lavoro, nell'evitare che guerre commerciali o contenziosi legali tra gruppi (specificamente, S. e MSC) rallentassero o bloccassero la vita del porto.

Sulla *"corruzione impropria"*, ha dichiarato che, in forza della volontà di servire esclusivamente il bene pubblico, nel rapportarsi con S. s'è interessato alle questioni da lui sollevate - in modo spesso disconnesso dal contesto e totalmente estraneo

allo spirito della conversazioni - attraverso un intervento sempre dettato dallo spirito di pubblica utilità e spesso addirittura in contrasto con gli interessi dello stesso S. ma a favore, di fatto, di altri operatori; il tutto al fine di evitare vertenze che sarebbero state pericolose in un momento di grande trasformazione e di investimenti per il porto genovese. Ha negato di essere mai intervenuto nelle pratiche emerse dalle indagini se non per assumere informazioni circa lo stato della situazione e per caldeggiare un accordo il più possibile equo tra le parti in causa, al fine di evitare grave danno agli interessi della città: in tal senso va intesa la sua richiesta a E.S. di rallentare la pratica per l'attribuzione delle concessioni a S., effettuata al solo fine di consentire a S. e ad A. di trovare un accordo.

Da ultimo, per quel che rileva in questa sede, ha negato la contestualità dei finanziamenti rispetto ai suoi interventi, attesa l'ampiezza dell'arco temporale, a far tempo dal 2015, in cui vi sono state richieste di *"attenzione"* da parte di un donatore e sollecitazioni di sostegno materiale per l'attività politica. Il sostegno della sua attività politica non viene ritenuto da alcun imprenditore, neppure da S., un motivo ostativo idoneo a impedire che, in occasione di contatti personali e telefonici, egli possa utilizzarli per sottolineare o informare il Governatore o un suo collaboratore di un problema, di un progetto o di un'esigenza della propria attività senza, con ciò, introdurre un rapporto causa/ effetto della di lui donazione, come pare dimostrato dal rilievo che un medesimo soggetto ha effettuato più donazioni in tempi diversi. Del resto, trattandosi di versamenti registrati anche dai donatori, questi ultimi non li considerano quale merce di scambio o pagamento di un interesse illecito, trattandosi di attività che gli stessi, con la pubblicità dei versamenti, finirebbero per autodenunciare.

Toti ha ancora evidenziato plurimi esempi di interessamento della Regione per il recupero di edifici abbandonati a uso turistico (per tutti, quelli della Colonia Marinella a Sarzana e di Villa Zanelli a Savona), sicché S. non sarebbe stato affatto destinatario di un trattamento *"di favore"*, tanto che la spiaggia libera di Punta dell'Olmo è tuttora libera. Inoltre, il riferimento di S. al contributo del *"2 per mille"* è una mera informazione relativa ad altro movimento politico nazionale e non alla Lista Toti; la frase *"un po' di robe"* emersa nelle intercettazioni è un'espressione gergale che è solito utilizzare in maniera piuttosto lata e con differenti significati e declinazioni e va sottratta a maliziose interpretazioni: si riferisce a tutti gli altri piani di impresa che lo stesso S. e A. avevano illustrato alle Autorità cui hanno chiesto un fattivo supporto. La differenza tra *"ufficiale e il resto dopo"* nel linguaggio di S. tende a diversificare fonti e modalità di finanziamento entrambe ufficiali, visto che ogni versamento appare registrato. Quanto alla volontà di schermare i finanziamenti usando più società, questa corrisponde al fine di non rendersi troppo visibili alla stampa e non certo a quello di eludere eventuali controlli, trattandosi di versamenti effettuati da fonti registrate. Ha negato di avere lasciato il proprio telefono fuori dalla barca in occasione degli incontri che vi si sono tenuti con S.: era solito tenere sempre il cellulare con sé per essere sempre reperibile; se S. talvolta ha chiesto di lasciare il cellulare fuori, è perché temeva di essere spiato da concorrenti ai quali non voleva far conoscere i propri piani di impresa che discuteva con le istituzioni.

Di seguito, in data 10 giugno 2024 il difensore dell'indagato ha proposto un'istanza di libertà, peraltro sottoscritta dal medesimo Toti, con la quale ha chiesto la revoca o l'attenuazione della custodia domestica allegando il manifestato proposito di astenersi dal reiterare condotte analoghe a quelle che gli sono valse l'emissione dell'originaria ordinanza cau-

telare e che egli ha ammesso sotto il profilo della materialità storica dei fatti, pur rivendicandone - come s'è accennato - la liceità sul piano giuridico.

Nel dettaglio, la difesa ha evidenziato che Toti, sottoposti a interrogatorio dinanzi al P.M. lo scorso 23 maggio, ha risposto a tutte le domande formulategli dal P.M. manifestando estrema trasparenza e spirito collaborativo e confermando, nella loro generalità, i fatti formanti oggetto dell'indagine. Le indagini sono proseguite e, a quanto appreso dai mass media, sono stati escussi gli altri indagati e i soggetti informati sui fatti relativi alle accuse sottese alla cautela in atto.

Pertanto, a prescindere da ogni valutazione sul merito della vicenda, in relazione alla quale ha comunque ribadito che Toti ha inteso agire esclusivamente per finalità pubblicistiche quale rappresentante istituzionale e che mai le contribuzioni liberali, ricevute in forme consentite dalla legge, furono destinate a fini politici o interpretate quali remunerazioni delle attività realizzate, la difesa ha evidenziato che, a fronte dell'evoluzione delle indagini e dell'interrogatorio reso da Toti nonché del venir meno del "fattore elezioni", le esigenze cautelari non possono più considerarsi sussistenti.

Nel corso del lungo e articolato interrogatorio reso il 23 maggio u.s. l'indagato ha cercato di spiegare e descrivere la corretta struttura degli avvenimenti e di contestualizzare quanto emerso, in particolare, dagli esiti delle intercettazioni telefoniche e ambientali, manifestando concretamente, nell'ambito del corretto esercizio del diritto alla difesa, di essersi reso conto della prospettiva accusatoria e della necessità di adeguare futuri comportamenti alla stessa. Le risposte date hanno consentito agli inquirenti di acquisire un quadro fattuale della vicenda sostanzialmente sovrapponibile a quello emergente dalle indagini, atteso che Toti ha confermato la realtà storica degli eventi pur dando agli stessi una differente interpretazione sotto il profilo giuridico e soggettivo.

Il pericolo di reiterazione di reati della stessa specie dev'essere concreto e attuale: devono, cioè, configurarsi come imminenti specifiche opportunità di ricaduta nel delitto desumibili da elementi reali rivelatori di una continuità ed effettività del suddetto *periculum libertatis* cui deve aggiungersi una verifica circa l'esistenza di una personalità delinquenziale dell'accusato, risultante anche dalle modalità del fatto per il quale si proceda e dall'esame delle sue concrete condizioni di vita. Occorre, cioè, sostenere la probabilità sia che si verifichino le condizioni per la consumazione di un nuovo reato, sia che il soggetto, di fronte a quelle condizioni, si determini a consumarlo.

Il comportamento processuale mantenuto da Toti ne dimostra la consapevolezza. Non può considerarsi indice sintomatico di pericolosità la mancata confessione: nella fase delle indagini devono essere valutati comportamenti idonei a fondare un giudizio prognostico rispetto alla possibile concreta e attuale reiterazione dei reati secondo l'impostazione accusatoria sulla base della presenza o meno dell'ammissione dei fatti, della consapevolezza delle conseguenze dei costituiti accusatori, della manifestata volontà di conformare futuri comportamenti alle possibili conseguenze giudiziarie degli stessi, della personalità dell'indagato come emerge dalla vita anteatta e dal comportamento osservato dopo la misura.

Ora, i fatti indicati nell'ordinanza applicativa quali concrete occasioni per la commissione di nuovi reati paiono essere venuti meno sul piano oggettivo: ciò vale per le elezioni europee, tenutesi l'8 e il 9 giugno u.u.ss., nel cui ambito peraltro la Lista Toti Liguria nemmeno è stata impegnata; d'altronde, allo stato non sono previste tornate elettorali imminenti, il che esclude l'attualità del rischio paventato al riguardo dal g.i.p. nell'ordi-

nanza primigenia. Mancando concrete ragioni per chiedere, anche con forme legittime com'è sempre avvenuto, finanziamenti in una prospettiva di non breve termine, la possibilità che Toti possa richiedere dei contributi per la propria lista elettorale pare allo stato inesistente mancandone la ragione.

Anche ove fossero individuabili eventuali occasioni per la richiesta di finanziamenti, o situazioni di stallo o di conflitto da risolvere nell'ottica dell'interesse pubblico, è da escludere che Toti possa nuovamente, con immutato approccio, interessarsi di tali vicende o, semplicemente, chiedere finanziamenti a privati; ad escludere tale evenienza è sufficiente un'analisi della personalità del Governatore della Liguria: mai attinto prima di questa vicenda da contestazioni o rilievi di sorta, egli s'è costruito una posizione, una dignità e un'immagine personale e professionale dapprima con il lavoro di giornalista, e poi con l'esercizio dell'attività politica; ha sempre agito con il fine ultimo di servire la collettività e mai per fini di arricchimento egoistico o personale, del resto mai emersi dalle indagini che non ne hanno evidenziato alcun comportamento predatorio delle risorse del movimento o teso a soddisfare esigenze diverse da quelle politiche.

Per quanto, al momento dei fatti, Toti fosse fermamente convinto di aver agito per il bene dell'interesse pubblico e si sia sempre mosso nel rispetto formale delle regole, la natura consapevole della scelta effettuata, alla luce dell'attuale vicenda giudiziaria, porta a escludere che, seguendo la stessa lucidità di comportamento, le modalità oggetto di contestazione possano essere reiterate, se non altro al fine di escludere l'insorgenza di nuove contestazioni penali. Toti è perfettamente consapevole delle accuse a lui mosse e delle concrete condotte contestate: la sua volontà di non violare alcun divieto e di non tenere comportamenti anche solo astrattamente rilevanti dal punto di vista penale lo farà certamente astenere dal proseguire con modalità che la diversa lettura data nell'ambito di questo procedimento considera illecite o non dovute. Le sue caratteristiche personali e comportamentali non sono idonee ad essere assunte nell'alveo della figura del soggetto pericoloso, per come descritto dalla giurisprudenza di legittimità.

Né può parlarsi di "sistema", considerato il rapporto tra le numerosissime questioni da lui trattate, l'ingente valore delle opere oggetto dei procedimenti oggetto di attenzione investigativa e il numero dei fatti contestati. Da ultimo, sotto il profilo dell'intervento amministrativo, tutti gli atti assunti dalle amministrazioni coinvolte (rispetto ai quali Toti non ha svolto alcun ruolo formale nell'iter amministrativo) sono stati considerati legittimi e non sono stati attinti da alcun ricorso o denuncia.

Quanto all'esigenza di tutelare la genuinità delle prove da acquisire, la difesa ha ribadito che il cellulare di Toti non figurava tra quelli lasciati all'esterno dello yacht di S. in occasione dell'incontro che vi si è tenuto il 1° dicembre 2021; che quest'ultimo non era un luogo appartato, cioè dissimulato o difficoltoso da individuare, bensì una sorta di ufficio galleggiante di cui S. si serviva per incontrare personalità istituzionali e politiche; che gli appuntamenti fra Toti e S. erano tutti indicati nell'agenda tenuta dalla di lui segretaria; che tutti gli indagati hanno reso interrogatorio; che manca ogni indice che possa far prefigurare una volontà tesa all'inquinamento probatorio o una consuetudine comportamentale che possa altrimenti lasciarla desumere; che l'atteggiamento collaborativo e trasparente è un indice di cui è necessario tenere conto per valutarne la personalità nei termini suddetti.

Da ultimo, il difensore di Toti ha messo in rilievo che la protrazione della misura custodiale in atto nei confronti di quest'ultimo potrebbe incidere negativamente sull'ufficio elettivo

da lui ricoperto: tanto che ai soggetti eletti con diretta investitura popolare non è applicabile la misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio, giusta l'art. 289, co. 3°, c.p.p., dal che deve trarsi un'indicazione relativamente all'applicazione delle misure coercitive personali quando se ne valutino i presupposti, sì da imporre di tenere conto, affianco ai motivi di tutela propri del processo penale, quelli derivanti dal mandato popolare; ciò con particolare riguardo all'imminente e delicata fase amministrativa nel cui ambito la Regione Liguria dovrà approvare entro la fine di luglio 2024 la manovra di assestamento di Bilancio, la nota di Aggiornamento al D.E.F. e le leggi collegate che vedono impegnati Consiglio, Giunta e Commissione.

La difesa ha dunque chiesto, conclusivamente, la revoca degli arresti domiciliari o, in subordine, la relativa sostituzione con altra misura meno afflittiva e proporzionata alle esigenze cautelari eventualmente repute persistenti.

Il primo giudice ha respinto l'istanza con ordinanza del 14 giugno 2024, in seno alla quale ha evidenziato la contraddizione ravvisabile tra l'ammissione "fattuale" delle condotte oggetto di accusa e la negazione della loro rilevanza penale e ha altresì aggiunto che le condotte corruttive di Toti si sono protratte fino a epoca assai recente, al punto che il menzionato A. S. ha prenotato, ancora nell'aprile 2024, dieci posti per una cena elettorale organizzata dalla Lista Toti a Villa Zerbino in Genova, sulla falsariga di quella risalente al marzo 2023 evocata nel capo d'accusa sub Q). Risulterebbe quindi «*evidente, anche alla luce di tali sviluppi investigativi, la permanenza del pericolo che l'indagato possa reiterare analoghe condotte - peraltro ritenute pienamente legittime e corrette dal predetto - in vista delle prossime competizioni elettorali regionali del 2025 (o di ulteriori eventuali competizioni elettorali), per le quali il predetto aveva, peraltro, già iniziato la relativa raccolta di fondi. Tale pericolo si configura vieppiù concreto ove si consideri che il predetto continua tuttora a rivestire le medesime funzioni e le cariche pubblicistiche, con conseguente possibilità che le stesse vengano nuovamente messe al servizio di interessi privati in cambio di finanziamenti*».

Più nel dettaglio, il primo giudice - dopo aver affermato che non sono emersi elementi sopravvenuti idonei a modificare, anche all'esito dell'interrogatorio reso da Toti dinanzi al P.M., il quadro grave indiziario delineato a suo carico nell'ordinanza applicativa della misura in atto - ha allegato che la persistenza in capo all'indagato del rischio concreto e attuale che realizzi nuove condotte criminose della medesima indole rispetto a quelle sottese alla cautela si ricava dalle stesse modalità dei fatti oggetto di contestazione così come emersi nel corso delle indagini, dai quali traspare la sistematicità di un meccanismo corruttivo reiterato nell'ambito di un notevole arco temporale, comprensivo delle quattro competizioni elettorali succedutesi nei 18 mesi in cui si colloca lo sviluppo delle indagini (dalle elezioni comunali di Savona nell'ottobre 2021 alle elezioni amministrative di Ventimiglia e Sarzana nel maggio 2023, passando per le amministrative di Genova del giugno 2022 e le politiche nazionali del settembre 2022): in occasione di tali appuntamenti elettorali e in concomitanza con gli stessi Toti, pressato dalla necessità di reperire fondi per affrontarli, ha messo a disposizione la propria funzione, i propri poteri e il proprio ruolo in favore di interessi privati, in cambio di finanziamenti promessi e poi concretamente erogati; un meccanismo accertato con riferimento agli S. e a Mo. di Esselunga.

Gli stessi A. e R. S., nel corso dei rispettivi interrogatori di garanzia, hanno confermato la promessa, da parte del Governatore Toti, di risoluzione di pratiche amministrative del gruppo S., grazie all'esercizio della propria funzione e comunque del

proprio intervento in ragione del ruolo e della carica rivestita: e ciò in correlazione con il fine di ottenere finanziamenti. In particolare, A.S. ha confermato sia di avere chiesto a Toti di interessarsi per la pratica della spiaggia di Punta dell'Olmo, per la proroga della concessione del Terminal Rinfuse di suo interesse e per il Piano Casa, sia di avergli erogato 40.000 euro di finanziamenti «*perché si era mosso... perché ha telefonato, ha fatto*».

L'avvenuto svolgimento delle recentissime elezioni europee dell'8 e 9 giugno uu.ss. non ha comportato la cessazione del pericolo che l'indagato si determini a nuove condotte di analoga indole: dalle risultanze investigative compendiate nelle annotazioni della G.d.F. in data 24.4.2024 e 12.6.2024 è emerso che ancora il 14 aprile u.s. Toti ha organizzato una cena elettorale a Genova presso "Villa Lo Zerbino" al fine di raccogliere fondi a beneficio del Comitato Toti Liguria in vista delle prossime elezioni regionali del 2025; dalla copia forense della memoria del cellulare sequestrato a Toti all'atto della sua cattura il 7 maggio u.s. è emerso che questi s'è recato nel Principato di Monaco tra il 23 e il 24 marzo 2024 per un breve soggiorno di vacanza nel cui ambito era fissato un pranzo con A.S.. Rientrato in Liguria il 24 marzo, Toti ha informato la propria segretaria del fatto che S. voleva aderire alla cena di raccolta fondi versando un importo corrispondente alla partecipazione di 10 persone (€ 4.500,00, atteso che l'importo minimo a persona era di € 450,00). Dalla chat che l'indagato ha intrattenuto con la propria segretaria emerge che, dopo avere comunicato la prenotazione di 10 posti per conto di S., Toti ha aggiunto che «*per il resto...ci aggiustiamo*», lasciando trapelare un'ulteriore somma che avrebbe ricevuto sulla falsariga di quanto già accaduto in passato, come emerso dalle indagini relative ai due capi d'accusa sottesi alla misura in atto (1).

Per altro verso, nel corso delle indagini sono emerse, da parte sia di S., sia di Mo., richieste a Toti di interessamento anche in relazione a ulteriori pratiche amministrative coinvolgenti competenze regionali: da parte di Mo., con riferimento all'apertura di nuovi punti vendita Esselunga a Rapallo e a Savona; da parte di S., con riguardo all'approvazione del nuovo Piano regolatore Portuale.

Resta inalterato, perciò, il concreto pericolo che l'indagato possa continuare ad agevolare gli interessi di taluni gruppi imprenditoriali.

Quanto al pericolo di inquinamento probatorio, il primo giudice ne ha prospettato la permanenza allegando che sono in corso le audizioni di funzionari e dirigenti della Regione Liguria a conoscenza dei fatti per i quali si procede, i quali ben potrebbero subire dall'indagato condizionamenti o pressioni per rendere una conveniente ricostruzione degli eventi: un rischio che si profila particolarmente elevato ove l'indagato riprenda l'esercizio delle pubbliche funzioni svolte. Rileva al riguardo, nell'impostazione seguita dal g.i.p., il comportamento elusivo tenuto da Toti nel corso delle indagini quale si ricava dalla costante ricerca di luoghi "riservati" (lo yacht o l'abitazione di S.) per scambiarsi reciproche richieste di favori e per evitare di affrontare in pubblico - se non in locali meno frequentati o comunque idonei a eludere gli accertamenti investigativi - quegli argomenti: è stato allegato, quale esempio, l'inciso di una conversazione intrattenuta da Toti con il coindagato E.S. il 3.10.2021, durante il quale il primo propone all'altro di sistemarsi all'esterno del locale "Le Cicale in Albaro" dove «*c'è spazio, non ci rompe il cazzo nessuno e si può parlare... passano le macchine, c'è rumore di fondo...*».

Si tratta di circostanze che, valutate complessivamente, ad avviso del giudice di prime cure rendono elevato e attuale il

pericolo di inquinamento probatorio, tenuto conto del fatto che sono ancora in corso approfondimenti investigativi su talune vicende corruttive.

Da ultimo, quanto al profilo inerente all'incidenza della misura custodiale in atto sulla carica - di diretta investitura elettiva - di Presidente della Regione Liguria, il g.i.p. ha rimarcato la proporzione da ravvisarsi tra la custodia domestica e la gravità dei fatti nonché il grado delle esigenze cautelari da soddisfare: l'applicazione di una misura interdittiva, invero, è preclusa dall'art. 289, co. 3°, c.p.p., mentre altre misure ancor meno afflittive appaiono, allo stato, del tutto inadeguate rispetto alle persistenti esigenze cautelari.

Avverso il provvedimento reiettivo ha qui esperito appello il difensore di Toti, che ha riproposto i motivi allegati a fondamento dell'originaria istanza *de libertate* e ha censurato, nei termini riassunti di seguito, taluni passaggi dell'ordinanza resa dal giudice di prime cure con specifico riguardo all'esigenza di natura specialpreventiva:

- le circostanze richiamate in proposito nell'ordinanza erano tutte già note all'atto dell'emissione del provvedimento restrittivo e nulla aggiungono agli elementi che vi sono stati presi in considerazione a fini cautelari dal medesimo g.i.p.;
- Toti ha affrontato e spiegato nel corso dell'interrogatorio reso dinanzi al P.M. tutte le vicende oggetto del procedimento;
- l'ordinanza non ha preso in considerazione il valore intrinseco ed estrinseco del contenuto dell'interrogatorio e della stessa istanza di revoca della custodia domestica, sottoscritta da Toti e recante il suo preciso impegno ad astenersi dal reiterare condotte analoghe;
- l'interrogatorio reso da Toti è univocamente ammissivo riguardo ai fatti materiali, compresi quelli relativi alle richieste di finanziamento, in termini tali da cristallizzarne l'atteggiamento processuale in vista della prosecuzione del procedimento a suo carico;
- non può argomentarsi la persistenza della pericolosità dell'indagato dal rilievo che egli non ha ammesso l'accusa intesa come "definizione giuridica dei fatti", in quanto il giudizio cautelare deve riflettere il solo comportamento processuale improntato alla collaborazione e alla "piena consapevolezza maturata rispetto alle contestazioni": subordinare il venir meno delle esigenze cautelari alla confessione del reato nella sua dimensione fattuale e giuridica significherebbe tradire la ratio delle misure cautelari e violare il principio costituzionale e convenzionale della presunzione di innocenza che deve manifestarsi anche attraverso l'esercizio del diritto alla difesa, a meno di trasformare la cautela personale in un'inammissibile anticipazione del giudizio;
- l'ordinanza gravata avrebbe eluso anche ogni valutazione dell'istanza di revoca della custodia in atto, nella quale Toti ha sviluppato il concetto di consapevolezza affermando esplicitamente che la vicenda processuale occorsagli, nonostante l'iniziale buona fede, ha indotto in lui "una logica valutazione dei metodi usati" escludendo che gli stessi possano essere replicati: i fatti contestati non avrebbero radice in una personalità volta al delitto, bensì in "scelte che ben si possono modificare a fronte degli avvenimenti";
- il tenore dell'interrogatorio reso e l'impegno assunto in seno all'istanza *de libertate* avrebbero dovuto rappresentare un evidente elemento per rivalutare entrambe le esigenze cautelari reputate sussistenti: il che non è avvenuto, in quanto l'ordinanza gravata non fa cenno alla maturata con-

sapevolezza da parte di Toti né al suo impegno di "astenersi da condotte che la diversa lettura data nell'ambito di questo procedimento considera illecite o comunque non dovute";

- per altro verso, non può sostenersi l'esistenza di un "sistema" corruttivo, atteso che il provvedimento impugnato cita solo due soggetti attinti da gravi indizi relativi alla veste di corruttori e un numero ristretto di episodi ritenuti rilevanti, confondendo gli eventuali accordi corruttivi con dazioni per sé sole irrilevanti ai fini della dimostrazione di un agire delittuoso; d'altro canto, i coindagati S. e Mo. sono stati attinti da misura cautelare, per cui è da escludersi che gli stessi o le loro società possano nuovamente realizzare condotte assimilabili a quelle in contestazione;
- dalle indagini non emerge alcuna serialità, diffusione o connotazione strutturale dell'attività illecita ascrivita a Toti, nonostante l'ampiezza del numero di soggetti - e il rilievo economico degli affari sotesi - con i quali egli è venuto in contatto dal 2015 nella veste di Presidente della Regione Liguria: sicché difetterebbe il requisito della concretezza e attualità del ravvisato *periculum libertatis* attinente al rischio di una recidiva specifica da parte dell'indagato;
- il g.i.p. sembra sostenere, contro ogni evidenza investigativa, che Toti abbia coltivato un fine criminoso nell'arco di quasi dieci anni di mandato elettorale nel momento in cui afferma che ha sistematicamente messo la propria funzione e i propri poteri a disposizione di interessi privati in cambio di finanziamenti, benché le risultanze istruttorie circoscrivano l'alveo di tale pratica a due soli soggetti (S. e Mo.) e nonostante i finanziamenti percepiti siano stati sempre e solo versati nelle forme di legge - il che non può renderli sintomatici di alcun accordo illecito non espressamente contestato - e non emerga, altresì, alcun episodio di arricchimento personale;
- l'affermazione che la Lista Toti sia sempre stata caratterizzata da una pressante necessità di denaro è meramente assertiva e sembra quasi preludere, con un'inammissibile inferenza logica, a una presunta necessità di ricorrere a mezzi illeciti per procurarselo; la stessa cena elettorale tenuta da ultimo nell'aprile 2024, menzionata nel provvedimento gravato, è stata aperta alla stampa e alle televisioni, vi hanno partecipato circa 600 persone ed è stata registrata e pubblicizzata nelle forme di legge; in ogni caso, la prenotazione di otto coperti per quella cena da parte di S. ha trovato riscontro nell'effettiva partecipazione alla stessa di altrettante persone, a fronte di versamenti effettuati dalla Centro Servizi Derna s.r.l. per complessivi € 3.600,00, pari a € 450,00 - la quota minima richiesta per partecipare alla cena - moltiplicato il numero delle prenotazioni: il che comprova il fatto che s'è trattato della mera, legittima manifestazione del fine di sostegno elettorale coltivato nell'occasione da S.;
- l'"aggancio" della pretesa pericolosità di Toti alle consultazioni elettorali di giugno 2024 e, una volta superate temporalmente queste ultime, a quelle regionali previste per il 2025 è contraddittorio, con riguardo alle elezioni appena tenute, e privo di concretezza e attualità, con riguardo a quelle future; l'affermazione, a tale ultimo proposito, del perdurare dell'esigenza specialpreventiva in ragione della permanenza in capo a Toti del pubblico ufficio di Presidente della Regione rappresenta, inoltre, un gravissimo vulnus costituzionale in quanto tale equiparazione comporterebbe, di fatto, la decadenza dell'indagato dalla sua pubblica funzione di immediata derivazione elettiva, in aperta violazione del disposto di cui all'art. 289, co. 3°, c.p.;

- la stessa concretezza e attualità dell'esigenza cautelare in parola, peraltro, dovrebbe essere comunque declinata, ove ritenuta sussistente, alla luce della personalità dell'indagato: per quanto questi fosse fermamente convinto, al momento dei fatti, di aver agito per il bene dell'interesse pubblico e di essersi sempre mosso nel rispetto formale delle regole, la natura consapevole della scelta, conseguita alla vicenda giudiziaria, di impegnarsi ad astenersi per il futuro da analoghe condotte dovrebbe condurre a escludere che le modalità oggetto di contestazione possano essere ulteriormente reiterate ove Toti recuperi la libertà, se non altro al fine di evitare di incorrere ancora nei rigori della legge penale. Essendo perfettamente consapevole delle accuse a lui mosse e delle condotte a lui contestate, la sua volontà di non violare alcun divieto e di non tenere nuovi comportamenti anche solo astrattamente rilevanti dal punto di vista penale lo faranno astenere dal proseguire la propria attività con modalità che, per come diversamente lette nell'ambito del procedimento, egli considera illecite o non dovute;
- se è vero che l'indagato ha considerato *“pienamente legittime e corrette”* le condotte contestate, è altrettanto pacifico che egli si sia reso perfettamente conto dell'oggetto e del tenore delle accuse mosse nei suoi confronti: pensare che, di fronte a circostanze concrete, Toti possa nuovamente tenere condotte simili a quelle contestate ne disvelerebbe una personalità irrazionale o, di contro, spregiudicata; due connotazioni che non gli appartengono, avendo costantemente dimostrato nel corso della sua vita professionale e politica di essere rispettoso delle regole e ben consapevole delle ricadute dei propri comportamenti: tutt'altro, insomma, rispetto al profilo del soggetto *“pericoloso”* quale viene descritto dalla consolidata giurisprudenza di legittimità sul punto;
- a sostegno di tale affermazione, non si desume da alcun atto che Toti abbia perseguito finalità di arricchimento personale o che abbia cercato di ottenere utilità per scopi o con destinazioni personali; d'altronde, se i comportamenti contestati e ammessi riguardano *«un modo di intendere l'attività politica nel rapporto con le parti terze, frutto di una scelta volontaria e non di incontrollabili pulsioni personali, i suoi comportamenti futuri saranno certamente e facilmente adeguati alla luce del presente procedimento, non trattandosi di spinte legate a una personalità criminosa o a ragioni egoistiche»*;
- da ultimo, sarebbe irragionevole pensare che un soggetto la cui vita e attività politica non è dipesa dal rapporto con Mo. e S. o dal loro sostegno economico possa essere spinto a reiterare quanto gli viene contestato pur a fronte di *“costi”*, in termini processuali, personali e di immagine pubblica, incommensurabilmente superiori ai benefici eventualmente ricavabili; l'ordinanza, peraltro, non s'è confrontata con il fatto che, a fronte del rilievo e della portata del procedimento in corso - oltre che della durata a tutt'oggi della misura custodiale in atto - Toti possa reiterare le condotte a lui ascritte.

Riguardo, invece, alla delineata sussistenza dell'esigenza di natura probatoria, la difesa ha evidenziato, in sintesi, quanto segue:

- essendo in corso le audizioni di funzionari e dirigenti della Regione Liguria a conoscenza dei fatti per i quali si procede, il primo giudice assume che questi potrebbero subire dall'indagato condizionamenti o pressioni per ren-

dere una conveniente ricostruzione degli eventi ove Toti riprenda l'esercizio delle funzioni svolte: tale asserzione si fonda sul *“comportamento elusivo”* serbato dall'indagato quando ha scelto luoghi riservati - lo yacht, con i cellulari lasciati fuori dalla cabina, o l'abitazione di S. - per gli scambi reciproci di favori al fine di evitare che certi argomenti venissero affrontati in pubblico; si tratterebbe, però, di attività irragionevolmente assunta dal giudice tra quelle valorizzabili a fini cautelari sulla scorta dell'art. 274, lett. a), c.p.p.;

- manca agli atti ogni traccia di concreti comportamenti di Toti che possano lasciar intravedere una capacità di alterazione delle prove testimoniali o di intervento coercitivo su persone chiamate a rendere sommarie informazioni; il delineato pericolo di inquinamento probatorio sarebbe, perciò, privo di ogni connotazione di concretezza e attualità, a fortiori a seguito dell'impegno assunto da Toti all'atto del deposito dell'originaria istanza *de libertate*;
- per inciso, l'indagato si recava agli incontri con S. accompagnato dalla scorta fornita dalla Questura e previa fissazione degli stessi sull'agenda ufficiale tenuta dalla sua segreteria; S. utilizzava il proprio yacht come un vero e proprio ufficio personale al cui interno ha ricevuto numerosi soggetti anche muniti di responsabilità istituzionali e politiche; il ristorante *“Le Cicale-Bistrot”* prescelto per uno degli incontri asseritamente connotati da clandestinità (quello fra Toti e i coindagati E.S. e Vi.) è, in realtà, ben conosciuto in città e assai frequentato al pari del bar *“Moody”* prescelto per un altro incontro fra Toti e E.S., peraltro dislocato in pieno centro e a pochi passi dal Palazzo di Giustizia e dagli uffici della Polizia giudiziaria;
- la stessa circostanza che Toti ha atteso, prima di presentare l'istanza di revoca della cautela, un significativo lasso temporale in attesa che venissero interrogati gli indagati e sentiti molti sommi informatori è significativa della volontà - contraria a quella delineata dal primo giudice - di astenersi da ogni condotta idonea a inquinare il quadro probatorio in via di formazione;
- conclusivamente, la difesa ha ribadito che non tocca all'indagato definire i fatti sotto il profilo giuridico, sicché la mancanza di ammissioni anche riguardo a tale profilo, oltre che a quello fattuale in relazione al quale Toti è stato ampiamente remissivo, va intesa come una legittima manifestazione del proprio diritto di difesa che, per ciò solo, non può essere valorizzata a fini cautelari diversamente da quanto ha opinato il primo giudice.

Riguardo all'omessa tutela del ruolo istituzionale dell'indagato e della sua esigenza di partecipare all'attività di Giunta e del Consiglio regionale, il difensore ha ribadito che l'art. 289, co. 3°, c.p.p. preclude l'applicazione della misura interdittiva della sospensione dall'esercizio di un pubblico ufficio: dal che dovrebbe trarsi un'indicazione relativa all'applicazione delle misure cautelari coercitive, nel senso che i motivi di tutela afferenti al processo penale vanno valutati congiuntamente a quelli derivanti dal mandato popolare. In sintesi, la valutazione delle esigenze istruttorie dovrebbe essere effettuata, oltre che sulla base delle concrete iniziative di indagine in corso, anche in funzione degli obblighi derivanti dal mandato popolare sì da comprimere il meno possibile i limiti in cui quest'ultimo possa essere esercitato. Da ultimo, il giudice di prime cure sarebbe incorso in un errore laddove, nell'ordinanza gravata, ha incongruamente richiamato il medesimo disposto di cui all'art. 289, co. 3°, c.p.p. al fine di estendere indebitamente l'ambito applicativo della custodia do-

miciliare a ipotesi che, altrimenti, potrebbero ricadere nell'alveo di tale misura interdittiva. È mancata insomma, ogni valutazione riguardo alla potenziale applicazione di una misura coercitiva lieviore quale, ad esempio, quella di cui all'art. 283 c.p.p., qualora si ritengano tuttora persistenti le esigenze cautelari delineate a carico di Toti.

Sulla scorta di tali motivi, la difesa ha chiesto nell'appello, in via principale, la revoca della misura cautelare degli arresti domiciliari in atto nei confronti di Toti; in via subordinata, l'applicazione in via sostitutiva di una misura meno afflittiva intesa a vincolare la presenza fisica dell'indagato in un luogo diverso da Genova o, eventualmente dalla Liguria; in via di estremo subordine, la revoca del divieto di comunicazione con terzi attualmente imposto all'indagato.

In data 2 luglio 2024 è pervenuta memoria difensiva, con allegati, relativa a fatti di comune dominio desumibili da notizie di stampa in merito alla nomina di due Commissari alla guida dell'Autorità Portuale di Genova e all'emissione da parte della Regione Liguria di un parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione commerciale in favore di Esselunga con riguardo al punto vendita di Sestri Ponente.

Il 5 luglio u.s. il P.M. ha depositato un'annotazione di p. g., con allegati, relativa in particolare agli accordi stretti il 17 marzo 2022 fra Toti, C., Mo. e R. nonché agli interessi coltivati in Regione da Esselunga. Nella stessa data il difensore dell'appellante ha depositato una memoria, con allegato un parere a firma del prof. Sabino Cassese, riguardo ai criteri da applicarsi - a norma delle prescrizioni di rango costituzionale - nell'adozione di misure cautelari a carico di esercenti funzioni pubbliche investiti di cariche elettive.

All'odierna udienza la difesa s'è richiamata ai motivi di appello e ha rassegnato le conclusioni allegate al verbale, mentre il P.M. ha chiesto il rigetto dell'impugnazione.

Prima di affrontare il merito delle questioni poste dall'appellante, è opportuno puntualizzare che il vigente ordinamento processuale offre alla difesa dell'indagato attinto da una misura cautelare un ventaglio discretamente ampio di garanzie, previste in via alternativa o anche cumulativa, intese a provocare una rivalutazione del quadro gravemente indiziario e cautelare di riferimento da parte della medesima A.G. che abbia emesso il provvedimento o del Tribunale sovraordinato: e ciò senza preclusioni di sorta quante volte venga allegato un *novum* sostanziale idoneo a inficiare il c.d. giudicato cautelare che viene a formarsi, non a caso, soltanto sulle questioni concretamente dedotte dinanzi al giudice sovraordinato e decise con provvedimento divenuto irrevocabile allo stato degli atti, non anche su quelle rimaste meramente deducibili.

La *ratio* di tale estrema elasticità delle decisioni *de libertate* è fin troppo chiara; la delicatezza del provvedimento con il quale si incida sulla libertà personale di taluno è di tale intensità da giustificare la costante soggezione a un numero di revisioni potenzialmente elevatissimo, purché sollecitate - all'ovvio fine di risparmiarne all'A.G. l'insensato onere di giustificare quotidianamente, a fronte di istanze *de libertate* potenzialmente proposte *ad libitum*, la fondatezza della disposta cautela - nel rispetto di due coordinate fondamentali: deve trattarsi di istanze non meramente reiterative rispetto ad altre già rigettate in passato e deve allegarsi, a sostegno di ciascuna di esse, un *novum* sostanziale asseritamente idoneo a incidere *in melius* sul quadro indiziario o cautelare di riferimento. Per quanto, insomma, sia possibile rivalutare in ogni tempo - alle condizioni appena esposte - il trattamento cautelare imposto a un indagato, l'applicazione di una misura cautelare non dev'essere giustificata "giorno per giorno" dall'A.G., in quanto i provvedimenti che si succedono

al riguardo, pur senza dare luogo necessariamente al c.d. giudicato cautelare, realizzano una condizione di limitata stabilità nel tempo dei loro effetti che può essere superata soltanto qualora - su sollecitazione della difesa, su richiesta del P.M. o anche *ex officio* da parte del medesimo giudice - si dia conto che s'è verificato un rilevante mutamento di fatto che ne impone la sostituzione o la revoca.

In estrema sintesi: l'indagato attinto da misura cautelare può decidere di esperire un'immediata istanza di riesame avverso l'ordinanza applicativa della stessa: il che realizza, mediamente nell'arco di due settimane, una verifica totalmente devolutiva - dunque, anche in assenza di motivi di sorta - da parte del Tribunale distrettuale per il riesame della legittimità della misura sotto ogni aspetto; si tratta, a ben guardare, di una sorta di quasi immediato intervento di natura collegiale inteso a sanzionare quanto prima l'eventualità che il giudice monocratico che ha disposto la cautela sia incorso in un errore ovvero a confermarne l'operato.

L'altra strada processuale riservata all'indagato attinto da misura cautelare eventualmente in sostituzione dell'istanza di riesame o dopo il relativo esperimento - è quella di sollecitare lo stesso giudice che abbia disposto la cautela a rivalutare il proprio operato con un'istanza *de libertate* formulata ai sensi dell'art. 299 c.p.p., il cui perimetro devolutivo è fortemente condizionato dall'avvenuto esercizio del potere di proporre una previa istanza di riesame: nel senso che, a fronte di una decisione del Tribunale del riesame che abbia confermato l'ordinanza applicativa della cautela con pronuncia divenuta definitiva, il difensore dovrà necessariamente introdurre a sostegno di siffatta istanza un *novum* sostanziale idoneo a inficiare il c.d. giudicato cautelare così venutosi a formare; mentre, in assenza di un previo riesame, il difensore potrà scegliere liberamente se devolvere alla cognizione del medesimo giudice che abbia emesso l'ordinanza applicativa della misura una circostanza già esaminata in seno a quest'ultima (e frattanto non attinta da istanza di riesame) oppure una circostanza sopravvenuta rispetto alla stessa.

Tale cornice di principi processuali pare necessaria per inquadrare al meglio, e conferirle la giusta valenza ai fini della decisione qui richiesta riguardo allo *status libertatis* di Toti, l'iniziativa assunta nell'interesse di quest'ultimo mediante la proposizione dell'istanza *de libertate* depositata il 10 giugno u.s. e qui reiterata in appello. Nel legittimo esercizio del suo diritto di difesa, l'indagato non ha ritenuto opportuno contestare né i gravi indizi delineati a suo carico, né le esigenze cautelari ravvisate nei suoi confronti, né la concreta individuazione della misura custodiale che gli è stata applicata mediante l'immediato esperimento di un'istanza di riesame dell'ordinanza applicativa: il che non dà luogo, ovviamente, ad alcun giudizio di valore sul piano processuale, ma costituisce una mera constatazione di fatto.

In secondo luogo, l'indagato non ha ritenuto opportuno - come pure sarebbe stato suo diritto, non avendo esperito istanza di riesame - sottoporre a contestazione un qualche passaggio dell'ordinanza applicativa della custodia domestica in atto nei suoi confronti inerente alla configurazione di gravi indizi relativamente a entrambi i capi d'accusa ad essa sottesa o anche a uno solo di essi, alla ravvisata sussistenza *ab initio* dell'esigenza cautelare specialpreventiva e del pericolo di inquinamento probatorio nonché all'individuazione *ab initio* degli arresti domiciliari quale misura più adeguata a soddisfare queste ultime. Nulla di tutto ciò si legge nell'originaria istanza *de libertate* formulata dalla difesa di Toti ai sensi dell'art. 299 c.p.p. né - in piena aderenza al principio parzialmente devolutivo proprio dell'appello cautelare - nell'atto introduttivo di questo giudizio di impugnazione.

A ben guardare, quindi, l'originaria istanza ex art. 299 c.p.p. - così come, giocoforza, l'appello cautelare qui esperito a seguito del relativo rigetto da parte del g.i.p. - è legittimamente imperniata su circostanze sopravvenute, in tesi difensiva, rispetto al quadro gravemente indiziario e cautelare sotteso all'ordinanza applicativa della cautela domestica nei confronti di Toti, costituite: dal tenore dell'interrogatorio che questi ha reso dinanzi al P.M. il 23 maggio u.s.; dalla prosecuzione, nelle more, delle indagini mediante l'interrogatorio degli altri indagati e l'acquisizione di sommarie informazioni da persone a conoscenza dei fatti; dall'incidenza dell'eventuale protrazione della misura in arto sulla carica di natura elettiva dal medesimo ricoperta.

È con questi elementi che, pertanto, il Tribunale deve analiticamente confrontarsi per verificare se gli stessi integrino altrettanti *nova* idonei a incidere *in melius* sulla posizione cautelare dell'indagato, che non ha inteso - lo si ribadisce - sollecitare formalmente il Collegio ad assumere alcuna rivalutazione di qualsivoglia circostanza attinente ai gravi indizi di colpevolezza per come enucleati dal primo giudice nell'ordinanza applicativa della misura custodiale eseguita il 7 maggio u.s.

### 1. La persistenza dell'esigenza specialpreventiva.

Ad avviso della difesa appellante, mentre le circostanze allegare in chiave accusatoria dal primo giudice nel provvedimento qui impugnato riflettono fatti già noti in sede di emissione dell'ordinanza restrittiva - avulsi, come s'è già detto, rispetto al *focus* dell'appello, incentrato solo su circostanze sopravvenute - rispetto ai quali nulla aggiungono, nel suo interrogatorio dinanzi al P.M. Toti avrebbe affrontato e spiegato compiutamente tutte le vicende oggetto del procedimento: sicché il primo giudice avrebbe omesso di considerare il valore intrinseco ed estrinseco sia di tale atto processuale, sia del preciso "impegno" di *astenersi da condotte che la diversa lettura data nell'ambito di questo procedimento considera illecite o comunque non dovute* contenuto nell'istanza di revoca della cautela sottoscritta dal medesimo indagato.

Ora, reputa il Tribunale che la "lettura" dell'interrogatorio di Toti allegata in ottica difensiva non possa essere in alcun modo condivisa. Vi si coglie, è indubbio, lo sforzo dell'indagato di apparire pienamente trasparente e collaborativo con il P.M., ma alla resa dei conti sono le parole pronunciate - e non l'atteggiamento interiore del dichiarante - quelle con le quali occorre confrontarsi per verificare se le stesse siano idonee a integrare un *novum* idoneo a immutare quell'originario quadro cautelare di riferimento che nemmeno la difesa ha contestato *ab initio* essendosi limitata a reputarlo "cessato" o, al più, affievolito - e non già inesistente dalle origini - in forza del tenore dell'interrogatorio in questione.

Il lungo verbale delle dichiarazioni rese da Toti nell'occasione è infarcito di "non ricordo": un inciso che non brilla di certo per chiarezza e trasparenza. D'altronde, non può farsi a meno di constatare che la scelta di Toti di sottoporsi a interrogatorio non sembra qualificabile, sul piano processuale, come una sorta di *beau geste* inteso ad alleggerire il peso delle investigazioni ancora in atto a carico suo e dei coindagati: sono sufficienti logica e buon senso, senza ricorrere alla giurisprudenza di legittimità, per affermare che il "peso", a fini cautelari, delle ammissioni cui si sia determinato un indagato è per forza di cose inversamente proporzionale a quello delle acquisizioni probatorie allegare a suo carico nell'ordinanza cautelare; nel caso che ne occupa i pretesi accordi corruttivi - riguardo ai quali, per inciso, Toti non ha formalmente contestato la sussistenza dei gravi indizi delineati a suo carico: e di ciò deve tenersi conto per "interpretare" le sue dichiarazioni - non scaturiscono da "soffiate"

di taluno o da dichiarazioni più o meno convergenti di coindagati in procedimento connesso o da persone informate sui fatti della cui attendibilità intrinseca ed estrinseca la difesa ben potrebbe discettare con ogni legittimità, bensì da puntuali intercettazioni ambientali e telefoniche che hanno cristallizzato i contorni delle accuse al punto da essere evocate anche nella formulazione dei relativi capi. C'era molto poco da ammettere, insomma, di fronte a captazioni che restituiscono il quadro di un pubblico amministratore di rango apicale che, nel sollecitare costantemente finanziamenti per il proprio comitato elettorale, conversa amabilmente con gli stessi "finanziatori" di pratiche amministrative di loro interesse per le quali si impegna a "intervenire" presso le sedi competenti.

Sul punto la difesa ha introdotto uno specioso "distinguo" tra ammissioni "*in fatto*" e "*in diritto*": Toti avrebbe reso solo le prime astenendosi, nell'esercizio del proprio diritto di difesa, dal determinarsi alle seconde; e a tale proposito ha qualificato come una sorta di abuso pretendere di subordinare la ritenuta cessazione delle esigenze cautelari alla confessione del reato, laddove - per quanto s'è detto in premessa - nessuno ha preteso confessioni di sorta: è piuttosto la difesa, gravata dall'onere di introdurre un *novum* di rilievo che sia idoneo a immutare il quadro cautelare di riferimento, a qualificare come "ammissioni" dichiarazioni che non lo sono neanche in minima parte, per il semplice fatto che Toti ha ammesso solo ciò che era già stato ampiamente registrato dalle intercettazioni in atto all'epoca delle indagini. È quasi paradossale, d'altronde, che la difesa rivendichi il diritto dell'indagato di ammettere solo "il fatto" e non "il diritto", quasi che la qualificazione giuridica delle condotte integranti estremi di reato sia appannaggio dell'indagato. Si pensi, solo a titolo di esempio, a taluno che confessi di essersi impossessato di una cosa altrui ma pretenda che non si tratti di un furto, ovvero di taluno che confessi di avere ricevuto un bene nella consapevolezza della relativa natura furtiva ma si ostini a escludere che la condotta debba essere qualificata in termini di ricettazione.

Un reato peculiare quale la corruzione del pubblico ufficiale, in sintesi, non è compatibile con ammissioni "in fatto" e non anche "in diritto": escluso in radice - eticamente, ancor prima che sul piano normativo - che l'indagato sia gravato da un qualsivoglia "onere" di confessare per vedere attenuato il trattamento cautelare disposto a suo carico, pare di tutta evidenza che, ove decida *sua sponte* di ammettere i fatti, debba farlo nella loro completezza, senza avventurarsi in sottili distinzioni che, proprio in materia di corruzione, risultano quasi sofistiche. Ed invero, l'*in se* di quel delitto è l'accordo corruttivo e allora risultano del tutto prive di rilievo ammissioni incentrate soltanto sulla ricezione di utilità che, peraltro, vengono imputate da Toti alla legittima finalità di finanziare il suo movimento politico; si tratta di dazioni che, oltre a essere state per lo più regolarmente registrate - ma non nella loro totalità: si pensi a quelle correlate alla condotta delittuosa sottesa al capo sub R) -, risultano cristallizzate nelle intercettazioni che gli sono state puntualmente contestate e la cui portata, non pare a caso, egli ha cercato in ogni modo di sminuire, nell'esercizio beninteso - del suo più che legittimo diritto di difesa. È l'accordo corruttivo il fulcro dei due capi d'accusa: ma Toti - coerentemente, dal suo punto di vista - ha negato in radice di avere mai concordato con i coindagati la promessa o l'erogazione di quelle utilità condizionandole all'esercizio delle proprie funzioni e dei propri poteri ovvero al compimento di atti contrari ai propri doveri d'ufficio.

E allora non può che prendersi atto che Toti *non ha ammesso nulla di rilevante* nell'economia del procedimento; e se è così, non è certo nel suo interrogatorio che può individuarsi il *novum*

sostanziale necessario per inficiare il quadro cautelare sotteso all'ordinanza applicativa della custodia domestica.

L'assoluta irrilevanza del suo interrogatorio traspare a chiare lettere anche dal raffronto tra le giustificazioni elusive fornite alle domande più incisive del P.M. - quelle corroborate da evidenze desunte da conversazioni captate - e i tanti "*non ricordo*" di cui è disseminate il relativo verbale, da un lato, e la memoria a sua firma depositata nella stessa giornata del 23 maggio u.s., dall'altro: nel corpo di quest'ultima Toti ha rivendicato la propria costante dedizione all'interesse pubblico e il suo asservimento soltanto a quest'ultimo, ritagliandosi un ruolo di "mediatore" dei vari interessi contrapposti al fine di evitare che lotte intestine potessero turbare i delicati equilibri del Porto di Genova; in nessuna delle conversazioni intercettate, tuttavia, compare anche solo un cenno di sfuggita all'una o all'altro nel mentre intrattiene rapporti con gli S. e con Mo.. Sarebbe stato un riscontro di tutto rilievo se Toti, ad esempio, nelle conversazioni intercettate - che restituiscono l'immagine icastica delle vere modalità comportamentali dell'indagato, al di là delle asserzioni di principio che si leggono nella memoria depositata il 23 maggio u.s. - avesse detto esplicitamente a S. che doveva "rallentare" la sua pratica relativa al Terminal Rinfuse perché c'era da tutelare l'interesse pubblico, oppure se avesse anche solo riservato un minimo cenno ad A. quale soggetto delle cui pretese avrebbe dovuto tenere conto nel tentativo di "mediare" ai fini del migliore perseguimento dell'interesse dell'intero Porto di Genova: ma v'è un desolante silenzio sul punto, dovendosi solo registrare la secca alternanza fra solleciti di finanziamenti rivolti da Toti a S. e le istanze di quest'ultimo intese a soddisfare i propri interessi personali.

Il punto cruciale, dunque, non è la contestazione del "sistema" delineato dal primo giudice riguardo a Toti nell'ordinanza impugnata. L'indagato "s'è mosso" con S. e con Mo. non già come la figura ideale di pubblico amministratore che ha voluto delineare per sé nella memoria, ma quasi come l'amministratore di una società privata che concordi con taluni azionisti "di riferimento" le linee strategiche della propria azione gestionale. Non mancano, nella stessa memoria appena citata, talune recise affermazioni che risultano apertamente smentite dagli esiti delle medesime intercettazioni che sono state contestate a Toti nel corso del lungo interrogatorio: ad esempio, vi ha scritto che S. ha chiesto di lasciare i cellulari fuori dalla sala interna dello yacht in occasione delle note riunioni *«perché temeva di essere spiato da concorrenti ai quali non voleva far conoscere i propri piani di impresa che discuteva con le istituzioni»*, ma di tale timore non v'è la benché minima traccia nelle numerose conversazioni carpite come in atti; mette conto di rilevare, peraltro, che da tale frase si evince proprio la conferma di uno degli elementi allegati a fondamento delle accuse, e cioè che S. discuteva con le istituzioni i "*propri piani di impresa*": dunque non era Toti, come pure ha proclamato nella memoria, a delineare i propri piani e a discuterli mediando con i vari operatori del settore, ma era Spinelli a discutere i "*propri*" piani d'impresa con il Presidente della Regione nel mentre questi gli sollecitava finanziamenti per il proprio movimento politico (2); lo stesso S. che Toti, per inciso, ha definito nell'interrogatorio come "*uno che tutte le volte ti ricorda se puoi fare qualcosa per lui*" (3): un profilo di "attore portuale" che pure avrebbe dovuto indurre a ben altri atteggiamenti di distacco chi abbia mai avuto in animo di coltivare una proficua "mediazione" fra tutte le parti in casa, il cui presupposto fondante è un'equidistanza di cui non compare traccia nelle conversazioni captate.

La stessa memoria difensiva depositata in sede di interrogatorio dinanzi al P.M. contiene, peraltro, anche alcune contraddizioni intrinseche rispetto alle dichiarazioni asseritamente "ammissive" contestualmente rese da Toti: ha scritto che l'appuntamento fissato per il 30 settembre 2021 con S. - data in cui la pratica della Terminal Rinfuse sarebbe stata trattata dal Comitato dell'Autorità Portuale di Genova - non aveva nulla a che vedere con il finanziamento che S., fino al precedente 28 settembre, aveva soltanto promesso ma non erogato in quanto, a suo dire, considerava già avvenuto il finanziamento a seguito del mero invio a S., da parte della propria segretaria, dei moduli necessari a quel fine; ma di lì a breve, però, è stata captata la frase con cui aggiunge a S.: *«...però ti devo venire a trovare, che qua se no finiscono le elezioni»*, spiegando che voleva verificare se effettivamente il finanziamento fosse stato materialmente erogato. Ancora una volta, insomma, si intravede una scissione tra "fatto" e "diritto", tra materiale percezione del denaro e giuridico disbrigo della relativa pratica: ma è fin troppo chiaro che l'invio dei documenti per l'erogazione del finanziamento non lo rassicurava di certo ai fini della materiale percezione del medesimo, per cui Toti sollecita a S. un ulteriore incontro a breve, da tenersi prima delle elezioni (4).

Stride, da ultimo, il rivendicato atteggiamento collaborativo di Toti delineato per lui dal difensore con il tenore oscuro, e tutt'altro che improntato a "trasparenza e consapevolezza", dell'inciso concernente il "*resto, da dire a voce*" che l'indagato evoca parlando al telefono con la segretaria M. in data 1° settembre 2021: nell'interrogatorio l'appellante ha dichiarato che si trattava solo di un modo per chiudere la telefonata, mentre nella memoria la circostanza è rimasta del tutto inspiegata; solo in un successivo passaggio della memoria Toti scrive che "*il resto*", nel linguaggio di S., tende a diversificare fonti e modalità di finanziamento tutte ufficiali, ma non ha chiarito cosa significasse per lui - e non per S. - l'allusione al "*resto*" che ha rivolto alla propria segretaria, lasciando un'ulteriore ombra sul tenore delle proprie dichiarazioni che non risultano per nulla "ammissive".

Deve allora escludersi, per chiudere sul punto, che l'interrogatorio reso da Toti dinanzi al P.M. il 23 maggio u.s. abbia integrato un *novum* di rilievo sul piano cautelare: sicché non v'è altro con cui confrontarsi per sostenere una persistenza dell'esigenza specialpreventiva che non necessita, per quanto si è premesso, di quotidiane riaffermazioni dopo la relativa attestazione all'atto di applicazione della misura custodiale in atto: è la relativa cessazione o attenuazione che necessitano di elementi di novità da allegarsi a cura dell'interessato e che non sono di certo ravvisabili in un interrogatorio che, per quanto s'è evidenziato, non reca il benché minimo spunto ammissivo - anzi, ne reca molteplici di aperta contestazione dei gravi indizi, per quanto la difesa non ne abbia fatto oggetto di un formale motivo di appello - e non può, pertanto, essere valutato ai fini che ne occupano.

In un simile contesto, lo stesso "impegno" ad astenersi da condotte analoghe - formulato da Toti in seno all'originaria istanza *de libertate* sottoscritta anche da lui - suona come una sterile presa d'atto della fondatezza di accuse che pure non si è voluto, nell'esercizio delle proprie prerogative difensive, ammettere nel corso dell'interrogatorio. V'è un'insolubile contraddizione, insomma, tra la professata "consapevolezza" di Toti e il suo atteggiamento di rivendicazione di aver agito sempre nell'interesse pubblico: o si sostiene con vigore quest'ultimo, e allora non si vede - se non in un'ottica strumentale - perché ci si debba coartare fino a promettere di non agire più con modalità di cui si continua a rivendicare legittimità e

correttezza; oppure si è capito di avere agito illecitamente, e allora non si vede - se non in un "ottica strumentale - come si possa affermare, nell'"ammettere" la materialità dei fatti, che questi non integrano i reati oggetto delle accuse. *Tertium non datur*, quand'anche nell'accezione più ampia che si intenda conferire all'esercizio del diritto di difesa dell'indagato. L'atto d'appello, peraltro, si intrattiene - così come l'originaria istanza *de libertate* - anche sulla pretesa assenza di "pericolosità" di Toti che varrebbe ad escludere la persistenza dell'evidenziato rischio di una sua reiterazione di reati della medesima indole: ma si tratta, all'evidenza, di un presupposto "genetico" della misura che avrebbe dovuto essere contestato in quanto tale, e non già a seguito del preteso *novum* costituito da un interrogatorio e da un "impegno" a non reiterare condotte analoghe che s'è già visto essere non rilevanti sul piano cautelare.

In ogni caso, ad avviso del Tribunale il giudizio di pericolosità richiesto ai fini che ne occupano dev'essere concretamente "tarato" - in forza della consolidata giurisprudenza di legittimità - sulla tipologia dei reati per i quali si proceda: altro è la pericolosità di chi sia dedito allo spaccio di stupefacenti o alla consumazione di rapine, altro è quella di chi manifesti una notevole dimestichezza con comportamenti di tipo corruttivo quali sono quelli sottesi alle accuse mosse a Toti il quale, per inciso, non ha inteso contestarne esplicitamente la fondatezza sotto il profilo della gravità indiziaria. Occorre essere estremamente espliciti al riguardo: se è stato necessario per l'indagato - come questi sembra aver ammesso - "farsi spiegare" dagli inquirenti che è vietato scambiare la promessa o l'accettazione di utilità di qualsiasi tipo con "favori" elargiti nell'esercizio discrezionale della propria funzione pubblica e dei poteri ad essa correlati, continua indubbiamente a sussistere il concreto e attuale pericolo che egli commetta altri fatti di analoga indole nella convinzione di operare legittimamente, anche a prescindere dall'imminente svolgimento di consultazioni elettorali di sorta: ad esempio, inducendo taluno - con abuso dei propri poteri e della qualità di pubblico ufficiale - a dargli o a promettergli nuove utilità per finanziare il proprio movimento politico (il che integrerebbe una condotta di induzione indebita ex art. 319-quater c.p.), adoperandosi per favorire un proprio "grande elettore" che partecipi a una gara ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di un appalto per opere pubbliche (il che integrerebbe una condotta di turbativa d'asta) e così via, adducendo la medesima "buona fede" dalla quale ha candidamente ammesso di essere stato sostenuto quando ha ripetutamente accettato da S., e da Mo. in un'occasione, l'erogazione di finanziamenti destinati alla sua attività politica. Né può ipotizzarsi che Toti, conformemente all'assunto "impegno", si faccia spiegare ogni volta dagli inquirenti cosa sia lecito e cosa non lo sia, visto che s'è impegnato ad *astenersi da condotte che la diversa lettura data nell'ambito di questo procedimento considera illecite o comunque non dovute*: come se possa ipotizzarsi che l'appellante, nel dubbio - perfettamente legittimo, alla luce della sua posizione processuale - circa la potenziale valenza penalmente illecita delle sue future condotte, si rivolga in anticipo agli inquirenti per ottenerne una sorta di preventivo avallo e porsi, in tal modo, al riparo da potenziali pregiudizi penali.

In realtà, che pubblico ufficiale e amministrato non debbano scambiarsi reciproche utilità è un postulato che sembra fondarsi sul diritto naturale, ancor prima che su quello positivo: se è pacifico che sollecitare finanziamenti a un movimento politico integri un comportamento del tutto lecito, è di palmare evidenza che concordarne l'erogazione in cambio di

"favori" direttamente incidenti sulla posizione del finanziatore - come Toti è gravemente indiziato di avere fatto con le condotte a lui preliminarmente contestate e che non risultano attinte, per una sua precisa scelta processuale, da esplicite censure difensive sotto il profilo di cui all'art. 273, co. 1°, c.p.p. - integra una forma di corruzione in quanto trasforma ex se la lecita contribuzione allo svolgimento di attività politica, non a caso configurata come un'erogazione "liberale" e dunque necessariamente non vincolata nei fini, nel "prezzo" per l'esercizio di poteri e funzioni del pubblico ufficiale o per il compimento da parte di quest'ultimo di atti contrari ai suoi doveri di ufficio. È altrettanto ovvio, di contro, che un soggetto determinatosi a finanziare un movimento politico si attenda da quest'ultimo un atteggiamento quanto meno consono alle proprie aspettative: ma un conto è "appoggiare" la strategia politica di un movimento sotto il profilo delle scelte generali con cui questo intenda perseguire pubbliche finalità reputate conformi ai propri orientamenti ideologici e alle proprie attese, tutt'altro è "pagare", sotto forma di finanziamenti pur formalmente leciti, i concretissimi favori materialmente concordati con il pubblico ufficiale destinatario di quelle erogazioni di denaro, quand'anche poi non distratte per il proprio tornaconto personale ma utilizzate a sostegno del medesimo movimento politico di riferimento.

Ed allora, se Toti ha dato prova di non essere stato a parte di questi principi - benché piuttosto lineari - per averli compresi, a quanto ha dichiarato, soltanto a seguito della vicenda cautelare che gli è occorsa, pare indubbio che ne persista la peculiare "pericolosità" riferita al rischio che reiteri la consumazione di delitti di analoga indole sulla scorta della medesima personalissima "convinzione" - di certo non superabile *jussu judicis* - di agire per il bene comune che ha allegato a fondamento delle condotte sottese alla cautela in atto.

## 2. La persistenza dell'esigenza di natura probatoria.

Riguardo al delineato pericolo per l'acquisizione o la genuinità della prova, va detto la difesa di Toti non ha inteso contestare *ab initio* neanche tale presupposto della cautela, tanto da spingersi ad affermare che la stessa constatazione in fatto che questi ha atteso, prima di chiedere la revoca della cautela a tale proposito, un significativo lasso temporale in attesa che venissero interrogati gli indagati e sentiti molti sommari informatori è significativa della volontà - esattamente contraria a quella postulata dal primo giudice - di astenersi da ogni condotta idonea a inquinare il quadro probatorio in via di formazione. Tale affermazione sembra implicare *ex se* che l'indagato non abbia inteso disconoscere, con l'originaria istanza *de libertate* e con l'atto d'appello, che l'esigenza cautelare in parola è stata fondatamente configurata *ab initio* nei suoi confronti: il progredire delle indagini - con gli sviluppi consentiti dalle numerose acquisizioni istruttorie fruttanto effettuate - dovrebbe averne comportato, tuttavia, la sopravvenuta cessazione.

Nondimeno, la difesa ha reiterato in appello alcuni spunti già contenuti nell'originaria istanza ex art. 299 c.p.p. oggettivamente intesi a censurare taluni elementi sui quali riposa l'affermazione, resa dal primo giudice nell'ordinanza applicativa della misura in atto, della sussistenza del *periculum libertatis* in esame, sicché è dovuta una valutazione del Tribunale anche a tale riguardo per quanto l'"acquiescenza" sul punto a tutt'oggi manifestata, nei fatti, dall'appellante consenta soltanto di affermarne la sopravvenuta cessazione e non anche l'inesistenza *ab origine*.

Deve convenirsi in proposito che sono stati allegati in ottica

accusatoria elementi di spregiudicatezza e disinvoltura da parte di Toti - i “comportamenti elusivi” consistiti nella scelta di luoghi riservati per gli incontri con coindagati o nel lasciare i cellulari all'esterno dello yacht sul quale sono avvenuti taluni incontri con A.S. (condotta che peraltro, almeno inizialmente, non è addebitabile anche allo stesso Toti, com'è dimostrato dalle conversazioni frattanto captate grazie al fatto che egli teneva il proprio cellulare con sé) - che paiono attinenti alle modalità esecutive dei fatti illeciti oggetto delle accuse e non alla specifica esigenza di tutela della prova prevista dall'art. 274, lett. a), c.p.p. Non sembra particolarmente pregnante, sotto il profilo in esame, che i coindagati si appartassero per mettere a punto intese di natura delittuosa, posto che si tratta di un atteggiamento del tutto coerente con la consapevolezza dell'oggetto tutt'altro che lecito di quei conciliaboli; desumerne un pericolo per la genuinità della prova sembra eccessivo, tenuto conto che la suddetta disposizione postula al riguardo la sussistenza di specifiche e inderogabili esigenze attinenti alle indagini relative ai fatti per i quali si proceda (non ad altri, in linea ipotetica: sicché non rileva che si stiano eventualmente approfondendo altri temi di indagine), in relazione a situazioni di concreto e attuale pericolo per l'acquisizione e la genuinità della prova, fondate su circostanze di fatto espressamente indicate nel provvedimento a pena di nullità rilevabile anche d'ufficio. Ora, il riferimento al “provvedimento” attiene chiaramente soltanto a quello impositivo della misura cautelare che però, nel caso di specie, non è stato fatto segno di istanza di riesame, sicché non pare consentito rilevarne ‘ora per allora’ eventuali lacune sotto il profilo in esame che nemmeno sono state espressamente sollecitate dal difensore dell'indagato. Il punto cruciale è che sono intanto decorsi circa due mesi dall'applicazione della custodia domestica e di certo, nel frattempo, le acquisizioni istruttorie si sono notevolmente incrementate; non si vede, allora, quali concrete circostanze giustificino ulteriormente, ad oggi, la configurazione di un rischio cautelare sostanzialmente fondato soltanto sul ruolo apicale svolto dal Presidente della Regione in seno a tale istituzione pubblica e sulla potenziale “influenza” o pressione da lui esercitabile per ciò solo nei confronti di altri soggetti che vi lavorano e che devono ancora essere sentiti dagli inquirenti: pare di tutta evidenza, per vero, che si tratti di elementi privi della concretezza e dell'attualità richieste per delineare la persistenza di *pericula* inerenti all'acquisizione e alla genuinità della prova, *a fortiori* ove si consideri che ci si trova a meno di un mese dalla cessazione del termine massimo di novanta giorni comunque previsto dall'art. 301, comma 2-ter, c.p.p. previsto, previa la valutazione delle ragioni che ne hanno impedito un più celere svolgimento, per l'espletamento delle indagini “a rischio”. È pur vero che tale disposizione si riferisce, nella lettura che ne ha fornito la giurisprudenza di legittimità, ai casi di applicazione di misure cautelari disposte esclusivamente a fronte di un'esigenza di natura probatoria, laddove nel caso di specie persiste anche quella specialpreventiva della quale s'è dato conto poc'anzi: ma la circostanza che ricorre tale seconda ipotesi non consente, ovviamente, di protrarre *sine die* l'incidenza sul trattamento cautelare in atto a carico di Toti di una concorrente esigenza probatoria destinata comunque a trovare la sua naturale cessazione, sotto quello specifico profilo, allo scadere di tre mesi dall'applicazione della misura in atto.

Nemmeno pare, peraltro, che il P.M. abbia allegato in questa sede concreti comportamenti dell'indagato - realizzati nell'imminenza della sua cattura o subito dopo tale evento - in qualche modo idonei a configurare il concreto rischio che

egli si attivi per alterare qualche residuo elemento di prova che dev'essere ancora assicurato agli atti o per intervenire su taluno dei soggetti da escutere per condizionarne le dichiarazioni: tutti gli elementi allegati anche *ex novo* dal P.M. - ivi compreso il prospettato “confinamento” di due cellulari nella tasca di una giacca appoggiata su una sedia posta a una certa distanza in occasione dell'incontro con S. riflesso nella nota della p.g. riversata in atti - attengono comunque alle callide modalità con le quali si assume che si siano verificati gli incontri finalizzati al perfezionamento di intese illecite e rilevano, semmai, sul diverso piano dell'esigenza specialpreventiva che s'è già detto essere ben persistente, in difetto di nova di rilievo: ma l'indubbia spregiudicatezza nel commettere reati non lascia presumere *ex se*, come sembra postulare il P.M., la persistenza anche del concreto rischio che l'indagato sia disposto a inquinare le prove pur dopo che l'illecito sia stato ormai scoperto, come si pretende possa ancora accadere per mano di Toti nel caso in esame.

Deve pertanto ritenersi incidentalmente cessato, per quanto ne manchi ogni concreto riflesso nell'odierna decisione a fronte della restante esigenza cautelare di cui all'art. 274, lett. c), c.p.p., il rischio di un inquinamento probatorio da parte dell'odierno appellante.

### 3. L'incidenza della misura sull'ufficio elettivo ricoperto da Toti.

Da ultimo, la difesa dell'appellante ha evidenziato che la protrazione della misura custodiale in atto nei confronti di Toti potrebbe incidere negativamente sull'ufficio elettivo da questi ricoperto in forza di mandato popolare elettivo: nel senso che tenerlo ancora agli arresti domiciliari significherebbe, di fatto, “indurlo” alle dimissioni in quanto, ove egli declinasse quello stesso ufficio pubblico dal quale discendono poteri e funzioni che si assume in ottica accusatoria egli abbia messo al servizio di interessi privati dietro la corresponsione di utilità, dovrebbe discenderne *ex se* la sopravvenuta cessazione *ipso facto* delle condizioni indispensabili per la paventata reiterazione di reati della medesima indole.

Reputa al riguardo il Tribunale, tuttavia, che non si intravede nemmeno in filigrana l'indebita - e inconcepibile, perché decisamente *extra ordinem* - “pressione” su Toti affinché, come adombrato dalla difesa, “si decida” a rinunciare all'incarico istituzionale del quale è tuttora insignito: s'è dato conto a suo tempo, invero, delle ragioni per le quali va considerato persistente il rischio di reiterazione dei reati delineati a suo carico; e tanto basta a giustificare la protrazione della misura custodiale in atto, posto che ogni diversa misura coercitiva risulterebbe ovviamente inidonea a prevenire il reiterarsi di incontri finalizzati a concertare intese illecite analoghe a quelle che sono emerse ad oggi dagli atti del procedimento.

Quanto all'incidenza della misura in atto sul ruolo dell'indagato di Presidente della regione Liguria, il divieto di applicazione delle misure interdittive evocato dalla difesa a mente dell'art. 289, co. 3°, c.p.p. pare concernere direttamente la sua sola rappresentanza “politica”, cioè la titolarità del mandato a delineare le scelte generali e gli obiettivi strategici cui conformare l'attività di un ente territoriale rispetto alla cui concreta gestione le pubbliche funzioni tecnico-amministrative a quella correlate non paiono costituire l'immediato oggetto dell'investitura elettiva, ma soltanto lo strumento accessorio finalizzato a esercitarla sul piano esecutivo.

In altri termini, il mandato popolare conferisce all'eletto la rappresentanza degli elettori e solo di riflesso i pubblici poteri e le pubbliche funzioni a quella connessi. Sembra chiara, allora, la

*ratio* della suddetta disposizione processuale: si vuole evitare che, di fronte a una vicenda cautelare compatibile con la più lieve misura interdittiva della sospensione da un pubblico ufficio - quale non è certo quella in esame, per la gravità e la reiterazione nel tempo degli illeciti oggetto delle accuse mosse a Toti -, tale provvedimento cautelare vada a incidere, vanificandola, sulla volontà popolare manifestatasi con l'elezione diretta del soggetto indagato.

Nell'atto d'appello, nondimeno, si valorizza fin troppo la portata di tale norma quando si afferma che dovrebbe trarsene un'indicazione di principio da estendersi all'applicazione di ogni misura cautelare coercitiva: nel senso che i motivi di tutela afferenti al processo penale dovrebbero essere valutati congiuntamente a quelli derivanti dal mandato popolare. Estremizzando tale posizione con riferimento al caso che ne occupa, la difesa sembra prospettare - anche in forza del parere allegato alla memoria depositata il 5 luglio u.s. - che l'amministratore di un ente territoriale possa considerarsi sottratto *ex lege* all'applicazione di misure custodiali di sorta, ove lo richiedano esigenze di buon andamento della P.A., per la sola investitura popolare che egli abbia ricevuto in sede elettorale, quale che sia la gravità del delitto di cui sia chiamato a rispondere; una sorta di "statuto speciale cautelare" di cui un pubblico amministratore dovrebbe fruire per il solo fatto di essere stato attinto da un mandato elettivo di diretta derivazione popolare, in aperta violazione del principio costituzionale per il quale tutti i cittadini sono eguali davanti alla legge.

Ritornando al disposto di cui all'art. 289, co. 3°, c.p.p., sebbene debba darsi atto che effettivamente la menzione della norma in quei termini da parte del primo giudice possa dare adito a una lettura *prima facie* equivoca del provvedimento impositivo della cautela in atto e di quello qui gravato che lo richiama, è il caso di rimarcare che è stata disposta a carico dell'indagato una misura cautelare di natura custodiale soltanto perché, evidentemente, quella interdittiva sarebbe stata inadeguata per difetto quand'anche concretamente applicabile al titolare di un pubblico ufficio derivante dalla diretta investitura popolare. In realtà, a stretto rigore di logica, quell'inciso costituisce una sorta di *obiter dictum* dal valore puramente descrittivo dei principi operanti al riguardo in materia cautelare: non è lecito dubitare, invero, che se realmente gli arresti domiciliari fossero stati applicati a Toti in violazione del principio di proporzione e con un'indebita estensione della loro area di operatività a motivo della particolare preclusione delle misure interdittive posta dall'art. 289, co. 3°, c.p.p., la sua difesa non avrebbe mancato di farlo rilevare nell'immediatezza con un'istanza di riesame o con una ben più tempestiva istanza ex art. 299 c.p.p. intesa alla subitanea riforma di quel trattamento cautelare reputato addirittura illegale per difetto di "tipicità".

Quanto alla necessaria valutazione contestuale degli altri beni, di rango costituzionale, che vengono in rilievo qualora a essere attinto da una misura cautelare sia un pubblico ufficiale che ricopra una carica elettiva di diretta investitura popolare, se è vero che non se ne rinviene traccia nell'ordinanza impugnata, è anche vero che lo scrutinio che ne viene richiesto in questa sede di appello non conduce a soluzioni difformi rispetto a quella adottata dal giudice di prime cure: quest'ultimo ha bene posto in rilievo l'allarmante gravità dei fatti oggetto delle accuse mosse a Toti, che non sembrano risolversi in un illecito formale di poco momento ma attengono proprio al buon andamento dell'azione amministrativa che pure si sollecita di prendere in considerazione nel momento in cui si chiede di revocare o attenuare la misura custodiale in atto in nome della relativa tutela. Le accuse di corruzione mosse a Toti - e sorrette da gravi indizi

che questi non ha inteso contestare - non concernono un illecito di natura veniale ove rapportate alle pubbliche funzioni di natura elettiva dal medesimo ricoperte, ma integrano un *vulnus* tra i più gravi che possano essere inferti al buon andamento dell'azione amministrativa, allo stesso rispetto della volontà popolare e ai diritti dei terzi; non si vede, allora, quale diversa accusa - stando alla tesi sostenuta dalla difesa con il sostegno del parere tecnico versato in atti - possa mai giustificare l'applicazione di una misura di natura custodiale nei confronti del titolare di una carica elettiva, se è vero che postulare l'esigenza, di rango costituzionale, di realizzare un bilanciamento con i suddetti interessi di pari rilievo perfino di fronte a una duplice accusa di corruzione - una delle quali riflettenti un reato continuato protrattosi per circa due anni - significa solo teorizzare nei fatti, come appena rimarcato, una sorta di "immunità cautelare" per chi rivesta cariche di diretta investitura popolare della quale non si rinviene traccia nell'ordinamento. Né risulta chiaro quale possa essere la "*durata strettamente indispensabile della misura cautelare*" in un caso quale quello che ne occupa nella lettura apprestata ai diversi interessi in gioco dalla Suprema Consulta con la menzionata sentenza n. 206/1999 (5): in difetto di una previsione normativa *ad hoc*, non si intravede allo scadere di quale termine - diverso da quello fissato dalla legge per ciascuna fase a norma dell'art. 303 c.p.p. - dovrebbe reputarsi "ingiustificato" il sacrificio dei diritti del singolo che solo mediatamente scaturisce da un provvedimento dell'Autorità Giudiziaria, essendo in realtà eziologicamente ricollegabile alla consumazione di condotte che, per inciso, nel caso di specie l'indagato riferisce di aver integralmente ammesso sul piano fattuale, pur negandone la rilevanza su quello giuridico.

Una volta chiarito, giusta quanto esposto in nota, che il vigente ordinamento non contempla affatto - ad onta dell'avversa allegazione difensiva formulata a pag. 6 della citata memoria depositata il 5 luglio u.s. - un "*principio costituzionale secondo il quale per limitare l'esercizio di una funzione elettiva solo una sentenza può disporre*", deve inferirsene che un cittadino investito di una carica elettiva di diretta investitura popolare è soggetto, ad oggi, all'applicazione di qualsivoglia misura cautelare - ad eccezione di quella interdittiva ex art. 289, co. 3°, c.p.p. - qualora sia gravemente indiziato di uno dei delitti contemplati dall'art. 280 c.p.p. e ricorra taluna delle esigenze cautelari previste dall'art. 274 c.p.p.; opinare in termini diversi significa teorizzare per assurdo che, nel valutare l'operatività di una misura cautelare custodiale adottata nei confronti di un soggetto che rivesta tale peculiare qualità e che sia gravemente indiziato, ad esempio, di una concussione, di una rapina aggravata, di un omicidio, di una violenza sessuale o di un qualsiasi altro delitto di analoga gravità, il Tribunale per il riesame, adito in sede di appello cautelare, debba valutare, congiuntamente all'esigenza di tutelare la collettività dal rischio della relativa reiterazione da parte del cautelato, se il protrarsi della misura custodiale possa incidere sul buon andamento della P.A., sull'interesse dello stesso indagato al mantenimento della carica elettiva, sul rispetto della volontà popolare manifestata con la di lui elezione e addirittura sui diritti dei terzi coinvolti da eventuali dimissioni rese necessarie dalla di lui assenza non temporanea dal pubblico ufficio. Né vuole credersi che nell'impostazione difensiva - in seno alla quale, va ribadito ancora una volta, è mancata ogni esplicita contestazione del quadro gravemente indiziario - i delitti di corruzione del pubblico ufficiale debbano essere intesi quali reati "non gravi" sì da giustificare l'auspicato "bilanciamento" delle esigenze di natura cautelare con quelle, di certo recessive rispetto alla tutela della collettività, appena elencate e delineate dalla Suprema Consulta in margine a tutt'altre ipotesi di sospensione dalla carica elettiva

adottate *ex lege* - e senza spazi discrezionali di sorta - in ambito amministrativo e non giudiziario.

A fronte di tali considerazioni, l'unico ambito in cui l'A.G. possa valutare - come auspicato dalla difesa di Toti nell'atto d'appello - la persistente esigenza cautelare anche in funzione degli obblighi derivanti dal mandato popolare del quale l'indagato è stato investito, si da comprimere il meno possibile i limiti in cui quest'ultimo possa essere esercitato, è quello di autorizzarne i contatti indispensabili a quei fini che risultino compatibili con la concreta natura della misura cautelare adottata nei di lui confronti: così come, ove sottoposto in ipotesi alla custodia carceraria, sarebbe stata favorevolmente valutata l'autorizzazione di permessi di colloquio a quei fini, deve considerarsi analogamente opportuna, proprio per le ragioni evidenziate dalla difesa, l'autorizzazione di contatti *de visu* muniti della medesima finalità in deroga al generale divieto di comunicare con soggetti estranei ai familiari conviventi impostogli ai sensi dell'art. 284, co. 2°, c.p.p.

Ne consegue che correttamente il primo giudice ha finora autorizzato Toti, benché sottoposto agli arresti domiciliari con divieto di contatti con estranei, a intrattenere plurimi incontri dalla schietta finalità "politica", trattandosi di tracciare le linee strategiche di indirizzo della vita gestionale della Regione Liguria e non ravvisandosi alcun *periculum* cautelare nel doveroso svolgimento da parte dell'odierno appellante di tale attività che integra lo specifico oggetto della tutela, invocata dalla difesa, della volontà popolare manifestatasi nel conferimento all'indagato di un mandato elettivo: il che depone, unitamente a quanto poc'anzi esposto, per l'infondatezza del motivo di appello incentrato sulla pretesa violazione del principio costituzionale e convenzionale sotteso alla *ratio* dell'art. 289, co. 3°, c.p. Ben altro è occuparsi delle concrete forme, e dei correlati contatti personali, con cui perseguire quegli obiettivi sul piano tecnico-amministrativo: un'attività che l'appellante ben potrebbe protrarre ove la custodia domestica venisse sostituita, come auspicato dalla difesa in via di subordine, con l'obbligo di dimorare sul territorio del Comune di residenza o con il divieto di dimorare sul territorio del Comune di Genova (6).

È quest'ultima, invero, l'area cui inerisce la persistente pericolosità di Toti, al quale - non a caso - viene contestato di avere scambiato utilità economiche con l'adozione di specifici provvedimenti amministrativi e non certo di avere adottato scelte "politiche" nella sua veste di Presidente della Regione. Pertanto, considerato che il divieto di cui all'art. 284, co. 2°, non è passibile di restrizioni a singole categorie di soggetti (ad esempio, ai soli "tecnici" regionali e non anche agli esponenti schiettamente "politici"), nemmeno il motivo di appello formulato in estremo subordine può trovare accoglimento, spettando piuttosto all'Autorità Giudiziaria competente vagliare di volta in volta le singole istanze di autorizzazione a incontri formulate nell'interesse di Toti e valutarne la portata squisitamente "politica" e non anche tecnico-amministrativa: un settore operativo, quest'ultimo, nel cui alveo s'è detto che persiste la concreta probabilità che l'indagato reiteri condotte di analogo disvalore confidando nel malinteso senso di "tutela del bene pubblico" cui ha ammesso di essersi ispirato all'epoca dei fatti nei rapporti che ha intrattenuto con A.S. e Mo. e che, sulla scorta di un quadro gravemente indiziario nemmeno formalmente contestato, ad oggi risultano correttamente qualificati in termini di corruzione.

In conclusione, l'appello dev'essere respinto, con l'accessoria condanna dell'indagato al pagamento delle spese di questo procedimento incidentale.

#### P.Q.M.

Visto l'art. 310 c.p.p., rigetta l'appello; condanna l'indagato Giovanni Toti al pagamento delle spese di questo procedimento incidentale; (...*omissis*...)

#### Note.

- (1) Il riferimento è all'inciso "*dopo, il resto ti dico a voce*" captato nella conversazione intercettata fra Toti e la segretaria M. l'1.9.2021, progr. 32, r.i.t. 1136/2021, e all'inciso "*tutto il resto...dopo*" contenuto nella conversazione intercettata durante il pranzo avvenuto a bordo dello yacht di S. l'1.12.2021.
- (2) Valga per tutti l'inciso del 17/9/2021, quando Toti dice a S.: «*il 29 va la tua roba...ricordati che io sto aspettando anche una mano*»; v. *supra*, pag. 4.
- (3) V. *supra*, *ibidem*.
- (4) V. *supra*, pag. 5.

(5) Per inciso, non può mancare di rilevare - ad onta dell'autorevolezza del parere tecnico allegato dalla difesa - che la menzionata sentenza della Corte Costituzionale ineriva a un caso giudiziario avente a oggetto una misura cautelare di tipo amministrativo - l'immediata sospensione dall'amministrazione di appartenenza per il dipendente della P.A. che abbia riportato condanna anche non definitiva per il reato di cui all'art. 416-bis c.p., o che sia stato rinviato a giudizio per determinati delitti, o che sia stato assoggettato a una misura di prevenzione, anche non definitiva, perché indiziato di appartenere a un'associazione mafiosa - e non una misura cautelare coercitiva, comunque sorretta, è bene ribadirlo da gravi indizi di colpevolezza e da esigenze cautelari che non venivano affatto in rilievo nel caso esaminato dalla Suprema Consulta, relativo a una misura interinale amministrativa da applicarsi *ex lege* a fronte di determinati presupposti di tutt'altra consistenza. In quella vicenda la Suprema Consulta, nel rigettare la questione di legittimità costituzionale, ha stigmatizzato l'assenza di qualsivoglia indicazione circa la potenziale durata di siffatta sospensione, in ipotesi destinata a protrarsi *sine die* - a differenza, è il caso di rimarcarlo, delle misure cautelari personali - e ha ricondotto a legalità costituzionale la norma denunciata individuando un'interpretazione adeguatrice rispetto ai precetti costituzionali, costituita dalla previsione della cessazione *ipso jure* della sospensione dalla carica di natura elettiva a seguito di una pronuncia assolutoria anche non definitiva; si tratta, in definitiva, di un intervento inerente a un caso quanto mai distante, dunque, da quello devoluto alla cognizione di questo Tribunale, con il quale non presenta alcun profilo di analogia. Analoga irrilevanza ai fini della decisione qui richiesta riveste anche l'altra pronuncia della Suprema Consulta menzionata nella memoria depositata il 5 luglio u.s., la n° 230/2021, inerente a un incidente di costituzionalità - anch'esso dichiarato infondate - relativo alla sospensione dalla carica elettiva prevista dalla c.d. "legge Severino", a sua volta priva di ogni spunto di interesse, quandanche per analogia, in materia di applicazione di misure cautelari personali nei confronti di chi sia titolare di una carica elettiva di diretta investitura popolare.

(6) Nulla rileva al riguardo la circostanza, dedotta dalla difesa soltanto con la memoria depositata il 5 luglio u.s., che l'eventuale applicazione del divieto di dimorare nel capoluogo della Regione comporterebbe, per espressa disposizione normativa, la sospensione di Toti dalla carica istituzionale giusta l'evocato art. 8 del D.Lgs. 235/2012: a ben guardare, si tratterebbe proprio di una di quelle ipotesi di sospensione "amministrativa" dalla carica elettiva oggetto delle censure della Suprema Consulta con le pronunce menzionate *supra* alla nota 5.

## Sezione di deontologia forense

# Documenti

*I rapporti CDD/COA:  
discutendo sulla natura giuridica del CDD,  
sulla c.d. "alterità organica" in materia  
disciplinare e sul diritto di cancellazione  
in pendenza di procedimento disciplinare. \**

**Avv. Stefano Zironi**

*Tesoriere della A.D.D.F., Consigliere Segretario COA di Modena,  
Specialista in Diritto Amministrativo*

**Sommario:** 1. Sulla natura giuridica del CDD. - 2. Sulla funzione disciplinare del CDD. - 3. Sulle eccezioni al divieto di cancellazione dall'Albo in pendenza di procedimento disciplinare. - 4. Conclusioni prospettive.

### 1. Sulla natura giuridica del CDD.

Sono decorsi 9 anni dalla nascita dei CDD per effetto delle previsioni della Legge Professionale; chi ha vissuto i primi mandati può sicuramente testimoniare l'iniziale incertezza, per non dire totale "sgomento", nel dare avvio al funzionamento dell'Organo.

Molte domande, poche risposte; poi, piano piano, anche con l'aiuto del CNF e della giurisprudenza sia deontologica sia amministrativa, i CDD hanno iniziato a lavorare cercando di dare esecuzione all'unico compito loro assegnato dalla legge di settore: esercitare il potere disciplinare (combinato disposto di cui agli artt. 50, comma 1 e 51, comma 1 L.P.).

Nulla si dice sul "rapporto giuridico" tra COA e CDD; i componenti del CDD vengono eletti dai singoli COA attingendo dai propri iscritti che hanno presentato la candidatura e possiedono i requisiti previsti.

L'art. 2 del Reg. n. 2/2014 così recita: "Il Consiglio Distrettuale di Disciplina agisce in piena indipendenza di giudizio e autonomia organizzativa ed operativa, nel rispetto delle vigenti disposizioni di legge e del presente regolamento".

Nulla *questio* sulla indipendenza di giudizio; sull'autonomia organizzativa ed operativa, invece, sono emerse diverse interpretazioni ed anche la Cassazione è intervenuta, seppur *incidenter tantum* rispetto all'oggetto del *petitum*.

I COA (Ordini circondariali) sono enti pubblici non economici (art. 24, comma 3) a carattere associativo istituiti per garantire il rispetto dei principi previsti dalla legge professionale e delle regole deontologiche, nonché con finalità di tutela della utenza e degli interessi pubblici connessi all'esercizio della professione e al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale.

Il CDD, di conseguenza, che natura giuridica ha?

È sicuramente un organo (ausiliario), derivato dai Consigli

del Distretto che ne nominano i componenti, ma assume anche la qualifica di organo/ente pubblico non economico?

Prima di confrontarci su alcuni indici sintomatici scaturiti dalla giurisprudenza più recente, è utile soffermarsi su una delle più recenti (ed illuminate) definizioni sulla natura di ente pubblico (Consiglio di Stato, Sezione Prima, Affare nr. 00291/2022).

È oramai pacifico, sia in dottrina sia in giurisprudenza, che la nozione di ente pubblico non rimanda ad un modello unitario, provvisto di caratteri propri o tipici, tantomeno normativamente identificati.

Pertanto, il suo riconoscimento non può essere l'esito di analisi svolte in astratto, ma deve conseguire ad un esame condotto avendo riguardo "alle concrete finalità e caratteristiche dell'istituzione considerata" (Cass. Sez. Unite, 6 maggio 2009 n. 10365), per come risultano dalle norme legislative, statutarie o regolamentari che ne definiscono i tratti organizzativi e funzionali.

Solo dal confronto con il caso concreto, è dunque possibile verificare la sussistenza di quelli che la giurisprudenza, nel tempo, ha identificato come "indici sintomatici" della natura pubblicistica di un soggetto giuridico.

Questi indici di riconoscimento della natura pubblica di un soggetto hanno conosciuto profonde evoluzioni nel tempo, parallele, se non conseguenti a quelle che, a partire dagli anni '90 del secolo scorso, con l'avvio dei processi di privatizzazione sia formale sia sostanziale, hanno interessato la stessa pubblica amministrazione (si vedano sul tema Cons. Stato, Sez. I, n. 779 del 2022 e n. 934 del 2022).

Anche la nozione di ente pubblico si è progressivamente frantumata e relativizzata nel corso di questi anni, "tanto da non potersi ritenere, nell'attuale ordinamento, fissa e immutabile essendo semmai funzionale e cangiante" (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 2326 del 2016).

Non a caso "si ammette oramai senza difficoltà che uno stesso soggetto possa avere la natura di ente pubblico a certi fini e rispetto a certi istituti, e possa, invece, non averla ad altri fini, conservando rispetto ad altri istituti regimi normativi di natura privatistica" (si veda Cons. Stato, Sez. VI, n. 2326 del 2016) ovvero, come ricordato anche da Cons. Stato, Sez. I, n. 934 del 2022 "la considerazione di soggetti formalmente o anche sostanzialmente privati come "enti pubblici" varia, così, da disciplina a disciplina e sta ad indicare non una diversa natura giuridica, ma semplicemente, l'applicazione di alcune regole in luogo di altre: non può apparire dunque inutile, o addirittura sbagliato, qualificare tali soggetti come enti pubblici: la realtà è che, a seconda dei fini e dei casi, si applicano ad essi discipline tipicamente pubblicistiche e discipline tipicamente privatistiche. Alle certezze delle letture dicotomiche si sostituisce pertanto la continua e sempre mutevole destinazione degli istituti" (Cass., Sez. Un., 19 aprile 2021 n. 10244).

Ciò premesso, la necessità di affidarsi ai cosiddetti "indici sintomatici" per affermare o per negare, in via ermeneutica, la natura pubblicistica di un ente, si impone soprattutto, sebbene non solo, quando la legge non espliciti l'attribuzione al soggetto di una personalità di diritto pubblico (Cons. Stato, Sez. I, n. 934 del 2022).

Quanto sopra ci aiuta a rendere una qualificazione giuridica del CDD?

\* Il presente lavoro proviene dalla elaborazione di due relazioni tenute nell'ambito di attività formative svoltesi, rispettivamente, in data 23 febbraio 2024 in Roma ed organizzata dall'Ordine degli Avvocati di Roma, dall'OCF (Organismo Congressuale Forense) e dalla Associazione A.D.D.F. (Associazione di Deontologia e Disciplina Forense) e in data 8/9 marzo 2024 in Sorrento ed organizzata dall'Ordine Avvocati di Torre Annunziata.

Esaminiamo, ora, alcuni indici sintomatici “giurisprudenziali”.

1) Cass. Sez. Unite 20.06.2017 n. 16993 (Pres. Rordorf, Rel. Cirillo)

In alcuni passaggi di questa sentenza si entra nella interpretazione del rapporto tra COA e CDD; in particolare (pag. 6) si legge che “il CDD, quale organo distrettuale di disciplina, ha una funzione sicuramente amministrativa ma di natura “giustiziale”, anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie di incompatibilità, astensione e recusazione. Il CDD, pena la perdita della sua terzietà, non può essere in lite con l'iscritto all'Ordine ma gli è devoluta dalla legge l'applicazione delle norme disciplinari al caso concreto e con imparzialità. Del resto il CDD, diversamente dal COA, non ha alcun autonomo potere di sorveglianza sugli iscritti e, dunque, non è portatore di alcun interesse ad agire/resistere in giudizio.

A pag. 8), si parla, infatti, di “alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'ordine locale che differenzia nettamente l'assetto attuale da quello della vecchia disciplina dell'ordinamento”

2) Cons. Stato, Sez. III, 30.10.2017 n. 5004

Questa decisione, invece, scaturisce da un diniego di accesso formulato dal CDD ed impugnato dall'esponente/istante davanti al TAR; quello di interessante che emerge dalla decisione è relativo alla (così definita) “identità soggettiva dei due organismi COA e CDD”; secondo il Giudice Amministrativo “la qualificazione del rapporto tra i due soggetti è certamente opinabile. L'art. 50 della legge 247/2012, nel disporre che presso ciascun Consiglio dell'Ordine distrettuale è istituito il Consiglio distrettuale di disciplina forense, farebbe propendere per la prima ipotesi, mentre Cass. n. 16993, affermando che avverso i provvedimenti del CDD è ammesso ricorso da parte del COA (ad apposita sezione disciplinare del CNF) sembra supportare la seconda ipotesi...”. Prosegue, poi, “...la doppia indicazione dei soggetti individuati come sostanziali legittimati passivi, coerentemente alla doppia autonoma notificazione del ricorso, conduce a ritenere che anche il CDD, sia pure in forma irrituale, sia stata individuata nel ricorso introduttivo come (possibile) Amministrazione resistente, in alternativa al COA. In altri termini, che il ricorrente, nel dubbio, abbia considerato sia la possibilità che il CDD costituisca organo del primo, sia che possa esservi una legittimazione distinta di CDD e COA. Ad avviso del Collegio, in tale situazione di oggettiva incertezza sulla legittimazione passiva, la duplice indicazione sottrae il ricorso ai rilievi di inammissibilità”.

3) Cass. Sez. Unite, 20.06.2023 n. 19103 (Pres. Travaglini, Rel. Iofrida)

Infine, la nota sentenza nr. 19103, che conferma alcuni passaggi che ho sopra evidenziato; vediamo insieme velocemente.

“Le funzioni esercitate in materia disciplinare dai Consigli degli ordini territoriali e il relativo procedimento, hanno natura amministrativa e non giurisdizionale; la funzione disciplinare che compete al COA è (era) manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'Ordine. Queste sezioni hanno affermato che anche l'organo distrettuale di disciplina ha una funzione sicuramente amministrativa, ma di natura giustiziale... È stato evidenziato come, con la Riforma forense, si sia accentuata la separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare”.

Ed ancora (pag. 12 e 13): “...provvedimenti disciplinari relativi agli avvocati che sono provvedimenti amministrativi e non pronunce giurisdizionali”.

Cosa emerge, in modo chiaro ed incontestabile, dal quadro di elementi/indici di cui sopra?

1) Che il CDD opera come organo amministrativo ed il procedimento disciplinare è un procedimento amministrativo *tout court*;

2) che il COA persegue interessi generali e diffusi, mentre il CDD esercita il solo potere disciplinare quale organo derivato dai COA del distretto;

3) che entrambi, nel giudizio instaurato *ex art.* 116 C.P.A. (Rito in materia di accesso ai documenti amministrativi) hanno legittimazione processuale passiva;

4) come corollario dei punti 1) e 3) e della normata natura del COA quale “ente pubblico non economico”, che ad entrambi si applica la legge 241/1990 e la normativa speciale in materia di accesso documentale (nella peculiare fattispecie del c.d. “accesso difensivo”).

Ma, quindi, al CDD si deve anche ritenere applicabile la normativa in materia di anticorruzione e trasparenza?

Mentre sono numerose e note le sentenze del Giudice Amministrativo chiamato a pronunciarsi sui dinieghi alle istanze di accesso documentale (anche di natura difensiva) presentate dagli esponenti, non si rinvergono, a contrario, pronunce in materia di accesso civico e/o accesso civico generalizzato ai sensi del combinato disposto di cui agli articoli 5 e 5 *bis* del D.Lgs. 33/2013.

Esiste un parere del Garante per la tutela dei dati personali (parere nr. 50 del 9 febbraio 2017) che si esprime negando la fondatezza dell'istanza, dato che un eventuale accesso avrebbe concretizzato il pregiudizio concreto al diritto alla protezione dei dati personali *ex art.* 5 – *bis* comma 2, lett. a) D.Lgs. 33/2013.

Andiamo ora a perlustrare il procedimento disciplinare come “procedimento amministrativo”.

È indubbio che ci troviamo all'interno del diritto amministrativo, con la sola differenza che la decisione del CDD non è atto/provvedimento impugnabile davanti alla Giurisdizione Amministrativa ma solo davanti al CNF (ecco la natura “giustiziale”).

Se compiamo l'esercizio teorico di sovrapporre il Reg. n. 2/2014 con la legge 241/1990, emerge in modo chiaro che i diritti (fasi) partecipativi del soggetto “interessato” siano ridondanti nel procedimento disciplinare.

Infatti, l'attinto dalla segnalazione può “partecipare al procedimento” per ben quattro volte; al ricevimento della comunicazione *ex art.* 11 Reg. 2/2014 (che potremmo chiamare “Comunicazione di avvio del procedimento *ex art.* 7 L. 241/90), alla comunicazione di apertura del procedimento disciplinare *ex art.* 15 Reg. 2/2014, alla comunicazione di approvazione del capo di incolpazione *ex art.* 17 Reg. 2/2014 e in sede dibattimentale.

All'interno della legge 241/1990 non sono previste tante finestre per l'interessato di partecipare/intervenire; è previsto, con clausola ampia, all'art. 9, che qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, ha facoltà di intervenire nel procedimento.

Si potrebbe obiettare che il procedimento disciplinare, proprio perché “investe” la vita professionale di un iscritto e tutto quello che può incidere sulla stessa, non può essere classificato come un mero procedimento con la previsione di fasi partecipative ma come un procedimento simil penale, all'interno del quale sono coinvolti diritti sensibili e primari, da difendere nel modo più ampio possibile.

In altre parole, l'autonomia della giustizia domestica e la sua

peculiarità quanto a “procedure di valutazione autonoma” consentono di rivendicare, in positivo, il diritto ad una autorganizzazione interna che impedisce l'ingresso automatico nel sub ordinamento professionale di istituti propri di altri ordinamenti, in specie di quello amministrativo.

Secondo il mio parere, poca importanza riveste, oggi, la necessità di qualificare il CDD come ente pubblico; questo riconoscimento avrebbe una logica nel momento in cui il CDD si “trasformasse” in organo specialistico, composto da componenti specializzati; in altre parole, se venisse professionalizzata l'attività/funzione di Consigliere Distrettuale, con riconoscimento della previa verifica delle competenze (tramite specifici corsi di specializzazione, riconoscimento almeno di una indennità di servizio, copertura assicurativa obbligatoria), allora si che avrebbe senso rendere gli stessi CDD autonomi sotto il profilo organizzativo ed operativo.

È altresì vero che, a legislazione invariata, finanziare adeguatamente, da parte dei COA, l'esercizio dell'attività del CDD è atto dovuto non negoziabile; non farlo potrebbe assurgere a condotta degna di commissariamento per mancato funzionamento *ex artt.* 33 e 35 lett. o) della L. n. 247/2012.

L'assenza di autonomia patrimoniale dei CDD non comporta, *ipso facto*, sudditanza rispetto ai COA, pur a fronte di legittime richieste provenienti dai Consigli Distrettuali. La rivalutazione del ruolo del CDD passa anche da questa assenza di subalternità. Non avere autonomia patrimoniale non comporta *ipso facto* sudditanza rispetto dei COA, pur a fronte delle legittime richieste del CDD: la rivalutazione del ruolo del CDD passa anche da questa assenza di subalternità.

Detto altrimenti: il COA non ha un ruolo preminente rispetto al CDD solo perché soggetto finanziatore del secondo posto che l'indebitamento dell'organo disciplinare comporta un'innammissibile indebolimento della funzione di giustizia deontologica. La gestione della casa comune dell'Avvocatura è interesse di tutti.

## 2. Sulla funzione disciplinare del CDD.

È oramai assodato che il CDD goda di un'unica funzione: esercitare, in via esclusiva, il potere disciplinare (combinato disposto di cui agli artt. 50, comma 1 e 51, comma 1 L.P.). Tale assunto si basa anche su una unanime giurisprudenza della Cassazione, del Giudice Amministrativo e del CNF, le cui sentenze si riportano, in via sintetica, qui di seguito.

1) Cass. Sez. Unite 20.06.2017 n. 16993 (Pres. Rordorf, Rel. Cirillo)

In alcuni passaggi di questa sentenza si entra nella interpretazione del rapporto tra COA e CDD; in particolare (pag. 6) si legge che “il CDD, quale organo distrettuale di disciplina, ha una funzione sicuramente amministrativa ma di natura “giustiziale”, anche se non giurisdizionale, caratterizzata da elementi di terzietà valorizzati sia dal peculiare sistema elettorale, sia dalle specifiche garanzie di incompatibilità, astensione e ricusazione. Il CDD, pena la perdita della sua terzietà, non può essere in lite con l'iscritto all'Ordine ma gli è devoluta dalla legge l'applicazione delle norme disciplinari al caso concreto e con imparzialità. Del resto il CDD, diversamente dal COA, non ha alcun autonomo potere di sorveglianza sugli iscritti e, dunque, non è portatore di alcun interesse ad agire/resistere in giudizio.

A pag. 8), si parla, infatti, di “alterità organica tra il CDD, detentore del potere disciplinare e il COA, portatore dell'interesse collettivo dell'ordine locale che differenzia nettamente l'assetto attuale da quello della vecchia disciplina dell'ordinamento”.

2) Cass. Sez. Unite, 20.06.2023 n. 19103 (Pres. Travaglino, Rel. Iofrida)

La sentenza nr. 19103 conferma alcuni passaggi che ho sopra evidenziato:

“Le funzioni esercitate in materia disciplinare dai Consigli degli ordini territoriali, e il relativo procedimento, hanno natura amministrativa e non giurisdizionale; la funzione disciplinare che compete al COA è (era) manifestazione di un potere amministrativo attribuito dalla legge per l'attuazione del rapporto che si instaura con l'appartenenza all'Ordine. Queste sezioni hanno affermato che anche l'organo distrettuale di disciplina ha una funzione sicuramente amministrativa, ma di natura giustiziale... .. È stato evidenziato come, con la Riforma forense, si sia accentuata la separazione tra il COA, quale organo di vigilanza deontologica e di esecuzione delle sanzioni e il CDD, quale organo titolare del potere disciplinare”.

Ed ancora (pag. 12 e 13): “...provvedimenti disciplinari relativi agli avvocati che sono provvedimenti amministrativi e non pronunce giurisdizionali”.

Ciò detto, il COA può conoscere margini, anche minimi, di esame/valutazione di una “notizia” su fatti deontologicamente rilevanti?

Il dettato normativo lo esclude in modo perentorio: art. 50 (Consiglio Distrettuale di Disciplina) comma 4, L.P. “...e quindi trasmettere immediatamente gli atti al CDD...”; art. 11 REG. 2/2014 (Notizia dell'illecito disciplinare): “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 comunicazione all'iscritto....

b) trasmette gli atti al CDD competente unitamente ad una scheda riassuntiva dei provvedimenti disciplinari a carico dell'iscritto. Quindi, non pare essere presente alcuna discrezionalità, seppur minima, in capo al COA nel momento in cui riceve un esposto/segnalazione/notizia di fatti suscettibili di valutazione disciplinare e/o acquisisce in via diretta; il C.N.F., con la propria nota del 25 gennaio 2021 indirizzata al COA di Roma, è categorico nell'affermare che “nel sistema delineato dalla legge, al COA è precluso il potere di influenzare l'evoluzione del procedimento sia sotto il profilo temporale sia nel merito ciò comporta che in nessun momento, e per nessun tipo di provvedimento, il COA, essendo privo di potere discrezionale, possa influire sullo svolgimento della procedura disciplinare”.

Le locuzioni varie e l'aggettivazione della norma rendono del tutto pretestuose le interpretazioni intese a salvare una “quota” di potere disciplinare in capo al COA.

Ne sono segno inequivocabile il “deve” che regge il “trasmettere al CDD”, l'avverbio “immediatamente”, il “competente in via esclusiva per ogni ulteriore...” ove “l'ulteriore” segna il momento di inizio del procedimento disciplinare che si apre proprio quando “il fascicolo” sia uscito dalla disponibilità del COA che, nella fase della prima segnalazione, ha un solo dovere di custodia documentale.

D'altronde il verbo utilizzato dal primo comma dell'art. 50 L. 247/2012 “appartenere” riferito al “potere... disciplinare” avrebbe di per sé inibito (cfr. Costituzione: la sovranità appartiene al popolo) ogni discussione: legittimato all'esercizio di un diritto (per fare un paragone di natura civilistica) è chi ne sia titolare e abbia un interesse: quello del CDD è di tutelare l'immagine della categoria o dichiarando non luogo a provvedere o sanzionando. Perché l'immagine della categoria si tutela in entrambe le ipotesi: nella prima perché si assolve chi sia accusato infondatamente e nella seconda perché sanzionando per la sussistenza dell'illecito ci si mostra degni “dell'autodichia disciplinare” e cioè della giustizia domestica. In questo modo, si garantisce la collettività e cioè il corpo so-

ziale che ha diritto di pretenderlo, che la categoria è in grado di controllare i propri iscritti nell'interesse della prima.

Nello stesso identico senso i noti pareri del C.N.F.:

1) parere 17 luglio 2015 n. 80 (Picchioni – COA Cagliari): si chiede se via sia la conservazione in capo al COA di un margine valutativo, seppur minimo e nei limiti che seguono....

Sul COA grava un mero onere di comunicazione e di trasmissione; altro principio la pacifica non negoziabilità dell'azione disciplinare.

2) Parere 22 giugno 2016 n. 72 (Baffa – COA Rieti): si chiede di conoscere se, nel caso in cui sia stato presentato attualmente un esposto nei confronti di un iscritto per il medesimo fatto per il quale il COA aveva emesso negli anni precedenti un provvedimento di archiviazione, debbano trovare comunque applicazione gli art. 50 comma 4 L.P. e art. 11 REG. 2/2014...

3) Parere 4 febbraio 2022 n. 2 (COA Siracusa): formula quesiti in merito alla sussistenza in capo al COA – in caso di ricezione di un esposto riguardante Consiglieri dell'Ordine – di un potere di indagine sulla richiesta, formulata dall'esponente, relativa alla ricerca di analoga responsabilità a carico di altri consiglieri dell'Ordine.

All'interno del quadro normativo di settore, cioè nella Legge Professionale, esiste però una "alternativa" più che una deroga, che consente al COA di entrare nel merito di fatti suscettibili di valutazione disciplinare, senza incorrere nella violazione della precisa separazione di funzioni sopra delineata? Pongo alla Vostra attenzione la presente norma: art. 29, comma 1, lettera o) Legge Professionale, che così recita: *"Il Consiglio interviene, su richiesta anche di una sola delle parti, nelle contestazioni insorte tra gli iscritti o tra costoro ed i clienti in dipendenza dell'esercizio della professione, adoperandosi per comporre; ..."*.

Come interpretiamo tale disposizione nell'ambito della c.d. separazione di funzioni tra COA e CDD in materia disciplinare?

Se la esaminiamo in modo sistematico, tale disposizione rientra all'interno dei compiti e delle prerogative istituzionali del Consiglio Circondariale, che difficilmente possono essere compressi e/o limitati se non in modo espresso e con norma speciale; ma è evidente che è necessario operare uno sforzo interpretativo per capire se l'uso di questa procedura possa o meno essere considerata "alternativa" (ma non sostitutiva) per la gestione di una contestazione che si basi anche su fatti rilevanti dal punto di vista deontologico.

E se così opinando non si vada ad eludere la rigorosa separazione di funzioni sopra rimarcata.

Personalmente, ritengo che se giungesse al COA una richiesta che porti l'instestazione precisa della procedura conciliativa, chiedendo di attivarla (cioè attivare un tentativo di conciliazione), il COA detenga il potere di esaminarla e, solo dopo avere verificato la natura dei fatti, si trovi nella condizione di decidere la relativa gestione procedimentale (incamerarla per competenza oppure inviarla come esposto/segnalazione al CDD).

È ipotizzabile che il potere esercitato dal COA nell'ambito del citato art. 29, comma 1, lettera o) pur non avendo *"natura disciplinare"* o meglio, *"non possa conoscere fatti suscettibili di valutazione disciplinare"* assuma una veste concorrente a quella del CDD, con il quale non coincide potendo comporre ciò che la normativa consente, cioè i diritti-doveri negoziabili. Nessuna delle due prerogative può sovrapporsi all'altra perché la funzione disciplinare non è negoziabile e tanto meno disponibile mentre lo è la composizione di una contestazione tra iscritti o tra Clienti ed iscritti.

Il confine, però, va detto con chiarezza, è assai ridotto e può portare a "sconfinamenti di funzioni" difficilmente individuabili in via preventiva e comunque non consentite e nemmeno ampliabili.

### 3. Sulle eccezioni al divieto di cancellazione dall'Albo in pendenza di procedimento disciplinare.

Un secondo filone sostanziale che ha visto e vede tuttora in esame i rapporti di funzioni tra COA e CDD, seppur con ruoli assolutamente diversi rispetto alla materia disciplinare, è quello riguardante il divieto di cui al combinato disposto degli articoli 17, comma 16 e 57 della L.P. (*"Durante lo svolgimento del procedimento, dal giorno dell'invio degli atti al CDD non può essere deliberata la cancellazione dall'albo"*). In tale ambito, infatti, il CDD svolge un ruolo che potremmo definire "passivo", dato che non si pone in potenziale "posizione dialettica" con il COA dell'iscritto attinto dalla segnalazione, richiedente la cancellazione.

I pareri e le sentenze del C.N.F. hanno esaminato diverse fattispecie:

1) Parere n. 70/2017 (rel. Picchioni) e Sentenza nr. 207/2019: CDD Milano sulla esatta interpretazione del termine del procedimento di cui agli artt. 17, comma 16, 57 e 58 della L.P. (inequivoca interpretazione di cui al citato articolo 57: cioè dal giorno dell'invio degli atti al CDD e non dall'apertura del procedimento disciplinare, che non consente interpretazioni volte a collocare in diverso ambito temporale l'insorgere di tale divieto di cancellazione);

2) Parere nr. 10/2019 (rel. Salazar): quesito COA Benevento sulla richiesta di cancellazione in pendenza di procedimento disciplinare motivata dal pensionamento (ammessa la cancellazione per tutela del diritto alla pensione di anzianità, perché prevalente in forza dell'art. 38 della Costituzione rispetto alla norma dell'ordinamento professionale);

3) Sentenza nr. 193/2019 (rel. Di Campi) e Sentenza nr. 164/2020 (rel. Graverini): *"sussistono eccezioni al divieto di cancellazione, quali la mancanza originaria o sopravvenuta dei requisiti previsti per ottenere e mantenere l'iscrizione all'albo, ovvero qualora vengano in rilievo valori o interessi di primaria importanza dal punto di vista costituzionale quali il diritto al lavoro o il diritto alla tutela di concorrenti diritti fondamentali"*; *"il divieto in parola non trova tuttavia applicazione: nelle ipotesi di sopravvenuta incompatibilità professionale ovvero perdita dei requisiti di legge necessari per l'iscrizione (art. 17, commi 1 e 2), nonché nelle ipotesi di esercizio da parte dell'Ordine del poterdovere di annullamento d'ufficio dell'iscrizione stessa per mancanza ad origine di uno dei requisiti de quibus (art. 17, comma 12 L.P.)"*;

4) Sentenza nr. 182/2022 (rel. Berti Arnoaldi Veli): richiesta di cancellazione per sopravvenuta incompatibilità a seguito di concorso presso P.A. e conseguente assunzione in veste di dipendente (prevalle la norma sulla incompatibilità ex art. 18, lettera d) rispetto al divieto di cui all'art. 57 L.P.).

La citata sentenza merita ulteriore riflessione per altri aspetti di natura sostanziale: la cancellazione è avvenuta nelle more della impugnazione davanti al CNF di una sanzione disciplinare (avvertimento); l'appellante, nelle proprie difese, riferendosi alla intervenuta cancellazione, ha chiesto di deliberare la intervenuta cessazione della materia del contendere e la conseguente *"estinzione e perdita di efficacia della sanzione non definitiva comminata dal CDD"*.

Tale conclusione, del tutto correttamente, è stata ritenuta irricevibile *"in quanto l'estinzione del giudizio di impugnazione proposto avverso un provvedimento amministrativo - quale è*

quello pronunciato dal CDD – comporta la stabilizzazione dello stesso. La sanzione disciplinare diventa, dunque, definitiva sia pur non eseguibile, non risultando l'incolpato più iscritto all'albo. Ciò in quanto, a differenza della radiazione che – una volta comminata – impone condizioni particolari per la reinscrizione o anche della irrogazione della sospensione (e/o dal tempo trascorso della stessa), cui conseguono effetti in ordine a talune possibilità dell'Avvocato (quali, ad esempio, l'iscrizione all'elenco degli Avvocati per il patrocinio a spese dello stato o a quello dei difensori d'ufficio), l'avvertimento – sanzione non ablativa per casi “meno gravi” – rimane del tutto privo di conseguenze nel caso di eventuale futura reinscrizione.

5) Sentenza nr. 23/2023 (rel. Scarano): richiesta di cancellazione a causa della impossibilità assoluta di svolgere attività lavorativa comprovata da certificazione medica attestante una patologia cardiaca incompatibile con qualsiasi attività atta a determinare situazioni di stress emotivo o fisico (il richiedente ha dimostrato le sue condizioni di salute e il diritto ad usufruire di trattamenti previdenziali ed assistenziali);

6) Sentenza nr. 50/2023 (rel. Scarano): impugnata cancellazione d'ufficio operata dal COA di competenza; nella presente fattispecie il CNF ha ritenuto che l'iscritto, condannato in via definitiva per i reati di cui agli artt. 372 c.p. (falsa testimonianza) e 51, comma 3 bis, c.p. (associazione stampo mafioso, sequestro di persona, immigrazione clandestina, ecc.), abbia perso i requisiti di iscrizione ex art. 17, comma 1 e 2 L.P.

#### 4. Conclusioni prospettiche.

Le tematiche di cui sopra, lette nella loro completezza e nell'ottica di accelerare/semplificare il procedimento disciplinare, offrono alcuni spunti, peraltro oggetto anche di alcune mozioni presentate all'ultimo Congresso Straordinario che, fra le altre mozioni, ha istituito il c.d. “Tavolo dell'Avvocatura”. Prima di tutto, la prospettabile “devoluzione al COA, con competenza esclusiva, degli illeciti disciplinari che possono essere “esaminati” e, se del caso, “sanzionati” solamente e più efficacemente in via amministrativa ai sensi del vigente D.M. 25 febbraio 2026 n. 47”.

Tra questi, possono sicuramente rientrare le condotte inerenti il mancato raggiungimento degli obblighi formativi e l'invio del MOD 5 Cassa Forense.

Infatti, l'adempimento formativo rientra tra i requisiti al fine di verificare l'esercizio, in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione [art. 2, comma 2, lettera e)] mentre il mancato invio del MOD. 5 è comunque espressione della attività amministrativa inerente l'esercizio della professione.

È indubbio che l'attuale sovrapposizione di procedure e sanzioni (sospensione amministrativa e sanzione disciplinare) nuoce ai principi di efficacia e buon andamento della Pubblica Amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione; principi

costituzionali sicuramente applicabili anche al procedimento disciplinare.

Lo stesso dicasi per la procedura di cui all'art. 29, comma 1, lettera o); l'utilizzo ragionato di questo strumento, per come sopra ho argomentato, può consentire una ulteriore accelerazione/semplificazione della funzione amministrativa disciplinare, senza che ciò venga visto come uno “sconfinamento” di funzioni esclusive.

Assodata la necessità di semplificare il procedimento disciplinare, eliminando almeno una memoria tra quelle previste a favore dell'iscritto attinto dalla segnalazione nonché riducendo la composizione della sezione dibattimentale da 5 (cinque) a 3 (tre) membri (ma anche questa proposta giace da tempo in Parlamento), rimanendo sulla scorta della c.d. “natura amministrativa del procedimento disciplinare”, si potrebbe valutare di intervenire sotto due aspetti: 1) regolamentare il procedimento e le sue fasi con l'indicazione di termini perentori per la conclusione dell'attività del Consigliere istruttore sia nella fase ex art. 15 sia nella fase ex art. 17 Reg. n. 2/2014 e lo stesso dicasi per l'approvazione del capo di incolpazione ex artt. 16 nonché per gli incombenti ex art. 18; 2) rendere la decisione del CDD immediatamente esecutiva (come tutti gli atti amministrativi) con facoltà, in sede di impugnazione davanti al C.N.F., di chiedere la sospensione in via cautelare, anche *ante causam* (come avviene nel processo amministrativo con il Decreto Presidenziale ex art. 56 C.P.A.). Il tempo trascorso e le esperienze sul campo rendono ineludibili e urgenti interventi rapidi sul procedimento disciplinare. Il tempo rapido per la definizione del procedimento è l'indicatore essenziale per valutare l'efficacia dell'azione disciplinare e la conseguente “buona amministrazione della giustizia domestica”. L'esponente, sia il cittadino sia l'iscritto, non può attendere il tempo ora necessario per vedere definito il proprio esposto. L'obiettivo è quello di rendere la “giustizia domestica” qualificata e rapida, per intuitive ragioni di equilibrio e imparzialità, eliminando, anzi sradicando, l'idea che la stessa sia protettiva della categoria.

Il TAR Lazio, in una recente sentenza (sez. Prima, nr. 3669/2024) ha così statuito: “*Costituisce, inoltre, affermazione costante della giurisprudenza quella secondo cui ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost.*; le regole di funzionamento del nostro ordinamento, comprese quelle in materia disciplinare, “sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto....”.

Non possiamo non avere a mente che l'immagine di una Avvocatura seria, competente ed efficace passa, necessariamente e sempre di più, dal rispetto delle regole deontologiche ed anche dall'efficacia, imparzialità e trasparenza del procedimento che quel rispetto assicura.