

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VI NUMERO 4
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



EDITORIALE
Giustizia, politica
ed avvocatura

VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA
L'ultimo biennio
dell'Avvocatura:
la voce del Presidente
del Consiglio dell'Ordine

HISTORIA ET ANTIQUITATES
I falsi mestieri nella
Napoli dell'Ottocento
nel romanzo "I vermi"
di Francesco Mastriani

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
La PEC e il D.Lgs.
29.11.08, n. 185

**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

Irene Coppola

Francesca Del Grosso

Renato Diodato

Gaetano Galotto

Maria Grazia Ianniello

Maria Iuzzolino

Paola Lanzara

Anna Villani

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 4

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	la declaratoria di inefficacia nei confronti del creditore di atti dispositivi del patrimonio compiuti dal debitore	24
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i>		DOTTRINA <i>Angela Cisale</i> <i>Character assassination</i>	26
L'ultimo biennio dell'Avvocatura: la voce del Presidente del Consiglio dell'Ordine	6	<i>Irene Coppola</i> Il custode giudiziario (con particolare riferimento al processo civile)	28
Saluto del Presidente della II Sezione civile del Tribunale di Nocera Inferiore, dottor Salvatore Russo	8	<i>Francesca Del Grosso e Maria Iuzzolino</i> La premialità nella riforma Brunetta	31
GIURISPRUDENZA <i>Maria Coppola</i>		<i>Paola Lanzara</i> Considerazioni sulle competenze dei professionisti tecnici	34
Ancora in tema di autocertificazione	9	<i>Marco Mainardi</i> Piani di contribuzione dei Consorzi di bonifica e criteri di riparto. Imposizione fiscale e diritti dei contribuenti	36
<i>Ornella Famiglietti</i> Il ruolo della confisca per equivalente alla luce della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 25.06.2009, n. 38691	11	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Gianluca Granato</i> I falsi mestieri nella Napoli dell'Ottocento nel romanzo <i>I vermi</i> (1863-1864) di Francesco Mastriani	40
<i>Gaetano Galotto</i> Il contratto preliminare di lavoro	14	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>Anna Villani</i> Convegno del 18 e 19 settembre 2009 sulla riforma del processo civile	43
<i>Gianluca Granato</i> Udienza di convalida dell'arresto oltre le 48 ore dalla presentazione dell'arrestato al Pubblico Ministero: è irregolare, ma il Giudice può correttamente decidere	18	SOTTO LALENTE <i>a cura di Renato Diodato</i> La tutela cautelare nei giudizi costituzionali	46
<i>Maria Grazia Ianniello</i> L'impugnabilità del preavviso di fermo amministrativo	19	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> La PEC e il D.Lgs. 29.11.08, n. 185	47
<i>Vincenzo Vanacore</i> Recenti orientamenti della Corte Costituzionale in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materie di interesse per gli avvocati ed i professionisti in genere: in particolare, la materia "professioni"	22	Statistiche iscritti	48
<i>Alessandro Vella</i> Revocatoria ex art. 2901 c.c. ovvero			

Editoriale di Luigi Ciancio

Giustizia, politica ed avvocatura.

Il tema della giustizia occupa ogni giorno di più le prime pagine dei giornali.

Quotidianamente si legge di scontri in atto tra i due poteri costituiti, quello giudiziario e quello politico, caratterizzati da posizioni di intransigenza che non lasciano spazio a trattative che tengano.

Cadono nel vuoto anche le costanti sollecitazioni del Presidente della Repubblica il quale vanamente invita la magistratura ad occuparsi della giurisdizione ed il parlamento a mettere mano ad una riforma condivisa.

Gli interessi contrapposti si sono così radicalizzati che riesce veramente difficile auspicare un clima di civile confronto, scevro da aggressioni e da insulti.

Eppure non sembra difficile mettere mano ad una ragionata revisione della riforma della giustizia, purché svincolata da vantaggi particolari ed affrontata nell'interesse dei cittadini ai quali, oggi, vien dato un servizio che non funziona o funziona male e poco.

La verità è che le forze in campo si muovono tra preclusioni e diffidenze, per cui riesce veramente difficile comporre le opposte diversità per pervenire ad un medesimo obiettivo.

E fino a quando non si raggiungerà una ragionevole concordia tra i poteri dello Stato, sentiremo a lungo parlare di leggi giuste, di riforma del processo penale, di giusta durata dei processi senza che alla loro effettiva revisione si ponga mano tra la concordia delle diverse componenti del mondo giudiziario. Solo partendo da un percorso comune, distinto da una fiducia reciproca e da una collaborazione collegiale, è possibile imboccare la strada giusta per una totale e complessiva rivisitazione del sistema giudiziario. Tale da saper cogliere il forte disagio che proviene dal Paese e operare le scelte più opportune perché ci si possa adeguare ai tempi di una società sempre più civile e moderna.

E parte attiva del sistema giudiziario è e rimane l'avvocatura che troppo spesso resta ai margini dei processi revisionistici soffrendo di una progressiva emarginazione che, oggi, è più che mai evidente.

Un esempio per tutti: l'ulteriore aumento del contributo unificato previsto dalla redigenda legge finanziaria.

A fronte delle pressanti difficoltà nelle quali si dibatte l'avvocatura, non una sola voce di quelli che potrebbero e dovrebbero farlo si è alzata contro la ennesima decisione a sfavore della categoria: la quale, come già scritto in altre occasioni, è disunita e non omogenea e come tale portata al guinzaglio perché incapace di assumere posizioni di autonomia e di intransigenza.

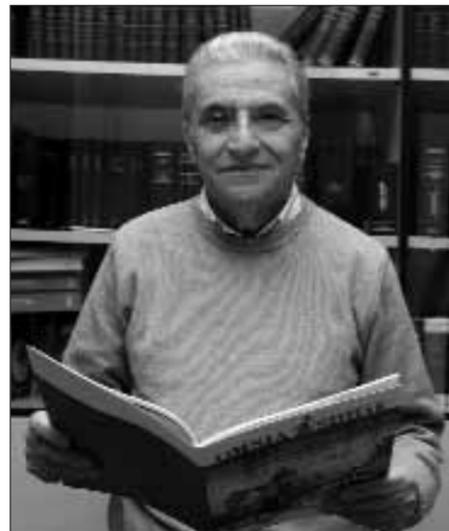
D'altra parte, resta emblematico che i mali di cui soffre la giustizia sono gli stessi di cui è afflitta l'avvocatura e non può essere diversamente ove si consideri che sono parti di un medesimo congegno che dovrebbe funzionare alla perfezione ma che, invece, è inceppato e non riesce a ripartire alla velocità che i tempi attuali richiedono.

È ora che l'avvocatura riscopri la dignità del ruolo che le va riconosciuto assumendo iniziative autonome e tali da ricordare agli immemori che essa è e resta un pilastro fondamentale per l'amministrazione della Giustizia.

Il Comitato di redazione ha deliberato di demandare a tutti gli iscritti-lettori la scelta della copertina della nostra rivista per l'anno 2010.

A tal proposito, sul sito istituzionale dell'Ordine, www.foronocera.it, a decorrere dal mese di gennaio, saranno riportate una serie di immagini, ritenute tra le più idonee dalla redazione.

Tra queste sarà scelta quella che farà registrare il maggior numero di preferenze.



Pieter Bruegel il vecchio,
La parabola dei ciechi, part.,
Napoli, Museo di Capodimonte.

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

L'ultimo biennio dell'Avvocatura: la voce del Presidente del Consiglio dell'Ordine.

Il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, l'avvocato Aniello Cosimato, traccia un bilancio dell'ultimo biennio per l'Avvocatura nazionale e nocerina.

Presidente, non possiamo non partire dalla riforma del Codice di procedura civile. Quali secondo lei i nodi critici?

Ogni riforma deve innestarsi in un contesto più ampio. A mio parere non bastano alcune modifiche del Codice di procedura civile per velocizzare i processi. Prima della riforma, infatti, occorreva ampliare le piante organiche dei magistrati e del personale di cancelleria, che permette ai primi di operare in modo celere senza far venir meno la qualità dei provvedimenti. Questi concetti li ho espressi alla apertura del Corso sulla riforma del processo civile, celebratosi lo scorso mese di settembre. La riforma attuata può essere vanificata proprio dalla penuria del numero dei magistrati e del personale di cancelleria. Ritengo che il convegno del 18 e 19 settembre sia stato più che esauriente in relazione agli aspetti tecnici.

L'ordinamento forense attuale risale al periodo fascista; da anni si parla di riforma e sembra che siamo finalmente in dirittura d'arrivo. Lei ritiene la riforma realmente necessaria?

È condivisa da tutte le componenti dell'Avvocatura?

Ritengo che la riforma sia necessaria in special modo per l'accesso alla professione. L'attuale esame di Stato molte volte mortifica chi effettivamente ha svolto con assiduità e diligenza la pratica forense, premiando talvolta candidati non meritevoli. Chiaramente una riforma delle professioni non può e non deve essere svincolata da una parallela riforma universitaria, affinché siano fornite al laureato in legge le opportune nozioni anche di pratica forense. Vi è, al momento, un dibattito molto forte e una attenzione notevole sull'ordinamento da parte di tutte le componenti dell'Avvocatura. Il testo che sarà licenziato dal Parlamento può costituire un buon risultato e segno di una raggiunta compattezza della Classe Forense.

In merito alla riforma previdenziale lei ha manifestato la ferma opposizione dell'Avvocatura nocerina. Ci può indicare i punti nodali della sua dura critica?

Ho soltanto interpretato il pensiero di molti colleghi, soprattutto giovani, rimasti delusi dalla riforma licenziata dal Comitato dei delegati ed approvata recentemente dai ministeri vigilanti. La nostra posizione è stata condivisa e fatta propria dall'Unione dei Consigli dell'Ordine della Campania, che ha stilato un documento recependo quello già predisposto dal nostro Consiglio dell'Ordine, inviato agli organi della Cassa Forense.

Innanzitutto l'ipotesi di riforma avrebbe dovuto tener conto di quella sull'ordinamento forense. I punti critici sono essenzialmente i seguenti: l'aumento dell'età pensionabile; l'aumento della misura dei contributi; la modifica, estremamente penalizzante, delle modalità di calcolo della pensione, che prende in considerazione tutti redditi esclusi i peggiori cinque.

Il comitato dei delegati ha addotto una previsione fondata su calcoli attuariali di lungo periodo (trenta e addirittura cinquanta anni), a giustificazione dei provvedimenti su elencati, che se attuati garantirebbero la stabilità della previdenza forense. Ricordo, inoltre, che i Consigli dell'Ordine, che sono organi della Cassa, avrebbero dovuto avere un ruolo significativo sul dibattito che ha portato alla stesura della riforma, ma, evidentemente, gli altri organi della Cassa, sbagliando, non hanno ritenuto necessario questo intervento.

Anche in ordine ai paventati provvedimenti ho ampiamente espresso il mio pensiero nel corso del convegno organizzato dal Consiglio presso il Tribunale di Nocera Inferiore il 6 dicembre dello scorso anno (2008 ndr).

Spero che in futuro si possano apportare dei correttivi.

La sua particolare attenzione per la previdenza forense ed in particolare per i neo iscritti si è tradotta nella istituzione di uno sportello previdenziale presso il Consiglio dell'Ordine. Ce ne può parlare?

Presso il Consiglio dell'Ordine abbiamo istituito uno sportello previdenziale per fornire ai colleghi tutte le informazioni necessarie relativamente alla loro posizione previdenziale. Le funzioni svolte dallo sportello sono innanzitutto di filtro con gli organi della Cassa Forense, provvedendo, ad

esempio, a fornire le credenziali di accesso per l'invio telematico del modello cinque, oltre che ad assistere l'iscritto nella sua compilazione. Ai praticanti abilitati e ai giovani avvocati dopo il giuramento di rito vengono fornite tutte le notizie necessarie di carattere previdenziale, anche per evitare che possano incorrere in sanzioni. Ricordo, inoltre, che è possibile accedere allo sportello telematicamente tramite un form predisposto sul sito istituzionale.

A quest'ultimo servizio se ne aggiungono molti altri sempre di natura telematica. Quali?

Il Consiglio dell'Ordine è da sempre estremamente sensibile alla tecnologia applicata al sistema giustizia. Abbiamo negli ultimi anni consentito agli avvocati di accedere telematicamente, tra i primi in Italia, alle cancellerie dei Tribunali; abbiamo istituito uno sportello informativo presso il Tribunale di Nocera Inferiore e a breve presso il Giudice di pace; da gennaio dell'anno prossimo (2010 ndr) sarà possibile visionare le proprie sentenze del Tribunale e del Giudice di pace di Nocera Inferiore; stiamo distribuendo caselle di posta certificata gratuita per consentire agli iscritti di adempiere ai recenti provvedimenti di legge che la prevedono obbligatoriamente; abbiamo inserito nel sito dell'Ordine il massimario del Foro di Nocera Inferiore, con un motore di ricerca estremamente avanzato; sarà operativo a breve, presso il Giudice di pace di Nocera Inferiore, il sistema in wi-fi che consentirà ai colleghi autorizzati l'accesso ad internet liberamente, tramite strumenti propri (p.c. portatili, cellulari, ecc.). Da anni abbiamo fornito il Tribunale, e di recente anche il Giudice di pace, degli strumenti necessari per la lettura della nota di iscrizione a ruolo con codice a barre; gli avvocati, inoltre, possono oggi registrarsi gratuitamente al processo civile telematico operativo presso alcuni Tribunali d'Italia. Tanto altro ci prefiggiamo di fare. Prima di tutto attivare il processo civile telematico anche presso il Tribunale di Nocera Inferiore.

Il Consiglio dell'Ordine ha istituito l'Organismo di Conciliazione (vedi n. 2 anno V della rivista) iscritto al n. 28, in data 19 marzo 2008, del Registro degli Organismi tenuto dal Ministero della Giustizia. Quali le prospettive della conciliazione?

Il Consiglio dei Ministri del 28 ottobre scorso ha approvato, su proposta del Ministro della Giustizia, Angelino Alfano, uno schema di



Decreto Legislativo che, in attuazione della delega conferita al Governo dalla Legge n. 69 del 2009 in materia di processo civile, riforma la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale. Il Consiglio dell'Ordine, avendo già istituito un Organismo di Conciliazione, è, pertanto, già pronto ad affrontare i nuovi compiti derivanti dalle norme che si andranno, a breve, ad emanare.

Dalle problematiche di carattere generale a quelle che ci interessano da vicino: la Cittadella giudiziaria. Il Giudice di pace di Nocera Inferiore si è di recente trasferito con gli Ufficiali Giudiziari nella nuova struttura, seppur tra mille difficoltà. Per la Sezione lavoro quali sono i tempi ed i problemi che ne ostacolano il trasferimento?

La Cittadella giudiziaria è una realtà voluta fortemente dall'Avvocatura. Oggi tutte le attività giudiziarie sono concentrate in unico sito, consentendo agli avvocati di svolgere al meglio la propria attività. Dobbiamo soltanto con i magistrati e con il personale di cancelleria ottimizzare gli spazi, garantendo una maggiore e migliore funzionalità nei servizi. Per quanto concerne la Sezione lavoro in una recente commissione di manutenzione è stato stabilito, su proposta del Consiglio, il trasferimento della stessa presso l'attuale sede del Tribunale.

Quale è stato il suo rapporto, in qualità di rappresentante della Classe Forense nocerina, con i capi degli uffici giudiziari del circondario di Nocera Inferiore, che hanno di recente lasciato o lasceranno a breve l'incarico ricoperto?

È stato un rapporto improntato sui principi della massima correttezza e collaborazione, fondato sul reciproco rispetto delle funzioni, ciò significa che nell'affrontare i problemi il dibattito è stato sempre franco e leale. Dal punto di vista personale considero il Presidente Amato ed il Procuratore Romano due magistrati di prim'ordine. Ad entrambi esprimo i saluti più sinceri della Classe Forense come meritano due galantuomini, nel momento in cui hanno lasciato i prestigiosi incarichi. Colgo l'occasione per salutare dalle pagine di *Omnia Iustitiae* il Presidente della II Sezione civile, dottor Salvatore Russo, che va a ricoprire altro importante incarico presso il Tribunale di Salerno. A lui i migliori auguri dalla Classe Forense nocerina che per quattordici anni ha avuto modo di conoscere oltre che l'ottimo magistrato, l'uomo sempre affabile e disponibile.

L'avvocato Aniello Cosimato ha fatto pervenire alla redazione la nota di saluto alla Classe Forense del Presidente della II Sezione civile del Tribunale di Nocera Inferiore che riportiamo integralmente di seguito.

Al Presidente avvocato Aniello Cosimato

Dopo quattordici anni trascorsi in Tribunale, la commozione che mi ha pervaso nel necessitato transito ad altro ufficio non mi ha minimamente consentito, per l'imbarazzante ingorgo, di salutare, secondo protocollo, il Consiglio e gli avvocati tutti, ai quali, sia pure nella discrezione che mi caratterizza, mi lega un profondo rapporto umano ed emotivo, né di organizzare la consueta festa di arrivederci, che, per la verità, ho sempre percepito come un po' enfatica e formale, e inadatta a comunicare in forma autentica i sensi dell'amicizia.

Fin dal primo giorno, e per gli anni a seguire, ho sempre avvertito il piacere (conoscendomi bene, sapete che il mio detto non è retorica) di immergermi nell'atmosfera di questo Tribunale per svolgere le mie funzioni e il lavoro assegnatomi, e di respirare quel clima familiare e profondamente umano (così omogeneo alla cultura vesuviana cui appartengo, che mi consentiva di percepire per empatia, nel lampo di uno sguardo, le situazioni



che mi si rappresentavano davanti) che mi hanno sempre comunicato il personale ed il Foro, ai quali, per questo, rimango debitore per quanto hanno saputo trasmettermi, che rimarrà dentro di me come patrimonio personale.

La nostra professione impegna buona parte delle ore della nostra esistenza, e si comprende come tanti ricordi significativi e duraturi - pur consapevoli del bene e del male che segnano le relazioni e l'animo umano - si formino proprio nel corso del suo svolgimento.

Grazie e arrivederci (non mi trasferisco in Papuasias, ma semplicemente a Salerno) a Lei - cui auguro ancora buon lavoro con ogni bene anche per la Sua famiglia -, ai componenti del Consiglio dell'Ordine, agli avvocati ai quali vorrò partecipare i miei sentimenti, che accomuno tutti in una forte stretta di mano e in un abbraccio con questa lettera, perché - ripeto - non so contenere l'emozione.

E a risentirci per chiunque voglia venire a salutarci nella mia nuova sede.

Il Presidente Salvatore Russo

Salvatore Russo

Giurisprudenza

Maria Coppola

Ancora in tema di autocertificazione.

Nota a T.A.R. Piemonte-Torino, Sezione I, Sentenza 26.10.2009, n. 2334.

Il principio generale secondo cui, laddove la *lex specialis* di gara prescrive che alcuni requisiti possano essere provati solo con la produzione di determinati documenti, vada esclusa la possibilità per l'impresa concorrente di ricorrere allo strumento alternativo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, non può essere applicato in modo assoluto, ma deve essere graduato a seconda dei fatti che devono essere provati in sede di gara.

Gli istituti della "semplificazione documentale", ossia della semplificazione nella presentazione di documenti alla Pubblica Amministrazione, attraverso i principi dell'autocertificazione, hanno mostrato, sin dalla loro introduzione nel nostro ordinamento, un'applicazione spesso problematica nell'ambito delle procedure di gara dei pubblici appalti. Basti pensare che inizialmente parte della giurisprudenza addirittura escludeva la loro estensione alle procedure ad evidenza pubblica, sulla base di un profilo di specialità che le contraddistinguerebbe¹.

Altra parte, tuttavia, (e, in merito, si segnala proprio una decisione del T.A.R. Campania, Sezione di Napoli²) espressamente affermava che "il Testo Unico sulla documentazione amministrativa esprime principi semplificativi di portata generale, i quali risultano pienamente applicabili anche alla normativa sugli appalti".

Oggi l'autocertificazione è pacificamente ammessa nell'ambito delle procedure di gara pubblica, ma il caso che ci occupa si aggiunge alla "casistica" delle controversie in tema, proponendo una soluzione più che condivisibile per il suo tenore improntato alla democraticizzazione e semplificazione dell'azione amministrativa, nell'ottica del ripudio di inutili ed esasperati formalismi.

La vicenda.

L'ATI esclusa dalla procedura ad evidenza pubblica, bandita dalla Provincia di Novara, avente ad oggetto la costruzione della nuova sede della Croce Rossa Italiana di Borgomanero, ricorreva al T.A.R. Piemonte-Torino, per l'annullamento, previa sospensione, sia del processo verbale delle ope-

razioni di gara, sia della *lex specialis* della procedura ed, in particolare, della previsione di cui all'art. 3.a).4 del disciplinare di gara.

Esponendo che il disciplinare di gara, al punto 3.a).4, quanto a termini e modalità di presentazione dell'offerta, ed, in particolare, per la produzione delle certificazioni di qualità, stabiliva che tali certificazioni di qualità, UNI CEI ISO 9000, rilasciate da organismi accreditati ai sensi delle norme europee, dovevano essere allegate, a pena di esclusione, tramite il relativo certificato in originale o in copia autenticata da un'Autorità amministrativa o da un Notaio, ovvero tramite attestazione SOA in originale o copia autenticata da un'Autorità amministrativa o da un Notaio. Tuttavia, l'impresa A, componente dell'ATI ricorrente, aveva prodotto copia della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001-2000 14001-2004 riportante la dicitura "copia conforme all'originale" apposta mediante timbro, debitamente sottoscritta dal legale rappresentante ed accompagnata dalla fotocopia della carta d'identità, sia del legale rappresentante stesso che del direttore tecnico. In seguito a verifiche effettuate, l'Amministrazione comunicava alla costituenda ATI la mancata ammissione alla gara in quanto aveva usufruito dei benefici previsti dall'art. 40, comma 7, del D.Lgs. n. 163-06 (cauzione ridotta del 50%), ma aveva allegato fotocopia della certificazione di qualità, relativa alle due ditte non autenticata da un'Autorità amministrativa o da un Notaio, come espressamente previsto al punto 3.a).4 del disciplinare allegato al bando di gara. Parte ricorrente impugnava il provvedimento *de quo*, ritenendolo illegittimo, tra l'altro, per violazione e falsa applicazione dei principi - di ragionevolezza, logicità e proporzionalità nella predisposizione delle cause di esclusione - informanti le procedure ad evidenza pubblica, oltre che dei principi - di non aggravamento e semplificazione dell'agire amministrativo - informanti l'incedere amministrativo *sub specie* di principio.

Si costituiva l'Amministrazione intimata, chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare l'adito T.A.R. accoglieva la domanda di sospensione del provvedimento impugnato, sul presupposto che gli strumenti di semplificazione previsti dall'ordinamento in punto produzione di certificazioni hanno dei limiti tassativi ed eccezionali e devono, per ciò stesso, trovare sempre una ragionevole giustificazione.



La decisione del T.A.R. Piemonte-Torino.

Due, i dati incontestabili della vicenda da cui appare necessario partire.

1) La *lex specialis* della procedura e, in particolare l'art. 3.a).4, prescriveva espressamente che i concorrenti in possesso della certificazione di qualità UNI CEI ISO 9000 ovvero della dichiarazione della presenza di elementi significativi tra loro correlati di tale sistema, ai sensi dell'art. 40, comma 7, del D.Lgs. 163 del 12.04.2006, potevano usufruire della riduzione del 50%. Dovevano, però, a pena di esclusione, allegare il relativo certificato in originale o copia autenticata da un'Autorità amministrativa o da un Notaio, ovvero attestazione SOA in originale o copia autenticata da un'Autorità amministrativa o da un Notaio.

2) La *lex specialis* non è passibile di interpretazioni estensive, che, altrimenti, si tradurrebbero in una violazione procedimentale in danno dei concorrenti che si siano, invece, allineati alla legge di gara in modo pedissequo, osservandone alla lettera le prescrizioni.

Tanto premesso, sarebbe fin troppo semplice evidenziare che effettivamente è a pena di esclusione che andava fornita la documentazione di cui sopra e che, laddove la *lex specialis* di gara prescriveva che determinati requisiti potessero essere provati soltanto con la produzione di determinati documenti, andava giustamente esclusa la possibilità per l'impresa concorrente di ricorrere allo strumento alternativo della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, per non violare le regole di gara ed il principio della *par condicio* fra i concorrenti. Non deve, tuttavia, sfuggire che ciò che parte ricorrente contesta, ritenendola illegittima, è la stessa clausola di bando (che, per inciso, bene ha fatto l'Amministrazione a far valere nei confronti della ricorrente, avendo potuto in alternativa solo ritirare il bando, in via di autotutela).

Inoltre, nella fattispecie la ricorrente doveva dimostrare esclusivamente il possesso del certificato di qualità e l'attestazione SOA, semplici requisiti tecnici, per i quali si deve ritenere sufficiente la produzione degli stessi autocertificati.

L'adito T.A.R. ha, infatti, ritenuto che l'obbligo imposto di produrre il certificato in originale o in copia autentica costituisca un adempimento gravoso, inutile e contrastante con i principi di semplificazione, che la migliore dottrina ha recentemente qualificato come principi di valenza costituzionale³. Se è vero, dunque, che l'autocertificazione potrebbe essere esclusa, per ragioni specifiche, anche per scelta dell'Amministrazione, in sede di redazione del bando, questa scelta deve, tuttavia, trovare sempre una giustificazione, seppure implicita, relativa all'essenzialità della produzione autentica o autenticata del certificato, pena la compromissione della regola generale di semplificazione documentale nei rapporti cittadino-Pubblica Amministrazione. Nella fattispecie che ci occupa, non rinvenendosi tale giustificazione negli atti della procedura di gara, il ricorso è stato accolto e, per l'effetto, è stata dichiarata illegittima la clausola del bando di gara che imponeva ai concorrenti, a pena di esclusione, di dimostrare il possesso del certificato di qualità e dell'attestazione SOA, esclusivamente mediante la produzione del certificato in originale o in copia autentica, e non anche mediante dichiarazione sostitutiva. Saggiamente, infatti, si è voluta superare un'applicazione puramente "meccanica" del formalismo procedurale del sistema delle gare d'appalto, privilegiando, confortati dalle specifiche circostanze del caso concreto, la fondamentale esigenza di ragionevolezza dell'attività amministrativa.

¹ Cfr. T.A.R. Lombardia-Milano, III Sezione, 17 maggio 2002 n. 2099. Quest'orientamento restrittivo è stato ben presto superato col sopravvenire dell'art. 15 del collegato ordinamentale alla Legge finanziaria n. 3/2003. Tale disposizione, integrando l'art. 77 del D.P.R. 445/00, ha previsto l'estensione degli istituti di semplificazione anche nelle procedure di aggiudicazione e affidamento di opere pubbliche o di pubblica utilità, di servizi e di forniture, ancorché regolate da norme speciali. L'art. 41 del Codice appalti stabilisce, inoltre, che "negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti: a) idonee dichiarazioni bancarie; b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa; c) dichiarazione concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi". In relazione alla relativa documentazione il Legislatore precisa che

"il concorrente attesta il possesso dei requisiti previsto nelle lettere b) e c) mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445; al concorrente aggiudicatario è richiesta la documentazione probatoria, a conferma di quanto dichiarato in sede di gara. Il requisito di cui al comma 1, lettera a), è comprovato con dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi della 1° settembre 1993 n. 385".

- ² T.A.R. Campania-Napoli, Sezione I, n. 7380 del 2002: con questa pronuncia è stata ritenuta legittima la copia conforme, ex Legge n. 15/1968, del certificato del casellario giudiziario e dei carichi pendenti.
- ³ In termini, Corte Cost. n. 350 del 22.10.2008 (sulla legittimità della legge regionale lombarda che sottopone ad autorizzazione comunale l'apertura dei centri di telefonia).

Ornella Famiglietti

Il ruolo della confisca per equivalente alla luce della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 25.06.2009, n. 38691.

Ai sensi dell'art. 240 c.p. la confisca consiste nell'espropriazione delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, ovvero ne rappresentino il prodotto, il prezzo o il profitto. Benché la confisca risulti collocata dal Legislatore nel capo dedicato alle misure di sicurezza, alcune peculiarità di tale istituto hanno indotto parte della dottrina a sollevare dubbi e perplessità circa la sua natura giuridica. La confisca viene, infatti, definita come una misura di sicurezza a carattere *reale*, anziché *personale*, ossia una misura che esercita la sua *vis applicativa* non sull'autore del reato, ma sulle cose mobili od immobili che, a vario titolo (prezzo, prodotto o profitto), gravitano intorno al fatto costituente reato. Data la suddetta realtà, la confisca prescinde dalla pericolosità sociale del reo, perché la *ratio* dell'istituto è, come efficacemente sottolineato dalla Corte di Cassazione¹, prevenire la commissione di nuovi reati attraverso l'*adprehensio* materiale da parte dello Stato di risorse economico-patrimoniali che, provenendo da illeciti, "mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato". Le peculiarità della confisca emergono non solo dalla sua *ratio*, ma anche dalle caratteristiche strutturali della stessa: si tratta di un provvedimento irrevocabile, derogando così all'art. 207 c.p., istantaneo e permanente; qualora, infatti, intervenisse l'abrogazione o la dichiarazione di incostituzionalità della norma penale incriminatrice a cui la confisca è collegata, quest'ultima non ne subirebbe le conseguenze negative, essendo avvolta da un'aura di irretrattabilità. Sulla base di tali differenziazioni, parte della dottrina ha azzardato l'ipotesi che il

provvedimento di cui all'art. 240 c.p. si collochi nell'alveo delle pene accessorie o che si tratti di una sanzione *sui generis*. Al di là di tali voci isolate, l'orientamento prevalente è quello che opta per la misura di sicurezza, benché con le peculiarità anzidette. Il nostro ordinamento riconosce la *summa divisio* tra confisca *facoltativa* e confisca *obbligatoria*. Il principio generale è quello in virtù del quale il provvedimento in esame sia applicabile qualora, in rapporto al caso concreto, sia stata appurata la pericolosità/lesività della *res*. Le cose, infatti, che sono il prodotto o il profitto del reato, nonché i mezzi di esecuzione dello stesso, possono essere oggetto di confisca facoltativa allorché si evinca un nesso di causalità diretto ed essenziale tra la cosa medesima e il fatto costituente reato. Non a caso è esclusa l'applicazione dell'istituto in esame nel caso in cui la *res* appaia quale mero strumento di occasionale agevolazione. La confisca, invece, si presenta come obbligatoria nei casi in cui il Legislatore abbia operato una presunzione di pericolosità, detta anche *pericolosità in re ipsa*, che si presenta nel caso di beni che siano il prezzo del reato o di cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisca reato. I concetti di *profitto*, *prodotto* e *prezzo* del reato sono concetti fondamentali sui quali ruota tutta l'impalcatura dell'art. 240 c.p. e dell'art. 322 *ter* c.p. (in materia di confisca per equivalente). Sulla nozione di *profitto* la giurisprudenza ha fornito delle importanti puntualizzazioni. Al fine di evitare un'eccessiva ed abnorme dilatazione del concetto, la Cassazione ha puntualizzato che si tratta di un vantaggio economico/patrimoniale che abbia un rapporto di derivazione diretta, e non semplicemente mediata, con l'illecito penale. La definizione di *profitto* aiuta a sottolinearne le differenze con il concetto di *prezzo* del reato. Quest'ultimo è stato reputato dalla giurisprudenza di legittimità² quale somma di danaro o qualsiasi altra utilità data o promessa come corrispettivo del reato. Le due nozioni, dunque, *ictu oculi*, attengono a due momenti differenti della fattispecie incriminatrice, attenendo, il *profitto*, allo scopo economico del reato ed il *prezzo* alla sfera motivazionale per la commissione dell'illecito penale. Che si tratti di una distinzione non sempre netta dal punto di vista concreto è dimostrato da una fattispecie ancora oggetto di diatriba giurisprudenziale, ossia la natura del danaro ottenuto attraverso l'attività di spaccio di sostanze stupefacenti ex

D.P.R. 309/90. Se, *ab origine*, la giurisprudenza si era dimostrata quasi granitica nel reputare tali somme come *profitto* del reato, recentemente alcune pronunce, al fine di evitare che tali somme siano poi restituite al reo nelle ipotesi di “patteggiamento”, ha optato per la ricomprensione delle stesse sotto l’egida del *prezzo* del reato. *Nulla questio*, invece, in merito al concetto di *prodotto* del reato, che concerne le cose materiali che attengono al reato medesimo. Nel *genus* della confisca va analizzata la *species* della *confisca per equivalente*, di cui all’art. 322 *ter* c.p. Si tratta di un istituto che permette di espropriare somme di danaro, beni od altre utilità in misura proporzionale al prezzo o al profitto del reato, senza che sia necessario dimostrare alcun rapporto di pertinenza tra i beni in oggetto e la fattispecie penale di cui alla sentenza di condanna. Si può dire, all’opposto, che il *prius logico-giuridico* di tale provvedimento sia proprio l’impossibilità di individuare con certezza quei beni che, specificamente, siano il profitto o il prezzo del reato. L’antecedente storico della *confisca per equivalente* è costituito dall’art. 7 della Legge n. 108 del 1996 che, in materia di usura, novellando l’art. 644 c.p., sancì la possibilità di assoggettare a confisca anche “somme di danaro, beni o altre utilità di cui il reo ha la disponibilità ... per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari”. Ai fini della sua applicabilità la giurisprudenza di legittimità ha enucleato alcuni requisiti applicativi: *in primis*, si prescinde dall’accertamento del nesso di *pertinenzialità* tra reato e provvedimento, tipico, invece, dell’art. 240 c.p.; *in secundis*, assume una configurazione prettamente sanzionatoria nel momento in cui la sua *ratio* è quella di compensare, attraverso un prelievo da parte dello Stato, quello che si presenta come una sottrazione illecita di risorse alla collettività; *in tertiis*, è necessaria l’impossibilità di individuare con certezza i beni o altre utilità che siano specifico profitto o prezzo del reato (elemento costitutivo cosiddetto negativo) ed *in quartis*, è possibile l’applicazione anche nelle ipotesi di concorso di persone nel reato, nei confronti del concorrente, *uti singulus* considerato, per l’intero importo del ritenuto prezzo o profitto del reato. Già in passato la Corte di Cassazione a Sezioni Unite è stata chiamata a dirimere una controversia interpretativa circa l’applicabilità dell’art. 322 *ter* c.p. ai reati di cui agli artt. 640, comma II, numero 1, 640 *bis* e 640 *ter*, comma II c.p., sulla base del richiamo estensivo di cui all’art.

640 *quater* c.p. Il contrasto sorse alla luce di due diametralmente opposti orientamenti giurisprudenziali. Alla luce del primo filone ermeneutico era esclusa la possibilità di una *confisca per equivalente* per le fattispecie richiamate nell’art. 640 *quater* c.p. in quanto l’art. 322 *ter* c.p. andava considerato come se fosse stato creato dal Legislatore alla luce di una *summa divisio*, ossia una prima parte (quella di cui al primo comma dell’articolo) contenente un principio di carattere generale, che, però, riconosce la *confisca per equivalente* esclusivamente per il prezzo del reato, ed una seconda parte (di cui al secondo comma) di applicazione speciale, non estensibile anche alle ipotesi di truffa *ex art. 640 quater* c.p., poiché riferito esclusivamente al delitto di cui all’art. 321 c.p. e contemplante la *confisca per equivalente* in relazione al profitto del reato. Di avviso totalmente diverso l’altro filone giurisprudenziale in relazione al quale verrebbe meno la *ratio* dell’art. 640 *quater* per reati in relazione ai quali la configurazione del prezzo è di difficile realizzazione. La Sentenza Muci (Sentenza a Sezioni Unite del 22 novembre 2005, n. 41936) ha sostenuto tale ultimo orientamento sulla base di alcuni dati inequivocabili, quali, *in primis*, la stessa *littera legis* dell’art. 322 *ter* c.p. ed, *in secundis*, l’infondatezza della presunta *summa divisio* del primo e secondo comma dell’articolo in esame, visto che anche il primo comma enuncia un principio di carattere specifico con riferimento a singole ipotesi delittuose. La disamina circa la *confisca per equivalente* compiuta dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la Sentenza n. 38691 del 25.06.2009, si presenta pregevole sotto due diversi angoli prospettici: innanzitutto sancisce la applicabilità del provvedimento in esame alla fattispecie di peculato solo per ciò che attiene al *prezzo* del reato e non anche al *profitto*; in secondo luogo, ha effettuato una pregevole rilettura dei rapporti tra diritto interno penale e diritto comunitario, con particolare riferimento al ruolo delle *decisioni-quadro*. I Giudici della Suprema Corte si soffermano, in apertura, sul ruolo e sulla *ratio* della confisca per equivalente. Si tratta di un provvedimento, infatti, volto a superare gli ostacoli concernenti l’individuazione dei beni in cui si “incorpora” il profitto e teleologico alla dissuasione del reo dall’illecito, attraverso la privazione di qualsiasi beneficio economico-patrimoniale derivante dall’attività criminosa, incidendo così sulla sfera motivazionale dell’agente. Per ciò che attiene specificamente al reato di peculato, la con-

dotta si ritiene pienamente integrata anche allorché non sia configurabile un danno patrimoniale *stricto sensu*, essendo stato comunque leso il bene-interesse tutelato dalla norma, ossia il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione. L’art. 322 *ter* c.p. trova la sua scaturigine nella Legge n. 300/2000, frutto della ratifica di specifiche convenzioni internazionali che si sono prefisse come scopo il contrasto alla corruzione transnazionale. La fattispecie concreta, oggetto di analisi da parte del Giudice di legittimità, concerne l’applicazione della confisca per equivalente in relazione al *profitto* del reato di *peculato*, compiuto da un incaricato (di pubblico servizio) della gestione del patrimonio immobiliare dell’Inpdap, attraverso la corresponsione, sul proprio personale conto corrente, di somme di appartenenza dell’ente, giustificata alla luce di una presunta compensazione di debiti e crediti tra la società di gestione e l’ente medesimo. L’orientamento interpretativo dominante ritiene che una simile applicazione sia da escludere *a priori* sulla base di una serie di elementi, tra cui, innanzitutto la stessa *littera legis*, dato che il primo comma dell’art. 322 *ter* c.p. fa riferimento, in relazione all’art. 314 c.p., al solo “equivalente” del *prezzo* del reato e non del *profitto*. Non è ipotizzabile, infatti, pensare che il Legislatore abbia voluto utilizzare il termine *prezzo* in senso atecnico al fine di ricomprendere, sotto la sua egida, qualsiasi utilità o vantaggio derivante dal reato, pena la sconfezione di tutta l’ermeneutica, ormai consolidata, circa la separazione dei concetti, nell’analisi dell’art. 240 c.p. Tale *voluntas legis*, inoltre, non risulta incompatibile con le disposizioni internazionali volte a contrastare i fenomeni corruttivi, in quanto riferibili solo ai delitti di corruzione e concussione, ma non anche di peculato. Di parere diametralmente opposto si è presentata un’unica pronuncia della Suprema Corte, da cui poi è sorto il contrasto oggetto di valutazione da parte delle Sezioni Unite citate in precedenza, in relazione al quale l’art. 322 *ter* c.p. andrebbe interpretato estensivamente, al fine di ricomprendere nella nozione di confisca per equivalente, applicata al peculato, sia l’equivalente del *profitto* che del *prezzo* del reato. Le Sezioni Unite in esame propendono per il primo orientamento, sottolineando la netta differenziazione tra il concetto di *profitto* e quello di *prezzo* del reato, anche alla luce dell’assenza di un dato normativo chiaro al riguardo. Dopo aver ribadito la nozione di *profitto* del reato, quale van-

taggio economico-patrimoniale diretto dell’illecito ed il concetto di *prezzo* del reato, quale compenso dato o promesso per la commissione di un fatto penalmente rilevante, la Suprema Corte sottolinea come la stessa nozione di *profitto*, generalmente caratterizzata da una “latitudine semantica”, possa subire un ridimensionamento quando si inserisca “nello scenario di un’attività totalmente illecita”. Nel caso di specie, il comportamento illecito è strettamente connesso ad una fattispecie contrattuale che, benché non assurga al rango di *reato-contratto*, incide sulla fase esecutiva del programma negoziale. Alla luce di quanto detto, ben potrebbe accadere che il profitto ottenuto dal reo sia riconducibile solo parzialmente alla fattispecie delittuosa, afferendo, per la restante parte, ad un fatto civilistico di per sé lecito. Il *profitto* penalmente rilevante, infatti, è solo quello che trova la sua diretta e sostanziale scaturigine nella condotta dell’agente. Il *prezzo* del reato, invece, rappresenta il corrispettivo dell’illecito ed attiene alla sfera motivazionale del reo. Alla luce di tale netta differenziazione, quindi, i Giudici di legittimità ritengono di non poter qualificare l’utilizzo dei termini di cui all’art. 322 *ter* c.p. in senso atecnico, nonostante le obiezioni della dottrina che, invece, in tal modo, vede svilita la *ratio* della disposizione quale strumento di “riequilibrio compensativo a favore della collettività”, i cui beni-interessi siano stati lesi dalla condotta penalmente rilevante in esame. L’ultimo profilo di discussione, presente nella sentenza, salda i due angoli prospettici specificati dalla Corte di Cassazione, ossia l’effettiva portata delle nozioni di *profitto* e *prezzo* del reato alla luce delle disposizioni comunitarie in tema di *provento* ed il conseguente tema dei rapporti tra diritto interno e diritto comunitario, alla luce anche della riserva di legge, in ambito penale, di cui all’art. 25, comma II della Costituzione. Parte della dottrina ritiene, infatti, sulla base di tale influsso sovranazionale, di accomunare, sotto lo stesso significato, il concetto di *profitto* e *prezzo* del reato, ricorrendo all’*escamotage* del termine *provento del reato*, nozione di derivazione europeistica, nella quale far confluire tutti i concetti enucleati nell’art. 240 c.p. La fonte principale, in tal senso, è costituita dalla *decisione-quadro* 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, avente come obiettivo l’adozione, da parte degli Stati membri, “delle misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibi-

li con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi". Le *decisioni-quadro* rappresentano, in ambito comunitario, il principale strumento di raccordo per le disposizioni legislative e regolamentari dei diversi Stati membri. I loro effetti sono molto simili a quelli delle direttive comunitarie, in quanto, pur essendo vincolanti per gli Stati relativamente ai risultati da ottenere, lasciano alle competenti autorità nazionali la scelta della forma e dei mezzi da utilizzare per raggiungere gli obiettivi prefissati. Le *decisioni-quadro* non hanno, però, efficacia diretta, a differenza delle *direttive*, e, secondo la dottrina maggioritaria, il loro inadempimento non può essere sottoposto alle procedure di infrazione contemplate, invece, per le *direttive*, dall'art. 226 del Trattato CE. La natura "mista" di tali atti ha fatto registrare esiti sostanzialmente contraddittori: da un lato, infatti, si registra una notevole diffusione e incisività delle stesse nei settori più importanti della politica criminale europea, dall'altro lato, lasciano un certo margine di discrezionalità agli Stati membri circa le forme e i mezzi attraverso i quali realizzare la cooperazione penale sovranazionale, con il rischio di non trascurabili disparità di trattamento da un ordinamento all'altro. Non a caso, nella celeberrima Sentenza Pupino (Sentenza 16 giugno 2005, causa C 105/2003) la Corte di Giustizia della Comunità Europea fu chiamata a pronunciarsi circa la possibilità del riconoscimento di un'efficacia diretta anche in relazione alle *decisioni-quadro*. In quell'occasione è stato sancito il principio dell'applicazione del diritto interno, da parte del Giudice nazionale, nel rispetto dello scopo enucleato nella *decisione-quadro*, fermi restando, però, due limiti imprescindibili, ossia il divieto di interpretazione *contra legem* del diritto nazionale ed il rispetto dei principi portanti del nostro ordinamento giuridico, quali il principio di certezza del diritto ed irretroattività della legge. Anche la Corte Costituzionale ha effettuato una pregevole disamina dei rapporti tra diritto interno e comunitario. Alla luce delle Sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 i Giudici delle leggi hanno statuito che, in mancanza di un riferimento pregnante agli artt. 10 ed 11 della Costituzione, è possibile rinvenire l'obbligo di interpretazione conforme ai doveri sovranazionali, attraverso il richiamo all'art. 117, I Costituzione. Così facendo il Legislatore nazionale, che dovesse venir meno agli obblighi internazionali, violerebbe, *ex se*, la

Carta fondamentale dei diritti. Qualora, invece, il Giudice interno dovesse avere dei dubbi o delle difficoltà ermeneutiche circa l'applicazione concreta della norma comunitaria, dovrebbe sollevare questione di legittimità costituzionale alla competente Corte. Alla luce del ragionamento logico-giuridico propugnato, la Corte di Cassazione non ha dubbi nel riconoscere, nel caso di peculato, la confisca per equivalente esclusivamente per ciò che attiene al *prezzo* del reato; ben consapevole, altresì, che, con la suddetta interpretazione restrittiva, l'istituto in esame viene svuotato della sua funzione fondamentale ed auspicando, per ciò solo, un intervento novellatore che possa porre un argine alla frammentarietà delle disposizioni che governano la confisca per equivalente.

¹ Corte di Cassazione 22 gennaio 1983.

² Cassazione Sezioni Unite 27 settembre 1995 (Sentenza Serafino), in *Foro italiano*, p. 283.

Gaetano Galotto

Il contratto preliminare di lavoro.

1. La sentenza.

Tribunale di Roma, Sezione lavoro, 15 ottobre 2008, n. 15952, Fedele Giudice del lavoro.

Lettera d'intenti per assunzione - Mancata assunzione - Responsabilità contrattuale - Costituzione del rapporto *ex art.* 2932 c.c. - Risarcimento del danno.

L'impegno di assunzione può definirsi, più tecnicamente, un contratto preliminare di lavoro ai sensi dell'art. 1351 Codice civile. Tale contratto dà diritto al lavoratore, in caso di inadempimento del nuovo datore di lavoro all'impegno di assunzione, di ottenere giudizialmente la costituzione coattiva del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 Codice civile ed il risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale.

2. Il fatto.

Il ricorrente, laureato in Ingegneria, sosteneva nel mese di novembre 2006 diversi colloqui di lavoro con una società operante nel settore metalmeccanico ricevendo dalla stessa una lettera di intenti per assunzione, con la quale gli veniva comunicato il suo inserimento presso l'azienda a partire dal ... in qualità di addetto all'ufficio acquisti, posizione regolarizzata con contratto a tempo indeterminato metalmeccanico corrispondente al

primo livello del contratto del commercio; successivamente, a titolo di conferma della sua accettazione e nella modalità richiesta, tale lettera, con la quale le parti si vincolavano al prossimo rapporto di lavoro, veniva controfirmata ed inviata a mezzo fax alla società mittente; contestualmente, l'istante rassegnava le dimissioni dalla precedente società presso la quale lavorava in virtù di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, concedendo il termine di preavviso previsto dal relativo contratto collettivo di lavoro; successivamente, con una generica motivazione di problematiche amministrative, la responsabile del personale informava il ricorrente che l'assunzione sarebbe stata formalizzata con qualche settimana di ritardo; le successive richieste di chiarimenti e di regolarizzazione dell'assunzione rimanevano inevase e, di conseguenza, il ricorrente non veniva inserito nell'organigramma della società continuando a versare in condizioni di disoccupazione. Per i suddetti motivi il ricorrente chiedeva al Giudice del lavoro di dichiarare l'inadempimento contrattuale della società resistente e, di conseguenza, il diritto all'assunzione a far data dal ...; dichiarare giudizialmente la costituzione coattiva del contratto di lavoro a tempo indeterminato ovvero la sua esecuzione specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c.; condannare la società al pagamento in favore del ricorrente di tutte le retribuzioni rapportate alla paga globale di fatto, nonché dei relativi contributi previdenziali, dalla data prevista per l'assunzione al momento dell'effettiva assunzione. La società resistente si costituiva ritualmente chiedendo, in via principale, il rigetto del ricorso perché infondato in fatto ed in diritto; in via subordinata, che venisse dichiarata sussistente esclusivamente una responsabilità di natura precontrattuale e dovuta unicamente quella somma che il Giudice avesse ritenuta congrua in via equitativa, tenendo conto del comportamento del ricorrente immediatamente precedente la data prevista dalla lettera d'intenti per l'assunzione.

3. La decisione. Gli argomenti giuridici.

L'azione è tesa a far valere il diritto del ricorrente all'assunzione nonché al risarcimento dei danni relativi al mancato adempimento dell'obbligo. La *ratio* della lettera di intenti all'assunzione firmata dalle parti, che sostituisce temporaneamente la lettera di assunzione, è quella di consentire ai contraenti la regolarizzazione della precedente situazione lavorativa.

Infatti, l'impegno di assunzione può definirsi, più tecnicamente, un contratto preliminare di lavoro ai sensi dell'art. 1351 Codice civile¹. Tale contratto dà diritto al lavoratore, in caso di inadempimento del nuovo datore di lavoro, di ottenere giudizialmente la costituzione coattiva del contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 Codice civile, nonché al risarcimento dei danni per responsabilità contrattuale, in quanto questa scrittura privata impegna il datore di lavoro a procedere all'assunzione entro e non oltre il preciso termine indicato e a determinate condizioni definite nella stessa lettera di impegno². Come confermato da giurisprudenza consolidata, in tema di contratto individuale di lavoro, l'infungibilità della prestazione datoriale nell'adempimento dell'obbligo di assumere derivante da un preliminare - o da altra fonte, anche legale - non costituisce ostacolo all'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto di lavoro ai sensi dell'art. 2932 c.c., attesa la fungibilità della sentenza costitutiva al consenso delle parti obbligate a stipularlo, purché le parti abbiano predeterminato al momento dell'assunzione dell'obbligazione gli elementi essenziali del contratto da stipulare, non potendosi il Giudice sostituire a loro in tale determinazione³. In altri termini, l'obbligo di costituire il rapporto di lavoro tra le parti, assunto contrattualmente, non è suscettibile di esecuzione in forma specifica solo quando non risultino indicati gli elementi essenziali del contratto da stipulare. Nel caso di specie, la lettera di intenti all'assunzione contiene tutti gli elementi essenziali del futuro rapporto di lavoro (tipologia ed oggetto del contratto, il CCNL applicato, l'inquadramento, le mansioni affidate, la sede di lavoro, l'orario di lavoro, il livello retributivo). Pur tuttavia, la giurisprudenza del lavoro è in ogni caso unanime nel ritenere che il lavoratore danneggiato dalla mancata assunzione ha diritto ad un risarcimento del danno patito a seguito dell'inadempimento⁴ e che il risarcimento in questione è tendenzialmente parametrato all'importo delle retribuzioni a cui avrebbe avuto diritto il lavoratore non assunto, nel lasso temporale che va dal momento in cui sarebbe dovuto essere instaurato il rapporto di lavoro al momento di emanazione della sentenza, talvolta l'importo è liquidato in via equitativa⁵. In relazione al caso preso in esame dal Tribunale di Roma, Sezione lavoro, considerato che la lettera d'intenti all'assunzione redatta e firmata dalla resistente e controfirmata dal ricor-

rente e completa in tutti i suoi elementi essenziali, prevede l'obbligo della stipula di un contratto a tempo indeterminato, si deve logicamente presumere che se si è davanti ad un inadempimento contrattuale di un'obbligazione, e di conseguenza l'importo delle somme da liquidare a titolo di risarcimento non può che essere l'importo delle somme che il lavoratore avrebbe percepito, direttamente a titolo di retribuzione e indirettamente a titolo di contribuzione previdenziale, durante il normale svolgimento del rapporto di lavoro non instaurato⁶. Ne consegue che la facoltà del Giudice di effettuare una valutazione equitativa della quantificazione del risarcimento del danno rappresenta un'ipotesi residuale⁷ radicata sull'impossibilità di individuare il *quantum* delle retribuzioni non percepite, non essendo stata reperita alcuna pattuizione né sull'importo della retribuzione, né sulla durata del costituendo rapporto. La società resistente, nella memoria di costituzione non ha inteso contestare la riferibilità a sé della lettera d'intenti posta dal ricorrente a fondamento della propria pretesa, limitandosi piuttosto, da un lato, ad addurre giustificazioni circa la mancata assunzione promessa, dall'altro a prospettare una diversa lettura del documento, ritenuto inidoneo a valere come preliminare per la mancanza di alcuni elementi essenziali (come la retribuzione). Ne consegue che costituisce punto nodale della controversia l'interpretazione della lettera d'intenti in questione, apparendo tardiva e contraddittoria rispetto alla difesa assunta nella memoria di costituzione la eccezione relativa alla mancata sottoscrizione del documento da parte dell'amministratore sviluppata dalla resistente solo nelle note difensive. Dal tenore della lettera appare indubbia la volontà della società di formulare una precisa offerta di lavoro al ricorrente (indicazione della mansione, della data di inizio del rapporto, del luogo e dell'orario di lavoro, della modalità e del livello retributivo di riferimento, della modalità di accettazione) e costituisce effettivamente un contratto preliminare di lavoro fra le parti in ordine all'assunzione del ricorrente presso la società resistente alle condizioni ivi indicate. A fronte di tale preciso obbligo a carico della società resistente (con ciò escludendosi la genericità della lettera ovvero la mancanza degli elementi essenziali dedotta nella memoria di costituzione) appaiono prive di pregio le motivazioni addotte per giustificare la mancata assunzione, posto che le insistenti telefonate ovvero le

minacce (qualificate dalla resistente gravi ma senza specificarne il contenuto onde consentire all'organo giudicante di apprezzarne l'effettivo tenore) sono da riconnettersi essenzialmente (per come dedotto dalla stessa resistente nella memoria di costituzione) alla ritardata (poi mancata) assunzione e, dunque, non possono costituire esse stesse valido titolo per legittimare l'inadempimento della società. Pertanto, venendo in rilievo un impegno all'assunzione recante tutti gli elementi del rapporto, impegno non onerato nei termini previsti, va pronunciata sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. nei confronti della società resistente, alle condizioni previste nella lettera d'intenti citata. Consegue anche la condanna al risarcimento del danno subito, commisurato alla retribuzione globale di fatto a decorrere dall'epoca della prevista assunzione (9 gennaio 2007), sino alla sentenza, oltre interessi legali e rivalutazione e condanna alla regolarizzazione contributiva [...].

4. Considerazioni sull'assunzione mediante contratto preliminare di lavoro.

La controversia sottoposta all'attenzione del Giudice del lavoro di Roma, per la peculiarità e altresì per la relativa novità della materia trattata, offre lo spunto per compiere alcune brevi riflessioni sul contratto preliminare di lavoro e sulla conseguente richiesta di adempimento in forma specifica del medesimo. La giurisprudenza di legittimità ha, comunque, ritenuto ammissibile l'esecuzione in forma specifica del contratto preliminare di lavoro a patto che esso preveda gli elementi essenziali del definitivo.

Pertanto, è stata esclusa la possibilità di pronuncia costitutiva in carenza della indicazione in preliminare della futura retribuzione, delle mansioni e della qualifica. È opportuno, quindi, sintetizzare le soluzioni accolte dalla giurisprudenza del lavoro, in materia di costituzione giudiziale del rapporto di lavoro a seguito di inadempimento del datore di lavoro all'obbligo di assunzione posto a suo carico, rispettivamente e alternativamente o, talvolta cumulativamente, dalla legge, dagli accordi sindacali liberamente sottoscritti, dagli accordi intercorsi direttamente fra datore di lavoro e lavoratore, può dirsi che: a) l'esecuzione in forma specifica è possibile anche nell'ambito del diritto del lavoro⁸; b) concretamente la sentenza costitutiva del rapporto può essere emanata a condizione che il contratto di cui si chiede l'e-

secuzione non soffra di una indeterminata irrimediabile dell'oggetto; c) il lavoratore danneggiato ha, in ogni caso, diritto a un risarcimento del danno patito a seguito dell'inadempimento; d) il risarcimento in questione è tendenzialmente parametrato all'importo delle retribuzioni a cui avrebbe avuto diritto il lavoratore non assunto, nel lasso temporale che va dal momento in cui sarebbe dovuto essere instaurato il rapporto di lavoro al momento di emanazione della sentenza, talvolta l'importo è liquidato in via equitativa. Acclarata l'astratta possibilità della costituzione a mezzo sentenza di un rapporto di lavoro si deve, prima di tutto, verificare il grado di resistenza dell'affermazione in tema di indeterminabilità dell'oggetto del contratto e, conseguentemente, di concreta impossibilità della esecuzione in forma specifica. In via teorica, e con riserva di corroborare l'assunto, ove necessario, con riscontri giurisprudenziali esistenti, è manualistica l'affermazione che gli elementi del contratto preliminare sono quelli tipici di un qualsivoglia contratto con la conseguenza che i moduli di individuazione della determinabilità dell'oggetto e/o del contenuto del contratto *tout court* sono utilizzabili agli odierni fini.

Va segnalato, comunque, il contrapposto orientamento giurisprudenziale nelle applicazioni che i Giudici hanno fatto della fattispecie di cui all'art. 1351 c.c. al contratto di lavoro, il quale è volto ad ammetterne la configurazione, ma con l'ulteriore specificazione della non eseguibilità in forma specifica dello stesso ex art. 2932 c.c. e quindi con il presidio, in ipotesi di inadempimento del datore di lavoro, dei soli rimedi generali previsti dallo statuto generale del contratto, ritenendosi l'obbligo di assunzione incoercibile e non sostituibile da un sentenza costitutiva che tenga luogo del contratto non concluso⁹. Secondo questo orientamento la insuscettibilità di esecuzione in forma specifica dell'obbligo di concludere un contratto individuale di lavoro viene ricavata, come per altro anche in tema, qui strettamente connesso, di reintegra ex art. 18 Stat. Lav., dalla infungibilità delle prestazioni dedotte nel contratto, in ossequio al brocardo per cui *nemo ad factum precise cogi potest*.

Conseguenza fondamentale di una simile impostazione della *quaestio* è che il principale rimedio all'inadempimento dell'obbligo diviene quello risarcitorio¹⁰ il quale assumerà connotazioni chiaramente equitative.

5. Il risarcimento danni.

L'aspetto risarcitorio è affrontato e risolto dalla giurisprudenza con l'utilizzo dello strumentario in tema di inadempimento dell'obbligazione da parte del datore di lavoro obbligato all'assunzione. Il modello risarcitorio ha, quindi, come suo presupposto fattuale e giuridico, la validità dell'obbligazione che non è adempiuta. Quel che traspare è che i Giudici, da un lato non hanno la forza di entrare in azienda e condurci dentro il lavoratore e ciò in ossequio della libertà di azienda¹¹, da altro verso per facilitare il lavoratore quanto meno con riguardo al momento risarcitorio, utilizzano il modello che disciplina l'inadempimento delle obbligazioni perché così facendo pongono a carico del datore di lavoro l'onere di provare quei fatti che lo sottrarrebbero alla responsabilità patrimoniale. Ma l'utilizzo della responsabilità patrimoniale conseguente alla mancata assunzione soffre di un'altra illogicità sistemica con riguardo alla quantificazione del risarcimento. Infatti, dall'esame dei precedenti giurisprudenziali, risulta che la quantificazione sia stata limitata al lasso temporale che si pone fra il momento in cui sarebbe dovuta avvenire l'assunzione e il momento di decisione attraverso due differenti percorsi. Il primo si rifà alla contrattazione collettiva e ciò sta a significare, a quel che è dato comprendere, che il Giudice ha avuto la possibilità di identificare il tipo di attività che il lavoratore avrebbe dovuto svolgere nonostante lo stesso Giudice abbia ritenuto di non potere emanare la sentenza costitutiva del rapporto per indeterminata dell'oggetto¹². Il secondo percorso ricorre all'utilizzo dell'equità. Il successivo problema è rappresentato dalla individuazione numeraria del dovuto che sicuramente è rappresentato dalle retribuzioni che mensilmente il lavoratore avrebbe percepito e dalle contribuzioni che, sempre mensilmente, il datore di lavoro avrebbe versato agli enti previdenziali. Il *dies a quo* coincide inevitabilmente con il giorno in cui il lavoratore doveva essere assunto; maggiori problematiche si incontrano invece nella individuazione del momento finale. Nell'ipotesi di contratto a tempo determinato può, con buon margine di approssimazione, affermarsi che il risarcimento del danno copre l'intero periodo del contratto di lavoro che non si è potuto costituire con la sentenza; più problematico è cosa accade allorquando non si è potuta emanare la sentenza costitutiva di un rapporto di lavoro a tempo determina-

to. In questo caso, si discute sulla possibilità per il lavoratore, la cui assunzione non è stata giudizialmente possibile, di ottenere a titolo di risarcimento del danno la retribuzione e la contribuzione a cui avrebbe avuto diritto se il rapporto di lavoro fosse stato instaurato volontariamente e fosse, sempre secondo l'*id plerumque accidit*, continuato sino al raggiungimento dell'età pensionabile stante l'indubbia circostanza che tali danni sono la conseguenza immediata e diretta della mancata assunzione da parte del datore di lavoro, il quale, può limitare il *quantum* di tale risarcimento solo mediante la dimostrazione dell'*aliunde perceptum* dal momento in cui il lavoratore abbia trovato nuova occupazione e quindi una differente fonte di reddito¹³.

-
- 1 Cfr. G. Adilardi, *Il contratto preliminare*, p. 134.
 - 2 Cfr. G. Zilio Grandi, *Assunzione mediante contratto preliminare di lavoro, mancato adempimento e risarcimento del danno conseguente: brevi annotazioni*, in *RIDL*, 1999 vol. 2, p. 520.
 - 3 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 13 giugno 2002, n. 8489; Pretura di Domodossola, 14 aprile 1979; Pretura di Milano, 20 febbraio 1979; Pretura di Torino, 20 dicembre 1978, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale*, 1979, II, pp. 682 e ss.
 - 4 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 26 agosto 2003, n. 12516.
 - 5 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., n. 91/25; Cassazione, Sez. Lav., n. 46/90; Cassazione, Sez. Lav., n. 118/98.
 - 6 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 2 marzo 1998, n. 2295.
 - 7 Cfr. Cester (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in Carinci (dir. da), *Diritto del Lavoro*, Torino, 1998, III, 337.
 - 8 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 13 giugno 2002, n. 8489.
 - 9 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., n. 91/25; Cassazione, Sez. Lav., n. 46/90; Cassazione, Sez. Lav., n. 118/98.
 - 10 Cfr. Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 269, ord.; Cassazione, Sez. Lav., 2 gennaio 1991, n. 11660.
 - 11 Sulla incoercibilità del fare infungibile del datore di lavoro cfr. A. Vallebona, *Istituzioni di Diritto del Lavoro, II, Il Rapporto di Lavoro*, Cedam, 2008, p. 485.
Cfr. Cassazione, S.U., 15 marzo 1982, n. 1669.
 - 12 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 2 marzo 1998, n. 2295. Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 2 novembre 1998, n. 10961.
 - 13 Cfr. Cassazione, Sez. Lav., 2 marzo 1998, n. 2295; Cassazione, Sez. Lav., 26 marzo 2008, n. 7858, "La ritardata assunzione di colui che vi abbia diritto per legge o per contratto dà luogo al risarcimento del danno, decorrente dalla domanda di assunzione. Il danno, di cui non è necessaria la prova, è costituito dalla retribuzione che il richiedente avrebbe percepito, salva la dimostrazione del fatto che il lavoratore abbia avuto altra occupazione".

Gianluca Granato

Udienza di convalida dell'arresto oltre le 48 ore dalla presentazione dell'arrestato al Pubblico Ministero: è irregolare, ma il Giudice può correttamente decidere.

Corte di Cassazione, Sezione feriale, Sentenza n. 38690/09, 11 agosto 2009.

Alle ore 00,50 del 30.04.2009 la Polizia giudiziaria di Torre Annunziata, ex art. 386 c.p.p., avvisava il Pubblico Ministero presso il competente Tribunale di un arresto operato, alle ore 23,50 del 29.04.2009, ai danni di soggetto sorpreso a spacciare sostanza stupefacente. Allo stesso orario quest'ultimo veniva posto a disposizione del magistrato inquirente che, ritenendo di dover procedere con rito direttissimo ex art. 558 c.p.p. IV comma, alle ore 13,00 del 30.04.2009, senza aver preventivamente condotto l'arrestato innanzi al competente organo giudicante, chiedeva al Tribunale di voler fissare l'udienza per la convalida ed il giudizio direttissimo. Il Tribunale, quindi, indicava quale prima data utile per la celebrazione di detta udienza il 02.05.2009 alle ore 09,30 (ad oltre 55 ore dall'arresto). Il difensore dell'imputato, pertanto, insisteva affinché l'arresto non fosse convalidato, essendo decorsi i termini prescritti ex art. 558 comma 4 c.p.p. Infatti, in data 30.04.2009, il Tribunale di Torre Annunziata aveva tenuto regolarmente udienza sino alle ore 16,30 non potendo, pertanto, trovare applicazione la disposizione normativa in virtù della quale "se il Giudice non tiene udienza, la fissa a richiesta del Pubblico Ministero, al più presto e comunque entro le successive quarantotto ore". Il Giudice monocratico, tuttavia, ritenendo tutte le operazioni operate nei limiti temporali fissati dalla legge, convalidava l'arresto dell'imputato. Sicché - reputando che il diritto dell'arrestato fosse stato gravemente leso - previa rinuncia ai termini ex art. 169 disp. att. c.p.p., il difensore proponeva ricorso per Cassazione avverso il provvedimento di convalida. La trattazione del gravame veniva assegnata alla Sezione feriale del Supremo Consesso e fissata per l'udienza in Camera di Consiglio dell'11.08.2009. Il Procuratore generale presso la Corte di Cassazione, con requisitoria scritta, si pronunciava per la fondatezza del ricorso e, pertanto, chiedeva l'annullamento senza rinvio dell'ordinanza resa dal Tribunale di Torre Annunziata. La Corte di Cassazione, tuttavia, con Sentenza n. 38690/2009, ha rigettato il ricorso sostenendo che "il Giudice adito per il giudizio direttissimo (anche se per una udienza irregolare) ha correttamente deciso sulla convalida dell'arresto". In motivazione il Supremo Collegio ha evidenziato che "per i procedimenti che si svolgono davanti al Tribunale monocratico, l'art. 558 c.p.p. detta ulteriori disposizioni volte a favorire l'instaurazione

del giudizio direttissimo, prevedendo la possibilità della conduzione in udienza dell'arrestato anche da parte della stessa Polizia giudiziaria (oltre alla citazione del PM) e prevedendo altresì che se il Giudice non tiene udienza nelle 48 ore dall'arresto (termine previsto per la presentazione in udienza), è possibile chiedergli, da parte della Polizia giudiziaria o del Pubblico Ministero, la fissazione di apposita udienza entro le successive 48 ore". La Corte di Cassazione ha altresì osservato che "è senz'altro corretto ritenere ... che l'art. 558 c.p.p. deve essere interpretato nel senso che il Pubblico Ministero ha il potere discrezionale di scegliere se chiedere la convalida dell'arresto al Giudice delle indagini preliminari oppure richiedere la convalida dell'arresto, con il contestuale giudizio direttissimo, al Tribunale monocratico; mentre, nel caso che abbia optato per la seconda soluzione, la norma non prevede discrezionalità per le modalità di instaurazione del rito direttissimo, ma attribuisce al PM il potere di richiedere al Giudice la fissazione di apposita udienza, da fissarsi al più presto, solo se il Giudice non tiene udienza entro le 48 ore dall'arresto"; d'altro canto, però, ha rilevato "che la norma non prevede sanzione alcuna per il mancato rispetto delle modalità di fissazione dell'udienza, salvo quella collegata all'art. 391, comma 7 c.p.p., in base al quale l'arresto o il fermo cessa di avere efficacia se l'ordinanza di convalida non è pronunciata o depositata nelle 48 ore successive al momento in cui l'arrestato o il fermato è stato posto a disposizione del Giudice". Di qui la decisione finale: "ne deriva che il Giudice del giudizio direttissimo non può rifiutare la convalida dell'arresto e la celebrazione del giudizio direttissimo solo perché il Pubblico Ministero ha richiesto la fissazione dell'udienza, quando il Giudice teneva già udienza entro le 48 ore dall'arresto, giacché questa circostanza è del tutto estranea ai requisiti previsti per la convalida dell'arresto". Con la conseguenza che il Giudice adito per il giudizio direttissimo "anche se per una udienza irregolare" può correttamente decidere sulla convalida dell'arresto. Di certo più saggia appare altra decisione della Suprema Corte con la quale si è statuito, per una vicenda analoga a quella anzi descritta, che "nel caso di arresto nella flagranza di reato, il Pubblico Ministero, se intende presentare l'imputato a dibattimento per la convalida dell'arresto ed il contestuale giudizio direttissimo, è obbligato a farlo all'udienza che risulti già fissata entro le 48

ore dall'arresto e non può, in tal caso, chiedere al Giudice del dibattimento la fissazione di un'apposita udienza nelle successive 48 ore: infatti, il Pubblico Ministero ha il potere discrezionale di scegliere se richiedere la convalida dell'arresto al Giudice delle indagini preliminari o richiedere la convalida dell'arresto, ed il contestuale giudizio direttissimo, al Tribunale, e nel caso abbia optato per la seconda soluzione, al fine di facilitare lo svolgimento del dibattimento, il Legislatore ha previsto la possibilità per l'organo dell'accusa di richiederne la fissazione al più presto, e comunque non oltre le successive 48 ore, solo nel caso in cui il Giudice non tenga udienza entro le 48 ore dall'arresto" (Cass. Pen., Sez. VI, 14.05.2004, n. 31043). Infatti, in applicazione di tale principio, la Corte, con la predetta sentenza, ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale il Tribunale monocratico, richiesta dal PM la fissazione dell'udienza per il giorno successivo all'arresto, aveva poi, in detta udienza, respinto la domanda di convalida, osservando che lo stesso Tribunale aveva tenuto udienza anche il giorno precedente. Per il Supremo Consesso, dunque, con decisione di poco più antica, ma di certo meno formalista e più rispettosa dei diritti dell'arrestato, "qualora il Pubblico Ministero intenda chiedere, ai sensi dell'art. 558 c.p.p., la convalida dell'arresto ed il contestuale giudizio direttissimo, la facoltà, riconosciutagli dal comma 4, seconda parte, di detto articolo di chiedere al Giudice la fissazione di apposita udienza, è esercitabile solo a condizione che il Giudice non tenga già udienza e non sia quindi possibile la presentazione immediata dell'arrestato, ai sensi della prima parte dello stesso comma 4".

Maria Grazia Ianniello

L'impugnabilità del preavviso di fermo amministrativo.

Corte di Cassazione Sezioni Unite, Sentenza n. 10672/2009, 11 maggio 2009.

Prima della recente Sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 10672/2009, numerose e discordanti sono state le pronunce sulla attribuzione della giurisdizione del fermo nonché le interpretazioni giurisprudenziali sul preavviso di fermo amministrativo: dalla negazione della sua natura di atto autonomo alla sua piena impu-

gnabilità innanzi al Giudice ordinario e innanzi al Giudice tributario. Inizialmente il fermo amministrativo di autoveicoli ex art. 86 D.P.R. 602/1973 è considerato atto funzionale all'espropriazione forzata esattoriale e viene a giuridica esistenza soltanto con la sua iscrizione al P.R.A., producendo da tale momento effetti sostanziali nella sfera giuridica del soggetto destinatario. Invece la comunicazione di preavviso di fermo amministrativo è atto non previsto dalla sequenza procedimentale dell'esecuzione esattoriale; essa è nella mera discrezionalità del Concessionario per la riscossione e ha il contenuto di invito al debitore all'adempimento spontaneo dell'obbligazione senza produrre alcun vincolo o limitazione alla piena disponibilità del bene mobile sul quale grava la mera "minaccia" di un fermo amministrativo indicato nel preavviso.

La Corte di Cassazione in una sua pronuncia (Cass. Civ., Sez. II, Sent. n. 8890/2009) ritiene che non è possibile impugnare il preavviso di fermo amministrativo e che il cittadino può contestare il provvedimento solo quando il fermo è già stato iscritto nei Pubblici registri: "la comunicazione preventiva di fermo amministrativo (c.d. preavviso) di un veicolo, notificata a cura del concessionario esattore, non arrecando alcuna menomazione al patrimonio, poiché il presunto debitore, fino a quando il fermo non sia stato iscritto nei Pubblici registri, può pienamente utilizzare il bene e disporre, è atto non previsto dalla sequenza procedimentale dell'esecuzione esattoriale e, pertanto, non può essere autonomamente impugnabile ex art. 23 Legge n. 689/81, non essendo il destinatario titolare di alcun interesse ad agire ai sensi dell'art. 100 c.p.c. L'azione di accertamento negativo del credito dell'amministrazione, da parte sua, non può essere astrattamente proposta in ogni tempo per sottrarsi alla preannunciata esecuzione della cartella esattoriale, impugnabile (eventualmente in via recuperatoria) con le forme, i tempi e il rito specificamente dipendenti dalla sua origine e dal tipo di vizi fatti valere". In tal senso diverse pronunce di merito (Tribunale di Torino, ord. 7 aprile 2006; Tribunale di Nola, Sent. 20 giugno 2006; Tribunale di Napoli, Sent. 4 gennaio 2007), secondo cui in ipotesi di preavviso cui non sia seguita la effettiva esecuzione del fermo amministrativo sul veicolo, non producendosi alcuna lesione nella sfera giuridica del soggetto destinatario, non può ritenersi ammissibile un'azione tesa alla declaratoria di illegittimità

della pretesa creditoria vantata o della procedura di riscossione esattoriale per difetto di interesse ad agire. La necessità del preavviso di fermo trae origine dalla Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 2/E del 9.01.2006 mediante la quale l'Agenzia impone ai concessionari della riscossione di procedere in via diretta al fermo, a condizione che l'iscrizione di fermo "sia preceduta da un preavviso, contenente ulteriore invito a pagare le somme dovute ... entro i successivi venti giorni, decorsi i quali, il preavviso stesso assumerà il valore di comunicazione di iscrizione di fermo".

Nella prassi, invece, è diventato equivalente al fermo stesso. Allo spirare del ventesimo giorno, la comunicazione di iscrizione di fermo acquista efficacia esecutiva e il fermo eseguito.

Su tale base si ricorreva avverso il preavviso di fermo nelle forme ordinarie dell'opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. o con ricorso alla Commissione tributaria avverso i preavvisi di fermo aventi ad oggetto il mancato pagamento di tributi, ricorsi che venivano rigettati in quanto il preavviso non godeva di autonoma impugnabilità e/o non rientrava tra gli atti impugnabili di competenza della giurisdizione tributaria.

Con la legge (n. 248 del 2006) di conversione del D.Lgs. 223/2006 (cd. Decreto Visco-Bersani) è stato modificato l'art. 19 del D.Lgs. 546/92 ed il fermo amministrativo è stato inserito tra gli atti impugnabili dinanzi al Giudice tributario.

L'art. 35, comma 26 *quinquies*, del Decreto Legge 4.07.2006 n. 223, ha aggiunto all'art. 19, comma 1 del D.Lgs. 31.12.1992 n. 546, due ulteriori ipotesi di giurisdizione delle Commissioni tributarie concernenti: l'iscrizione di ipoteca sugli immobili, di cui all'art. 77 del D.P.R. 602/73 e successive modificazioni, il fermo di beni mobili registrati, di cui all'art. 86 dello stesso D.P.R., senza però che il Legislatore sia intervenuto sulla procedura e sulle comunicazioni che il concessionario è tenuto a rispettare. L'onere del concessionario di "preavisare" la misura, concedendo un termine (ultimo) per il pagamento, decorso il quale il "preavviso" assume valenza di provvedimento "finale", lo esonera da ogni altra comunicazione in tema e, in specie, dalla comunicazione della materiale esecuzione (iscrizione effettiva al P.R.A.).

Dall'entrata in vigore del Decreto Bersani si sono succedute entusiastiche dichiarazioni secondo le quali sarebbe stata risolta, proprio in virtù delle norme contenute nel Decreto, la dibattuta que-

stione della competenza giurisdizionale in materia di fermo amministrativo. Si è detto, poiché l'art. 19 del D.Lgs. 546/92 modificato, introduce il "fermo amministrativo" tra gli atti che possono essere impugnati dinanzi al Giudice tributario, si sarebbe in tal modo definitivamente chiarito, *ope legislatoris*, quale debba essere il Giudice dinanzi al quale impugnare i fermi amministrativi asseritamente illegittimi. Tale disposizione, tuttavia, non ha attribuito al Giudice tributario tutta la materia del fermo amministrativo. Infatti, una lettura organica e logica delle disposizioni contenute nel D.Lgs. 546/1992 consente di affermare che la disposizione introdotta con la Legge 4.08.2006 n. 248 non ha affatto modificato il riparto di giurisdizione in materia di fermo amministrativo. L'art. 2 del D.Lgs. 546/92 recita testualmente (e già disponeva prima della riforma del 2006): "appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio. Restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'art. 50 del Decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo Decreto del Presidente della Repubblica". La Corte di Cassazione a S.U. aveva già dato una risposta indiretta al problema dell'impugnazione di preavviso di fermo con l'ordinanza n. 14831 del 2008 affermando il seguente principio di diritto: "il Giudice tributario innanzi al quale sia stato impugnato un provvedimento di fermo di beni mobili registrati ai sensi dell'art. 86, D.P.R. n. 602 del 1973, deve accertare quale sia la natura - tributaria o non tributaria - dei crediti posti a fondamento del provvedimento in questione, trattando, nel primo caso, la causa presso di sé, interamente o parzialmente (se il provvedimento faccia riferimento a crediti in parte di natura tributaria e in parte di natura non tributaria), per la decisione del merito e rimettendo, nel secondo caso, interamente o parzialmente, la causa innanzi al Giudice ordinario, in applicazione del principio della *translatio iudicii*". Orbene, stante la natu-

ra cautelare del fermo amministrativo (e dunque la sua pacifica non riconducibilità ad atto dell'esecuzione), già ai sensi dell'art. 2 così come originariamente formulato, i fermi amministrativi disposti in conseguenza di un credito tributario dovevano essere impugnati dinanzi alle Commissioni tributarie. Alla luce di tali considerazioni, la competenza giurisdizionale va ripartita secondo il seguente criterio: se il fermo amministrativo è disposto per crediti tributari, la relativa opposizione andrà sollevata dinanzi al Giudice tributario; se, invece, il credito per il quale viene disposto il fermo ha natura "non tributaria" (es. sanzione amministrativa), il Giudice competente sarà quello individuato secondo i criteri normali che presiedono (*ex art. 103 Cost.*) al riparto di giurisdizione: e poiché il fermo ha natura cautelare (e non è un atto amministrativo), il Giudice dinanzi al quale proporre l'opposizione sarà il Giudice ordinario (Giudice di pace di Bari, avv. G. Frugis, Sent. n. 10746/2006). La Commissione provinciale di Roma ha espresso interpretazioni più ampie e letterali della nuova disposizione di legge. Secondo sue recenti sentenze (n. 192/59/07 del 13.06.07, n. 246/08/07 del 27.06.07, n. 269 del 2.07.07 e n. 118/06/07 dell'11.07.07) le Commissioni tributarie sono competenti a decidere sulle impugnazioni al fermo auto anche quando il credito posto a base del fermo non abbia natura tributaria, a condizione ovviamente che il ricorso non riguardi la questione di merito. Le stesse sentenze hanno precisato che il ricorso può essere fatto anche contro il "preavviso di fermo", confermando ciò che dice la legge riguardo agli atti impugnabili e smentendo precedenti diverse interpretazioni al riguardo. Nonostante l'indicazione contenuta nella Circolare della Agenzia delle Entrate n. 28 del 2006 secondo cui "... dall'11 agosto 2006 le contestazioni contro i provvedimenti di fermo amministrativo dei beni mobili registrati e le iscrizioni di ipoteche sugli immobili vanno proposte al Giudice tributario. Da tale data è entrata in vigore la Legge n. 248/2006 di conversione del Decreto Legge n. 223/2006 ...", sotto l'imperio della nuova disposizione normativa, si è verificato che in molti procedimenti già incardinati dinanzi al Giudice ordinario, segnatamente i Giudici di pace, avverso i provvedimenti di fermo e i preavvisi di fermo, si dichiaravano incompetenti per essere radicata la competenza in capo al Giudice tributario. Con la recente Sentenza S.U. Corte di Cassazione, n.

10672/200 “Il preavviso di fermo amministrativo ex art. 86, D.P.R. n. 602 del 1973 che riguarda una pretesa creditoria dell'ente pubblico di natura tributaria è impugnabile innanzi al Giudice tributario in quanto atto funzionale, in una prospettiva di tutela del diritto di difesa del contribuente e del principio di buon andamento della Pubblica Amministrazione, a portare a conoscenza del medesimo contribuente, destinatario del provvedimento di fermo, una determinata pretesa tributaria rispetto alla quale sorge ex art. 100 c.p.c. l'interesse del contribuente alla tutela giurisdizionale per il controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva”. Avevamo letto, come sopra visto, la pronuncia n. 8890 del 14 aprile 2009 della Seconda Sezione Civile della Cassazione. Affermava ivi la Corte, conformandosi a quanto già deciso dalla medesima Seconda Sezione con Sentenza n. 20301 del 23.07.2008, l'innammissibilità dell'impugnazione del “preavviso di fermo”, per carenza di interesse ad agire ex art. 100 c.p.c. E ciò veniva spiegato sull'assunto che il mero preavviso della misura cautelare in questione non arrecasse alcuna menomazione al patrimonio del debitore, potendo questi liberamente utilizzare il veicolo di cui si fosse predisposto il fermo fino alla sua effettiva iscrizione nei Pubblici registri. E di seguito la sopra vista giurisprudenza di merito, si era espressa in questo senso. Orbene, le Sezioni Unite in oggetto capovolgono completamente la tesi: il preavviso è impugnabile. La Corte, partendo dall'esame dell'art. 19 del D.Lgs. 546 del 1992, il quale elenca gli atti impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie (con ciò fornendo una ricostruzione che, erroneamente, tiene conto del solo dato normativo afferente imposte, tributi e tasse, quando è invece nota l'utilizzabilità dello strumento del fermo anche per le entrate diverse), la Corte sostiene che tale provvedimento è parte di una sequenza procedimentale ben delineata finalizzata ad assicurare, mediante una pronta conoscibilità del provvedimento di fermo, una ampia tutela del contribuente che di quel provvedimento è il destinatario: in questa prospettiva, il preavviso di fermo deve poter essere impugnato, così come lo era d'altra parte l'avviso di mora (cioè quell'avviso, oggi abrogato, che il concessionario inviava al contribuente moroso dal pagamento di una cartella contenente l'intimazione di provvedere entro cinque giorni, pena l'avviso degli atti di esecuzione). Secondo la Corte è irrilevante che il

preavviso di fermo amministrativo non sia ricompreso tra gli atti impugnabili elencati nell'art. 19 del processo tributario, in quanto tale elenco non deve essere letto in modo “rigido” bensì aperto, nell'ottica di assicurare al contribuente la più ampia forma di tutela di fronte all'erario.

“Il fatto che il preavviso di fermo amministrativo non compaia esplicitamente nell'elenco degli atti impugnabili contenuto nell'art. 19, D.Lgs. n. 546 del 1992, non costituisce un ostacolo, in quanto, secondo un principio già affermato da questa Corte, e che il Collegio condivide, l'elencazione degli atti impugnabili, contenuta nell'art. 19 D.Lgs. n. 546 del 1992, va interpretata in senso estensivo, sia in ossequio alle norme costituzionali di tutela del contribuente (art. 24 e 53 Cost.) e di buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), che in conseguenza dell'allargamento della giurisdizione tributaria operato con la Legge n. 448 del 2001. Con la conseguenza che deve ritenersi impugnabile ogni atto che porti, comunque, a conoscenza del contribuente una ben individuata pretesa tributaria, in quanto sorge in capo al contribuente destinatario, già al momento della ricezione della notizia, l'interesse, ex art. 100 c.p.c., a chiarire, con pronuncia idonea ad acquisire effetti non più modificabili, la sua posizione in ordine alla stessa e, quindi, ad invocare una tutela giurisdizionale, comunque, di controllo della legittimità sostanziale della pretesa impositiva e/o dei connessi accessori vantati dall'ente pubblico (v. Cass. nn. 21045/2007, 27385/2008)”.

Su questa interpretazione tuttavia non può non sollevarsi qualche perplessità, perché nulla spiega né aggiunge in ordine alla natura del preavviso, con ciò si spera che tale ultimo indirizzo rimanga immutato.

Vincenzo Vanacore

Recenti orientamenti della Corte Costituzionale in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materie di interesse per gli avvocati ed i professionisti in genere: in particolare, la materia “professioni”.

Con questa breve rassegna della più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale in tema di riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni in materie di interesse per gli avvocati ed i professionisti in genere, la rivista intende offrire ai lettori un ventaglio sempre più

ampio di strumenti utili ad afferrare la mutevole e cangiante dinamica dell'evoluzione dell'ordinamento.

1) Con la Sentenza 2 aprile 2008, n. 93, la Corte Costituzionale dichiara l'incostituzionalità della Legge della Regione Piemonte 18 settembre 2006, n. 32 (Norme in materia di discipline bio-naturali del benessere), in quanto eccede i limiti della competenza regionale nella materia, di legislazione concorrente, delle professioni. Al riguardo, la Corte ribadisce che “la potestà legislativa regionale nella materia concorrente delle professioni deve rispettare il principio secondo cui l'individuazione delle figure professionali, con i relativi profili e titoli abilitanti, è riservata, per il suo carattere necessariamente unitario, allo Stato, rientrando nella competenza delle Regioni la disciplina di quegli aspetti che presentano uno specifico collegamento con la realtà regionale. Tale principio, al di là della particolare attuazione ad opera dei singoli precetti normativi, si configura quale limite di ordine generale, invalicabile dalla legge regionale [...]. Da ciò deriva che non è nei poteri delle Regioni dar vita a nuove figure professionali”. A dire della Corte, la legge censurata si caratterizza sia per individuare un determinato percorso di formazione professionale ai fini dell'accesso all'esercizio delle “discipline bio-naturali del benessere” (come dispone l'art. 3), sia per prevedere (all'art. 6) la istituzione di un “elenco regionale delle discipline bio-naturali del benessere”, articolato in due sezioni nelle quali possono essere, rispettivamente, iscritti, previa dimostrazione dello svolgimento di documentata attività per almeno un triennio, gli enti preposti alla formazione degli operatori e, a seguito della dimostrazione del possesso di apposito attestato di qualifica, gli operatori stessi suddivisi in “sottosezioni relative ad ogni specializzazione”. Non vi è, quindi, alcun dubbio che la censurata Legge Regionale n. 32 del 2006 della Regione Piemonte abbia quella funzione individuatrice della nuova professione che, in base ai principi sopra esposti, è, invece, inibita alla potestà legislativa regionale, travalicandone i limiti.

2) Sulla scorta dei medesimi principi ribaditi nella sentenza che precede, altra fattispecie di incostituzionalità è esaminata dalla Corte nella Sentenza 19 maggio 2008, n. 179, con la quale viene annullato l'art. 34 della Legge della Regione Liguria 5 febbraio 2002, n. 6, che disciplina il percorso di formazione professionale ai fini dell'ac-

cesso all'esercizio della professione di massaggiatore sportivo. Nel caso di specie, la Corte richiama l'art. 8 della Legge 26 ottobre 1971, n. 1099, che riserva “al Ministro per la Sanità” l'istituzione dei corsi e la disciplina del relativo ordinamento didattico per l'esercizio dell'“arte di massaggiatore sportivo”, e l'art. 1 della Legge 1 febbraio 2006, n. 43, dove al 254 si prevede che “sono professionisti sanitarie infermieristiche, ostetriche, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, quelle previste ai sensi della Legge 10 agosto 2001, n. 251 [...] i cui operatori svolgono, in forza di un titolo abilitante rilasciato dallo Stato, attività di prevenzione, assistenza, cura o riabilitazione”. Di conseguenza, la legge regionale censurata, istituendo una figura di massaggiatore sportivo regionale e regolando il percorso formativo diretto al conseguimento del relativo attestato, non rispetta il limite imposto dall'art. 117, comma terzo, della Costituzione in materia di professioni; da ciò la declaratoria di illegittimità costituzionale.

3) Nella Sentenza 11 giugno 2008, n. 222, la Corte afferma che l'art. 10, comma 4, del Decreto Legge 31 gennaio 2007, n. 7, nel testo modificato dalla relativa Legge di conversione 2 aprile 2007, n. 40, non viola alcuna competenza regionale, nella parte in cui introduce disposizioni volte a liberalizzare l'esercizio dell'attività di guida turistica ed a semplificare alcuni adempimenti connessi. Al riguardo la Corte ritiene che, quale che sia il settore in cui una determinata professione si esplichi, la determinazione dei principi fondamentali della relativa disciplina spetta sempre allo Stato, nell'esercizio della propria competenza concorrente, ai sensi dell'art. 117, terzo comma, Cost. L'attribuzione della materia delle “professioni” alla competenza concorrente dello Stato, prevista dalla citata disposizione costituzionale, prescinde, cioè, dal settore nel quale l'attività professionale si esplica e corrisponde all'esigenza di una disciplina uniforme sul piano nazionale che sia coerente anche con i principi dell'ordinamento comunitario. Nel caso in esame, la norma censurata regola aspetti che sono propri dell'esercizio di una specifica attività professionale, la cui incidenza nel campo turistico risulta ininfluente ai fini del riparto di competenze delineato dall'art. 117 Cost. Su un piano più generale, deve dirsi ancora che la norma impugnata è coerente con i principi enunciati dal D.Lgs. 2 febbraio 2006, n. 30 (Riconoscimento dei principi fondamentali in

materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 della Legge 5 giugno 2003, n. 131) che delineano i ruoli rispettivi dello Stato e delle Regioni riguardo alla disciplina di una attività professionale. Tali principi affermano che la potestà legislativa regionale si esercita sulle professioni individuate e definite dalla normativa statale (art. 1, comma 3); che l'esercizio della professione è espressione della libertà di iniziativa economica costituzionalmente tutelata in tutte le sue forme e applicazioni, purché non contrarie a norme imperative, all'ordine pubblico ed al buon costume e che le Regioni non possono adottare provvedimenti che ostacolano l'esercizio della professione (art. 2, comma 1), perché tale esercizio deve svolgersi nel rispetto della disciplina statale di tutela della concorrenza (art. 3, comma 1).

4) Nella recente Sentenza 29 ottobre 2009, n. 271, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di più norme della Legge della Regione Emilia Romagna 27 maggio 2008, n. 7, recante "Norme per la disciplina delle attività di animazione e di accompagnamento turistico".

La Corte premette che, in materia di professioni, la giurisprudenza della Corte è ferma nel senso che compete allo Stato l'individuazione dei profili professionali e dei requisiti necessari per il relativo esercizio. Tali principi sono validi anche con riguardo alle professioni turistiche. In tal senso, esplicitamente, la recente Sentenza n. 222 del 2008 ha statuito che "l'attribuzione della materia delle 'professioni' alla competenza dello Stato [...] prescinde dal settore nel quale l'attività professionale si esplica e corrisponde all'esigenza di una disciplina uniforme sul piano nazionale che sia coerente anche con i principi dell'ordinamento comunitario". Nel caso in esame, la norma regionale censurata, nel descriverne i connotati distintivi, istituisce una nuova professione di "animatore turistico" che non trova alcun riscontro nella vigente legislazione nazionale.

Viene dichiarata anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 della medesima legge regionale in quanto eccede la competenza regionale in tema di professioni di cui all'art. 117, terzo comma, Cost., violando il principio fondamentale che riserva allo Stato non solo l'individuazione delle figure professionali, ma anche la definizione e la disciplina dei requisiti e dei titoli necessari per l'esercizio delle professioni stesse. "L'indicazione di specifici requisiti per l'esercizio delle professioni, anche se in parte coincidenti con quelli già stabi-

liti dalla normativa statale, viola la competenza statale, risolvendosi in una indebita ingerenza in un settore (quello della disciplina dei titoli necessari per l'esercizio di una professione), costituente principio fondamentale della materia e, quindi, di competenza statale, ai sensi anche dell'art. 4, comma 2, del D.Lgs. n. 30 del 2006" (sentenze n. 153 del 2006 e n. 57 del 2007).

Alessandro Vella

Revocatoria ex art. 2901 c.c. ovvero la declaratoria di inefficacia nei confronti del creditore di atti dispositivi del patrimonio compiuti dal debitore.

Nota a sentenza.

Tribunale Civile di Nocera Inferiore, I Sezione Civile, Giudice est. dott.ssa Marianna D'Avino, Sentenza del 19 settembre 2009 n. 1118/09, proc. civ. 4905/2006.

Le riflessioni che seguiranno fanno riferimento ad una pronuncia del Tribunale di Nocera Inferiore, I Sezione Civile, nella persona del Giudice dott.ssa Marianna D'Avino, pubblicata il 23.09.2009, che ha accolto una domanda diretta ad ottenere la revocatoria ex art. 2901 c.c. ovvero la declaratoria di inefficacia nei confronti del creditore di atti dispositivi del patrimonio compiuti dal debitore.

I fatti sono i seguenti: un professionista (avvocato), non avendo ottenuto la corresponsione da parte del suo cliente dei compensi per l'opera svolta in diversi procedimenti dinanzi all'Autorità giudiziaria, presentava ricorso ex art. 28 Legge 794/42 nonché successivi ricorsi per decreto monitorio al fine di ottenere soddisfazione alle sue ragioni di credito; ricevuta la notifica di tali ingiunzioni, il debitore (cliente) non proponeva opposizione, non ottemperava alle stesse e addirittura disponeva di tutto il suo patrimonio in danno del professionista/creditore.

A fronte dei menzionati atti dispositivi, (ritenuti pregiudizievoli delle sue ragioni di credito, il professionista adiva il Tribunale di Nocera Inferiore per ottenerne la declaratoria d'inefficacia ex art. 2901 c.c., ravvisando il ricorrere dei relativi presupposti. Il cliente/debitore non si costituiva in giudizio.

Il Giudice della pronuncia in commento ha fatto puntuale e rigorosa applicazione della disciplina dell'azione revocatoria o cd. *Pauliana*, come desumibile dal dato normativo offerto dall'art. 2901 c.c., dando la stura alla decisione con l'enunciazione della *ratio* sottesa all'istituto evocato, da ritenersi inequivocamente quale mezzo preordinato alla conservazione della garanzia patrimoniale ovvero quale "rimedio funzionale alla ricostruzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c." (cfr. sentenza in commento). La sentenza offre spunti particolarmente interessanti, in quanto nell'*iter* decisionale propone una dettagliata analisi dei presupposti per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria.

L'indagine compiuta dal giudicante al fine di stabilire la sussistenza dei presupposti per la tutela invocata prende le mosse dall'accertamento dell'esistenza di un (valido rapporto di) credito tra il soggetto che agisce in revocatoria e il debitore disponente. Ritenuto sussistente tale presupposto, il Giudice ha proceduto alla individuazione del momento in cui si collocano le condotte delle parti in causa, al fine di stabilire la priorità o posteriorità dell'atto di disposizione rispetto all'insorgere del credito.

La pregnanza di tale verifica non è di poco momento, laddove si tenga presente che, ai fini dell'esercizio dell'azione revocatoria, è importante la distinzione fra atti di disposizione anteriori o successivi al sorgere del credito (come pure tra atti a titolo gratuito e atti a titolo oneroso): infatti, mentre negli atti anteriori al sorgere del credito si richiede, da un punto di vista soggettivo, l'intenzione del debitore di ledere la garanzia patrimoniale generica del creditore (*consilium fraudis*), invece negli atti successivi al sorgere del credito - è sufficiente la mera generica conoscenza del pregiudizio (al riguardo, si veda, tra le altre, Cass. Civ., Sent. n. 996 del 17.01.2007).

Dunque, verificata e stabilita la posteriorità degli atti dispositivi rispetto all'insorgere del credito nel caso *de quo*, la disamina del Tribunale si è concentrata nell'individuazione di altro presupposto della domanda azionata ovvero il cd. *consilium fraudis*, inteso come consapevolezza (*scientia damni*) in capo al debitore che, con gli "atti di disposizione" posti in essere (plurimi, nel caso deciso, quali la vendita di quote societarie al coniuge in regime di separazione dei beni, l'alienazione di

unità negoziali a società a responsabilità limitata di cui il predetto coniuge e il fratello erano legali rappresentanti, la costituzione di fondo patrimoniale su unità immobiliari, ecc.), produca una diminuzione della consistenza delle garanzie spettanti ai creditori.

Facendo riferimento a diverse precedenti giurisprudenziali della Suprema Corte in materia, il Giudice della pronuncia in commento ha statuito che, nel caso sottoposto al suo esame, in cui il debitore aveva disposto del suo patrimonio mediante vendita contestuale di una pluralità di beni, l'esistenza e la consapevolezza da parte sua del pregiudizio patrimoniale che tali atti recavano alle ragioni del creditore, ai fini dell'esercizio da parte di quest'ultimo dell'azione *Pauliana*, erano da ritenersi *in re ipsa*; per completezza argomentativa il Giudice ha precisato pure che, in tale caso, incombeva al debitore fornire la prova in contrario, al contempo rilevando che tale prova non era stata fornita (si ricorda che il debitore era rimasto contumace).

Ad ulteriore conferma del ricorrere del presupposto in parola, il Giudice non ha trascurato il ricorso alle presunzioni: infatti, nell'argomentare in ordine alla *scientia damni*, ha attribuito il dovuto rilievo al grado di parentela fra il debitore e gli acquirenti (moglie e fratello) dei beni sottratti alla garanzia del credito con gli atti di disposizione menzionati (anche giurisprudenza recente ha ravvisato in tale legame di parentela una ulteriore conferma del *consilium fraudis*, cfr. Cass. Sez. I, Civile, 9 aprile 2009, n. 8735).

La motivazione giunge a compimento, poi, laddove il Giudice ritiene parimenti provato dall'attore l'ulteriore presupposto dell'azione esercitata, l'*"eventus damni"*, dando atto che non risultavano essere stati indicati "altri beni su cui il creditore avrebbe potuto eventualmente soddisfarsi", ritenendo comunque "sufficiente a fondare la pretesa in esame" (sic! la sentenza) il pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante ovvero la maggiore difficoltà ed incertezza nell'esazione coattiva delle ragioni creditorie. Per effetto della ritenuta sussistenza dei requisiti richiesti dalla norma azionata, il Giudice accoglieva la domanda, dichiarando l'inefficacia degli atti dispositivi del patrimonio, posti in essere dal debitore nei confronti dell'attore/creditore, ponendo, così, quest'ultimo in condizione di esercitare le azioni esecutive e conservative necessarie per la soddisfazione del suo credito.

Dottrina

Angela Cisale

Character assassination.

Il XV secolo segna il passaggio dal duello quale mezzo di risoluzione delle controversie a vero e proprio mezzo di difesa dell'onore, un'usanza - tutta aristocratica - di chiedere al re l'autorizzazione a combattere in un campo chiuso a fronte dell'offesa ricevuta.

"Nell'800 fiorirono le sfide a duello per diffamazioni - presunte o reali - a mezzo stampa.

Persino Gabriele d'Annunzio, per una questione giornalistica, il 30 settembre 1885 rimediò cinque centimetri di ferita alla testa" racconta Marco Cavina, docente di Diritto medioevale e moderno all'Università di Bologna.

"[...] Il giornalista francese Charles de Perrières, che in un suo articolo pubblicato nel 1880 aveva osato criticare l'attrice di teatro Sarah Bernhardt, fu sfidato a un duello di spada da un amico della diva e ne uscì piuttosto malconco".

Sempre Cavina afferma: "se il reato di diffamazione si punisse ancora come si faceva un secolo fa, oggi i giornalisti di gossip rischierebbero molto più che qualche scaramuccia in tribunale [...]".

Al giorno d'oggi, tuttavia, l'importanza dell'onore e della reputazione, varia da paese a paese e da persona a persona. Nei paesi di *common law* si ricorre all'espressione *character assassination* per indicare "l'omicidio dell'identità personale", che si configura tutte le volte che un dato soggetto viene diffamato, ma, se nei paesi anglosassoni la tutela della dignità personale è andata assumendo un'importanza crescente, il nostro Paese sembra averle riservato un rilievo inferiore rispetto ad altre situazioni soggettive. Il nostro ordinamento, contempera la tutela offerta al diritto alla dignità con quella di altri diritti costituzionalmente tutelati, come ad esempio il diritto di difesa, la libertà di pensiero, il diritto di critica o di cronaca, e spesso "grazie" a norme c.d. "esimenti" la dignità soccombe a tali diritti. Cosa accade, però, quando un'espressione offensiva della dignità di un soggetto è contenuta in uno scritto difensivo? L'art. 388 del Codice penale Zanardelli costituiva un'immunità giudiziaria, che "garantiva" agli avvocati la libertà di difesa e di discussione. Il Codice Rocco ha riproposto la disciplina dell'art. 388, in modo pressoché identico, nell'art. 598 c.p., che stabilisce: "Non sono punibili le offese contenute negli scritti presentati o nei discorsi pronun-

ciati dalle parti o dai loro patrocinatori nei procedimenti dinanzi all'Autorità amministrativa, quando le offese concernono l'oggetto della accusa o del ricorso amministrativo [...]".

L'esimente di cui all'art. 598 c.p., secondo autorevole dottrina², trova il proprio fondamento nell'art. 24 della Costituzione, che garantisce l'inviolabilità del diritto di difesa e di accusa.

Su tale fondamento, i Giudici costituzionali hanno affermato: "la non punibilità delle offese previste dall'art. 598 c.p. ha fondamento nella libertà di discussione delle parti contendenti sia nel caso di offesa strettamente necessaria, sia nel caso di offesa non necessaria che s'inserisce nel sistema difensivo dei procedimenti con funzione strumentale. E in proposito va considerato che la norma non attribuisce un diritto all'ingiuria e quindi alla non punibilità, ma tutela la libertà della difesa, che sarebbe non efficiente e quindi non libera da preoccupazioni di possibili incriminazioni per offese all'altrui onore e decoro [...]".

In virtù del disposto normativo è consentito all'avvocato che difende il proprio assistito di ledere l'altrui reputazione, *ergo* gli si consente la "commissione di un reato", quando quest'ultima sia strumentale alla difesa dell'assistito.

L'art. 598 c.p., tuttavia, non sempre può trovare applicazione. Le esternazioni offensive per essere giustificate debbono concernere "l'oggetto della causa o del ricorso amministrativo", ossia, le frasi offensive non debbono travalicare il limite imposto dal c.d. "principio di concernenza".

L'esimente *de qua* può essere invocata solo dalle parti processuali, da intendersi non solo l'indagato (nel corso delle indagini preliminari) e/o l'imputato (nel corso della fase dibattimentale), ma anche i difensori ed il magistrato del Pubblico Ministero. La tassatività della norma esclude che l'ambito di applicabilità possa essere esteso al Giudice, al consulente tecnico, al testimone e a colui che non è equiparabile alla parte processuale (*rem in iudicium deducit, contra quem res in iudicium deducitur*). In merito alla natura giuridica dell'esimente giudiziaria di cui si discute, dottrina e giurisprudenza, solo di recente sono giunte ad affermare, concordemente, che l'art. 598 c.p. sia da considerarsi causa di esclusione della sola punibilità⁴. Fino a qualche anno fa, infatti, un cospicuo numero di giureconsulti riteneva che la cennata esimente fosse una causa di giustificazione, con una portata applicativa maggiore rispetto all'art. 51 c.p. (esercizio di un diritto), anche se vi era chi

considerava l'art. 598 c.p. come mera causa di esclusione dell'antigiuridicità⁵.

Secondo la recente pronuncia, ed ormai tesi maggioritaria, l'immunità giudiziaria *ex art. 598 c.p.*, deve essere ricondotta tra le cause di non punibilità in senso stretto. La Suprema Corte è giunta a tale conclusione partendo dall'assunto che, la disposizione in questione consente al Giudice di ordinare la soppressione o la cancellazione delle scritture offensive ed assegnare alla persona offesa una somma a titolo di risarcimento del danno non patrimoniale, tutti elementi che sembrerebbero diretti ad escludere la sola applicazione della pena e non anche l'antigiuridicità. Ne deriva che, il *telos* dell'immunità giudiziaria in esame sarebbe proprio quello di escludere la punibilità di quelle espressioni che, in quanto esorbitanti le necessità difensive, rimarrebbero estranee all'ambito dell'esercizio del diritto di difesa. Oltre tutto, se le espressioni utilizzate fossero strettamente conferenti alle esigenze difensive, non potrebbe trovare applicazione l'art. 598 c.p., ma l'art. 51 c.p. (che escluderebbe qualsiasi tipo di risarcimento).

Da tale pronuncia ne deriva che l'ambito di applicazione dell'art. 598 c.p. è "più esteso" di quello dell'art. 51 c.p.

L'interdisciplinarietà dell'esimente giudiziaria *ex art. 598 c.p.*

Senza ombra di dubbio si sbaglia chi crede che in un ordinamento giuridico esistano dei compartimenti stagni. L'affermazione risulta confermata da quanto si dirà brevemente sul connotato di interdisciplinarietà che contraddistingue la fattispecie in oggetto. Il dettato normativo dell'art. 598 c.p., infatti, è in stretta connessione con l'art. 89 c.p.c. e con l'art. 20 del Codice deontologico forense. La norma processual-civilistica statuisce che: "negli scritti presentati e nei discorsi pronunciati davanti al Giudice, le parti e i loro difensori non debbono usare le espressioni sconvenienti od offensive. Il Giudice in ogni stato dell'istruzione, può disporre con l'ordinanza che si cancellino le espressioni sconvenienti od offensive [...]".

Le Sezioni civili della Suprema Corte di Cassazione, hanno a più riprese ribadito che le espressioni sia esse contenute negli scritti sia esse pronunciate nei discorsi difensivi non devono eccedere i limiti della convenienza; il diritto di critica non può essere considerato un diritto assoluto ed incondizionato, e non deve mai trasformarsi in un "discorso personale o una manifestazione

passionale". Così le espressioni offensive troveranno giustificazione, e pertanto la persona offesa non potrà avanzare alcuna pretesa risarcitoria, solo se e quando esse non siano eccedenti le esigenze difensive e rimangano contenute nell'esercizio del diritto di difesa. Il limite di cui all'art. 89 c.p.c. coincide, pertanto, con quello fissato dalla norma penale. Con una sentenza monito, gli Ermellini hanno ricordato che i difensori anche se tutelano interessi contrapposti debbono sempre con i loro scritti o i loro discorsi ricorrere ad un linguaggio corretto e rispettoso⁶. L'esimente non trova applicazione quando le espressioni offensive esulano dall'oggetto della causa, o si trasformano in un mero attacco *ad personam*.

Le offese, inoltre, debbono riguardare in modo diretto l'oggetto del procedimento (*c.d. concernenza*) ed essere contenute in scritti presentati o in frasi pronunciate nel procedimento (*c.d. di contenenza*). Alla luce di quanto detto restano escluse dall'ambito di operatività dell'esimente *ex art. 598 c.p.* e da quello dell'art. 89 c.p.c. le offese contenute in discorsi e scritti realizzati precedentemente alla formale costituzione del procedimento ovvero al di fuori dello stesso. Travalicano, altresì, il limite imposto dal principio di concernenza le frasi pronunciate innanzi l'aula di udienza e le frasi riportate in esposti inviati al Consiglio dell'Ordine Forense o contenute in scritti inviati a persone estranee al procedimento. A differenza di quanto accade in materia penale, ove la responsabilità è personale, in sede civile: "[...] Stabilisce l'art. 83 c.p.c., che il difensore sta in giudizio in luogo della parte del quale ha assunto il patrocinio [...] In applicazione di tale principio, è stato affermato che delle offese contenute negli scritti difensivi risponde, ai sensi dell'art. 89 c.p.c., sempre la parte, anche quando provengono dal difensore (Cass. Sent. n. 11063/02) e destinatario della domanda di risarcimento del danno *ex art. 89 c.p.c.* comma 2, è sempre e solo la parte, la quale se condannata - potrà rivalersi nei confronti del difensore, cui siano addebitabili le espressioni offensive, ove ne ricorrano le condizioni [...]".

L'attore (e/o il convenuto) che si è visto condannare in luogo del proprio difensore, potrà esperire un'azione di rivalsa su quest'ultimo, dal momento che il difensore usando frasi offensive e sconvenienti ha violato un divieto posto a suo carico. Ricorrere ad espressioni offensive pertinenti all'oggetto della causa, quindi, consente al difensore di invocare l'esimente di cui all'art. 598

c.p. o di non vedere condannare il proprio assistito ai sensi dell'art. 89 c.p.c., ma non esclude che egli non possa subire una sanzione disciplinare. L'art. 20 Codice deontologico forense, infatti, rubricato divieto di uso di espressioni sconvenienti od offensive, impone all'avvocato di "evitare di usare espressioni sconvenienti od offensive negli scritti in giudizio e nell'attività professionale in genere, sia nei confronti dei magistrati, delle controparti e dei terzi". In merito alla responsabilità disciplinare, le Sezioni Unite della Cassazione hanno statuito che l'art. 598 c.p. non preclude l'intervento disciplinare contro il professionista che violi i doveri di correttezza, dignità e decoro imposte dalle norme deontologiche, dal momento che la libertà di difesa non attribuisce la facoltà di offendere⁸. Con tale pronuncia le Sezioni Unite della Corte di Cassazione non hanno mancato di evidenziare, conformandosi all'orientamento giurisprudenziale del Consiglio Nazionale Forense, la caratterizzante interdisciplinarietà della norma in esame. Sempre il Consiglio Nazionale Forense ha, poi, stabilito che in sede di giudizio disciplinare a nulla vale invocare l'esimente di cui all'art. 599 c.p.: "le espressioni offensive pronunciate nei confronti di un collega o della controparte, poste in essere a seguito di provocazioni, non consentono l'applicazione dell'esimente di cui all'art. 599 c.p. tutte le volte che si violano norme deontologiche"⁹.

Conclusioni.

Si consenta, in chiusura, di cedere ancora una volta alla digressione storica. In passato, l'offeso lanciò il guanto di sfida lavava con il sangue l'onta di aver visto infangato l'onore di gentiluomo. Oggi l'offeso fa finta di non sentire, preferisce non ricorrere alla giustizia, perché vuole evitare di essere offeso due volte da una denegata giustizia! Pochi sono i "coraggiosi", quelli che sfidano i lunghi tempi della giustizia pur di ottenere una sentenza di condanna del loro offensore. Non avrà, tuttavia, la medesima "soddisfazione" il cittadino che è stato offeso da un avvocato o da un magistrato del Pubblico Ministero, che potranno apostrofarlo con espressioni terribili e "sbeffeggiarlo" in udienza, uccidendo così la sua identità civile e sociale. Viene perpetrato, quindi, forse non l'omicidio fisico dell'offeso, ma certamente l'omicidio del suo onore, un *character assassination*. L'avvocato o il magistrato del Pubblico Ministero

che pronunziano o scrivono falsità sostenute come vere, restano impuniti perché "protetti" dall'art. 598 c.p., ma cosa accadrà se quelle espressioni saranno portate fuori dall'aula di giustizia. Cosa accadrà se un atto giudiziario, dato che è un atto pubblico, sarà riportato in un articolo di giornale? Nulla! Forse sarebbe più giusto denunciare un crimine senza commettere un crimine!

-
- 1 *Storia del duello*, articolo pubblicato sul numero 25 di *Focus Storia* in edicola dal 1° novembre 2008.
 - 2 Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. I*, Milano, 1999.
 - 3 Corte Cost., Sent. n. 128/79.
 - 4 Cass. Pen., Sez. VI, Sent. n. 39934/05; Conforme Cass. Pen., Sez. V, Sent. n. 35880/09.
 - 5 Verzura, *Le immunità giudiziali*, in *Diritto & Formazione*, 8-9/2004, p. 1194.
 - 6 Cass. Civ., Sent. n. 2579/88; Conformi Cass. Civ., Sent. n. 8904/90; Cass. Civ., Sent. n. 2934/03; Cass. Civ., Sent. n. 12952/03.
 - 7 Cass. Civ., Sez. II, Sent. n. 3333/08.
 - 8 Cass. S.U., Sent. n. 12167/08.
 - 9 Consiglio Nazionale Forense, Sent. n. 8/05.

Irene Coppola

Il custode giudiziario (con particolare riferimento al processo civile).

In molte ipotesi previste dal nostro ordinamento il Giudice conferisce ad un terzo incarichi di custodia giudiziaria che, in altri termini, sono incarichi di gestione, di conservazione o di amministrazione *di beni*, da esercitarsi sempre sotto la vigilanza e la direzione del potere giudiziario. Il soggetto destinatario di un siffatto incarico giudiziario - altrimenti detto anche di gestione provvisoria - può e deve custodire ed amministrare *la res*, con eventuale incremento di valore. In ragione del tipo di gestione, il custode nominato attegge in modo diverso la sua opera. Gli incarichi possono essere a carattere meramente conservativo o a carattere gestorio. La disciplina della custodia giudiziaria è scarna e lacunosa. Vi sono, difatti, pochissime norme che ne tratteggiano la figura e ne disciplinano le funzioni all'interno del nostro Codice civile. Il custode giudiziario viene nominato dal Giudice (civile o penale) all'interno di procedimenti che presuppongono lo spossessamento di un bene (mobile e/o immobile) o di determinati beni nei confronti di alcuni soggetti, sia per esigenze cautelari che per esigenze conservative dei beni stessi. Nella pratica, la scelta del custode, qualora non cada su uno dei contendenti (*cd. custodia interna*), viene, di norma, effettuata tra gli iscritti negli Albi

degli avvocati e/o dei dottori commercialisti (*cd. custodia esterna*).

Trattandosi di un incarico di natura pubblicistica ed in considerazione delle responsabilità che comporta, deve, tuttavia, ritenersi che in nessun caso possa essere nominato custode chi non abbia raggiunto la maggiore età, chi risulti interdetto, inabilitato, fallito o chiunque si trovi in stato di interdizione dai pubblici uffici.

Entro questi limiti, spetterà, pertanto, al Giudice individuare un soggetto idoneo per qualità morali e capacità personali e, se del caso, professionali (come è sempre più auspicabile) ad espletare l'incarico.

Il provvedimento di nomina deve contenere il nome del custode giudiziario, il procedimento di riferimento, i beni da custodire, l'individuazione dei compiti dell'amministratore-custode (o per lo meno l'individuazione dei compiti principali) e - se possibile - la durata della stessa custodia.

Detto provvedimento giudiziario va comunicato al custode dalla cancelleria dell'ufficio giudiziario e notificato anche alle parti (adempimento che nella pratica non sempre viene effettuato).

Il custode può accettare o non accettare l'incarico. L'accettazione può essere espressa o tacita.

L'accettazione espressa è atto unilaterale non recettizio che può essere formale o non formale.

Una volta assunto l'incarico, però, il custode non potrà rifiutarsi di espletarlo anche se potrà chiedere, in qualsiasi momento, di essere sostituito. La sostituzione, a cura del Giudice della cautela, può avvenire anche d'ufficio ovvero su istanza di una delle parti, qualora dovessero emergere ragioni di conflitto e/o di incompatibilità. Alla sostituzione del custode il Giudice provvede con ordinanza, anche se, in genere, è sempre opportuno sentire previamente le parti ed il medesimo custode. Il custode giudiziario è stretto collaboratore del Giudice; il Legislatore lo definisce ausiliario del Giudice e, per questo a ragione, egli può andare direttamente dal Giudice che lo ha nominato per conferire ed interloquire sulle vicende della gestione provvisoria. Il rapporto è strettamente fiduciario e diretto e le parti sono esterne. Non si condivide, perciò l'indirizzo di una giurisprudenza, per la verità minoritaria, che forse per eccessiva prudenza o per altre ragioni, preferisce, tranne che in casi di stretta urgenza e necessità, disporre sempre la comparizione delle parti anche quando non è né prevista, né richiesta dal Legislatore codicistico,

per consentire anche alle parti - che, in verità, non potrebbero interferire nella gestione se ne sono state spogliate - di suggerire, opporsi o controdedurre ad iniziative custodiali e/o a provvedimenti giudiziari. È possibile nominare anche più custodi per un medesimo bene, anche se la nostra esperienza giurisprudenziale conosce quasi esclusivamente la custodia unipersonale. Nel particolare ambito della custodia giudiziaria, il Giudice deve essere più che mai esperto e capace per poter adottare provvedimenti in tempi brevi per lo più indirizzati e/o suggeriti dalle relazioni del custode giudiziario. Ebbene - giova ricordare - però, che il custode non può in alcun caso surrogarsi, né essere surrogato all'Autorità giudiziaria. Il custode è solo ed esclusivamente un ausiliario del Giudice, ma è il Giudice a dover adottare provvedimenti; è il Giudice a dover decidere; il custode è esclusivamente un esecutore di disposizioni giudiziarie o un mero suggeritore di provvedimenti. Il Giudice deve provvedere cercando di evitare ogni lungaggine processuale con inutili e defatigatorie convocazioni delle parti, per evitare nocenti all'amministrazione provvisoria ed alle esigenze di immediatezza degli interventi disposti. Il Decreto inaudita altera parte è la regola; l'ordinanza, invece, costituisce l'eccezione della gestione custodiale. Il compito fondamentale del custode è quello di conservare ed amministrare; esso è strumento dell'Autorità giudiziaria, organo ausiliario di giustizia; è pubblico ufficiale ed è sostituito dal Tribunale al titolare dei beni che gli sono stati dati in gestione provvisoria. Il custode deve osservare la diligenza del buon padre di famiglia al fine di preservare e, se possibile, incrementare il valore economico del bene in custodia. In genere è il Giudice della cautela a precisare e delimitare i compiti del custode, nonché i criteri alla cui stregua essi devono essere svolti. Non sempre, però, l'individuazione dettagliata dei compiti del custode risulta nel contenuto del provvedimento giudiziario di nomina dell'ausiliare.

Questa prassi purtroppo consolidata crea non poche incertezze sia per il pubblico ufficiale, che spesso da solo deve affrontare problematiche non facilissime, sia per le parti in causa che osservano e seguono la gestione di un bene e/o di un patrimonio momentaneamente affidata ad un amministratore del Tribunale.

In mancanza di direttive del Giudice, si ritiene che il custode possa e debba, con la diligenza del buon

padre di famiglia, compiere da solo tutti gli atti di ordinaria amministrazione del bene e gli atti, anche di straordinaria amministrazione e di disposizione, indilazionabili (es. vendita di beni immediatamente deperibili), mentre per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione il custode necessita della previa autorizzazione del Giudice della custodia. Ad esempio il custode non può stipulare un contratto di locazione avente ad oggetto il bene in custodia senza autorizzazione del Giudice. Tale divieto è espressamente codificato. La giurisprudenza è concorde nel ritenere che sia atto di ordinaria amministrazione l'attività consistente nel deposito presso una banca o un ufficio postale delle somme relative ai canoni di locazione dell'immobile in custodia, benché, trattandosi di *res fungibili*, il depositario ne divenga proprietario con l'obbligo di restituire il *tantundem*. Ma spesso anche in questo caso molti Tribunali ritengono che l'accensione di un libretto bancario da parte del custode debba essere previamente autorizzato. L'atto compiuto senza la necessaria autorizzazione è sicuramente inefficace, perché esso è configurato e configurabile come atto compiuto *dal falsus procurator*, anche se può intervenire in qualsiasi momento la ratifica dall'Autorità giudiziaria e divenire, in tal modo, produttivo di effetti.

Un tipico esempio di custodia gestoria è quello di custodia giudiziaria di un'azienda. Il custode giudiziario di un'azienda si surroga, sia pure temporaneamente, al suo titolare e, quindi, al suo imprenditore. Quando oggetto della misura cautelare è un'azienda, la custodia si complica perché il custode è un ausiliare del Giudice che si immerge a pieno titolo in una realtà economica in divenire ove necessitano non solo requisiti e conoscenze tipiche di un imprenditore per portare avanti l'attività economica e garantire le esigenze di conservazione tipiche dell'istituto in esame, ma anche uno sfoggio di preparazione tecnica relativa a quel ramo d'impresa. L'esperienza insegna che non sempre è possibile trovare un custode che abbia i veri e propri requisiti di un imprenditore, soprattutto se si considera che il custode è spesso e volentieri un libero professionista il cui ruolo stride, o meglio, si appalesa incompatibile con quello di un imprenditore. Per far fronte alle prospettate evenienze, spesso il custode chiede al Giudice di potersi avvalere di terzi muniti di titoli abilitativi per l'esercizio di una impresa. Si discute se nel

caso di gestione custodiale di una azienda (realtà dinamica in continuo divenire) il custode debba essere considerato un autonomo gestore con pieno titolo per ottenere tutte le organizzazioni gestorie a suo nome e quindi con regolare accesso ad ogni autorizzazione abilitativa anche di carattere amministrativo, oppure se il custode si sostituisce *tout cour* all'amministratore surrogato ed *ex lege* già abilitato a compiere gli atti, ferme le autorizzazioni giudiziarie se richieste. Il problema è ancora aperto. Va precisato che il curatore fallimentare non può agire in giudizio personalmente se non a mezzo di avvocati; il custode giudiziario, se avvocato, può agire in giudizio *ex art. 86 c.p.c.*, previa autorizzazione del Giudice. Come sopra accennato gli obblighi del custode consistono essenzialmente nella conservazione, amministrazione ed eventuale incremento della *res* in custodia. Occorre, però, sottolineare un ulteriore obbligo del custode: l'obbligo di rendiconto. Dalla previsione codicistica *ex art. 593 c.p.c.* si evince che il custode ogni tre mesi, salvo che un diverso termine sia stabilito dal Giudice, deve presentare il conto parziale e, alla cessazione dell'incarico, deve presentare il conto finale della sua gestione. Nella pratica, però, il rendiconto parziale non viene quasi mai depositato agli atti, anche perché il rapporto di scambio con il Giudice è così intenso che il custode, in definitiva, rende il conto della gestione ogni giorno. Inoltre, giova precisare che, il rendiconto presuppone, in ogni caso, una movimentazione di danaro quando essa sussiste escludendosi, perciò, in tutti gli altri casi. Al rendiconto parziale ed a quello definitivo della gestione provvisoria vanno allegati i documenti giustificativi. Il custode provvede a depositare il rendiconto in cancelleria; il cancelliere provvede a darne notizia al Giudice della cautela il quale fissa l'udienza per la comparizione e per la discussione del rendiconto stesso prima di procedere alla sua approvazione. In caso di contestazioni - spesso pretestuose se avanzate da parti estremamente litigiose che spesso creano e cercano troppi ed inutili affanni processuali - il Giudice deciderà con ordinanza non impugnabile la soluzione. Molto si discute sulle modalità di presentazione del rendiconto. Secondo alcuni il custode deve limitarsi a rendere il conto della gestione indicando semplicemente le entrate e le uscite ovvero l'attivo ed il passivo. Secondo altri, invece, il custode, pur essendo un pubblico ufficiale, non è esonerato dal relazionare e, quindi,

alla cessazione dell'amministrazione provvisoria, non può limitarsi ad un arido elenco di movimenti in danaro, ma deve fornire una relazione dettagliata sulla sua attività e sulla opportunità dell'adozione di strategie imprenditoriali soprattutto quando si è in presenza di una custodia gestoria, quale quella di un complesso aziendale. Il custode è civilmente responsabile, a titolo di responsabilità contrattuale nei confronti del titolare del bene in custodia derivanti da violazione degli obblighi del suo pubblico incarico; è civilmente responsabile a titolo di responsabilità extracontrattuale per i danni arrecati anche a terzi nel corso della sua gestione. Il custode giudiziario, alla fine della sua gestione ha diritto al rimborso delle spese documentate ed al compenso per l'attività professionale svolta. Il tema del compenso da corrispondere al custode si rappresenta da sempre piuttosto spinoso, perché il Legislatore nulla dice. Sicuramente il provvedimento di liquidazione del Tribunale avrà la configurazione del decreto con valenza di titolo esecutivo, ma i criteri o la tariffa da seguire per la determinazione del *quantum* sono piuttosto oscuri.

La Corte Costituzionale, seppur in modo generico, con la Sentenza del 21 aprile 1989, n. 230, in riferimento anche al disposto dall'art. 2 *octies*, comma 4, della Legge 31 maggio 1965, n. 575, ha ribadito che i criteri generali per la determinazione del compenso spettante al custode dei beni oggetto di sequestro giudiziario o di sequestro conservativo civile vanno improntati al valore del patrimonio, all'opera prestata, ai risultati conseguiti, all'impegno professionale profuso, in considerazione anche delle tariffe professionali o locali e gli usi. Ma nonostante tutto il problema è ancora irrisolto e trova spesso e volentieri una giurisprudenza non conforme sul punto. Secondo altri, il custode andrebbe liquidato con gli stessi parametri indicati dalla legislazione speciale per gli amministratori dei beni sequestrati alla mafia. Per altri la liquidazione del compenso del custode andrebbe fatta secondo criteri equitativi, in ragione dell'attività svolta e delle difficoltà incontrate nel corso della gestione nel caso concreto, valutando, di volta in volta, il *quantum* più congruo per compensare "giustamente" il professionista incaricato. Secondo altri, anche al custode avvocato andrebbero applicate le tariffe previste per i dottori commercialisti, certamente più dettagliate e precise rispetto al tariffario

forense che presenta una lacuna effettivamente decisa. Non pochi Tribunali ritengono che al custode giudiziario debbano applicarsi le tariffe (previste) per il curatore fallimentare e per il commissario giudiziale. Ma tale assunto appare difficilmente condivisibile soprattutto se si pensa che la disciplina fallimentare costituisce forse "la più speciale tra le leggi speciali"; ed è, dunque insuscettibile di interpretazione analogica.

De iure condendo è più che mai auspicabile un intervento normativo sul punto al fine di evitare disparità di trattamenti ovvero applicazioni di compensi troppo bassi per un'attività così complessa e difficile come è quella del custode giudiziario. Avverso il decreto di liquidazione del compenso del custode è ammesso il ricorso straordinario per Cassazione *ex art. 111 Cost.*

Francesca Del Grosso e Maria Iuzzolino

La premialità nella riforma Brunetta.

Il Decreto Legislativo n. 150 del 27.10.09 rappresenta un intervento organico "in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni". In vigore dal 15 novembre, si prefigge il miglioramento della performance delle amministrazioni pubbliche.

Esso implementa i principi generali della Legge delega n. 15 del 4.03.09 di riforma di alcuni aspetti della disciplina del lavoro pubblico. Si inserisce pertanto nel più ampio disegno di innovazione che nell'ultimo decennio ha coinvolto la P.A.

Cade infatti a dieci anni dal sistema legislativo dei controlli (D.Lgs. 286/99) che sostituiva i controlli interni, di gestione e i nuclei di valutazione, al sistema generale del controllo esterno della Corte dei Conti. Il ministro Brunetta l'ha definito un "provvedimento all'insegna del segno più: più trasparenza, più rapide risposte alle esigenze dei cittadini, più qualità, più lotta alla corruzione, più merito, più dignità e reputazione per i lavoratori, più responsabilità per i dirigenti, più produttività". La riforma, ispirata al principio della "trasparenza", inteso come "accessibilità totale alle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione", attribuisce centralità alla soddisfazione dell'utente, attraverso i sistemi della *customer satisfaction* e della rendicontazione (art. 4, lett. f). Sia pure essa disciplini molteplici aspetti del lavoro pubblico, si focalizza l'attenzione su quello che ne appare il fulcro, e che ha già dato luogo ad alcuni

dibattiti tra gli addetti ai lavori: il “ciclo di gestione della performance”.

Utile ricordare che i metodi di valutazione del personale sono oggetto di dibattito dottrinale: la valutazione fa sì che il lavoratore sia destinatario di un giudizio sul rendimento e sulle capacità professionali nello svolgimento del lavoro. Trattasi di un processo gestionale e di sviluppo delle risorse umane estremamente rilevante.

Secondo la dottrina prevalente, le finalità del medesimo sono: 1) migliorare le prestazioni; 2) accertare le competenze e le potenzialità; 3) creare il presupposto per le retribuzioni e gli incentivi.

Interessante al riguardo è l'analisi del Fontana. Secondo l'autore, la valutazione del lavoro accrescerebbe la motivazione del personale, e la necessità del cambiamento, fornendo inoltre supporto alla programmazione del personale delineando la politica del turn over. Tuttavia, nella Pubblica Amministrazione sinora non ne era recepita la portata innovativa e dirompente, e si era data prevalenza a meccanismi correlati esclusivamente a erogazioni di incentivi monetari, prescindendo dalla valorizzazione del capitale umano. Invece, soprattutto in un momento storico come quello attuale, caratterizzato dalla scarsità delle risorse, e dal contenimento della spesa pubblica, ogni processo di riorganizzazione delle strutture pubbliche, deve “essere veicolato attraverso una capillare attività di valorizzazione delle risorse disponibili” (C. Abbattista). Il Legislatore ha previsto il soggiacere della performance, sia essa organizzativa che individuale, a meccanismi di misurazione e valutazione e ciò affinché il principio della premialità non resti una mera dichiarazione di intenti e sia attuato con serietà e trasparenza.

I soggetti deputati a tali verifiche sono:

1) La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Essa è organo centrale con funzione di indirizzo e coordinamento rispetto agli altri soggetti. Lavora in posizione di autonomia ed indipendenza ma in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della Funzione Pubblica, il Ministero dell'Economia e delle Finanze - Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e con altri enti e/o istituzioni pubbliche. Ha funzione di promozione dei sistemi e metodologie di miglioramento delle performance delle amministrazioni pubbliche anche attraverso il confronto con esperienze internazionali supportando le varie fasi del ciclo di gestione

delle performance sia a livello tecnico che metodologico.

2) Gli organismi indipendenti di valutazione della performance. Questi ultimi sono costituiti presso ciascuna amministrazione singola o anche in forma associata, con il compito di monitorare il funzionamento del sistema di valutazione sia in termini di trasparenza che di correttezza nei processi di misurazione e valutazione con l'obbligo di comunicare ogni criticità riscontrata alla Commissione di cui sopra.

3) L'organo di indirizzo politico amministrativo di ciascuna amministrazione. Esso promuove “la cultura della responsabilità” connessa al miglioramento della performance e alla verifica del conseguimento degli obiettivi strategici, collabora con i vertici della amministrazione per la definizione del piano della performance e della relazione sulla performance nonché del programma triennale per la trasparenza e l'integrità, strettamente connesso al dovere della rendicontazione.

4) I dirigenti di ciascuna amministrazione.

Significativa è la caratteristica comune a ciascun organo per la determinazione della sua composizione interna.

È negato l'accesso a coloro i quali sono legati a partiti politici ed associazioni sindacali; un'evidente scelta di trasparenza da parte del Legislatore si da offrire maggiori garanzie di imparzialità nei giudizi di valutazione delle performance. Si sgombra il campo da dubbi di tipo clientelare nella scelta dei meritevoli, tanto che gli stessi soggetti componenti sono collocati, nel periodo di durata della carica, fuori ruolo rispetto all'amministrazione di appartenenza.

Punto nevralgico della riforma è l'attribuzione selettiva degli incentivi economici e di carriera: si valorizza il merito, ponendo finalmente fine alla distribuzione a pioggia, esplicitamente vietata.

Sui sistemi premianti interviene l'Organismo indipendente al quale spetta il compito di stilare la graduatoria delle valutazioni sia del personale dirigenziale che di quello non dirigenziale, secondo tre fasce di merito: alta, media e bassa.

Gli strumenti per premiare merito e professionalità sono costituiti da: 1) bonus annuale delle eccellenze, 2) premio annuale per le innovazioni, 3) progressioni economiche, 4) progressioni di carriera, 5) attribuzioni di incarichi e responsabilità, 6) accesso a percorsi di alta formazione e crescita professionale in ambito nazionale ed internazionale. La portata delle innovazioni contenute

all'interno della legge in esame, sicuramente un po' frastorna trattandosi di recepire elementi assolutamente nuovi e sconosciuti alla maggior parte del personale. È pur vero però che la necessità di cambiamento deve passare attraverso nuove forme di incentivazione. Del resto i sistemi di valutazione non sono sganciati dal personale dipendente, che non subisce passivamente ma è soggetto attivo in questo rapporto. Difatti, sono esplicitamente previste tra le funzioni dell'Organismo Indipendente la realizzazione di indagini sul personale dipendente volte a rilevare lo stato di benessere organizzativo ed il grado di condivisione del sistema di valutazione, nonché la rilevazione della valutazione del proprio superiore gerarchico da parte del personale con obbligo di riferirne alla Commissione. I termini meritocrazia, valutazione, performance non devono spaventare, la loro funzione piuttosto è quella di ridare dignità a tutti i dipendenti pubblici. Sono molti quelli che quotidianamente “producono innovando” inventandosi ogni giorno soluzioni originali, quanto invisibili ai più, rendendo più scorrevole il processo lavorativo. Ebbene la riforma diventa un modo per uscire dall'anonimato, un modo per lo Stato di gratificare chi innova e migliora, con senso del dovere, attraverso l'ideazione e l'utilizzo di semplici, ma efficaci metodologie di razionalizzazione del processo indicato. Certo occorrerà a tutti del tempo per vincere la normale reticenza e acquisire dimestichezza con nuovi termini e metodologie. È dunque essenziale in questa prima fase, che il sistema di organi previsto affianchi il personale dipendente e dirigenziale per consentire una graduale conoscenza del ciclo di gestione della performance.

Allora perché non leggere la riforma a favore del dipendente? Accolta favorevolmente dalle autonomie territoriali (protocolli d'intesa tra il ministro Brunetta e il Presidente ANCI e la Provincia di Salerno) è invece, così come rilevato dalle organizzazioni sindacali della giustizia, fonte di preoccupazioni fra i lavoratori per gli effetti che si avranno sul salario accessorio e sui passaggi economici e non, all'interno dell'area professionale. Alcune perplessità non parrebbero pretestuose: si teme che il FUA (art. 32 CCNL 98/01) destinato al personale e finalizzato a “promuovere reali e significativi miglioramenti dell'efficacia e dell'efficienza dei servizi istituzionali”, non venga assegnato ai lavoratori.

Inoltre, si ipotizzano probabili discrasie nella

realtà pratica, in quanto spesso, all'interno della maggior parte dei contesti organizzativi, si sono consolidate situazioni di privilegio, che non solo non sono ottimali per il miglioramento della performance, ma che potrebbero non dar luogo alla misurazione “in un quadro di pari opportunità di diritti e di doveri”, quale quello richiamato dal numero 3 del decreto. Ma i dipendenti della giustizia che sono “produttori” e non fannulloni devono sentirsi tutelati da una normativa che premia il merito. Se il sistema di valutazione previsto dalla normativa esaminata, verrà rispettato in toto, si avranno garanzie per il futuro successo. È certo un cambiamento ma non necessariamente negativo: le valutazioni dovranno essere chiare e soprattutto oggettive. Inoltre, vivendo in un contesto socio-economico in continua evoluzione, è necessario che si presti particolare attenzione alle capacità dei singoli impiegati e dei gruppi di lavoro, apprendendo dai problemi e dagli errori nuove modalità lavorative, allo scopo di fornire soluzioni efficaci, anche se ciò può comportare rapidi cambiamenti del processo lavorativo. I singoli impiegati dovranno comprendere che occorre lavorare in qualità di responsabili di settori, oltre che dei singoli servizi di cancelleria. Anzi, se si tiene presente che nel documento di programmazione economico-finanziaria 2007/2011, viene sostenuto che “i problemi della giustizia in Italia, sono in larga misura legati alla soluzione di nessi organizzativi e gestionali”, si accoglie ancor più favorevolmente la riforma Brunetta. Si ha infine, leggendo la normativa, uno spunto sul quale è interessante riflettere, e che concerne la tempistica dei meccanismi ivi previsti. Leggendo infatti gli artt. 5 e 7 del Decreto, rispettivamente disciplinanti gli obiettivi e indicatori, e il sistema di misurazione e valutazione della performance, appare di tutta evidenza la coincidenza della durata:

a) tra le tabelle giudiziarie (il documento programmatico per eccellenza) e la programmazione triennale degli obiettivi da parte degli organi di indirizzo politico-amministrativo;

b) tra il programma annuale di competenza del dirigente amministrativo e del capo dell'ufficio, così come disciplinato dal D.Lgs. n. 240/06, e gli obiettivi “riferibili ad un arco temporale determinato, di norma corrispondente ad un anno” (art. 5, lett. d), e lo stesso sistema di valutazione, “le amministrazioni pubbliche valutano annualmente la performance organizzativa e individuale”

(art. 7). Fa infine piacere concludere queste brevi riflessioni, citando il progetto organizzativo elaborato dal dr. Furio Cioffi, magistrato con funzioni di Giudice del dibattimento collegiale e monocratico dal 12.02.2007, nella veste di istante per il conferimento della funzione direttiva di presidente del Tribunale di Nocera Inferiore. Egli infatti, nella parte iniziale del progetto fa riferimento agli "obiettivi organizzativi di maggiore rilievo e connotati dalla maggiore possibilità di perseguimento, che possono individuarsi in: incremento dell'efficienza del servizio; potenziamento, mediante razionalizzazione, delle risorse di cancelleria e delle strutture infotelematiche; migliore allocazione delle risorse umane ai fini del miglioramento delle condizioni di lavoro e, conseguentemente della qualità ed efficienza del servizio". Per l'incremento dell'efficienza del servizio, che "deve avvenire senza maggiori spese, ma con la razionalizzazione delle risorse esistenti" e non "a scapito della qualità del servizio medesimo", il dr. Cioffi individua percorsi affini allo spirito della riforma:

- "riduzione del tempo occorrente tra l'instaurazione del processo e la pronuncia del provvedimento definitivo, con la vigilanza sulla qualità media dei provvedimenti";
- "equa distribuzione dei magistrati tra le sezioni, avuto riguardo all'analisi comparata dei flussi di lavoro";
- "equa ripartizione del lavoro tra i magistrati";
- "vigilanza, ai fini dell'ausilio, sulla capacità del singolo magistrato di organizzare il proprio lavoro";
- "potenziamento, mediante razionalizzazione, dei servizi di notificazione ed esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali";
- "potenziamento, mediante razionalizzazione, dei servizi di cancelleria";
- "migliore gestione dei protocolli d'intesa con il Foro locale".

Paola Lanzara

Considerazioni sulle competenze dei professionisti tecnici.

Le competenze dei diversi professionisti tecnici, pur presentando caratteri di specialità, spesso si intersecano, si sovrappongono ed a volte finiscono, soprattutto per gli ingegneri e gli architetti, per coincidere. Infatti, negli ultimi tempi, si sta

assistendo ad una sorta di guerra delle competenze, sia in senso verticale (dei professionisti tecnici cc.dd. minori, diplomati, che cercano di appropriarsi delle competenze dei professionisti cc.dd. maggiori, laureati); sia in senso orizzontale (dei professionisti di pari grado tra di loro, ad esempio tra architetti ed ingegneri, o tra periti edili e geometri).

L'art. 51 del R.D. 23 ottobre 1925 n. 2537, concernente il regolamento per le professioni di ingegnere e di architetto, stabilisce che competono al primo dei due professionisti "il progetto, la condotta e la stima dei lavori per estrarre, trasformare ed utilizzare i materiali direttamente od indirettamente occorrenti per le costruzioni e per le industrie, dei lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, alle costruzioni di ogni specie, alle macchine ed agli impianti industriali, nonché in generale alle applicazioni della fisica, i rilievi geometrici e le operazioni di estimo". In riferimento all'ambito di competenza comune, l'art. 52, primo comma, del R.D. 23.10.1925 n. 2537 recita: "Formano oggetto tanto della professione di ingegnere quanto di quella di architetto le opere di edilizia civile, nonché i rilievi geometrici e le operazioni di estimo ad esse relative". Tale norma prova che l'ingegnere e l'architetto svolgono per taluni versi le medesime attività tecniche, venendo appunto equiparate le due professioni per le materie ivi previste.

È opportuno precisare, comunque, che fuori dall'ambito dell'edilizia civile la corrispondenza di funzioni diviene controversa. Se la posizione minoritaria fa rientrare nell'attribuzione professionale dell'architetto la progettazione di tutti gli impianti affini o connessi alle opere di edilizia civile (Cass. Civ., Sez. II, 29.3.00, n. 3814, in *Giur. boll. Legisl. Tecnica*, 2000), si riscontrano interpretazioni più rigorose secondo cui la nozione di "edilizia civile" andrebbe intesa in senso letterale. La giurisprudenza, più volte sollecitata a pronunciarsi sul sistema di ripartizione delle competenze professionali delineato dal R.D. 23.10.1925, n. 2537, ha avuto di recente modo di specificare che la nozione di edilizia civile non può essere estensivamente interpretata, dovendosi da essa escludere alcuni lavori, opere ed attività che implicano le applicazioni della fisica ai sensi dell'art. 54, quarto comma, R.D. n. 2537/1925. In questo ambito va collocata la verifica della sicurezza degli impianti disciplinata ai sensi della Legge 5

marzo 1990, n. 46, con riferimento non solo agli impianti degli edifici civili ma a tutti i tipi di immobili (T.A.R. Lazio, Sez. III *ter*, 22.07.08, n. 7174).

Viceversa, ai sensi dell'art. 52, secondo comma, R.D. 23.10.1925, n. 2537, le opere di edilizia civile che presentino rilevante carattere artistico ed il restauro e il ripristino degli edifici contemplati dalla Legge 20.06.1909, n. 364 (ora Legge n. 1089 del 1939), per le antichità e le belle arti, competono agli architetti, anche se la parte tecnica può essere compiuta tanto dall'architetto quanto dall'ingegnere.

Il R.D. 11.2.1929, n. 274, recante il "Regolamento per la professione di geometra", all'art. 16, stabilisce l'oggetto ed i limiti dell'esercizio professionale di geometra. Nonostante il dettato normativo sembri esaustivo, occorre segnalare che sussistono vere e proprie "aree di competenza promiscua" che spesso costringono l'interprete ad un enorme sforzo nel tentativo di dare luogo ad una razionale delimitazione delle diverse capacità tecniche. Relativamente alle costruzioni civili, è possibile sostenere, senza dubbio di smentita, che agli ingegneri non siano poste particolari limitazioni nell'esercizio dell'attività professionale, mentre per i geometri, la legge contempla espressamente la nozione di "modeste costruzioni civili". Tale asserzione rappresenta nell'opinione della dottrina dominante una clausola generale dal contenuto flessibile. L'operatore giuridico, pertanto, ha il compito di specificare in relazione alle circostanze del caso concreto. Secondo l'art. 1 del R.D. 16.11.1939, n. 2229 ogni opera di conglomerato cementizio semplice (senza impiego di ferro) o armato (con impiego di ferro) la cui stabilità possa interessare l'incolumità delle persone, deve realizzarsi con un progetto esecutivo firmato da un ingegnere, ovvero da un architetto, iscritto all'Albo. "In materia di progettazione delle costruzioni private, la competenza dei geometri è prevista unicamente per la progettazione di strutture in cemento armato relativamente a opere con destinazione agricola che non implicano pericolo per la incolumità delle persone, nonché per il caso di modeste costruzioni civili. Al di fuori delle suddette ipotesi ogni competenza è, infatti, riservata, ex art. 1 del R.D. n. 2229/1939, ad ingegneri ed architetti iscritti all'Albo, anche nel caso in cui l'opera preveda l'uso di strutture in cemento armato prefabbricate." (Tribunale di Monza, Sez. I, 9.05.2007).

In sintesi, per gli ingegneri e gli architetti l'utilizzo del cemento armato comporterebbe operazioni di calcolo, relative alla percentuale di ferro da immettere nel cemento a garanzia della stabilità della struttura, che esorbitano dalla preparazione professionale dei geometri. Questi ultimi, di converso, a siffatta interpretazione che li vedrebbe collocati ai margini del mercato dell'edilizia abitativa, visto l'uso ormai preponderante del cemento armato, obietano che l'esclusivo riferimento del dettato legislativo di cui alla lettera m) del citato art. 16 al "progetto, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili", che nulla dice in relazione al cemento armato, è da intendere nel senso che la norma non pone limitazioni sulla natura e sulla tecnica delle costruzioni medesime. È opinione prevalente che la competenza dei geometri è limitata alla progettazione, direzione e vigilanza di modeste costruzioni civili con esclusione di quelle che comportino l'adozione, anche parziale, di strutture in cemento armato, a meno che non si tratti, per quanto riguarda quest'ultimo caso, di piccole costruzioni accessorie nell'ambito di edifici rurali o destinati alle industrie agricole, che non richiedano particolari operazioni di calcolo e che per la loro destinazione non comportino pericolo per le persone. In tal modo l'apporto professionale del geometra è escluso, in ogni caso, nel campo delle costruzioni civili in cemento armato, la cui progettazione e direzione, quale ne sia l'importanza, è riservata solo agli ingegneri e agli architetti iscritti nei rispettivi albi professionali (Cass. Civ., 6.03.07, n. 5136, in *Mass. Giur. it.*, 2007; conforme Cass. Civ., Sez. II, 29.11.00, n. 15327, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 2470; Cass. Civ., Sez. II, 9.5.00, n. 5873, in *Mass. Giust. civ.*, 2000, 965).

Di certo l'espressione "modesta costruzione", tacciata di genericità ed indeterminatezza (Corte Cost., 27.04.93, n. 199, in *Giur. cost.*, 1993, 1359), ha provocato non poche difficoltà circa l'esatta portata da attribuire alla stessa. Il mancato conseguimento di univoci responsi si riscontra nell'ampia gamma di criteri distintivi ravvisabili passando al setaccio la giurisprudenza sul tema, la quale dapprima si è soffermata sul piano dell'elemento quantitativo (c.d. criterio della volumetria in progetto) per poi spostarsi progressivamente sul versante tecnico-qualitativo.

"Il criterio per accertare se una costruzione sia da considerare modesta - e rientri quindi nella competenza professionale dei geometri, ai sensi del-

l'art. 16, lett. m, R.D. 11.02.1929, n. 274 - consiste nel valutare le difficoltà tecniche che la progettazione e l'esecuzione dell'opera comportano e le capacità occorrenti per superarle; a questo fine assumono rilievo, oltre alla complessità della struttura e delle relative modalità costruttive, anche, in via complementare, il costo presunto dell'opera, in quanto si tratta in ogni caso di elementi sintomatici che valgono ad evidenziare le difficoltà tecniche che coinvolgono la costruzione" (Cass. Civ., Sez. I, 27.02.08, in *Mass. Giur. it.*, 2008).

Dunque, all'esito di tale analisi, svolgere mansioni non comprese nell'ambito delle proprie attribuzioni può generare diverse conseguenze. L'art. 2231 c.c., rubricato "Mancanza d'iscrizione", prescrive che l'esercizio dell'attività professionale da parte di chi, pur essendovi obbligato, non si è iscritto all'Albo, non dà diritto alla retribuzione. In particolare, secondo il disposto dell'art. 2231 c.c., l'esecuzione di una prestazione d'opera professionale di natura intellettuale effettuata da chi non sia iscritto nell'apposito Albo dà luogo a nullità assoluta del rapporto tra professionista e cliente, rilevabile anche di ufficio, e non attribuisce al professionista azione alcuna per il pagamento della retribuzione (Cass. Civ., Sez. II, 6.06.06, n. 13214, in *Obbl. e Contr.*, 2006, 11, 936). Quindi nell'ipotesi in cui un geometra abbia espletato attività riservate agli ingegneri ed architetti, ai sensi dell'art. 2231 c. c. non ha diritto ad alcun compenso, neppure in base all'azione generale di arricchimento senza causa.

Mentre è fatta salva la sua responsabilità per le conseguenze dannose derivate al committente dall'indebita accettazione dell'incarico professionale in relazione al mancato adempimento degli obblighi con esso assunti (Cass. Civ., 13.01.84, n. 286, in *Resp. civ., prev.*, 1984, 670).

Marco Mainardi

Piani di contribuzione dei Consorzi di bonifica e criteri di riparto. Imposizione fiscale e diritti dei contribuenti.

Evoluzione del concetto di bonifica.

La prima norma che sia pure in modo sommario regolamentava la bonifica, compare nel Codice civile del 1865, art. 657 disponendo che: "Coloro che hanno interesse comune nella derivazione e

nell'uso dell'acqua e nella bonificazione e nel prosciugamento dei terreni, possono riunirsi in Consorzio al fine di provvedere all'esercizio, alla conservazione e alla difesa dei loro diritti".

In Italia i primi tentativi di bonifica di cui si è a conoscenza risalgono a Giulio Cesare e furono più volte riavviati in età imperiale romana; dal medioevo fino all'età moderna furono ripetuti da alcuni pontefici (Bonifacio VII, Leone X, Sisto V, Pio VI). La nascita della bonifica in Italia trova motivazioni di ordine principalmente civile per rispondere alle esigenze sanitarie e di sicurezza idrogeologica del paese.

La bonifica era uno dei temi essenziali che venne prioritariamente affrontato dalla classe dirigente dell'epoca; basta ricordare le inchieste agrarie di Sannino e Fianchetti, che fotografano prima la situazione agrorurale del paese e poi avviano una legislazione specialistica. Fino al secolo scorso la bonifica veniva intesa come attività volta al recupero di paludi e acquitrini.

Successivamente le leggi speciali emanate in materia di bonifica delinearono meglio la figura del Consorzio, orientandosi verso la natura pubblicistica di questo ente in forza dell'interesse pubblico che la bonifica realizza con il risanamento igienico delle terre paludose e con la trasformazione delle strutture agricole; significativa in tal senso fu la Legge 25.06.1882 n. 269, nota come "Legge Baccharini", un provvedimento definitivo di prima categoria perché a carattere prevalentemente sanitario di difesa della salute della popolazione dai "miasmi delle acque stagnanti". È importante rilevare che per la prima volta la Legge Baccharini poneva il problema della personalità giuridica dei Consorzi; leggi successive (4.07.1886 n. 3962, 6.08.1893 n. 236, 18.06.1899 n. 236 e Testo Unico 22.03.1900 n. 195), stabilirono che l'esecuzione delle opere di bonifica di prima categoria potesse essere affidata in concessione anche a favore dei Consorzi dei proprietari, delle Province e dei Comuni interessati.

In virtù di tale norma ai Consorzi concessionari delle opere di bonifica di prima categoria veniva riconosciuto non solo personalità giuridica ma anche veste di veri e propri enti pubblici.

In seguito vennero emanati due ulteriori atti legislativi, il D.Lgs. 18.8.1918 n. 1255 ed il Testo Unico approvato con R.D. 30.12.1923 n. 3256, i quali precisarono ulteriormente le modalità di costituzione dei Consorzi, i loro compiti e i criteri di classifica delle opere di bonifica.

Con il Testo Unico approvato con R.D. 13.02.1933 n. 215, che tuttora rappresenta la norma fondamentale in materia di bonifica fu ordinata tutta la legislazione riguardante la bonifica integrale come l'insieme di opere pubbliche e private aventi finalità di difesa, tutela e valorizzazione del territorio. Il meccanismo per assicurare la realizzazione dell'insieme di interventi fu quello di attribuire allo Stato la competenza ad eseguire le opere pubbliche di bonifica, mentre quelle private, complementari rispetto alle prime e necessarie per la loro migliore utilizzazione, vennero affidate ai privati.

I Consorzi di bonifica vennero espressamente definiti "persone giuridiche pubbliche" con potere di imporre tributi ai consorziati in proporzione al beneficio ricevuto (art. 59). L'art. 44 della Costituzione, ispirandosi al R.D. 13.02.1933 n. 215, configura la bonifica delle terre come uno degli strumenti essenziali per il nazionale sfruttamento del suolo ed il punto di raccordo per stabilire equi rapporti sociali nell'agricoltura.

Attualmente la disciplina dei Consorzi di bonifica e delle opere pubbliche di bonifica rientra nei compiti delle Regioni in seguito al passaggio delle funzioni in materia di agricoltura dallo Stato alle Regioni con D.P.R. 24.07.1977 n. 616.

Successivamente con la Legge 18.05.1989 n. 183 sono state istituite le Autorità di Bacino, mentre con la Legge del 5.01.1994 n. 36 detta "Legge Galli" e il D.Lgs. 11 maggio 1999 n. 152, sono state attribuite competenze ai Consorzi di bonifica rispettivamente in materia di risorse idriche, salvaguardia ambientale e risanamento delle acque anche al fine della loro utilizzazione irrigua.

Piano di Gestione: servizi, obiettivi, costi e risorse.

In sede di approvazione del Bilancio preventivo, i Consorzi devono predisporre un programma di opere ed attività denominato Piano di Gestione. Parte integrante di esso è il preventivo di spesa, che deve trovare copertura nelle voci di bilancio. Il Piano di Gestione assolve alla sua funzione precipua di programmare le attività consortili per zone omogenee, e pertanto contiene l'elencazione di servizi consortili, obiettivi dei servizi e delle attività preventive per garantirli, la previsione delle risorse necessarie a tale scopo e relativi costi (preventivo) di spesa e copertura di bilancio. La distinzione delle voci di costo per tali elementi,

comunque siano organizzati ed individuati, risulta necessaria in quanto i singoli costi costituiranno il riferimento per la richiesta di finanziamento pubblico, sia per le cd. opere di interesse regionale, sia per le opere di difesa e tutela del territorio affidate dallo Stato alle Regioni, ma anche per la determinazione dei contributi dovuti per lo scarico da parte di privati per gli immobili non allacciati alla rete fognaria, ed infine per la stesura delle convenzioni di gestione con i rispettivi soggetti gestori per le aree urbane soggette al pagamento della tariffa relativa al servizio di pubblica fognatura. Quindi il Piano di Gestione, una volta detratte dal totale delle spese sostenute dal Consorzio l'ammontare delle entrate derivanti da alcune delle suddette voci, determina la quota di spesa da ripartire direttamente sulla proprietà consorziata tramite l'applicazione del Piano di Classifica, da cui si determina il Piano di Contribuzione e, conseguentemente, il ruolo a carico dei contribuenti come previsto, per la Regione Campania, dalla Legge regionale n. 4 del 25 febbraio 2003.

Piano di classifica. Criteri per il riparto della spesa consortile di bonifica.

Il Piano di Classifica indica i criteri e determina gli indici per il riparto sulla proprietà consorziata beneficiata della quota di spese sostenute dal Consorzio depurata da tutte le altre entrate previste nel piano di gestione provenienti da finanziamenti pubblici o da convenzioni con i Soggetti Gestori del servizio idrico integrato o da altri scarichi autorizzati.

In Campania, la Legge regionale n. 4/03 all'art. 12, di seguito integralmente riportato, regola la contribuzione dei privati per l'esercizio e la manutenzione delle opere pubbliche di bonifica richiamando la legislazione fondamentale nazionale "1) I proprietari dei beni immobili che conseguono benefici dalle opere pubbliche di bonifica di cui all'art. 2, contribuiscono alle spese di esercizio e manutenzione delle predette opere a norma del Regio Decreto 13 febbraio 1933, n. 215 e della Legge 25 luglio 1952, n. 991, e successive modificazioni nonché alle spese di funzionamento dei Consorzi. 2) Ai fini di cui al comma 1, ciascun Consorzio predisporre un piano di classifica per il riparto della contribuzione consortile che, in base a parametri ed elementi obiettivi di individuazione e qualificazione dei benefici tratti dagli immobili, stabilisce gli indici di attribuzione dei contri-

buti alle singole proprietà, i cui dati identificativi sono custoditi ed aggiornati nell'apposito catasto consortile. 3) Dalla determinazione delle spese di cui al comma 1, sono comunque escluse le opere di carattere civile-infrastrutturale consegnate ai Comuni, alle Province ed alle Comunità Montane, nonché l'esercizio e la manutenzione delle opere pubbliche di bonifica dichiarate di preminente interesse regionale, ai sensi dell'art. 2, comma 3, i cui oneri di manutenzione e gestione sono a carico della Regione. 4) I contributi di cui al comma 1 costituiscono oneri reali sugli immobili e sono riscossi direttamente, ovvero per mezzo di terzi abilitati, sulla base delle leggi vigenti in materia di tributi e in conformità alle specifiche disposizioni attuative contenute negli statuti"; ciò che in questa sede rileva è la cosiddetta "Contribuenza ordinaria" (singoli immobili direttamente beneficiati), che avviene tramite riparto in funzione del beneficio individuato attraverso l'applicazione degli indici riportati nel Piano di Classifica, con conseguente emissione del ruolo. Questo riparto deve avvenire tenendo conto della proporzione da farsi in merito al beneficio diretto conseguito (o conseguibile) da ciascun immobile in virtù dell'azione di bonifica. Innanzitutto, vi sono alcune operazioni preliminari da compiersi per la determinazione di tale proporzione tra beneficio conseguito e contributo da sostenere.

La prima operazione è la determinazione delle zone ed attribuzione della classifica, che consiste, in sintesi, nella classificazione del comprensorio beneficiato dall'attività consortile e nella determinazione dei relativi indici di beneficio.

L'elaborazione del ruolo di contribuenza non può che avvenire sulla base dei dati catastali, essendo i singoli immobili (particelle) le unità elementari alle quali va alla fine associato l'indice di beneficio. Orbene, in virtù della situazione generale dei dati catastali a disposizione, che attualmente presentano informazioni alfanumeriche incomplete e con un certo grado di arretrati nell'aggiornamento, si potrà procedere, in prima approssimazione, attribuendo a tutte le particelle di uno stesso foglio catastale la medesima qualifica, e quindi la stessa classe di beneficio, applicando quello che è stato definito il criterio di attribuzione "per superficie prevalente", che non risponde certamente alla proporzione da farsi in merito al beneficio diretto conseguito (o conseguibile) da ciascun immobile in virtù dell'azione di bonifica.

Infatti, il rischio è che immobili non beneficiati siano chiamati alla contribuzione, od anche che immobili ricadenti in un bacino siano chiamati a contribuire alle spese di un altro, oppure che immobili beneficiati siano chiamati alla contribuzione con un coefficiente diverso da quello effettivamente loro spettante.

Ma vi è di più. È chiaro che, al fine di una corretta ripartizione della spesa consortile, si richiede che la Banca Dati Consortile dovrebbe essere quindi completa con tutte le informazioni necessarie, ma considerata l'estensione dei comprensori di bonifica, la raccolta di tali informazioni non sempre è esauriente, ed il colmare le dette lacune è un lavoro che richiede e richiederà tempi lunghi unitamente a notevoli costi, ed ecco che allora in materia di contributo per lo smaltimento delle acque si ricorre ad utilizzare come alternativa transitoria la "cd. superficie scolante in via approssimativa", ossia invece di far riferimento direttamente alla superficie scolante reale, ci si limita alla determinazione di una "superficie scolante virtuale".

Di tutta il fatto che l'applicazione di tali metodi deve essere fatta con la massima oculatezza, avendo sempre presente l'obiettivo di individuare un valore di superficie (superficie scolante virtuale) che si avvicini il più possibile alla superficie scolante effettiva dell'immobile; ma chi garantisce il contribuente che ciò avvenga? Infatti si evidenzia che per quanto attiene la consistenza degli immobili extra agricoli, essa si determina mediante il ricorso a tre valori: la superficie, il volume ed il numero dei vani.

Va detto, che perché questo metodo possa ritenersi in qualche maniera apprezzabile si richiede come dato reale la conoscenza della superficie, ma poiché la consistenza catastale non sempre è nota in modo preciso ai consorzi, ecco che si ricorre al concetto di "superficie convenzionale". In realtà tale concetto presuppone il possesso di ulteriori determinazioni date dai gruppi di immobili censiti, quindi considerare se trattasi di abitazioni signorili, di tipo civile, oppure di tipo economico o popolare, rurale od anche se si tratta di villini, ville, castelli, palazzi etc. etc.

Quindi la superficie convenzionale dovrebbe essere data dal rapporto tra il numero dei vani indicati e la superficie media del vano (che a sua volta è determinata da altra complessa formula che in questa sede non si svilupperà).

Conosciuta con questo metodo la superficie con-

venzionale, si potrà determinare la superficie scolante virtuale.

In particolare, essa sarà data da un elemento che gli strumenti urbanistici di un comune sono sempre in grado di dare, ossia "l'indice di edificabilità". In conclusione la superficie scolante virtuale sarà data dal rapporto tra superficie convenzionale ed indice di edificabilità (da qui i molteplici dubbi sulla effettiva tutela del contribuente suo malgrado "consorzio").

La natura giuridica del contributo consortile. Tutela del contribuente.

In origine i contributi di bonifica erano volontari e si configuravano come corrispettivo di un servizio reso nell'interesse dei soci dal consorzio di appartenenza; successivamente, l'art. 59 del R.D. 13.02.1933 n. 215 li ha resi obbligatori e trasformati in persone giuridiche di diritto pubblico, attribuendo loro la potestà di imporre contributi alle proprietà consorziate.

L'imposizione forzosa di tali contributi ha posto il problema della natura giuridica di questi.

Il contributo di bonifica imposto dai Consorzi ha natura tributaria e per la riscossione si applicano i D.P.R. n. 602/73 e n. 43/98, così come modificati rispettivamente dal D.Lgs. n. 46/99 e dal D.Lgs. n. 112/99.

Orbene, va evidenziato che il processo che ha portato a tale determinazione non è stato dei più agevoli tanto che lo stesso si è snodato attraverso diversi orientamenti e determinazioni in ordine alla natura del contributo.

Secondo un primo orientamento i contributi consortili non sono assimilabili ai tributi se non per alcuni aspetti, fra cui quello delle modalità di esazione; riprova ulteriore ne è la loro mancata inclusione tra quelli devoluti alla cognizione delle commissioni tributarie in base all'elencazione contenuta nell'art. 2 della Legge 546 del 31.12.1992. Secondo una seconda impostazione, prevalente in dottrina e giurisprudenza, i contributi consortili si configurano, in ragione del dettato normativo posto dagli artt. 860 c.c. e dal R.D. n. 215 del 13.02.1933 e successive modifiche, come prestazioni patrimoniali di natura pubblica, rientrando nella categoria generale dei tributi (Sentenza n. 9493 del 23 settembre 1998 della Corte di Cassazione SS.UU. Civ.), e, in particolare, delle tasse, con riguardo ai quali la legge fissa direttamente i presupposti e i requisiti per la spettanza del potere impositivo e l'assoggettamento

ad esso, rimanendo affidata alla discrezionalità del Consorzio solo la loro quantificazione; per cui, in assenza di detti presupposti e requisiti l'imposizione del tributo si qualifica come illegittima.

A conforto della tesi "tributaria" dei contributi consortili, è giunta poi la Legge 448 del 2001 che, all'art. 12 comma 2, ha attribuito alla competenza delle commissioni tributarie tutte le controversie aventi ad oggetto i "tributi di ogni genere e specie", facendovi rientrare, quindi, anche le liti aventi ad oggetto i contributi sulla bonifica.

Un terzo orientamento, minoritario in dottrina riconduce i contributi sulla bonifica agli oneri reali. La riconducibilità di tali contributi all'onere reale comporta la debenza del contributo per il solo fatto che gli immobili si trovino nel comprensorio gestito dal Consorzio per cui, di conseguenza, il beneficio dagli stessi fruibile avrebbe potuto essere anche potenziale o futuro.

Optare per la tesi "tributaria" o per quella "reale" non è soltanto una questione dogmatica ma comporta, invece, diverse conseguenze giuridiche.

Ritenere, infatti, il contributo di bonifica una figura peculiare di tassa impone, perciò solo al Giudice tributario di verificare se le attività del Consorzio abbiano effettivamente apportato agli immobili presenti nel comprensorio un beneficio attuale e concreto tale da giustificare il giusto e proporzionato corrispettivo.

Scegliendo, invece, la tesi dell'onere reale il Giudice tributario dovrebbe verificare soltanto la titolarità dell'immobile sito nel perimetro oggetto del raggio d'azione del Consorzio e valutare la congruità della prestazione pecuniaria dovuta all'ente creditore.

In caso d'inadempimento poiché secondo una certa impostazione l'onere reale costituisce una sorta di obbligazione rafforzata dalla garanzia costituita dal fondo, il Consorzio potrà espropriare il fondo che fungerà, quindi, da garanzia reale.

In conclusione, la difficoltà di collocare nella giusta dimensione giuridica i contributi sulla bonifica comporta anche ulteriori interrogativi (in questa sede solo accennati) sia sulla costituzionalità della legge istitutiva dei Consorzi di bonifica e sia sulla possibilità di una sovrapposizione impositiva dovuta ai tributi sul servizio idrico integrato, con risvolti che andrebbero ad incidere indiscutibilmente anche sulla legittimità della imposizione/riscossione da parte dei Consorzi stessi.

Historia et Antiquitates

I falsi mestieri nella Napoli dell'Ottocento nel romanzo *I vermi* (1863-1864) di Francesco Mastriani.

di Gianluca Granato

Lustrastivali, cenciaiuoli, raccoglitori di mozzoni di sigari, lumai, venditori di lupini, cocchieri, fittatori di somari, domestici ed interpreti.

Francesco Mastriani nacque a Napoli il 23 novembre del 1819 da una modesta, ma agiata famiglia borghese, che gli permise di seguire gli studi. La sua esistenza non fu mai troppo fastosa, benché oltre ai proventi che gli derivavano da lezioni private che impartiva (conosceva a perfezione inglese, francese, spagnolo e tedesco), a quelli che gli venivano dal suo impiego presso la dogana, si aggiungessero anche quelli derivanti dalla vendita dei suoi tantissimi libri. Nella sua lucida analisi della realtà partenopea, Mastriani, seppe cogliere i giusti difetti ed i giusti pregi di tutte le classi sociali e di tutte le categorie di lavoratori. La maggior parte dei suoi romanzi narrano fatti di camorra, lunghe lotte sfocianti nella vendetta e nel sangue, truculenti situazioni sociali di avvilente miseria, di codici d'onore e relativa giustizia. Lo scrittore era molto letto e seguito dai napoletani, ma stentava a far breccia nei salotti letterari partenopei. Le storie di Mastriani commuovevano ed emozionavano: la sua fantasia non aveva limiti; se qualche volta ne aveva, gli venivano dalla fretta, glie li imponeva la vita materiale, la necessità straziante di dover guadagnare ogni giorno il necessario per tirare avanti. La sua scrittura, pur se a tratti ingenua e grezza, talvolta appiattita su un troppo elementare concetto del bene e del male, ebbe un significato, anche se postumo, riconoscimento da Matilde Serao che, in una sentita lettera di commemorazione pubblicata sul Corriere di Napoli, lo definì un "narratore per istinto", uno che non aveva visto il mondo, ma che possedeva un mondo intero di *istorie* nella mente. Mastriani morì il 7 gennaio del 1891 fra il sincero dolore di tutta la sua città. Bovio ne *I miei napoletani* raccolse, da un operaio che seguiva il feretro, queste parole: "È morto un lavoratore cui l'opera onesta della mente non diede il pane per la vita, come a noi non lo dà l'opera assidua delle braccia. Noi renderemo solo quello che è in nostro dovere, ossequio postumo a chi come noi soffrì dolori inenarrabili, comuni ad una gente che aspetta la redenzione sua nel mondo...".

Si riporta, di seguito, il brano dal titolo *I Falsi*

Mestieri, tratto dall'opera *I Vermi*, il cui scopo, a dire dell'autore, "è di gittare alquanto luce su le pratiche insidiose di quelle numerose classi che, o per accidia naturale ed abborrimento ad ogni onesto lavoro, o sedotte dalla speranza di uscire, più presto che col lavoro, dallo stato di miseria in cui giacciono, o sopraffatte per ignoranza da' più astuti, si danno a vivere di illeciti guadagni. Queste classi, figlie della corruzione, formano appunto la sciagurata generazione de' vermi sociali".

"Noi ... riassumeremo tutto ciò che riguarda i falsi mestieri, dolenti di dover sopprimere non pochi fatti che avrebbero dato più chiara idea del nostro subietto. Nelle città, che sono centro di numerosa popolazione, formicolano a migliaia quei miserabili che, per sottrarsi al vigilante occhio della polizia, esercitano apparentemente un'industria onesta, mentre di nascosto si procacciano altri guadagni illeciti ed infami. Questi sciagurati noi collochiamo sotto la rubrica degli esercenti falsi mestieri. L'imperioso bisogno del denaro nelle grandi città, la facilità di scavare un guadagno nelle pessime fogne del vizio; la scarsità delle mercedi in certi onesti mestieri; il contagio terribile della compagnia de' birbanti; l'omaggio perpetuo che il vizio stesso è costretto a rendere alla onestà in mezzo alle società civili e, ad ultimo, la paura del bargello (ndr militare incaricato di mantenere l'ordine) e del carcere; sono questi i possenti motivi che inducono un gran numero di vermi a camuffarsi da onesti industriali. Noi divideremo questa classe numerosa in due categorie, quelli che esercitano le loro magagne in piena luce diurna e i nottamboli. Nella prima categoria vanno collocati quei malfattori che nascondono le loro vituperevoli industrie nella cassetta del lustrastivali. Pressoché tutte le principali città d'Europa hanno i loro lustrastivali. A Parigi si chiamano *décrotteurs*, a Londra *shoeblickers*, a Madrid *limpiabotas*... Guadagnano costoro discretamente la loro giornata, e havvene di quelli che sono pur giunti a costituirsi un piccolo capitale. È questo impertanto uno dei mestieri più faticosi e più dannosi alla salute per l'obbligo in cui pone l'esercente a stare con la schiena ricurva sulla sua cassetta. In Napoli una politura di stivali si paga per lo più un soldo, mercede troppo bassa e avvilente... Sogliono i lustrastivali in Napoli porsi in su gli usci delle botteghe da caffè, dove esercitano il loro mestiere. Ogni bottega da caffè per modesta che sia, ha il suo lustrastivali alla porta, gli occhi del quale visitano le scarpe di tutti gli avventori che ivi entrano. Sopra 100 avventori una ventina si fanno pulire le scarpe. E, se voi, con le scarpe non lustre, entrate distratto nel caffè, tosto un colpo di spazzola sulla cassetta e il grido di *pulimm*, messo fuori dall'uomo con le mani nere, vi faranno accorto che



un galantuomo non può presentarsi decentemente dove che sia colle scarpe sporche di fango o arsicciate da polvere. Ma la scarsissima mercede attribuita a questa industria, l'impossibilità di protrarla incessantemente per molte ore senza riportarne le vertebre dorsali e il petto addolorati, la scarsità di avventori in certe botteghe da caffè dei quartieri poveri della nostra città, inducono il più delle volte i lustrastivali ad esercitare più di un mestiere, tanto più che essi hanno tutta la serata a loro disposizione. Ordinariamente, essi esercitano pure la piccola industria di raccoglitori di mozzoni di sigari, perciocché sono di loro spettanza quelli mozzoni che rimangono a terra nel recinto del caffè o sui deschetti appo i quali si servono gli avventori per sorbire la bevanda che la civiltà ha innalzata al primo posto tra i bisogni fittizi dell'uomo... Il lustrastivali è l'uomo che si getta nelle fauci del Codice correzionale; il ladro, il manutengolo (ndr favoreggiatore), la spia, il ruffiano raccolgono i frutti dell'impunità assicurata dall'onesto industriale. Nel tempo dell'assolutismo, la polizia adoperava non pochi lustrastivali alla onorevole carica di spia. L'impiego era bene scelto, giacché, colla schiena chinata sulla cassetta e colle braccia occupate a sfregare gli stivali, il funzionario poteva a suo bell'agio appuntar gli orecchi per afferrare brani di conversazione a dritta ed a sinistra. Talvolta egli cercava con bel garbo di entrare in ragionamenti col suo cliente e scalarlo sulle sue opinioni politiche... Nell'anno 1846 erano aperti in Napoli un due a trecento botteghe da caffè tra grandi e piccole, tra sontuose e meschine, non contando quelle stamberghie senza nome che abbondano nei quartieri suburbani. Oggi questo numero si è quasi raddoppiato, benché manchiamo ancora di sale da caffè messe in sul gusto di quelle delle più cospicue città europee ed anco dell'alta Italia.

Un altro mestiere che assai bene si presta a coprire con il suo scudo un birbante è quello del cenciaiuolo... ci piace denunciare alla pubblica diffidenza quest'altro pericoloso industriale; il quale ha pure la sua sporta, come il lustrastivali ha la sua cassetta. Oh le orribili cose che si possono nascondere nelle anfrattuosità di queste due stambogie da manutengoli! In generale tutti i mestieri che non richiedono studi speciali, cognizioni proprie, tecnicismo particolare, o almeno attitudine e talento, dovrebbero richiamare l'attenzione e la sorveglianza della polizia, come quelli che accusano sempre l'ignoranza, l'accidia e il gusto del vagabondaggio ed altre pessime tendenze. Con ciò non intendiamo dire che tanto i mestieri del lustrastivali e del cenciaiuolo, quanto qualunque altro somigliante non possa essere esercitato da uomini probi ed onesti; ma diciamo solo che quei mestieri maggiormente si prestano a coprire guadagni illeciti e



Illustrazioni tratte da:
*Usi e costumi
di Napoli e Contorni,
di De Bouchard.*

criminosi... Che cosa è la merce del cenciaiuolo? È il cadavere della minuta proprietà; è l'ultima crisi che il lusso patisce pria della sua trasformazione; è il tributo che esso paga alla miseria. Quante meditazioni morali, filosofiche e sociali non sono rachiuse in germe nella gerla del cenciaiuolo? Quel cencio di seta un anno fa era addosso ad una bella donna, di cui serviva ad alimentare la vanità; era lo strumento di bassa adulazione; oggi esso ne patisce la vergogna!

Noteremo in massa tra i falsi mestieri notturni i raccoglitori di mozzoni di sigari, i cocchieri, i lumai, i venditori di lupini, i domestici, e ne' mesi di villeggiatura, i fittatori di somari. Noi non diciamo che coloro i quali esercitano questi mestieri sono più o meno ladri, manutengoli e peggio; bensì diciamo che i ladri, i manutengoli o peggio assumono talvolta questi mestieri per eludere la sorve-

glianza dell'autorità preposta alla pubblica sicurezza. Sotto il cessato governo, gli stessi agenti della polizia erano quelli che esercitavano il furto e la camorra in certe categorie di mestieri. I feroci avevano stabilito un linguaggio di convenzione con certe classi di industriosi per estorquere loro denaro. A mo' di esempio, quando uno di quelli sbirri diceva a un cocchiere *iesci allà tu* (ndr fatti in là con la carrozza), ciò significava che il cocchiere poteva ridersi dell'ordinanza del prefetto purché avesse unto con un grano o due la saccoccia del basso funzionario. Ma dove primeggiava l'industria dei feroci, che allora figuravano tra i più pericolosi degli esercenti falsi mestieri, era ne' postriboli, nelle bische, nelle stambogie, dovunque insomma il vizio cerca una impunità, un privilegio, una garanzia. Ben può dirsi che la prostituzione si esercitasse in quel tempo a mero profitto de' camorristi e delli sbirri, come oggidì si esercita a profitto delle matrone e dei tenenti postriboli. Le tenebre sono le amiche naturali delle male opere, de' fatti criminali. La notte è per se stessa la più audace e pericolosa complice della più parte delle nefandezze che si commettono su questa terra.

I pericoli a cui la società esposta per parte delle classi ... si accrescono e si moltiplicano dal momento che le ombre cadono sulla terra. Quelle fronti che, per un reato di pudore, sono ancora suscettibili di arrossare, si salvano dal rossore nelle favorevoli ombre della sera. Il piè della onesta fanciulla cui la miseria o la seduzione spingono a toccar la soglia d'una casa infame, sdrucchiola furtivo nelle ombre, renduto incerto dalla trepidanza e dalla vergogna. Il ladro che aspetta il giocatore di ritorno dalla casa di giuoco trova nel tenebroso angolo di un muro la sicurezza dell'agguato: la ronda notturna vi passa di nanzi e di lui non si avvede; le tenebre gli assicurano l'impunità ... l'autorità di sicurezza pubblica conosce appieno tutte le magagne di questi ingenui industriosi; ma non è certo opera sprecata il porre il pubblico in guardia contro l'ipocrita semplicità di certi pelamentelli che fanno le fiche all'occhio più vigile e più esperto ...

Prima di abbandonare questo capitolo vogliamo dire poche cose intorno a certe industrie equivoche che si esercitano nel nostro paese e di cui bisogna guardarsi se non per altro, per non danneggiarsi la salute. Se togliete la via Toledo e qualche altra strada principale, dove si può prendere un poco di buon caffè, non vi arrischiare di sorbire altrove questa bevanda, se non vi prende vaghezza di avvelenarvi. Brameremmo che il magistrato di salute pubblica sorprendesse le canove e le botteghe da caffè ne' siti più discosti da Toledo. Che cosa è mai quella bevanda nera come il delitto? Ci è da fremere in pensando alle orribili cose che si possono nascondere sotto quell'altro colore! Un'altra specie di peri-

coli per la pubblica salute presentano quei castagnari ambulanti che, in tempo di Carnevale vanno seguiti dalle loro donne le quali portano lunghi rocchi di salsicce da vendere. Guai a chi toccherà a quei misteriosi cilindri! Di che carne si sono essi imbottiti? Il meno da temersi è che lo sieno di carne cavallina. Chiamiamo da ultimo l'attenzione delle autorità competenti sovra un genere d'industria immorale che gitta il discredito sul nostro paese in faccia all'estero. Intendiamo parlare degl'interpreti di bassa mano che si affollano intorno agli uomini delle ciurme de' navigli esteri che approdano ne' nostri porti, e soprattutto de' legni americani ed inglesi ... Ci è tra i nostri popolani non pochi, di quelli soprattutto che bazzicano nelle vicinanze del porto commerciale e delle dogane, i quali, pel contatto in cui sono del continuo coi forestieri ed in ispezialità co' marinai inglesi ed americani, ovvero per aver fatto a bordo dei legni commerciali napoletani, qualche viaggio ne' porti d'Inghilterra o di America, hanno siffattamente apparato la lingua di Albione (ndr nome antico della Gran Bretagna) che non pure solo nel grado di intendere assai bene quelli che la parlano, ma di parlarla egli stessi con ispeditezza e disinvoltura.

Non è a guarda pel sottile se essi commettano solecismi grammaticali, concordanze, o non pronunzino con precisione le brevi parole del britannico linguaggio. Certamente è un piccolo prodigio quello ch'ei fanno di parlare e d'intendere una lingua ritenuta la più difficile in Europa pel fatto della pronunzia. Questo ridonderebbe a vanto speciale della intelligenza e della sveltezza de' popolani, ove di tal vantaggio e di siffatta abilità non abusassero a danno della lealtà e della buona fede. Sogliono costoro trarre pro di tal conoscenza, offrendosi come interpreti agli uomini delle ciurme dei legni inglesi o americani, i quali scendono a terra per darsi bel tempo, visitare il paese o far delle compre. E fin qui la cosa andrebbe in piena regola, imperciocché ognuno dee trar profitto dalle proprie cognizioni e dalla propria attitudine a qualche cosa. Ma ... avviene che questi interpreti di piazza non si contentano del legittimo guadagno che può loro derivare dall'esercizio del loro mestiere, ed abusando della ignoranza in cui sono que' poveri forestieri degli usi, dei prezzi e del valore delle cose nel nostro paese, fan loro pagare il doppio od il triplo, mettendosi di concerto co' trattori e con tutti quelli con cui quei forestieri negoziano per mezzo di essi interpreti. Qualcuno di questi non si è vergognato di scroccare la mercede alle più luride prostitute cui essi menano i figli di Albione.

Ma sulle frutta la ruberia è maggiore. Noi abbiam inteso un marinaio inglese chiedere al suo interprete il costo d'un'arancia e questi rispondere impassibilmente: *a four pence piece!*”.

La Pagina dei Convegni

di Anna Villani

Convegno del 18 e 19 settembre 2009 sulla riforma del processo civile.

Il giorno 4 luglio 2009 è entrata in vigore la ormai nota riforma del Codice di procedura civile, Legge 18 giugno 2009 n. 69.

La riforma è stata approvata dal Senato in data 26 maggio 2009 e il suo scopo principale è quello di ridurre la durata dei processi civili.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore ha prontamente organizzato un prezioso e lungo momento di approfondimento sulla riforma del processo civile, in due giornate di convegno tenutesi il 18 e 19 settembre 2009, presso il Tribunale di Nocera Inferiore, riconoscendo agli avvocati e praticanti avvocati partecipanti ben 10 crediti formativi. I relatori del pomeriggio del 18 settembre sono stati il prof. avv. Modestino Acone, Ordinario di Diritto Processuale Civile nell'Università degli Studi di Napoli Federico II, l'avv. Bruno Falcone del Foro di Nocera Inferiore e il Consigliere dott. Mario Pagano, Giudice Istruttore presso il Tribunale di Salerno nonché Consigliere di Cassazione, mentre la moderazione è stata affidata all'avv. Michela De Vivo del Foro di Nocera Inferiore. Il convegno è iniziato con i saluti del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, avv. Aniello Cosimato, il quale ha espresso molti dubbi sulla concreta possibilità che la recente riforma del processo civile possa effettivamente risolvere i gravi problemi dell'attuale macchina della giustizia. A parere dell'avv. Cosimato, infatti, sarebbe stato opportuno e necessario intervenire anche sull'organico delle cancellerie, per aumentarne il personale, al fine di ottimizzare i servizi e accelerare i tempi della giustizia senza intaccarne la qualità. Dopo i saluti dell'avv. Cosimato, ha preso la parola il prof. Modestino Acone, il quale ha innanzitutto espresso un giudizio positivo nei confronti della riforma del processo civile, affermando quanto segue: "la riforma nel complesso è apprezzabile. Certo rimangono i problemi dell'organizzazione delle cancellerie e del personale, ma ritengo che qualcosa si risolverà con l'informatizzazione ...".

La sua relazione si è concentrata sulle modifiche della riforma al libro I del Codice di procedura civile, iniziando dalla problematica della *translatio*

iudicii tra diverse giurisdizioni (art. 59 Legge 69/2009 che ha modificato l'art. 50 c.p.c.).

Il prof. Acone ha sottolineato come, prima della riforma del 2009, la problematica della traslazione della causa da un Giudice privo di giurisdizione a quello competente era stata affrontata dalla Cassazione Sezioni Unite nella Sentenza n. 4109 del 2007. In base a questa pronuncia la *translatio iudicii* poteva operare tra giurisdizioni diverse, con la possibilità che il processo, cominciato erroneamente davanti a un Giudice privo di giurisdizione, continuasse davanti a quello effettivamente titolare di tale giurisdizione, per arrivare a una pronuncia di merito che concludesse la controversia processuale, comunque iniziata, senza incorrere in alcuna decadenza. Anche la Corte Costituzionale, sempre nel 2007, dopo qualche tempo, aveva affrontato il problema della traslazione della causa tra giurisdizioni diverse, richiedendo l'intervento del Legislatore per colmare la lacuna dell'ordinamento processuale. Ebbene il Legislatore con la Legge 69/2009 art. 59 è intervenuto in materia di *translatio iudicii*, e ha ridotto i termini (da sei mesi sono diventati tre) per la riassunzione della causa davanti al Giudice dichiarato competente, ma ha lasciato ancora molti dubbi sulla natura della domanda da ripresentare al Giudice competente: trattasi di semplice atto di riassunzione o di domanda *ex novo*?

"La riforma - ha sostenuto il prof. Acone - in molti punti va perfezionata e rappresenta un cantiere aperto per gli addetti ai lavori".

Successivamente il prof. Acone si è soffermato sulle modifiche della competenza del Giudice.

In particolare è stata ampliata la competenza per valore del Giudice di pace sui beni mobili, da € 2.582,28 è ora passata a € 5.000,00, mentre per le cause relative al risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli e natanti l'originario limite di valore della controversia fissato in € 15.493,71 è stato ora elevato a € 20.000,00. Inoltre, è stata assegnata al Giudice di pace anche la competenza per le cause sugli interessi o accessori da ritardato pagamento di prestazioni previdenziali o assistenziali, fin'ora appartenute alla competenza del Tribunale in funzione di Giudice del lavoro. L'eccezione di incompetenza per valore o per materia, dopo la riforma, deve essere sollevata non più entro la prima udienza di trattazione, ma direttamente nella comparsa di risposta depositata 20 giorni prima dell'udienza fissata nell'atto di citazione, anche se non coincide

con la data della prima udienza effettiva. "Assistiamo - ha detto il prof. Acone - ad un'esaltazione della competenza del Giudice in senso dinamico. Il Giudice cioè diventa competente in corso di giudizio. Il processo serve quindi a stabilire chi ha torto e chi ha ragione e non chi è competente o non lo è". Per quanto riguarda invece la litispendenza, il Legislatore è intervenuto con una nuova versione del primo comma dell'art. 39 del Codice di procedura civile: se una stessa causa è proposta davanti a Giudici diversi, quello successivamente adito, in qualunque stato e grado del processo, anche d'ufficio, dichiara con ordinanza (e quindi non più con sentenza) la litispendenza e dispone la cancellazione della causa dal ruolo. In questo modo, la faccenda è risolta sollevando il Giudice dall'onere di redigere una sentenza che deve essere più ampiamente motivata rispetto ad un'ordinanza. Tuttavia, ha osservato il prof. Acone, questa riforma dell'art. 39 c.p.c. solleva un problema di costituzionalità in quanto le decisioni sulla litispendenza del Giudice di pace diventerebbero del tutto inoppugnabili non potendo essere soggette né a regolamento di competenza ex art. 46 c.p.c., né tanto meno soggette ad appello o ricorso per Cassazione data la nuova forma del provvedimento decisorio: l'ordinanza! Le ulteriori modifiche del primo libro del Codice di procedura civile discusse dal prof. Acone hanno riguardato l'istituto della ricsuzione - con la previsione della nuova multa più salata rispetto a quella precedente in caso di inammissibilità del ricorso per ricsuzione (fino a € 250,00) -, la procura alle liti - con la nuova previsione della procura telematica -, la necessità del contraddittorio nelle questioni rilevate di ufficio dal Giudice, la modifica dell'art. 132 c.p.c. - relativamente al contenuto della sentenza che diventa succinta e concisa, senza più la necessità della esposizione dello svolgimento del processo.

Dopo il prof. Acone, ha preso la parola l'avv. Bruno Falcone il quale ha discusso delle modifiche apportate dalla riforma alla cognizione ordinaria del processo civile (la riduzione dei termini, la sospensione del processo, l'interruzione ed estinzione, la consulenza tecnica di ufficio, il calendario del processo, la motivazione della sentenza, le norme transitorie). L'avv. Bruno Falcone ha espresso forti dubbi sulla bontà della riforma al Codice di procedura civile in questione. "Negli ultimi tempi - ha detto l'avv. Falcone - riforme dopo riforme, prima proposte e poi abolite,

hanno creato un sistema di intervento caotico e disordinato sul Codice di procedura civile, senza raggiungere i risultati sperati. Oggi si interviene sulla riduzione dei termini previsti dal Codice di procedura civile, ma questo non è sufficiente a garantire una giustizia più veloce, occorre intervenire anche sulla struttura e sull'organizzazione del sistema giudiziario ... con la riforma forse oggi si definiranno più processi, ma non in nome della giustizia effettiva!".

Infine, il convegno del pomeriggio del 18 settembre si è concluso con l'intervento del Consigliere Mario Pagano il quale, con una relazione precisa e approfondita, ha discusso delle modifiche alla disciplina del ricorso in Cassazione, del calendario del processo introdotto con la riforma e delle modifiche apportate alla disciplina della consulenza tecnica di ufficio. Il Consigliere Pagano, nell'illustrare le modifiche apportate dalla riforma, ha espresso non poche perplessità: a) sulla legittimità dell'introduzione del filtro in Cassazione con la conseguente riduzione del diritto delle parti a ricorrere in Cassazione; b) sulla difficoltà di attuare il nuovo calendario del processo; c) sulla riduzione di difesa delle parti nel processo a seguito delle modifiche della consulenza tecnica di ufficio, dovuta alla impossibilità di depositare note difensive dopo la CTU.

Altrettanto interessante e caratterizzata da un forte taglio operativo, è stata la seconda giornata del convegno tenutasi il 19 settembre 2009, ove sono intervenuti come relatori l'avv. Giuseppe Palmieri, professore a contratto all'Università di Salerno, il prof. avv. Francesco De Santis, Ordinario di Diritto Processuale Civile all'Università di Salerno, e il prof. avv. Luigi Iannicelli, Associato di Diritto Processuale Civile all'Università di Salerno, e infine di nuovo il prof. avv. Modestino Acone per tracciare le conclusioni delle due giornate di lavoro. L'avv. Giuseppe Palmieri ha trattato gli argomenti delle spese processuali (nel giudizio di merito e nel giudizio cautelare) e della testimonianza scritta nel processo civile, così come riformate le prime e introdotta la seconda dalla Legge 69/2009. L'avv. Palmieri ha descritto le novità della riforma in materia, ma ha anche risolto dubbi interpretativi di rilevante importanza. Così ha chiarito, ad esempio, come il Legislatore, quando ha disposto la condanna alle spese per rifiuto della proposta transattiva si è riferito - a parere del relatore - ad una proposta transattiva intervenuta in corso di giudizio, non



Particolare degli affreschi della cripta del castello di Sarno.

prima e/o fuori del giudizio. Ed ancora, in ordine al consenso delle parti richiesto dalla riforma per ottenere la testimonianza scritta nel processo, l'avv. Palmieri ha precisato come, a suo parere, il consenso debba intervenire prima dell'ammissione della testimonianza da parte del Giudice, e non dopo. All'avv. Palmieri è seguito l'intervento del prof. De Santis, il quale ha illustrato brillantemente il nuovo processo sommario di cognizione introdotto dalla riforma, sottolineandone i vantaggi e gli svantaggi e offrendo, nel contempo agli ascoltatori, le giuste riflessioni da fare prima di sceglierlo come rito da adottare in alternativa al rito di cognizione ordinaria.

Il prof. avv. Luigi Iannicelli ha discusso, invece, delle modifiche apportate dalla riforma al cavilloso processo esecutivo, semplificando quanto più possibile la comprensione delle novità introdotte dalla Legge 69/2009 e delle conseguenze delle stesse nella pratica attuativa del processo esecutivo. Sono seguite le conclusioni del prof. avv. Modestino Acone, il quale ha invitato gli operatori del diritto ad avere un atteggiamento positivo e propositivo nei confronti della miniriforma del

Codice di procedura civile e a non essere massimamente critici. Infatti, ha spiegato il prof. Acone, la riforma ha in sé molti elementi positivi: la riforma sulla consulenza tecnica di ufficio accelererà di fatto i tempi del giudizio; la testimonianza scritta, laddove trovasse ingresso nel processo superando l'ostacolo del consenso delle parti, contribuirebbe ad arrivare ad una conclusione dei processi in tempi ragionevoli, dimostrando una nuova mentalità di alto senso civico; il processo sommario di cognizione, se ben utilizzato potrà offrire buoni vantaggi agli operatori del diritto. Pertanto, il prof. Acone ha affermato di avere personalmente un approccio mite alla riforma del Codice di procedura civile e di essere convinto che non mancheranno, in futuro, con l'attuazione pratica della riforma, i necessari interventi correttivi. Il convegno ha avuto un grosso riscontro tra gli avvocati del Foro di Nocera Inferiore e ha fornito, senza dubbio, strumenti idonei per affrontare le nuove regole procedurali e per risolvere molti dubbi interpretativi e difficoltà attuative delle novità introdotte dalla Legge 69/2009.

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "La tutela cautelare nei giudizi costituzionali".

Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

La tutela cautelare nei giudizi costituzionali. Alfonso Vuolo

Jovene Editore, Napoli 2009, pp. 235, € 18,00.

Alfonso Vuolo è iscritto nell'Albo degli Avvocati di Nocera Inferiore, ed oltre ad esercitare la libera professione è, tra l'altro, ricercatore in Diritto Costituzionale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli, nonché professore aggregato in Diritto Amministrativo e Governo del Territorio presso la Facoltà di Architettura dello stesso ateneo.

È già stato autore di svariate pubblicazioni su temi quali le fonti del diritto, la tutela nel processo delle situazioni giuridiche soggettive, regioni e enti locali, ordinamento comunitario, sistemi elettorali, ed altro. L'ultimo suo lavoro è *La tutela cautelare nei giudizi costituzionali*, edito dalla Jovene Editore s.p.a., pubblicato nel 2009. Già il Chiovenda, illo tempore, aveva affermato che "la necessità di servirsi del processo per ottenere ragione non doveva tornare a danno di chi aveva ragione". È proprio il pericolo del danno, che potrebbe prodursi dal compimento del processo, a giustificare la necessità dei rimedi cautelari. Lo stesso Calamandrei sosteneva che "in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse essere sempre istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presenta la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno ed adeguato al caso, non vi sarebbe più posto per i provvedimenti cautelari". La stessa Corte Costituzionale ha più volte ribadito, con riferimento ai giudizi comuni, l'ineludibilità della tutela cautelare, in quanto la stessa è strumentale all'effettività della tutela giurisdizionale, garantita dall'art. 24 della Costituzione. Inoltre, sempre la Corte Costituzionale ha definito la tutela cautelare una "garanzia costituzionale". L'autore si pone il problema se i richiamati principi della tutela cautelare, che hanno avuto larga diffusione nell'ambito dei processi comuni, possano trovare applicazione, ed in quale misura, nei giudizi dinanzi alla Corte Costituzionale. Pertanto, la



riflessione prende le mosse dalla natura degli atti che vengono in rilievo nei giudizi costituzionali, dai tempi di durata degli stessi, e dalla natura delle situazioni giuridiche che emergono in essi. Essendo plurime le competenze del Giudice costituzionale, l'autore si sofferma sui singoli giudizi, evidenziandone le peculiarità in relazione al tema generale trattato. Da qui, poi, un'attenta analisi dei profili strettamente procedurali, che caratterizzano l'incidente cautelare, con particolare riguardo al problema dell'impulso di parte o di ufficio, che affiora, specificamente, dall'entrata in vigore della Legge 131/2003. Nella parte finale del volume viene, invece, considerata la struttura del provvedimento cautelare, l'efficacia di questo, e la tipologia delle misure che, eventualmente, il Giudice delle Leggi può adottare. L'autore perviene alla conclusione che, pur non essendo auspicabile un'applicazione continua delle decisioni cautelari, come affermatasi in particolar modo nel processo amministrativo, è indispensabile e necessario che vi sia nel processo costituzionale una qualche regolarità nella trattazione delle domande di sospensione, essendo ciò indispensabile per una più marcata trasparenza degli andamenti processuali. Peraltro, se sapientemente dosato, il rimedio cautelare potrebbe procurare notevoli benefici al sistema nel suo insieme. La pronuncia cautelare, infatti, potrebbe contenere la regola, alla quale le parti dovranno temporaneamente uniformarsi sino alla pronuncia di merito. L'opera è arricchita da numerosi richiami alla dottrina ed alla giurisprudenza, che la rendono interessante anche in considerazione della novità del tema trattato, e costituisce un prezioso ed utile strumento non soltanto per gli operatori del settore.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

La PEC e il D.Lgs. 29.11.08, n 185.

Il D.Lgs. 29 novembre 2008, n. 185 impone ai professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge dello Stato la comunicazione ai rispettivi Ordini o Collegi del proprio indirizzo di posta elettronica certificata entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge (entro il 28.11.2009). Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore aveva, già a fine 2008, aderito alla proposta della Lextel s.p.a., ditta leader nell'offerta di servizi via web, di fornitura gratuita per un anno (2009) di caselle di posta elettronica certificata agli iscritti (Avvocati e Praticanti). La fornitura poteva essere rinnovata al costo di € 20,00. Le caselle sono state distribuite con il dominio legalmail.it. Nel corso dell'anno il Consiglio ha valutato diverse proposte di convenzione di fornitura di PEC e con delibera n. 19 del 12/12 ha aderito ad una nuova proposta della Lextel che ne prevede la fornitura gratuita per un anno (2010) a tutti gli iscritti (Avvocati e Praticanti) ed il rinnovo annuale per i successivi quattro anni al costo di € 6,00 comprensivi di IVA.

Si invitano pertanto i colleghi che hanno già provveduto al ritiro della PEC con dominio @legalmail.it a non rinnovarla (al costo di € 20,00). Le nuove caselle saranno in distribuzione, tempi tecnici permettendo, per fine gennaio 2010, con dominio avvocatnocera.pec.it, e sostituiranno quelle precedentemente assegnate. Gli iscritti dovranno necessariamente autorizzarne la stampa sull'Albo/Registro. Ai possessori della PEC con dominio legalmail.it arriverà, pertanto, una comunicazione telematica che li avviserà delle modalità di sostituzione della loro casella in base alla precisata nuova convenzione sottoscritta dal Consiglio dell'Ordine. Si riportano di seguito le caratteristiche di diverse società distributrici di PEC dalle quali si evincono le motivazioni della scelta indirizzata verso Lextel s.p.a.

Lextel:

Spazio casella base: **1Gb***
Notifica SMS: **incluso****
Aperta a mail non certificate: **SI**
Numero max di destinatari: **250**
Antispam: **SI**
Vita illimitata dei messaggi: **SI**
Archivio sicurezza: **SI**



Assistenza telefonica: **SI*****

* è possibile richiedere spazio aggiuntivo;
** permette di ricevere quotidianamente un SMS indicante il numero di mail certificate non lette; *** assistenza telefonica tramite Help Desk dal lunedì al venerdì dalle 08.00 alle 20.00 e il sabato dalle 08.00 alle 14.00.

Aruba:

Spazio casella base: **1Gb**
Notifica SMS: **NO**
Aperta a mail non certificate: **NO**
Numero max di destinatari: **50**
Antispam: **NO**
Vita illimitata dei messaggi: **NO (max 90 giorni)**
Archivio sicurezza: **NO**
Assistenza telefonica: **N.D.**

Actalis:

Spazio casella base: **30Mb**
Notifica SMS: **NO**
Aperta a mail non certificate: **SI**
Numero max di destinatari: **50**
Antispam: **SI (opzionale)**
Vita illimitata dei messaggi: **SI**
Archivio sicurezza: **NO**
Assistenza telefonica: **SI**

Postecom:Spazio casella base: **100Mb**Notifica SMS: **NO**Aperta a mail non certificate: **SI**Numero max di destinatari: **100**Antispam: **N.D.**Vita illimitata dei messaggi: **SI**Archivio sicurezza: **NO**Assistenza telefonica: **N.D.**

Si impongono alcune precisazioni in merito all'obbligo previsto dal D.Lgs. 29 novembre 2008, n. 185. Quest'ultimo prevede la possibilità da parte delle Pubbliche Amministrazioni di consultare telematicamente, in un'area del sito istituzione dell'Ordine e/o Collegio di riferimento, l'elenco dei professionisti iscritti con le relative caselle di posta certificata. La *ratio* del provvedimento è il risparmio di risorse economiche, tra l'altro, evidente pensando ai costi che la Pubblica Amministrazione affronta per l'acquisto di carta e l'utilizzo dei servizi postali. Il Consiglio dell'Ordine si impegna, una volta distribuita la PEC in maniera massiva, ad utilizzare, per comunicazioni agli iscritti, unicamente il canale telematico.

**STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)**

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	141	5	0	0	146
AVVOCATI	1071	7	6	1	1085
TOTALE	1212	12	6	1	1231

PRAT. SEMPLICI	186
PRAT. ABILITATI	467
TOTALE	653

CASSAZ. E AVVOCATI	1231
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	653
TOTALE ISCRITTI	1884

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totali M • F
CASSAZIONISTI	126 • 15	4 • 1	0 • 0	0 • 0	130 • 16
AVVOCATI	543 • 528	2 • 5	5 • 1	0 • 1	550 • 535
TOTALE	669 • 543	6 • 6	5 • 1	0 • 1	680 • 551

	M • F
PRAT. SEMPLICI	84 • 102
PRAT. ABILITATI	185 • 282
TOTALE	269 • 384

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	680 • 551
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	269 • 384
TOTALE ISCRITTI	949 • 935