

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VI NUMERO 2
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



EDITORIALE
Ricordiamoci di essere Avvocati

VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA
La riforma
dell'Ordinamento Forense.
Intervista a Silverio Sica

HISTORIA ET ANTIQUITATES
Il "codice d'onore"
della Camorra

Nuovi documenti sui
restauri ottocenteschi
nel Battistero
di Santa Maria Maggiore

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Circolare del Presidente
del Consiglio Nazionale Forense
sulla disciplina dei crediti formativi

**Periodico Trimestrale
dell'Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore**

Registrazione presso il Tribunale
di Nocera Inferiore
n. 184 del 23.02.2004

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Angela Abrunzo

Silvio Calabrese

Angela Cisale

Maria Coppola

Gianluigi Diodato

Ornella Famiglietti

Gianluca Granato

Marco Mainardi

Olindo Lanzara

Piervincenzo Pacileo

Vincenzo Vanacore

Alessandro Vella

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Luca Bottone

Claudia Catapano

Alba De Felice

Francesca Del Grosso

Renato Diodato

Monica Laudisio

Gianluca Santangelo

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

Il materiale per la pubblicazione,
che dovrà essere inviato su supporto magnetico
formato Word, non sarà restituito

In copertina:

*Ektyos, Museo Archeologico Provinciale
dell'Agro Nocerino, Nocera Inferiore*

Foto di Giuseppe Buongiorno
e Giovanni Ferrentino

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2009 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2009 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA IUSTITIAE
ANNO VI • NUMERO 2

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Francesca Del Grosso</i> L'affidamento del bene sequestrato penalmente a terzi: indebito prolungamento della custodia e tutela degli interessi erariali	26	
<i>Aniello Cosimato</i> Nuovi progetti	5	<i>Ornella Famiglietti</i> Art. 600 bis c.p. primo e secondo comma, i problemi definitivi del reato di "prostituzione minorile"	28	
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA				
<i>la redazione</i> La riforma dell'Ordinamento Forense. La voce di Silverio Sica, componente del C.N.F. per il distretto di Salerno				6
GIURISPRUDENZA				
<i>Luca Bottone</i> Brevi considerazioni in materia di ritardo nel trasporto ferroviario di persone, contenuto della prova liberatoria a carico del vettore e danno non patrimoniale	10	<i>Monica Laudisio</i> Istituti fiduciari e diritto canonico <i>seconda parte</i>	33	
<i>Claudia Catapano</i> Effetti della revisione delle tabelle millesimali con provvedimento giudiziale	13	<i>Olindo Lanzara</i> L'avvocato del minore	36	
<i>Angela Cisale</i> Contraffazione o imitazione?	14	HISTORIA ET ANTIQUITATES		
<i>Maria Coppola</i> Nessun indennizzo nei casi di revoca del bando di gara prima dell'aggiudicazione	17	<i>Gianluca Granato</i> Lo statuto della Garduña rielaborato dalla Camorra in 26 articoli datati 12 settembre 1842	39	
<i>Alba De Felice</i> L'adozione speciale ex artt. 44 e ss. Legge 184/83 ovvero adozione mite. Il rifiuto di assenso ex art. 46	19	<i>Gianluca Santangelo</i> Nuovi documenti per la storia dei restauri ottocenteschi nel Battistero di Santa Maria Maggiore	41	
<i>Vincenzo Vanacore</i> Impugnabili anche le decisioni endoprocessuali di apertura del procedimento disciplinare: secondo la Cassazione "è questo il prezzo della legalità". Osservazioni a Cass. Ss.Uu. Civ., 11.11-15.12.2008, n. 29294	24	SOTTO LALENTE <i>a cura di Renato Diodato</i> Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione	45	
DOTTRINA		NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Circolare del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, n. 12-C/2009 del 10 aprile 2009, sulla disciplina transitoria da applicare in materia di riconoscimento dei crediti formativi	46	
<i>Angela Abrunzo</i> Il procedimento di diniego di rinnovo alla prima scadenza del contratto di locazione: ambito applicativo e presupposti. Differenze con il procedimento di convalida di licenza ovvero di sfratto per finita locazione	25	Il processo civile telematico operativo per gli avvocati nocerini	46	
		Internet wi-fi presso gli uffici del Giudice di Pace	48	
		Statistiche iscritti	48	



Editoriale di Luigi Ciancio

Ricordiamoci di essere Avvocati!

Ci è capitato di leggere, su un quotidiano, di una truffa perpetrata in danno di un anziano da parte di un manigoldo che, presentandosi sotto le false spoglie di avvocato, gli ha sottratto una bella sommetta.

Il farabutto, facendo credere di dover consegnare al figlio dell'anziano un assegno per una vertenza definita, ha chiesto ed incassato la sua parcella lasciando un semplice pezzo di carta in una busta aperta solo successivamente dal truffato.

Questa truffa che, all'apparenza, è simile a tante altre non può, invece, lasciarci indifferenti né passare inosservata. Sembra far ritornare alla mente il vecchio ed infamante luogo comune che da sempre, soprattutto fra gli incolti ma non solo, accomuna la figura dell'avvocato a quella del faccendiere e dell'imbroglione.

Perché una cosa va detta: la nostra professione è stata sempre ammantata da un clima di diffidenza che rende estremamente difficile i rapporti con gli altri.

Coi clienti ancor di più, quasi che tutti i problemi del sistema giudiziario venissero causati dagli avvocati. Tutto è colpa dell'avvocato: un lungo rinvio di una causa (come se non fosse diventata una necessaria consuetudine), una sentenza negativa, un ritardato provvedimento.

Una giusta parcella, poi, diviene quasi una ... estorsione.

A fronte di queste malevoli prevenzioni, si registra purtroppo il proliferare dei mestieranti ed il rampantismo e l'arrivismo sembrano dover prevalere sulle illuminate ed antiche virtù dell'Avvocatura.

"Sembrano", perché, alla fine, in questa diffusa ma falsa rappresentazione dell'Avvocatura, emerge la figura di chi interpreta l'attività professionale con perseverante serietà, bandendo le approssimazioni ed ancor più quelli che tendono a mortificare il nostro "mestiere".

Basterebbe ricordare gli insegnamenti dei nostri vecchi Maestri che, oltre ad esserli di diritto, lo sono stati di vita.

Insegnamenti che trovano riscontro oggettivo nell'attualità.

Sicché, se ci si ricorda che l'avvocato onesto ha il dovere di esaminare con serenità il caso che gli viene prospettato dal cliente e, senza badare a futuri profitti, lo convince a non intraprendere una lite già compromessa, non si fa altro che il proprio dovere.

Parimenti non può dimenticarsi che la difesa del cliente deve essere impegnata ed accorta, sia che la causa sia per poche che per molte centinaia di euro: è in gioco, infatti, non il valore della vertenza ma l'onore del patrocinatore.

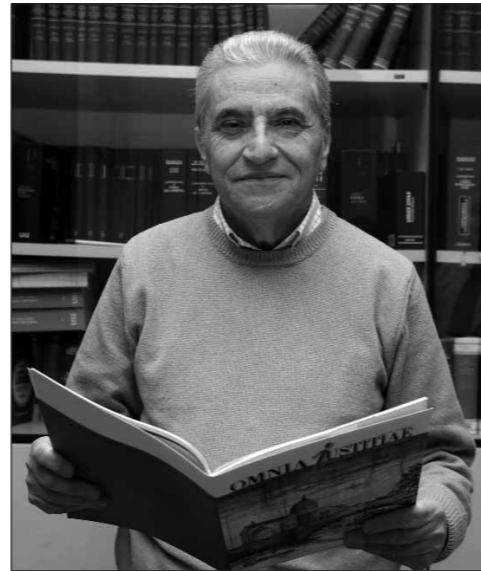
E così, si potrebbe continuare all'infinito.

Sforziamoci di applicare quotidianamente questi insegnamenti frequentando assiduamente le aule giudiziarie: è in queste che si riscontrano le reali capacità di apprendimento, si apprezzano i primi successi, si piangono le prime delusioni, si decide di continuare o di smettere questa professione, antica quanto complessa.

Solo se consideriamo la nostra una missione umana e sociale saremo giustamente valutati dalla pubblica opinione.

Non dimentichiamo di essere Avvocati. Con la A maiuscola.

Si comunica ai gentili lettori che nel precedente numero della rivista, nella rubrica "Dottrina" l'articolo "Accesso ai documenti e legge sulla privacy; incontro/scontro tra principio di trasparenza amministrativa e diritto alla riservatezza" a firma dei colleghi Antonella Ciancio e Alessandro Vella, deve intendersi esclusivamente a firma di Antonella Ciancio.



Ai Colleghi dal Presidente

Caro Collega,

ti comunico che il Consiglio dell'Ordine ha intrapreso, presso la nuova sede degli uffici del Giudice di Pace, importanti iniziative che hanno portato alla realizzazione dei seguenti progetti:

SPORTELLO INFORMATIVO GIUDICE DI PACE/SALA COMPUTER

ubicato al piano terra, lato destro, adiacenze aula udienza penale

L'avvocato potrà:

- reperire tutte le informazioni relative ai propri fascicoli (dall'anno 2008);
- utilizzare due postazioni informatiche (P.C. serie HP), dotate di accessi USB, con il software di scrittura di OPENOFFICE ed accesso internet in Wi-Fi illimitato e gratuito;
- utilizzare il servizio fotocopie e stampa al costo agevolato di € 0,05 per copia;
- richiedere la stampa della nota di iscrizione a ruolo con codice a barre al costo convenzionato di €1,00;
- richiedere copia delle sentenze del Giudice di Pace.

Lo sportello ospita anche un servizio notifiche convenzionato per gli iscritti del Foro di Nocera Inferiore.

Gli interessati all'utilizzo di internet, tramite propri strumenti (palmari, p.c. portatili...) e/o i due persona computer disponibili, possono richiedere alla segreteria dell'Ordine le credenziali di accesso ed ottenere le necessarie informazioni per l'attivazione del servizio.

SALA AVVOCATI

ubicata al piano terra, lato destra, di fronte la "sala ristoro" del bar

Il Consiglio ha attrezzato la sala con:

- n. 3 tavoli
- n. 28 sedie colore nero
- n. 2 appendi abiti
- n. 2 cestini

Ti informo, altresì, che il Consiglio dell'Ordine si è attivato affinché la Cancelleria civile del Giudice di Pace di Nocera Inferiore sia accessibile on line con le modalità (polisweb avvocati - accesso alle cancellerie) e i mezzi (vedi smart card e/o business key) già in uso presso il nostro Foro dal 2005.

Ti segnalo, infine, che è possibile utilizzare le funzioni del processo civile telematico attivate su diversi Tribunali nazionali (per verificare su quali è attivo occorre accedere al sito www.processotelematico.giustizia.it). L'iscritto, pertanto, munito di software (redattore atti), potrà inviare atti e documenti alle Cancellerie direttamente dal proprio studio e ricevere il biglietto relativo al deposito nonché il numero di ruolo della procedura.

Ti saluto cordialmente.



Aniello Cosimato

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

La riforma dell'Ordinamento Forense. La voce di Silverio Sica, componente del C.N.F. per il distretto di Salerno.

La riforma dell'Ordinamento Forense è da sempre motivo di confronto ma anche di scontro tra le varie anime dell'Avvocatura. In questi giorni forte è il dibattito sulla bozza licenziata dal C.N.F., dibattito al quale speriamo di contribuire ospitando la voce del componente del Consiglio Nazionale Forense per il distretto di Salerno, avvocato Silverio Sica.

In data 27.02.2009 il Consiglio Nazionale Forense ha approvato la proposta di riforma dell'ordinamento forense; quali i motivi che hanno "spinto" alla riforma?

La riforma dell'ordinamento è ineludibile: le norme che attualmente regolano la nostra professione hanno oltre mezzo secolo e appartengono, dunque, a un'altra epoca, a un'altra cultura.

Vi è bisogno di un insieme organico di norme che siano in grado di recepire il cambiamento, le nuove esigenze, gli aspetti di modernità senza snaturare, ovviamente, quelli antichi e che costituiscono la peculiare essenza dell'esercizio dell'avvocatura.

La proposta unitaria è stata voluta fortemente dal C.N.F. in un momento storico particolare: l'OUA, accusato di scarsa capacità di incidere, ha attraversato una stagione difficile (da cui appena comincia ad uscire) ed il C.N.F. ha avvertito la necessità di una guida forte ed istituzionale per un tema fondamentale per molte generazioni future di avvocati.

Di qui il ruolo svolto dal C.N.F. nel tentativo di raccordare e portare ad unità le diverse "anime" dell'Avvocatura.

Ma, è evidente, l'unità non si consegue se non a prezzo di compromessi, di cedimenti ovvero di piccole "fughe in avanti".

Ciò perché l'Avvocatura italiana non è una categoria omogenea: essa ha molti volti, molte differenze anche sostanziali, interessi diversificati, culture non facilmente assimilabili fra loro.

Geografia, realtà sociali e materie trattate concorrono a formare un mosaico di spinte diverse e spesso confliggenti.

Tutti, però, sono, oggi, d'accordo nella necessità



della riforma: il C.N.F. ha "approfittato" di questa esigenza comune per mettere insieme una proposta di "compromesso", anche lasciando, è ovvio, una scia di scontento.

La proposta di riforma, così come approvata, ha creato non poche reazioni da parte dell'Avvocatura italiana.

Cosa ne pensa del contenuto dell'art. 33, rubricato "compiti e prerogative del Consiglio Nazionale Forense", anche in relazione al fatto che il C.N.F. è un organo eletto in modo non proporzionale? Ritieni che i poteri che il C.N.F. si è attribuito rischiano di svuotare di qualsiasi funzione i C.O.A. nazionali, creando un sistema di tipo gerarchico?

Come ho detto, non era possibile accogliere le istanze di tutti nella loro interezza: era necessario un compromesso.

Io stesso "subisco" non pochi aspetti di questa riforma in equilibrio tra conservazione e modernità.

Purtroppo, so ed ho preso atto che le spinte conservatrici - e se si vuole reazionarie - sono molto forti all'interno dell'Avvocatura.

E, perfino, dominanti.

Quanto al C.N.F.: l'idea di un "centralismo" capace di "armonizzare" le varie componenti dell'Avvocatura italiana è più adatta a governare il cambiamento.

La realtà è quella che dicevo: cento, mille "anime" ed interessi diversi e, se non vi è un polso fermo a guidare, si torna all'ingovernabilità di una categoria allo sbando.

Quanto alla rappresentatività del C.N.F., devo dire che la critica è vera solo in parte.

I singoli Consigli conservano ampi spazi di autonomia, ma avere un "sistema" di riferimento nazionale rafforza, e molto, le realtà locali.

Ho sempre pensato che le "battaglie" condotte da Fori isolati siano perdenti, come dimostra la storia più o meno recente.

Concepire i singoli Consigli come piccole repubbliche indipendenti è una visione conservatrice ed ormai superata.

Il C.N.F. ha reso obbligatoria la formazione continua (art. 10) per gli avvocati ed i praticanti, stabilendo modalità e condizioni uguali per tutti.

È giusto avere un regolamento uguale per tutto il territorio nazionale, ignorando così completamente le realtà e le esigenze dei singoli Fori?

La formazione obbligatoria muove appena i primi passi: contestata o enfatizzata, non ha trovato ancora un punto di giusto equilibrio.

Anzi, già mostra delle crepe vistose soprattutto per i Fori di "grandi numeri": problemi logistico-organizzativi, i sistemi di controllo... ma, anche la qualità, l'efficacia...

Credo, per esempio, sia superato il sistema delle conferenze ed occorre, invece, maggiore interazione tra relatore e pubblico.

Il futuro sarà probabilmente dominato dall'aggiornamento *e-learning* e, proprio per questo, ritengo ancora di più indispensabile la fissazione dei criteri e delle procedure a livello centrale, lasciando, poi, ai singoli Fori la costruzione del proprio percorso formativo.

Gli artt. 50 e ss. modificano i procedimenti disciplinari. Il C.N.F., svuotando i compiti oggi affidati ai singoli C.O.A., ha istituito un organo istruttore, i cc.dd. consigli istruttori nominati a livello distrettuale, affidando la funzione giudicante ai collegi giudicanti, organi composti da avvocati provenienti sia dagli Ordini del distretto che dall'Ordine di appartenenza dell'avvocato sottoposto a procedimento.

Al C.N.F., stante il dettato dell'art. 57, resta

confermato il ruolo di organo di secondo grado. Cosa ne pensa dell'art. 50? Rispicchia esigenze di celerità ed imparzialità?

Come conciliare le funzioni giurisdizionali del C.N.F. con i poteri ispettivi che lo stesso si è avvocato (art. 63) sui consigli istruttori?

Tema "sensibile", quello disciplinare: le accuse di essere corporazione che si auto-difende (simili a quelle rivolte al C.S.M.) sono molte e diffuse.

Ed, in parte, giustificate.

A fronte di molti Consigli che esercitano prontamente (ed anche con la massima severità) la funzione disciplinare, molti altri "languono"...

Le nuove norme si muovono in più direzioni: differenziare Giudice ed istruttore, rendere sempre più "terzo" il Giudice (anche rispetto al rapporto di appartenenza allo stesso Foro), e svincolandolo, poi, da sospetti di interesse elettorale, etc. etc.

Quanto alla celerità, poi, ritengo che essa non possa mai essere un obiettivo prioritario; come per il processo penale, contano l'efficienza, contano le garanzie, il rispetto delle regole...

Infine, quanto ai poteri ispettivi del C.N.F., ritengo non possa essere consentita un'anarchia organizzativa o peggio...

A chiedercelo è anche l'intera collettività.

Inoltre, per come previsto nella norma, il C.N.F. conserva, rispetto ai poteri ispettivi, un distacco ed una sufficiente terzietà.

Con l'art. 45 il C.N.F. obbliga il neo-laureato a sostenere una preselezione informatica per potersi iscrivere all'albo dei praticanti.

Di peggio vi è che, per poter accedere all'esame di abilitazione, occorre superare un'altra preselezione.

Il C.N.F. con questa scelta, allungando i tempi di iscrizione all'albo, rischia di consentire l'accesso alla professione solo a giovani che hanno una famiglia che economicamente li può sostenere.

Cosa ne pensa?

Non sarebbe preferibile lasciare all'università tutte queste preselezioni?

Perché il C.S.M. ha eliminato le prove preselettive per il concorso in magistratura ed il C.N.F. le ha introdotte?

Non crede che sia il mercato a dover determinare chi debba fare l'avvocato?

La proposta di riforma in materia di accesso è indubbiamente vecchia e insoddisfacente.

Aggiungo che essa è inutile per fermare "l'assalto agli albi". Occorre un'idea nuova e rivoluzionaria che guardasse prevalentemente e concretamente alla pratica svolta.

Per esempio: commissioni interdistrettuali permanenti anche con membri esterni, sedute con non più di dieci/venti candidati di volta in volta. Ovviamente, esami scritti ed orali, ma incentrati anche e soprattutto sulle questioni affrontate nel corso della pratica.

Purtroppo, è prevalsa una visione più corporativa ed antiquata.

Il risultato è un sistema di sbarramenti progressivi che si riveleranno inefficaci, perché anche l'Avvocatura è un'area di parcheggio per disoccupati laureati: si prova e si riprova in attesa di qualcosa di meglio o di diverso...

Sono d'accordo, poi, che la preselezione andrebbe effettuata già in sede universitaria, attraverso corsi ed esami mirati.

Purtroppo, però, il livello puramente teorico dei nostri studi giuridici è uno dei più grandi limiti non solo dell'università stessa, ma anche di tutta la nostra cultura giuridica e giudiziaria.

Infine, il mercato di certo è quello che fa la selezione reale, ma, allo stesso tempo, non mi sembra responsabile per la categoria - in considerazione della elevata funzione sociale della professione di avvocato - immettere sul mercato professionisti non adeguatamente preparati.

L'incongruenza è che anche oggi avviene solo una verifica teorica (peraltro approssimativa) e sul mercato "gira di tutto".

Sicché, nel progettare la riforma "dell'accesso" occorre puntare sulla verifica - in sede di esame - della pratica svolta dal singolo candidato.

Ripeto, è prevalsa un'impostazione antiquata e corporativa e, purtroppo, a mio avviso, inefficace.

L'art. 8 "obbliga" gli avvocati che intendano diventare degli specialisti a seguire dei corsi di alta formazione (non meno di 400 ore di formazione in due anni). La frequenza di corsi obbligatori allontana gli avvocati dai Fori, luogo per eccellenza per la formazione pratica, e dall'attività di studio e di incontro con i propri clienti; è pensabile avere un avvocato specialista che si limiti ad apprendere da testi scolastici? Considerato che le lezioni nelle attuali Scuole di specializzazioni sono tenute da docenti universitari, che non praticano la professione forense, non crede che la norma, così

come prevista, rischia di formare degli specialisti-professori piuttosto che specialisti-avvocati?

Purtroppo, sono d'accordo. La specializzazione è un tema importantissimo per il futuro dell'Avvocatura, e soprattutto per i giovani: occorre una strutturazione completamente diversa.

Ero e sono dell'opinione che l'avvocato possa chiedere di essere inserito in un elenco di specialisti "dimostrando" la propria attività nel settore prevalente.

Riconosco altresì la necessità della preparazione teorica che poteva, però, essere inserita come obbligo di formazione preventiva al momento della richiesta di inserimento e, poi, come obbligo di aggiornamento periodico per mantenere l'iscrizione.

Il C.N.F. doveva riservarsi esclusivamente il regolamento per la dimostrazione dei requisiti per l'inserimento negli elenchi.

Anche qui non può che prendersi atto che è prevalso il modello "scolastico" dell'Avvocatura, del tutto inattuale.

Sono costretto a sottolineare, nuovamente, che il modello culturale prevalente all'interno del mondo giudiziario è quello di un sapere teorico e non pratico.

Tra le tante "novità", quella introdotta dall'art. 19 è forse la più criticata: per la prima volta si parla, infatti, di cancellazione dall'albo degli avvocati che non svolgono la professione "in modo effettivo e continuativo" e che non superano il "livello minimo di reddito". Non crede che questa norma possa danneggiare i giovani professionisti?

Anche questo è un problema antico: risale ad anni lontani della nostra professione, allorché l'avvocatura era la professione borghese e liberale per eccellenza.

L'esercizio dell'avvocatura era riservato - quasi uno sport - a chi per censo e prestigio già primeggiava nella società.

Col passare degli anni si è perso ogni connotato di quelle epoche lontane, fino ad arrivare al presente, dove, al contrario, si osserva un fenomeno di "proletarizzazione" della professione.

L'avvocatura da arte e sport nobile, a professione e mestiere.

E mentre prima l'iscrizione nell'albo era un titolo di prestigio e così, anche per un Foro, iscriversi personaggi importanti, era un onore (anche se di

fatto non esercitavano), oggi gli albi rigurgitano "di tutto". Anche chi fa altro, anche chi è incompatibile, anche chi non sa dov'è il Tribunale...

Una massa occulta che, però, "conta" al momento del voto e che spesso toglie lavoro a chi fa esclusivamente professione...

Ecco le ragioni di questa norma, che è frutto certamente di un animus corporativo, ma che può avere effetti benefici.

Soprattutto per i giovani: l'esercizio dell'Avvocatura non può che essere una scelta "a tempo pieno", unica, totalizzante.

Chi la fa, sarà più protetto da queste norme.

L'art. 26.3 stabilisce: "ciascun elettore può esprimere un numero di voti non superiore ai 2/3 dei consiglieri da eleggere, arrotondati per difetto". Perché si è sentito il bisogno di cambiare il sistema elettorale?

Perché il C.N.F., invece, non ha ritenuto necessario modificare il sistema elettorale con cui si eleggono i propri Consiglieri?

Il sistema elettorale "in uso" ha destato - negli anni - non pochi dubbi e perplessità.

La norma tende a risolvere uno degli aspetti più controversi: è necessario scrivere tanti nomi quanti sono i consiglieri da eleggere oppure si è liberi di votare solo i colleghi che si ritengono "degni" del proprio voto?

La norma risolve il problema, stabilendo che ogni elettore vota al massimo 2/3 dei consiglieri da eleggere.

Dopo la sua approvazione, la norma comporterà non pochi effetti sulle elezioni.

Sarebbe, qui, lungo anche solo sintetizzarli ma, di fatto, scomparirà per primo il fenomeno delle cc.dd. "liste bloccate".

Il sistema elettorale del C.N.F., poi, è, a suo modo, equilibrato e rappresentativo, basato com'è sui Fori e sul numero degli iscritti.

Da alcuni Fori stanno chiedendo di introdurre una rappresentatività fondata sul numero degli iscritti: 1 rappresentante ogni ottomila avvocati... sono però, molto, molto scettico!

Cosa ne pensa delle forti critiche dell'Avvocatura italiana al progetto di riforma? In particolare, cosa ne pensa delle critiche mosse dal C.O.A. di Salerno?

C'è in questo progetto uno spirito che lo anima e, se dovessimo inquadralo, riuscirebbe di difficile definizione: certo è anche conservatore, ma non

solo, perché risulta, allo stesso tempo, per molti aspetti, moderno e proiettato verso il futuro.

Tentando di mettere etichette, direi che è un progetto che appartiene ad una fascia di avvocatura medio-alta, arrivata (ma non al top), gravida anche di sdegno verso un'Avvocatura minore, proletaria, "mestierante".

Più civilista che penalista o altro...

Più avvocato di famiglia che d'impresa... (si pensi al rifiuto "secco" dei soci di capitale negli studi legali!).

Le critiche sono fondate e, in parte, positive ma occorre essere realisti.

L'Avvocatura italiana è una realtà complessa e disunita, senza guide forti.

La leadership è ancora fortemente elitaria, legata più al prestigio della cultura giuridica che dell'esercizio dell'Avvocatura.

Quel che si è espresso non è il meglio ma per ora la "massa" che preme e riempie gli albi, l'avvocatura del quotidiano, quella che "soffre" giorno per giorno, non ha ancora una sua voce!

Il "destino" degli Avvocati non è ancora, del tutto, nelle loro mani.

Cosa auspica per l'Avvocatura italiana? Il progetto di riforma quanto "aiuterà" i giovani avvocati?

Auspico una rivoluzione.

È il servizio giustizia che deve essere rovesciato "come un calzino".

La giustizia va stravolta senza concessioni a nessuno.

Le Procure, i Tribunali, la loro assurda geografia, i Giudici onorari e quelli di pace... l'azione penale, le carriere dei magistrati, la loro produttività... la necessità di introdurre nella giurisdizione superiore "anche e davvero" il popolo (si, penso, alle giurie popolari), la trasparenza delle decisioni, l'appello del P.M. (ma anche quello del difensore)...

La giustizia oggi è un calderone stregonesco... pieno di privilegi assurdi, di orpelli, di disconomie, di sprechi autorizzati, di gergo incomprensibile ai più..., un liquido opaco che produce troppo spesso malessere, ingiustizia, dolore...

Noi "vecchi" abbiamo lasciato che questo sciroppo "bollisse" ancora, tentando, talvolta, di correggerlo, di renderlo meno acre, più trasparente...

Ma occorre che qualcuno lo "rovesci" e vorrei che fossero le giovani generazioni a farlo con l'entusiasmo di una vera rivolta.

Giurisprudenza

Luca Bottone

Brevi considerazioni in materia di ritardo nel trasporto ferroviario di persone, contenuto della prova liberatoria a carico del vettore e danno non patrimoniale.

Nota a Giudice di Pace di Sorrento, sentenza del 30 gennaio 2009.

Nel contratto di trasporto di persone il vettore ex art. 1681, comma 1, c.c., risponde dei danni che colpiscono la persona del viaggiatore, se non prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno. La configurabilità della responsabilità è subordinata al verificarsi di una "anormalità del servizio", vale a dire di un fatto costituente, nella sua obiettività, una deviazione rispetto all'ordinato e regolare svolgimento del servizio stesso, al quale fatto, poi, sia ricollegabile eziologicamente il danno. Il gestore del servizio ferroviario è tenuto a garantire ai passeggeri livelli di qualità, di puntualità e di informazione così come previsti nei contratti in materia. Per un viaggiatore, soprattutto se pendolare, il "diritto" alla puntualità ed alla qualità del viaggio integra un aspetto naturale del contratto di trasporto.

Il disservizio o addirittura l'interruzione non preannunciata del trasporto, senza servizio sostitutivo, incide sui valori protetti dalla Carta Costituzionale (salute, libertà di movimento, diritto al lavoro) e ne consegue, pertanto, il risarcimento del danno non patrimoniale.

Fatto e breve premessa.

Con atto di citazione, regolarmente notificato, Tizia chiamava in giudizio dinnanzi al Giudice di Pace di Sorrento, la Beta s.r.l. - società che gestisce il trasporto pubblico ferroviario sulle linee a scartamento ridotto nella provincia di Napoli - per sentirla condannare al risarcimento di tutti i danni subiti in occasione della sospensione del servizio di trasporto del XX.XX.XX, sulla tratta di competenza Sorrento-Napoli.

Nello specifico, l'attrice, lavoratrice pendolare e titolare di un abbonamento mensile, lamentava che, in tale data, dopo essere salita sul treno delle ore 06.30, apprendeva che il collegamento era stato soppresso e che non era stato apprestato alcun servizio di trasporto alternativo; inoltre, il

disservizio non era stato minimamente preannunciato. Tizia, dovendo raggiungere Napoli per recarsi al lavoro, si vedeva costretta ad arrivare al porto con mezzi propri per imbarcarsi sull'aliscafo in partenza alle ore 07.20, arrivando in ufficio con notevole ritardo. L'accaduto - deduceva l'attrice - le aveva causato danni patrimoniali e non patrimoniali. Radicatasi la lite, si costituiva ritualmente la società convenuta, che nella propria comparsa di risposta contestava la domanda attorea ritenuta infondata in fatto e in diritto, richiedendone il rigetto, con la refusione delle spese, diritti e onorari di causa. All'esito dell'istruttoria svolta, il Giudice di Pace di Sorrento accoglieva la domanda dell'attrice e, per l'effetto, condannava Beta a ristorare Tizia del danno patrimoniale subito, che liquidava nella somma di € 4,20 (costo del biglietto dell'aliscafo) oltre il costo della corsa in abbonamento, nonché, del danno non patrimoniale sofferto in conseguenza dello stress emotivo e dei malesseri fisici e psicologici patiti. Il Giudice quantificava equitativamente il danno *de quo*, nella somma di euro € 400,00. La decisione veniva adottata in considerazione del fatto che la società convenuta non aveva offerto alcuna prova dell'assunto che l'interruzione del servizio fosse dovuta a causa di forza maggiore (ossia, l'improvvisa assenza per malattia di tutti gli operatori della centrale).

La sentenza in esame, riguarda un caso, non certamente raro, per quanti scelgono il treno come mezzo di trasporto e costituisce, assieme ad altre recentissime pronunce in materia, un precedente suscettibile di conseguenze di non poco conto.

In questa sede si coglie l'occasione offerta dalla decisione in commento, per svolgere delle brevi considerazioni in materia di responsabilità del vettore ferroviario che trasporti con ritardo il passeggero, con particolare riferimento alle conseguenze risarcitorie.

Il contratto di trasporto di persone. Ricognizione normativa e dottrinale sulla responsabilità per ritardo del vettore ferroviario.

Seppur in modo molto succinto, si ritiene opportuno premettere, per mero scrupolo di completezza, una ricognizione della disciplina positiva. Il Codice Civile all'art. 1678, qualifica il contratto di trasporto come quel contratto in virtù del quale il vettore si obbliga, a proprio rischio, a trasferire persone e cose da un luogo ad un altro,

ricevendone in cambio un corrispettivo.

L'elemento caratterizzante il contratto di trasporto di persone, rispetto a quello di cose, è rappresentato dall'oggetto che, nella prima delle due ipotesi, è un essere umano vivente dotato di capacità giuridica¹.

Il contratto di trasporto di persone si perfeziona con la prestazione del semplice consenso delle parti; solitamente questa fase è fatta coincidere con l'atto di emissione del biglietto di viaggio, quando il documento contenga tutti gli elementi per individuare un particolare viaggio da eseguire (ad es. data, ora, luogo di partenza e di arrivo, prezzo). Qualora il biglietto, all'atto dell'acquisto, sia privo di tali indicazioni, il pagamento anticipato del prezzo lascia al titolare la possibilità di un utilizzo all'interno di un arco temporale determinato, ed il contratto si riterrà concluso solo nel momento in cui il passeggero fruirà del trasporto². Al biglietto, in termini di pagamento anticipato, sono accostabili le forme di pagamento a mezzo di abbonamento o tessera.

Nel contratto di trasporto di persone, l'obbligazione principale del passeggero si esaurisce con il corrispondere al vettore il prezzo del servizio del quale beneficia; la prestazione principale del vettore consiste nel trasferire una persona da un luogo ad un altro, proteggendola e vigilando sulla stessa. Parte della dottrina³ ritiene che il contratto di trasporto costituisca una forma di *locatio operis*, soggetta alla relativa disciplina ove non esistano norme speciali prevalenti, ritenendo superfluo lo strumento dell'integrazione analogica, in quanto superato dalla possibilità di applicazione diretta delle norme sull'appalto.

Altro orientamento dottrinale⁴ ha ritenuto, invece, ammissibile lo strumento dell'estensione analogica, in quanto l'applicazione diretta della norma generale in materia d'appalto sarebbe preclusa trattandosi di due distinti tipi contrattuali. Con specifico riguardo al trasporto di persone, l'art. 1681 c.c. fa salva la responsabilità del vettore per il ritardo nell'esecuzione del contratto. L'art. 1680 stabilisce, tuttavia, che le disposizioni del Codice Civile in materia di trasporto si applicano anche ai trasporti ferroviari in quanto non derogate dal Codice della Navigazione e dalle leggi speciali. Il contratto di trasporto ferroviario trova la sua regolamentazione nella Legge speciale r.d.l. n. 1949 dell'11/10/1934, convertito dalla Legge n. 911/1935, mentre le condizioni generali di trasporto sono contenute nel d. interm. 13

dicembre 1956. Si tratta di una disciplina definita "rigida" in quanto non derogabile per volontà delle parti.

A queste disposizioni si sono aggiunte quelle delle Convenzioni internazionali per il trasporto dei viaggiatori e dei bagagli per ferrovia⁵. Gli artt. 11, 12 e 13 del decreto n. 1949/34 si occupano della responsabilità del vettore.

L'art. 13, comma 1, stabilisce, in linea generale, che il viaggiatore ha diritto al risarcimento del danno derivatogli da "ritardo, soppressione del treno, mancata coincidenza ed interruzioni, soltanto nei casi e nei limiti previsti dagli artt. 11 e 12 qualunque sia la causa dell'inconveniente che dà luogo alla domanda di indennizzo". Per l'ipotesi del ritardo, l'art. 11 r.d.l. cit. circoscrive la responsabilità delle Ferrovie dello Stato - rappresentata dalla "facoltà di autorizzare il viaggiatore a valersi d'altro treno immediatamente successivo, per il quale il biglietto non sarebbe valido, senza pagare alcun sovrapprezzo" - al solo caso in cui, in seguito al ritardo, venga a mancare la coincidenza con altro treno.

Responsabilità per ritardo e contenuto della prova liberatoria a carico del vettore.

Un'interpretazione meramente letterale del summenzionato quadro normativo, con le relative clausole di esonero e limitazione di responsabilità, porterebbe a concludere che il semplice ritardo non sia fonte di responsabilità del vettore.

Siffatta interpretazione delle condizioni di viaggio (prospettata da Ferrovie dello Stato s.p.a. ex Ente FF.SS. in una pletora di giudizi che la vedono convenuta), ancorata al solo dato letterale, conduce inevitabilmente ad affermare l'inesistenza di una responsabilità civile da ritardo del vettore ferroviario, al cui "capriccio" sarebbe lasciata l'osservanza dei tempi di esecuzione del contratto. Sennonché vi sono validi argomenti per sostenere una diversa interpretazione delle succitate norme. Se, infatti, l'obbligazione principale del vettore nel contratto ex art. 1678 c.c. consiste nel trasferimento del viaggiatore da un luogo ad un altro, non può contestarsi che la fissazione di un limite temporale al cui rispetto vincolare l'esecuzione del trasporto, rappresenta un aspetto naturale del contratto *de quo*, più precisamente un effetto giuridico che deriva dalla natura del medesimo⁶. Prova di tale assunto è l'art. 1 della Legge 10 aprile 1981 n. 151, che definisce i trasporti pubblici come "servizi adibiti normalmente al tra-

sporto collettivo di persone [...] effettuati in modo continuativo o periodico con itinerari, orari, frequenze e tariffe prestabilite e offerta differenziata”.

L'orario, dunque, è un elemento imprescindibile del trasporto, di qualunque natura esso sia (ferroviario, stradale, aereo, marittimo) e, nel momento in cui viene reso pubblico, diviene elemento integrante del contratto rappresentando un aspetto dell'obbligazione da adempiere.

È affermazione naturale - che non dovrebbe essere posta in discussione, anche in considerazione di una corretta prestazione del servizio secondo ragionevoli e normali *standard* di qualità e di efficienza - che il ritardo nel trasporto di persone sia fonte di responsabilità del vettore.

In tal senso, va valutato l'art. 1229 c.c. secondo cui sono nulli i patti che escludono o limitano la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. Tale disposizione permette di rifiutare un'esclusione *tout court* della responsabilità del vettore in caso di ritardo. Infatti, posto che il precetto dell'art. 1229 c.c. può essere derogato solo da una disposizione di legge in senso formale, una deroga siffatta per i trasporti ferroviari di persone non c'è, e non può dubitarsi che il ritardo determinato da inefficienze di gestione, che ecceda la normale tollerabilità, configurando una "anormalità del servizio" (la cui prova, in eccezione alle regole sulla responsabilità contrattuale, grava sul viaggiatore) concretizzi una colpa grave.

Dal coordinamento dell'art. 1229 c.c. con l'art. 1218 c.c. consegue che, per liberarsi da responsabilità in ipotesi di ritardo, il vettore ferroviario ha l'onere di provare che il ritardo sia imputabile a sola colpa lieve senza trascendere nella colpa grave o nel dolo restando, diversamente, a suo carico la responsabilità per il ritardo (inadempimento parziale).

Il vettore, inoltre, è esente da responsabilità allorché il ritardo sia ricollegabile eziologicamente a una causa a lui estranea, posta al di fuori del suo potere di controllo, riconducibile alle generali categorie della forza maggiore e del caso fortuito⁷.

Alcune osservazioni conclusive a proposito del danno non patrimoniale conseguente al ritardo.

Non è certo questa la sede per ripercorrere le tappe che hanno condotto alla attuale lettura "costituzionalmente orientata" dell'art. 2059 c.c. È vero, peraltro, che, a seguito di tale nuova inter-

pretazione, si sono moltiplicate le pronunce della giurisprudenza di merito, specie dei Giudici di Pace⁸, che hanno condannato il vettore ferroviario al risarcimento del danno non patrimoniale conseguente a ritardo, richiamandosi ora all'una, ora all'altra disposizione della nostra Norma Fondamentale, in particolare all'art. 2 Cost.

Anche nella decisione in commento, il Giudice di Pace adito, ritenuto sussistente l'inadempimento del vettore *ex art.* 1681 c.c., condannava la convenuta società Beta a risarcire il danno non patrimoniale conseguente all'interruzione del trasporto ferroviario. L'indicata tendenza presta il fianco alle critiche di chi non la reputa conforme alle indicazioni della recentissima pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, che ritiene non meritevoli di tutela "i pregiudizi consistenti in disagi, fastidi, disappunti, ansie ed in ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita quotidiana che ciascuno conduce nel contesto sociale"⁹. Le sentenze delle Sezioni Unite di novembre 2008 hanno ristretto le possibilità risarcitorie del danno non patrimoniale aggiungendo, ai fini della risarcibilità della lesione di diritti costituzionali, oltre all'inviolabilità del diritto, anche l'ulteriore presupposto della gravità dell'offesa, ritenendo che "il diritto deve essere inciso oltre una certa soglia minima, cagionando un pregiudizio serio [...] La lesione deve eccedere una certa soglia di offensività, rendendo il pregiudizio tanto serio da essere meritevole di tutela in un sistema che impone un grado minimo di tolleranza". Tuttavia, con l'evidente ed apprezzabile intento di limitare la risarcibilità delle lesioni futili, si è costruito un sistema risarcitorio che crea all'interprete notevoli difficoltà concettuali ai fini di un organico e corretto sistema liquidatorio del danno non patrimoniale.

Lascia perplessi la sorte riservata al danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale, riconosciuto meritoriamente dalle Sezioni Unite, ma ricompreso nella fattispecie tipica relativa alla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 c.c., mentre si sarebbe potuto inquadrarla sistematicamente nella fattispecie prevista dalla legge (art. 1174 c.c.), eliminando il filtro risarcitorio dei diritti inviolabili, essendo sufficiente, ai fini della sua risarcibilità, la violazione dell'interesse leso in base al parametro dell'inadempimento contrattuale.

Sotto un profilo strettamente etico, va considerato che negare - in un ottica di deflazione del ricor-

so alla giustizia - pretese risarcitorie legittime, ancorché di non rilevante valore economico, può produrre un effetto antisociale ed antieducativo, perché disincentiva il danneggiante (generalmente il contraente forte, come nel caso di specie) a porre in essere le opportune misure riparatrici al proprio comportamento illecito o inadempiente. Se sembra opportuno evitare le "speculazioni del diritto inviolabile leso" ed il proliferare "della grammatica risarcitoria"¹⁰, altrettanto opportuno sarebbe evitare un eccesso in tal senso.

Concludendo, la sentenza in oggetto, nella sua estrema essenzialità, che non ci si può esimere dall'evidenziare, si connota per la sensibilità dimostrata dal Giudicante nei confronti delle problematiche del cittadino-utente quotidianamente vessato dal "contraente forte" e costituisce un esempio di interpretazione della normativa vigente in senso protettivo del consumatore.

.....

¹ G. Romanelli, *Il trasporto aereo di persone*, Padova, 1997.

² Cass. Civ., 21.7.197, n. 4388, *Foro it.*, 1980, I, 1063.

³ G. Romanelli, *op. cit.*

⁴ M. Iannuzzi, *Del Trasporto*, in *Comm. del Cod. Civ.*, a cura di Sciajola e Branca, libro IV, Roma-Bologna, 1970.

⁵ *Condizioni generali di trasporto per il trasporto ferroviario internazionale dei passeggeri (CGT-CIV); Regole uniformi relative al contratto di trasporto internazionale ferroviario di persone (CIV-Appendice A alla Convenzione COTIF 1980-1999)*.

⁶ Il Giudice di Pace di Venezia con sentenza del 4 febbraio 1999 n. 10 stabiliva che la conclusione del contratto di trasporto obbliga il vettore ferroviario a trasferire incolume a destinazione il passeggero nel rispetto degli orari pubblicizzati, pena il parziale inadempimento contrattuale.

⁷ Cass. Civ., sez. III, sent. n. 16954/2003.

⁸ Per altri precedenti, in materia di responsabilità della società ferroviaria per i danni riportati dall'utenza, si vedano: Giudice di Pace di Bari, sent. 24/5/2006; Giudice di Pace di Bologna, sent. 28/7/2004; Giudice di Pace di Cassino, sent. 28/2/2001.

⁹ Cass. Civ., Ss.Uu., 11 novembre 2008, n. 26972 con le altre di pari data e parte motiva.

¹⁰ F. Gazzoni, *L'art. 2059 c.c. e la Corte Costituzionale, la maledizione colpisce ancora*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008.

Claudia Catapano

Effetti della revisione delle tabelle millesimali con provvedimento giudiziale.

Tribunale di Nocera Inferiore, Giudice pres. dott. Salvati, sentenza n. 417/09 del 18 marzo 2009.

Con la sentenza in commento, il Tribunale di Nocera Inferiore, nella persona del Giudice, pres. dott. Luigi Salvati, ha reso un'interessante pronuncia in tema di revisione e/o modifica di tabelle millesimali.

Sulla premessa della obiettiva divergenza tra que-

ste ultime ed il valore proporzionale acquisito dalle singole unità immobiliari, a seguito delle mutate condizioni dell'edificio comune, un condomino adiva l'Autorità Giudiziaria, al fine di ottenere la revisione e/o modifica di tali tabelle, conferendo validità ed efficacia ad altre tabelle, così come rideterminate - ma non ancora approvate in assemblea - da un nuovo tecnico, ovvero a quelle rimodulate in corso di causa a seguito di consulenza tecnica a disporsi.

Instava, altresì, al fine di ottenere la restituzione delle eventuali somme dallo stesso versate in eccezione, in forza delle tabelle millesimali *ratione temporis* in vigore, concludendo per la condanna dei condomini convenuti alla refusione delle spese di lite. Radicatosi il contraddittorio, si costituivano in giudizio tutti gli altri condomini, i quali, in buona sostanza, non si opponevano alla richiesta attorea di revisionare le predette tabelle millesimali, confutando strenuamente la domanda, nella sola parte in cui si chiedeva la restituzione delle somme in eccesso ed assertivamente versate dall'attore. Eccepivano, difatti, che i conteggi delle spese sostenute per la riparazione del fabbricato andavano ripartite - così come era stato fatto - sulla scorta delle vecchie tabelle millesimali, dal momento che, all'epoca dei lavori, quelle redatte da un altro tecnico non erano state ancora oggetto di formale approvazione.

Ammessa ed espletata la CTU, con il provvedimento in epigrafe, il Magistrato ha accolto solo in parte la domanda attorea.

Ed, invero, il Giudicante, nel dare atto che tutti i condomini litisconsorti avevano aderito alla richiesta di revisionare le tabelle millesimali *de quibus*, ritenuta la perizia dell'ausiliario immune da vizi e censure di ogni sorta, ha conferito validità ed efficacia alle tabelle *ex novo* redatte dal suddetto esperto, autorizzando i condomini a servirsene per l'amministrazione del fabbricato, dal momento del deposito della sentenza (sul punto, Cass. n. 7696/94). Quest'ultimo inciso, tuttavia, rappresenta l'incipit attraverso il quale il Giudice, con argomenti chiari, logici e coerenti, è pervenuto alla reiezione della seconda parte della domanda, ovvero quella tesa alla restituzione delle somme in eccesso versate dall'attore, in forza delle previgenti tabelle millesimali. Le tabelle redatte dal nuovo tecnico, difatti, stilate su incarico dell'assemblea condominiale, non potevano essere applicate per la ripartizione delle spese correnti e/o straordinarie, in quanto non ancora for-

malmente approvate in sede assembleare. Pertanto, l'attore non poteva pretendere che la ripartizione delle spese avvenisse in forza delle prefate tabelle, dal momento che le stesse, in assenza di formale approvazione assembleare, non avevano alcun valore e, per l'effetto, erano da considerarsi *tamquam non essent*.

Né, tantomeno, tale ripartizione poteva effettuarsi sulla scorta delle risultanze dell'espletata CTU, dal momento che, all'epoca dei fatti, non erano ancora esistenti.

All'amministratore del condominio in parola, pertanto, non restava altro da fare che servirsi delle vecchie tabelle, all'epoca in vigore.

A tal uopo, costituisce *ius receptum* in giurisprudenza, il principio, recepito dall'adito Tribunale già in una precedente pronuncia (n. 1206/2008), in forza del quale fino a quando non vengono modificate, le tabelle millesimali, ancorché viziate da gravi carenze, conservano la loro efficacia, con la conseguenza che non può affermarsi l'irrimediabile nullità delle delibere approvate dai condomini, sulla base delle tabelle in vigore (*ex plurimis*, Cass. Sez. II, 22/11/00, n. 15094, n. 5399 del 2/5/99, tutte richiamate in parte motiva).

A ciò va aggiunto come la sentenza che accoglie la domanda di revisione o modifica dei valori proporzionali di piano non ha natura dichiarativa ma costitutiva, decorrendone l'efficacia della stessa dal momento del suo definitivo passaggio in giudicato (Cass. Civ. Sez. II, 8/9/94, n. 7696).

Per tale motivo, le nuove tabelle, così come redatte dall'esperto, non possono avere una portata retroattiva, ma operare soltanto *ex nunc*, ovvero dal momento in cui il provvedimento giudiziale ha acquisito il crisma dell'immodificabilità.

A parere del Giudicante, l'attore, al fine di tutelare correttamente i propri diritti, avrebbe dovuto impugnare la delibera assembleare, con la quale veniva approvata l'esecuzione dei lavori straordinari, mentre era in corso la redazione delle nuove tabelle millesimali.

In alternativa, avrebbe potuto obbligare, con apposita azione giudiziaria, quei condomini che avevano apportato modifiche ai loro appartamenti, a farsi carico - da soli - dell'onere di revisione delle tabelle millesimali in questione, secondo quanto espressamente previsto dalla legge.

Sulla scorta delle argomentazioni che precedono, illustrate con chiarezza e dovizia di particolari, il Giudicante, tenuto conto dell'accoglimento parziale della domanda, nonché del contegno serba-

to dai condomini convenuti, ha ritenuto equo e giusto compensare integralmente tra le parti le spese processuali, ivi comprese quelle della disposta consulenza tecnica di ufficio.

Angela Cisale

Contraffazione o imitazione?

Nota a Tribunale di Salerno, Sez. I - Penale, sentenza 10 febbraio 2009, n. 183.

Il reato previsto dall'art. 474 c.p. sussiste ogni qual volta venga accertato lo svolgimento del commercio con marchio contraffatto.

La norma è volta a tutelare, in via principale e diretta, non la libera determinazione dell'acquirente, bensì la pubblica fede, intesa come affidamento dei cittadini nei marchi o segni distintivi (registrati). Il delitto di ricettazione e quello di commercio di prodotti con segni falsi possono concorrere, atteso che le fattispecie incriminatrici descrivono condotte diverse sotto il profilo strutturale e cronologico.

Il caso.

La sentenza in commento, emessa dal Tribunale di Salerno, ha ad oggetto un tema attuale e molto discusso: la vendita di prodotti contraffatti.

In data 10 febbraio 2009 il Tribunale di Salerno, conclusa l'istruttoria dibattimentale, riteneva colpevole G.D. dei reati previsti e puniti dagli artt. 474 e 648 c.p. Il 5 agosto 2005 gli ispettori della Dogana di Salerno, infatti, durante lo svolgimento di una normale attività di controllo, rinvenivano nel borsone di G.D. quaranta paia di scarpe modello Nike-Shox, di dubbia provenienza.

La merce nella disponibilità del G.D., ad avviso dei doganieri, era da ritenersi contraffatta perché il materiale con cui era stata realizzata era di infima qualità ed, inoltre, il marchio (comparato con quello originale illustrato su un apposito catalogo della Nike) risultava essere non conforme.

Ulteriori dubbi degli agenti, infine, venivano fugati dall'omessa consegna della fattura di acquisto richiesta al G.D.

Il G.D., per tali fatti, veniva rinviato a giudizio e, con la sentenza che qui si annota, veniva riconosciuto colpevole del reato di introduzione nello Stato e commercio di prodotti con segni falsi (*ex art. 474 c.p.*) in concorso con il reato di ricettazione (*ex art. 648 c.p.*).

Il perché della condanna.

Quotidianamente, passeggiando lungo le strade delle nostre città, è frequente imbattersi in venditori ambulanti intenti a vendere borse, scarpe, occhiali, riportanti marchi e loghi famosi contraffatti. Si tratta, spesso, di oggetti lavorati così accuratamente che è facile confonderli con quelli originali, ma tutti sanno che la merce offerta lungo la strada a prezzi molto modesti non può essere di certo originale e, applicando questo semplice ragionamento, il consumatore di media diligenza dovrebbe evitare di acquistare un prodotto contraffatto. Sul punto, il nostro Codice Penale tutela non il consumatore attento o che sia distratto, ma la collettività. Infatti, gli artt. 473 e ss. c.p. sono collocati nel libro II - titolo VII- dei delitti contro la fede pubblica.

Molte organizzazioni commerciali e di servizi investono grandi somme di danaro per creare simboli e marchi facilmente riconoscibili per i loro prodotti. I marchi, tutelati nei paesi di *common law* a partire già dal XIII secolo, aiutano a risolvere il problema dell'ignoranza dei consumatori circa la qualità del prodotto. Secondo gli economisti, quando la "qualità di un prodotto non traspare", il consumatore può utilizzare il marchio come segnale di qualità¹. Il marchio è tutelato da numerose norme internazionali e comunitarie, nel nostro ordinamento è disciplinato sia dagli artt. 2569 e ss. del Codice Civile, sia dal Codice Penale. La legislazione civile consente al titolare del marchio: "[...] di opporsi all'ulteriore uso nel commercio di un segno identico o simile al marchio per prodotti o servizi non affini a quello per cui esso è stato registrato [...]"².

Il Codice Rocco si occupa del marchio (e/o dei segni distintivi) e, in particolare, della sua sola contraffazione, lasciando alle norme civilistiche anche la tutela attinente al diritto all'uso esclusivo, all'originalità, alla confondibilità ed alla volgarizzazione del marchio.

In ambito penale, il marchio è tutelato solo in relazione alla sua funzione di indicatore della provenienza del prodotto, non assumendo, invece, alcuna rilevanza le funzioni che sono ad esso attribuite dagli economisti³.

Bene giuridico tutelato dagli artt. 473 e 474 c.p. è, infatti, la c.d. fiducia dei consumatori, in merito alla fonte di provenienza dei prodotti posti sul mercato. L'art. 473 c.p. punisce coloro che partecipano alla contraffazione o all'apposizione del marchio contraffatto; mentre l'art. 474 c.p. (come

nel nostro caso) punisce chi mette in "circolazione" prodotti o opere contraffatte.

La Suprema Corte ha stabilito che il reato previsto e punito dall'art. 474 c.p. si configura anche "[...] attraverso il compimento di un atto isolato di messa in vendita [...]", ossia non occorre che la merce sia esposta al pubblico, bastando la semplice detenzione, e ciò in considerazione del fatto che il reato *de quo* è un reato di pericolo⁴.

A completamento della tutela offerta al marchio il Codice Penale prevede l'art. 517, che punisce chi pone in vendita prodotti falsamente contrassegnati.

Sic et simpliciter sembra che il Legislatore abbia ripetuto il divieto previsto dall'art. 474 c.p.

In realtà il Legislatore con l'art. 517 c.p. (rubricato "vendita di prodotti industriali con segni mendaci") ha voluto completare, con una norma residuale, la tutela del marchio, dei segni distintivi e dei nomi (cc.dd. segni atipici).

Se, dunque, nel "gergo quotidiano" i termini contraffazione ed imitazione sono usati, spesso, impropriamente come sinonimi, in ambito giuridico, invece, essi individuano fattispecie incriminatrici differenti e la distinzione ha una notevole importanza. Un dato bene è contraffatto *ex art. 474 c.p.* quando su di esso è riportato un marchio registrato (mai non registrato) riprodotto in modo integrale, emblematico e letterale. Si ha imitazione, invece, *ex art. 517 c.p.*, quando i beni riprodotti riportano solo pochi tratti di somiglianza con quelli originali e non la riproduzione pedissequa del marchio (anche non registrato o riconosciuto) o di altri segni distintivi atipici⁵.

Si intuisce facilmente la ragione.

Bene giuridico tutelato dall'art. 517 c.p. non è la fede pubblica (come nel caso degli artt. 473 e 474 c.p.) bensì l'ordine economico, che deve essere garantito contro gli inganni tesi ai consumatori in merito all'origine, alla provenienza o alla qualità del prodotto oggetto di imitazione.

Il delitto punito e previsto dall'art. 517 c.p., in quanto norma sussidiaria rispetto alle fattispecie previste dagli artt. 473 e 474 c.p., può, pertanto, trovare applicazione solo quando non ricorrano gli estremi della contraffazione.

Il concetto di contraffazione postula una valutazione di confondibilità del marchio con quello originale, ma stabilire quand'è che un dato bene sia da ritenersi contraffatto non è sempre cosa agevole, ed ancor più difficile è stabilire quand'è che un soggetto possa essere ritenuto colpevole

del reato di commercio di prodotti con segni falsi (ex art. 474 c.p.).

Nel tempo si sono succeduti vari orientamenti giurisprudenziali, che hanno cercato di stabilire la sussistenza del reato di cui all'art. 474 c.p., esaminando, dapprima, i requisiti del prodotto venduto, e, poi, perfino i "connotati" del venditore. Un discusso orientamento giurisprudenziale riteneva sussistente il reato di contraffazione solo quando: "[...] la possibilità di confusione tra i due marchi ricorre in sede di esame attento diretto [...]"⁶, escludendo, in tal modo, il reato *de quo* tutte le volte che *ictu oculi* l'acquirente riusciva a stabilire che il marchio apposto non era genuino.

Hanno fatto discutere, e non poco, anche le decisioni della Suprema Corte di Cassazione che, non discostandosi dall'orientamento poc'anzi richiamato, ritenevano non sussistente il reato ex art. 474 c.p. tutte le volte che l'acquirente non era tratto in inganno perché il prezzo del bene acquistato era molto modesto rispetto al prezzo comune di mercato e/o per la scarsa qualità del medesimo. Orientamento mutato dopo la nota sentenza della Suprema Corte, il 23 febbraio del 2000, caso Diaw Papa, a seguito della quale l'Italia è stata fortemente criticata in ambito internazionale.

Non meno discussa è stata la sentenza n. 4066/97, e quelle ad essa conformi, con la quale la Suprema Corte fornì ai Giudici di merito un "nuovo" criterio con cui stabilire la sussistenza o meno del reato di cui all'art. 474 c.p.

La Cassazione ritenne di non dover più tenere in considerazione solo le caratteristiche dei prodotti venduti dall'imputato-venditore, ma anche i suoi connotati ed il luogo ed i modi in cui avveniva la vendita. Per la Corte era inidonea la condotta del venditore a trarre in inganno l'eventuale acquirente di prodotti contraffatti: "[...]correttamente è stata riconosciuta l'inidoneità della condotta [...] tenuto conto sia della personalità dell'agente - cittadino extracomunitario - che comunemente non gode di fiducia da parte di eventuali acquirenti circa l'originalità dei prodotti offerti [...] sia della grossolanità della contraffazione [...]"⁷.

Negli ultimi anni, però, sono state numerose le pronunce che hanno avvertito gli orientamenti sin qui richiamati.

I Giudici di legittimità, ritornando sui propri passi, hanno stabilito che: "[...] secondo insegnamento ormai assolutamente costante di questa Corte ciò che rileva ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 474 c.p., il quale si propone di

tutelare la fede pubblica (intesa come affidamento nei marchi o nei segni distintivi che individuano le opere dell'ingegno o i prodotti industriali) e non gli acquirenti, è esclusivamente la possibilità di confusione tra i marchi, rimanendo indifferente che il compratore stante le diversità riscontrate in dati estranei agli stessi - quali la qualità del prodotto, il prezzo, il luogo dell'esposizione, la figura del venditore - sia in grado di escludere la genuinità del prodotto [...]"⁸.

La Suprema Corte, con le ultime pronunce, ha voluto ribadire che l'art. 474 c.p. sanziona la condotta di contraffazione del marchio, e non la qualità del prodotto o il prezzo o la modalità con cui viene venduto.

Inoltre, considerato che il bene giuridico tutelato dalla norma *de qua* è la fede pubblica, la Corte ha ritenuto di dover individuare, come criterio per la configurabilità del reato, la confusione in cui potrebbe incorrere l'intera collettività dopo la vendita del prodotto.

"Ne consegue che non può parlarsi di reato impossibile per il solo fatto che la grossolanità della contraffazione sia riconoscibile dall'acquirente [...] in quanto l'attitudine della falsificazione ad ingenerare confusione deve essere valutata non con riferimento al momento dell'acquisto, ma in relazione alla visione degli oggetti nella loro successiva utilizzazione [...]"⁹. Secondo il riportato orientamento, si avrà contraffazione grossolana (e, pertanto, il reato è impossibile) solo quando il falso è riconoscibile *ictu oculi*, ossia senza necessità di particolari indagini non solo da parte dell'acquirente (consapevole), ma anche da parte della collettività¹⁰.

Perché la ricettazione?

Nel 2001 le Sezioni Unite della Cassazione, a seguito di un contrasto giurisprudenziale sia di merito che di legittimità, hanno stabilito che il delitto di contraffazione può concorrere con il delitto di ricettazione (ex art. 648 c.p.), non configurandosi alcun rapporto di specialità ex art. 15 c.p. In particolare, l'elemento soggettivo richiesto dal reato di cui all'art. 474 c.p. consiste nella volontà di detenere per vendere beni contraffatti, mentre nel reato di ricettazione, la libera volontà è diretta a ricevere, al fine di trarre un profitto per sé o per altri, cose provenienti da un qualsiasi delitto. L'art. 474 c.p. tutela la fede pubblica, mentre l'art. 648 c.p. il patrimonio in generale. La differenza è netta: con il primo articolo il

Legislatore vuole evitare che un acquirente possa essere tratto in inganno, mentre con il secondo vuole evitare la circolazione e/o la messa in vendita di cose provenienti da delitti¹¹.

La decisione.

La soluzione prospettata dal Giudicante nella sentenza in esame è in piena armonia con i più recenti e consolidati orientamenti giurisprudenziali. Il Giudice, infatti, ha stabilito che le scarpe possedute dal G.D. erano in grado di ledere il bene giuridico tutelato dall'art. 474 c.p., solo dopo aver accertato la contraffazione del marchio apposto sulle medesime.

In particolare, il Giudicante ha ritenuto che le scarpe ritrovate in possesso di G.D. riportavano un marchio accuratamente contraffatto in grado di trarre in inganno la collettività, poiché nessun uomo di media diligenza sarebbe stato in grado di stabilire se le scarpe, indossate dal potenziale acquirente (consapevole della contraffazione), fossero originali. Il Giudice è giunto a tale conclusione in considerazione del fatto che neppure i doganieri, esperti in materia, erano stati in grado *ictu oculi* di stabilire la falsità delle scarpe, tant'è che era stato necessario confrontare il marchio contraffatto con un marchio originale.

Infine, il Giudice non ha ritenuto derubricabile il reato *de quo*, nell'ipotesi delittuosa meno afflittiva di cui all'art. 517 c.p., dato che le scarpe in possesso del G.D. riportavano un marchio contraffatto in modo integrale, mentre il reato punito e previsto dall'art. 517 c.p. sussiste solo quando un dato bene somigli ad altro bene per nome, marchio (anche non registrato) o per segni distintivi.

¹ Cfr. R. Cooter, V. Mattei, P. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il Mercato delle regole*, Il Mulino, 2002.

² Cass. Civ. 9/05/2005, sent. n. 14473, conforme a Cass. Civ. 25/09/1998, sent. n. 9617, Giust. Civ. Mass. 1998, 1949.

³ F. Carnelutti, *La teoria del falso*, 1935; F. Marinucci, *Falsità in segni distintivi delle opere dell'ingegno e dei prodotti industriali*, Ed. D., XVI, 1967, p. 653.

⁴ Cass. Pen., 4/07/1986, sent. Gallo, CED 173828.

⁵ Cass. Pen., sez. V, 12/05/1995, sent. n. 5427, proc. Parisi, conforme a Cass. Pen., sez. V, 15/03/87, sent. n. 3040, proc. Canfora.

⁶ Cass. Pen. sez. VI, sent. n. 10064/90.

⁷ Cass. Pen., sez. III, sent. n. 4066/97.

⁸ In tal senso, si vedano anche: Cass. Pen. 5/03/99 n. 03028 RV. 212940; Cass. 14/12/00, sent. n. 13031 RV. 217506; Cass. 8/10/01, sent. n. 39863 RV. 220236; Cass. 20/10/04, sent. n. 40835 RV. 230913.

⁹ Cass. Pen., sez. V, 12/03/2008, sent. n. 21787.

¹⁰ Si veda anche Cass. Pen., sez. V, 16/03/2000, sent. n. 3336, proc. Dame; conforme, Cass. Pen., sez. II, 10/01/2006, sent. n. 518, proc. Seye in RV 215583.

¹¹ Cass. Pen., Ss.Uu., 7/06/2001, sent. n. 23427, proc. Ndiaye in RV 218770.

Maria Coppola

Nessun indennizzo nei casi di revoca del bando di gara prima dell'aggiudicazione.

Nota a T.A.R. Lazio-Roma, sez. III bis, sentenza 24 marzo 2009, n. 3036.

La revoca in autotutela di un bando di gara, prima dell'aggiudicazione, non comporta alcun indennizzo ex art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/90.

La vicenda.

La fattispecie che ci occupa si riferisce a due ricorsi riuniti per connessione soggettiva e oggettiva. Col primo ricorso la società Alfa impugnava il provvedimento della P.A., che disponeva l'esclusione della ricorrente stessa dalla gara per l'affidamento dei servizi di "ideazione, realizzazione e gestione di una campagna pubblicitaria e di comunicazione per la promozione turistica dell'Italia". Col secondo, e con i relativi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava gli atti con i quali la P.A. aveva successivamente revocato l'intera procedura *de qua*.

La P.A. si costituiva in giudizio, giustificando la propria revoca col ritardo nell'avvio della campagna di comunicazione dovuto a numerosi contenziosi pendenti. Ritenendo che la procedura non avrebbe potuto definitivamente concludersi prima della fine dell'anno, con pregiudizio per la promozione di alcuni dei prodotti interessati e col conseguente venir meno del raggiungimento delle finalità originariamente perseguite, la P.A. riteneva, dunque, di salvaguardare il prevalente interesse pubblico con l'impugnata revoca.

La ricorrente insisteva nella richiesta di indennizzo ex art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/90, quale ristoro dei pregiudizi provocati dal provvedimento di revoca.

Brevi cenni sulle caratteristiche e sulla natura giuridica dell'aggiudicazione.

L'aggiudicazione, atto che precede la stipula, rappresenta soltanto l'atto finale del procedimento di gara pubblica.

Due, le sue forme: aggiudicazione provvisoria¹ e aggiudicazione definitiva.

Con la prima, pronunciata dalla Commissione di gara, valutate le offerte presentate, viene selezio-

nato il miglior offerente. All'esito dei necessari controlli, la stazione appaltante approva la suddetta aggiudicazione provvisoria, pronunciando l'aggiudicazione definitiva e facendo proprie le risultanze di gara. L'iter finalizzato alla scelta del contraente si snocciola, infatti, in una serie di passaggi, positivizzati dagli artt. 11 e 12 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.L. 12 aprile 2006, n. 163), coi quali viene, per la prima volta, operata una ricognizione delle norme sull'evidenza pubblica². Sulla natura giuridica dell'aggiudicazione definitiva, molto si è discusso.

Secondo una prima tesi, di impronta pubblicistica, essa rappresenterebbe un atto provvedimentale³. Diversamente, si è anche ritenuto che l'aggiudicazione definitiva si connoti di una duplice natura, provvedimentale e negoziale insieme, atteso che, grazie ad essa, la P.A. manifesta la propria volontà di contrarre con l'impresa risultata aggiudicataria della procedura⁴.

In tema, la più recente e attenta dottrina non ha mancato di evidenziare l'opportunità che la questione venga vagliata alla luce delle previsioni contenute nell'art. 11, comma 7, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, secondo il quale "... l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta"⁵, con ciò superando la vecchia impostazione, che, ai sensi dell'art. 16 R.D. 18 novembre 1923, n. 2440, faceva equivalere aggiudicazione e stipula del contratto.

Oggi, pertanto, all'aggiudicazione definitiva si assegna soltanto la funzione di garantire l'irrevocabilità dell'offerta prodotta dall'aggiudicatario sino alla stipula del contratto.

La decisione del T.A.R. Lazio-Roma.

Sul caso *de quo*, i Giudici capitolini hanno stabilito che la revoca in autotutela del bando di gara, avvenuta prima dell'aggiudicazione, non comporta alcun indennizzo, sulla scorta delle considerazioni di seguito riportate.

L'organo di vertice di un ente pubblico può e deve, preso atto dei contenziosi pendenti e della relativa connessa prospettiva di incertezza, nonché dei presumibili oneri futuri, effettuare un attento esame dell'interesse pubblico perseguito, avuto riguardo anche al fattore temporale, nonché ad ulteriori vicende che siano sopravvenute. E, naturalmente, ove ritenga meglio tutelato detto interesse con la revoca, esso è legittimato a preferire il ritiro degli atti di una gara pubblica ad altre possibili strategie operative.

Si tratta di una scelta libera, data anche l'assenza di una posizione giuridica consolidata degli interessati quale sarebbe stata, invece, quella determinata, per esempio, da un provvedimento di aggiudicazione. Ed, infatti, finché non sia intervenuta l'aggiudicazione, la P.A. può - rientrando nella ragionevolezza dell'azione amministrativa e nell'ambito della propria potestà discrezionale - disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, in presenza di concreti motivi di interesse pubblico che rendono inopportuna o sconsigliabile la prosecuzione della gara⁶. In questi casi non sarà dovuto l'indennizzo di cui all'art. 21 *quinquies* della Legge n. 241/90⁷. La formulazione letterale di questa disposizione normativa, così come modificata ed integrata dalla Legge n. 15/2005, in linea con la precedente elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, circoscrive la possibilità di revoca alle ipotesi in cui un provvedimento, originariamente valido e opportuno, in seguito alla valutazione di sopravvenuti motivi di pubblico interesse o della mutata situazione di fatto, non risponda più alle esigenze perseguite dall'amministrazione. Con una precisazione. Obbliga sì l'amministrazione a provvedere all'indennizzo dei soggetti direttamente interessati, quale ristoro dei pregiudizi provocati dalla revoca, ma con esclusivo riguardo ai provvedimenti amministrativi ad efficacia durevole (per esempio, le concessioni): e tra questi, chiaramente, non può rientrare il bando di gara. Nemmeno sono applicabili alla fattispecie che ci occupa i successivi commi 1 *bis* e 1 *ter* dello stesso art. 21 *quinquies*⁸, i quali, pur considerando anche gli atti amministrativi ad efficacia istantanea, riducono il sorgere del diritto all'indennizzo alle ipotesi di incidenza su rapporti negoziali, da intendersi naturalmente come rapporti già costituiti.

.....

¹ Si tratta di un mero atto endoprocedimentale e, pertanto, non impugnabile autonomamente, poiché la lesione della sfera giuridica dell'interessato deriva solo dall'atto conclusivo del procedimento amministrativo, ossia dall'aggiudicazione definitiva. In termini, *ex multis*, C.d.S., sez. IV, 14.09.2005, n. 4769. Tuttavia, parte della giurisprudenza riconosce all'aggiudicazione provvisoria la capacità di recare una lesione immediata, pur se non definitiva, agli interessi dell'impresa non aggiudicataria, che vede inibita la propria ulteriore partecipazione al procedimento. Di qui la scelta di consentirne l'autonoma impugnazione, a condizione che venga successivamente impugnata anche l'aggiudicazione definitiva. Tuttavia, in senso contrario, C.d.S., sez. V, 02.03.2009, n. 1156, secondo cui l'aggiudicazione provvisoria avrebbe carattere di atto direttamente censurabile in quanto, *ex art.* 11, commi 4 e 5, d.lgs. n. 163/2006, è l'aggiudicazione provvisoria che seleziona la migliore offerta e al termine della quale è individuata la figura dell'aggiudicatario.

² Attualmente, il procedimento finalizzato alla scelta del contraente si suddivide nelle seguenti fasi: a) indizione, nella quale l'ammini-

strazione, con la determinazione a contrarre, dà avvio alla gara, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione delle offerte; b) individuazione dei partecipanti, alla luce dei criteri indicati nel bando di gara o con l'invito ad offrire (a seconda della procedura prescelta dall'amministrazione per l'individuazione del soggetto offerente); c) selezione dell'offerta, con conseguente aggiudicazione provvisoria dell'appalto da parte della commissione giudicatrice o del responsabile del procedimento; d) aggiudicazione definitiva, ad opera della stazione appaltante; e) verifica dei requisiti prescritti, con possibilità che la stazione appaltante agisca in autotutela ove detti requisiti risultino non presenti, revocando o annullando d'ufficio l'intera procedura o una parte di essa; f) stipula del contratto, la cui efficacia è sottoposta alla condizione sospensiva dell'approvazione o degli altri controlli previsti, in base alle norme delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.

³ Cfr. C.d.S., sez. V, 25.05.1998, n. 677.

⁴ C.d.S., sez. VI, 7.09.2000, n. 4722; C.d.S., sez. IV, 21.05.2004, n. 355.

⁵ Cfr. R. Garofoli - G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2008, p. 1033.

⁶ In termini, T.A.R. Sicilia-Palermo, sez. I, 8.04.2008, n. 456.

⁷ *Ex art.* 21 *quinquies*, co. 1, Legge n. 241/90. "Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. Le controversie in materia di determinazione e corresponsione dell'indennizzo sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo".

⁸ Art. 21 *quinquies*, co. 1 bis, Legge n. 241/90: "Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico". Il successivo comma 1 *ter* è identico al comma 1 *bis*, aggiunto dall'art. 12, comma 1 *bis*, Legge n. 133 del 2008.

Alba De Felice

L'adozione speciale ex artt. 44 e ss. Legge 184/83 ovvero adozione mite. Il rifiuto di assenso ex art. 46.

Il Tribunale per i minorenni di Salerno, con una recente, illuminata ed innovativa pronunzia (n. 83/07) ha statuito l'adozione speciale ex artt. 44 e ss. Legge 184/83, nonostante il rifiuto di assenso manifestato dal genitore naturale del minore, ritenendo - tale rifiuto - assolutamente irrilevante, poiché proveniente da un soggetto che non aveva in concreto esercitato, mai, la potestà genitoriale. Così testualmente, rileva, difatti, il Tribunale salernitano: il Legislatore (all'art. 46) "ha previsto l'insuperabilità del solo diniego dei genitori esercenti la potestà, intendendo come tali i genitori che, di fatto, svolgano il ruolo genitoriale, sicché non potrà addivenirsi alla pronunzia di adozione (soltanto) allorché il rapporto

adottivo sia tale da interferire sulla conservazione della compagine familiare e rechi pregiudizio o turbamento nella vita di relazione dei genitori con il minore".

La conclusione cui giunge il T.M. è, senz'altro condivisibile, poiché - diversamente - il genitore (non esercente, di fatto, la potestà) diventerebbe addirittura... "arbitro, assoluto (!)", dell'esistenza del figlio. E tanto, in un sistema come il nostro - improntato, esclusivamente, alla tutela dell'interesse del minore - sarebbe oggettivamente inaccettabile! Difatti - prosegue il T.M. - "la Corte di Cassazione, in varie pronunce, ha posto in rilievo che, nell'adozione in casi particolari (*ex artt.* 44 e ss.) di minori, il cui o i cui genitori non esercitano la potestà genitoriale, la legge non distingue fra le diverse ipotesi alle quali va ricollegato il mancato esercizio della potestà stessa, sicché" (non essendo consentito, di fronte ad una puntuale ed inequivoca volontà del Legislatore, introdurre limitazioni in via interpretativa) "deve ritenersi escluso che sussistano impedimenti all'adozione, quando l'altro genitore ... non convivente e non esercitante, in mancanza di diversa disposizione del Giudice, la potestà, abbia rifiutato il proprio assenso, senza che abbia rilievo la circostanza che non sia stata pronunciata sospensione o decadenza dalla potestà stessa". Difatti, "la preminenza dell'interesse del minore rispetto a quella della famiglia di origine è conforme alla direttiva costituzionale di cui agli artt. 2 e 30 Cost. ... Inoltre, la possibilità di sostituire il genitore biologico in caso di incapacità, non esclude che tale sostituzione possa conseguire anche nel caso di inidoneità incolpevole". Quindi il rifiuto di assenso è irrilevante, anche, in presenza di un comportamento, involontariamente, omissivo (ad esempio per carenze culturali, caratteriali etc.) e, quindi, anche se proveniente da un soggetto inidoneo, magari non per sua colpa (v. per tutte Cass. Civ. 11604/1992). In effetti, "l'aver conferito effetti ostativi alla sola volontà dei genitori esercenti (concretamente) la potestà, escludendo, invece, (tali effetti ostativi) nel caso in cui l'assenso sia stato rifiutato dal genitore che quella potestà non esercita, trova (la sua) ragion d'essere nella considerazione che solo la comunanza di vita e la conseguente conoscenza degli interessi e delle esigenze del minore rendono rilevante il dissenso". In effetti "... la normativa tende alla massima tutela degli interessi del minore". Di conseguenza, "i diritti riconosciuti ad altri soggetti ..." - fossero

pure i genitori - "... anche se solo potenzialmente in conflitto con quelli del minore stesso, sono limitati o addirittura compressi. Tanto... per consentire la realizzazione, piena, della finalità..." (tutela concreta del minore) "... cui il Legislatore ha ispirato la specifica normativa" (Cass. Civ. 11604/92). Nell'ottica innanzi espressa, emerge, quindi, a chiare linee l'assoluta conformità della norma al dettato costituzionale. Difatti, la Suprema Corte, sul punto, così argomenta: "... la disciplina prevista dall'art. 44, lungi dall'essere in contrasto con l'art. 30 della Costituzione, regola fattispecie particolari, tutelando (in quelle speciali situazioni) il diritto del minore alla famiglia nell'ambito di un armonico sviluppo". In effetti, tale particolare adozione prescinde dallo stato di abbandono. Con essa si è inteso assicurare (invece) al minore "una più sicura collocazione nella famiglia in cui, di fatto, già vive. Dunque, va respinta la tesi che limita l'ambito della norma ai casi di abbandono del minore da parte di uno dei genitori o di mancanza di questi". D'altronde, l'esigenza - assoluta - di evitare che un genitore (rifiutando - nella veste di legale rappresentante del minore - il consenso ex art. 45, co. 2) diventi arbitro assoluto dell'esistenza del figlio, mortificando, così, l'interesse del minore a vivere e restare, invece, in un ambiente familiare nel quale lo stesso si sia già ottimamente radicato, era stata evidenziata, in passato, proprio dalla Corte Costituzionale, la quale, con la pronuncia n. 182/88, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 45, co. 2, nella parte in cui "è previsto il consenso anziché l'audizione del legale rappresentante del minore. Pertanto sarà sufficiente che il Giudice dell'adozione proceda all'audizione del rappresentante ed a quella del rappresentato, senza spogliarsi del suo potere di ultima valutazione dell'interesse esclusivo del minore". Tale autorevole pronuncia pone quindi, in risalto assoluto, l'interesse del minore - bene supremo da tutelare, sempre e comunque - ergendo il Giudice specializzato ad espressione del *munus publicum* a decidere su tale interesse, del quale egli è "l'esclusivo titolare". Quindi, il consenso, ovvero il dissenso, del legale rappresentante è subordinato, comunque, alla valutazione, ultima e decisiva, che di tale interesse è chiamato a fare il Giudice. Tanto, legittimamente, ha fatto il T.M. salernitano nell'emettere la sua decisione.

Del resto, la Corte Costituzionale - con una sua precedente sentenza (n. 197/86) - nel ribadire la

connotazione pubblicistica dell'Istituto (adozione dei minori), aveva, anche, indicato funzione e limite della volontà privata nel procedimento adozionale, statuendo che: "l'adozione, invero, pur traendo origine da un atto di autonomia degli adottanti, non si perfeziona con la mera domanda dei medesimi, bensì, solo, con un provvedimento giudiziario rispetto al cui contenuto il rilievo attribuito alla volontà degli istanti soggiace alla preminente considerazione dell'interesse del minore".

"È, dunque - proprio e soltanto - alla luce di questo unitario e fondamentale principio informatore che deve essere esaminato il regime dei consensi contenuto nella Legge 183/84.

Difatti, la Corte così testualmente argomenta: "l'analisi finora svolta conduce, altresì, a rilevare la stretta analogia del consenso del legale rappresentante con l'assenso dei genitori e del coniuge dell'adottando, il cui rifiuto ex art. 46, co. 2, qualora il Tribunale lo ritenga ingiustificato o contrario all'interesse dell'adottando, non impedisce che l'adozione, sentiti gli interessati, su istanza dell'adottante, sia egualmente pronunciata ..." (sent. n. 182/88). La Corte, poi, così prosegue: "... Lo stesso art. 46 sancisce l'imprescindibilità - solo - dell'assenso dei genitori esercenti (concretamente, però) la potestà. Siffatto limite alla valutazione, da parte del Giudice, dell'interesse dell'adottando ha una giustificazione in valori costituzionalmente garantiti, quale quello alla conservazione della compagine familiare e della società coniugale effettivamente vissute, di cui agli artt. 29 e 30 della Costituzione...". Orbene, nella fattispecie, da un'attenta valutazione del caso esaminato dal Tribunale per i minorenni di Salerno, è emerso proprio - che "... il rifiuto opposto dal padre naturale - essendo palesemente contrario all'interesse, preminente, del minore - non può acquisire carattere ostativo alla pronuncia di adozione". Difatti - dato il comportamento, totalmente assente del predetto - non potrebbe mai, ipotizzarsi, nello stesso, alcuna - concreta - conoscenza degli interessi e dei bisogni del minore! Pertanto, nel caso di specie, certamente, non ricorre quella esigenza (conservazione della compagine familiare e della società coniugale) tutelata dalla norma costituzionale.

L'aspetto che qui ci occupa (rifiuto di assenso/consenso) è stato più volte preso in considerazione, anche, dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, con una recente ed

autorevole massima (sezione I, sentenza 25/1/07 in "Famiglia e Minori", n. 4, aprile 2007) nel valutare la conformità (alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo - art. 8) di una decisione presa - in tema di adozione - da un Tribunale nazionale, ha ritenuto (alla luce della Convenzione Europea sull'adozione - art. 5 e nonostante la mancanza di consenso del genitore naturale) la decisione suddetta perfettamente compatibile, in quanto resa nell'interesse superiore del minore.

Difatti, a parere della Corte, il minore ha diritto a "consolidare i legami con l'adottante ed a concretizzare", quindi, così, "la sua legittima aspirazione ad avere una famiglia nel cui ambito attuare il proprio percorso di crescita". La Corte, così, ha riconosciuto la possibilità di superare il rifiuto di consenso se il genitore non ha più alcun legame sostanziale con il figlio e se il provvedimento adottivo è stato preso nell'interesse superiore del minore, il quale ha diritto di essere integrato, a tutti gli effetti, nella famiglia con la quale aveva già rapporti di fatto. Ciò, soprattutto, per evitare che un "rifiuto immotivato (o, addirittura, strumentale) possa bloccare l'adozione, che potrebbe, invece, essere utile per il benessere del minore e garantirgli una stabilità all'interno della famiglia nella quale ha legami affettivi continui e stabili". (v. sentenza citata).

Anche nel caso esaminato dalla Corte Europea, il padre aveva detto "no", egoisticamente, all'adozione, nonostante si fosse sempre disinteressato del benessere psichico e fisico del figlio, disertando, tra l'altro, gli incontri disposti dal Tribunale, finalizzati a consentire l'esercizio del suo diritto di visita. Il rifiuto all'adozione, appariva, pertanto, più una reazione strumentale, che un modo per mantenere i legami con il figlio.

Quindi, per la Corte Europea, la decisione del Tribunale nazionale (che aveva pronunciato l'adozione, nonostante il rifiuto del padre) fu assolutamente conforme alla Convenzione.

La Corte ritenne, infatti, che "il margine di discrezionalità (garantito dalle autonomie nazionali) era stato esercitato in totale legittimità, quindi nei limiti previsti dalla Convenzione, tenendo conto degli interessi in gioco, della reale situazione familiare e, soprattutto, degli "interessi superiori del bambino che, per la loro natura e serietà, possono certamente superare quelli dei genitori". Una decisione diversa avrebbe certamente leso, infatti, il diritto del minore alla vita familiare, pre-

cludendogli la possibilità di formalizzare i rapporti, già consolidati, di fatto, all'interno di quel nucleo. A parere della Corte, sarebbe stata, quindi, una palese contraddizione affidare una decisione così importante, come quella dell'adozione, al padre naturale, il quale si era sempre disinteressato del minore, mostrando noncuranza per le sue esigenze di vita e, soprattutto, antepoendo le sue egoistiche pretese all'interesse, supremo, del figlio. Il diniego immotivato al consenso (se fosse stato ritenuto determinante e condizione *sine qua non* per l'adozione) si sarebbe certamente concretizzato in una sorta di veto (ben nefasto), facendo passare, così, in secondo piano, proprio, l'interesse, superiore, del minore.

Quindi, è chiaro ed evidente che anche questa autorevole pronuncia, così come tutte le altre sinora esaminate, pongono in primo piano, innanzitutto, l'interesse del minore ritenendo assolutamente irrilevante - e, quindi, ben superabile dal Giudice - un rifiuto di assenso che provenga, invece, da chi, di quell'interesse, non si è mai curato. Sempre in tale ottica, si segnala, altresì, un'altra recentissima pronuncia, resa il 7/5/08 dal Tribunale per i minorenni di Bari, il quale - proprio nell'esaminare un caso relativo alla richiesta di adozione ex art. 44 lett. d) Legge 184/83 -, ha ritenuto di disporre, comunque, l'adozione, superando, in toto, il rifiuto di assenso del padre naturale. Così, infatti, recita il Tribunale barese "... (il padre), non ha dato l'assenso all'adozione. Ma il Tribunale, a norma dell'art. 46, comma 2, Legge 184/1983, ritiene di dover far luogo ugualmente all'adozione, perché il rifiuto opposto dal genitore... è decisamente contrario all'interesse della piccola...".

Prosegue, ancora, il T.M. barese in motivazione "... Sulla base di quanto esposto si deve concludere che, nel caso in esame, si possa configurare, per la minore quella situazione di semiabbandono irreversibile, che assume rilevanza ai sensi dell'art. 44 lett. d), e consente di evitare alla minore la condizione di «precariato affettivo» che il perpetrarsi del solo affidamento determinerebbe per lei". Quindi, il Tribunale barese - proprio in considerazione del superiore interesse del minore e per salvaguardare la "continuità degli affetti" [da cui scaturì, altresì, l'esigenza di evitare, in tutti i modi, l'allontanamento della bambina dalla famiglia affidataria, nella quale la minore risultava ottimamente inserita] - ha disposto l'adozione non legittimante ex art. 44 co. 1 lett. d), definita



anche, adozione mite.

Tra l'altro, la sentenza del Tribunale barese si riallaccia al concetto di "semiabbandono irreversibile" e di "precarato affettivo".

Difatti la declaratoria di adozione *ex art. 44* Legge 184/83 prescinde, totalmente, dallo stato di abbandono, che è, invece, presupposto fondamentale, soltanto, dell'adozione piena, ovvero legittimante. Così argomenta il collegio: "la disposizione dell'art. 44 d) va coordinata con quelle degli artt. 45 e 46 della stessa legge, in base alle quali, in questa, come in tutte le altre ipotesi di cui all'art. 44, non si esige il presupposto della situazione di abbandono morale e materiale del minore, ma solo il consenso dei genitori, oppure, in caso di mancato assenso, la circostanza che i genitori non esercitino (ndr concretamente) la potestà sul figlio...".

"... In sostanza, la complessiva analisi delle disposizioni indicate porta alla conclusione che" - per l'applicazione dell'art. 44 - "è necessario che relativamente al minore, ci sia un livello di abbandono, da parte dei genitori, certamente grave, ma non tanto grave da comportare la sua dichiarazione di adottabilità...". Esistono infatti delle "... zone grigie dell'abbandono, situazioni cioè che, pur non dando luogo ad un abbandono pieno, possono tuttavia ritenersi rientranti nel concetto

di «semiabbandono permanente» ed è a quelle che la norma guarda.

Difatti, secondo il Tribunale barese, bisogna così fronteggiare tutte quelle situazioni in cui, "... pur sussistendo lo stato di abbandono o semi-abbandono di minore", esse non siano perfettamente inquadrabili nelle ipotesi tassativamente previste dall'art. 7 Legge 184/1983 (adozione legittimante). Proprio in attuazione di questo criterio, il T.M. di Salerno, con la pronuncia n. 83/07, ha disposto l'adozione *ex art. 44* lett. d, Legge 184/83 che "... al fine precipuo di assicurare una famiglia sostitutiva al minore per il quale sia concretamente impossibile addivenire ad un affidamento preadottivo, consente ai soggetti che non possano ricorrere ad adozione legittimante, di addivenire all'adozione in esame".

Quindi, questa particolarissima forma di adozione è certamente la più idonea a risolvere quelle situazioni di grave disagio per i minori che - diversamente - sarebbero restate, purtroppo, prive di tutela, a causa, proprio, della tassatività dell'art. 7 Legge 184/83. In effetti, l'adozione *ex artt. 44* e ss., da un lato, soddisfa l'esigenza di offrire al minore una famiglia idonea ad allevarlo e, dall'altro, evita la dispersione, a suo danno, del patrimonio affettivo e psicologico comunque derivatogli dal significativo vincolo costruito con gli affidatari.



La norma, prevede, infatti, tale forma di adozione "anche quando non ricorrono le condizioni di cui al co. 1 dell'art. 7", e cioè anche a favore di minori non dichiarati in stato di adottabilità (ossia - v. lett. d -, per i quali vi sia la "constatata impossibilità di affidamento preadottivo") e riguarda, pertanto, proprio i casi in cui la constatata impossibilità di affidamento preadottivo impedirebbe di ricorrere all'adozione legittimante. L'espressione usata dal Legislatore, volutamente ampia, lascia quindi all'interprete il delicato compito di definire tale raggio d'azione. Prova ne è la singolare esegesi compiuta, fin dal 2003, dal Tribunale per i minorenni di Bari, e, poi, da tantissimi altri (tra cui quello salernitano) che - proprio partendo da tale disposizione attraverso la sussunzione, in essa, di alcune situazioni di disagio minorile, qualificate di "semiabbandono permanente" - hanno consolidato, nel tempo, la prassi dell'adozione mite, non diversa, nei suoi contenuti giuridici, dall'adozione in casi particolari. Ci si è chiesti, tra l'altro, in passato, se il richiamo che la norma fa al concetto tecnico di affidamento preadottivo comporti la necessità che, in questi casi, vi sia stata la previa declaratoria dello stato di adottabilità del minore. Ebbene, il dubbio è stato definitivamente risolto dalla Corte Costituzionale (v. sent. n. 383/99) che ha ritenuto non necessario il

previo accertamento dello stato di abbandono del minore, quando -così come nel caso di specie - l'adozione in casi particolari risulti, comunque, opportuna nel suo esclusivo interesse.

Pertanto, il principio della "continuità degli affetti" è ritenuto, dal Tribunale barese e da quello salernitano, certamente prioritario rispetto a quello di legalità, suggerendo, anzi, imponendo di "evitare al massimo" l'allontanamento del bambino dalla famiglia affidataria.

Il risultato che si ottiene, così procedendo, è - secondo i Giudici - duplice, poiché "anche durante l'affidamento, il minore vive nella famiglia più valida possibile" e poi, quando l'affidamento "si trasforma in adozione", il minore rimane, proprio, nella stessa famiglia. La posizione, più che legittima, del Tribunale barese (condivisa, anche, dalla giurisprudenza maggioritaria) viene, qui, riferita proprio perché offre spunti certamente validi, ritenendo ben superabile il diniego di assenso all'adozione speciale, manifestato dal soggetto che non eserciti concretamente la potestà genitoriale. Tale principio, come innanzi espresso, è stato validamente affermato dal Tribunale per i minorenni di Salerno, con la sua pronuncia n. 83/07. Tra l'altro, anche la Corte di Appello - Sez. minori - di Salerno (investita a seguito dell'impugnativa proposta dal padre

naturale), nel rigettare l'appello, ha confermato l'adozione ex art. 44, lett. d, già pronunciata. L'auspicio è che, quindi, sulla scorta degli autorevoli, recenti ed innovativi orientamenti, sanciti - tra l'altro - dal Tribunale barese e da quello salernitano, si possa, così, concretamente ed efficacemente, realizzare, sempre più e sempre meglio - al di là di qualsivoglia, gratuito, formalismo giuridico - l'effettivo interesse del minore, vero ed esclusivo principio ispiratore cui la norma, realmente, tende.

Vincenzo Vanacore

Impugnabili anche le decisioni endoprocessuali di apertura del procedimento disciplinare: secondo la Cassazione "è questo il prezzo della legalità". Osservazioni a Cass. Ss. Uu. Civ., 11.11-15.12.2008, n. 29294.

Cassazione, Sezioni Unite Civili, sentenza 11.11-15.12.2008, n. 29294, presidente Carbone, relatore Tirelli.

Massima:

"a norma dell'art. 50 del RDL 27 novembre 1933, n. 1578, è ammissibile il ricorso al Consiglio Nazionale Forense contro la deliberazione con la quale il Consiglio dell'Ordine stabilisce d'iniziare il procedimento disciplinare contro un avvocato".

La recentissima pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è davvero storica in quanto determina un significativo mutamento dell'orientamento del Giudice delle leggi.

Tale sentenza meriterebbe una lettura integrale.

In ogni modo si ritiene opportuno segnalarne, sia pure per sintesi, i passaggi più significativi.

Secondo la Corte, l'art. 50 del RDL n. 1578/1933 si limita a prevedere che le "decisioni" del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati debbono essere notificate all'interessato ed al pubblico ministero, i quali "possono ricorrere al Consiglio Nazionale Forense". Così, la genericità della disposizione consente di interpretare la norma in senso più ampio, come concessiva della facoltà di ricorrere anche avverso le deliberazioni di apertura del procedimento, che "determinando in ogni caso l'avvio del giudizio, son pur esse delle "decisioni" di carattere non meramente interno e stru-

mentale". Per accertarne l'impugnabilità, non è perciò sufficiente fare riferimento al solo art. 50 del RDL n. 1578/1933, ma bisogna guardare all'intero complesso del sistema e quindi all'art. 111 Cost. secondo cui "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio fra le parti, in condizioni di parità, davanti a un Giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata". Ne consegue che "non è più consentito insistere a dire, come per il passato, che l'attribuzione allo stesso Consiglio dell'Ordine del potere insindacabile di decidere se aprire o meno il procedimento disciplinare non comporta nessuna disarmonia perché non arreca, in definitiva, nessun serio pregiudizio all'incolpato cui resta, prima ancora che l'appello, la possibilità di far valere subito la propria innocenza, esponendone le ragioni nel corso del grado, oltre che nella successiva fase di gravame. La Corte Europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza nazionale in tema di cd "Legge Pinto" hanno infatti chiarito che ogni processo, sia esso civile che penale o amministrativo, costituisce di per sé fonte di pregiudizio in quanto anche nei casi in cui non provoca danni patrimoniali, comporta comunque dei turbamenti e delle sofferenze capaci di peggiorare la situazione di chi lo vive". Infine, il Collegio riconosce che a fronte di oltre 160 Consigli locali dell'Ordine vi è un solo Consiglio Nazionale e che, di conseguenza, l'affermazione del predetto principio di diritto determinerà per quest'ultimo un sensibile aggravio di lavoro in quanto comporterà la necessità di fare fronte ad un maggior numero di ricorsi. Tuttavia, la considerazione viene superata dal rilievo che "questo è il prezzo della legalità che, d'altronde, se per un verso costituisce un onere, per l'altro rappresenta un avanzamento delle funzioni e dell'autorità del Consiglio Nazionale, cui viene in tal modo garantita la possibilità di vigilare meglio ed intervenire in maniera più sollecita ed efficace per assicurare l'esatta interpretazione delle norme deontologiche e la loro uniforme interpretazione su tutto il territorio". La sentenza ha acceso un dibattito piuttosto vivace tra coloro che ritengono il *dictum* un'autentica mortificazione del prestigio e dell'autonomia dei Consigli dell'Ordine e quanti apprezzano lo sforzo della Cassazione di razionalizzare la materia. Sul punto, la Rivista si ripromette di seguire con la dovuta attenzione gli sviluppi dell'interessante *querelle*.

Dottrina

Angela Abrunzo

Il procedimento di diniego di rinnovo alla prima scadenza del contratto di locazione: ambito applicativo e presupposti. Differenze con il procedimento di convalida di licenza ovvero di sfratto per finita locazione.

In materia di locazioni, il Legislatore ha previsto che i contratti in parola, siano essi "ad uso diverso" ovvero "ad uso abitativo", abbiano una durata minima - rispettivamente, di sei e di quattro anni - e, alla prima scadenza contrattuale, non cessano per il mero spirare del termine né per disdetta, ma, ai sensi dell'art. 28 Legge n. 392/78, "solo per effetto di diniego di rinnovazione, ovvero della intenzione del locatore di destinare l'immobile ad uno degli usi o di effettuarvi le opere previste dall'art. 29 della Legge 392/78, per gli immobili adibiti ad uso commerciale e dall'art. 3 della Legge 431/98, per gli immobili adibiti ad uso abitativo". È da ritenere, quindi, che, alla prima scadenza di una locazione assoggettata al diniego di rinnovazione - non cessando il rapporto per la scadenza del termine, ma solo in concorso con la volontà del locatore di realizzare gli scopi tassativamente previsti - non possano essere intimati licenza e sfratto per finita locazione, non potendo trovare applicazione il procedimento regolato dagli artt. 657 e ss. cpc.

L'art. 30 della Legge 392/78 detta, al riguardo, un procedimento speciale il cui esperimento è il solo necessario per permettere al locatore di riottenere la disponibilità dell'immobile qualora lo stesso neghi il rinnovo del contratto di locazione alla prima scadenza. Ciò, sulla base di un'esigenza personale riconosciuta a priori meritevole di tutela dal Legislatore, da comunicare al conduttore a mezzo di disdetta motivata - a pena di nullità -, che deve necessariamente precedere l'esperimento dell'azione giudiziale in esame.

Sia ben chiaro, tuttavia, che l'introduzione della domanda di diniego di rinnovazione alla prima scadenza in forma di intimazione di licenza o sfratto per finita locazione, non determina alcuna nullità procedimentale, ma dà luogo all'applicazione del combinato disposto degli artt. 667 e 426 cpc, ossia alla pronuncia dell'ordinanza di trasformazione del rito per convalida in rito locativo ex art. 447 bis cpc.

In proposito, è necessario rimarcare che tali strumenti processuali - quello di cui all'art. 657 cpc e quello di cui all'art. 30 cit. - risultano profondamente diversi sia nella struttura che nelle conseguenze che ne discendono.

In primo luogo, va detto che differiscono radicalmente le pronunce che vanno adottate all'esito dei due procedimenti, essendo ciò il portato della evidente diversità dei diritti sostanziali che vi stanno sullo sfondo.

Infatti, nel caso del procedimento di convalida, una volta mutato il rito in conseguenza dell'opposizione dell'intimato, questo si conclude con una pronuncia di accertamento della cessazione del rapporto alla scadenza prevista, una volta che sia stata riscontrata la mancanza di una sua tacita riconduzione. Mentre, nell'evenienza di diniego di rinnovazione, l'effetto della conclusione del rapporto non si produce mai in via automatica in virtù della disdetta del locatore, ma richiede l'assenso del conduttore mediante l'espressa non opposizione e, laddove questi si opponga o resti contumace, l'accertamento della sussistenza dei presupposti previsti per l'esercizio del diritto potestativo al diniego, che sfocia nell'adozione di una pronuncia assimilabile a quelle di tipo costitutivo.

Quanto appena evidenziato, risulta plasticamente laddove si presti attenzione alla assoluta diversità del valore che la legge assegna al comportamento del conduttore-intimato ex art. 657 cpc, rispetto al conduttore-convenuto ex art. 30 legge equo canone e art. 447 bis cpc.

Invero, nel primo procedimento, la mancata comparizione dell'intimato è di per sé sufficiente per l'adozione del provvedimento di convalida alla data indicata in citazione; nel secondo, ciò si verifica soltanto laddove il convenuto compaia e non si opponga, mentre nella sua contumacia, il Giudice è comunque chiamato a verificare la sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 29, pronunciando sentenza.

L'infungibilità dei due strumenti, inoltre, risalta riguardo ad altro aspetto tutt'altro che trascurabile.

Infatti, sia che il conduttore convenuto ai sensi dell'art. 30 legge cit. compaia e non si opponga, sia che le parti si concilino a mente del comma 5, sia che sia stato disposto il rilascio ex comma 6 ovvero con sentenza all'esito della istruzione del giudizio, il relativo provvedimento costituisce il presupposto per invocare la tutela ex post a norma

del successivo art. 31 della Legge n. 372 del 1978, vale a dire, il ripristino del rapporto di locazione o, in alternativa, il risarcimento di cui al comma 3. Circostanza questa, che potrebbe ritenersi difettare nel caso di convalida ottenuta con il procedimento per intimazione, ribaltando ciò in particolar modo nella evenienza in cui l'intimato non compaia alla udienza di convalida, non avendo, in quel momento, motivi per dubitare della serietà della intenzione del locatore di utilizzare l'immobile per gli scopi previsti dall'art. 29 sopra citato. Occorre, infine, soffermarsi su un ultimo aspetto che la novella normativa evidenzia: poiché nel sistema della legge è consentita, come detto, in caso di controversia, la verifica della serietà e della pratica realizzabilità dell'intento dichiarato dal locatore e la correlativa verifica da parte del Giudice della sussistenza delle condizioni per il riconoscimento del diritto al diniego, non va sottaciuto che il locatore ha l'onere di dimostrare la serietà e la veridicità dell'intento di adibire l'immobile ad uso personale o effettuare sullo stesso le opere di cui alla legge sopra ricordata. Tale indagine deve essere particolarmente rigorosa e penetrante da parte del Giudice, al fine di evitare la perpetrazione di facili frodi in danno del conduttore.

Francesca Del Grosso*

L'affidamento del bene sequestrato penalmente a terzi: indebito prolungamento della custodia e tutela degli interessi erariali.

Analizziamo la seguente problematica oggetto di alcune interrogazioni parlamentari a causa degli interessi coinvolti (nota 4-00945 deputato Lucchese 2002), evidenziando che nell'ambito degli uffici giudiziari spesso sono stati riscontrati disservizi nella gestione dei corpi di reato affidati a terzi che hanno causato notevoli danni erariali dovuti alla mancata o ritardata definizione dei medesimi.

Ciò comporta a carico degli addetti ai lavori (magistrati e cancellieri) precise responsabilità di natura amministrativa e disciplinare.

Pertanto, al fine di evitare l'indebito prolungamento della custodia, occorre osservare puntuali disposizioni in merito dettate da fonti legislative e da circolari (anche risalenti nel tempo), ma soprattutto, a parere della scrivente, "oculata sor-

veglianza" del servizio, gestendolo costantemente con diligenza e attenzione, nella consapevolezza degli interessi erariali coinvolti.

Premesso ciò, poniamo l'accento su alcuni degli aspetti ritenuti più rilevanti per la nostra disamina:

- a) modalità della tenuta del registro mod. 42 in cui vengono iscritti i beni sequestrati e affidati in custodia a terzi;
- b) criteri di formazione del fascicolo penale cui sia inerente il bene affidato a terzi;
- c) relazione tra la gestione dei corpi di reato affidati in custodia onerosa e quelli custoditi in Cancelleria.

a) Tenuta mod. 42: verifiche semestrali (circolare ministeriale 1/98).

Il registro in cui vengono iscritti i beni affidati alla custodia dei terzi è il mod. 42 (affidato alla responsabilità di un cancelliere e alla sorveglianza del Capo dell'ufficio giudiziario);

ratio del medesimo è la memoria di tali beni che potrebbero rimanere presso terzi per lungo tempo (per la durata del processo, per l'esecuzione non sollecita dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria o perché dimenticati), con decorrenza di spese che lo Stato potrebbe anche non recuperare (si pensi ad esempio a un processo penale terminato con sentenza di prescrizione o assoluzione). Da qui la necessità e l'opportunità di un periodico controllo delle iscrizioni del registro, che "ispirato a criteri di buon espletamento del servizio, comporta l'effettuazione ogni sei mesi sia presso gli uffici requirenti che giudicanti di primo grado, della verifica dei corpi di reato pendenti, allo scopo di sollecitare l'emanazione ovvero l'esecuzione dei provvedimenti di destinazione del bene in sequestro" (circolare 1/98).

La segreteria e la cancelleria hanno pertanto l'obbligo (art. 4 D.M. 30.9.89 n. 334) di compilare alla fine di ogni anno solare, la rassegna numerica degli affari pendenti, distinguendo quelli per i quali il provvedimento di destinazione dei beni sia esecutivo. Si ricorda che "il Capo dell'ufficio è tenuto a vigilare sull'osservanza della disposizione di cui all'art. 4 del decreto" (circolare ministeriale 15.3.06)

A tale proposito si rammenta che negli ultimi anni, le spese di giustizia hanno avuto rilevante incremento, e al contempo le risorse economiche messe a disposizione non permettono di farvi fronte in modo adeguato. Oltre recenti interventi

legislativi inquadrati in un ambito più generale (art. 2, 613° co., Legge 24/12/07, n. 244-2 Decreto Legge 16/9/08, n. 143 convertito in Legge 13/11/08, n. 181), interessante è l'apporto dato a quello in esame dalla circolare ministeriale Dipartimento per gli Affari di Giustizia del 15/03/06, diretta a incidere sulle procedure di spesa degli uffici giudiziari, tra cui vi è anche quella relativa alla restituzione dei beni sequestrati (Decreto Legge 30/06/2005 n. 115).

Infatti, "è noto che sono numerosi i beni, prevalentemente veicoli, giacenti presso terzi depositari, talvolta anche da lungo tempo rispetto alla definizione del giudizio. Tale circostanza determina conseguenze dannose per l'erario, esposto a esborsi non giustificati da reali esigenze processuali, che concorrono a gravare ulteriormente il capitolo di bilancio delle spese di giustizia". Ora, la regolare tenuta del mod. 42 permette di effettuare il costante controllo del bene in relazione allo stato del processo penale.

Ed è per questo che, così come previsto dalla circolare citata, occorre:

- 1) individuazione del responsabile della tenuta del mod. 42;
- 2) redazione annuale della rassegna numerica già citata, sottoscritta dal responsabile e trasmessa al Capo dell'ufficio;
- 3) sollecita iscrizione sul mod. 42 del bene sequestrato.

Non solo è importante però la diligenza nella gestione del registro indicato, ma è necessario che siano compiuti puntuali adempimenti in ordine alla formazione del fascicolo. Abbiamo così introdotto il secondo punto in esame.

b) Formazione fascicolo: annotazioni e sottofascicolo.

La corretta formazione del fascicolo, sin dalla fase di convalida del sequestro del bene è condizione imprescindibile per il controllo della durata del vincolo giudiziale, e per la sollecita destinazione del medesimo. Infatti, il processo penale può durare anni, può finire in primo grado o con un provvedimento di archiviazione, ovvero essere deciso in fase di gravame. Ciò comporta che il bene affidato in custodia a terzi, ove non evidenziato, possa essere dimenticato, con conseguenze diverse (protrarsi della custodia onerosa, perdita di valore del bene...).

È per questo che la circolare da ultimo citata prevede alcuni adempimenti atti ad evidenziare la

sussistenza del bene:

-annotazione della presenza del bene e del numero di presa in carico sul registro mod. 42 e sulla copertina del fascicolo;

-compilazione dell'elenco delle cose sequestrate che poi confluisce nel fascicolo per il dibattimento (artt. 433 e 553 cpp).

Presso la sezione penale del Tribunale di Nocera inoltre, si procede alla formazione di un sottofascicolo che viene inserito in quello principale e viene altresì tenuto in copia in un'apposita raccolta dal responsabile della tenuta del mod. 42, e nel quale vengono inseriti tutti gli atti relativi alle vicende del bene sequestrato.

Ciò, pur comportando ulteriore attività a carico della cancelleria, agevola la memoria di cui sopra e consente all'autorità giudiziaria di esaminare più facilmente gli atti relativi. Infatti, "il magistrato che omette o ritarda l'adozione dei provvedimenti in ordine alla destinazione dei beni sequestrati, e il funzionario che non esegue o ritarda l'esecuzione di provvedimento di restituzione o di vendita della cosa sequestrata, sono responsabili di eventuali danni erariali conseguenti al protrarsi della custodia".

c) Relazione tra la gestione dei corpi di reato custoditi in Cancelleria e presso terzi: eliminazione reperti definiti.

La cura del servizio relativo ai corpi di reato affidati alla custodia presso terzi, comporta di riflesso un'intensa attività di eliminazione di quelli custoditi in cancelleria presso i Tribunali.

Infatti la circostanza spesso frequente di ridotti spazi presso gli uffici giudiziari destinati alla custodia dei reperti, fa sì che talvolta non possano riceversi i medesimi, dando così il fianco alle custodie onerose anche per beni (es. capi voluminosi d'abbigliamento, grossi quantitativi di materiale duplicato illecitamente) che normalmente potrebbero essere depositati presso i Tribunali.

Pertanto, la rassegna numerica annuale (prevista anche per il registro mod. 41 in cui vengono iscritti i beni custoditi in cancelleria), oltre a essere un adempimento formale previsto dalla normativa inerente, rappresenta un efficace strumento per eliminare (perché da restituire, da distruggere, da versare alla DPA...) quelli definiti dall'autorità giudiziaria. La conseguenza sarà la creazione di spazio all'interno dei locali adibiti al deposito, consentendo anche la consegna per la successiva custodia di beni che sarebbero in alternativa

affidati a terzi, con decorrenza di spese a carico dell'Erario per i motivi indicati in precedenza. Gli aspetti esaminati della problematica relativa all'indebito prolungamento della custodia evidenziano quindi la cura e l'attenzione che bisogna avere nella gestione del servizio.

* Responsabile Sezione Penale Dibattimentale del Tribunale di Nocera Inferiore

Ornella Famiglietti

Art. 600 bis c.p. primo e secondo comma, i problemi definitivi del reato di "prostituzione minorile".

"Il tabù più forte di tutti è quello che va sotto il nome di minorenne... il sentimento di colpa, universale e motivato, del mondo degli adulti non può fare a meno di ciò che essi definiscono l'innocenza dei bambini, come della sua immagine speculare e del suo rifugio, ed ogni mezzo per difenderla per loro va bene". Le parole di Theodor Adorno estremizzano quello che si presenta come una vera e propria difficoltà giuridica allorché ci si appropria alla tutela del minore. La circostanza che l'oggetto della tutela sia un minore ha portato il Legislatore ad adottare una tecnica normativa che focalizzasse maggiormente l'attenzione sulla funzione preventiva del diritto penale. Alla luce di tali considerazioni si spiega la *ratio* delle attuali politiche dell'infanzia. Queste ultime, frutto anche dell'impulso promanante dalla legislazione comunitaria e dalle convenzioni internazionali, sono intervenute a normare un fenomeno a dir poco dilagante, quale lo sfruttamento dei minori a carattere sessuale. Non a caso, la Legge n. 38/2006, rubricata "lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia a mezzo internet", nel modificare la Legge n. 269/98 in materia di "norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno dei minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù", mostra di prendere atto dell'evoluzione dei mezzi attraverso i quali si può realizzare lo sfruttamento sessuale dei minori. Se l'intento originario del Legislatore, in tale ambito, era quello di valorizzare la funzione preventiva del diritto penale, nella sua redazione effettiva, la normativa è risultata, invece, ancorata ad una funzione più repressiva e meno preventiva. Tale stravolgimento nel *modus operandi* ha

portato ad incriminare anche soltanto la mera detenzione di materiale pedopornografico virtuale, dimostrando di non tenere ben distinta la linea di demarcazione tra eticamente riprovevole e penalmente rilevante. Il fine ultimo perseguito con la Legge n. 269/98, fatto proprio anche dalla Legge n. 38/06, si identifica nell'esigenza di "garantire la tutela dei fanciulli contro ogni forma di violenza e sfruttamento sessuale a salvaguardia del loro sviluppo psicofisico, morale e sociale". Come efficacemente sostenuto dall'on. Anna Maria Serafini, relatrice del progetto di legge poi approvato nel 1998, "il minore non può essere considerato una merce, né un adulto mancante: è una persona e come tale è titolare di diritti, il primo dei quali deve essere individuato nel diritto alla crescita, al passaggio all'età adulta"¹. Il bene giuridico oggetto di tutela va quindi incardinato nello sviluppo potenziale dell'individuo minore, il quale si presenta come un essere in divenire; ed è proprio in tale divenire che si inserisce l'intervento penale qualora fattori esterni alla volontà del soggetto si presentino in chiave interrutiva del predetto processo di sviluppo.

La norma di cui all'art. 600 bis c.p. rubricato *prostituzione minorile*, contempla al suo interno due differenti fattispecie delittuose, a seconda del comma considerato. In entrambe le ipotesi disciplinate, la *ratio* accomunante è riscontrabile nella tipologia del bene giuridico tutelato, ossia l'incriminazione di una condotta teleologicamente orientata al mercimonio di un'attività che dovrebbe rappresentare, in condizioni ordinarie, la cristallizzazione della capacità di autodeterminazione in materia sessuale. Come ha efficacemente sottolineato, infatti, la Suprema Corte², "la fattispecie criminosa di cui all'art. 600 bis c.p. introdotta in attuazione della Legge n. 269/98 in adesione ai principi della Convenzione dei diritti del fanciullo, è diretta a proteggere l'integrità e la libertà fisica e psichica del minore ed ha pertanto natura autonoma, attesa la sua diversa oggettività giuridica rispetto ad analoghe fattispecie criminose in materia di prostituzione di soggetti adulti, laddove il Legislatore mira a tutelare il buon costume e la pubblica moralità".

Il primo comma dell'art. 600 bis c.p. sancisce che "è punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da 15.493 a 154.937 euro, chi induce alla prostituzione una persona di età inferiore agli anni diciotto ovvero ne favorisce o sfrutta la prostituzione". Volendo analizzare la struttura di

tale fattispecie incriminatrice, essa appare come un reato comune, ovvero realizzabile da un qualsiasi *quivis de populo*. Ciò non esclude l'applicabilità della circostanza aggravante di cui all'art. 600 sexies c.p. in merito al rapporto di parentela, affinità od affidamento qualificato tra l'agente e la vittima. Proprio quest'ultima, conformemente alle indicazioni promananti dalla Convenzione ONU di New York sui diritti del minore del 1989, è genericamente individuata con la persona di età inferiore agli anni diciotto, ancorché resti sempre compito del Giudice valutare, in relazione al caso concreto, il peso specifico del pregiudizio arrecato allo sviluppo psicofisico del minore. Dal punto di vista oggettivo, secondo una parte della dottrina³, la norma di cui all'art. 600 bis c.p. si presenta come una disposizione a "fattispecie alternative plurime" laddove la condotta può essere costituita, alternativamente, dal favoreggiamento, induzione o sfruttamento dell'attività di prostituzione del soggetto minore di anni diciotto. I sostenitori di tale tesi adducono a fondamento della stessa una serie di elementi. *In primis*, il collante tra le varie condotte è rappresentato dal riferimento al medesimo bene giuridico, ossia il minore nel suo *iter* di sviluppo, e dalla circostanza che, in ognuna delle ipotesi considerate, il peso sanzionatorio sia il medesimo; *in secundis* la ricomprensione sotto un'unica egida, quella di cui all'art. 600 bis c.p. di diverse figure criminose; *in tertiis* la compatibilità della struttura del reato a condotte alternative con la possibile abitualità dell'azione criminosa, in maniera tale che l'eventuale pluralità di fattispecie non vada ad intaccare l'unitarietà del reato, riverberando i suoi effetti negativi esclusivamente sulla gravità dello stesso in termini di commisurazione della risposta punitiva. Di parere diametralmente opposto si è presentata la giurisprudenza⁴ la quale, mutuando un *escamotage* già adottato in materia di prostituzione di soggetti adulti, ha sottolineato la netta differenziazione tra "induzione alla prostituzione", "favoreggiamento" e "sfruttamento" della stessa, considerando le tre fattispecie in maniera autonoma. Con l'espressione "induzione" alla prostituzione di un minore di anni diciotto, infatti, il Legislatore farebbe riferimento ad un'attività teleologicamente e consapevolmente orientata non solo a far insorgere o rafforzare l'intento di dedicarsi al mercimonio del proprio corpo, ma altresì, alla prospettazione di motivi ulteriori che inducano la vittima a non abbandonare la strada della com-

mercializzazione di sé, se già intrapresa, o ad avvicinarsi alla stessa, se non ancora iniziata. L'espressione "favoreggiamento" della prostituzione di un minore di anni diciotto, invece, farebbe riferimento, volendo superare una lettura *prima facie* della norma, ad una condotta finalizzata alla rimozione di qualsiasi ostacolo che si frapponga all'esercizio della prostituzione medesima, predisponendo, se necessario, tutti i mezzi opportuni all'espletamento di tale attività, ossia ad una fase sostanzialmente preparatoria rispetto al mercimonio effettivo. Considerando le due fattispecie nei suddetti termini, ne risulta la considerazione di condotte tra loro autonome, entrambe, però, integrabili dal punto di vista concreto, e, per le quali, non risulta un rapporto di reciproca continenza o sussunzione. Al di là della dialettica ermeneutica in merito alla natura del reato, non si può prescindere dal dato giurisprudenziale. E proprio la giurisprudenza ha specificato come, per l'integrazione dell'ipotesi delittuosa ex art. 600 bis c.p. non sia necessario che il minore venga indotto a prestare la propria attività sessuale nei confronti di una cerchia indiscriminata di soggetti, ma sia sufficiente il rivolgersi ad un soggetto *uti singulus* considerato⁵. Tale apparente estensione del campo di applicazione della norma si giustifica alla luce della particolare importanza del bene giuridico tutelato, ossia il corretto sviluppo psicofisico del minore, che verrebbe pregiudicato con la dazione del proprio corpo o di una sua parte, anche semplicemente ad un unico soggetto. Non a caso la Suprema Corte ha specificato che "il delitto di cui all'art. 600 bis c.p. sussiste anche nel caso in cui l'autore del reato abbia indotto soggetti minorenni ad avere rapporti retribuiti non già con una pluralità indiscriminata di persone, ma solo con l'agente stesso; infatti l'interesse protetto dalla fattispecie, a differenza di quello tutelato nella Legge n. 75 del 1958 in materia di sfruttamento della prostituzione, è il libero sviluppo psicofisico del minore, il quale può essere messo a repentaglio da qualsiasi tipo di mercificazione del proprio corpo. Per tale ragione il Legislatore ha previsto, in riferimento alla prostituzione del minore, nei commi secondo e terzo della citata disposizione, la punibilità del cliente, per la quale è sufficiente che il minore abbia ricevuto danaro o altra utilità economica in cambio di prestazioni di carattere sessuale"⁶. La condotta ascrivibile al "favoreggiamento", invece, se interpretata in maniera estensiva, rischia di

provocare un effetto controproducente rispetto alla stessa tutela del minore. Infatti, ricomprendere sotto l'egida del favoreggiamento qualsiasi attività preparatoria ed embrionale rispetto al mercimonio rischia di includere nel novero dei potenziali autori del reato anche gli stessi minori, vittime di prostituzione, in virtù della teoria del così detto "favoreggiamento reciproco".

Sembra, invece, rivestire una posizione a parte l'effettivo "sfruttamento della prostituzione" avente ad oggetto minori degli anni diciotto, che consiste nel trarre vantaggio economici o di altra natura dall'altrui mercimonio. Il *punctum dolens* di tale fattispecie criminosa è costituito dalla natura essenzialmente economica o meno dell'altrui prostituzione. La dottrina maggioritaria⁷ tende, infatti, ad essere più restrittiva rispetto alla *littera legis* che fa generico riferimento ad un'utilità, richiedendo una configurazione della stessa in termini *stricto sensu* economici. Tale interpretazione si imporrebbe alla luce di due considerazioni: il più volte citato fondamento della norma, individuato nell'esigenza che il minore non venga fatto oggetto di commercializzazione ed una lettura, in combinato disposto, dei due commi, in virtù dei quali il cliente è punito per aver compiuto atti sessuali con un minore "in cambio di danaro o altra utilità economica". Da quanto detto, è possibile ricavare, *a fortiori*, il sostrato comune alle varie fattispecie delittuose di cui all'art. 600 *bis*, primo comma: innanzitutto il bene giuridico che s'intende tutelare, ovvero la minorità in qualità di adulto potenziale e, quindi, soggetto in divenire; in secondo luogo il carattere sostanzialmente abituale delle condotte medesime. Come efficacemente sottolineato dalla dottrina, a cui poi si è adeguata la giurisprudenza, "il singolo atto di sfruttamento, che di regola si accompagna poi all'attività collaterale del lenocinio, concorre con tutti gli altri, attraverso una gamma indefinita di modalità, alla realizzazione di un atteggiamento antisociale parassitario, di una continuità criminosa decisamente professionale"⁸.

Ponendosi da tale angolo prospettico è facile notare come la reiterazione della condotta sia insita nello stesso concetto di "sfruttamento", che implica, sotto il profilo lessicale e sotto il profilo tecnico-giuridico, la possibilità di utilizzare continuamente e parassitariamente il prodotto dell'altrui attività. È pur vero, però, che la suddetta interpretazione va valutata in combinato disposto con la circostanza che oggetto di tutela sia lo

sviluppo psicofisico del minore degli anni diciotto, il cui *iter* potrebbe essere definitivamente compromesso anche da un unico atto di vero e proprio mercimonio. Il concetto principe intorno al quale ruota il reato in esame è quello di "prostituzione" che ha già di per sé una rilevanza penale intrinseca, indipendentemente da qualsiasi finalizzazione soggettiva. Se oggetto di diatriba dottrinale e giurisprudenziale sono i concetti di "induzione", "sfruttamento" e "favoreggiamento", altrettanto deve dirsi per il concetto di "prostituzione". La giurisprudenza della Suprema Corte ha statuito che "la nozione di prostituzione, anche se non risulta definita legislativamente, corrisponde ad un tipo normativo che non può essere individuato sulla base di criteri di valutazione meramente sociale o culturale. Orbene l'interpretazione giurisprudenziale non ha mai identificato la nozione di atto di prostituzione con quella di congiunzione carnale, con qualsiasi modalità avvenga, ovvero del compimento di atti di libidine, secondo la distinzione che ha preceduto la novella di cui alla Legge n. 66 del 1996, dietro pagamento di un corrispettivo, bensì con quella molto più ampia di prestazione sessuale, caratterizzato dall'elemento retributivo, ed essa non viene meno qualora la donna si conceda ad una categoria di persone aventi determinati requisiti giacché, nel verificarsi della condizione di appartenenza di tale categoria, ella è disposta a concedersi a chiunque vi appartenga... l'elemento caratterizzante l'atto di prostituzione non è necessariamente costituito dal contatto fisico tra i soggetti della prestazione, bensì dal fatto che un qualsiasi atto sessuale venga compiuto dietro pagamento di un corrispettivo e risulti finalizzato, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o che è destinatario della prestazione. Infatti, non è mai stato messo in dubbio che l'attività di chi si prostituisce può consistere anche nell'esecuzione di atti sessuali di qualunque natura eseguiti su se stesso in presenza di chi ha chiesto la prestazione, pagando un compenso, al fine di soddisfare la propria libidine senza che intervenga un contatto fisico tra le parti... così si palesa irrilevante il fatto che chi si prostituisce ed il fruitore della prestazione si trovino in luoghi diversi, allorché gli stessi risultino collegati, tramite internet, in videoconferenza che consente all'utente della prestazione, non diversamente da quanto potrebbe verificarsi nell'ipotesi di contemporanea presenza nello stesso luogo di

interagire con chi si prostituisce, in modo da poter chiedere a questi il compimento di atti sessuali determinati, che vengono effettivamente eseguiti ed immediatamente percepiti da colui che ordina la prestazione sessuale a pagamento"⁹. Dalla lettura di tale pregevole sentenza emerge come il concetto di prostituzione sia saldamente ancorato al carattere *retributivo* della prestazione sessuale, in maniera tale che la finalità lucrativa, pur essendo avulsa dalla figura del minore, deve, invece, connotare la condotta dell'agente. Dal punto di vista contenutistico, la nozione di "prostituzione" implica necessariamente la realizzazione di prestazioni a carattere sessuale, includendo in tale novero non soltanto quelle attività che presuppongono un contatto fisico tra le parti, ma anche quelle che presuppongono semplicemente una relazione di contiguità, ancorché non materiale *stricto sensu*, tra fruitore ed erogatore della prestazione. L'elemento del contatto "virtuale", attraverso internet, infatti, assorbe, in un rapporto di continenza, quello del contatto fisico, al punto tale da ritenere integrati gli estremi della fattispecie di cui all'art. 600 *bis* c.p. anche nel caso di compimento dell'attività sessuale attraverso l'utilizzo dei mezzi telematici. Al di là dell'elemento oggettivo, costituito dalla condotta attiva, occorre analizzare l'altro elemento costitutivo della fattispecie penale, ossia l'elemento psicologico. Il sostrato comune alle fattispecie enucleate nel primo comma dell'art. 600 *bis* c.p. è rappresentato dalla coscienza e volontà di indurre, favorire o sfruttare la prostituzione del minore, riconducibile quindi sotto l'egida del *dolo generico*. Anche la giurisprudenza ha statuito sul punto sancendo che "le fattispecie criminose di cui all'articolo in esame sono caratterizzate dal dolo generico ed è pertanto sufficiente per la sussistenza dell'elemento soggettivo che l'agente abbia la rappresentazione degli elementi del fatto tipico tra cui si pone l'età della vittima"¹⁰.

Nell'oggetto del dolo sono ricompresi due elementi, ossia la coscienza della minore età della vittima e la consapevolezza dell'idoneità della propria condotta a rappresentare il *prius* logico per la mercificazione del corpo altrui, nel caso del "favoreggiamento", così come la coscienza della provenienza di un ritorno economico dall'attività di prostituzione, nel caso dello "sfruttamento" della medesima. In merito al primo elemento costitutivo del dolo il Legislatore non ha riprodotto nei reati in esame, la disposizione di cui

all'art. 609 *sexies* c.p. che sancisce l'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa, infraquattordicenne¹¹. In tal modo l'eventuale *error aetatis* potrà essere addotto quale elemento ostativo all'integrazione della fattispecie di cui all'art. 600 *bis* c.p. con conseguenti riverberi negativi in merito al campo di applicazione della suddetta disposizione che viene così ad essere particolarmente ristretto. Un altro *punctum pruriens* è rappresentato dalla tipologia di dolo che dovrebbe contraddistinguere la consapevolezza dell'utile derivante, in termini economici, dall'attività di prostituzione del minore. Volendo, infatti, trasporre a questa fattispecie le considerazioni enunciate dalla giurisprudenza in materia di reati sessuali che vedono come persone offese soggetti maggiorenni, l'elemento soggettivo dovrebbe qualificarsi in termini di *dolo specifico*, essendo quindi necessaria, per la configurazione del reato *ex art. 600 bis* c.p., la consapevolezza dell'autore di trarre profitti economici dall'attività di mercificazione del proprio corpo da parte della vittima. Accogliendo tale interpretazione giurisprudenziale, si rischierebbe un'eccessiva anticipazione della soglia di tutela penale, essendo sufficiente, per l'integrazione della fattispecie delittuosa, la mera rappresentazione del ritorno economico e non l'effettiva realizzazione del profitto stesso.

Il Legislatore, al secondo comma dell'art. 600 *bis* c.p., punisce il *fruitore* delle prestazioni sessuali erogate dal soggetto minore di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni, prevedendo, nell'ipotesi in cui la soglia d'età dovesse essere inferiore ai sedici anni, l'applicazione di una circostanza aggravante ad effetto speciale, di cui al terzo comma dello stesso articolo. Il fatto tipico contemplato dalla norma in esame è costituito dal compimento di atti sessuali con un minore ultrasedicenne in cambio di danaro o altro vantaggio *stricto sensu* economico. La dicitura adottata dal Legislatore nazionale, ovvero il compimento di "atti sessuali con il minore", lascia ampi margini di applicazione per l'ermeneutica. Dinanzi ad una *littera legis*, infatti, alquanto generica nella sua formulazione, l'interprete ha teso a restringere il campo di applicazione della norma, ricomprendendo nel suo novero soltanto gli atti a connotazione sessuale compiuti "sul cliente", e non anche gli atti compiuti dalla vittima "su se medesima o su terzi". Tale interpretazione restrittiva sarebbe suffragata dall'applicazione, nell'ordinamento penale, del divieto di analogia in *malam partem*.

Non sussiste unanimità di vedute al riguardo, laddove i sostenitori della teoria opposta ritengono di poter arginare il divieto di analogia ricorrendo all'escamotage dell'interpretazione estensiva della norma. Il vero *punctum dolens* è rappresentato, in tal caso, dalla sottigliezza del *discrimen* intercorrente tra procedimento analogico e procedimento meramente interpretativo. Non sempre, infatti, è stata fatta lucida applicazione della suddetta distinzione, essendo posta in dubbio la distinzione medesima. Non a caso, per ciò che concerne specificamente i delitti contro la libertà individuale, la giurisprudenza ha assunto posizioni diverse in materia di cessione di materiale pedopornografico, a seconda dell'angolo prospettico prescelto. Al di là della diatriba sulla linea di demarcazione in esame, resta il dato per cui ammettere un'interpretazione della norma penale in chiave esclusivamente restrittiva sarebbe incompatibile con lo stesso ruolo del Giudice chiamato a scegliere l'interpretazione "migliore" del testo normativo, alla luce dei tradizionali canoni ermeneutici, quali quello storico, teleologico e sistematico. Introducendo il divieto di interpretazione estensiva, i suddetti criteri verrebbero messi in discussione, con un'inevitabile discrasia tra limiti interni dell'esegesi e garantismo portato alle sue estreme conseguenze¹². Il nucleo centrale del disvalore della fattispecie in esame è, in ogni caso, rappresentato dalla commercializzazione dell'atto sessuale, che permette di connotare in termini di "schiaivismo", una condotta che, esplicita in condizioni normali, dovrebbe costituire mero sviluppo di una capacità di autodeterminazione. Dato il disvalore penale dell'atto di per sé considerato, non è necessaria, per la configurazione della fattispecie in esame, l'effettiva corresponsione di un vantaggio economico, essendo sufficiente il mero *sinallagma negoziale*. Ciò significa anche che l'eventuale vantaggio economico pattuito per l'erogazione delle prestazioni sessuali non sia necessariamente rivolto nei confronti della vittima, ben potendo essere diretto a terzi che detengano il controllo sul minore o, comunque, garantiscano l'adempimento della sua obbligazione. In tale tipologia di accordo, l'elemento psicologico che connota il minore, contemporaneamente "parte contraente" ed "oggetto" della prestazione, diventa di fondamentale importanza. Se la vittima dovesse essere consapevole della mercificazione del proprio corpo, infatti, il suo consenso si presumerebbe *iuris et de iure*

viziato; se, invece, la vittima dovesse essere ignara del corrispettivo economico pattuito, la sua eventuale scelta di compiere atti sessuali, non sarebbe più affetta da una presunzione di coartazione, ma dovrebbe essere appurata in rapporto al caso di specie, avendo sempre ben presente che il bene giuridico tutelato dalle disposizioni in esame è rappresentato dal corretto sviluppo psicofisico del minore, che non è aprioristicamente leso dalla manifestazione di autodeterminazione sessuale, altrimenti verrebbe meno la linea di demarcazione tra il penalmente rilevante ed il moralmente riprovevole. Di parere contrario risulta parte della dottrina rappresentata da Santoro¹³ per il quale: "non è necessario che il mercanteggiamento intercorra con la persona con cui si compiono gli atti sessuali e tantomeno che costei sappia che sta vendendo il suo corpo. Se così fosse, dovrebbe desumersene l'impunità di coloro che contrattino con il lenone e che così ottengano, su artefatte condizioni e magari con abile coinvolgimento di costui o di terzi, un simulacro di spontaneo rapporto sessuale".

-
- 1 Per un'attenta disamina dei lavori in sede di Commissione parlamentare, vedasi XIII Legislatura, seduta del 25 luglio 1996.
 - 2 Sentenza n. 17717/2002 Corte di Cassazione, Sezione Terza, consultabile sul sito www.italgiure.it, Sentenze penali-Corte di Cassazione.
 - 3 Cfr. F. Restà, *Vecchie e nuove schiavitù*, Orientamenti di merito, Giuffrè Editore, 2008, p. 278.
 - 4 Cfr. Tribunale di Milano, 1 aprile 1999, in *Guida al diritto* 1999, p. 78, n. 32.
 - 5 Per la lettura integrale della sentenza si consulti il sito www.italgiure.it, Sentenze penali-Corte di Cassazione, sentenza 10 maggio 2002, n. 17717.
 - 6 Per la lettura del testo integrale della sentenza, si consulti il sito www.italgiure.it, Sentenze penali-Corte di Cassazione, Cassazione, Sezione Terza, 4 luglio 2006, n. 33470.
 - 7 Cfr. E. Mengoni, *Delitti sessuali e pedofilia*, Giuffrè Editore, 2008, p. 228.
 - 8 Cfr. G. La Cute, voce *Prostituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, 1988, p. 467.
 - 9 Per la lettura del testo integrale della sentenza si consulti il sito www.italgiure.it, Sentenze penali-Corte di Cassazione, sentenza Corte di Cassazione, Sezione Terza, 22 aprile 2004, n. 25464.
 - 10 Per la lettura del testo integrale della sentenza, si consulti il sito www.italgiure.it, Sentenze penali-Corte di Cassazione, Corte di Cassazione, Sezione Terza, 17 luglio 2006, n. 40432.
 - 11 È opportuno ricordare come l'art. 609 *sexies* c.p. sancisca l'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa, nei reati sessuali aventi ad oggetto minori infraquattordicenni. La Corte Costituzionale, adita più volte in merito all'eventuale illegittimità della disposizione, ne ha sancito con fermezza, invece, la piena legittimità, sostenendo che la norma è orientata a rendere più effettiva la tutela di soggetti in condizioni di sostanziale immaturità rispetto ad esperienze che potrebbero risultare devastanti per la psiche e lo sviluppo fisico del minore.
 - 12 Per un approfondimento sulla distinzione tra analogia e procedimento interpretativo, si consulti *Manuale di diritto penale-parte generale*, a cura di R. Garofoli, Giuffrè Editore, 2007, pp. 105 e ss.
 - 13 V. Santoro, *Nasce il delitto di prostituzione minorile*, in *Guida al diritto*, 1998, n. 33.

Monica Laudisio

Istituti fiduciari e diritto canonico.

Seconda parte.

Posti i principi fondanti il diritto della Chiesa ai beni temporali, nonché la concettualizzazione del negozio fiduciario e sua trasposizione nel diritto canonico, occorre ora procedere all'analisi e comparazione delle singole fattispecie fiduciarie, con una sommaria esplicitazione della disciplina canonica ad esse relativa.

Il fedecommesso.

Il fedecommesso rappresenta un'ipotesi di fiducia testamentaria, per il quale valgono le medesime considerazioni illustrate in precedenza. Esso consiste in quell'istituto mediante il quale il testatore, dopo aver istituito erede o legatario una determinata persona (c.d. istituito), le impone l'obbligo di conservare e restituire, alla sua morte, i beni oggetto dell'eredità o del legato ad altro soggetto (c.d. sostituito)¹.

Ai sensi dell'art. 692 Codice Civile sono nulle le sostituzioni fedecommissarie difettanti dei ristretti e rigorosi requisiti del fedecommesso assistenziale; la giurisprudenza ne ha, inoltre, esclusa ogni possibile sanatoria, affermando la totale inefficacia di ogni esecuzione volontaria delle stesse. Nell'ambito dell'ordinamento canonico la figura in commento può trovare legittima cittadinanza al fine di favorire enti, operanti all'interno della Chiesa, che si prendano cura dell'incapace. L'esplicitazione di una tale attività non appare in contrasto con le finalità e i principi propri della Chiesa e potrebbe essere analogicamente ricompresa nell'alveo delle opere di apostolato e carità di cui al can. 1254 § 2 C.I.C.

La differente natura del soggetto sostituito rileva ai soli fini della qualificazione dei beni acquistati, quali ecclesiastici o meno: le persone giuridiche pubbliche e le associazioni pubbliche di fedeli saranno titolari di beni ecclesiastici (can. 1257 § 1); le persone giuridiche private saranno titolari di beni connotati dal carattere della ecclesialità, in quanto diretti comunque a perseguire fini rientranti in quelli propri della Chiesa, ma non ecclesiastici in senso stretto; le persone fisiche e le associazioni private di fedeli saranno titolari di beni da considerarsi privati².

Nel caso in cui la fiducia consista nel perseguimento di una causa pia, il fiduciario sarà tenuto

al particolare obbligo di comunicazione di cui al can. 1302 C.I.C.

La sostituzione fedecommissaria, in quanto disposizione *mortis causa*, usufruisce della particolare deroga al formalismo testamentario prevista dal can. 1299 § 2. Devono, inoltre, ritenersi inammissibili, anche nell'ordinamento canonico, quei fedecommissi non conformi ai fini della Chiesa e in contrasto con norme di diritto divino e canonico. Illegittimo sarebbe, ad esempio, un fedecommesso istituito per conservare inalterato il patrimonio del *de cuius*, al fine di ledere il diritto spettante all'istituto di disporre pienamente dei beni attribuitigli in eredità. Anche nel disporre in favore di cause pie si devono, in ogni caso, rispettare i limiti costituiti dalla quota disponibile, non potendo la quota spettante ai legittimari gravarsi di un obbligo. Le disposizioni lesive del diritto di legittima, oltre che invalide nel diritto civile, lo sono anche in quello canonico, in quanto contrarie al diritto naturale, senza che in esso possano trovare autonoma attuazione³. Al di là di tali limiti, il fedecommesso istituito per una causa pia - anche al di fuori dei ristretti margini assistenziali previsti dal diritto civile - dovrebbe ritenersi comunque attuabile nel diritto canonico, ai sensi e per gli effetti del can. 1299 § 2 C.I.C., pur rimanendo non confermabile in quello civile.

La fiducia testamentaria.

Al di fuori della specifica e più ristretta ipotesi della sostituzione fedecommissaria, sia il diritto civile (art. 627 c.c.) che quello canonico (can. 1302 § 1 C.I.C.), consentono una più generale figura di fiducia testamentaria, con la quale il *de cuius* può disporre in favore di un determinato soggetto al fine di avvantaggiarne fiduciarmente un altro. Tale figura è legittima nel diritto canonico solo in quanto diretta alla realizzazione di cause pie e non egoistiche del disponente.

Quale disposizione *mortis causa*, essa, sempre entro i limiti del diritto divino e canonico (tra cui rientra anche il rispetto delle quote di legittima), troverà esecuzione in quest'ultimo ambito anche in difetto dei requisiti di forma testamentaria previsti dalla legge statale; il suo adempimento potrà, quindi, costituire oggetto di ammonizione da parte della Chiesa, restando comunque incoercibile in sede civile. Chiara appare, in base a tale ultima precisazione, la differente natura dell'adempimento della disposizione fiduciaria testamentaria che, nel diritto civile, è atto libero e

volontario; in quello canonico, un obbligo che può costituire oggetto di un atto di natura pre-cettiva, quale l'ammonizione⁴.

Il trust.

La fiducia romanistica, accolta nell'ordinamento italiano, è caratterizzata dall'inopponibilità verso i terzi del *pactum fiduciae* e dalla conseguente impossibilità per il fiduciante di ottenere coattivamente la restituzione dei beni fiduciariamente attribuiti. Una maggiore salvaguardia del fiduciante si incontra nel *trust*, istituto di origine anglosassone, ampiamente diffuso in tutti i paesi di Common Law.

La Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, sul riconoscimento del *trust*, lo ritiene sussistente ove "un proprietario si spogli di parte o di tutti i suoi beni e li ponga sotto il controllo di un *trustee*, con l'obbligo di amministrarli non per un interesse proprio ma nell'interesse di una o più persone diverse o per un fine specifico".

Il *trust* è uno schema di proprietà gestita da un fiduciario, c.d. *trustee*, nell'interesse di un beneficiario; esso consiste nel trasferimento, da parte di un soggetto (*settlor*), della proprietà dei suoi beni ad un altro (*trustee*), il quale è tenuto ad amministrarli e gestirli in favore di un terzo (*beneficiary*)⁵. L'Italia ha ratificato, con la Legge 16 ottobre 1989 n. 364, la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sul riconoscimento del *trust*.

Tale legge prevede che il *trust* sia regolato dalla legge scelta dal costituente (art. 6) e che il riconoscimento del *trust* implichi la separazione dei beni attribuiti dal patrimonio personale del *trustee*. Dopo la ratifica della Convenzione dell'Aja non pare possa più dubitarsi dell'ammissibilità in Italia dell'istituto del *trust*.

Non esistendo una legge interna disciplinante la materia e in attesa che essa venga emanata, appare necessario che, ai fini della piena validità dell'istituto, il costituente indichi nell'atto costitutivo la legge straniera da cui il *trust* dovrà essere regolato (art. 6 Convenzione). Pur non potendosi negare riconoscimento ai *trusts* che non confliggano con le norme della Convenzione, lo stato di costituzione conserva la facoltà di negare il riconoscimento a quei *trusts* che appaiano contrastanti con i principi di ordine pubblico e con le norme inderogabili vigenti nel paese (art. 13 Convenzione).

Va osservato, inoltre, che la Convenzione, all'art. 18, fa comunque salve le norme imperative e di

ordine pubblico del paese in cui il *trust* è formato, di guisa che la legge richiamata non potrà comunque derogare alle disposizioni interne regolanti il trasferimento dei diritti immobiliari dal *settlor* al *trustee* (per il quale vige la legge del paese ove il bene è situato) e al regime di pubblicità e di inopponibilità del trasferimento ai terzi⁶. A notevoli sviluppi può essere soggetto il *trust* nel diritto canonico. Nei paesi anglosassoni esiste il c.d. *Charitable trust*, consistente in un *trust* utilizzato, anche da parte di organizzazioni ecclesiastiche, per finalità caritatevoli. Tra gli scopi caritatevoli cui può essere diretto il *Charitable trust* possono essere ricordati, in modo non tassativo, il sostegno ai poveri e alla religione, la promozione dell'istruzione, l'organizzazione di opere di ausilio della comunità, etc.

Si tratta di finalità confacenti agli scopi propri della Chiesa e tali da rendere sicuramente legittimo un tale istituto all'interno della stessa. In ossequio al disposto dell'art. 6 della Convenzione, sarà possibile costituire *trust* ecclesiastici rinviando ad una legge, diversa da quella italiana, per la sua regolamentazione. Trattasi di scelta, oltretutto, obbligata in ragione dell'assenza in Italia di una regolamentazione specifica della materia. Come rilevato, la legge regolatrice del *trust* non importa deroga alle disposizioni interne sul trasferimento dei diritti immobiliari dal *settlor* al *trustee*, restando in vigore la disciplina del paese ove il bene è situato. Pertanto, in ragione della canonizzazione delle norme civili in tema di contratti e obbligazioni, il trasferimento dei beni dal *settlor* al *trustee* soggiacerà, anche nel diritto canonico, alle regole e alla disciplina previste nel diritto italiano, anche per quanto concerne il regime di pubblicità e di inopponibilità del trasferimento ai terzi. Rispettate tali prescrizioni, il *trust*, astrattamente ammissibile nell'ordinamento canonico, troverà in esso valida legittimazione solo ove la disciplina richiamata non appaia contrastante con gli scopi della Chiesa e con le norme di diritto divino e canonico in essa vigenti (art. 13 Convenzione). Così ammessa, la figura presenta profonde analogie con altre fattispecie ben note al diritto canonico.

Tale ultima possibilità consente di cogliere le ampie prospettive di utilizzo del *trust* nel diritto canonico, in quanto ben può accadere che un ente ecclesiastico venga a rivestire la qualifica di *trustee* di un *trust* istituito per finalità caritatevoli, assistenziali e culturali. I vantaggi risiederebbero nel

consentire agli enti ecclesiastici, soprattutto a quelli facenti parte della gerarchia della Chiesa, di operare una gestione flessibile dei beni, sicuramente più consona ai processi di globalizzazione e internazionalizzazione delle forme giuridiche in atto. Evidenti appaiono, inoltre, le analogie con la fondazione di culto, dalla quale il *trust* si distingue per la struttura più elastica e per la mancanza di controlli amministrativi sulla gestione, anche se profondo è il punto di contatto fornito dalla natura di patrimonio di destinazione dei beni oggetto della dotazione.

Il *trust* potrebbe, quindi, rappresentare, all'interno del diritto canonico, una modernizzazione della fondazione di culto, in ragione della sua maggiore elasticità e della mancanza di tutti quei formalismi che il riconoscimento in persona giuridica della fondazione richiede⁷.

Il nuovo art. 2645 ter c.c.

La norma dell'art. 2645 ter c.c. introduce nell'ordinamento italiano la nuova figura del negozio di destinazione, consistente in un atto in forma pubblica con cui determinati beni immobili o mobili registrati vengono destinati, per un periodo non inferiore a 90 anni o per la durata della vita della persona beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela, riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, ad altri enti o persone fisiche.

Gli atti di destinazione possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il relativo vincolo. Per la realizzazione dell'interesse può agire sia il conferente sia altro soggetto interessato, anche durante la vita del conferente stesso.

I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione solo per i debiti contratti a tale scopo (art. 2645 ter c.c.). In forza del principio di canonizzazione delle norme civili sui contratti e sulle obbligazioni, il negozio di destinazione potrà essere stipulato anche nell'ordinamento canonico, in quanto espressamente contemplato e disciplinato dall'art. 2645 ter c.c.

Ovviamente il vincolo di destinazione dovrà rispondere ad una delle finalità proprie della Chiesa e non contrastare né con il diritto divino, né con quello canonico.

Va, tuttavia, precisato che, mentre gli scopi perseguiti dalla Chiesa appariranno, di regola, meritevoli di tutela per l'ordinamento civile ai sensi e

per gli effetti dell'art. 1322 c.c., non può con certezza asserirsi anche il contrario. Vale a dire che non troveranno riconoscimento nell'ordinamento canonico tutti quei vicoli di destinazione conclusi per il perseguimento di scopi non confacenti a quelli della Chiesa, come ad esempio una ricerca scientifica in palese contrasto con i principi ecclesiastici. Chiariti i limiti di ammissibilità, sicuramente il negozio di destinazione potrà trovare ampio utilizzo e riconoscimento nel diritto canonico per il perseguimento di finalità propriamente ecclesiastiche. La qualifica di gestore potrà essere rivestita: da una persona giuridica pubblica o privata; da un'associazione di fedeli, riconosciuta e non; da una persona fisica. Come già accennato, la diversa qualifica del gestore rileverà ai fini della classificazione dei beni acquistati come ecclesiastici o meno. In ogni caso, la ricezione fiduciaria di un bene per il perseguimento di finalità ecclesiastiche soggiacerà alla particolare disciplina di cui in prosieguo.

Disciplina canonica in tema di fiducia.

Sommariamente tratteggiate le linee sostanzialmente civilistiche degli istituti fiduciari e la loro compatibilità con il diritto canonico, occorre, infine, sinteticamente richiamare la disciplina canonica ad essi relativa.

Il canone 1302 C.I.C. prevede che: §1. Chi riceve fiduciariamente dei beni per cause pie sia con atto tra vivi sia con testamento, deve informarne l'Ordinario, indicandogli tutti i beni anzidetti sia mobili sia immobili con gli oneri annessi; che se il donatore glielo avesse espressamente ed assolutamente proibito, non accetti la fiducia. §2. L'Ordinario deve esigere che i beni fiduciari siano collocati al sicuro e vigilare sull'esecuzione della pia volontà a norma del can. 1301. §3. Per i beni fiduciari affidati ad un membro di un istituto religioso o di una società di vita apostolica, se i beni furono devoluti al luogo o alla diocesi o ai loro abitanti oppure a favore di cause pie, l'Ordinario di cui nel §§1 e 2 è l'Ordinario del luogo; altrimenti è il Superiore maggiore nell'istituto clericale di diritto pontificio e nelle società clericali di vita apostolica di diritto pontificio; negli altri istituti religiosi è l'Ordinario proprio del religioso fiduciario.

Con il negozio fiduciario un soggetto, volendo perseguire uno scopo pio protratto nel tempo, affida i propri beni ad un chierico, ad un religioso o anche ad un laico, con l'impegno di ammini-

strarli per il perseguimento dello scopo previsto ovvero di trasmetterli successivamente ad altri⁸.

Ai sensi del canone citato, il fiduciario (chierico, membro di un IVC ovvero laico) ha l'obbligo di informare l'Ordinario dell'intestazione fiduciaria, con onere di indicazione dei relativi beni, mobili o immobili, e degli annessi oneri.

Si ritiene che il suddetto dovere di comunicazione sorga, in capo al fiduciario, al nascere degli obblighi derivanti dalla fiducia.

Il canone non prevede alcun termine entro cui tale dovere debba essere adempiuto, ma la dottrina è nel senso di ritenere congrua una comunicazione che avvenga entro il periodo di tempo minimo richiesto secondo normale diligenza.

Ugualmente, riguardo la forma della comunicazione, in assenza di una precisa disposizione normativa e in ossequio al generale principio di libertà delle forme, appare adeguata sia la forma orale che quella scritta, anche se quest'ultima sembra preferibile in ragione della necessità di indicare specificamente i beni ricevuti.

L'obbligo di comunicazione ha una importanza tale da indurre il canone a prevedere che, in caso di proibizione dello stesso, il fiduciario non debba accettare l'incarico⁹.

In presenza di una intestazione fiduciaria per cause pie, all'Ordinario sono riconosciuti dal diritto canonico i seguenti poteri:

- a) esigere che i beni mobili oggetto della disposizione fiduciaria siano posti in un luogo sicuro;
 - b) vigilare sulla esecuzione delle pie volontà per le quali il disponente ha compiuto il trasferimento.
- Dal tenore della norma si evince che esecutore e amministratore dei beni fiduciari, in ossequio alla *ratio* del *pactum fiduciae*, è il fiduciario e non l'Ordinario, il quale deve esclusivamente vigilare che i beni attribuiti vengano amministrati in modo conforme alle intenzioni pie del fiduciante, senza possibilità di ingerenza nella gestione ed amministrazione degli stessi.

.....

1 G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2002, p. 563.
 2 C. Begus, *Diritto patrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2007, pp. 13-19.
 3 C. Begus, *op. cit.*, p. 115.
 4 C. Begus, *op. cit.*, p. 114.
 5 S. Cervelli, *I diritti reali*, Milano, 2007, p. 60; Lupoi, *Trust*, Milano, 1997; voce *Trust*, I, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, 1994.
 6 Busani e Canali, *Un istituto dotato di grande flessibilità conforme al nostro ordinamento giuridico*, in *G.a.D.*, n. 45/03, p. 70.
 7 A. Fucillo, *Diritto ecclesiastico e attività notarile*, Torino, 2000, p. 79.
 8 J. Schoupe, *op. cit.*, p. 97.
 9 C. Begus, *op. cit.*, p. 132.

Olindo Lanzara

L'avvocato del minore.

Per lungo tempo il minore è stato visto come un soggetto istituzionalmente inadatto ad assumere un ruolo partecipativo in seno alle procedure giudiziarie. Basti pensare che l'art. 248 del c.p.c., che limitava l'audizione come testimoni degli infratattordicenni, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo soltanto nel 1975¹.

Gradualmente, e grazie al contributo di convenzioni internazionali sintomatiche dei profondi mutamenti in corso nei modelli familiari, si è addivenuti a considerare il minore quale protagonista attivo del suo processo di crescita². Il diritto del minore di partecipare attivamente alla propria formazione e alla determinazione delle decisioni che lo riguardano è stato espressamente contemplato dall'art. 12 della Convenzione di New York del 1989³, cui si aggiunge la Convenzione di Strasburgo del 1996 sull'esercizio dei diritti dell'infanzia⁴ (ratificata in Italia con la Legge 20 marzo 2003, n. 77).

Tali principi trovano valore precettivo diretto come confermato dal ricorso, sempre maggiore, fattovi dai Giudici italiani.

Il nostro ordinamento si è così adeguato al "nuovo universalismo dei diritti"⁵, ridefinendo anche le regole processuali onde consentire la giusta valorizzazione della consapevolezza del minore e la sua partecipazione alle iniziative ed alle fasi del giudizio. L'analisi della nuova legislazione - e segnatamente della novella riguardante l'adozione nazionale, realizzata con la Legge 28 marzo 2001, n. 149 - testimonia l'introduzione, dal 1 luglio 2007, dell'avvocato del minore nei procedimenti di adottabilità ed in quelli *de potestate* (riguardanti la decadenza o la reintegrazione nella potestà genitoriale, la condotta pregiudizievole ai figli, la rimozione e riammissione all'esercizio dei beni del figlio).

Viene, in altri termini, delineata una modifica del processo civile minorile prevedendo una partecipazione di tutte le parti chiamate, tra cui anche il minore, rivestito di un'autonoma veste processuale. Quest'ultimo da una situazione di soggezione e poi di protezione è diventato soggetto titolare di diritti, financo interessato alla promozione degli stessi. In particolare, l'art. 8, comma 4, della Legge n. 140/2001 stabilisce che il procedi-

mento per la dichiarazione di adottabilità deve svolgersi fin dall'inizio con l'assistenza legale del minore e dei genitori o dei parenti entro il quarto grado che abbiano avuto rapporti significativi con il minore; l'art. 10, comma 2, prevede che fin dall'atto dell'apertura della procedura per la dichiarazione di adottabilità, i genitori ed i parenti del minore, che abbiano mantenuto rapporti significativi con quest'ultimo, siano invitati dal Presidente del Tribunale per i minorenni a nominare un difensore e, nel contempo, siano informati della nomina di un difensore di ufficio per il caso che essi non vi provvedano; mentre l'art. 37 prevede che all'art. 336 del Codice Civile sia aggiunto infine il seguente comma "Per i provvedimenti di cui ai commi precedenti, i genitori ed il minore sono assistiti da un difensore". Ne consegue una espressa valorizzazione dell'art. 111 Cost., secondo cui i soggetti destinatari degli effetti di un provvedimento giurisdizionale devono essere messi in condizione di difendersi nel processo prima che il provvedimento sia emanato, in condizioni di parità dinanzi ad un Giudice istituzionalmente indipendente e concretamente imparziale⁶.

Viene ad assumere precettività e sostanza anche l'art. 24 Cost. che garantisce l'effettività della tutela, eliminando "qualsiasi limitazione che ne renda impossibile o difficile l'esercizio da parte di uno qualunque degli interessati", assicurando un giusto processo secondo l'accezione più rilevante della formula statunitense del *due process of law*⁷ e riconoscendo alle parti la possibilità di influire con la propria attività sul contenuto della decisione. Si è quindi passati, per quanto attiene ai procedimenti di adottabilità, da un rito di volontaria giurisdizione ad una fase processuale che può definirsi contenziosa avuto riguardo all'effettività del contraddittorio⁸, al principio del ricorso di parte, alla pronuncia con sentenza. In altri termini, il procedimento è considerato di cognizione piena e l'assistenza legale alle parti è assicurata in ogni fase. Prima della novella, solo nel caso dell'opposizione alla dichiarazione dello stato di adottabilità veniva contemplata la nomina di un curatore speciale del minore che ne rappresentasse gli interessi in modo distinto dai genitori⁹. Lo scarno dettato normativo, tuttavia, rimette all'interprete la risoluzione delle non irrilevanti questioni correlate al nuovo istituto che, lungi dall'involgere il solo ambito processuale, interessa altresì quello sostanziale.

I dubbi scaturenti dalle citate disposizioni della Legge 149/2001 si sono sostanziati nell'assenza di precisazioni sulle modalità per la nomina del difensore e sul carico delle spese da attribuire eventualmente allo Stato. Ciò ha determinato la quiescenza della disciplina, ormai non più nuova, per oltre sei anni, attraverso un regime di continue proroghe che ne hanno differito l'entrata in vigore fino al 1° luglio 2007¹⁰, vieppiù testimoniando l'intenzione¹¹ di realizzare *medio tempore* una regolamentazione della difesa d'ufficio nei giudizi civili, probabilmente analoga a quella già da tempo prevista per i procedimenti penali relativi ai minorenni (v.si Legge 6 marzo 2001, n. 60). Sul piano concreto non sono state offerte risposte ai problemi che avevano suggerito, se non anche imposto, al Legislatore di prorogarne l'entrata in vigore per sei anni.

Gli uffici della giustizia minorile e gli operatori si trovano ora ad affrontare un'improvvisa emergenza costituita dal fatto che esiste l'obbligo di adeguare la prassi alle nuove norme, con tutte le problematiche di diritto intertemporale che non è ancora chiaro come risolvere. Molto si discute, infatti, sul se la rappresentanza del minore debba avvenire per mezzo di un curatore speciale, come previsto dall'art. 78 c.p.c. e 320 c.c., oppure, unificando le figure di rappresentanza ed assistenza, per mezzo dell'avvocato del minore come previsto dalla Legge 149/2001, o infine attraverso la presenza di entrambi.

Attenta dottrina ha sottolineato come la difesa tecnica non sia l'esplicazione di una mera funzione di assistenza¹². Allorquando viene attribuito al minore la qualità di parte, è chiaro che questi è portatore di interessi in conflitto con quelli dei genitori, suoi legali rappresentanti; conflitto che, nei giudizi *de potestate* innescati dalla *mala gestio* del patrimonio del minore, si apre con certezza almeno nei confronti del genitore che abbia violato i propri doveri parentali. Ciò sta a significare che, se in capo ad entrambi i genitori si ravvisi conflitto di interessi con il minore, questi deve stare in giudizio in persona di un rappresentante processuale *ad hoc* e, in particolare, in persona d'un curatore speciale al quale spetta nominare un difensore, salvo quando non abbia egli stesso le necessarie qualità professionali.

Per vero, in una recentissima pronuncia si legge "il difensore d'ufficio del minore, scelto tra avvocati particolarmente qualificati, va nominato dall'autorità giudiziaria e può assumere anche più

ampi compiti di rappresentanza, rendendo così superflua la figura del curatore speciale, mentre è affetta da nullità - rilevabile d'ufficio - la nomina del difensore del minore da parte del tutore¹³.

In una prospettiva di funzionamento del sistema, sarebbe auspicabile nominare i curatori tra gli avvocati, confidando in una loro concreta specializzazione. Si badi, difendere il minore vuol dire acquisire nuovi paradigmi professionali, quindi capacità introspettive nei rapporti interpersonali, capacità di dialogo con altre professionalità, maggiore consapevolezza del significato etico della propria professione¹⁴. In tal modo, il rischio di un conflitto di interessi sarebbe bilanciato da professionalità effettivamente motivate se non altro dal diritto agli onorari rispetto alla gratuità dell'ufficio di curatore. Tali ultimi argomenti si collegano strettamente alla mancanza di una disciplina dei criteri e dei requisiti per la nomina e per la relativa retribuzione del difensore d'ufficio e alla considerazione secondo cui i minori accedrebbero per la grossa parte al patrocinio a spese dello Stato. Non vi è dubbio che il problema dell'accesso alla giustizia sia complesso e di non facile soluzione, tuttavia, il contenimento della spesa pubblica ed il catalogo delle posizioni giuridiche da tutelare non sembra debba pregiudicare proprio quei soggetti che più di altri necessitano di cura ed attenzione.

1 Corte Cost., 11 giugno 1975, n. 139.

2 P. Stanzione, *Interesse del minore e "statuto" dei suoi diritti*, in *Fam. e dir.*, 1994, pp. 351 ss.; G. Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 2003, p. 224; l'equazione minore-persona è delineata da P. Stanzione, *Scelte esistenziali e autonomia del minore*, in *Rass. dir. civ.*, 1983, p. 1145.

3 L'art. 12 della Convenzione di New York stabilisce che "1. Gli Stati parti garantiscono al fanciullo capace di discernimento il diritto di esprimere liberamente la sua opinione su ogni questione che lo interessa, le opinioni del fanciullo essendo debitamente prese in considerazione tenendo conto della sua età e del suo grado di maturità. 2. A tal fine, si darà in particolare al fanciullo la possibilità di essere ascoltato in ogni procedura giudiziaria o amministrativa che lo concerne, sia direttamente, sia tramite un rappresentante o un organo appropriato, in maniera compatibile con le regole di procedura della legislazione nazionale".

4 L'art. 9 della Convenzione di Strasburgo stabilisce che "1. Nelle procedure riguardanti i fanciulli, allorché secondo la legge interna i titolari delle responsabilità parentali siano privati della facoltà di rappresentare il fanciullo a causa di un conflitto d'interessi con lui, l'autorità giudiziaria ha il potere di nominargli un rappresentante speciale. 2. Le parti esaminano la possibilità di prevedere che, nelle procedure riguardanti i fanciulli, l'autorità giudiziaria abbia il potere di nominare un rappresentante diverso per il fanciullo e, nei casi appropriati, un avvocato".

5 P. Ridola, *Libertà e diritti nello sviluppo storico del costituzionalismo*, in R. Nania, P. Ridola, *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 54.

6 Cfr. P. Ferrua, *Il "giusto processo" in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, p. 78; M. Cecchetti, *Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della Costituzione. Origini e contenuti normativi generali*, in P. Tonini (a cura di), *Giusto processo*, Padova, 2001, pp. 49-50, ad opinione del quale il giusto processo

può essere considerato, in chiave giuspositivistica, come formula aperta, che comprende in sé e collega tra loro, sintetizzandole, tutte le singole garanzie specificate nell'art. 111, ma non si esaurisce in esse.

7 Per il V e il XIV emendamento della costituzione federale degli Stati Uniti nessuno può essere privato della sua vita, della sua libertà o dei suoi beni "without due process of law" che costituisce un requisito per cui la legge non potrà essere irragionevole, arbitraria o capricciosa e i mezzi prescelti debbono avere un ragionevole rapporto con gli obiettivi che essa si propone. Si aggiunga che la Corte Suprema degli Stati Uniti ha più volte ribadito che dal VI emendamento della Costituzione americana si evince che la garanzia dell'assistenza non può sovrapporsi al diritto alla difesa. Il diritto alla difesa, pertanto, diventa esigenza del processo, che nel contraddittorio tra le parti si traduce nell'opportunità dell'assistenza tecnica del difensore (v. *Argesinger v. Hamlin*, 407 U.S. 25, 1972).

8 Attenta dottrina (E. Ceccarelli, *Il processo civile minorile*, in *Quaderni del CSM*, n. 109, 2000, p. 51) ha rimarcato come "la giurisdizione del Tribunale per i minori si situa in una zona di confine in cui è massima la contrapposizione tra la gestione di interessi, che costituisce oggetto della giurisdizione volontaria e la tutela dei diritti e di status che trovano invece le loro garanzie nella giurisdizione contenziosa".

9 Nel dettaglio, dopo il provvedimento camerale, attesa una posizione di incompatibilità tra i genitori ed i parenti da una parte ed il minore dall'altra, veniva contemplata la necessità di dover far rappresentare il minore da un soggetto diverso da chi gestiva la potestà e quindi anche dall'eventuale tutore provvisorio nominato con il decreto camerale (sul punto cfr. G. Campanato, *La dichiarazione di adottabilità*, in G. Campanato, V. Rossi, *Manuale dell'adozione nel diritto civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario*, Padova, 2003, p. 199).

10 V. d.l. 24 aprile 2001 n. 150 convertito con la Legge 23 giugno 2001 n. 240, la quale indicava come data per l'entrata in vigore della riforma il 1° luglio 2002; d.l. 1° luglio 2002 n. 126 convertito nella Legge 2 agosto 2000 n. 175 con cui il termine massimo per l'entrata in vigore della riforma veniva portato al 1° luglio 2003; d.l. 24 giugno 2003 n. 147 convertito dalla Legge 1° agosto 2003 n. 2000; d.l. 24 giugno 2004 n. 158 convertito dalla Legge 27 luglio 2004, n. 188; d.l. 30 giugno 2005, n. 115 convertito dalla Legge 17 agosto 2005 n. 168; ed infine il d.l. 12 maggio 2006 n. 173 convertito dalla Legge 12 luglio 2006, n. 228 che ha rinviato l'entrata in vigore della normativa al 30 giugno 2007.

11 Sul punto è interessante notare che la Corte Costituzionale (Corte Cost., 22 giugno 2004, n. 178, in *Faro it.*, 2004, 1, 3276, nota di Romboli), investita delle questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Tribunale per i minorenni di L'Aquila relativamente alle disposizioni che prevedono il differimento dell'efficacia delle disposizioni processuali della Legge 28 marzo 2001, n. 149 ha stabilito che: "È infondata la questione di legittimità costituzionale del d.l. 24 aprile 2001, n. 150, convertito, con modificazioni, in Legge 23 giugno 2001, n. 240, del d.l. 1° luglio 2002, n. 126 convertito, con modificazioni, in Legge 2 agosto 2002, n. 175 e dell'art. 15 d.l. 24 giugno 2003, n. 147, convertito, con modificazioni in Legge 7 agosto 2003, n. 200, nella parte in cui prevedono il differimento dell'efficacia delle disposizioni processuali della Legge 28 marzo 2001, n. 149 al momento dell'emanazione di una specifica disciplina sulla difesa d'ufficio nei procedimenti per la dichiarazione dello stato di adottabilità prevista per il 30 giugno 2002, poi prorogata al 30 giugno 2003 ed infine al 30 giugno 2004, in riferimento all'art. 77 Cost."

12 Cfr. G. Dosi, *Una svolta nei giudizi di potestà e di adottabilità: in vigore, dopo anni di proroghe, l'obbligo di un difensore per genitori e minori*, in *Fam. e dir.*, 10, 2007, pp. 951 ss.

13 App. Milano, 3 novembre 2008, in *Fam. Pers. Succ.*, 2008, 12, p. 1045, nel caso di specie, il ruolo di tutore era ricoperto dal comune che si era costituito a mezzo dello stesso difensore nominato per il minore: la Corte d'Appello ha dichiarato la nullità della sentenza dichiarativa dello stato di adottabilità e ha rimesso la causa al primo Giudice.

14 Su tale ultimo punto cfr. G. Gulotta, *La formazione dei magistrati e degli avvocati nella giustizia minorile. Elementi di psicologia giuridica e diritto psicologico*, Milano, 2003, *passim*.

Historia et Antiquitates

Lo statuto della *Garduña* rielaborato dalla Camorra in 26 articoli datati 12 settembre 1842.

di Gianluca Granato

Ladri ed omosessuali non possono assumere le vesti di capo. I componenti delle *paranze* e delle *chiorne*, oltre Dio, i Santi e i loro Capi, non conoscono altre autorità.

La *Garduña* era una temibile compagnia di delinquenti, radicata in Spagna sin dal 1417, perfettamente organizzata, aveva per oggetto la direzione e la esecuzione di ogni specie di delitto, a favore di chiunque avesse una vendetta da sfogare o dei risentimenti da soddisfare.

Si incaricava "a giusto prezzo e con garanzia, di dare colpi di pugnale, mortali o no, secondo il gusto del committente, di annegare, di bastonare, di assassinare" (Manuel de Cuendias).

Era un'organizzazione a struttura piramidale soggetta a regole ben precise e codificate, dotata di un proprio statuto, "fatto a Toledo nell'anno di grazia 1420", che servì da modello a tutti quelli (i *frieni*) della camorra napoletana:

1. Ogni galantuomo, fornito di buon occhio, di buone orecchie, buone gambe e punto lingua, può divenire membro della *Garduña*. Potranno divenirlo pure le persone rispettabili di una certa età che desidereranno servire la confraternita, sia tenendola al giorno delle buone operazioni da farsi, sia dando i mezzi di eseguire le dette operazioni.

2. La confraternita riceverà eziandio sotto la sua protezione ogni matrona che avrà sofferto per la giustizia, e che vorrà incaricarsi della conservazione della vendita dei diversi oggetti che la divina provvidenza si degnerà mandare alla confraternita, nonché le donne giovani che saranno presentate da qualche fratello. Queste ultime a condizione di favorire con tutta la loro anima e con tutto il loro corpo gli interessi della confraternita.

3. I membri della confraternita saranno divisi in *chivatos*, *postulantes*, *guapos* e *fecelles*. Le matrone saranno chiamate *coberteras* e le giovani *sirenas*.



Queste ultime debbono essere giovani, svelte, fedeli e attraenti.

4. I *chivatos*, fintantoché non avranno imparato a lavorare, non potranno intraprendere nulla da sé soli, e non si serviranno del pugnale che in propria difesa. Saranno nutriti, alloggiati e mantenuti a spese della confraternita. Ciascuno di essi riceverà a questo uopo, dai capi, 136 *maravedis* al giorno. Nei casi di qualche distinto servizio reso da un *chivato*, questi passerà subito all'onorevole categoria di postulante.

5. I *postulantes* vivranno dei loro artigli; questi fratelli saranno esclusivamente incaricati delle eclissi (furti) operate a mano lesta per conto e per favore dell'ordine. Per ciascuna eclisse il fratello operante riceverà il terzo lordo, dal quale trarrà qualche cosa per le anime del purgatorio. Degli altri due terzi, uno sarà versato alla cassa per le

spese di giustizia (per pagare le guardie, i cancellieri e anche i giudici che proteggeranno i fratelli) e per fare dire delle messe per i nostri fratelli trapassati; l'altro per essere messo a disposizione del gran maestro dell'ordine obbligato a vivere alla corte per vegliare al benessere e alla prosperità di tutti.

6. I *guapos* avranno per essi gli oscuramenti (accoltellamenti), i sotterramenti (assassini), i viaggi (rapine), i bagni o i battesimi (annegamenti). Di queste due ultime operazioni potranno incaricare un fratello postulante, sotto la loro responsabilità. I *guapos* avranno il terzo lordo di tutte le operazioni; soltanto daranno il trenta per cento del loro provento per l'alimentazione e il mantenimento dei *chivatos*, e quello che vorranno per le anime del purgatorio; il rimanente del prodotto delle loro operazioni sarà distribuito come nell'articolo 5.

7. Le *coberteras* riceveranno il dieci per cento su tutte le operazioni che realizzeranno, e le *sirenas* sei *maravedis* per ciascuna peseta versata nella cassa della confraternita dai *guapos*. Tutti i regali che riceveranno dai nobili signori, dai monaci e da altri membri del clero apparterranno loro in proprio.

8. Il *capataz* o il capoprovincia sarà nominato fra i *guapos* che avranno almeno sei anni di servizio e che saranno benemeriti della confraternita.

9. Tutti i fratelli debbono piuttosto morire martiri (torturati) che confessori (delatori), sotto pena di essere degradati, esclusi dalla confraternita, e dal bisogno perseguitati da essa.

La confraternita della *Garduña*, dunque, "era un'associazione di volgari ladri e di feroci assassini. Però, data la sua estensione, il numero degli aderenti, il rigore delle sue leggi, e la ferrea disciplina che la reggeva, costituiva un limite, un freno, un 'ordine' rispetto alla libera e anarchica criminalità che dominava le strade e le città della Spagna" (Alberto Consiglio, *Saggio storico sulla Camorra*).

Le regole della *Garduña* verranno quasi interamente riproposte nel *frieno* ossia il primo regolamento della camorra ottocentesca. Nel 1820 la "Bella Società Riformata" (cioè confederata) si costituì ufficialmente, riunendosi nella Chiesa di Santa Caterina a Formiello, in Napoli, a Porta Capuana. Il 12 settembre del 1842, il *contaiuolo* Francesco Scorticelli, fondendo i vecchi *frieni*, lesse nella suddetta Chiesa un *frieno* composto di ventisei articoli:

1. La *Società dell'Umirtà* o *Bella Società Riformata* ha per scopo di riunire tutti quei compagni che hanno cuore allo scopo di potersi, in circostanze speciali, aiutare, sia moralmente che materialmente.

2. La Società si divide in Maggiore e Minore: alla prima appartengono i compagni *cammurristi* ed alla seconda i *compagni picciuotti* ed i *giovinotti onorati*.

3. La Società ha la sua sede principale in Napoli, ma può avere delle categorie anche in altri paesi.

4. Tanto i *compagni* di Napoli che di fuori Napoli, tanto quelli che *stanno alle isole* o *sotto chiave* o all'*aria libera*, debbono riconoscere un solo *capo*, che è il superiore di tutti e si chiama *capintesta*, che sarà scelto fra i *cammurristi* più ardimentosi.

5. La riunione di più *compagni picciuotti* o di *giovinotti onorati* si chiama *chiorma* e dipende anche dal *caposocietà* dei *cammurristi*.

6. La riunione di più *compagni cammurristi* costituisce la *paranza* ed ha per superiore un *capintrito* o un *caposocietà*.

7. Ciascun quartiere deve avere un *caposocietà* o *capintrito*, che sarà, per votazione, scelto fra i *cammurristi* del quartiere e resta in carica un anno.

8. Se tra le *paranze* vi fosse qualcuno di penna, allora, dietro parere del *capintesta* e dopo un sacro giuramento, sarà nominato *contaiuolo*.

9. Se tra le *chiorme* vi fosse qualcuno di penna, allora dal *picciuotto* anziano del quartiere sarà presentato al *capintrito*, dal quale dipende e dietro sacro giuramento, sarà nominato *contaiuolo dei compagni picciuotti*; ma se non si trovasse, allora il *contaiuolo* delle *paranze* farà da segretario anche nelle *chiorme*.

10. I componenti delle *paranze* e delle *chiorme*, oltre Dio, i Santi e i loro Capi, non conoscono altre autorità.

11. Chiunque *sbelisce* cose della Società, sarà severamente punito dalle *Mamme*.

12. Tanto i *compagni* vecchi che quelli che si trovano alle *isole* o *sotto chiave*, debbono essere soccorsi.

13. Le madri, le mogli, i figli, le *nnamurate* dei *cammurristi*, dei *picciuotti* e dei *giovinotti onorati*, debbono essere rispettate sia dai soci che dagli estranei.

14. Se per disgrazia qualche *superiore* trovasi alle *isole*, deve dagli altri detenuti essere servito.

15. Quattro *cammurristi sotto chiave* possono fra loro scegliersi un capo, che cesserà di essere tale appena tocca l'*aria libera*.

16. Un membro della *Società Maggiore*, per essere

punito, dovrà essere sottoposto al giudizio della *Gran Mamma*. Un socio della *Società Minore* sarà condannato dalla *Piccola Mamma*. Alla *Gran Mamma* presiede il *capintesta* e alla *Piccola Mamma* il *capintrito* o *caposocietà* del quartiere al quale appartiene colui che deve essere condannato.

17. Se uno delle *chiorme* offendesse qualche componente delle *paranze*, il paranzuolo si potrà togliere la *surrifazione* da sé. Avverandosi l'opposto, ne dovrà essere informato prima il *capintesta*.

18. Il dichiarazione si farà sempre dietro parere del *capintrito*, se trattasi di *picciuotto* o di *giovinotto annurato* e dietro parere del *capintesta*, se trattasi di *cammurrista*. Ai vecchi e agli *scurnacchiati* sarà vietato di *zumpà*.

19. Per essere *cammurrista* o ci si arriva per novizio o per colpo.

20. Chi fu *compricato* in qualche furto o viene riconosciuto come *ricchione* non può essere mai *capo*.

21. Il *capintesta* si dovrà scegliere sempre fra le *paranze* di Porta Capuana.

22. Tutte le punizioni delle *Mamme* si debbono eseguire nel termine che stabilisce il *superiore* e dietro il *tocco*.

23. Tutti i *cammurristi* e *picciuotti* diventano, per turno, *cammurristi* e *picciuotti di jurnata*.

24. Quelli che sono comandati per esigere le *tangende*, le debbono consegnare per intero ai *superiori*. Delle *tangende* spetta un quarto al *capintesta* e il resto sarà versato nella cassa sociale allo scopo di dividerlo scrupolosamente fra i compagni attivi, tra gli infermi e quelli che stanno in punizione per *sfizio* del Governo.

25. I *pali*, nella divisione del *baratto*, debbono essere trattati ugualmente come gli altri membri della Società.

26. Al presente *frieno*, secondo le circostanze, possono essere aggiunti altri articoli.

Più che le somiglianze e gli accostamenti di forma tra i due documenti, "conta una derivazione di spirito: nel *frieno* c'è il tono, lo stile, il *sosiego* dello statuto della *Garduña*".

Uno dei principali motti della Camorra era "*L'Umirtà ca nzegna e mpone, chiava 'e paccare cu a raggione*": l'umiltà che insegna ed impone, cioè che dà le leggi e le fa rispettare, infligge i *paccari*, gli schiaffoni, le sanzioni, *cu 'a raggione*, per giustizia, non per vendetta, per risentimento, per passione (Alberto Consiglio, *Saggio storico sulla Camorra*).

Con l'iniziazione alla Camorra ai *giovinotti onorati* la *Bella Società Riformata* imponeva 1) di amarsi; 2) di essere umili e rispettosi verso i vecchi ed i

superiori; 3) di far da pacieri nelle risse che possono succedere tra compagni; 4) di esigere, senza *aprofitto*, la camorra pei camorristi; 5) di non svelare a nessuno ciò che si fa nella Società.

"Chi trasgredisce a questo *frieno*, non solo sarà espulso dalla *Bella Società*, ma può, secondo la gravità della mancanza, essere condannato anche a morte".

Nuovi documenti per la storia dei restauri ottocenteschi nel Battistero di Santa Maria Maggiore.

di Gianluca Santangelo

Lo spoglio dei documenti presenti negli Archivi di Stato di Salerno e Napoli si è rivelato utile per la ricostruzione di una storia dei restauri effettuati nel Battistero di Santa Maria Maggiore (fig. 1) le cui tracce sono ancora visibili sugli elevati.

I carteggi più consistenti riguardano gli interventi borbonici che danno diverse indicazioni sulle riparazioni precedenti.

La relazione dell'Intendente di Principato Citra al Ministro degli Interni del Regno di Napoli del 20 aprile 1814, fa riferimento ad alcune lettere originali consultate presso il parroco dell'epoca don Filippo Villani¹.

Già nel 1385 Teodorico di Niem vide l'edificio in rovina e quasi privo di culto². Ciò contrasterebbe con la presenza degli affreschi tardo trecenteschi³ posti nella Cappella del Salvatore. Stando alla relazione del funzionario borbonico, nel 1554 l'arcivescovo di Salerno, Girolamo Seripando, decise di stornare una porzione di rendite per finanziare le riparazioni più urgenti. Luca Villani, curato di Santa Maria Maggiore, nel 1617 utilizzò trenta ducati per opere di ripristino. Dieci anni dopo il battistero ritornò sotto la giurisdizione della diocesi nocerina⁴ durante l'episcopato di Trivulzio che, avendo trovato la pieve priva di arredi ne dispose il sequestro di tutti i beni, imponendo agli affittuari di pagare gli arretrati. Avendo questi opposto un deciso diniego procedette a scomunicarli⁵. Nel 1632 l'arcivescovo di Salerno Giulio Savelli ordinò al suo vicario generale di redigere una nota, da fare esaminare al vescovo di Nocera, per determinare di cosa necessitasse la chiesa⁶. Don Vincenzo Petta⁷ invitò l'ar-

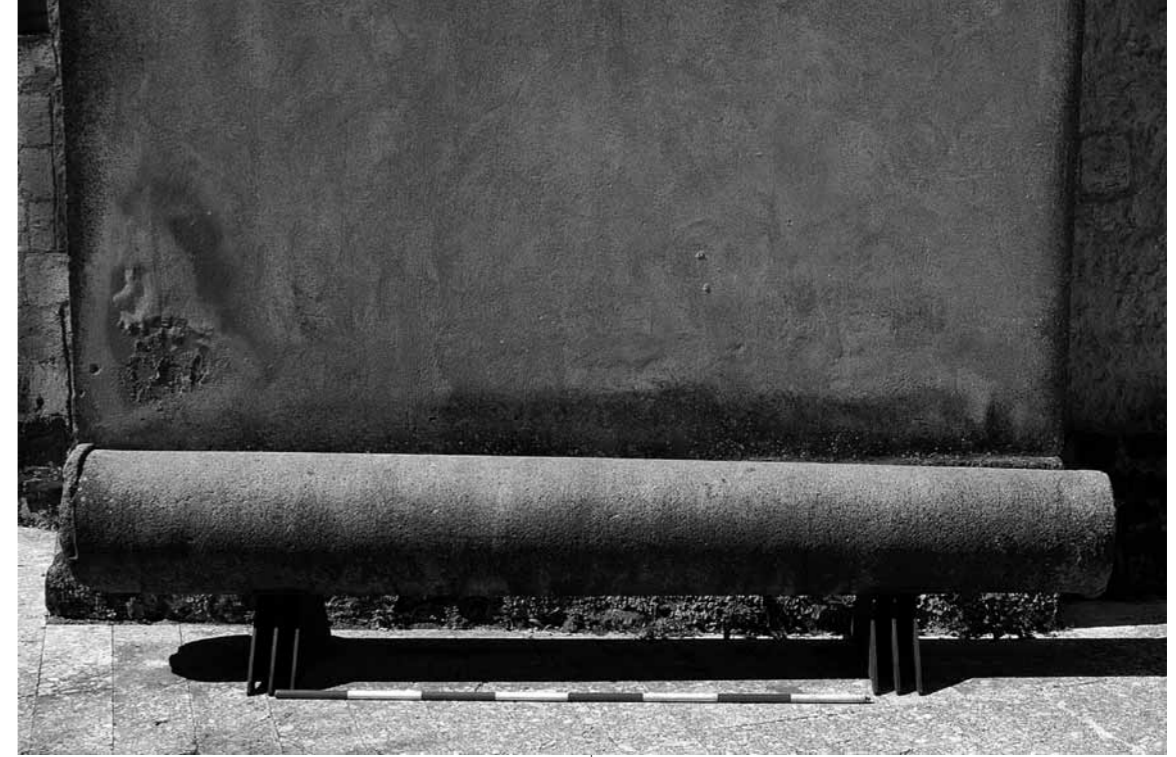


civescovo di Salerno, Gregorio Carafa, affinché provvedesse alle riparazioni del "tempio" nel 1674⁸. Questi inviò un suo incaricato per far compilare una relazione sullo stato dei luoghi. Il documento consultato più antico, tuttavia, reca la data del 1711⁹: «i reverendi don Giovanni Villani e don Domenico Antonio Elia, parroci della chiesa di Santa Maria Maggiore, a nome della parrocchia, concordano i lavori da farsi nella chiesa con i mastri fabbricatori Giuseppe Alfano e Francesco Maniero, entrambi di Nocera. I lavori sono necessari perché si ritrova la detta parrocchiale chiesa quasi diruta et ave bisogno di grandissima riparazione. I mastri si impegnano a riparare di nuovo, così com'era, la lamia al di sopra del Santissimo, intonacare, stonacare e sarcire le pareti di essa e di tutte le altre lamie; promettono anche di incassiare e inzeppare (puntellare) con fasce l'aggiunta all'archi e, quelli da sarcire, intonacarli e stonacarli. E così fare nella cupola grande che sta in mezzo di detta chiesa. Dovranno accomodare il tetto della chiesa, ma il legname occorrente dovrà essere fornito dai parroci, biancheggiare da capo l'edificio come fosse nuovo. Dilatare et allargare così la finestra che sta di sopra del battisterio come quella vicino al campanile e accomodare l'arco che sta all'altare di San Giuseppe a modo di finestrone. Il prezzo conve-

nuto è di ducati 100 e il termine dei lavori Aprile 1712¹⁰». L'incisione sull'architrave di ingresso al battistero, dove si legge a difficoltà *restauratum ann. MDCCXI*¹¹, si riferisce proprio a questi lavori commissionati nel novembre del 1711. Allo stesso restauro potrebbero risalire anche i tredici contrafforti di rinforzo realizzati tra il deambulatorio e il muro perimetrale esterno, in corrispondenza delle colonne binate, per sgravarle dalle sollecitazioni prodotte dal peso della cupola¹². L'arcivescovo di Salerno Bonaventura Poerio partecipò alle spese elargendo la somma di venti ducati¹³ a dimostrazione che il legame tra i vescovi di Salerno e il battistero non era ancora del tutto cessato.

Il terremoto del 1805 e la presenza di numerose infiltrazioni d'acqua avevano gravemente compromesso la stabilità del monumento¹⁴. I Nocerini, pertanto, chiesero al governo francese di Napoli di intervenire, affinché il "tempio" fosse restaurato, ma invano¹⁵. Nonostante i numerosi tentativi di consolidamento delle strutture, attuati tra Seicento e Settecento, nel 1807¹⁶ la chiesa venne ritenuta inagibile e definitivamente chiusa al culto. Il 14 gennaio del 1809 il Ministro dell'Interno del Regno di Napoli scrisse all'Intendente di Salerno comunicandogli di aver ricevuto una dettagliata relazione sullo stato di

Fig. 1.
Battistero
di Santa Maria Maggiore.



Santa Maria Maggiore dall'architetto Bonucci, che preventivava una spesa di circa 800 ducati¹⁷. Il *Consiglio generale de' Ponti e Strade*, avendo esaminato la documentazione prodotta (pianta, sezione e rendicontazione economica), nel 1814 approvò il piano di recupero. L'intendente del Principato Citra fu incaricato di verificare se le opere da eseguire potessero essere finanziate con fondi provinciali¹⁸. Carmine Grimaldi, per conto del funzionario, si recò nell'aprile dello stesso anno presso il battistero per un rapporto sullo stato dei luoghi. La rotonda risultò essere piena d'acqua fino all'altezza di 50 cm¹⁹. Seguì una dettagliata descrizione del contesto. Il fonte battesimale - così come lo si vede ancora oggi - risultò essere privo di tre colonne e sulle restanti cinque erano presenti soltanto due capitelli. Perpendicolarmente tra le coppie di colonne ed il muro perimetrale più esterno vi erano i tredici contrafforti. La chiesa aveva due ingressi, uno ad est (quello attuale) e l'altro a sud decorato a destra con la colonna del presbitero *Magnoaldus* e a sinistra con un'epigrafe la cui trascrizione era inserita in una nota alla pianta dell'edificio, ormai perduta, realizzata dopo il sopralluogo²⁰. Il Grimaldi descrive l'abside ad ovest dove era l'altare di "costruzione moderna" ipotizzandovi l'accesso originario, valutando come posteriore quel-

Fig. 2.
Battistero
di Santa Maria Maggiore.

lo ad oriente²¹. La relazione si conclude rimarcando lo stato deplorabile in cui versava la costruzione tale da recare "un torto alla Nazione" dato che era frequentemente visitato da viaggiatori stranieri. L'ingegnere Nicola Bettino il 20 settembre del 1814 inviò all'Intendente del Principato Citra copia del progetto di restauro del battistero. Ad esso erano allegati pianta e sezione purtroppo non più presenti tra le carte dell'Archivio di Stato di Salerno²². La spesa preventivata era di lire murattiane 5.106,58 e prevedeva la riparazione di archi, muri e volte, la fasciatura di tre colonne con cerchi di ferro per contenerne lo spaccamento e l'integrazione di un'altra priva di metà del fusto. La presenza di acqua affiorante all'interno della struttura sarebbe stata risolta realizzando una canalizzazione alle spalle dell'altare maggiore. Nonostante la falda acquifera da allora si sia di molto abbassata, la forte umidità che risale dal sottosuolo sta favorendo la polverizzazione del battuto contemporaneo e la decoesione dell'apparato pavimentale che cinge la vasca battesimale. Una nuova petizione popolare non sortì alcun effetto tant'è che nel 1855 il battistero risultava ancora in rovina: il tetto era distrutto e le acque piovane scorrevano al suo interno, dove le muraure apparivano vistosamente lesionate. Le porte d'ingresso non erano chiuse e la chiesa era alle

mercé di chiunque vi si volesse riparare²³. Finalmente nel 1856 Ferdinando II di Borbone accogliendo le preghiere dei nocerini ne dispose il restauro²⁴.

Gli interventi degli architetti Rizzi e Fortunato furono molto invasivi in quanto snaturarono il battistero tramutandolo in un'anonima chiesa ottocentesca. Le murature furono intonacate e l'intradosso della cupola dipinto di celeste. Il materiale marmoreo, staccato dai muri e dai pavimenti, venne accantonato lungo le pareti, sparendo nel corso degli anni²⁵.

Contestualmente si pensò di inserire le tre colonne mancanti della vasca battesimale recuperandone altrove delle nuove²⁶. In un fondo presso Scauri furono rinvenuti alcuni oggetti antichi, tra cui una colonna di granito bigio, non lesionata, lunga undici palmi (2,9037 m) e due once (0,043945 m). L'architetto Rizzi, per ordine di Ferdinando II, fece trasportare il fusto a Napoli²⁷ da dove giunse a Nocera per non essere mai montato²⁸. Oggi giace riverso, in bella vista, sul sagrato del battistero²⁹ (fig. 2). Un'altra colonna sarebbe stata prelevata dalla villa comunale di Nocera e un'altra, infine, dai magazzini di Gaeta³⁰.

Altre operazioni significative furono effettuate nel 1925³¹. In quella occasione fu abolito l'altare sotto la Madonna, a sud-ovest dell'abside. Il nuovo fu ripristinato in corrispondenza del catino absidale. Questo dato è facilmente riscontrabile da una foto pre '25 e da uno schizzo della pianta effettuato da Francesco Fresa nel 1910³².

A partire dal 1969³³ si diede mano all'ultimo restauro terminato nel 2000: eliminati i corpi aggiunti, l'intervento ha restituito l'originario aspetto all'edificio battesimale. I lavori, oltre a consolidare la struttura con azioni decisive, soprattutto sulle doppie colonne molto sollecitate nel corso dei secoli, hanno messo in evidenza le fasi murarie originarie del battistero.

* ASS = Archivio di Stato di Salerno; ASN = Archivio di Stato di Napoli
 1 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, 1228, fol. 18, 20 agosto 1814.
 2 R. Pucci, *Dalla fine della città antica alla Nocera del '300*, in T. Fortunato, (a cura di), *Nuceria. Scritti storici in memoria di Raffaele Pucci*, Altrastampa Edizioni, Postiglione, 2006, p.102.
 3 A. Montefusco, *Affreschi medievali nel territorio di Nocera*, in A. Braca, G. Villani, C. Zarra, (a cura di), *Architetture e opere d'arte nella Valle del Sarno*, Nocera Inferiore, 2005, pp. 262-263.
 4 G. D'Alessio, *Il tempio Battesimale di S. M. Maggiore in Nocera Superiore. Note da documenti inediti e da tradizioni*, estratto da «Archivio Storico per la Provincia di Salerno», 3, n.s., Napoli, 1935, p. 6. Il 27 aprile del 1627 il battistero ritornò alla diocesi di Nocera.
 5 Agosto del 1629.
 6 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, 1228, fol. 18, 20 agosto 1814.
 7 Nel 1691 il presule fa fondere la nuova campana di Santa Maria

Maggiore oggi non più esistente (G. D'Alessio, *Il tempio Battesimale...* op. cit., p. 8).

- 8 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, 1228, fol. 18, 20 agosto 1814.
 9 ASS, Atti notarili, Marco Antonio Attanasio, 3920 (12 novembre 1711).
 10 Devo la segnalazione di questo documento al compianto professore Raffaele Pucci. La trascrizione è stata pubblicata per la prima volta in T. Fortunato, G. Santangelo, *Il Battistero Paleocristiano di Santa Maria Maggiore (Nocera Superiore)*, in T. Fortunato, (a cura di), *Nuceria. Scritti storici...* op. cit., p. 82.
 11 A. Gambardella, *La rotonda battesimale di Santa Maria Maggiore in Nocera dei Pagani*, in «Rassegna Storica Salernitana», a. XXVIII n. 1-4, 1967, p. 65.
 12 E. Scognamiglio, *Strutture e restauri del battistero di Nocera*, in A. Pecoraro, (a cura di), *Nuceria Alfaterna ed il suo territorio. Dalla fondazione ai longobardi*, II, Nocera Inferiore, 1994, ipotizza che i sostegni siano il frutto del restauro borbonico del 1860 (p. 125). I contrafforti sono chiaramente più antichi come evidenziato nella pianta dell'abate di Saint-Non (Richard abbé de Saint-Non, *Voyage pittoresque ou description des royaumes de Naples et Sicilie*, Parigi, 1781-1786) e nell'incisione di Filippo Morghen (F. Morghen, *Gabinetto di tutte le più interessanti vedute degli antichi monumenti esistenti in Pozzuolo Cuma Baja e luoghi circconvicini*, Napoli, 1814).
 13 Questo dato si evince dalla relazione inviata il 20 agosto del 1814 dall'Intendente della Provincia di Salerno al Ministro degli Interni (ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18). Dalla minuta si legge *Monsignor Porzio Arcivescovo di Salerno*.
 14 G. D'Alessio, *Il tempio Battesimale...* op. cit., p. 19.
 15 G. Orlando, *Storia di Nocera de' Pagani*, I, Napoli, 1884, p. 263. La richiesta avvenne nel 1806.
 16 G. Orlando, *Storia di...* op. cit., p. 262.
 17 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18, 14 gennaio 1809.
 18 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18, 4 gennaio 1814.
 19 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18, 18 aprile 1814: «L'esser però quello pieno d'acqua fino all'altezza di circa due palmi (0,52734 m), che sorge nel medesimo locale e ne' suoi contorni ha impedito a me stesso ciò che ho dovuto far eseguire da due persone scalze sotto la mia oculare ispezione, restando alla porta del detto Tempio (...)».
 20 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18, 18 aprile 1814: «Suddetta porta di mezzogiorno sono vi due iscrizioni, una a destra nell'entrare, eretta su di una colonnetta situata perpendicolarmente e scritta dall'alto in basso. A sinistra restava una lapide di marmo rotta in un lato nella quale osservasi altra iscrizione (...)».
 21 È probabile che la successiva storiografia si sia basata su questo giudizio per avvalorare la teoria della non originarietà dell'abside.
 22 ASS, Intendenza Opere Pubbliche, busta 1228, fol. 18, 18 settembre 1814.
 23 ASN, Ministero delle Pubblica Istruzione, busta 373, fol. 41, 9 aprile 1855.
 24 G. Orlando, *Storia di...* op. cit., I, pp. 264-265.
 25 P.E. Bilotti, *Il tempio di S. Maria Maggiore in Nocera*, estratto da «Archivio Storico della Provincia di Salerno», a. 5, Salerno, 1927, p. 7.
 26 «Nel secondo peristilio mancano tre colonne a detta del custode per ordine del Governatore furono portate via per sostenere un "fanale" per decorare la porta di una caserma militare» (ASN, Ministero delle Pubblica Istruzione, busta 373, fol. 41, 3 ottobre 1856).
 27 ASN, Ministero delle Pubblica Istruzione, busta 373, fol. 41, 29 ottobre 1858.
 28 ASN, Ministero delle Pubblica Istruzione, busta 373, fol. 41, 6 dicembre 1858. La colonna di granito bigio non venne mai montata perché risultò essere più bassa di cinquanta cm rispetto a quelle collocate sul parapetto della vasca battesimale.
 29 La colonna è alta 2,95 m.
 30 ASN, Ministero delle Pubblica Istruzione, busta 373, fol. 41, 6 dicembre 1858.
 31 E. Scognamiglio, *Strutture e restauri...* op. cit., p. 125.
 32 M. e A. Fresa, *Nuceria Alfaterna in Campania*, Napoli, 1974, p. 226, fig. 116.
 33 E. Scognamiglio, *Strutture e restauri...* op. cit., p. 125.

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione".

Renato Diodato
 Presidente della Commissione Biblioteca

Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione. Antonio Valitutti, Franco De Stefano

Cedam, Padova, 2008, pp. 568, € 52,00.

La monografia in questione sul "Decreto ingiuntivo e la fase di opposizione" si presenta come una rivisitazione dell'istituto attraverso importanti interventi legislativi che ne hanno affermato una indiscutibile modernità in ragione della sua speditezza ed efficacia, quale strumento di attuazione del principio costituzionale del giusto processo in tempi ragionevoli.

In primo luogo, degne di menzione sono la Legge del 21/7/00 n. 205, che ha operato una estensione del procedimento monitorio al processo amministrativo, ed il d.lgs. 17/1/03 n. 5, in ordine alle controversie in materia societaria, nonché il regolamento Ce 12/12/06 per effetto del quale è stato introdotto il decreto ingiuntivo europeo.

Innovazioni significative sono state introdotte, inoltre, dal d.lgs. 9/10/02 n. 231 e dalla Legge 28/12/05 n. 263, perfino, nella disciplina del codice di rito attraverso le modifiche apportate in materia di provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo.

Non va sottaciuta l'attenzione della Corte di Cassazione che, con pronunce a Sezioni Unite, ha riservato al procedimento un rilevante numero di controversie, evidenziandone, tra l'altro, le sue indiscutibili potenzialità deflative.

Il manuale in questione dedica una grande attenzione a tutte le fasi afferenti il suddetto procedimento monitorio, richiamando, in ogni singola sezione, copiosi e recenti riferimenti giurisprudenziali, nonché numerosi ed accurati arresti della più autorevole dottrina.

Rilevanti, inoltre, sono le parti dedicate alla fase prodromica alla concessione del provvedimento di ingiunzione, con particolare riguardo alla documentazione necessaria onde ottenere la tutela richiesta, nonché quella relativa alla fase di eventuale opposizione, tutte tratteggiate con dovizia e minuzia di particolari.

Significativi, inoltre, sono i richiami in tema di provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo, tutti affrontati con chiarezza espositiva e con

ANTONIO VALITUTTI FRANCO DE STEFANO

Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione

Terza edizione

CEDAM

linearità espressiva, che rendono la loro trattazione scorrevole e di agevole comprensione. Scritto da due autorevolissimi magistrati, che operano da diverso tempo con competenza presso il Distretto di Corte di Appello di Salerno, l'opera si presenta di grande utilità, tenuto conto delle molteplici e preziose indicazioni di taglio pratico in essa contenute, che la rendono indispensabile per tutti gli operatori del diritto, i quali, nella loro quotidiana attività professionale, si trovano a dover affrontare le problematiche relative alle peculiarità del procedimento di ingiunzione.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Circolare del Presidente del Consiglio Nazionale Forense, n. 12-C/2009 del 10 aprile 2009, sulla disciplina transitoria da applicare in materia di riconoscimento dei crediti formativi.

«Cari Colleghi e Cari Amici

Oggetto: triennio formativo e disciplina transitoria.

Il periodo di valutazione dell'obbligo formativo, ai sensi dell'art. 2 del Regolamento per la formazione continua, decorre dal primo gennaio dell'anno solare successivo a quello d'iscrizione all'albo o di rilascio del certificato di compiuta pratica (c.d. "triennio soggettivo").

L'art. 11 del Regolamento prevede la disciplina transitoria, applicabile agli iscritti all'Albo anteriormente alla data del 1° gennaio 2008 per il triennio formativo 2008-2010.

Gli avvocati e i praticanti abilitati al patrocinio, iscritti prima dell'anno solare 2008, devono conseguire 50 crediti formativi, dei quali almeno 6 in materia di ordinamento forense, previdenza e deontologia, con un minimo di:

- 9 crediti per il primo anno formativo (2008)
- 12 crediti per il secondo anno formativo (2009)
- 18 crediti per il terzo anno formativo (2010).

A partire dal 1° gennaio 2011 sarà applicabile il regime previsto dall'art. 2, comma 3, del Regolamento secondo cui nel triennio formativo 2011-2013 e nei successivi dovranno essere conseguiti almeno 90 crediti, dei quali almeno 15 in materia di ordinamento forense, previdenza e deontologia, con un minimo di 20 per ogni anno. Per evidenti esigenze di coordinamento ed armonizzazione nell'applicazione del Regolamento ed a seguito di specifiche richieste di alcuni Consigli dell'Ordine, sulla scorta di un'analisi tecnica che è a Vostra disposizione, elaborata su criteri di proporzionalità e progressività, il Consiglio ha deliberato d'indicare i crediti da conseguire nei seguenti trienni.

Triennio formativo 2009-2011 (transitorio).

Ogni iscritto nell'anno 2008, per il quale il triennio formativo ha inizio il 1° gennaio 2009, dovrà conseguire nell'arco del triennio almeno 68 credi-

ti formativi (di cui almeno 9 in materia di ordinamento forense, previdenza e deontologia) con un minimo di:

- 12 crediti per il 2009
- 18 crediti per il 2010
- 20 crediti per il 2011

Triennio formativo 2010-2012 (transitorio).

Ogni iscritto nell'anno 2009, per il quale il triennio formativo ha inizio il 1° gennaio 2010, dovrà conseguire nell'arco del triennio almeno 83 crediti formativi (di cui almeno 12 crediti formativi in materia di ordinamento professionale e previdenziale e di deontologia) con un minimo di:

- 18 crediti per il 2010
- 20 crediti per il 2011
- 20 crediti per il 2012

La Commissione per l'assegnazione dei crediti formativi (segreteria@fondazioneavvocatura.it) è disponibile per qualsiasi chiarimento in merito ai criteri di proporzionalità e progressività adottati. Con viva cordialità.»

Avv. Prof. Guido Alpa

Il processo civile telematico operativo per gli avvocati nocerini.

Ne abbiamo più volte parlato nella nostra rivista, il processo civile telematico è finalmente sbarcato a Nocera Inferiore. Il Consiglio dell'Ordine ha, infatti, provveduto, ad inserire l'Albo degli Avvocati (aggiornato al gennaio 2009), nel punto d'accesso giustizia gestito dal Ministero. Ciò consente agli iscritti di accedere al Processo civile telematico attivato presso diversi Tribunali nazionali ed in particolare quelli di Brescia, Catania, Como, Genova, Lecco, Lodi, Milano, Monza, Napoli, Pavia, Varese, Vigevano e Voghera. La prima procedura interamente informatizzata è quella del ricorso per decreto ingiuntivo. È operativa anche la procedura delle esecuzioni presso il solo Tribunale di Verona. Tutti gli avvocati del Foro di Nocera Inferiore iscritti al Punto d'Accesso del Consiglio dell'Ordine in possesso di smart card/business key di firma digitale contenente certificati validi possono utilizzare i servizi attualmente attivi del PCT.

Per poter utilizzare gli strumenti del processo civile telematico è necessario:

- 1) possedere la smart card o la business key con



Nocera Inferiore,
Pinacoteca di Sant'Antonio,
Andrea Sabatini,
trittico delle Nozze Mistiche
di Santa Caterina.

firma digitale;

2) la postazione di lavoro deve avere i seguenti requisiti:

- Windows 98 / 2000 / XP / Vista;
- elaboratore testi (ad es.: Microsoft Word, Openoffice);
- Java VM 1.5+ (download dal Punto di Accesso);
- stampante virtuale PDF (download dal Punto di Accesso);
- scanner;

3) collegamento ad internet con Explorer 6.0 o sup;

4) essere regolarmente iscritti al Punto d'Accesso del Consiglio dell'Ordine Forense di Nocera Inferiore;

5) utilizzare un apposito software per la creazione della busta (redattore atti).

Il software necessario per l'utilizzo del servizio RICORSO PER DECRETO INGIUNTIVO ON-

LINE è scaricabile, gratuitamente, sul sito del Ministero della Giustizia, www.processotelematico.giustizia.it.

Il Consiglio dell'Ordine per i propri iscritti ha stipulato una convenzione con la Team system che consente l'acquisto del software "EasyPCT - Redattore Atti del Processo Civile Telematico" al costo complessivo di € 220,00+Iva con inclusi servizi di installazione ed assistenza.

Sul sito dell'Ordine nell'area riservata al PCT è possibile scaricare la presentazione in power point e relativa simulazione del PCT, a cura della Lextel s.p.a.

Il Processo Civile Telematico dovrebbe essere attivato presso il Tribunale di Nocera Inferiore a partire dal 2010. Per ogni ulteriore informazione è possibile rivolgersi al responsabile della segreteria dell'Ordine, signor Massimo De Martino Adinolfi.

Internet wi-fi presso gli uffici del Giudice di Pace.

È possibile per gli avvocati muniti delle credenziali rilasciate dalla segreteria dell'Ordine, accedere gratuitamente, presso gli uffici del Giudice di Pace di Nocera Inferiore, tramite i propri palmari o computer portatili, ad internet con sistema wi-fi. Si potrà, inoltre, accedere ad internet senza limitazioni, anche tramite le postazioni fisse collocate nella sala computer ubicata al piano terra, fronte bar, della sede del Giudice di Pace.

Gli avvocati e praticanti del Foro di Nocera Inferiore interessati sono, pertanto, invitati a recarsi presso la segreteria dell'Ordine per il ritiro delle credenziali di accesso al servizio. Gli avvocati e praticanti di altri Fori interessati all'utilizzo del servizio, potranno scaricare, nelle pagine del sito dell'Ordine dedicate, il modulo di adesione, da inviare a mezzo fax con allegati un certificato di iscrizione all'Albo/Registro/Elenco del Foro di appartenenza e la copia del documento di identità in corso di validità. La segreteria dell'Ordine provvederà a trasmettere a mezzo e-mail/fax le credenziali di accesso.



STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	137	5	0	0	142
AVVOCATI	1043	7	6	1	1057
TOTALE	1180	12	6	1	1199

PRAT. SEMPLICI	141
PRAT. ABILITATI	459
TOTALE	600

CASSAZ. E AVVOCATI	1199
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	600
TOTALE ISCRITTI	1799

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totali M • F
CASSAZIONISTI	122 • 15	4 • 1	0 • 0	0 • 0	126 • 16
AVVOCATI	531 • 512	3 • 4	5 • 1	0 • 1	539 • 518
TOTALE	653 • 527	7 • 5	5 • 1	0 • 1	665 • 534

	M • F
PRAT. SEMPLICI	63 • 78
PRAT. ABILITATI	181 • 278
TOTALE	244 • 356

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	665 • 534
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	244 • 356
TOTALE ISCRITTI	909 • 890