

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VII NUMERO I  
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



Anno VIII° 1 - Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20/c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli

**EDITORIALE**  
Tante novità,  
nessuna novità

**VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA**  
L'insediamento  
del Consiglio dell'Ordine

**HISTORIA ET ANTIQUITATES**  
Dal "Diario napoletano"  
la cronistoria  
di un efferato delitto  
e della sua terribile  
punizione

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO**  
Obbligatoria,  
dal 20 marzo 2011,  
la mediazione finalizzata  
alla conciliazione nelle  
controversie civili  
e commerciali

**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

**Segretario di Redazione**

Massimo De Martino Adinolfi

**Hanno collaborato a questo numero**

Barbara Barbato  
Francesca Del Grosso  
Maria Grazia Ianniello  
Antonia Marchino  
Mariella Orlando  
Valentina Salucci  
Elisa Sava

**Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore  
Tel./Fax 081.929600 - 081.927432  
e.mail:  
[omniaiustitiae@foronocera.it](mailto: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:**

*Angri, particolare del Monumento ai Caduti  
e del castello Doria*  
Frottage dalle foto di Giuseppe Buongiorno  
e Giovanni Ferrentino

**Realizzazione Editoriale**

**Altrastampa Edizioni**

cell. 338.7133797  
[altrastampa@libero.it](mailto:altrastampa@libero.it)

© 2010 Foto  
Altrastampa Edizioni

© 2010 Testi  
Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

**OMNIA IUSTITIAE**  
ANNO VII - NUMERO 1

# S O M M A R I O

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<b>DOTTRINA</b> <i>Angela Cisale</i> Il falso giuramento nel processo civile: risvolti penalistici	23
<b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b> <i>la redazione</i> L'insediamento del Consiglio dell'Ordine	6	<i>Francesca Del Grosso</i> La P.A. ed il settore giustizia tra informatizzazione e digitalizzazione	25
Le Toghe d'Onore e la Borsa di studio Tessa Guerra	9	<i>Maria Grazia Ianniello</i> La tutela del creditore nella cessione d'azienda: il trasferimento dei debiti	27
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>Barbara Barbato</i> Lavoro subordinato, contratti a tempo determinato, ragioni di carattere sostitutivo, onere di specificazione: il nominativo del sostituito	13	<i>Valentina Salucci</i> La <i>translatio iudicii</i> alla luce della legge n. 69 del 2009	29
<i>Maria Coppola</i> È illegittima la procedura di espropriazione per pubblica utilità nei casi in cui si ometta di informare tempestivamente i privati dell'avvio del procedimento	15	<i>Elisa Sava</i> Aste on line	35
<i>Antonia Marchino</i> Separazione giudiziale, affidamento condiviso, determinazione assegno di mantenimento del minore	16	<b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b> <i>Gianluca Granato</i> Dal "Diario napoletano" di Carlo De Nicola, la cronistoria cittadina di un efferato delitto e della sua terribile punizione	38
<i>Mariella Orlando</i> TARSU. Nel caso di locali in multiproprietà il pagamento dell'imposta è a carico di chi occupa o detiene i locali	18	<b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b> <i>la redazione</i> Obbligatoria, a partire dal 20 marzo 2011, la mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali	42
<i>Piervincenzo Pacileo</i> La presunzione di veridicità degli estratti conto bancari	19	Riattivato il servizio delle sentenze on line	46
<i>Piervincenzo Pacileo</i> Azione revocatoria ordinaria: presupposti per la legittima esperibilità	20	Banche dati giuridiche on line presso gli sportelli informativi dell'Ordine	47
		Statistiche iscritti	48

## Editoriale

di Luigi Ciancio

### Tante novità, nessuna novità.

Iniziamo il settimo anno di pubblicazione di questa rivista.

Un traguardo che, quando abbiamo dato vita a questa avventura, sembrava insperato ed irraggiungibile. Invece, grazie alla perseveranza di pochi e capaci collaboratori, si è riusciti ad assicurare alla Classe Forense un prodotto di qualità che ha meritato pur'anche la citazione su altre e più ragguardevoli riviste.

Questo numero si caratterizza per una serie di novità che andiamo ad elencare analiticamente. Una nuova copertina, come per gli anni precedenti, scelta attraverso un referendum tra i lettori che hanno dato la preferenza al castello Doria del Comune di Angri, un monumento risalente al 1290 quando Carlo II d'Angiò assegnò il feudo di Angri al milite regio Pietro De Braheriis. Successivamente dopo diversi passaggi, il feudo e quindi anche il castello finirono nelle mani dei Doria nell'anno 1613.

Attualmente è sede del Municipio.

Nuovi collaboratori assicureranno la pubblicazione della rivista anche per questo prossimo biennio ed agli stessi si esprimono i ringraziamenti più sentiti; così come pure a chi, per autonoma decisione, ha dovuto rinunciare alla collaborazione.

Un nuovo Consiglio dell'Ordine è stato eletto dagli iscritti all'Albo che hanno partecipato a questa tornata elettorale in maniera massiccia, per come rilevasi dalla cronaca che più diffusamente si pubblica in altra parte della rivista.

Agli eletti un augurio ed una raccomandazione.

L'augurio di ricoprire la carica cui sono stati delegati con passione ed impegno; la raccomandazione di lavorare nell'interesse della Classe Forense che, oggi più che mai, necessita di certezze e di decisioni.

La nomina del Dott. Gianfranco Izzo a capo della Procura del nostro Tribunale ha colmato il vuoto lasciato dal Dott. Domenico Romano che è stato collocato in pensione unitamente al Presidente Dott. Guglielmo Amato.

Infatti il nostro Tribunale, per fatale coincidenza, si è visto privato dei suoi vertici quasi contemporaneamente.

Ai Dottori Amato e Romano il ringraziamento per quanto hanno saputo fare, sia pure tra mille difficoltà, negli Uffici Giudiziari da loro diretti ed a favore della utenza del Circondario.

Al nuovo Procuratore Capo il saluto di benvenuto della intera Classe Forense con la quale, ci si augura, potrà instaurare rapporti di incisiva collaborazione.

E non costituisce sicuramente una novità il rito celebrativo di apertura dell'anno giudiziario, già visto tante volte.

Una cerimonia con la quale, in pratica, si celebra la emergenza nazionale della Giustizia con cifre che fanno rabbrivire perché destinate a peggiorare sempre di più.

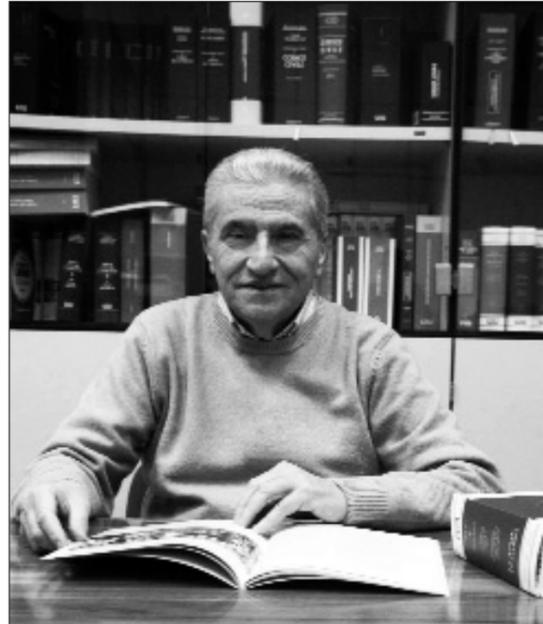
La fotografia della realtà giudiziaria italiana rappresenta uno stato di disagio avvertito soprattutto dai cittadini che inutilmente sperano che si dia una celere risposta alla loro domanda di giustizia.

Un rosario di cifre, di lungaggini e diritti negati, quello snoccolato dal Procuratore Generale della Cassazione che evidenzia come nel nostro paese il numero degli Avvocati cresca di pari passo col contenzioso ed aumenti il conflitto tra le istituzioni.

Una sorta di guerriglia continua tra Avvocati e Magistrati, tra questi ultimi ed il potere politico e non poche volte tra Magistrati e Magistrati.

Il tutto in attesa di una riforma del sistema giudiziario da tutti auspicata a parole, ma, probabilmente, mai concretamente voluta e seriamente realizzata.

Nell'intanto si consuma il calvario di una giustizia alle prese con i perenni e quotidiani problemi della mancanza di risorse umane e finanziarie. Auguriamoci di non doverne celebrare anche il *de profundis*.



Facciata posteriore  
del castello Doria ad Angri.

## Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

### L'insediamento del Consiglio dell'Ordine.

Il giorno 30 gennaio si è rinnovato il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore per il biennio 2010-2011, con due importanti novità. Hanno, infatti, lasciato la compagine consiliare, rinunciando alla candidatura, gli avvocati Luigi Gabola e Giovanni Longobardo. I due volti nuovi sono quelli dei colleghi Matilde Squillante e Alessandro Vella.

L'assemblea elettorale del 29 gennaio, proseguita il giorno successivo, ha visto l'intensa partecipazione degli iscritti. L'83,4% degli aventi diritto ha espresso il voto dando la preferenza in netta maggioranza alla lista capeggiata dal Presidente uscente Aniello Cosimato. Quest'ultimo ha ottenuto da solo 903 voti, circa il 92% delle preferenze. Subito dopo si è piazzata Anna De Nicola con 804 voti e a seguire gli avvocati: Rosanna Pacelli 777, Francesco Bonaduce 753, Paola Lanzara 743, Gerardo Ranucci 742, Alessandro Vella 736, Renato Diodato 733, Luigi Ciancio 730, Rino Carpinelli 726, Giuseppe Buongiorno 714, Matilde Squillante 695, Domenicantonio Siniscalchi 682, Antonio Ferrentino 675, Vincenzo Barbato 664.

I lavori assembleari hanno visto l'elezione dei 15 componenti del Consiglio senza la necessità di elezioni di ballottaggio, avendo la lista del Presidente ottenuto ben oltre la maggioranza assoluta delle preferenze validamente espresse dagli iscritti.

Primo dei non eletti il collega Eliodoro Alfano con 331 voti, e a seguire Vincenzo Sirica 313 e Antonio Pentangelo (21/08/1955) 277.

Una menzione particolare merita il seggio elettorale, brillantemente presieduto, come aveva peraltro già fatto nelle ultime due tornate elettorali, dall'avv. Mario Cretella, coadiuvato da Pasquale Zambrano, in qualità di vice Presidente, Nicola Califano, quale Segretario, Antonio Memoli, Diego Francavilla, Sonia Cocco, Angela Bottillo, Salvatore Fezza, Teresa D'Alessandro, Antonio Scarpato, Vincenzo Mansi, Francesca Manchia, Marianna Amore, quali componenti.

Va ricordato che, oltre alla elezione del nuovo Consiglio, l'assemblea ha provveduto all'approvazione della relazione del Presidente sul biennio appena trascorso e del Conto Consuntivo relativo all'anno 2009, redatto dal Consigliere Tesoriere, avvocato Luigi Ciancio.

Il 4 febbraio scorso il Consiglio ha eletto per acclamazione le cariche sociali, confermando

quelle del precedente biennio.

Il giorno 27 febbraio 2010, alle ore 10.30, nell'aula "Emilio Alessandrini" del Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore si è tenuta la cerimonia di insediamento del Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Nocera Inferiore per il biennio 2010-2011.

Sono stati premiati, inoltre, con la Toga d'Onore gli avvocati Augusto Santoro e Barbara Barbato, per aver conseguito, rispettivamente nelle sessioni d'esame d'avvocato del 2006 e 2007, il miglior risultato tra i candidati del Circondario di Nocera Inferiore.

Sono state consegnate, altresì, la Borsa di studio intitolata all'avvocato Tessa Guerra e le pergamene ricordo ai colleghi premiati con la Toga d'Onore dall'anno 1997 al 2007, gli avvocati: Carmine Giordano, sessione d'esame 1996; Chiara Falcone, sessione d'esame 1997; Agnese Torre, sessione d'esame 1998; Immacolata Brengola, sessione d'esame 1999; Rita Amarante e Mariarosaria Cutolo, sessione d'esame 2000; Giuseppe Cuomo, sessione d'esame 2001; Raffaele Giacomaniello, sessione d'esame 2002; Giovanni Castaldi e Valeria Costabile, sessione d'esame 2003; Gemma De Filippo, sessione d'esame 2004; Luca Forni e Alfonso Galuzzo, sessione d'esame 2005; Augusto Santoro, sessione d'esame 2006; Barbara Barbato, sessione d'esame 2007.

A conclusione della cerimonia sono stati ricordati gli avvocati scomparsi nell'ultimo biennio. Il Presidente, insieme a chi ne ha condiviso la quotidianità della vita non solo professionale, ha tracciato la memoria degli avvocati Pancrazio Bellacosa, Antonello Mancuso, Carmine Squillante, Luigi Tolino e Raffaele Villani.

La cerimonia ha avuto inizio con la rituale lettura da parte del Consigliere Segretario, avv. Anna De Nicola, del verbale di insediamento del Consiglio del 4 febbraio 2010, ha poi preso la parola il Presidente avv. Aniello Cosimato, di cui riportiamo di seguito l'intervento. A margine dell'intervento del Presidente riportiamo i contributi fatti pervenire alla redazione dai premiati con la Toga d'Onore e con la Borsa di studio "Tessa Guerra".

#### La relazione del Presidente Aniello Cosimato.

Autorità, Signore, Signori, Colleghi, si celebra oggi, come è tradizione del Foro nocerino, l'insediamento del Consiglio dopo la recente tornata elettorale, il nono dall'istituzione dell'Ordine Circondariale e nella composizione appena letta dal Consigliere Segretario.

Ringrazio tutti per la partecipazione.

Un ringraziamento doveroso e sentito lo rivolgo ai colleghi, che hanno, con il loro voto, determinato l'elezione di questo Consiglio; la loro stima



Il Consiglio dell'Ordine.

costituisce il riconoscimento più alto per il lavoro svolto, nello scorso biennio, un attestato, che ci onora fornendoci gli stimoli per continuare ad operare con lo stesso fervore nell'interesse della Classe Forense. L'impegno profuso nella passata consiliatura è stato costante e concreto, svolto con grande sacrificio da parte di tutti e concretizzatosi non solo con il puntuale assolvimento dei molteplici ed impegnativi compiti istituzionali, per legge demandati al Consiglio - le pratiche di ufficio, il gratuito patrocinio, procedimenti disciplinari, la formazione, l'informazione previdenziale, i rapporti con gli uffici giudiziari - ma anche di quei compiti ulteriori che per esigenze contingenti occorre assolvere. Tali attività hanno richiesto nel corso del passato biennio una presenza costante e faticosa. Anche l'azione di questo neo eletto Consiglio sarà ispirata alla massima trasparenza ed allo spirito di continuo servizio a tutela degli interessi degli iscritti e della dignità della professione forense. Il Consiglio sarà presente su tutte le problematiche riguardanti l'avvocatura sia a livello nazionale che locale ponendosi, come per il passato, quale una delle parti del complesso rapporto quotidiano della gestione del settore, che manifesta la propria disponibilità a discutere e a valutare con la Magistratura e con il personale amministrativo le problematiche quotidiane, al fine di elaborare le soluzioni adeguate e razionalmente meno onerose. Sappiamo di poter contare sulla disponibilità degli organi direttivi della Magistratura del circondario, con i quali trovare nel breve e lungo periodo le migliori soluzioni in una rinnovata cordialità di rapporti, che nasce dalla reciproca considerazione e dal conseguente rispetto delle funzioni.

Aspettiamo fiduciosi idonei interventi politici in grado di eliminare o correggere quelli emanati nella scorsa legislatura, senza concertazione alcuna

na con i vertici forensi che hanno seriamente minato la dignità dell'avvocatura, devota per cultura, costume ed appartenenza ai valori dell'autonomia, dell'indipendenza e della libertà.

Basti ricordare la possibilità di derogare ai minimi di tariffa che costituiscono una garanzia per il cittadino, l'introduzione del patto di quota lite, che fa diventare socio della parte l'avvocato snaturandone la funzione e l'abolizione del divieto di pubblicità. Alcuna attenzione è stata prestata da parte del Ministero della Giustizia ai problemi atavici che affliggono questo tribunale, dovuti prima di tutto alla scarsità di personale amministrativo rispetto al notevole carico di lavoro, al mancato adeguamento della pianta organica dei magistrati ed infine al mancato rimborso delle spese anticipate dal solo Comune di Nocera Inferiore. Continuerà l'attività tendente a fornire ai giovani praticanti le necessarie cognizioni per potere affrontare, con sufficiente tranquillità, l'esame di abilitazione alla professione forense, mediante i corsi intitolati alla memoria del compianto collega Michele Ciarlo, nell'ambito dei quali è stata istituita una Borsa di studio alla memoria di Teresa Guerra, già autorevole rappresentante di questo Consiglio. Porteremo, inoltre, in Commissione di manutenzione il nostro contributo, affinché la disposizione degli spazi e la ripartizione fra i settori civile e penale sia la più funzionale possibile, affinché anche il nostro Consiglio possa ottenere una degna sede, atteso che ciò non costituisce una richiesta audace di un optional, bensì il rispetto di una precisa disposizione di legge. Siamo pienamente entrati in una nuova fase che richiede un fervore ancora più alto ed un impegno ancora più forte per allinearci ad un giusto orientamento che considera gli Ordini sempre più come garanti delle qualità professionali dei propri iscritti. La formazione permanente

si rende necessaria per il raggiungimento di adeguati livelli di preparazione, perché l'aggiornamento non rappresenta soltanto un dovere deontologico ma un vero e proprio diritto dell'avvocato. Questi compiti dovranno essere svolti in condizioni di piena autonomia ed indipendenza, in tal modo l'avvocatura, mediante un adeguato livello etico e culturale, potrà riappropriarsi del ruolo socialmente rilevante che le compete, perché solo su questa consapevolezza potrà costituire un rapporto positivo con la società. Un doveroso ringraziamento lo formulo ai consiglieri eletti. Primo fra tutti al Consigliere Anziano Gerardo Ranucci, che con grande precisione si è occupato del gravoso incombenza del gratuito patrocinio a spese dello Stato, senza fare mai mancare con la sua assidua presenza un apporto di saggezza e di equilibrio.

Al Consigliere Segretario Anna De Nicola, per avere assolto con estrema puntualità agli impegni che la carica ricoperta impone e a quelli relativi alla formazione.

Al Consigliere Tesoriere Luigi Ciancio, per avere adeguato il sistema contabile del Consiglio a quello tenuto dagli enti pubblici e per avere inoltre diretto e coordinato il comitato di redazione della rivista consiliare "Omnia Iustitiae", che ha ottenuto apprezzamenti da altri Ordini Forensi.

Ai Consiglieri Paola Lanzara e Antonio Ferrentino per il massimario delle sentenze civili del Tribunale di Nocera Inferiore, al Consigliere Francesco Bonaduce per quello penale, ancora a Francesco Bonaduce per il Coordinamento della Commissione affari penali, ai cui lavori ha fattivamente e concretamente partecipato il Consigliere Giuseppe Buongiorno, in special modo per la formazione del protocollo delle udienze e per la liquidazione delle competenze.

Ringrazio i consiglieri Vincenzo Barbato, che oggi è un festeggiato, e Renato Diodato per l'impegno profuso in relazione alle problematiche afferenti alla Sezione Lavoro.

I consiglieri Rino Carpinelli e Domenicantonio Siniscalchi per l'impegnativo compito svolto relativamente ai pareri su parcelle, il consigliere Rosanna Pacelli per i rapporti con l'ufficio del Giudice di Pace.

Un saluto particolare ed affettuoso lo rivolgo ai colleghi Matilde Squillante e Alessandro Vella, che sono entrati a far parte di questo consesso e devo dire, come ho avuto modo di constatare già dalle prime adunanze, con grande spirito propositivo. Ritengo che i colleghi eletti daranno all'avvocatura del circondario quel grande contributo umano e professionale tale da farle ricoprire quel ruolo di primaria importanza che le compete nella società civile.

Il Consiglio premia oggi, con la Toga d'Onore intitolata alla memoria del compianto avvocato Paolo Caruso, i colleghi Augusto Santoro e Barbara Barbato, che fra i candidati del circondario hanno ottenuto i migliori risultati rispettivamente nelle sessioni d'esame di avvocato 2006 e 2007 e consegna una pergamena ricordo ai vincitori della Toga d'Onore delle scorse sessioni, ora affermati avvocati. Saluto con immutato affetto la signora Brunella Sarno vedova dell'avvocato Paolo Caruso e le famiglie dei premiati che vivono a ragione un momento di grande soddisfazione.

L'avvocatura del circondario ed il Consiglio si stringono oggi in una sorta di abbraccio ideale intorno ai colleghi Augusto Santoro e Barbara Barbato esternando loro tutta la propria stima ed affetto ed additandoli ad esempio per la loro dedizione allo studio, grazie ai continui insegnamenti degli avvocati Gaetano Battipaglia e Vincenzo Barbato, rispettivi maestri. Sono due giovani che ho il piacere di conoscere e stimare per la loro preparazione non solo giuridica ma anche per i loro comportamenti sempre ispirati a solidi principi deontologici, che consentiranno loro di iniziare la professione forense con dignità decoro e libertà.

Dignità e decoro, termini che avete pronunciato al momento del giuramento, non costituiscono concetti vaghi, ma si riferiscono ad uno status perché sono associati alla dignità umana, personale, sociale.

Libertà quando è riferito alla professione significa che il professionista, in quanto libero, deve essere indipendente giuridicamente, perché la professione non può essere svolta con il vincolo della subordinazione morale, perché l'avvocato non può subire o accettare vincoli o limitazioni nell'esercizio della sua attività.

Il Consiglio li addita ad esempio, nel momento in cui entrano a pieno titolo nell'avvocatura ispirati da quei principi appena enunciati, ai giovani che si apprestano a sostenere l'esame di avvocato a loro rivolgo il nostro augurio.

Il Consiglio premia oggi anche una giovane collega, Nunziatina Agovino, quale vincitrice del Corso di preparazione all'esame di avvocato intitolato alla memoria del collega Michele Ciarlo. A lei l'augurio di una vita professionale densa di soddisfazioni.

Ritengo questo il momento più esaltante per ricordare a tutti la figura degli avvocati Paolo Caruso e Michele Ciarlo, a loro va il nostro pensiero nella consapevolezza che degnamente in questo modo onoriamo la loro cara memoria.

Vi auguro che al risultato ottenuto se ne possano aggiungere altri significativi ed importanti, forieri di sempre maggiori soddisfazioni.

A conclusione di queste cerimonie vogliamo commemorare cinque cari colleghi scomparsi nel trascorso biennio. Come le manifestazioni precedenti anche questa riguarda la famiglia dell'avvocatura, perché essi appartengono a tutti noi, rimangono come ricordi che danno forza e speranza al nostro futuro, perché anche in questo caso il futuro ha il cuore del passato. Ricordo con accorata nostalgia Pancrazio Bellacosa, Antonello Mancuso, Carmine Squillante, Luigi Tolino e Raffaele Villani. Ero a loro legato da veri sentimenti di amicizia.

Pancrazio Bellacosa, avvocato che ha onorato la toga per la sua notevole statura professionale, per le sue doti intellettuali e per la dignità che ispirava il suo comportamento. Si era affermato nell'arango civilistico, anche se a volte aveva sconfinato con successo in quello penalistico. Le grandi soddisfazioni della sua vita erano costituite dai figli, due valentissimi avvocati Adriano e Maurizio, Alfonso un medico stimato, ricercatore apprezzato anche all'estero, Massimiliano valente commercialista, ne parlava molto con giusta fierezza, anche se a loro non elargiva troppi complimenti. Antonello Mancuso, di lui ricordiamo i tratti salienti nella riservatezza e nella discrezione, la forza d'animo e la grande compostezza con cui affrontò il male incurabile che lo portò alla morte nel pieno della sua vita professionale, svolta con grande dedizione e serietà. Aveva molto sofferto, ma di lui non potremo mai dimenticare il suo sorriso e l'affettuosa comprensione verso i problemi degli altri, ben minori dei suoi.

Ricordo Carmine Squillante con immensa commozione, per essere stato con lui in Consiglio per sei anni, condividendone soddisfazioni, ansie e qualche amarezza. Carmine era buono, comprensivo, talvolta severo e sapeva esprimere in ogni momento della sua vita quel grande principio della lealtà che si sostanzia nell'assoluto rispetto della parola data. Il tratto più importante della personalità di Carmine era, senza dubbio, quello della sincerità nei rapporti con i colleghi, i quali, in special modo i giovani, sempre gli tributarono sentimenti di stima che costituirono la base delle sue elezioni al Consiglio dell'Ordine. A te Matilde, che fai parte dello stesso consesso, a cui tuo padre ha dato un forte contributo di saggezza e di equilibrio, il compito di perpetuarne la cara memoria soprattutto ispirandoti a suoi insegnamenti.

La scomparsa improvvisa ed immatura di Gino Tolino, come quella di Antonello ha colpito profondamente l'Ordine di Nocera Inferiore.

Lo ricordiamo con vivo rimpianto quando con piglio deciso affrontava ogni questione giuridica che gli veniva prospettata, segno di grande scrupolo e spiccata serietà con cui gestiva gli interessi

della parte assistita in udienza, e conclusa la quale, amava intrattenersi con il contraddittore in un rapporto leale di amichevole colleganza. Di lui ci rimane l'immagine di un uomo che era nella giovanile pienezza delle sue energie fisiche oltre che spirituali, che da ogni suo sguardo, da ogni sua parola esprimeva la gioia di vivere. Proprio questo ricordo voglio trasmettere in special modo alla moglie, collega, Veronica La Mura e ai suoi amati figli.

Raffaele Villani ha sempre espresso il meglio di se stesso con l'attenzione, lo scrupolo e lo studio ogni qualvolta difendeva gli interessi di un cliente, con quell'eleganza che gli era congeniale non solo negli scritti difensivi, ma anche nel portamento e nel tratto da galantuomo. Ricordo quando si intratteneva con altri colleghi per parlare di questioni giuridiche esaminandole negli aspetti più reconditi con passione ed entusiasmo, allo scopo di trovare le soluzioni più adeguate al caso che gli veniva prospettato.

Da questi cinque carissimi colleghi ritengo di avere avuta una preziosissima, vera amicizia; considero oggi un privilegio, anche se venato da tristezza, ricordarli perché essi rientrano in quello che è il più vasto ambito della tradizione essenziale della storia recente di questo Foro.

Rinnovarne la memoria è per noi un dovere, perché l'uomo senza tradizioni è come una pianta dalle piccole radici destinata a soccombere al primo soffio di vento.

### Le Toghe d'Onore e la Borsa di studio "Tessa Guerra".

#### Augusto Santoro, Toga d'Onore, sessione d'esame 2006.

È con umiltà e gratitudine ma con altrettanta gioia ed emozione che ricevo questo premio tanto importante e ricco di significati; un premio che per me assume un valore non solo simbolico.

Come si conviene, vorrei innanzitutto ringraziare coloro i quali hanno reso possibile il conferimento della Toga d'Onore: *in primis* il Consiglio dell'Ordine e per esso il suo Presidente e, senza pretesa di esautività, tutti coloro i quali hanno voluto presenziare.

Vedo tra i presenti gli amici di sempre ai quali rivolgo un caro saluto ed il sincero ringraziamento per aver voluto partecipare all'evento. Quest'oggi, a mio avviso, la cerimonia di premiazione assume il sapore degli eventi importanti e di quei giorni che sono destinati a rimanere nella memoria di chi, come me, vive con piacere ed onore le emozioni legate alla propria professione. C'è un filo conduttore simbolico che unisce tutti



noi quest'oggi: da una parte, coloro i quali come me hanno sostenuto le prove d'esame nel corso dell'ultimo decennio, dall'altra, i colleghi più giovani, in parte portatori di esperienze diverse vissute magari in contesti differenti ma tutti capaci di dimostrare la medesima dedizione per la professione raggiungendo i risultati prefissi o anche solo sperati. Alcuni di noi si sono già avviati nel difficile, lungo ed a volte tortuoso cammino dell'avvocatura, altri invece si apprestano a compiere i primi passi. Ritengo che al giorno d'oggi la nostra professione e la società stessa cambino alla velocità della luce; non possiamo concederci il lusso di rimanere indietro e magari ancorati ad antiche concezioni, rischieremo di essere dei "vasi di terracotta tra tanti vasi di ferro" e magari di farci soffiare il lavoro da qualcuno più in gamba di noi. Questi cambiamenti che investono ogni settore, richiedono a tutti, ed in particolar modo a noi giovani professionisti, una sempre maggiore conoscenza e continua specializzazione nei diversi campi del diritto.

La mia breve esperienza professionale in ambito per lo più stragiudiziale mi dice che, pur necessaria una formazione a 360° e solide fondamenta, all'avvocato è sempre più richiesto di essere uno specialista scrupoloso capace di rapportarsi magari con una realtà aziendale. Personalmente, mi trovo spesso a dover leggere bilanci di società e cercare di comprendere sempre di più le logiche

economiche su cui si reggono delle semplici clausole contrattuali. I nostri clienti ci chiedono sempre di più, comunicano con noi attraverso i computer e richiedono risposte puntuali in tempi brevi: di fronte alle loro domande non possiamo farci trovare impreparati. Qualcuno mi ha detto che tra le doti di un buon oratore (qualità tra le altre di primaria importanza nella nostra professione e senza pretesa di esserlo diventato nelle ultime ore) c'è sicuramente quella di essere concisi, pertanto non intendo abusare oltre della vostra pazienza, e vorrei chiudere questo breve discorso con una citazione da uno dei padri fondatori del nostro diritto, Pietro Calamandrei, il quale affermava che "l'avvocatura è una professione di comprensione, di dedizione, di carità, che l'avvocato non può essere né un puro logico né un ironico scettico, che deve essere prima di tutto un cuore: un altruista, uno che sappia comprendere gli altri uomini e farli vivere in sé, assumere su di sé i loro dolori e sentire come sue le loro ambascie". Mi permetto di aggiungere che per tendere a tale obiettivo e cogliere a pieno la vera funzione dell'avvocato del nostro tempo è necessario affrontare la professione con assoluta dedizione, amore per la comprensione e continuo approfondimento, con buona pace di riforme professionali e formazione permanente.

Credo che il bagaglio di conoscenze, non solo giuridiche, sia la ricetta per il successo di chi si appresta a "vivere" questa importante professione. Siamo noi stessi gli artefici del nostro futuro e, pertanto, a noi giovani non resta che seguire gli insegnamenti e gli esempi di chi ci ha preceduti arricchendo sempre più il nostro profilo professionale con lo studio e la dedizione all'apprendimento.

Per quanto personalmente mi riguarda la consegna della Toga d'Onore rappresenta il premio per il forte impegno profuso per un singolo obiettivo, quindi un piccolo successo già realizzato, ma allo stesso tempo lo sprone per proseguire in questa strada, con la speranza che l'amore per questo lavoro possa essere condiviso anche con i più giovani colleghi ai quali non mi resta che augurare tutto il meglio anche per i loro successi.

In chiusura, lasciatemi esprimere la mia più profonda gratitudine ai miei cari per tutto ciò che ho sin d'ora ricevuto e quanto ancora sono sicuro sapranno darmi.

Grazie a tutti e *Ad Majora!*

**Barbara Barbato, Toga d'Onore, sessione d'esame 2007.**

Chiedo scusa dell'emozione, ma è la prima volta che mi trovo davanti ad un così qualificato uditorio. Ed è, per vero, la prima volta che mi vedo pre-

miata, perciò perdonatemi se da quanto andrò a rappresentare, traspare tutta la mia emozione.

In primo luogo è doveroso un accorato ringraziamento al Presidente ed al Consiglio per il riconoscimento attribuitomi ed un sentito augurio ai suoi membri per il lavoro che li attende, affinché continuino a rappresentarci con orgoglio e lustro nelle sedi istituzionali. Un saluto da parte mia, inoltre, va a tutte le personalità intervenute.

All'inizio ho intrapreso la carriera dell'avvocatura sia per inerzia, essendo figlia d'arte, sia per il fascino che la toga ha sempre avuto su di me.

Di certo non mi aspettavo di ricevere questo ambito riconoscimento, di cui sentivo parlare come un traguardo irraggiungibile, anche per le indubbie capacità che hanno i precedenti colleghi, che pure ne sono stati insigniti.

Trovarmi, quindi, nello stretto novero di coloro i quali possono fregiarsi di questa peculiarità mi riempie di orgoglio e soddisfazione.

Tale riconoscimento è di certo dimostrativo dei sacrifici ai quali la nostra antica arte ci impone.

Sul tema posso dire di aver sempre vissuto e di vivere quotidianamente l'esempio di mio padre che, a mio avviso, incarna tante di quelle qualità che ritengo un avvocato debba avere e che spero di poter rafforzare in me di giorno in giorno, per il resto della carriera. Tenacia, convinzione nei propri mezzi, passione, ricerca del senso di giustizia, assistenza alle problematiche altrui: ecco alcune caratteristiche che ho appreso da mio padre e che ritengo che ognuno, che si fregi del nostro titolo, debba avere.

A mio parere, questo colloca l'avvocatura su un piedistallo di privilegio rispetto a tante altre professioni una volta definite nobili, in quanto pone di fronte a noi problematiche varie sia di natura fattuale, sia strettamente attinenti all'applicazione ed interpretazione delle norme giuridiche del nostro ordinamento nel conflitto delle parti in contesa. Nel mio, ancora breve, excursus formativo, ho capito che le vicende vanno affrontate sotto molteplici aspetti e che tanti di questi riguardano i continui rapporti interpersonali con le svariate categorie di soggetti, con le quali quotidianamente ci dobbiamo confrontare. Penso che questo sia proprio l'aspetto più difficile, poiché ci obbliga anche ad un difficile ruolo di mediazione e di sintesi che ci impone anche un adattamento e, a volte, una costrizione, di quelle che sono le nostre peculiarità caratteriali. Non avrei mai pensato di poter essere qui oggi a ricevere il simbolo della nostra professione, a maggior ragione se analizzo il modello di selezione degli avvocati, così come è stato strutturato dal nostro legislatore.

Ed invero, sono sicura che l'esame che ci impone

l'accesso all'avvocatura sia di quanto più inadatto potesse essere concepito. Non starò qui a ricordare a tutti voi quella nefasta "tre giorni", ma sono sicura di poter affermare che con siffatte modalità nessun candidato abbia l'opportunità di esprimere al meglio ed in pieno le proprie capacità. Nonostante ciò, l'esito per me, come per mia sorella Daniela che pure l'ha sostenuto e superato brillantemente nella stessa sessione, è stato favorevole e fortunato, ma non posso pensare che sicuramente tanti tra i miei amici e colleghi, che invece sono stati respinti, non avevano e non hanno la preparazione per fregiarsi del nostro titolo ed ai quali auguro di cuore di riuscirci al più presto.

All'uopo, mi permetto di compulsare il Consiglio affinché trovi la forza di portare nelle sedi opportune la voce di tanti giovani, in quanto i progetti di riforma all'accesso alla professione, pare che nulla di buono faccia intravedere per il futuro. Mi riferisco al fatto che esso non andrà a garantire l'effettiva formazione dei nuovi avvocati, ma anzi non farà altro che tarpare le ali a chi non sarà fortunato, senza avere la certezza che coloro i quali invece riusciranno ad accedere saranno davvero così in gamba da poter svolgere l'attività forense. Il nuovo sistema, in definitiva, mi appare ancora più iniquo, poiché la formazione di giovani alla professione, va radicalmente strutturata ed ancorata alle università, dove il percorso non deve essere meramente nozionistico, ma anche pratico e strettamente finalizzato alla creazione di "avvocati".

La specializzazione, quindi, deve essere svolta a monte, dividendo, fin dagli anni dell'università, i futuri operatori del diritto, a seconda delle differenti attività che la scienza giuridica comprende. Al conseguimento della laurea, in ogni caso, ho pensato che il più fosse fatto, ma poi ho capito subito che a confronto l'iter universitario era stato una "passeggiata di salute"!

Il mio percorso formativo, infatti, per come già accennato, si dipana nello studio che mio padre, Enzo Barbato, all'incirca una quarantina d'anni fa ha creato dal nulla, non avendo lui avuto la fortuna che ho io come figlia.

Uno studio che ha rappresentato e rappresenta un punto di riferimento per tanta clientela che mio padre ha saputo tenere ancorata a sé nel corso degli anni grazie a quelle indubbie capacità ed a quello spirito di enorme sacrificio che gli sono proprie.

Ed oggi, ragionando con la prospettiva della professione al centro della vita, mi sento di dovergli dei ringraziamenti accorati poiché è stato ed è un esempio professionale impareggiabile, tanto da accontentarmi di poter raggiungere la metà di

quanto egli ha saputo costruire così brillantemente. Certo, la convivenza e la collaborazione lavorativa con tale esempio di professionista è davvero dura e non mancano le conflittualità e gli scontri che tra noi sono sia generazionali, sia da dominus a giovane avvocato. Ma dietro i suoi rimproveri, talvolta duri, so che si cela l'amore di padre ed il desiderio di vedere il frutto di una vita passare da lui a me, affinché egli resti nella mia anima non solo come padre ma anche come magister!

Alla luce della mia novella esperienza lavorativa, sento di poter consigliare a chi ha in animo di intraprendere la professione di avvicinarsi ad essa con umiltà ed abnegazione, poiché, come i nostri illustri predecessori - molti dei quali qui presenti - ci hanno insegnato, essa è strada impervia, in cui bisogna avere la capacità di non sentirsi mai arrivati perché l'apprendimento di un qualcosa di nuovo è sempre dietro l'angolo.

Insegnamento che a volte non proviene solo da chi è più anziano di te, ma anche da chi ha iniziato da meno tempo, nell'ambito di uno spirito di confronto e di collaborazione che ritengo, oggi più che mai, necessario tra colleghi. Faccio mio e porto al vostro ricordo, pertanto, l'insegnamento socratico di classica memoria: "So di non sapere". Altresì, posso affermare che la professione, soprattutto per le sue difficoltà, ha anche contribuito a farmi maturare come donna, sia sul piano morale che caratteriale, aiutandomi a limare il mio spirito ribelle, anche se in questa prospettiva l'opera su me stessa si appalesa molto più ardua rispetto alla crescita professionale.

Infine, un pensiero di infinita riconoscenza ho il piacere di riservarlo a Mauro ed alla mia famiglia ed, in particolare, a mia madre che per me, come per le mie sorelle, nonché colleghe, Olimpia e Daniela, è stata ed è un pilastro essenziale per la nostra formazione di donne. Ella ha rappresentato un esempio di moralità e fermezza, sapendo proteggerci nei momenti più bui della nostra giovane vita, facendoci scudo con i suoi innumerevoli sacrifici dalle traversie che spesso ci hanno accompagnato.

Non posso quindi non dedicare a lei questo riconoscimento, poiché senza la sua figura non avrei avuto quella tranquillità indispensabile per completare degnamente il percorso scolastico e di certo, oggi, non sarei qui a raccogliere questo momento di gioia e soddisfazione, né sarei la persona che sono.



#### Nunziatina Agovino, Borsa di studio "Tessa Guerra".

Ricordo, ancora oggi, quel nove settembre dello scorso anno, giorno in cui effettuai l'iscrizione online alla terza edizione del Corso "Michele Ciarlo", promossa dalla Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola". Ero indecisa e timorosa: avevo letto che si trattava di vere e proprie simulazioni d'esame e pensavo di non essere all'altezza, considerato che avevo fatto appena otto mesi effettivi di pratica forense! Ciò nonostante, con un semplice "clic", effettuai quell'iscrizione, grazie alla quale oggi sono onorata di essere vincitrice della Borsa di studio "Tessa Guerra". Mi spinsero a farlo le parole e i consigli del mio dominus, avv. Luigi Toscano, il quale mi dice di non sottovalutare le mie capacità e soprattutto di non darsi mai per vinti. È a lui, dunque, in primis che va il mio più grande e profondo ringraziamento! Il Corso "Michele Ciarlo" è stato davvero una bella esperienza, che mi ha permesso di crescere professionalmente. Determinante è stato, a tal fine, il contributo di insigni avvocati (che non sto qui a nominare per evitare di tralasciarne qualcuno), i quali, fin dalla prima simulazione, hanno guidato noi praticanti non soltanto nella redazione dei pareri e nella stesura degli atti, ma anche nell'imparare a controllare lo stress e l'ansia da esame! Ho trovato in ognuno di loro una grande disponibilità, che mi ha permesso di respirare un clima familiare e profondamente umano. È per questo che sarò sempre debitrice, nei confronti di tutti loro, per tutto quanto hanno saputo trasmettermi! Con l'auspicio di superare l'esame di avvocato che sosterrò a dicembre di quest'anno, ringrazio ancora una volta la Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola" e tutti gli avvocati che hanno fatto parte delle Commissioni istituite dal Consiglio dell'Ordine per le correzioni delle prove.

## Giurisprudenza

Barbara Barbato

### Lavoro subordinato, contratti a tempo determinato, ragioni di carattere sostitutivo, onere di specificazione: il nominativo del sostituito.

Cassazione Civile, sent. 26/01/2010, n. 1576, Cassazione Civile, sent. 26/01/2010, n. 1577, Sezione lavoro, Presidente M. De Luca, Relatore V. Di Cerbo.

*La S.C., con la decisione n. 1576 ed altre coeve (fra le altre, la sentenza n. 1577) è intervenuta, dopo la recente pronuncia del giudice, delle leggi (Corte Cost., sent. n. 214 del 2009) in tema di disciplina regolatrice del contratto a termine e di onere di specificazione delle ragioni di carattere sostitutivo. In particolare, la Corte ha statuito che il requisito di specificità, nell'ambito di una situazione aziendale complessa, può ritenersi soddisfatto dall'enunciazione dell'esigenza di sostituire i lavoratori assenti, integrata dall'indicazione di elementi ulteriori (quali, l'ambito territoriale di riferimento, il luogo della prestazione lavorativa, le mansioni dei lavoratori da sostituire, il diritto degli stessi alla conservazione del posto di lavoro), che consentano di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente, ferma restando, in ogni caso, la verificabilità della sussistenza effettiva del prospettato presupposto di legittimità.*

Letta la massima che precede, occorre fare un breve excursus della situazione preesistente alla pronuncia stessa, prima di effettuare le conseguenze ed opportune valutazioni al riguardo. Il contratto a termine è l'ipotesi di "contratto flessibile" che ha avuto maggiore diffusione, per come risulta da un inequivocabile dato empirico, rappresentato dal numero elevato delle controversie pendenti sia in sede di merito che in sede di legittimità ed aventi ad oggetto questa fattispecie. Nel corso degli ultimi decenni, poi, la disciplina del contratto a tempo determinato - caratterizzato dalla apposizione di un termine finale alla durata del contratto, decorso il quale lo stesso cessa di avere efficacia - è stata oggetto di molteplici e distinti interventi normativi. In particolare, la giurisprudenza e la dottrina hanno esaminato in più occasioni fattispecie di rapporti a termine per ragioni sostitutive (per coprire, ad esempio, i periodi di ferie collettive ovvero per ovviare ad esigenze organizzative complesse nelle quali il titolo dell'assenza è normalmente collegato alla rotazione di un numero consistente di lavoratori),

affrontando il problema della specificità dell'indicazione delle ragioni sostitutive ed in particolare della necessità dell'indicazione delle generalità del lavoratore sostituito.

Ebbene, in relazione alle ragioni "sostitutive", è intervenuta da ultima anche la Corte Costituzionale con sentenza n. 214 del 14 luglio 2009, chiarendo come l'onere di specificazione previsto dall'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 comporti addirittura l'indicazione per iscritto del nome del lavoratore sostituito oltre che della causa della sostituzione.

Secondo la Corte Costituzionale, infatti, "considerato che per 'ragioni sostitutive' si debbono intendere motivi connessi con l'esigenza di sostituire uno o più lavoratori, la specificazione di tali motivi implica necessariamente anche l'indicazione del lavoratore o dei lavoratori da sostituire e delle cause della loro sostituzione; solamente in questa maniera, infatti, l'onere che l'art. 1, comma 2, del D.Lgs. n. 368/2001 impone alle parti che intendano stipulare un contratto di lavoro subordinato a tempo determinato può realizzare la propria finalità, che è quella di assicurare la trasparenza e la veridicità della causa dell'apposizione del termine e l'immodificabilità della stessa nel corso del rapporto".

Da ciò ne consegue la necessità di dare indicazione, nel contratto, del nominativo del lavoratore da sostituire. Solo in questo modo potrà essere correttamente configurato il rapporto a tempo determinato. Pur tuttavia, a distanza di circa sei mesi dalla suddetta pronuncia della Corte Costituzionale, a seguito della quale si è assistito ad orientamenti non univoci da parte dei giudici di merito che, in questo arco temporale, in alcuni casi si sono conformati alla decisione della Corte e in altri casi hanno invece ritenuto di discostarsene (cfr. Tribunale di Roma 22 settembre 2009, n. 13455) intervengono, ora, due decisioni di analogo contenuto della Corte di Cassazione, la sentenza n. 1576 e la n. 1577, entrambe del 26 gennaio 2010, le quali sono destinate a riaprire una serie di interrogativi in materia di ragioni sostitutive, soprattutto nei casi in cui le aziende utilizzino le ragioni sostitutive per coprire, ad esempio, i periodi di ferie collettive ovvero per ovviare ad esigenze organizzative complesse, nelle quali il titolo dell'assenza è normalmente collegato alla rotazione di un numero consistente di lavoratori. Casi nei quali, secondo una prassi invalsa, generalmente non si procedeva più a specificare i nominativi dei lavoratori da sostituire, limitandosi a fare riferimento alla causale della sostituzione di lavoratori assenti per ferie, poi individuati secondo un piano di rotazione stabilito. E ciò sulla scorta della formulazione generale di cui all'art. 1

del D.Lgs. n. 368/2001 che prevede, appunto, di ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive. Tale prassi, nel vigore della precedente disciplina di cui alla Legge n. 230/1962, che, per come già detto, richiedeva espressamente l'indicazione del nome del lavoratore sostituito, aveva dato luogo a sanzioni da parte della Cassazione, in quanto non idonea a soddisfare i requisiti che in materia erano previsti dalla legge (cfr. Cass. 19425/2009). In particolare, quando ad esempio si fosse inserito nel contratto solo un riferimento generico ad un determinato arco temporale identificato solo per giustificare l'assunzione a termine di ampio numero di lavoratori quali sostituti di quelli in ferie.

Orbene, essa (prassi), è stata nuovamente messa in discussione dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 214/2009, proprio sulla scorta dei requisiti di specificità che la norma di cui all'art. 1, comma 1 D.Lgs. n. 368/2001 impone, ma pare, ora, ricevere una nuova legittimazione, seguendo la chiave di lettura prospettata dal recente orientamento della Cassazione».

La Suprema Corte, quindi, con le due decisioni richiamate (sentenze n. 1576 e n. 1577 del 26/01/2010), pur ponendosi in linea con la Corte Costituzionale in merito ai principi dalla medesima enunciati, ha tuttavia ritenuto opportuno fare una differenziazione tra imprese con livello di organizzazione "elementare" e imprese invece maggiormente strutturate.

Ha infatti evidenziato che, sempre con riferimento alle ragioni sostitutive, in situazioni aziendali complesse l'onere di specificazione può essere ugualmente soddisfatto con "la verifica della corrispondenza quantitativa tra il numero dei lavoratori assunti con contratto a termine per lo svolgimento di una data funzione aziendale e le scoperture che per quella stessa funzione si sono realizzate per il periodo dell'assunzione".

Ancora, si legge che "la mancata individuazione del lavoratore sostituito non è di per sé condizione di illegittimità della clausola appositiva del termine al contratto di lavoro, laddove la realtà d'impresa si presenta complessa ed articolata: il requisito dell'indicazione può essere soddisfatto da altri indicatori come il luogo della prestazione, l'ambito territoriale, le mansioni del sostituto e la dizione che ha diritto alla conservazione del posto".

Pertanto, secondo la Cassazione, il principio di diritto enunciato dalla Corte Costituzionale (indicazione del nominativo del lavoratore sostituito) va comunque inserito nella realtà concreta delle aziende e ad essa adattato.

Nelle realtà aziendali complesse, dove non è possibile individuare fisicamente il lavoratore o i

lavoratori da sostituire, l'onere di cui all'art. 1 del D.Lgs. n. 368/2001 potrà essere assolto attraverso l'indicazione dei criteri che, pur prescindendo dall'individuazione delle persone, siano tali da soddisfare i requisiti di specificità della norma.

Di conseguenza, solo in contesti oppure in fattispecie alquanto semplici l'onere di specificazione andrà assolto con l'indicazione del nominativo, mentre in fattispecie più complesse esso sarà soddisfatto dall'indicazione di elementi ulteriori, ad esempio, dell'ambito territoriale di riferimento, del luogo della prestazione, delle mansioni dei lavoratori da sostituire, del diritto degli stessi alla conservazione del posto, che consentiranno di determinare il numero dei lavoratori da sostituire, ancorché non identificati nominativamente, fermo restando, in ogni caso, la verificabilità circa la sussistenza effettiva del presupposto di legittimità prospettato.

\*\*\*\*\*

Ancora una volta, nel nostro Paese, i contratti di lavoro a tempo determinato vedono coinvolta la società Poste Italiane, ma, stavolta, con esito diverso rispetto alle precedenti.

La pronuncia dei giudici di legittimità in merito a tale questione, che indubbiamente farà discutere, rappresenta, a parere di chi scrive, una "novità" di non poco rilievo.

Del tutto sorprendente è la prima sentenza che decideva le cause discusse tutte nello stesso giorno e che mette in discussione la presa di posizione della Corte Costituzionale, nella parte in cui prevede che non solo non è necessario il nominativo del lavoratore sostituito ma, soprattutto, che non vi è l'obbligo di specificazione del motivo della sostituzione.

Infatti, la Cassazione evidenzia che la necessità dell'indicazione del nominativo del lavoratore sostituito risulterebbe necessaria solo nell'ipotesi in cui l'assunzione per esigenza sostitutiva avviene da parte di un piccolo imprenditore (una situazione "elementare", dice testualmente l'estensore della sentenza), mentre, di contro, in una situazione aziendale "complessa" (come Poste Italiane) l'individuazione del soggetto da sostituire è troppo penalizzante: in tal caso è sufficiente verificare la corrispondenza quantitativa tra il numero di assunti a termine e quelli assenti a tempo indeterminato. Se il numero dei primi è pari od inferiore a quello dei secondi, il datore di lavoro, in definitiva, è esentato dal dover dimostrare in giudizio di avere effettivamente utilizzato il lavoratore assunto a termine per sostituire quello assente.

Ne deriva che il problema reale è solo apparentemente quello del nominativo del lavoratore sostituito, in quanto è evidente che, anche a prescindere da questo aspetto, ciò che più rileva nella

sentenza in esame è la scelta della Cassazione di appoggiare la tesi della sostanziale "elasticità", che si traduce, nella sostanza, in una vera e propria liberalizzazione.

Una motivazione "diversa" dalle solite, pienamente condivisibile da chi scrive perché in tale sistema di "elasticità" del nuovo sistema, le ragioni addotte nel contratto vanno valutate dal giudice "secondo criteri di congruità e ragionevolezza".

Maria Coppola

### **È illegittima la procedura di espropriazione per pubblica utilità nei casi in cui si ometta di informare tempestivamente i privati dell'avvio del procedimento.**

Nota a T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, sentenza del 5 gennaio 2010 n. 41.

*In tema di espropriazione, è onere dell'amministrazione procedente, garantire al privato, proprietario di un'area interessata dalla realizzazione di un'opera pubblica, la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento.*

#### **Premessa.**

Il Testo Unico sulle espropriazioni<sup>1</sup> si contraddistingue in maniera innovativa anche perché è stato strutturato in modo da lasciare considerevole spazio a disposizioni tese a garantire la fondamentale partecipazione degli espropriandi al procedimento. Mosso da questa intenzione, il legislatore ha privilegiato una forte integrazione del testo citato con la Legge n. 241/1990<sup>2</sup>, anche in un'ottica di sostanziale attuazione dei principi di cui all'art. 97 della Costituzione. La *ratio* sottesa alle norme in tema di garanzie partecipative in esso contenute va letta, pertanto, come tentativo di realizzare un sistema caratterizzato dalla democraticità delle decisioni, dalla accessibilità dei documenti amministrativi ed in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuti anzitutto nella misura in cui i destinatari siano stati messi in condizione di contraddire<sup>3</sup>.

#### **La vicenda.**

I ricorrenti si dolgono di non essere stati informati dal Comune di Roma dell'esistenza di un procedimento espropriativo che coinvolge beni di loro proprietà. In particolare, assumono di non essere mai venuti a conoscenza del primo atto deliberativo del detto procedimento, ossia della delibera di adozione del piano particolareggiato. Dalla fase procedimentale - preordinata alla

dichiarazione di pubblica utilità - gli stessi, pertanto, sono rimasti esclusi, essendo stati informati dell'esistenza della procedura espropriativa solo in occasione della notifica (e per giunta ad uno soltanto di essi) dell'atto di approvazione del procedimento.

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

Ciò che i ricorrenti lamentano con fermezza è, in realtà, la violazione del principio del contraddittorio procedimentale, non essendo stato loro consentito di interloquire tempestivamente con le amministrazioni procedenti, in ordine all'approvazione del progetto incidente sui beni di proprietà ed alla modulazione dello stesso.

La preventiva comunicazione dell'avvio del procedimento avrebbe loro consentito di presentare osservazioni e memorie in un'ottica di equa temperazione degli opposti interessi.

Il comportamento omissivo della P.A. ha, invece, determinato una palese violazione di legge, in quanto la disposizione di cui all'art. 7 Legge n. 241/90 attribuisce ai soggetti interessati un sostanziale diritto di partecipazione al procedimento amministrativo.

L'art. 7 Legge n. 241/1990 prevede, infatti, che, ove non sussistano ragioni d'impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento amministrativo, l'avvio dello stesso va comunicato, con le modalità previste dall'art. 8 della stessa legge, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato ad incidere attraverso la produzione di effetti diretti e a quelli che per legge devono intervenire, nonché ai soggetti, diversi dai diretti destinatari, che siano individuati o facilmente individuabili, qualora dal procedimento possa loro derivare un pregiudizio.

La comunicazione dell'avvio del procedimento amministrativo ha lo scopo di consentire all'interessato, a proposito di ogni atto che possa recare offesa a suoi diritti, libertà ed interessi, di proporre fatti ed argomenti, nonché, occorrendo, di offrire mezzi di prova di cui l'autorità amministrativa deve tenere conto.

L'apporto collaborativo dei privati proprietari avrebbe, altresì, favorito una migliore definizione della fattispecie, nonché un idoneo temperamento degli interessi, anche privati, sottesi alla vicenda. Tutte circostanze che, nella fattispecie *de qua*, sono state illegittimamente pretermesse. E che il T.A.R. adito non ha mancato di evidenziare. Richiamando, infatti, un consolidato indirizzo giurisprudenziale, il G.A. ha rimarcato il principio, generale ed inderogabile, per cui al privato proprietario di un'area destinata all'espropriazione, siccome interessata dalla realizzazione di

un'opera pubblica, deve essere garantita, mediante la formale comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la possibilità di interloquire con l'amministrazione procedente sulla sua localizzazione e, quindi, sull'apposizione del vincolo, prima della dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza e, quindi, prima dell'approvazione del progetto definitivo<sup>4</sup>.

Onere preciso della amministrazione è, pertanto, quello di comunicare agli interessati l'avvio del procedimento sin dalla fase procedimentale preordinata alla dichiarazione di pubblica utilità, per mezzo della quale i beni dei privati sono immediatamente sottoposti ad una precisa qualità giuridica di subordinazione alla realizzazione di un'opera pubblica ed al conseguente regime di espropriabilità. Si tratta di una decisione importante, che sottolinea finalmente, anche in tema di provvedimenti ablatori, che l'obbligo di avviso di avvio del procedimento *ex art. 7, Legge 241/1990*, lungi dall'essere concepito come un puro adempimento formalistico, è finalizzato alla realizzazione del principio sostanziale della partecipazione procedimentale.

Ne deriva che il mancato avviso personale imposto dall'art. 7 Legge 241/1990, non superato dalla prova di conoscenza aliunde o dalla effettiva partecipazione al procedimento autonomo prodromico alla declaratoria di pubblica utilità di un'opera, ha reso illegittimo il provvedimento conclusivo dello stesso<sup>5</sup>.

1 D.P.R. 8 giugno 2001 n. 327, coordinato ed aggiornato con le modifiche introdotte dalla Legge 1 agosto 2002, n. 166, dal D.Lgs. 27 dicembre 2002, n. 302, dal D.Lgs. 27 dicembre 2004, n. 330 e dalla Legge 24 dicembre 2007, n. 244.

2 La generale disciplina dettata dal capo III della Legge n. 241 del 1990 ("Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi"), in tema di partecipazione all'iter procedimentale, trovando, dunque, applicazione anche in materia espropriativa, impone la comunicazione agli interessati dell'avvio del procedimento relativo alla dichiarazione (anche implicita) di pubblica utilità. Cfr., ad es., C.d.S., Ad. Plen., 15.09.1999, n. 14.

3 Conformemente, anche T.A.R. Liguria, sez. I, 30.04.2003, n. 544.

4 Cfr. C.d.S., Ad. Plen., 20.12.2002, n. 8; 24.01.2000, n. 2; 15.09.1999, n. 14.

5 In termini, altresì, C.d.S., sez. IV, 24.2.2000, n. 1016.

Antonia Marchino

### Separazione giudiziale, affidamento condiviso, determinazione assegno di mantenimento del minore.

Nota a sentenza. Tribunale Civile di Nocera Inferiore, Collegio I sezione civile, sentenza n. 115/2010, proc. civ. 609/2002.

In caso di separazione dei coniugi con prole,

come nel caso di specie, si pone la questione dell'affido dei minori ad uno dei genitori. L'art. 155 Codice Civile stabilisce che il giudice valuta prioritariamente la possibilità che i figli minori restino affidati ad entrambi i genitori.

Pertanto, il giudice dovrà preventivamente e necessariamente valutare se vi siano interessi contrari del minore al fatto che la potestà genitoriale continui ad essere esercitata da entrambi i genitori. Nel caso in cui non si rinvenga un interesse contrario per il minore, il giudice dovrà disporre che i figli restino affidati ad entrambi i genitori, eventualmente stabilendo che essi possono esercitare separatamente la potestà limitatamente alle questioni di ordinaria amministrazione.

Nel caso di specie, il collegio del Tribunale di Nocera Inferiore non ha ravvisato motivi contrari all'interesse del minore tali da escludere l'affido condiviso, tant'è vero "che all'udienza di precisazione delle conclusioni la madre non si opponeva neppure alla richiesta di affidamento condiviso". Per quel che riguarda l'assegno di contributo al mantenimento, attesi gli artt. 147 e 148 c.c. e considerando le consistenze patrimoniali dell'onerao, si stabilisce l'obbligo del padre a corrispondere assegno mensile da versare presso il domicilio della (ex) moglie.

A supporto della sentenza la pronuncia della Corte di Cassazione (sentenza n. 23411/2009) intervenendo nell'ipotesi in cui la collocazione prevalente del figlio è fatta presso uno dei genitori, ha stabilito che l'assegno di mantenimento deve essere a carico del genitore non collocatario. La sentenza in commento applica il principio ispiratore alla base della legge sull'affidamento condiviso, quello della bigenitorialità da intendersi come diritto del figlio ad un rapporto completo e stabile con entrambi i genitori ma anche come "partecipazione responsabile e consapevole del genitore non coabitante alle scelte di maggiore interesse del figlio". Si utilizza il termine "responsabilità genitoriale" già nel Regolamento CEE 1347/2000 oggi sostituito dal Regolamento CEE n. 2201/03 in vigore dal 01.03.2005: parlare di "responsabilità" e non di "poteri" significa infatti porre i genitori su di un piano di uguaglianza fra di loro ed in accordo con i figli e quindi affermare la centralità del riconoscimento effettivo dei primari diritti del minore.

L'affido condiviso consente l'esercizio della potestà anche in modo disgiunto cosicché ciascun genitore è responsabile in toto quando i figli sono con lui. Al contrario del precedente affido congiunto che richiedeva sempre la completa cooperazione fra i genitori, l'affido condiviso disgiunto è applicabile e utile soprattutto in caso di conflitto, poiché suddivide in modo equilibrato

le responsabilità specifiche e la permanenza presso ciascun genitore, mantenendo inalterata la genitorialità di entrambi.

Solo in virtù di questa ottica non si perde di vista la ratio effettiva della Legge 54/2006 che mira a tutelare gli interessi dei minori creando le condizioni migliori affinché sugli stessi figli non cadano gli egoismi dei genitori.

Bisogna, infatti fortemente affermare che la separazione dei coniugi non deve, e non può significare separazione dei figli da uno dei genitori. In questo senso si è pronunciata anche la Corte di Appello di Potenza (sentenza del 14 novembre 2006) che ha disposto l'affidamento condiviso di una minore per tutelare il suo interesse di "vivere quanto più possibile con entrambi i genitori, senza che nessuno di essi venga escluso dalla sua vita quotidiana".

La stessa Corte di Cassazione sezione penale con sentenza 6 luglio 2009, n. 27995 ha applicato in ambito penale il principio della bigenitorialità, stabilendo che in tema di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento giurisdizionale adottato in sede di separazione dei coniugi, il genitore affidatario ha il dovere di favorire il rapporto del figlio con l'altro genitore, a meno che sussistano contrarie indicazioni di particolare gravità, tenuto conto che entrambe le figure genitoriali sono centrali e determinanti per la crescita equilibrata del minore.

Ne discende che ostacolare gli incontri tra padre e figlio, fino a recidere ogni legame con gli stessi, oltre ad avere effetti deleteri sull'equilibrio psicologico e sulla formazione della personalità del secondo, configura elusione dell'esecuzione del provvedimento giurisdizionale adottato dal giudice civile.

Non sono mancati orientamenti diversi nella giurisprudenza infatti la Corte di Appello di Bari si è pronunciata in contrasto con i principi di diritto espressi dall'orientamento maggioritario della giurisprudenza di merito (si veda, tra le altre, Tribunale di Messina, ordinanza 13 dicembre 2006), rigettando la richiesta avanzata dal padre di affidamento condiviso della figlia minore (di 4 anni), sul rilievo che la "esasperata conflittualità" esistente tra i coniugi non consentiva "un favorevole giudizio prognostico circa la concreta gestibilità dell'invocato affidamento condiviso".

Ciò posto, la Corte di Appello di Bari ha espresso il seguente principio di diritto: "L'affidamento condiviso, pur in astratto possibile, per essere concretizzato, richiede da parte dei genitori una convergenza d'intenti ed una consapevole adesione ad un programma educativo comune difficilmente realizzabile tra chi ha scelto di por termine al consorzio familiare con toni d'accesso conflit-

to". Risulta evidente che un simile approccio interpretativo della nuova normativa, consistente nell'introdurre una serie di prerequisiti all'applicazione dell'affidamento condiviso, determina il serio e concreto rischio di un'applicazione del tutto residuale dell'istituto, coincidente con il vecchio affidamento congiunto.

A porre chiarezza è intervenuta la Cassazione civile che con la sentenza n. 16593/2008 ha affermato alcuni principi molto importanti in materia di affidamento dei figli: anzitutto, è stato sostenuto che la Legge n. 54/2006 ha inteso prevedere l'affidamento condiviso non più come evenienza residuale (come nella disciplina previgente), bensì come regola, rispetto alla quale costituisce ora eccezione la soluzione dell'affidamento esclusivo che potrà essere adottata, "con provvedimento motivato", soltanto là dove l'applicazione del condiviso risulti pregiudizievole per l'interesse del minore.

In secondo luogo, la S.C. ha ritenuto che l'affidamento condiviso non può ritenersi precluso, di per sé, dalla mera conflittualità esistente tra i coniugi, poiché altrimenti tale istituto avrebbe solo un'applicazione residuale, coincidente con il vecchio affidamento congiunto.

In tal modo i giudici di legittimità hanno fatto proprio un indirizzo interpretativo già espresso, nei medesimi termini, dalla giurisprudenza di merito, la quale aveva motivato tale principio di diritto "anche considerando che uno dei coniugi potrebbe strumentalmente innescare, in via unilaterale, i conflitti al fine, magari, di orientare il decidente verso un affidamento monogenitoriale" (così Tribunale di Catania 1 giugno 2006, nello stesso senso Tribunale dei Minori di Catania 4 ottobre 2007 secondo cui: "l'estrema conflittualità esistente tra i coniugi non è da ostacolo all'affidamento del minore ad entrambi, atteso che appare funzionale alle esigenze educative e di crescita psico-fisica dello stesso non relegare un genitore ad un ruolo marginale").

In terzo ed ultimo luogo, i giudici di legittimità hanno sostenuto che è possibile derogare al modello legale prioritario dell'affidamento condiviso dei figli soltanto nelle ipotesi in cui risulti, nei confronti di uno dei genitori, una sua condizione di carenza o di inidoneità educativa, ovvero tale da rendere l'affidamento condiviso pregiudizievole all'interesse della prole; in giurisprudenza, Tribunale dei Minori L'Aquila 26 marzo 2007, "La contrarietà dell'affidamento condiviso all'interesse dei minori può verificarsi solo per le carenze di un genitore (e cioè solo quando il contatto diretto tra genitore e minore sia dannoso a quest'ultimo) e non per i suoi rapporti con l'altro genitore o per la loro esasperata conflittualità".

Mariella Orlando

### TARSU. Nel caso di locali in multiproprietà il pagamento dell'imposta è a carico di chi occupa o detiene i locali.

Corte di Cassazione, sez. V, sentenza n. 1848 del 18 gennaio 2010.

Con la sentenza n. 1848 la Corte di Cassazione si è pronunciata sulla tassa smaltimento rifiuti, in particolare, sull'individuazione del soggetto passivo tenuto al pagamento del tributo nell'ipotesi di locali in multiproprietà.

La vicenda trae origine dal giudizio promosso dal Comune di Napoli notificato alla Sigma Resthotel s.r.l. avverso l'avviso di accertamento della tassa smaltimento rifiuti (T.A.R.S.U.) per gli anni 1998-2002 relativamente ai locali adibiti a ristorazione compresi nel plesso delle "Terme di Agnano". Il *thema decidendum* del caso sotteso alla nostra attenzione è quello di individuare il soggetto passivo della TARSU ossia quel soggetto "che occupa o detiene i locali e le aree scoperte nel territorio comunale, quindi in base all'attività produttiva di rifiuti esercitata dall'occupante o detentore", che nel caso di godimento di beni in multiproprietà o di strutture commerciali integrate è il soggetto o la società che gestisce i servizi comuni<sup>2</sup>. La Commissione Tributaria Regionale ha osservato che "la attività di ristorazione svolta all'interno del plesso immobiliare "Terme di Agnano" costituiva una attività accessoria rispetto a quella principalmente rappresentata dalla erogazione di servizi sanitari". Conseguentemente la società Terme di Agnano provvedeva per gli anni in questione al regolare pagamento della tassa, salvo rivalsa nei confronti della Sigma Resthotel s.r.l. per le quote di rispettiva competenza. Giunta la questione alla Suprema Corte di Cassazione, i giudici della quinta sezione hanno stabilito - sulla base di quanto indicato nell'art. 63 del D.Lgs. n. 507/1993 - che nel caso di centri commerciali integrati (e di locali in multiproprietà) soggetto passivo della tassa per lo smaltimento dei rifiuti urbani è chi occupa o detiene i locali in uso esclusivo, mentre chi gestisce i servizi comuni è responsabile in solido<sup>3</sup>.

#### La questione.

Ai sensi dell'art. 62 del D.Lgs. 507/1993 si definisce soggetto passivo della tassa sullo smaltimento rifiuti colui che occupa o detiene locali o aree soggette a tassazione. L'art. 63 dello stesso decreto

individua i soggetti passivi in "coloro che occupano o detengono i locali o le aree scoperte di cui all'art. 62, con vincolo di solidarietà tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano i comuni locali o le aree stesse". Dalla dizione letterale della norma si evince che sia tenuto al pagamento non soltanto il proprietario ma anche chi occupa i locali, ossia anche colui che usufruisce del servizio di raccolta rifiuti, prescindendo, dunque, dal titolo legittimante l'occupazione stessa. Dunque, la relazione personale che lega il soggetto passivo, che può essere chiunque, con i locali suscettibili, secondo la loro natura, di produrre rifiuti (elemento oggettivo del presupposto) è dato dalla detenzione o dall'occupazione. Se da una parte è chiaro che il termine occupazione è stato usato dal legislatore secondo il significato del linguaggio comune, per descrivere uno stato di fatto anche in mancanza di un titolo che giustifichi l'effettivo esercizio dei poteri connessi al godimento della cosa, è, viceversa, da ritenere che il legislatore tributario abbia adottato il termine detenzione in senso tecnico, volendo richiamare l'istituto del diritto civile di cui all'art. 1140, secondo comma, del c.c. Il detentore, infatti, è colui che ha un rapporto immediato con la cosa e che esercita un potere di fatto sulla stessa, non in nome proprio, ma in nome e per conto altrui, che, è, invece, il possessore indiretto o mediato. I soggetti che detengono la cosa, in forza di un titolo negoziale, sono titolari di un diritto personale di godimento e, in quanto portatori di un autonomo interesse, sono detentori c.d. "qualificati" (come il comodatario, il conduttore, ecc.) e possono, quindi, essere definiti come soggetti passivi del tributo (TARSU/Tia).

L'art. 63, comma 1, introduce il "principio di solidarietà" nel pagamento della tassa, tra i componenti del nucleo familiare o tra coloro che usano in comune i locali o le aree stesse. La norma fa riferimento al principio di cui all'art. 1292 del Codice Civile, il quale prevede l'obbligazione solidale nel caso in cui "più debitori sono obbligati tutti per la medesima prestazione, in modo che ciascuno può essere costretto all'adempimento per la totalità e l'adempimento da parte di uno libera gli altri". In corrispondenza del predetto vincolo di solidarietà, all'art. 70, comma 3, D.Lgs. n. 507/93, è stato, pertanto, previsto l'obbligo di indicare nella denuncia originaria o di variazione, tutti i componenti del nucleo familiare.

Il comma 3 dell'art. 63 - che si riferisce alla sentenza suindicata - prevede che "nel caso di locali in multiproprietà e di centri commerciali integrati il soggetto che gestisce i servizi comuni è responsabile del versamento della tassa dovuta per i locali ed aree scoperte di uso comune e per i

locali ed aree scoperte in uso esclusivo ai singoli occupanti o detentori, fermi restando nei confronti di questi ultimi gli altri obblighi o diritti derivanti dal rapporto tributario riguardante i locali e le aree in uso esclusivo".

Il gestore o amministratore dei predetti immobili è, dunque, tenuto soltanto al mero versamento della tassa, mentre l'obbligo della denuncia ed ogni altro adempimento restano a carico dell'occupante o del detentore, che resta l'unico soggetto passivo.

Questo è l'orientamento risultante dalla circolare del Ministero delle Finanze del 22/06/1994, n. 95/E, secondo la quale, nel caso di centri commerciali integrati o di multiproprietà, il gestore o l'amministratore è dichiarato per legge responsabile del solo versamento del tributo con le relative conseguenze, fermi restando tutti gli altri obblighi tributari in capo ai titolari dei singoli esercizi o quote di multiproprietà.

La Corte di Cassazione con la sentenza n. 1848 del 18 gennaio 2010 ha affermato che chi occupa o detiene è responsabile del versamento della tassa, mentre la responsabilità di gestione del servizio è solidale.

1 Cass. Civ. n. 17617/04 e Cass. Civ. 4944/00.

2 Art. 63, comma 3, del D.Lgs. 507 del 1993.

3 La responsabilità per l'illecita gestione dei rifiuti è posta da chiunque effettui operazioni di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, nonché dai titolari di imprese e di enti che abbandonano o depositano i rifiuti in modo incontrollato.

Piervincenzo Pacileo

### La presunzione di veridicità degli estratti conto bancari.

Tribunale di Nocera Inferiore, II sezione civile, Giud. Rel. Dott. Salvatore Russo, 16 gennaio 2008.

*Le comunicazioni al cliente sulla situazione finale del conto, inviate dalla banca allo scioglimento del rapporto ovvero alle scadenze periodiche contrattualmente previste, sono qualificabili come estratti conto di chiusura, agli effetti di cui all'art. 1832 comma 2, c.c., purché non si limitino a contenere l'indicazione del saldo, con il calcolo delle spese e degli interessi, ma presentino pure precisi riferimenti alle partite di dare e avere che hanno condotto a quel risultato. La ricapitolazione di tutte le partite non è necessaria ove l'estratto conto facesse seguito, richiamandoli, a precedenti estratti parziali, inviati al cliente con l'indicazione di tutte le operazioni afferenti il relativo periodo, venendo in tal modo soddisfatta ugualmente l'esigenza di porre il correntista in condizione di riscontrare ogni eventuale vizio incidente sul saldo fina-*

*le; così anche la comunicazione dell'estratto conto concernente la liquidazione di chiusura e recante il saldo definitivo del periodo considerato, comprensivo di spese, interessi, commissioni e ritorsioni, vale a fare decorrere il termine semestrale di decadenza di cui all'art. 1832 c.c. La presunzione di veridicità delle scritturazioni del conto ha fondamento nella circostanza che il cliente, ricevuto l'estratto conto o equivalente copia dei partitari o della scheda, abbia affermato genericamente di nulla dovere senza sollevare contestazioni specifiche, con conseguente preclusione di successive contestazioni sulla legittimità sostanziale sotto il profilo contabile dell'inclusione di determinate partite nel conto stesso, salvi gli errori e le duplicazioni formali e fatte salve le contestazioni della legittimità, in relazione al titolo giuridico, di inclusione o eliminazione di partite dal conto corrente corrispondenti a debiti basati su negozio nullo o annullabile o comunque su situazione illecita, sotto l'aspetto della validità ed efficacia dei rapporti obbligatori da cui le partite inserite nel conto derivano. Di conseguenza, i titoli contrattuali, che sono alla base della clausola di determinazione degli interessi convenzionali e della clausola di capitalizzazione degli interessi, sono regolati dalle norme generali sui contratti, con possibile rilievo di invalidità dei predetti titoli da parte del giudice e difetto di prova del fatto costitutivo della domanda di interessi, con particolare riguardo alla fase di opposizione laddove il titolo occorrente già per l'ingiunzione di pagamento, ora richiesto dall'art. 50 D.Lgs. 1 settembre 1993 n. 385, è l'estratto conto approvato per effetto dell'art. 1832 c.c., essendo ragionevole richiedere non l'estratto generale del conto dal momento della sua insorgenza sino alla data del ricorso, ma la prova dell'avvenuta trasmissione dell'estratto azionato al cliente in modo da desumere la maturata incontestabilità ex art. 1832 c.c. La stessa presunzione di veridicità posta dall'art. 1832 c.c. e dall'art. 1857 c.c. trova applicazione anche qualora l'estratto non sia stato trasmesso con raccomandata o secondo altre modalità contemplate nel contratto, ma sia portato a conoscenza mediante produzione in giudizio a sostegno della pretesa di pagamento del saldo passivo del conto.*

*Peraltro, la consulenza tecnica (nelle opposizioni a decreto ingiuntivo e nelle azioni di ripetizione intraprese dai correntisti) deve tenere conto del regime delle preclusioni di cui all'art. 184 c.p.c. e ciò comporta che non possono trovare ingresso nel processo, mediante consegna delle parti o iniziativa d'ufficio del consulente, documenti che non erano stati prima prodotti tempestivamente in giudizio, ampliandosi altrimenti il panorama valutativo del consulente oltre i confini del legittimo conoscitivo del giudice; anche nell'interpretare l'art. 198 c.p.c., dettato proprio per l'esame contabile affidato al consulente tecnico, si ritiene presupposto necessario dell'ammissione del mezzo l'avvenuta produzione in causa dei registri e dei documenti contabili e unicamente con il consenso delle parti è consentito al consulente di prendere visione di documenti e registri non prodotti in causa di*

cui, poi, soltanto con l'ulteriore consenso di tutte le parti, potrà farsi menzione nei verbali e nella relazione peritale. L'indagine peritale è possibile solo se esistano in atti l'estratto generale del conto e i conti scalari (le cc.dd. stampe) relativi all'intera durata del rapporto.

Deve poi osservarsi che la clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi (comportante l'anatocismo trimestrale...) a carico del correntista è illegittima sino alla delibera del CICR 9 febbraio 2000, pubblicata in G.U. 22 febbraio 2000 n. 43 ed in vigore dal 22 aprile 2000.

Le scritturazioni contenute negli estratti conto e nel documento di saldaconto, in difetto di tempestiva contestazione della parte cui sono stati trasmessi, sono assistite da presunzione di veridicità e si intendono approvate, anche tacitamente, con conseguente preclusione di successive contestazioni sulla legittimità sostanziale dell'inclusione di determinate partite nel conto stesso, come stabilito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>1</sup>.

D'altronde, le risultanze dell'estratto di conto corrente allegato a sostegno della domanda di pagamento del saldi legittimano l'emissione di decreto ingiuntivo e, nell'eventuale giudizio di opposizione, hanno efficacia fino a prova contraria, potendo essere disattese solo in presenza di circostanziate contestazioni e non già attraverso il mero rifiuto del conto; a tal fine, peraltro, è irrilevante che le suddette rilevanzze non siano già state stragiudizialmente rese note al correntista, atteso che la produzione in giudizio costituisce "trasmissione" ai sensi dell'art. 1832 c.c., onerando il correntista alle necessarie specifiche contestazioni al fine di superare l'efficacia probatoria della produzione<sup>2</sup>.

Pertanto, anche il Tribunale di Nocera Inferiore conferma il principio secondo il quale spetta al cliente di avanzare contestazioni avverso la contabilità tenuta dall'istituto di credito e comunicata in estratto: ciò comporta che tale contabilità può costituire prova del saldo attivo a favore della banca qualora il cliente si limiti ad una generica affermazione di nulla dovere, o di dovere una somma inferiore, senza muovere addebiti specifici e circostanziati sulle singole poste dalle quali discende quel saldo<sup>3</sup>. Di conseguenza, non è possibile sollevare una contestazione generica, ma devono essere specificamente contestate le varie voci della documentazione inviata dall'istituto di credito; infatti, è idonea a far decorrere il termine di sei mesi stabilito dall'art. 1832 c.c. per l'impugnazione del conto la comunicazione di un estratto conto di chiusura periodica recante il saldo definitivo, includente il computo delle spese e degli interessi, per il periodo considerato, e non anche un riepilogo di tutte le partite di dare ed avere comprese nel periodo, se le operazioni non

riepilogate siano già state indicate in estratti parziali del conto inviati ad intervalli costanti dalla banca al correntista<sup>4</sup>, non essendo necessario che la banca rinnovi al cliente la comunicazione delle partite di dare ed avere di cui quest'ultimo abbia precedentemente avuto notizia. Infine, se è vero che, nel contratto di conto corrente, l'incontestabilità delle relative risultanze, conseguente all'approvazione tacita dell'estratto conto, a norma dell'art. 1832 c.c., si riferisce agli accrediti ed agli addebiti considerati nella loro realtà effettuale, ma non impedisce la contestazione della validità e dell'efficacia dei rapporti obbligatori da cui essi derivino<sup>5</sup>, né l'approvazione o la mancata impugnazione del conto comportano che il debito fondato su di un negozio nullo, annullabile, inefficace (o, comunque, su situazione illecita) resti definitivamente incontestabile<sup>6</sup>, tuttavia, malgrado l'impugnativa del cliente, il quale, non limitandosi alla sola contestazione di accrediti ed addebiti sotto il profilo contabile, contesti, invece, la validità ed efficacia dei rapporti obbligatori da cui scaturiscono le partite inserite nel conto, non sia collegata all'impugnazione dell'estratto conto, è stato sancito dalla Suprema Corte che, in tale ipotesi, si deve comunque fornire la prova dell'invalidità e/o inefficacia di detti rapporti, non essendo a ciò sufficiente la mera negazione<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> È di tale avviso Cass. Civ., sez. I, 11 maggio 1998, n. 4735, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2000, II, pp. 110 ss.

<sup>2</sup> Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2000, n. 12169, in *Contr.*, 2001, I, pp. 75 ss.

<sup>3</sup> Cfr. Cass. Civ., sez. I, 16 novembre 2000, n. 14849, in *Dir. fall.*, 2001, I, 2, pp. 66 ss.

<sup>4</sup> Così Cass. Civ., 11 maggio 1977, n. 1812, in *Mass. Giur. It.*, 1977.

<sup>5</sup> In argomento si rinvia a A. Bonifazi-G. Troise, *Il controllo del conto corrente bancario*, in *Amm. fin.*, 2008, 10, pp. 47-57; M. Semeraro, *Divieto di anatocismo e squilibrio contrattuale nel conto corrente bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, I, pp. 197-210; P. Russo, *Contratto di conto corrente bancario e applicazione di condizioni illegittime*, in *Il merito*, 2006, I, pp. 27-32; G. Cabras, *Banche e giudici: un dialogo difficile in tema di interessi nel conto corrente bancario*, in *Vita not.*, 2001, I, pp. 3-14; V. Farina, *Le questioni dell'anatocismo e del conto corrente bancario nel corso dei procedimenti monitori*, in *Dir. banca mer. fin.*, 2001, 4, pp. 494-524; P. Ferro Luzzi, *Dell'anatocismo, del conto corrente bancario e di tante cose poco commendevoli*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 2, pp. 201-218.

<sup>6</sup> V. Cass. Civ., sez. I, 26 luglio 2001, n. 10186, in *Contr.*, 2001, I, pp. 1014 ss.

<sup>7</sup> È di tale avviso la già citata Cass. Civ., sez. I, 15 settembre 2000, n. 12169, in *Contr.*, 2001, I, pp. 75 ss.

Piervincenzo Pacileo

### Azione revocatoria ordinaria: presupposti per la legittima esperibilità.

Tribunale di Nocera Inferiore, I sez. civ., Giud. Rel. Dott.ssa Marianna D'Avino, 17 gennaio 2008.

L'azione revocatoria ordinaria - rimedio funzionale alla ricostituzione della garanzia generica assicurata al creditore dal patrimonio del debitore ex art. 2740 c.c. - presuppone, per la sua legittima esperibilità, la sola esistenza di un debito e non anche la concreta esigibilità (potendo essere esperita, nel concorso degli altri requisiti di legge) anche per crediti condizionali non scaduti o soltanto eventuali. La sussistenza di una ragione di credito seppure eventuale viene, però, configurata come condizione dell'azione pauliana, sotto il profilo della legittimatio ad causam, intesa come "normale" coincidenza fra colui che si afferma in domanda titolare della situazione giuridica azionata e colui nei cui confronti la pretesa viene azionata; perciò è indispensabile che ricorra perché il giudizio possa essere nel merito definito; tant'è che, laddove il credito a tutela del quale venga esperita sia "litigioso", ossia sub iudice, se ne afferma la necessità di sospensione ex art. 295 c.p.c. o, se possibile, di riunione dei giudizi. Le condizioni per l'esercizio dell'azione revocatoria ordinaria che consistono nell'esistenza di un valido rapporto di credito tra il creditore che agisce in revocatoria e il debitore disponente; nell'effettività del danno, inteso come lesione della garanzia patrimoniale a seguito del compimento da parte del debitore dell'atto traslativo; nella ricorrenza, in capo al debitore, ed eventualmente in capo al terzo, della consapevolezza che, con l'atto di disposizione, venga a diminuire la consistenza delle garanzie spettanti ai creditori. L'actio pauliana ha, quindi, la funzione non solo di ricostruire la garanzia generica assicurata al creditore, dal patrimonio del suo debitore, al fine di permettergli il soddisfacimento coattivo del suo credito (sicché la relativa sentenza ha efficacia retroattiva, in quanto l'atto dispositivo è viziato sin dall'origine), ma anche di assicurare uno stato di maggiore fruttuosità e speditezza dell'azione esecutiva diretta a far valere la detta garanzia.

In tema di azione revocatoria ordinaria<sup>1</sup>, il Tribunale di Nocera Inferiore, aderendo a quanto sancito dalla giurisprudenza di legittimità<sup>2</sup>, stabilisce che per il suo accoglimento è sufficiente l'esistenza di una semplice ragione di credito e non necessariamente di un credito certo, liquido ed esigibile accertato in sede giudiziale; quindi, il giudizio promosso con tale azione non è soggetto a sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. nel caso di pendenza di controversia sull'accertamento del credito, in quanto la definizione di questa seconda controversia non costituisce l'indispensabile precedente logico giuridico della pronuncia sulla domanda revocatoria<sup>3</sup>.

Tuttavia, la natura di credito eventuale - che, come accennato, costituisce condizione dell'azione revocatoria sotto il profilo della legittimazione ad causam dell'attore - non può riconoscersi al credito litigioso, non essendo configurabile un'aspettativa di diritto allorché il fatto genetico del

vantato credito sia in contestazione e la fondatezza della pretesa creditoria sia ancora in corso di accertamento giudiziale; ne deriva, pertanto, che, costituendo l'esito di tale accertamento con efficacia di giudicato l'antecedente logico-giuridico necessario della pronuncia dell'azione revocatoria, il giudizio relativo a quest'ultima è soggetto a sospensione necessaria, ai sensi del citato art. 295 c.p.c., per il caso di pendenza di controversia nella quale venga contestata l'esistenza del predetto credito, in attesa della definizione del primo, salva la valutazione della ricorrenza dei presupposti per la riunione dei due giudizi ove pendenti innanzi al medesimo giudice<sup>4</sup>.

Segnatamente, in una recente pronuncia<sup>5</sup> la Corte di Cassazione ha stabilito che sia l'actio pauliana, sia la c.d. "revocatoria risarcitoria" (e cioè la domanda volta ad ottenere la condanna al risarcimento del terzo che, dopo avere acquistato un bene dal debitore altrui, lo abbia rivenduto a terzi, sottraendolo così all'azione revocatoria) possono essere proposte non solo da chi al momento dell'atto dispositivo era già titolare di un credito certo ed esigibile, ma anche dal titolare di un credito contestato o litigioso; ne consegue che in quest'ultima ipotesi, quand'anche l'accertamento definitivo del credito avvenga in sede giudiziale successivamente alla stipula dell'atto pregiudizievole per il creditore, quest'ultimo per ottenere l'accoglimento della propria domanda revocatoria deve provare unicamente la scientia fraudis del terzo (anche mediante presunzioni) e non anche il consilium fraudis.

In tale ottica, atteso che il creditore è legittimato ad esercitare l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. purché dimostri di avere interesse ad impedire ogni alterazione del patrimonio del debitore che possa rendere impossibile o più difficile la soddisfazione del credito, il relativo accertamento resta presupposto indefettibile di tale azione, senza che sia, però, necessario che il creditore proponga separata e specifica domanda per far valere il proprio credito, potendo il giudice accogliere la domanda revocatoria solo ove abbia accertato l'esistenza del credito garantito; infatti, l'actio pauliana introduce non un giudizio conservativo nello specifico significato dell'art. 2943 c.c., ma pur sempre un giudizio di cognizione preordinato all'accertamento dell'inefficacia nei confronti del creditore-attore del negozio dispositivo posto in essere dal debitore, con la conseguenza che all'atto introduttivo del giudizio deve attribuirsi efficacia interruttiva del termine di prescrizione del credito dell'attore in revocatoria<sup>6</sup>.

D'altronde, l'azione revocatoria ordinaria, presupponendo, per la sua esperibilità, la sola esistenza di un debito, e non anche la sua concreta



Fregio marmoreo sulla facciata della chiesa dell'Annunziata ad Angri.

esigibilità<sup>7</sup>, non richiede la totale compromissione della consistenza patrimoniale del debitore, ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerto o difficile il soddisfacimento del credito, che può consistere non solo in una variazione quantitativa del patrimonio del debitore, ma anche in una modificazione qualitativa di esso<sup>8</sup>; pertanto, ai fini dell'integrazione del profilo oggettivo dell'*eventus damni*, non è necessario che l'atto di disposizione del debitore abbia reso impossibile la soddisfazione del credito, ma è sufficiente che tale atto abbia determinato maggiore difficoltà od incertezza nell'esazione coattiva del credito medesimo<sup>9</sup>. Dunque, nell'azione revocatoria ex art. 2901 il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore consiste nell'insufficienza dei beni del debitore ad offrire la garanzia patrimoniale, essendo irrilevante una mera diminuzione di detta garanzia. È, invece, rilevante ogni aggravamento della già esistente insufficienza dei beni del debitore ad assicurare la garanzia patrimoniale<sup>10</sup>: poiché l'*actio pauliana* tutela non solo l'interesse del creditore alla conservazione della garanzia patrimoniale costituita dai beni del debitore, ma anche all'assicurazione di uno stato di maggiore fruttuosità e speditezza dell'azione esecutiva diretta a far valere la detta garanzia, il riconoscimento dell'esistenza dell'*eventus damni* non presuppone una valutazione sul pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore istante, ma richiede soltanto la dimostrazione da parte di quest'ultimo della pericolosità dell'atto impugnato, in termini

di una possibile, quanto eventuale, infruttuosità della futura esecuzione sui beni del debitore<sup>11</sup>.

- 1 In tema v. M. D'Auria, *Il termine di prescrizione nell'azione revocatoria*, in *Giur. it.*, 2008, 1, pp. 92-96; A. Barbieri, *Azione revocatoria ed eventus damni*, in *Fall.*, 2004, 11, pp. 1190 ss.; P. Biavati, *Azione revocatoria e criteri italiani di competenza giurisdizionale*, in *Int'l Lis*, 2004, 2, pp. 85 ss.; V. Carbone-I. Nasti, *Revocatoria ordinaria*, in *Corr. giur.*, 2003, 2, pp. 156 ss.; M. Maceroni, *Necessità di accertamento giudiziale del credito ed azione revocatoria*, in *Dir. fall.*, 2002, 2, pp. 215 ss.; A. Bragadin, *Orientamenti in tema di azione revocatoria ordinaria*, in *Foro pad.*, 2001, 2, pp. 424-435; G. Esposito, *Credito litigioso ed azione revocatoria*, in *Corr. giur.*, 2002, 1, pp. 55-65; A. Barbieri, *Revocatoria ordinaria e azione di simulazione*, in *Fall.*, 2002, 3, pp. 329 ss.; P.L. Nela, *L'accertamento del credito e la revocatoria ordinaria*, in *Giur. it.*, 2001, 4, pp. 714-716; A. D'Agnoles, *L'azione revocatoria ordinaria nella recente evoluzione giurisprudenziale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2001, 4, pp. 330-354; E. Lucchini Guastalla, *Azione revocatoria ordinaria*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, 4, pp. 423-442.
- 2 V. Cass. Civ., sez. III, 17 gennaio 2007, n. 966, in *Fam. dir.*, 2007, 5, pp. 493 ss.
- 3 Esprime tale orientamento Cass. Civ., sez. II, 24 febbraio 2000, n. 2104, in *Mass. giur. it.*, 2000, secondo cui "la sospensione del processo per pregiudizialità non è ammissibile allorché sia possibile la riunione e la decisione congiunta dei giudizi davanti al giudice della causa pregiudiziale o a quello della causa dipendente, come nel caso in cui i due giudizi siano pendenti davanti allo stesso tribunale".
- 4 V. Cass. Civ., sez. II, 30 luglio 2001, n. 10414, in *Giust. civ.*, 2002, I, pp. 1625 ss.
- 5 Così Cass. Civ., sez. III, 27 gennaio 2009, n. 1968, in *Obbl. contr.*, 2009, 5, pp. 459 ss.
- 6 Cfr. Cass. Civ., sez. II, 25 maggio 1994, n. 5081, in *Mass. giur. it.*, 1994.
- 7 Cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 aprile 2009, n. 8680, in *Mass. giur. it.*, 2009.
- 8 Così Cass. Civ., sez. III, 15 febbraio 2007, n. 3470, in *Mass. giur. it.*, 2006.
- 9 V. Cass. Civ., sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27718, in *Fam. dir.*, 2006, 2, pp. 213 ss.
- 10 È di questo avviso Cass. Civ., sez. I, 4 settembre 2009, n. 19234, in *Mass. giur. it.*, 2009.
- 11 Cfr. Cass. Civ., sez. III, 9 marzo 2006, n. 5105, in *Mass. giur. it.*, 2006.

## Dottrina

Angela Cisale

### Il falso giuramento nel processo civile: risvolti penalistici.

#### Premessa.

Nel diritto romano chi giurava il falso innanzi al giudice veniva punito secondo la Legge delle XII Tavole con la pena di morte, la condanna veniva eseguita gettando il mentitore da una rupe, tuttavia, secondo Dione Cassio: "se il mentitore si fosse salvato non sarebbe stato assoggettato ad ulteriore pena".

Nel nostro ordinamento, pur lontani da siffatte pene, il giuramento ha conservato a lungo un'importanza quasi sacrale conseguenza dell'esplicito riferimento alla divinità, da cui ci si è affrancati solo di recente<sup>1</sup>.

La Corte Costituzionale ha precisato, in ossequio al principio costituzionale della libertà religiosa, che: "[...] il venir meno di un contesto culturale unitario che consenta di attribuire al giuramento un condiviso significato religioso ne comporta una relativizzazione e un certo affievolimento di valore. Tale significato, da etico-sociale qual'era originariamente, diventa morale-individuale, in quanto finisce per dipendere dal riferimento che ciascuno faccia, in coscienza e secondo la sua visione del mondo, a quanto considera di più impegnativo e degno di osservanza [...]".

Il giuramento tuttavia, nonostante la recente *metabulè*, conserva sia nella sede civile che in quella penale una notevole importanza.

Nel diritto civile il giuramento della parte (prova legale) è previsto e disciplinato dall'art. 2736 c.c. e dagli artt. 233 e ss. c.p.c., nelle due figure: decisivo e suppletorio.

Con la disposizione dell'art. 371 c.p., invece, il legislatore mira a tutelare il valore proprio del giuramento quale prova legale, infatti, "la minaccia" di una pena ha lo scopo di spingere la parte chiamata a giurare, per decidere una causa civile, ad attestare il vero e non il fatto ad essa più favorevole.

La tutela penale della prova è tutela dell'esatta e veridica posizione dei fatti come necessaria premessa del giudizio col quale si rende operativa la norma<sup>2</sup>.

#### Delazione del giuramento.

"...colui al quale la prescrizione è stata opposta può deferire all'altra parte il giuramento per accertare se si è verificata l'estinzione del debito" (ex art. 2960 c.c.).

Con l'istituto della prescrizione il legislatore vuole assicurare certezza ai rapporti giuridici, ed

in particolare a quelli patrimoniali, evitando che il titolare del diritto possa pretendere di esercitarlo in qualsiasi momento a distanza di notevole tempo. Il decorso del tempo, infatti, in mancanza del concreto esercizio di un diritto, può generare nei consociati la convinzione che quel diritto non sussista, e che pertanto il titolare nulla possa pretendere. La c.d. prescrizione estintiva consiste, quindi, nell'estinzione del diritto dovuta all'inerzia del titolare che non lo esercita per un periodo di tempo stabilito dalla legge.

Il legislatore oltre alla prescrizione estintiva ha previsto la figura della c.d. prescrizione presuntiva ex art. 2954 ss. c.c., istituito che non prevede l'estinzione del diritto, bensì, il sorgere di una presunzione legale di estinzione dello stesso.

In particolare, la prescrizione presuntiva consiste nella presunzione relativa che il diritto sia stato soddisfatto, qualora il titolare non ne abbia chiesto il pagamento entro il termine legale.

La prescrizione presuntiva, dato anche il breve lasso di tempo in cui si realizza, è prevista in particolari casi ove il pagamento di un debito avviene, di solito, senza che il debitore provveda a farsi rilasciare una quietanza. Per il legislatore, trascorso il termine prescrizione si presume l'adempimento e quindi l'estinzione dell'obbligazione.

Occorre fare molta attenzione a non confondere il dettato di cui all'art. 2934 c.c. e quanto previsto dall'art. 2954 c.c.

Nella prescrizione presuntiva, il decorso del termine produce non l'effetto estintivo, ma la presunzione di estinzione anche per causa diversa dall'adempimento quale la compensazione, la confusione, la novazione dell'obbligazione.

Il termine "prescrizione" usato per indicare i casi di cui agli artt. 2954 ss. c.c. può creare "confusione", dal momento che con il termine prescrizione siamo soliti indicare l'estinzione di un diritto a causa del trascorrere del tempo e l'inerzia del titolare. La Suprema Corte ed autorevole dottrina ritengono che i casi relativi alla prescrizione presuntiva escludono proprio l'estinzione dovuta per prescrizione così come intesa dall'art. 2934 c.c.

Per la Suprema Corte: "[...] le prescrizioni brevi, che sono alternative alla prescrizione decennale ordinaria, pur avendo il medesimo fondamento dell'inerzia e del mero decorso del tempo, comportano l'estinzione del credito senza possibilità di prova del mancato pagamento; le prescrizioni presuntive si fondano invece sulla presunzione di pagamento, secondo gli usi correnti, possono essere vinte dalla prova contraria e non sono incompatibili con l'ammissione del debitore di non aver estinto il debito ovvero la contestazione della sua esistenza [...]"<sup>3</sup>.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla dottri-

na la giurisprudenza di legittimità ritiene che: “[...] la presunzione di pagamento prevista dagli artt. 2954, 2955 e 2956 c.c. va applicata solo a quei rapporti che si svolgono senza formalità, in relazione ai quali il pagamento suole avvenire senza dilazione né rilascio di quietanza scritta e non opera quando il diritto, di cui si chiede il pagamento, scaturisce da un contratto stipulato per iscritto... le prescrizioni presuntive, di cui agli artt. 2954 ss. c.c., non operano l'estinzione delle obbligazioni, ma determinano solo una presunzione di pagamento [...]”<sup>4</sup>.

Si prescrive, ex art. 2956 n. 2, in tre anni anche il diritto: “dei professionisti, per il compenso dell'opera prestata e per il rimborso delle spese correlate...”. Si supponga, così, il caso di un ingegnere che trascorsi cinque anni dal termine dei lavori di rifacimento di un manufatto chieda al committente il pagamento del proprio compenso. Il committente potrebbe decidere di pagare quanto richiestogli, oppure, eccepire innanzi all'autorità giudiziaria la prescrizione presuntiva del credito, pur consapevole di non aver pagato l'onorario richiesto.

Il legislatore per tali ipotesi, lascia al creditore a cui è stata eccepita la prescrizione presuntiva, e su cui grava l'onere di dimostrare la mancata soddisfazione del credito, un solo strumento di prova: deferire al debitore il giuramento “per accertare se si è verificata l'estinzione del debito” (ex art. 2960 c.c.). Il debitore è chiamato, dunque, a giurare “l'estinzione” del debito e non la “prescrizione” dello stesso.

Molti debitori “furbi” e spesso “mal consigliati” dichiarano sotto giuramento che il credito si è estinto e, così facendo, credono di risolvere i propri problemi vincendo la controversia giudiziaria, dal momento che il giudice precedente è vincolato all'esito della prova anche se è a conoscenza del fatto che il debitore ha giurato il falso poiché il giuramento è prova legale e non è dato al creditore neppure esperire il giudizio di revocazione.

Tali debitori empì e mendaci ignorano, forse, che il creditore potrebbe denunciarli alla Procura della Repubblica per il reato p. e p. dall'art. 371 c.p., falso giuramento della parte.

#### Falso giuramento della parte.

Il delitto di falso giuramento della parte consiste nel fatto di chi, come parte in un giudizio civile, giura il falso; la disposizione dell'art. 371 c.p. mira proprio a tutelare il valore di prova legale del giuramento, esso viene protetto in quanto costituisce prova legale, cioè comporta una peculiare presunzione di veridicità operante sul piano della legge<sup>5</sup>. Incriminando il falso giuramento l'ordinamento vuole dunque evitare che il giurante abusi

del mezzo di prova legale ed ottenga così la definizione della causa a proprio favore in contrasto con tale presunzione di veridicità.

Il reato *de quo* è stato inserito dal legislatore tra i “delitti contro l'amministrazione della giustizia”, poiché la distorsione del mezzo di prova può influire sul convincimento del giudice e quindi far deviare l'attività giurisdizionale verso un risultato non conforme alla legge<sup>6</sup>.

A lungo si è dibattuto se il reato p. e p. dall'art. 371 sia da ritenersi monoffensivo o plurioffensivo, ma, stando alle ultime pronunce di legittimità il reato di falso giuramento sarebbe da ritenersi plurioffensivo.

Né deriva che sebbene il reato di falso giuramento sia un delitto contro l'amministrazione della giustizia e mira a tutelare l'intera collettività, indirettamente tutela anche il privato ed il suo diritto alla giusta composizione della lite, privato che può costituirsi parte civile nel processo a carico dell'imputato/debitore che in sede civile ha giurato il falso.

Si è per contro affermato in giurisprudenza che l'interesse tutelato dall'art. 371 c.p. fa capo all'intera collettività, onde la persona singola che abbia subito un danno diretto può assumere la qualifica di persona danneggiata dal reato, ma non quella di persona offesa.

Stando a tale orientamento la persona danneggiata dal falso giuramento non sarebbe legittimata a presentare, ex art. 408 ss. c.p.p., opposizione alla richiesta di archiviazione.

La formula del giuramento decisorio deve comprendere la tesi del debitore relativa all'estinzione del debito, sicché l'esito di un simile mezzo di prova sarà l'accertamento della verifica dell'estinzione del debito stesso.

Qualora il debitore giuri tale formula, sostenendo (contrariamente al vero) che il diritto di credito si sia estinto, commette il reato di falso giuramento, e a nulla vale il fatto che i requisiti di sostanza e di forma posti dalle leggi civili non siano stati rispettati (giuramento inammissibile o irrilevante rispetto al *thema decidendi* posto nella causa civile)<sup>7</sup>. La ragione della irrilevanza di tali vizi sta nella circostanza che un giuramento falso, nonostante sia nullo od annullabile, potrebbe in pratica non essere dichiarato nullo e, quindi, potrebbe costituire la base per una sentenza civile definitiva<sup>8</sup>.

La falsità richiesta per il delitto di falso giuramento della parte è una falsità ideologica e non materiale, si ricordi che la stessa può consistere tanto nell'affermare il falso, quanto nel negare il vero.

Secondo la Suprema Corte di Cassazione, il debitore giurante può, anzi deve, modificare la for-

mula su cui è chiamato a giurare quando questa appaia ambigua, e risponderà di falso giuramento qualora si astenga dal farlo e giuri sulla formula incompleta o ambigua sottopostagli, rimanendo reticente sui chiarimenti che sarebbero stati necessari<sup>9</sup>.

In tema di falso giuramento della parte, non è sostenibile dall'imputato la mancanza di dolo per essere stato indotto in errore dalla formula del giuramento, poiché, se la stessa presenta punti ambigui od oscuri o non rilevanti, egli avrebbe dovuto introdurre chiarimenti e precisazioni - non di ordine sostanziale - tali da renderla chiara. Al contrario non potrà rispondere di falso giuramento chi dichiara di non rammentare qualcosa che sia compreso nella formula del giuramento; la reticenza, però, in sede civile comporterà la soccombenza del debitore.

#### Nella prassi ...

Il debitore che giura, contrariamente al vero, che il debito sia estinto vince il processo civile, ma il giudice precedente dovrebbe, rilevata la possibile menzogna, inviare gli atti alla Procura affinché questa accerti se sussista o meno il reato di cui all'art. 371 c.p.

Nella prassi è molto raro che ciò accada, infatti, è di solito il creditore soccombente a presentare contro il proprio debitore una denuncia-querela. Instauratosi il giudizio penale, si inverte l'onere probatorio e spetta al debitore provare la reale estinzione del credito, per dimostrare la propria innocenza.

“La prestazione del giuramento determina una presunzione *iuris et de iure* in ordine all'esistenza dei fatti che ne formano oggetto, che non può essere più messa in discussione e svincola l'esito del giudizio civile da quello dell'eventuale procedimento penale per falsità del giuramento stesso, la cui definizione può solo costituire titolo per pretese risarcitorie verso la parte che ha giurato il falso [...]”<sup>10</sup>.

Non è infrequente, purtroppo, il caso di magistrati inquirenti che richiedono l'archiviazione delle suddette denunce ritenendo i fatti di natura civilistica, o ancora perché il debitore non ha fatto altro che rispondere positivamente alla domanda postagli dal difensore del creditore, giocando sulla sottile linea di confine che separa i termini “estinto” e “prescritto”.

Non rare, in fine, sono le archiviazioni fondate sull'inammissibilità dell'opposizione della persona offesa in forza della su richiamata giurisprudenza. La disposta archiviazione arreca un doppio danno al creditore e favorisce i debitori “scorretti”, che hanno “utilizzato” il giuramento per raggiungere scopi meramente personali.

.....

- 1 Cort. Cost., sent. n. 334/96.
- 2 Dolce, *Falso giuramento della parte*, in *Enc. Dir.*, XVI, Milano, 1967.
- 3 Cass., Sez. Lav., sent. 19 marzo 2004, n. 5563.
- 4 Cass. Civ., sent. 3 febbraio 1995, n. 1304, in *Giust. Civ.* 1995, I, 1508.
- 5 Pisani, *La tutela penale del giuramento probatorio*, in *Riv. It. Dir. Pen.*, 1957.
- 6 Cass. Pen., Sez. VI, sent. 16 novembre 1989, C.E.D. Cass. 183614.
- 7 Cass. Pen., Sez. VI, sent. 29 maggio 1997, C.E.D. Cass. 208814.
- 8 Pagliaro, *Principi di Diritto Penale-Parte speciale, Dei delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, Giuffrè Editore, 2000.
- 9 Cass. Pen., Sez. VI, sent. 11 febbraio 1999, n. 5599, *Gasparri*, in *Riv. Pen.*, 1999, 545.
- 10 Cass. Civ., Sez. III, sent. 11 febbraio 2004, n. 2659, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1741.

Francesca Del Grosso

### La P.A. ed il settore giustizia tra informatizzazione e digitalizzazione.

La direttiva 20.02.2007 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della Funzione Pubblica sull'interscambio dei dati tra le pubbliche amministrazioni stabilisce che “la metodologia di attuazione del sistema nazionale di e-government presuppone:

- la condivisione degli obiettivi e delle strategie di intervento;
  - il raccordo delle azioni della P.A. centrale;
  - il coordinamento delle iniziative nazionali e territoriali anche attraverso una migliore definizione dei contenuti degli accordi di programma quadro;
  - un'attività costante di monitoraggio per la valutazione dello stato di attuazione degli interventi definiti nell'ambito di una strategia condivisa”.
- Rilevano, dunque, quali “grandi obiettivi strategici”: il miglioramento dell'efficienza interna delle amministrazioni (attraverso il cambiamento organizzativo con l'innovazione tecnologica), lo sviluppo dei servizi on-line e, infine, la garanzia “dell'accesso in modo veloce e sicuro combattendo il divario digitale, dovuto a condizioni sociali, fisiche e territoriali”.

L'innovazione tecnologica viene ritenuta “l'unica strada che possa condurre l'amministrazione ad offrire servizi di qualità ed efficienza nella attuazione delle politiche pubbliche, riducendo la spesa”; tuttavia va tenuto in debito conto l'apporto dato dal coordinamento organizzativo. Ricordiamo, in proposito, lo studio comune McKinsey e London School of Economics il quale ha appurato che il coordinamento aumenta la produttività sino al 20%, contro il 2 e l'8% delle sole innovazioni tecnologiche o organizzative. E, difatti, il Piano triennale per ICT della P.A. 2008/2010, sottolinea come gli “investimenti in tecnologia informatica e trasformazione organizzativa non possono prescindere gli uni dagli

altri". La direttiva citata in premessa ha poi dato impulso alla piena attuazione del CAD (Codice dell'Amministrazione Digitale), emanato con D.Lgs. n. 82 del 07/03/2005; esso regola il complesso dei diritti dei cittadini e le modalità di utilizzazione da parte delle pubbliche amministrazioni della tecnologia per la gestione dell'informazione in modalità digitale.

Per la verità, parte della dottrina aveva accennato ai rischi (purtroppo inevitabili) di un passaggio repentino dal cartaceo al tecnologico: sarà necessario riprogrammare la formazione degli operatori unitamente a un pregnante coinvolgimento degli utenti.

Inoltre considerato che dal documento del 28/05/2008 "Linee programmatiche sulla riforma della p.a." - piano industriale - del Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione, emergerebbe la criticità della digitalizzazione degli ultimi anni perché non coordinata, e quindi non percepita appieno (sia sotto il profilo del front-office che del back-office), si suggeriscono alcuni principi regolativi:

- "la piena condivisione e interoperabilità tra le banche dati delle amministrazioni";
- "la modalità one-stop-shop".

In quest'ambito assumono rilevanza:

il piano triennale citato che intende "passare dall'e-government alla e-governance" e cioè all'"interazione di Governo, servizi pubblici e cittadini attraverso i processi politici, lo sviluppo delle politiche, la programmazione e l'erogazione di servizi";

il SPC (Sistema Pubblico di Connettività e Cooperazione) la cui diffusione viene favorita di recente dalla Legge 69/09 attraverso un programma teso ad "assicurare entro il 31/12/2010 l'adesione delle amministrazioni e la realizzazione di progetti di cooperazione";

la dematerializzazione.

Tutto ciò al fine di favorire la competitività del paese così come emerge dalla quarta Conferenza Ministeriale di Lisbona sull'e-government del 2007. L'interoperabilità di cui sopra sarà lo strumento per il "recupero dell'efficienza e della qualità dei servizi".

La società dovrà adeguarsi all'evolversi dei tempi, utilizzando i benefici della tecnologia per il massimo risparmio di tempo e risorse (A.A. Salemme).

Nell'ambito così delineato sembra cominciare a prendere forma la più volte annunciata "digitalizzazione della giustizia", il D.Lgs. n. 193 del 29/12/2009 prevede, infatti, all'art. 4, rubricato *Misure urgenti per la digitalizzazione della giustizia*, l'adozione sia nel processo civile che in quello penale delle tecnologie dell'informazione e della

comunicazione attraverso l'emanazione di uno o più decreti del Ministero della Giustizia che ne andranno ad individuare le regole tecniche.

Nell'attesa (60 gg. dalla legge di conversione del decreto *de quo*) continueranno ad applicarsi quelle attualmente vigenti.

Le novità riguarderanno le comunicazioni e le notificazioni. Sia nel processo civile che in quello penale esse andranno effettuate mediante posta elettronica certificata (art. 4 comma 2 D.Lgs. 193/2009).

La norma ha una portata notevole se si pone mente alle enormi difficoltà che le cancellerie dei tribunali incontrano quotidianamente nell'espletamento di detta attività, apparentemente semplice, ma resa, invece, farraginosa per svariate complicità (difficoltà nel raggiungimento del destinatario, tempi eccessivamente lunghi nella consegna della relata che, spesso, giunge in data successiva rispetto all'udienza di riferimento con il risultato dello slittamento della stessa e la ripetizione dell'adempimento).

Vi è un dispendio di energie e lavoro che non trova ragion d'essere in una società che oggi ha gli strumenti informatici per l'esecuzione di tali adempimenti con maggiore celerità e medesima (se non maggiore) certezza nel raggiungimento del risultato.

La normativa in esame, con questa finalità, rimodella le norme disciplinanti gli adempimenti in argomento; nello specifico: le comunicazioni di cui al primo comma dell'art. 170 c.p.c., la notificazione di cui al primo comma dell'art. 192 c.p.c. ed ogni altra comunicazione al consulente sono effettuate per via telematica all'indirizzo di posta elettronica certificata. Allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato, a norma dell'art. 148, comma 2 *bis*, 149, 150, 151, comma 2 c.p.p. La notificazione o comunicazione che contiene dati sensibili è effettuata solo per estratto, con contestuale messa a disposizione sul sito internet individuato dalla amministrazione, dell'atto integrale cui il destinatario accede mediante gli strumenti di cui all'art. 64 del D.Lgs. n. 82 del 07/03/2005.

Quale logico corollario, viene resa obbligatoria l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata, con la conseguenza che, in caso di inottemperanza, le comunicazioni andranno eseguite presso la cancelleria o segreteria dell'ufficio giudiziario. Ed ancora, modificati, nella stessa direzione, gli art. 123 e 163 c.p.c. con l'introduzione dell'obbligatorietà nell'indicazione del codice fiscale.

Importanti cambiamenti sono, poi, previsti dall'art. 8 del decreto in esame per gli uffici NEP; viene, infatti, introdotto l'art. 149 *bis* c.p.c., che

regola la notifica a mezzo posta elettronica.

Bisogna, comunque, tenere presente che il comma 2 dell'art. 4 D.Lgs. 193/2009, limita l'applicazione della normativa sulla digitalizzazione a determinati uffici giudiziari ed esattamente quelli da individuarsi previa verifica della funzionalità dei servizi di comunicazione. Si accelera e si frena. Una prudenza doverosa, tenuto conto che trattasi di mutamenti che vanno seguiti e supportati sia in termini economici che di monitoraggio, per saggiarne l'effettiva funzionalità ed efficacia.

Del resto, il decreto in oggetto, è frutto di un cammino intrapreso già da tempo e che vede diverse iniziative a sostegno e concrete sperimentazioni in atto: nel corso del 2001/2004 si introducevano tutti gli strumenti tecnologici, oggi si apre la fase della digitalizzazione della P.A. tesa al raccordo pieno tra digitalizzazione, organizzazione, processi, e servizi al pubblico.

La stessa Legge 69/2009, agli artt. 32/37, conferma che la strada che il legislatore intende percorrere è proprio quella della informatizzazione e della digitalizzazione.

Ne costituisce esempio il progetto partito nel dicembre 2009 in tema di digitalizzazione della giustizia al quale hanno aderito anche i Ministeri della Giustizia austriaca e tedesca. Esso nasce dalla collaborazione tra ABI e Ministero della Giustizia ed è rivolto ai magistrati, cancellieri, avvocati e a tutti gli operatori del settore che potranno accedere ad un portale telematico multi servizi "ABI for-eJustice".

La finalità è quella di consentire uno scambio di informazioni e di prassi organizzative fruibili per tutti gli operatori della giustizia nonché la diffusione della conoscenza del processo civile telematico, a partire dalla sua architettura passando per l'atto telematico e giungendo alle notifiche per posta elettronica certificata con pagamento via web di contributi diritti e spese.

È evidente che l'utilizzo dell'informatica nel settore della giustizia e nella P.A. in genere è imprescindibile sia per la semplificazione degli adempimenti amministrativi che per la riduzione dei costi operativi. Sarà più fluido l'intero percorso lavorativo e si migliorerà il servizio.

Maria Grazia Ianniello

### La tutela del creditore nella cessione d'azienda: il trasferimento dei debiti.

La tutela dei creditori nella ipotesi specifica della cessione d'azienda costituisce, ormai, un vero e proprio problema anche alla luce delle recenti pronunce della Suprema Corte di Cassazione. La possibilità di poter vedere soddisfatte le ragioni

creditorie sull'acquirente risultano sempre più residuali e difficoltose. Si pensi ai reiterati trasferimenti della medesima azienda, con diversi atti di cessione tra plurimi soggetti, soprattutto nell'imminenza o nel corso di una procedura esecutiva, o alle più complesse cessione di rami d'azienda.

Nel caso di trasferimento di azienda commerciale, secondo l'art. 2560 comma 2 c.c. risponde dei debiti anche l'acquirente dell'azienda, in capo al quale sussiste la responsabilità patrimoniale per i debiti trasferiti.

Le eventuali clausole del contratto di cessione d'azienda, che dispongano in merito al mantenimento delle passività in capo al cedente, hanno una mera efficacia interna tra le parti del contratto, nel senso che il cessionario è comunque gravato dall'obbligo di soddisfare la pretesa creditoria del terzo.

L'art. 2560 c.c. contiene infatti la disciplina generale in materia di responsabilità patrimoniale per le passività aziendali nell'ambito della circolazione dell'azienda e, in quanto appunto disciplina generale, esso trova applicazione nei confronti della generalità dei debiti aziendali, a prescindere dunque dalla loro natura e origine, salvo espresse deroghe di legge per specifiche tipologie di debiti. La *ratio* che sottende alla previsione di tale principio, in virtù del quale si instaura una responsabilità solidale tra cedente e cessionario per le passività relative al complesso aziendale compravenduto, è strettamente connessa alla particolare natura del bene azienda intesa come un complesso di elementi patrimoniali e rapporti giuridici a destinazione unitaria per l'esercizio dell'impresa che, pur costituendo un mezzo per il soggetto che lo esercita, assume di fronte ai terzi una propria rilevanza, in termini di capacità patrimoniale, rispetto a quella dell'impresa.

Ne deriva che la prima garanzia del creditore aziendale è rappresentata dall'azienda stessa, quindi a prescindere dalle pattuizioni intercorse tra le parti nel contratto, il cessionario risponde non solo delle passività aziendali che, in base al contratto, gli sono state trasferite unitamente all'azienda, ma anche delle passività aziendali che, sempre in base al contratto, le parti hanno convenuto di mantenere in capo al cedente.

La nozione di azienda sul tema secondo la Corte di Cassazione, sez. I civile, sent. 9 ottobre 2009, n. 21481: "Deve intendersi come cessione di azienda il trasferimento di un'entità economica organizzata in maniera stabile la quale, in occasione del trasferimento, conservi la sua identità e consenta l'esercizio di un'attività economica finalizzata al perseguimento di uno specifico obiettivo; al fine di un simile accertamento occorre la valutazione

complessiva di una pluralità di elementi, tra loro in rapporto di interdipendenza in relazione al tipo di impresa, consistenti nell'eventuale trasferimento di elementi materiali o immateriali e del loro valore, nell'avvenuta riassunzione in fatto della maggior parte del personale da parte della nuova impresa, nell'eventuale trasferimento della clientela, nonché nel grado di analogia tra le attività esercitate prima o dopo la cessione. Vero è che l'ipotesi della cessione di azienda ricorre anche nel caso in cui il complesso degli elementi trasferiti non esaurisca i beni costituenti l'azienda o il ramo ceduti, tuttavia per la ricorrenza di detta cessione è indispensabile che i beni oggetto del trasferimento conservino un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine, sia pure con la successiva integrazione del cessionario, all'esercizio dell'impresa. Si deve verificare che si tratti di un insieme organicamente finalizzato *ex ante* all'esercizio dell'attività di impresa, di per sé idoneo a consentire l'inizio o la continuazione di quella determinata attività ... e dunque se non è necessaria la cessione di tutti gli elementi che normalmente costituiscono l'azienda, deve tuttavia appurarsi che nel complesso di quelli ceduti permanga un residuo di organizzazione che ne dimostri l'attitudine all'esercizio dell'impresa, sia pure mediante la successiva integrazione da parte del cessionario".

Limite al trasferimento dei debiti in capo al cessionario, come prevede lo stesso art. 2560 c.c. e la conseguente responsabilità patrimoniale del cessionario è l'iscrizione dei suddetti debiti nei libri contabili obbligatori del cedente e come confermato dalla costante giurisprudenza della Cassazione: l'iscrizione dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta nei libri contabili obbligatori è elemento costitutivo della responsabilità dell'acquirente dell'azienda e non può essere surrogata dalla prova che l'esistenza dei debiti fosse comunque conosciuta da parte dell'acquirente (Cass. Civ., sent. 29 aprile 1998, n. 4367).

Questo poiché l'art. 2560 è norma di carattere eccezionale e perciò non suscettibile di interpretazione analogica (Cass., sez. I, sent. n. 4351 del 16.05.1997; Cass., sez. I, sentenza n. 1580 del 26 aprile 1977). Ciò comporta che restano propri del cedente sia i debiti non registrati che i debiti registrati solo sui libri contabili facoltativi eventualmente istituiti dal cedente.

L'art. 2560 nel riferirsi ai libri contabili obbligatori richiama l'art. 2214 comma 1 del Codice Civile, secondo cui l'imprenditore che esercita un'attività commerciale deve tenere obbligatoriamente: il libro giornale; il libro degli inventari; le altre scritture contabili che siano richieste dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa.

L'inesistenza dei libri contabili, dovuta a qualsiasi ragione, compresa la loro non obbligatorietà per lo specifico tipo di impresa, rende impossibile l'elemento costitutivo della responsabilità del cessionario per i debiti relativi all'azienda e conseguentemente preclude il sorgere di tale responsabilità (Cass., sez. III civ., sent. n. 1429 del 20 febbraio 1999).

Sul punto è poi opportuno evidenziare come una sentenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ., sez. II, 3/03/1994 n. 2108) ha espressamente sancito che il registro IVA acquisti, pur tenuto obbligatoriamente ai sensi dell'art. 25 del D.P.R. n. 633/1972, non può costituire elemento di prova per l'esistenza del debito, atteso che l'efficacia probatoria dei libri di cui al comma 1 dell'art. 2560, deriva espressamente dalla normativa codicistica ed attiene ai rapporti di credito e debito inerenti l'esercizio dell'impresa e che i registri IVA non svolgono alcuna funzione probatoria dei rapporti di debito e credito relativi all'impresa, ma hanno la sola funzione di documentare il debito fiscale ai fini IVA essendo diretti, da un lato, a consentire l'esatto adempimento dell'obbligo tributario IVA e, dall'altro, a permettere l'accertamento da parte degli organi di controllo.

È discusso se, per produrre l'estensione di responsabilità in capo all'acquirente, i medesimi libri contabili debbano essere correttamente tenuti, oppure no. Ebbene, sembra preferibile la tesi negativa, poiché diversamente si farebbe dipendere la tutela dei creditori da un comportamento dell'alienante.

Soprattutto si deve ricordare che i libri contabili fanno prova contro l'imprenditore anche se non sono correttamente tenuti, ai sensi dell'art. 2709 c.c.: in tal senso, sarebbe sufficiente la formale risultanza dei debiti dalla documentazione contabile, a prescindere dalla tecnica di redazione.

Trattandosi di responsabilità solidale nel caso di passività risultanti dai libri contabili obbligatori che le parti hanno convenuto di mantenere in capo al cedente, il terzo creditore può comunque richiedere direttamente l'adempimento al cessionario, senza necessità di escutere in via preventiva il cedente. È dunque indifferente per il creditore il contenuto degli accordi intervenuti tra le parti che hanno concluso la cessione: per costante giurisprudenza non vi è alcun ordine nel procedere per il recupero del credito, contrariamente ad altri casi, come per i debiti personali del socio di società di persone per agire sul patrimonio sociale, espressamente disciplinati, nei quali per procedere nei confronti di un soggetto debitore, si deve preventivamente avere agito nei confronti di altro soggetto e solo all'esito negativo si è abilitati alla successiva azione.

In ogni caso sul piano dell'onere probatorio nel caso in cui il cessionario faccia opposizione alla richiesta di adempimento, il terzo creditore ha l'onere di provare l'inerenza e la funzionalità del debito al complesso aziendale acquisito dal cessionario. Quando la cessione avviene frazionando l'azienda in più rami, il creditore deve provare l'inerenza del credito a quel ramo per il quale il debito è scaturito.

Il regime fissato dall'art. 2560, comma 2 c.c., si applica quando si tratti di debiti in sé soli considerati, e non anche quando, viceversa, essi si ricolleghino a posizioni contrattuali non ancora definite, in cui il cessionario sia subentrato a norma del precedente art. 2558 c.c.

La tutela del creditore nel trasferimento d'azienda va esaminata anche sotto un altro punto di vista: quando la cessione d'azienda avviene in data posteriore al sorgere del credito, ad esempio nel corso della procedura esecutiva, la società cedente si spoglia di un bene patrimoniale che in forza del principio sancito dall'art. 2740 c.c. costituisce la garanzia generica assicurata al creditore del patrimonio del debitore, e per il quale il creditore ha ulteriormente titolo ad agire in giudizio anche contro il cessionario.

Valentina Salucci

### La *Translatio iudicii* alla luce della Legge n. 69 del 2009.

#### Premessa.

Il Codice di Procedura Civile del 1940 ha introdotto nel nostro ordinamento il principio della continuazione del processo, in base al quale il giudice inizialmente adito, se si dichiara incompetente, non deve chiudere il processo costringendo le parti a riproporre *ex novo* la domanda, ma deve indicare il giudice che reputa competente e fissare alle parti un termine perentorio per la riassunzione del processo, altrimenti si estingue (art. 50 c.p.c.)<sup>1</sup>. Il codice, dando piena attuazione al principio di continuazione del processo, ha introdotto il rimedio della cd. *translatio iudicii* che consente di mantenere salvi gli effetti della domanda, originariamente proposta, dinanzi al giudice *ad quem*, dotato di giurisdizione e competenza in materia.

Il presupposto fondamentale per l'applicazione della *translatio iudicii* è la dichiarazione da parte del giudice adito o della Corte di Cassazione, nei casi di impugnazione oppure di regolamento di competenza e giurisdizione, della propria carenza di *potestas decidendi* determinata dal difetto di competenza (art. 50 c.p.c.) ovvero di giurisdizione (art. 59 Legge n. 69 del 2009). Questa dichiarazio-

ne può tanto seguire un rilievo operato d'ufficio dal giudice, tanto un'eccezione di parte. Il principale effetto prodotto dalla *translatio* consiste nella conservazione degli effetti interruttivi della prescrizione ed impeditivi della decadenza già maturati dinanzi al giudice *a quo* e connessi all'originaria domanda; effetto di non poco conto se si pensa alle ipotesi in cui sono già scaduti i termini per riproporre *ex novo* la domanda.

Originariamente, la *translatio iudicii* era regolamentata solo nei casi di declinatoria di competenza, ma non anche nelle ipotesi di difetto di giurisdizione. L'assenza nell'ordinamento di questa previsione normativa, segno tangibile della incomunicabilità che contraddistingueva i giudici appartenenti ad ordini diversi, era aggravata dal labile confine tra le giurisdizioni del giudice ordinario ed amministrativo, reso ancora più incerto dal D.Lgs. n. 80 del 1998 e dalla Legge n. 205 del 2000. Questo rigido assetto è stato oggetto di una dirompente rivisitazione, operata sia dalla Corte di Cassazione con la sentenza a Sezioni Unite n. 4109 del 2007 che dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 77 del 2007, che ha condotto alla espressa consacrazione del principio di unitarietà della giurisdizione con la conseguente ammissibilità della *translatio iudicii* anche nei casi di conflitti di giurisdizione tra giudice ordinario e speciale. Nello scenario disegnato dalle menzionate pronunce, il legislatore ha introdotto l'art. 59 della Legge n. 69 del 2009, sotto la rubrica "decisione delle questioni di giurisdizione", segnando una svolta fondamentale nel processo civile e significando che la strada verso la decisione di merito non deve incontrare ostacoli artificiosi e irrazionali.

#### La *translatio iudicii* nell'evoluzione giurisprudenziale.

La *translatio iudicii* ha subito una significativa evoluzione normativa e giurisprudenziale. Prima della riforma del 2009, le ipotesi di *translatio iudicii*, espressamente contemplate nel testo legislativo, riguardavano i soli casi in cui la trasmigrazione della causa avveniva all'interno del medesimo ordine giudiziario, ossia: in caso di domanda proposta davanti al giudice incompetente (art. 50 c.p.c.) e in caso di pronuncia di nomofiliachia della Corte di Cassazione in sede di regolamento di giurisdizione (se la Cassazione ritiene che sussista la giurisdizione del giudice ordinario *ex artt.* 41 e 367 c.p.c.). Restava, tuttavia, non regolamentata la questione relativa alla ammissibilità della *translatio iudicii* tra giudice ordinario e giudice speciale.

La disparità di trattamento tra le ipotesi di difetto di giurisdizione e quelle di difetto di compe-

tenza ha generato in dottrina un intenso dibattito che verteva in particolar modo sulla possibilità di riassumere la causa innanzi al giudice dotato di giurisdizione e di aver salvi gli effetti giuridici e processuali della domanda. La rilevanza giuridica di tale riconoscimento verteva sulla necessità di consentire a tutti i ricorrenti in giudizio di veder decisa la controversia nel merito evitando che questioni processuali ne impedissero definitivamente la cognizione.

L'indirizzo dottrinario prevalente escludeva tassativamente l'applicabilità degli effetti tipici della *translatio iudicii* ai casi di conflitto tra giurisdizioni, adducendo a proprio sostegno: l'indipendenza tra le giurisdizioni, desumibile anche dall'art. 1 c.p.c., e il dato normativo che non menzionava ipotesi di traslazione della causa tra le diverse giurisdizioni. Detto orientamento, avulso da ogni valutazione in ordine ai pregiudizi che le parti avrebbero ricavato dalla pedissequa applicazione della legge, era rafforzato dalla giurisprudenza che non ammetteva la traslazione della causa sulla scorta di due assunti: il dato di fatto che la Suprema Corte cassa senza rinvio la sentenza del giudice sfornito di giurisdizione e la irrilevanza del primo atto introduttivo, erroneamente proposto davanti al giudice sfornito di giurisdizione, ad interrompere i tempi decadenziali<sup>2</sup>.

Di diverso avviso, la dottrina favorevole fondava la propria lettura sulla concreta applicazione dell'art. 24 Cost., ossia del principio secondo cui tutti hanno diritto di agire in giudizio per la tutela dei propri diritti. La corretta applicazione di questo principio costituzionale può avvenire, solo se ogni processo persegue lo scopo di definire nel merito la questione controversa, consentendo a chi agisce a tutela dei propri diritti di rimediare all'eventuale errore nell'individuazione del giudice e di continuare il giudizio senza veder leso il proprio diritto<sup>3</sup>. Questa dottrina fondava le convincenti tesi sulla lettura congiunta dell'art. 367 comma 2 c.p.c., che prevede la possibilità, a seguito di pronuncia della Corte di Cassazione, di riassumere il processo dinanzi al giudice ordinario entro il termine perentorio di sei mesi dalla comunicazione della sentenza e degli art. 30 della Legge n. 1034 (a proposito del processo dinanzi al T.A.R.) e art. 3 del D.Lgs. n. 546 del 1992 (a proposito del processo dinanzi alle commissioni tributarie) che ammettono la proponibilità del regolamento di giurisdizione. Seppur con articolati problemi applicativi, questa teoria è stata avvalorata a seguito delle complesse questioni di giurisdizione scaturite dall'applicazione dal D.Lgs. n. 80 del 1998 e dalla Legge n. 205 del 2000 che hanno reso incerto il confine tra giurisdizione ordinaria e amministrativa.

Il dibattito dottrinale ha avuto un definitivo arresto nel 2007 con i due interventi, della Corte di Cassazione e della Corte Costituzionale, che hanno accolto il secondo e favorevole orientamento. Le sentenze nn. 77 e 4109 del 2007, rispettivamente della Consulta e della Cassazione, hanno affermato, infatti, attraverso un percorso logico-argomentativo diverso, l'operatività della c.d. *translatio iudicii* non solo all'interno del medesimo ordine giurisdizionale, ma anche nel rapporto tra diversi ordini giurisdizionali, ogni qualvolta vi sia una pronuncia concernente la giurisdizione.

In particolare, la Corte Costituzionale, partendo dai principi dell'effettività della tutela e del giusto processo, ex art. 24 e 111 Cost., ha dichiarato incostituzionale l'art. 30 della Legge n. 1034 del 1971, che impediva di far salvi gli effetti sostanziali della domanda proposta erroneamente al giudice ordinario, riconoscendo il principio dell'unità della giurisdizione.

La significativa portata di queste due pronunce ha consentito, quindi, di riaffermare una situazione di diritto fondamentale e di garantire alle parti, che decidano di ricorrere in giudizio, la tutela dei propri diritti.

#### **La traslazione della causa tra giudici ordinari e giudici speciali. L'art. 59 della Legge n. 68 del 2009 e le problematiche sollevate dalla riforma.**

La definitiva consacrazione normativa del monito contenuto nelle sentenze n. 77 del 2007 della Corte Costituzionale e n. 4109 del 2007 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è avvenuta con la Legge n. 69 del 2009, che all'art. 59 ha disciplinato la *translatio iudicii* nelle ipotesi di carenza di giurisdizione. Quanto al profilo della tecnica legislativa, la prima considerazione da fare è che il legislatore ha normativizzato la *translatio iudicii* in una disposizione extracodicistica, isolata ed a sé stante rispetto al Codice di Procedura Civile.

L'articolo, rubricato "decisione delle questioni di giurisdizione", nonostante il titolo lo induca a ritenere, non contiene la disciplina della modalità di pronuncia in punto di giurisdizione, quanto, piuttosto, regola le conseguenze derivanti dalla decisione sulla giurisdizione, ai fini della prosecuzione del processo. Esso, inoltre, non si applica né al caso di difetto assoluto di giurisdizione, né al caso di conflitto tra giurisdizione italiana ed estera<sup>4</sup>.

L'art. 59 si compone di cinque commi che, per facilità espositiva, saranno analizzati separatamente. Il primo comma dell'art. 59 dispone: "il giudice che, in materia civile, amministrativa, tri-

butaria o di giudici speciali, dichiara il proprio difetto di giurisdizione indica altresì, se esiste, il giudice nazionale che ritiene munito di giurisdizione. La pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in altro processo". Due sono le regole generali espresse nel comma in esame. La prima consiste nel dovere del giudice che si dichiara privo di giurisdizione, al pari di quello che si dichiara incompetente, di completare la pronuncia con l'indicazione del giudice che ritiene munito di giurisdizione. La seconda regola riguarda l'efficacia "pan-processuale" della sentenza resa a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, sia essa resa a seguito della proposizione del ricorso ex n. 1 dell'art. 360 c.p.c., sia nel caso in cui la Corte accolga il ricorso incidentale sulla questione di giurisdizione, sia, ancora, qualora venga proposto il regolamento preventivo di giurisdizione ex art. 41 c.p.c. L'obbligo per il giudice di conformarsi alla sentenza resa sulla giurisdizione dal Supremo Consesso a Sezioni Unite in tutti i casi analoghi, introduce, per ora nelle questioni relative alla giurisdizione, il principio della vincolatività del precedente giurisprudenziale. La norma, tuttavia, non considera che, per l'effetto dell'art. 374 comma 1 c.p.c., riformato nel 2006, il ricorso implicante una questione di giurisdizione è assegnato ad una sezione semplice, nei casi in cui esistano già pronunce rese in materia dalle Sezioni Unite.

Secondo una parte della dottrina, dunque, non v'è ragione di dubitare che il vincolo per il giudice *ad quem* possa derivare anche da una decisione (sulla giurisdizione) di una sezione semplice<sup>5</sup>.

Più controversa è l'interpretazione del secondo comma dell'art. 59, che dispone: "Se, entro il termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della pronuncia di cui al comma 1, la domanda è riproposta al giudice ivi indicato, nel successivo processo le parti restano vincolate a tale indicazione e sono fatti salvi gli effetti sostanziali e processuali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito sin dalla instaurazione del primo giudizio, ferme restando le preclusioni e le decadenze intervenute. Ai fini del presente comma la domanda si ripropone con le modalità e secondo le forme previste per il giudizio davanti al giudice adito in relazione al rito applicabile".

La prima osservazione da fare è relativa al concetto di *ri-proposizione* della domanda. Non è chiaro, infatti, se il legislatore con tale previsione abbia voluto richiamare comunque la *translatio iudicii*, seppure con un linguaggio improprio, o esclude-

re l'applicabilità della stessa adottando un differente modello. Sul punto, i commentatori hanno proposto due differenti interpretazioni. Secondo un primo orientamento, il legislatore ha adottato un meccanismo sostanzialmente diverso da quello della *translatio iudicii* di cui all'art. 50 c.p.c., avendo previsto l'onere per la parte interessata, ai fini della salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda, di proporre una domanda *ex novo*, purgata dal difetto di giurisdizione, innanzi al giudice munito di *potestas decidendi*, con la peculiarità di retrodatare gli effetti sostanziali e processuali del nuovo atto introduttivo alla domanda già proposta in un processo precedente<sup>6</sup>. Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la norma andrebbe letta nel senso di "riassunzione" anziché di "riproposizione"<sup>7</sup>.

A sostegno di tale interpretazione, si evidenzia la presenza, nei commi 3 e 4, di espressi riferimenti alla causa "riassunta", alla "riassunzione o prosecuzione del giudizio" e, nel comma 2, che la "riproposizione tempestiva salva gli effetti sostanziali e processuali della domanda". Benché, dunque, il riformatore confonda le idee, facendo quasi intendere che sia necessaria la proposizione *ex novo* della domanda introduttiva, l'espresso richiamo alla salvezza degli effetti sostanziali e processuali consente di configurare, a pieno titolo, nell'art. 59 un'ipotesi di *translatio iudicii* e di ritenere che l'atto con il quale viene presentata la domanda al giudice dotato di giurisdizione sia un atto di riassunzione.

Condizione necessaria per la salvezza degli effetti sostanziali e processuali è che il processo sia riassunto nel "termine perentorio di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza di cui al primo comma". Questo termine è stato interpretato in modo difforme dai primi commentatori della riforma. Alcuni lo hanno inteso come termine finale, atto ad individuare la scadenza entro la quale è possibile assumere l'iniziativa processuale per la traslazione del processo, ammettendo, in assenza della espressa individuazione di un termine *a quo*, la riassunzione anche prima del passaggio in giudicato della pronuncia declinatoria della giurisdizione. Il principale effetto della "riproposizione della domanda" prima ancora del passaggio in giudicato della sentenza che ha deciso sulla giurisdizione, comporterebbe l'implicita rinuncia ad impugnare la sentenza che declina la giurisdizione. Altri commentatori ritengono, invece, che per riassumere la causa sia necessario il previo passaggio in cosa giudicata della sentenza declinatoria della giurisdizione, salvo l'acquiescenza ex art. 329 c.p.c., e che, solo una volta divenuta definitiva, la sentenza inizierebbe a decorrere il termine trimestrale per la riassunzione.

Resta, tuttavia, irrisolto il complesso problema che scaturisce dalla mancata regolamentazione del concorso tra i mezzi di impugnazione ordinari avverso la sentenza declinatoria della giurisdizione (appello e ricorso per Cassazione) e il procedimento di riassunzione ivi disciplinato.

Ulteriore spunto critico proviene dall'assunto in cui si dispone che se la domanda è tempestivamente riproposta nel termine di tre mesi dal passaggio in giudicato della sentenza che decide sulla giurisdizione, "sono fatti salvi gli effetti processuali e sostanziali che la domanda avrebbe prodotto se il giudice di cui è stata dichiarata la giurisdizione fosse stato adito fin dall'instaurazione del primo giudizio", ma restano "ferme le preclusioni e le decadenze intervenute". Con particolare riferimento al secondo inciso, la dottrina ne ha evidenziato le significative difficoltà applicative. Il punto nodale del dibattito va individuato, non tanto nel significato da attribuire al termine "preclusioni" (avente valenza endoprocessuale), quanto al significato da attribuire al termine "decadenze" sembrando quest'ultimo tipicamente riferito all'esercizio del potere di azione, ossia al rispetto del termine, ove previsto, entro il quale la parte dovrà proporre l'azione avanti al giudice amministrativo. Secondo alcuni commentatori, alla pronuncia di difetto di giurisdizione non può conseguire il recupero di detto termine, dato che ormai la decadenza si è verificata, a meno che non si vogliano far operare meccanismi di rimessione fondati sull'idea dell'errore scusabile. Tuttavia, tale conclusione porterebbe all'assurda conseguenza della inapplicabilità dell'art. 59 nel caso di traslazione dalla giurisdizione ordinaria a quella amministrativa.

Venendo al terzo comma dell'art. 59, "se sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, il giudice davanti al quale la causa è riassunta può sollevare d'ufficio, con ordinanza, tale questione davanti alle medesime Sezioni Unite della Corte di Cassazione, fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione". Il legislatore, nel ribadire la regola della vincolatività "pan processuale" della pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, introduce un nuovo istituto: il regolamento preventivo di giurisdizione d'ufficio. In forza di tale istituto, il giudice *ad quem*, designato quale organo dotato di giurisdizione in materia, può sollevare la questione di giurisdizione dinanzi alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito. Questa previsione pone non pochi problemi

pratici, atteso che mal si concilia con il comma 2 che subordina la riassunzione al passaggio in giudicato della sentenza sulla giurisdizione.

Dunque, non è chiaro se il regolamento preventivo di giurisdizione può essere proposto dal giudice *ad quem* anche se le parti hanno già esperito tutti i mezzi di impugnazione della sentenza che declina la giurisdizione e anche se la riassunzione è avvenuta a seguito di sentenza passata in cosa giudicata. Di non agevole comprensione è poi l'ultima parte di questo comma "restano ferme le disposizioni sul regolamento preventivo di giurisdizione". Se, da un lato, infatti, al giudice *ad quem* è riconosciuta la facoltà di sollevare il regolamento di giurisdizione d'ufficio, dall'altro lato, alle parti non viene riconosciuto alcun potere: esse non possono proporre il regolamento di giurisdizione (così come congegnato dall'art. 41 c.p.c.), ma neppure possono sollevare la relativa questione, che è stata decisa per loro in maniera vincolante, con sentenza passata in cosa giudicata, dal giudice *a quo*<sup>8</sup>. Il comma 4 dell'art. 59 dispone che "l'inosservanza dei termini fissati ai sensi del presente articolo per la riassunzione o per la prosecuzione del giudizio comporta l'estinzione del processo, che è dichiarata anche d'ufficio alla prima udienza, e impedisce la conservazione degli effetti sostanziali e processuali della domanda". Come è giusto, il legislatore sanziona la tardiva riassunzione con la decadenza dal beneficio della *translatio iudicii*.

Ma, anziché consentire, nel rispetto dei principi di economia processuale, la conversione della domanda, da riassunzione a nuovo atto introduttivo, ne dispone l'estinzione, precisando, però, che l'estinzione deve essere dichiarata dal giudice entro la prima udienza. Questa precisazione, assente nell'art. 50 comma 2 c.p.c., fa sorgere qualche dubbio in ordine alla salvezza degli effetti sostanziali e processuali della domanda originaria nel caso in cui la causa non sia dichiarata estinta nel corso della prima udienza.

Oggetto di critica è, infine, anche l'ultimo comma dell'art. 59 nella parte in cui dispone che: "le prove raccolte nel processo davanti al giudice privo di giurisdizione possono essere valutate come argomenti di prova". Orbene, premesso che alla causa trasmigrata si applicano le preclusioni maturate nel processo celebrato innanzi al giudice privo di *potestas decidendi* e che tali preclusioni contemplano anche il deposito di nuove prove, la degradazione compiuta dall'art. 59 delle prove costituite innanzi al giudice privo di giurisdizione a meri argomenti di prova potrebbe determinare una seria compromissione dello spessore probatorio della domanda proposta<sup>9</sup>. Per evitare ciò, la dottrina ritiene che tale articolo debba essere

interpretato in modo meno rigido, così come avviene anche per il simile art. 310 comma 3 c.p.c.<sup>10</sup>.

Secondo tale dottrina, è necessario distinguere tra prove costituenti e prove precostituite e, quindi, verificare le diverse situazioni che possono essere presentate di fronte al primo giudice. Per ciò che concerne le prove precostituite, ossia tutte le prove che non necessitano di una valutazione da parte del giudice (es. i documenti), se sono state prodotte tempestivamente, anche se davanti al giudice privo di giurisdizione, varranno a pieno titolo come prove.

Diverso è il discorso relativo alla valenza probatoria delle prove costituenti. Secondo l'orientamento maggiore, occorre distinguere a seconda che la pronuncia di difetto di giurisdizione sia intervenuta prima o dopo l'assunzione delle prove costituenti<sup>11</sup>. Nel caso in cui la pronuncia sia intervenuta prima ancora della assunzione dei mezzi di prova *nulla quaestio*, in quanto, non essendo ancora maturata la prescrizione, il giudice *ad quem* potrà liberamente procedere all'assunzione delle prove richieste ma non ancora assunte. In tal caso, dette prove saranno valutate dal giudice che le assume come elementi probatori a tutti gli effetti, senza che scadano a meri argomenti di prova. Se, invece, le prove erano state assunte, e quindi "raccolte", di fronte al primo giudice, allora scatta l'operatività del comma 5 dell'art. 59 c.p.c.

In ultima analisi, tenuto conto della concreta possibilità che, tra la declinatoria in tema di giurisdizione, le eventuali impugnazioni e la riassunzione, possa decorrere un lungo lasso di tempo, è necessario chiarire qual è la sorte dei provvedimenti cautelari adottati dal giudice privo di giurisdizione e se e innanzi a quale giudice la parte interessata possa, nelle more della definizione della questione di giurisdizione, chiedere un provvedimento cautelare. Applicando il già noto principio della unità della giurisdizione ai fini del servizio giustizia per la collettività, sancito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 77 del 2007, i provvedimenti adottati dal giudice privo di giurisdizione restano in vita, salvo la possibilità di modificarli qualora il giudice avente giurisdizione sia tenuto ad applicare una disciplina difforme rispetto a quella del giudice *a quo*<sup>12</sup>. Per ciò che concerne la proposizione di un provvedimento cautelare a seguito della pronuncia sulla giurisdizione, va distinto il caso in cui la riassunzione non sia stata ancora proposta, da quello in cui la stessa sia stata proposta. Nel primo caso, il giudice competente ad avere cognizione della domanda cautelare sarà lo stesso che ha pronunciato la domanda di difetto di giurisdizione (art.

699 comma 4 c.p.c.). Nel secondo caso, invece, il provvedimento cautelare andrà riproposto al giudice innanzi al quale la causa è stata riassunta.

#### **La *translatio iudicii* e le questioni in tema di competenza del giudice adito.**

La *translatio iudicii* è ammissibile in due ipotesi tassative: in caso di difetto di competenza (ex art. 50 c.p.c.) e in caso di pronuncia del Giudice della nomofilachia in sede di regolamento di giurisdizione (ex artt. 41 e 367 c.p.c.).

La Legge n. 69 del 2009 ha apportato significative modifiche alla originaria disciplina incidendo, da un lato, sui termini per la riassunzione, e dall'altro, sulle questioni di competenza. Riguardo il primo punto, l'art. 50 c.p.c. è stato riformato abbreviando il termine per la riassunzione del giudizio, ridotto dagli originari sei mesi a tre mesi dalla comunicazione della sentenza di regolamento o dalla ordinanza che dichiara l'incompetenza. Riguardo alle questioni di competenza, gli interventi apportati dalla riforma hanno riguardato sia la disciplina della competenza per valore, materia e territorio, che la disciplina dell'incompetenza del giudice adito.

La competenza per valore dei giudici di pace è stata aumentata a cinquemila euro per le cause relative ai beni mobili, e a ventimila euro per le cause di risarcimento del danno prodotto dalla circolazione dei veicoli e natanti. La competenza per materia dei giudici di pace, ex art. 7 c.p.c., è stata estesa anche alle "cause relative agli interessi o accessori da ritardo di pagamento di prestazioni assistenziali o previdenziali", facendo sorgere dubbi circa una possibile parcellizzazione del credito<sup>13</sup>. Allo stesso modo la competenza per territorio è stata modificata, prevedendo all'art. 444 comma 1 c.p.c. che nelle controversie in materia di previdenza e assistenza obbligatorie, se l'attore è residente all'estero la competenza è del tribunale, in funzione di giudice del lavoro, nella cui circoscrizione l'attore aveva la sua ultima residenza. Lo stesso criterio si applica anche nelle ipotesi in cui a proporre la domanda sono gli eredi.

Il riformatore è, quindi, intervenuto modificando il testo del previgente art. 38 c.p.c., in tema di incompetenza del giudice adito, ma lasciando fermi alcuni principi.

Il primo comma dell'art. 38 c.p.c. contiene una previsione, già nota nella previgente norma, per cui l'incompetenza deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, nella comparsa di costituzione e risposta da depositarsi nei venti giorni prima dell'udienza di prima comparizione. Nel caso in cui l'eccezione riguardi l'incompetenza per territorio del giudice, è obbligatoria anche la designazione del giudice competente, pena l'i-

nefficacia. Il riformatore, nel ribadire questo importante principio, ha ampliato anche l'art. 163 c.p.c., prevedendo che, pena la nullità, nell'atto di citazione debba esserci l'avvertimento che la costituzione oltre i termini di cui all'art. 166 c.p.c. comporta le decadenze non solo l'art. 167 c.p.c., ma anche dall'art. 38 c.p.c.

Il secondo comma dell'art. 38 c.p.c. prevede una norma già nota nella previgente formulazione: la regola per cui se le parti accolgono l'indicazione del giudice che declina la propria competenza riassumendo la causa entro tre mesi dalla cancellazione della stessa dal ruolo, il provvedimento del giudice *a quo* diverrà cosa giudicata e, per quanto tale, non impugnabile. Si precisa che l'eventuale adesione delle parti a tale indicazione, peraltro, rileva solamente quando si assume violato un criterio derogabile, al di fuori delle ipotesi contemplate dall'art. 28 c.p.c. Se, invece, è dedotta la violazione di un foro inderogabile, nell'eccezione deve essere specificato l'ufficio giudiziario che la parte ritiene competente. Tale indicazione, indipendentemente dall'eventuale adesione delle altre parti, non può mai esimere il giudice dal decidere la questione.

In base al comma 3 della norma in esame, il giudice può, entro e non oltre l'udienza di cui all'art. 183 c.p.c. rilevare d'ufficio l'incompetenza per materia, valore o territorio, limitatamente alle ipotesi dell'art. 28 c.p.c. In concreto, dunque, l'anticipazione della preclusione a carico delle parti obbliga il convenuto ad eccepire il difetto di competenza nella comparsa di costituzione e sollecita il giudice a rilevarla d'ufficio entro l'udienza di trattazione.

In ordine alla forma del provvedimento, si ravvisa un'importante novità: il giudice decide con ordinanza, non più con sentenza. Questa riforma è volta ad agevolare il compito del giudice, lasciando immutata l'efficacia preclusiva della ordinanza con la quale si declina la competenza<sup>14</sup>.

In ultima analisi, si ritiene opportuna una riflessione in ordine alla impugnabilità, attraverso lo strumento del regolamento di competenza, del provvedimento con il quale il giudice di pace decide sulla competenza. Infatti, il dato testuale dell'art. 46 c.p.c. continua ad escludere il regolamento di competenza ex artt. 42 e 43 c.p.c. Tuttavia, tenuto conto dell'inspessimento del carico di lavoro dei giudici di pace, con un ampliamento della *potestas decidendi*, la dottrina si è interrogata circa la sopravvivenza dell'art. 46 c.p.c. La mancata abrogazione di tale articolo appare, infatti, una negazione del principio di uguaglianza e mal si concilierebbe con la variegata realtà dei casi che vengono sottoposti ai giudici di pace, che potrebbe generare legittimi dubbi sulla competenza

(ad es. basti pensare ai conflitti di competenza tra giudice di pace e giudice del lavoro).

La dottrina, sul punto, si è nettamente orientata nel senso di una interpretazione abrogatrice della norma, evidenziando comunque una problematica che necessiterà di un sollecito intervento chiarificatore.

#### La disciplina transitoria.

Un'ultima osservazione deve essere fatta in ordine alla disciplina transitoria. La Legge n. 69 del 2009 ha, infatti, previsto due regimi di diritto transitorio: uno generale ed uno speciale.

Il regime generale, previsto all'art. 58, prevede che le disposizioni contenute nella Legge n. 69 del 2009 sono applicabili ai soli giudizi instaurati a decorrere dal 4 luglio 2009.

La disciplina speciale, invece, è dettata nell'art. 53 della citata legge che, pur disponendo l'abrogazione dell'art. 3 della Legge 21 febbraio 2006 n. 102 in tema di "disposizioni in materia di conseguenze derivanti da incidenti stradali", prevede che continua ad applicarsi la vecchia disciplina "fino ad esaurimento del rito". Unica eccezione è prevista per i processi instaurati secondo il rito ordinario, che al tempo era il rito sbagliato ed oggi invece quello corretto. Applicando tale norma, se il processo pendente stava seguendo il rito lavoro esso continua seguendo questo rito.

Se, al contrario, il processo pendente stava seguendo il rito ordinario, prima errato ed ora corrispondente al nuovo quadro normativo, allora esso procederà seguendo la recente disciplina.

1 Cipriani, *Le novità per il processo civile (Legge 18 giugno 2009 n.69): La translatio tra le giurisdizioni italiane*, in *Foro it.*, 2009, n. 9, Zanichelli, p. 240.

2 Cass., 23 marzo 2000, n. 3473, in *Foro it.*, Rep. 2000, voce *Elezioni*, nn. 144, 145.

3 Cipriani, *Riparto di giurisdizione e translatio iudicii*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 729 ss.; Oriani, *Sulla translatio iudicii dal giudice onorario al giudice speciale (e viceversa)*, in *Foro it.*, 2004, V, 9.

4 Cipriani cit. evidenzia come, mentre il difetto di giurisdizione del giudice ordinario può configurarsi, oltreché nei confronti di giudici speciali, anche nei confronti della pubblica amministrazione (art. 37 c.p.c.) e del convenuto straniero (art. 11, Legge 31 maggio 1995, n. 218), la *translatio*, come era ovvio, è stata ammessa solo per le giurisdizioni italiane. In particolare, nei confronti dello stato straniero mancano accordi dell'Italia con gli altri Stati al fine di consentire la trasmigrazione della causa da un ordinamento all'altro.

5 In tal senso Balena, *Una nuova pseudoriforma della giustizia civile*, in *Giusto processo civ.*, 2009, fasc. 4.

6 Bove, *Giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile (Legge 18 giugno 2009, n. 69)*, in *www.judicium.it*, 3; si veda anche l'opinione di E. Ricci, *Declinatoria di giurisdizione e (così detta) translatio iudicii*, in *Riv. dir. proc.*, 704-705; Id., *La riforma del processo civile. Legge 18 giugno 2009, n. 69*, Torino, 2009, 4 e ss.

7 Cipriani op. cit. asserisce che le formule adoperate dal legislatore lasciano intendere che, a riassumere il giudizio, possa essere solo l'attore.

8 Alcuni autori ritengono che alla disposizione sarebbe stato necessario aggiungere il classico inciso "in quanto applicabili", con la conseguente spendibilità dello strumento di cui all'art. 41 c.p.c. solo

nell'ambito del processo di fronte al giudice adito per primo.

9 Balena, op. cit., con riferimento alla valenza probatoria delle prove acquisite davanti al giudice *a quo* "evidentemente contraddice il principio dell'indiscriminata conservazione di tutte le attività processuali compiute dinanzi al giudice che ha declinato la giurisdizione, quale emerge dal 2° comma dell'art. 59. Sarebbe palesemente assurdo, inoltre, escludere, ad es., la possibilità di offrire nuove prove o documenti dinanzi al giudice *ad quem*, in conseguenza di preclusioni già maturate dinanzi al giudice originariamente adito, ma nel contempo negare alle prove raccolte dal giudice *a quo* l'efficacia probatoria che loro naturalmente compete, riducendole a meri argomenti di prova".

10 "Le prove raccolte sono valutate dal giudice a norma dell'art. 116 secondo comma" (art. 310 comma 3 c.p.c.).

11 Consolo, "La nuova disciplina della *translatio iudicii* (art. 59, Legge 18 giugno 2009, n. 69) tra ambiguità nella formulazione (riassunzione, non riproposizione), Problemi applicativi e proposte di riscrittura più efficiente", cit.

12 Vittoria, *Translatio iudicii e giurisdizione cautelare*, in *Giusto proc. civ.*, 2009, pp. 447 ss.

13 Ritenuta illegittima dalla Cass. S.U. n. 23726-2007, confermata di recente da Cass. n. 13791/08.

14 Come è dato evincersi anche dalla modifica degli articoli: 39 comma 1 e 2, 40, 42,43 comma 1 e 3, 44, 45, 47, 49, 50 comma 1 e 279 comma 1 c.p.c.

Elisa Sava

#### Aste on line.

L'avvento di Internet ha trasformato le aste in un mercato globale caratterizzato da prezzi dinamici. Le aste ebbero successo fin dall'antichità, ma fu solo nel XVIII sec., con l'apertura delle case d'asta Sotheby's e Christie's a Londra che acquistarono largo credito e notorietà. Mentre nel XVIII e XIX sec. le aste erano importanti soprattutto per gli oggetti antichi, i libri e le opere d'arte, nel XX sec. le case d'asta cominciarono a vendere tutto ciò che avesse un valore storico e personale.

Per quanto riguarda le aste on line, esse sono dei mercati elettronici decentralizzati in cui clienti e fornitori comunicano direttamente tra loro e, tramite un sistema elettronico di vendita e acquisto, cercano di stabilire i prezzi a loro più favorevoli. La regolamentazione delle stesse è passata attraverso diverse disposizioni, alle volte contraddittorie e lacunose, ma intente a disciplinare una materia in continua e rapidissima evoluzione.

In *primis* occorre ricordare l'art. 18 del D.Lgs. n. 114/1998 che tanto ha fatto discutere: il menzionato art. al comma 5, reca una disposizione che recita: "le operazioni di vendita all'asta realizzate per mezzo della televisione o di altri sistemi di comunicazione sono vietate". La lettera di questo comma ha fatto ritenere, inizialmente, vietata in modo assoluto l'attività di vendita all'asta realizzata tramite Internet, dando luogo a molte interpretazioni e polemiche dottrinali, che solo successivamente, attraverso due atti interni hanno trovato un chiaro punto di riferimento, si tratta precisamente della circolare del 1° giugno 2000 n.

3487/C del Ministero dell'Industria, Commercio e Artigianato e della circolare del 17 giugno 2002 n. 3547/C del Ministero delle Attività Produttive. La prima, nel restringere la tipologia di vendite *business to consumer* richiamate dal famigerato art. 18 del decreto Bersani, ha circoscritto l'ambito di applicazione della norma di specie alle "forme speciali di vendita al dettaglio" in cui gli operatori "svolgono l'attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali", prevedendo in particolare quanto segue: "si osserva che il commercio elettronico, ossia l'attività commerciale svolta nella rete Internet mediante l'utilizzo di un sito web (e-commerce), ove sia svolta nei confronti del consumatore finale e assuma la forma di commercio interno, è soggetta alla disciplina dell'art. 18 del predetto decreto n. 114".

Nella stessa direzione si è mossa la circolare n. 3547/C del 2002, che nel fornire importanti indicazioni in materia di aste on line, ha posto il sigillo al divieto in questione con la disposizione chiarificatrice di cui al paragrafo 2.1, secondo la quale: "Occorre, anzitutto evidenziare che tale divieto, per via del fatto che l'art. 18 concerne le forme speciali di vendita al dettaglio, si applica unicamente agli operatori dettaglianti che svolgono l'attività di acquisto per la rivendita ai consumatori finali".

Ne risultano, pertanto, esclusi tutti i soggetti che non rientrano nella definizione di commercio al dettaglio, indicata dall'art. 4, comma 1, lett. b, del D.Lgs. n. 114/1998, come "l'attività svolta da chiunque professionalmente acquista merci in nome e per conto proprio e le rivende, su aree private in sede fissa o mediante altre forme di distribuzione, direttamente al consumatore finale". L'art. 18 non si applica dunque ai grossisti (la cui attività è definita dall'art. 4, comma 1, lett. a, del menzionato decreto) ed in genere a tutti gli operatori che non vendono ai consumatori finali", e ad una serie di soggetti tra cui i produttori agricoli, singoli o associati, gli artigiani iscritti nell'albo di cui alla Legge 8 agosto 1985, n. 443 (seppur con dei limiti per la cui trattazione si richiama il punto 2.2 e ss. della circolare 3547/C su menzionata), ed i produttori industriali, rispetto ai quali questo ministero, con le circolari ha chiarito che l'attività di vendita da parte degli industriali fuoriesce dall'ambito applicativo del citato decreto solo se svolta nei locali di produzione o in quelli ad essi adiacenti, analogamente alla deroga prevista per gli artigiani. Qualora la vendita sia esercitata in altri locali, l'industriale svolgerebbe anche le attività proprie del commerciante, con la sottoposizione al relativo regime.

Alla luce di quanto appena letto, non tutte le aste on line B2C sarebbero vietate in Italia, ma solo

quelle tra dettaglianti e consumatori: si pensi al caso preso in analisi dalla Corte di Cassazione in una sentenza (sent. 19668/05) espressasi sulla legittimità di un provvedimento del sindaco del Comune di Lucca che aveva inflitto la sanzione amministrativa di euro 7.746,85, per violazione degli artt. 18, comma quinto, e 22, comma primo, D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 114 ad un titolare di un sito web, di aste on line. In particolare la Corte ha dichiarato illegittimo l'uso di un sito di aste on line da parte di un antiquario per bandire propri pezzi a Clienti su Internet. In sostanza è vietato per un "negoziante" vendere i propri beni o di terzi, attraverso sistemi "on line" di rilancio del prezzo. Rimangono pertanto lecite, invece, le aste on line per vendite B2B (Business to Business) o C2C (Consumer to Consumer, come ad esempio il famoso sito di aste "e-bay"), che evidenziano sia l'esistenza di diverse tipologie di vendita all'asta on line sia il diverso ruolo assunto dal c.d. banditore d'asta, a seconda che conduca la vendita di beni propri o altrui, o nel caso si limiti a mettere a disposizione il sito web, differenza, quest'ultima, che rileva in relazione agli obblighi amministrativi da assolvere: secondo la circolare, infatti, 3547/C del 2002 il Ministero (in applicazione dell'art. 155 del T.U. leggi di pubblica sicurezza) nel primo caso sostiene trattarsi di attività di agenzia di vendita mediante pubblico incanto, per la quale è necessario il rilascio della licenza da parte del questore della zona ove è presente la sede legale del banditore.

La licenza ha validità annuale ed è rinnovata automaticamente a seguito del pagamento della tassa di concessione governativa. Nel caso di banditore che metta a disposizione il solo sito web, senza intervenire direttamente nell'asta, l'attività è qualificata come mediazione.

Per detta attività non è necessaria alcuna licenza, ma solo l'iscrizione nel ruolo (ordinario o speciale) degli agenti di affari in mediazione presso la competente Camera di Commercio (come nel caso di e-bay).

Le cosiddette "aste tradizionali", caratterizzate dalla presenza di una base d'asta e da rilanci a crescere, sono ancora il fenomeno più diffuso su Internet; nel contempo però, si stanno affermando modelli di aste sempre nuovi quali:

le "aste inverse", in cui, il partecipante dopo aver osservato il bene, deve indicare il livello di prezzo minimo e massimo che è disposto a spendere mentre spetterà al venditore fissare un prezzo in base alle informazioni sullo stato delle offerte;

le comunità d'acquisto: la versione on-line dei tradizionali gruppi d'acquisto;

le aste mobili: aste online supportate dalle nuove tecnologie e che sono condotte soprattutto attra-

verso l'uso degli SMS e dei nuovi cellulari multimediali;

le aste virtuali nei mondi 3D;

le aste nel B2G da parte delle istituzioni per aumentare la competitività tra i loro fornitori, migliorare l'efficienza dei processi di e-procurement e ottenere numerosi risparmi sulla spesa pubblica.

I portali regionali per collegare persone appartenenti ad ambiti ben circoscritti del territorio, quali possono essere città o regioni, permettendo di negoziare offline il processo dell'asta soprattutto per quei prodotti che richiedono un esame preventivo della merce o richiedono costi troppo elevati per essere spediti.

Con l'entrata in vigore dell'art. 1, comma 7 del Decreto Legge 14 marzo 2005, n. 35 (Decreto competitività) si ritenne che il commercio elettronico e in particolare le aste on line, ne avrebbero subito un danno a causa delle nuove responsabilità per i provider. Le nuove disposizioni, però, hanno inciso su materie già regolate da norme di legge: da una parte il commercio elettronico, disciplinato dal D.Lgs. 70/03, che attua la direttiva 2000/31/CE, e dall'altra la legge sul diritto d'autore, che, invece di recare un danno hanno delimitato l'ambito di responsabilità degli stessi provider. Recita l'art. 1 al comma 7: "Salvo che il fatto costituisca reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria fino a 10.000 euro l'acquisto o l'accettazione, senza averne prima accertata la legittima provenienza, a qualsiasi titolo di cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo, inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà intellettuale. La sanzione di cui al presente comma si applica anche a coloro che si adoperano per fare acquistare o ricevere a qualsiasi titolo alcuna delle cose suindicate, senza averne prima accertata la legittima provenienza". È facile notare l'analogia del dettato della norma sotto esame con l'art. 712 del Codice Penale; la differenza tra le due disposizioni riposa chiaramente nel fatto che l'art. del Codice Penale punisce l'incauto acquisto di cose che si abbia motivo di sospettare che provengano da reato, diversamente dalla norma in esame che punisce l'acquisto o l'accettazione di "cose" che inducano a ritenere violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà intellettuale.

Mentre da una parte c'è la provenienza da un reato, dall'altra (non sempre) da una fattispecie di illecito amministrativo, fermo restando che in molti casi la qualificazione dell'illecito (penale o amministrativo) può non essere facile.



Particolare del portale marmoreo della chiesa di San Giovanni ad Angri.

L'espressione "coloro che si adoperano" peraltro implica un comportamento attivo, non una semplice omissione o negligenza, delimitazione che va a beneficio dei provider laddove spesso gli stessi "omettono" invece di agire. Questo assunto, supportato dagli artt. 14-17 del D.Lgs. 70/03 (che riproducono gli artt. da 12 a 15 della direttiva 2000/31/CE) e una giurisprudenza ormai concorde, hanno di fatto escluso, la responsabilità del gestore di un sito di aste on-line, che si limita a mettere a disposizione uno spazio web e non interviene attivamente nella vendita. Diversi e meno incisivi, invece gli strumenti posti a disposizione del consumatore, di cui cioè che si giudica il bene: "com'è noto, l'art. 2, lett. e), del D.Lsg. 22 maggio 1999, n. 185, recante l'attuazione della direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza" confluito nel 2005 nell'attuale art. 51 lett. e) del Codice del Consumo "esclude l'applicazione del decreto ai contratti "conclusi in occasione di una vendita all'asta". Tale disposizione, tuttavia non esclude in via generale che "le previsioni di tutela dei consumatori ivi previste (in particolare quelle sul diritto di recesso) possano pattizamente essere indicate, dal banditore d'asta, nell'ambito delle condizioni generali di contratto che regolano la negoziazione attraverso il sito" (circ. 3547/C punto 5.1 lett. h).

Tale disposizione, nel lasciare che "le previsioni di tutela dei consumatori ivi previste (in particolare quelle sul diritto di recesso) possano pattizamente essere indicate, dal banditore d'asta" non può non lasciare perplessi laddove si lascia ampio margine al banditore nel decidere la disciplina da applicare in materia di recesso e in un ambito in cui spesso si tratta di contratti per adesione, dove di "negoziazione" c'è ben poco. Il diritto di recesso, a dispetto delle considerazioni svolte, e da quanto previsto da una circolare, che rimane atto interno, è riconosciuto come irrinunciabile sia a livello nazionale che comunitario potrà farsi comunque valere seguendo la normale tutela giurisdizionale. Una tutela, quest'ultima, di certo

onerosa e non conveniente per importi minimi. Interessante sarà allora evidenziare un'istituto che va diffondendosi come strumento di tutela alternativo, cioè quello della conciliazione stragiudiziale: riconosciuto dal nostro ordinamento (si veda la Legge n. 580 del 1993, ma anche il D.Lgs. n. 70 del 2003 e il D.Lgs. n. 206 del 2005) e finalizzato alla composizione "amichevole" di una lite tra imprese e tra imprese e consumatori. Oltre al Giudice di Pace (ex art. 322 c.p.c.) la funzione conciliatoria stragiudiziale è esercitata soprattutto da numerosi enti privati o pubblici (su tutti le Camere di Commercio) e possono avvalersene quei soggetti interessati a definire, in maniera vantaggiosa e con l'ausilio di un terzo *super partes* (il conciliatore), una controversia di natura economico-commerciale. La peculiarità della conciliazione è infatti proprio quella di non affidare al conciliatore un potere giudiziale o decisorio sulla questione da risolvere, ma di favorire il dialogo tra le parti interagendo con esse e senza vincolarle in alcun modo sulla migliore soluzione da adottare per comporre la controversia. La conciliazione on line, l'ODR (Online Dispute Resolution), si differenzia sostanzialmente dal modello tradizionale per il contesto in cui si svolge la procedura (nel web tramite forum, scambio di email, chat o videoconferenza, anziché - come avviene solitamente - presso la sede dell'ente) e il modo in cui comunicano le parti interessate. La conciliazione, infatti, ha inizio con un'istanza che il soggetto interessato - consumatore o imprenditore - compila e consegna ad apposito ufficio dell'ente (nel caso di conciliazione on line, il tutto avviene tramite Internet); quest'ultimo contatta successivamente l'altra parte invitandola ad aderire al procedimento entro un certo margine temporale (di solito 15 giorni) dal ricevimento dell'email. In caso di riscontro positivo l'organismo ne dà comunicazione all'istante e procede alla designazione del conciliatore (soggetto scelto solitamente da un apposito elenco in base all'esperienza, alla materia nel cui ambito rientra la lite da comporre, etc.); al contrario, qualora l'altra parte rigetti il tentativo di conciliazione, il procedimento si conclude e, trascorso un certo periodo di tempo dall'ultimo contatto con l'altra parte, viene archiviato.

Dunque in un ambito in continua evoluzione quasi troppo veloce per la lentezza del legislatore ad adeguarsi alle sempre nuove problematiche ed interrogativi che si aprono nel mondo virtuale detto cyberspazio, si comprenderà l'importanza di ogni intervento legislativo in materia di aste on-line, e si potrà anche valutare la coerenza di questi interventi con gli obiettivi nazionali e, soprattutto, comunitari.

# Historia et Antiquitates

Dal "Diario napoletano" di Carlo De Nicola, la cronistoria cittadina di un efferato delitto e della sua terribile punizione.

di Gianluca Granato

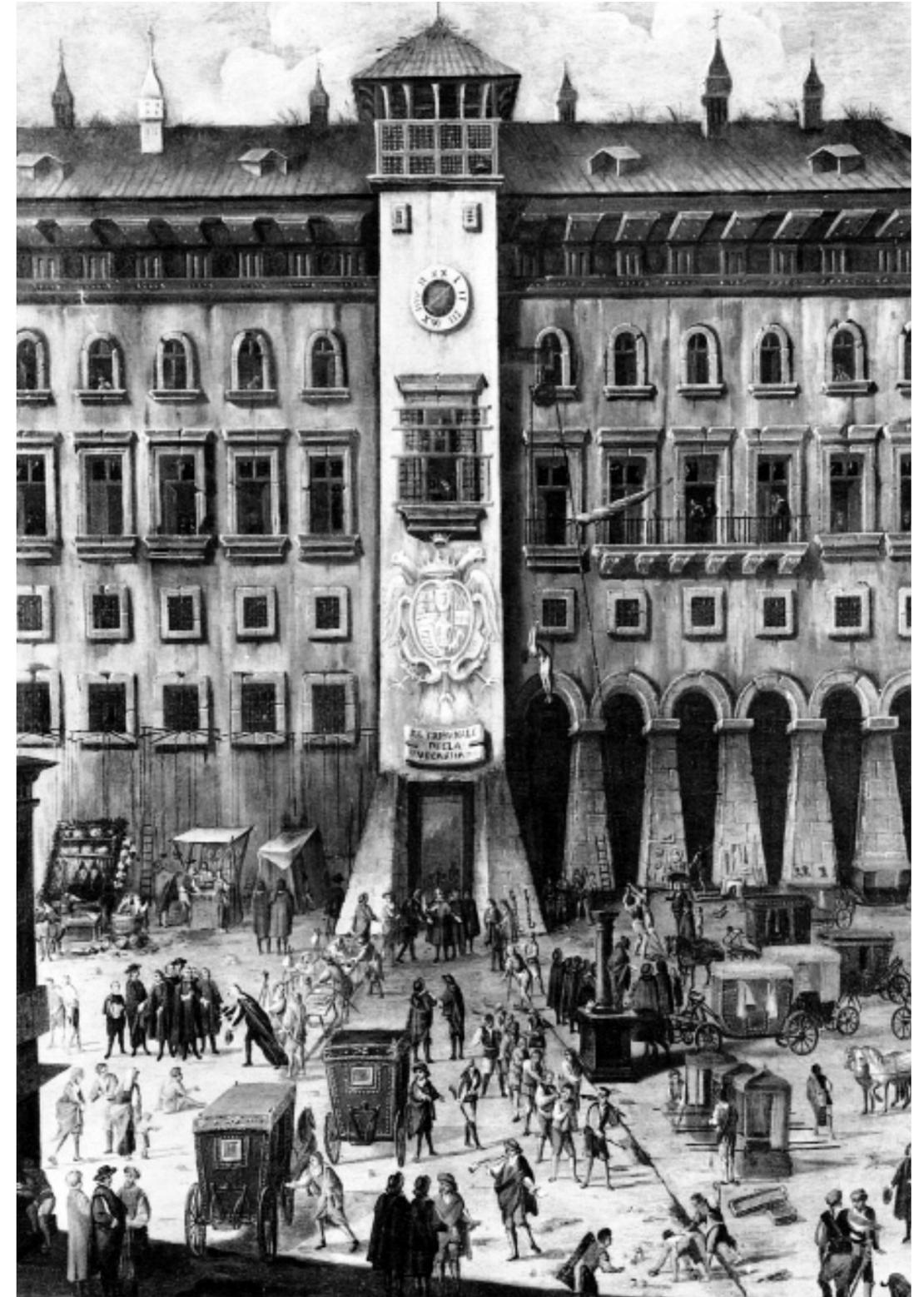
19 aprile 1800 - 19 aprile 2010: il fantasma degli avvocati, al secolo Giuditta Guastamacchia, solo, dopo 210 anni, tra le stanze vuote di Castel Capuano.

Lungo i corridoi di Castel Capuano, antica fortezza trasformata in tribunale dagli spagnoli, vagherebbe ancora indisturbata l'anima in pena di Giuditta Guastamacchia, donna perfida e bellissima, impiccata il 19 aprile del 1800 insieme all'amante, al padre e ad altri complici, per aver pianificato ed attuato l'assassinio del giovane marito. La sua testa fu tagliata ed esposta al popolo da una delle finestre della Corte della Vicaria per diversi giorni. La leggenda popolare vuole che ogni anno, nell'anniversario della sua morte, il fantasma di Giuditta ricompaia nelle sale dell'antico tribunale, dove, da qualche anno, spadroneggia nelle sue trecento stanze vuote, disadornate e buie, fino a qualche anno fa, popolate di magistrati, avvocati e cittadini.

Carlo De Nicola, noto ottocentesco avvocato napoletano, nel suo "Diario napoletano 1798-1825", descrisse, ora per ora, gli avvenimenti della Repubblica Partenopea; tra questi, la storia di Giuditta. **Aprile del 1800: ...Venerdì 4.** ... Si procede *ad horas* per quei rei dell'uomo fatto a pezzi, e sono la donna, il di lei padre, il prete, che si diceva zio della donna, ed un chirurgo che anche la frequentava. Al povero infelice ucciso fu dato l'oppio, essendosene trovato ancora nella casa di lei. Si è appuntata la decisione per lunedì santo... **Domenica 6, delle Palme.** Si è spuntata la decisione della causa dell'assassinio... **Domenica 13, giorno di Pasqua di risurrezione.** ... Circa le ore due della sera si è trovato un infelice, ammazzato nella strada di s. Pietro *in vinculis* ai Mercanti. Son frequenti troppo gli assassinii ed omicidii. Un solo Regente, uomo di garbo, un caporuota di Vicaria criminale, era bastevole a mantenere la tranquillità ed il buon ordine in Napoli; ora un direttore di Polizia togato, 36 ispettori, 72 subispettori, dodici giudici di Polizia anche togati, un soprintendente togato, delle guardie, non sono bastanti a fare che non si sentano omicidii, assassinii, furti. **Lunedì 14** ... L'infelice ammazzato ieri lo fu a rissa per un grano di caffè, perché volle

pagarne uno solo mentre il caffettiere ne voleva due, e dal figlio del caffettiere fu ucciso. Ecco quanto si prezza ai giorni nostri la vita di un uomo. **Mercordì 16** ... Si sta trattando questa mattina pure la causa di morte dei rei di quel barbaro assassinio dell'uomo fatto a pezzi. I rei per quanto sento son tutti confessi, essendo stata la donna l'ultima a confessare. Ma la prova fiscale sento insieme che sia molto deficiente. Il concorso della gente portatasi ad udire la parlata dell'avvocato dei poveri d. Vincenzo de Iorio, era grandissima tanto che si stava colle sentinelle innanzi la porta della Ruota e dentro... Questa sera non si sa ancora la decisione della causa di morte, e forse non sarà decisa ancora... **Giovedì 17.** Circa le ore tre terminò a decidersi anco in grado di nullità la causa di morte in Vicaria, e la sentenza fu di forca per quattro, cioè la donna, il di lei padre, il chirurgo, ed il sicario, per tutti i precedenti lo strascino, e coll'amputazione di testa e mani dopo morti per attaccarsi alle mura della Vicaria. Il prete ebbe la condanna alla fossa di Maritimo vita durante, la minorazione per lui fu occasionata dal non aversi voluto trovar presente all'atto dell'assassinio; altri dicono non averci assentito. La esecuzione sarà al largo delle Pigne, perché voleva farsi al luogo del delitto che sarebbe stato il largo della Carità, ma per essere luogo angusto si fissò poi il largo delle Pigne; se la sentenza verrà quest'oggi approvata, la esecuzione sarà sabato... **Venerdì 18**... Sono già in cappella per eseguirsi domani i quattro condannati. Le circostanze che accompagnarono il loro delitto, per quanto si raccontano, sono così orrorose che per racapriccio della posterità mi do la pena di accennarle. La donna era una giovane vedova con un figlio del primo marito, ora la sua età si dice non eccedere gli anni 35. Il primo marito, sento che morì anche sulla forca per aver rubato il Regio procaccio. Il di lei nome è Giuditta.

Conviveva con un prete per nome d. Stefano che faceva il mastro di scola, e passava per di lei zio. Cinque anni sono, forse per nascondere il loro illecito commercio, il prete fece venire da Terlizzi, comune patria, un suo giovine nipote e fece spargli la donna, colla quale per altro credo che poca o niuna vita fatta avesse, giacché lei stava a disposizione del prete. Trovavasi in quest'anno l'infelice giovine in Terlizzi, ove si depone da taluno dei rei che si fosse lasciato dire, che aspettava il Visitatore per accusare lo zio e sua moglie. Fu scritto a costoro, che risolvertero perciò farlo venire in Napoli, come di fatti fecero, avendolo portato il padre di lei; e per compagnia venne con essi un barbiere, che poi è stato uno dei sicarii. Venuto in Napoli risolvertero disfarsene, e per quanto hanno deposto, la prima idea fu di assas-



Carlo Coppola,  
La Vicaria in Castel Capuano,  
Museo di San Martino,  
Napoli.

sinarlo in mezzo ad una campagna. Ma non essendoli ciò riuscito si determinarono di assassinarlo con più comodo in casa. Dunque tutti di concerto, cioè il padre di lei, lei più ch'ogni altro, il prete, un chirurgo, ch'era della compagnia, e quel barbiere. Pensarono che ammazzandolo in casa, sfigurandolo, e facendolo in pezzi si sarebbe potuto occultare il delitto, ed attribuirsi ai soliti rei di Stato, per cui avevano anche pensato di attaccare su qualche pezzo del cadavere un cartello che ciò indicasse.

La sera destinata a tal sacrificio, il prete si vuole che avesse mostrato averne rinascimento, tanto che se ne uscì dalla casa, e questa circostanza si crede che gli abbia salvata la vita. Gli altri complici rimasero, e la donna mandò l'infelice vittima a comprare dei maccheroni per colorire il motivo, perché aveva posto a bollire una caldaia di acqua. Tornato l'infelice, la donna stessa gli disse che avesse fatto accomodarsi i capelli dal barbiere, facendolo sedere. Seduto che fu gli gittarono un capestro alla gola, e lo tirarono per terra, e come la donna vide che non moriva, se gli si gittò sopra lo stomaco colle ginocchia per finirlo d'ammazzare.

Morto che fu, il chirurgo lo fece in pezzi, calando ciascun pezzo nell'acqua bollente, per impedire il sangue. La testa colle proprie sue mani la donna fece bollirla, acciò si sfigurasse. Intanto fu avvisato il prete che stava in una casa vicina, il quale arrivato, si vuole che avesse detto vedendo quello spettacolo: "che avete fatto!".

Ma la donna lo animò, dicendo che non occorreva funestarsi, ma pensare a mangiare, acciò si facesse più notte per andare disperdendo i pezzi del cadavere. Così fu fatto, ma la divina Giustizia che volle punito all'istante un così atroce delitto, anche per non farlo imputare ad altri, fece che si trovasse colui che portava le braccia; il quale prima disse niente sapere, ma poi la mattina palesò il fatto. La donna intanto si aveva essa presa la testa che lasciò sulla strada di Montecalvario. Inteso poi che si era arrestato colui che portava le braccia, si determinò a fuggire col padre, prete, e chirurgo, ma furono raggiunti sulla strada di Capodichino dalla truppa dei Realisti di Salvatore Bruni cristallaro alla porta di S. Gennaro, che ora è comandante di un corpo organizzato di Realisti, quasi formato a regimento. Ed ecco quanto si sa di questo atroce fatto, che fa andare giustamente alla forca, il padre, la figlia, il chirurgo ed il barbiere. Il prete l'ha scampata per la circostanza minorante, ma il pubblico lo avrebbe anche voluto morto perché a lui, e non senza ragione imputa tutto l'accaduto per la ragione che se non avesse debosciata la donna, e datole quell'infelice per marito, non sarebbero caduti in tanto eccesso.

**Sabato 19.** Il Tribunale si è sciolto questa mattina ... appena unito, perché il presidente, vedendo il concorso del popolo che là si affollava per vedere uscire la giustizia, ha creduto prudente condotta sciogliere il Tribunale. La giustizia è uscita poco dopo mezzogiorno, ha fatta la strada dell'Orticello, di d. Regina, e Porta di S. Gennaro, e per quanto mi si dice (perché simili spettacoli non ho avuto mai il coraggio di vederli) precedeva il padre di lei, indi la Giuditta, poi il chirurgo, l'ultimo era il barbiere; tutti e quattro trascinati sulla tavola tirata da cavalli... **Domenica 20.** Non posso fare a meno di non registrare alcune altre particolari circostanze dell'orrendo assassinio che descrissi l'altro ieri. Le ho sapute posteriormente da chi ha letto il notamento fiscale.

La donna avea nome Giuditta Guastamacchia, fin da dieci anni indietro avea cominciata la tresca col prete d. Stefano d'Aniello, per cui fuggì dalla casa paterna. Indi fu maritata con un giovane, che per aver rubato il procaccio fuggì dal regno, e morì in Roma. Indi fu posta dal padre dentro al monastero di s. Antonio alla Vicaria, ossia s. Maria *succurre miseris*, a castigo, per farla uscire di là nel 1794. Il prete fece sposargli il figliastro di suo fratello di anni 16, e d'indi in poi convisse sempre col prete, perché il giovine marito la lasciò ed andossene a Terlizzi.

In questo frattempo s'era introdotto in casa il giovane chirurgo che prima diede gelosia al prete, ma poi coabitava con essi. Il padre di lei venendo spesso a Napoli, comprando abiti vecchi che rivendeva in provincia, fu qui carcerato per debiti; il de Stefano lo fece uscire, e se ne cattivò l'animo. La giovane cominciò ad istigare il padre contro il marito, dicendo che era uno scapestrato e non aveva voluto attendere ad arte alcuna, l'aveva rubata più volte e minacciata. Cominciò così a parlarsi di levarlo dal mondo.

Si seppe che a Terlizzi avea detto di voler denunciare la moglie, e il prete procurò allettarlo con promesse e farlo venire in Napoli, ove il prete con pubblico strumento promise alimentarlo con la moglie. Il padre di costei intanto adocchiò un tal Michele del Sorbo della Cirignola reo d'omicidio, disertore, e vagabondo e lo portò in Napoli per servirsene da sicario. Venuti tutti di concerto, promisero ducati 60 contanti al detto sicario, purché eseguisse l'assassinio. Varii progetti si fecero. Uno fu di fingere che il detto disertore avesse nascosta roba in campagna, e propose di andarla a dissotterrare portandosi il giovine in compagnia.

Ma si dubitò che non riuscisse; si pensò portarlo a s. Lucia al mare ed ivi gittarlo a fondo. Ma il prete disse che cacciandolo il mare si sarebbe riconosciuto: si pensò di avvelenarlo, e si temette non

si conoscesse. Si pensò fino a farlo infettare di lue venerea da una donna di partito, e si richiese perciò l'opinione di un parrucchiere di cognome Colucci. Il chirurgo si comprometteva di curarlo in modo da farlo morire. Ma la donna non volle mettere a parte del segreto un'altra donna, per cui si concluse di assassinarlo in casa. Il prete ed il chirurgo se ne andarono in una casa vicina a portata di essere avvisati; il prete, perché disse che non si fidava di vedere l'esecuzione, il chirurgo per non dar sospetto. Restò la donna in casa col padre e col sicario.

Mandò la donna il giovane a comprare da mangiare, il padre diede la corda al sicario che la unse di sego e formò il capestro che appese ad una sedia. Venne il giovane, fecero sì che sedesse in altra sedia accosto al fuoco, che dava le spalle a quella ove il capestro. Il giovane portava sopra un coltello; si pensò stava i levarcelo. Finse il vecchio di assottigliare un legno, e chiese alla figlia il coltello; ma come quello non tagliava e il vecchio impazientavasi, l'infelice giovane gli offerse il suo e glielo diede. Il vecchio cominciò a persuaderlo che non faceva bene a portarlo sopra; intanto si alzò il sicario e chiese la pippa, se gli fece da dietro, e gli gittò il capestro al collo. Il giovane fece dello strepito e cadde a terra, la donna se gli gittò colle ginocchia sullo stomaco, il padre lo tirò pei piedi, ed il sicario gli strinse la gola, e così lo fecero morire.

Ciò detto la donna bussò al muro, si affacciò il prete, ed ella gli disse che mandasse il chirurgo perché tutto era fatto. Andò il chirurgo e cominciarono a farlo in pezzi. Il sicario ed il vecchio portarono le gambe ed il busto che lasciarono al pontone di Maddaloni e nell'acquedotto del Seggio di Nido. Indi tornarono a casa dove il chirurgo avea continuata la sezione con l'aiuto della donna, che avea posto in due vasi di creta detti scafaree le budella dell'ucciso, e gli altri pezzi in una martora al fuoco, poi nella caldaia avea posto a bollire le braccia e la testa, che avevano idea di conservarsi, acciò non si trovasse. Ed il chirurgo avea pensato tenerla presso di se per farvi le sue osservazioni anatomiche.

Tornati quel due, si pensò mandare a gittare anche le braccia, giacché si accorsero che non poteva riuscire di farle disfare in maniera nell'acqua da poterle poi gittare nel luogo immondo come avevano pensato. Dunque poste le budella ed altri pezzi in un sacco, andò il chirurgo a gittarle. Le braccia se le portò il sicario che sbalordito poi prese una strada per un'altra, e fu incontrato dalla ronda ed arrestato. Il prete fra questo mentre era anco tornato a casa, ed aspettavano tutti che tornasse il sicario, ma vedendo passar tempo, cominciarono ad agitarsi, e risolverono

levare dalla casa ogni segno, per cui anche la testa andarono a gittare; essendo usciti per questo il padre e la figlia, acciò non potessero dare sospetto. Tutto era seguito a mezz'ora di notte, ed alle due fu questa sortita della donna e del vecchio. Il sicario non tornò più, e la mattina essendosi inteso il bisbiglio surto per Napoli per essersi trovato l'atroce spettacolo di un uomo fatto a pezzi, si determinarono alla fuga, dando voce che il prete fuggiva per i debiti. Intanto l'arrestato sebene negativo sempre, perché diceva di niente sapere di quelle braccia, pure interrogato chi fosse e come venuto a Napoli, egli nominò il Guastamacchia ed il parrucchiere, coi quali disse essere uscito il giorno. Si andò ad arrestare il parrucchiere, se gli domandò di coloro, e il parrucchiere disse non saper altro, se non che di essere stato da quelli richiesto di procurarli una donna infetta per infettare una persona.

Si andò ad arrestare il Guastamacchia, e si trovò partito col prete e la donna, essendo in casa il solo chirurgo. Si arrestò costui, si prese la traccia del cammo preso dai fuggitivi, e così vennero raggiunti a Marigliano. La donna sola fu negativa sino alla convalida in tortura, ma in quell'atto confessò essa pure. Nel tempo che doveva eseguirsi la giustizia, si portò un popolare al direttore di Polizia d. Antonio La Rossa, ed in nome del popolo gli domandò perché il prete non s'era condannato a morte. Il direttore prese quel tuono che conveniva, disse che non era più da soffrirsi la insolenza del popolo, e che ne avrebbe fatto egli un massacro se non stava al dovere. Che i magistrati non dovevano dar conto a lui delle giudicature, e lo cacciò dalla sua presenza. Non fece arrestarlo per non cagionare del rumore. Ma gli pose gente appresso che ne prese la filiazione, e subito dopo terminata l'esecuzione, andò a dar parte dell'accaduto al Viceré.

Mentre lo spirito inquieto della Guastamacchia continuerebbe ad aggirarsi tra le antiche stanze del vecchio Tribunale di Napoli, il teschio della donna, quello del padre, del sicario e del chirurgo, per anni oggetto d'analisi per gli studiosi di fisiognomica criminale, sono attualmente conservati nel Museo anatomico istituito presso l'Ospedale degli Incurabili, grazie al prof. G. B. Miraglia (1855) che li donò nel 1869 al prof. Gennaro Barbarisi, direttore dell'allora gabinetto di Anatomia Umana della Facoltà di Medicina.

Nessun fantasma, ad oggi, risulta ufficialmente segnalato presso le strutture giudiziarie del Tribunale di Nocera Inferiore nel cui circondario gli spettri pare preferiscano manifestarsi tra i ruderi del Parco Fienga.

# Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

**Obbligatoria, a partire dal 20 marzo 2011, la mediazione finalizzata alla conciliazione nelle controversie civili e commerciali.**

*Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione...* (art. 5, D.Lgs. 05/03/2008, n. 28).

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore ha istituito già dal marzo del 2008 l'Organismo di Conciliazione. Nel mese di aprile l'Organismo renderà note le modalità ed i termini per la iscrizione nell'Elenco dei Conciliatori ed organizzerà i corsi di formazione per conciliatore. L'attestato di idoneità rilasciato all'esito dei corsi sarà requisito indispensabile per la iscrizione nell'Elenco dei Conciliatori. I corsi, di durata non inferiore alle 40 ore, saranno a numero chiuso (30 partecipanti) e prevederanno un costo di iscrizione. Per informazioni più dettagliate è possibile rivolgersi alla segreteria dell'Ordine.

Si riporta di seguito un estratto del Decreto Legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (attuazione dell'art. 60 della Legge 18 giugno 2009, n. 69 in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali)

- omissis -

#### Art. 2

(Controversie oggetto di mediazione)

1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.
2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

#### Capo II

#### DEL PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE

#### Art. 3

(Disciplina applicabile e forma degli atti)

1. Al procedimento di mediazione si applica il regolamento dell'organismo scelto dalle parti.

2. Il regolamento deve in ogni caso garantire la riservatezza del procedimento ai sensi dell'art. 9, nonché modalità di nomina del mediatore che ne assicurano l'imparzialità e l'idoneità al corretto e sollecito espletamento dell'incarico.

3. Gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti a formalità.

4. La mediazione può svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo.

#### Art. 4

(Accesso alla mediazione)

1. La domanda di mediazione relativa alle controversie di cui all'art. 2 è presentata mediante deposito di un'istanza presso un organismo. In caso di più domande relative alla stessa controversia, la mediazione si svolge davanti all'organismo presso il quale è stata presentata la prima domanda. Per determinare il tempo della domanda si ha riguardo alla data della ricezione della comunicazione.

2. L'istanza deve indicare l'organismo, le parti, l'oggetto e le ragioni della pretesa.

3. All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli artt. 17 e 20.

L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'art. 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione.

#### Art. 5

(Condizione di procedibilità e rapporti con il processo)

1. Chi intende esercitare in giudizio un'azione relativa a una controversia in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari, è tenuto preliminarmente ad esperire il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto ovvero il procedimento di conciliazione previsto dal Decreto Legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, ovvero il procedimento istituito in attuazione dell'art. 128 bis

del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia di cui al Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, per le materie ivi regolate. L'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Il giudice ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'art. 6. Allo stesso modo provvede quando la mediazione non è stata esperita, assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. Il presente comma non si applica alle azioni previste dagli artt. 37, 140 e 140 bis del Codice del consumo di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni.

2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, può invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

3. Lo svolgimento della mediazione non preclude in ogni caso la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale.

4. I commi 1 e 2 non si applicano:

- a) nei procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- b) nei procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del Codice di Procedura Civile;
- c) nei procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del Codice di Procedura Civile;
- d) nei procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- e) nei procedimenti in camera di consiglio;
- f) nell'azione civile esercitata nel processo penale.

5. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, se il contratto, lo statuto ovvero l'atto costitutivo dell'ente preve-

dono una clausola di mediazione o conciliazione e il tentativo non risulta esperito, il giudice o l'arbitro, su eccezione di parte, proposta nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. Allo stesso modo il giudice o l'arbitro fissa la successiva udienza quando la mediazione o il tentativo di conciliazione sono iniziati, ma non conclusi. La domanda è presentata davanti all'organismo indicato dalla clausola, se iscritto nel registro, ovvero, in mancanza, davanti a un altro organismo iscritto, fermo il rispetto del criterio di cui all'articolo 4, comma 1. In ogni caso, le parti possono concordare, successivamente al contratto o allo statuto o all'atto costitutivo, l'individuazione di un diverso organismo iscritto.

6. Dal momento della comunicazione alle altre parti, la domanda di mediazione produce sulla prescrizione i medesimi effetti della domanda giudiziale.

Dalla stessa data, la domanda di mediazione impedisce altresì la decadenza per una sola volta, ma se il tentativo fallisce la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza, decorrente dal deposito del verbale di cui all'articolo 11 presso la segreteria dell'organismo.

#### Art. 6

(Durata)

1. Il procedimento di mediazione ha una durata non superiore a quattro mesi.
2. Il termine di cui al comma 1 non ha natura processuale e decorre dalla data di deposito della domanda di mediazione, ovvero dalla scadenza di quello fissato dal giudice per il deposito della stessa e, anche nei casi in cui il giudice dispone il rinvio della causa ai sensi del quarto o del quinto periodo del comma 1 dell'articolo 5, non è soggetto a sospensione feriale.

#### Art. 7

(Effetti sulla ragionevole durata del processo)

1. Il periodo di cui all'articolo 6 e il periodo del rinvio disposto dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 1, non si computano ai fini di cui all'articolo 2 della Legge 24 marzo 2001, n. 89.

#### Art. 8

(Procedimento)

1. All'atto della presentazione della domanda di mediazione, il responsabile dell'organismo designa un mediatore e fissa il primo incontro tra le parti non oltre quindici giorni dal deposito della domanda. La domanda e la data del primo incontro sono comunicate all'altra parte con ogni mezzo idoneo ad assicurarne la ricezione, anche a cura della parte istante. Nelle controversie che

richiedono specifiche competenze tecniche, l'organismo può nominare uno o più mediatori ausiliari.

2. Il procedimento si svolge senza formalità presso la sede dell'organismo di mediazione o nel luogo indicato dal regolamento di procedura dell'organismo.

3. Il mediatore si adopera affinché le parti raggiungano un accordo amichevole di definizione della controversia.

4. Quando non può procedere ai sensi del comma 1, ultimo periodo, il mediatore può avvalersi di esperti iscritti negli albi dei consulenti presso i tribunali. Il regolamento di procedura dell'organismo deve prevedere le modalità di calcolo e liquidazione dei compensi spettanti agli esperti.

5. Dalla mancata partecipazione senza giustificato motivo al procedimento di mediazione il giudice può desumere argomenti di prova nel successivo giudizio ai sensi dell'art. 116, secondo comma, del Codice di Procedura Civile.

#### Art. 9

(Dovere di riservatezza)

1. Chiunque presta la propria opera o il proprio servizio nell'organismo o comunque nell'ambito del procedimento di mediazione è tenuto all'obbligo di riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante il procedimento medesimo.

2. Rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite nel corso delle sessioni separate e salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, il mediatore è altresì tenuto alla riservatezza nei confronti delle altre parti.

#### Art. 10

(Inutilizzabilità e segreto professionale)

1. Le dichiarazioni rese o le informazioni acquisite nel corso del procedimento di mediazione non possono essere utilizzate nel giudizio avente il medesimo oggetto anche parziale, iniziato, riassunto o proseguito dopo l'insuccesso della mediazione, salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni. Sulle stesse dichiarazioni e informazioni non è ammessa prova testimoniale e non può essere deferito giuramento decisorio.

2. Il mediatore non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nel procedimento di mediazione, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Al mediatore si applicano le disposizioni dell'art. 200 del Codice di Procedura Penale e si estendono le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del Codice di Procedura Penale in quanto applicabili.

#### Art. 11

(Conciliazione)

1. Se è raggiunto un accordo amichevole, il mediatore forma processo verbale al quale è allegato il testo dell'accordo medesimo. Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso, il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento. Prima della formulazione della proposta, il mediatore informa le parti delle possibili conseguenze di cui all'articolo 13.

2. La proposta di conciliazione è comunicata alle parti per iscritto. Le parti fanno pervenire al mediatore, per iscritto ed entro sette giorni, l'accettazione o il rifiuto della proposta. In mancanza di risposta nel termine, la proposta si ha per rifiutata. Salvo diverso accordo delle parti, la proposta non può contenere alcun riferimento alle dichiarazioni rese o alle informazioni acquisite nel corso del procedimento.

3. Se è raggiunto l'accordo amichevole di cui al comma 1 ovvero se tutte le parti aderiscono alla proposta del mediatore, si forma processo verbale che deve essere sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Se con l'accordo le parti concludono uno dei contratti o compiono uno degli atti previsti dall'art. 2643 del Codice Civile, per procedere alla trascrizione dello stesso la sottoscrizione del processo verbale deve essere autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato.

L'accordo raggiunto, anche a seguito della proposta, può prevedere il pagamento di una somma di denaro per ogni violazione o inosservanza degli obblighi stabiliti ovvero per il ritardo nel loro adempimento.

4. Se la conciliazione non riesce, il mediatore forma processo verbale con l'indicazione della proposta; il verbale è sottoscritto dalle parti e dal mediatore, il quale certifica l'autografia della sottoscrizione delle parti o la loro impossibilità di sottoscrivere. Nello stesso verbale, il mediatore dà atto della mancata partecipazione di una delle parti al procedimento di mediazione.

5. Il processo verbale è depositato presso la segreteria dell'organismo e di esso è rilasciata copia alle parti che lo richiedono.

#### Art. 12

(Efficacia esecutiva ed esecuzione)

1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui cir-

condario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'articolo 2 della direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione.

2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

#### Art. 13

(Spese processuali)

1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli artt. 92 e 96 del Codice di Procedura Civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4.

2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

3. Salvo diverso accordo le disposizioni precedenti non si applicano ai procedimenti davanti agli arbitri.

#### Art. 14

(Obblighi del mediatore)

1. Al mediatore e ai suoi ausiliari è fatto divieto di assumere diritti o obblighi connessi, direttamente o indirettamente, con gli affari trattati, fatta eccezione per quelli strettamente inerenti alla prestazione dell'opera o del servizio; è fatto loro divieto di percepire compensi direttamente dalle parti.

2. Al mediatore è fatto, altresì, obbligo di:

a) sottoscrivere, per ciascun affare per il quale è designato, una dichiarazione di imparzialità secondo le formule previste dal regolamento di procedura applicabile, nonché gli ulteriori impegni eventualmente previsti dal medesimo regolamento;

b) informare immediatamente l'organismo e le parti delle ragioni di possibile pregiudizio all'imparzialità nello svolgimento della mediazione;

c) formulare le proposte di conciliazione nel rispetto del limite dell'ordine pubblico e delle norme imperative;

d) corrispondere immediatamente a ogni richiesta organizzativa del responsabile dell'organismo.

3. Su istanza di parte, il responsabile dell'organismo provvede alla eventuale sostituzione del mediatore. Il regolamento individua la diversa competenza a decidere sull'istanza, quando la mediazione è svolta dal responsabile dell'organismo.

#### Art. 15

(Mediazione nell'azione di classe)

1. Quando è esercitata l'azione di classe prevista dall'art. 140 *bis* del Codice del consumo, di cui al Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, e successive modificazioni, la conciliazione, intervenuta dopo la scadenza del termine per l'adesione, ha effetto anche nei confronti degli aderenti che vi abbiano espressamente consentito.

- omissis -

#### CAPO V

#### ABROGAZIONI, COORDINAMENTI E DISPOSIZIONI TRANSITORIE

#### Art. 22

(Obblighi di segnalazione per la prevenzione del sistema finanziario a scopo di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo)

1. All'articolo 10, comma 2, lettera e), del Decreto Legislativo 21 novembre 2007, n. 231, dopo il numero 5) è aggiunto il seguente: "5 *bis*) mediazione, ai sensi dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69;".

#### Art. 23

(Abrogazioni)

1. Sono abrogati gli artt. da 38 a 40 del Decreto Legislativo 17 gennaio 2003, n. 5, e i rinvii operati dalla legge a tali articoli si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni del presente decreto.

2. Restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del Codice di Procedura Civile. I procedimenti di cui al periodo precedente sono esperiti in luogo di quelli previsti dal presente decreto.

#### Art. 24

(Disposizioni transitorie e finali)

1. Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi iniziati a decorrere dalla stessa data. - omissis -

Di seguito i moduli relativi alla informativa prescritta dal D.Lgs. n. 28 del 05/03/2010, obbligatoria dal 20 marzo 2010.

Io sottoscritto

\_\_\_\_\_ dichiaro di essere stato informato dall'Avv. \_\_\_\_\_, in ossequio a quanto previsto dall'art. 4, 3° comma del D.Lgs., 4 marzo 2010, n. 28, della facoltà di esperire il procedimento di mediazione previsto dal D.Lgs. n. 28/2010 per tentare la risoluzione stragiudiziale della controversia insorta tra me e \_\_\_\_\_

(indicazione della controparte) in relazione a \_\_\_\_\_ (indicazione della lite); nonché dell'**obbligo** di utilizzare il procedimento di mediazione previsto dal D.Lgs. n. 28/2010 (ovvero per le materie ivi contemplate, i procedimenti previsti dal D.Lgs. n. 179/2007 o dall'art. 128 bis del D.Lgs. n. 385/1993 e successive modificazioni), **in quanto condizione di procedibilità del giudizio**, nel caso che la controversia sopra descritta sia relativa a diritti disponibili in materia di condominio, diritti reali, divisione, successioni ereditarie, patti di famiglia, locazione, comodato, affitto di aziende, risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti, da responsabilità medica e da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità, contratti assicurativi, bancari e finanziari.

Della possibilità, qualora ne ricorrano le condizioni, di avvalersi del gratuito patrocinio a spese dello Stato per la gestione del procedimento; dei benefici fiscali connessi all'utilizzo della procedura, ed in particolare:

a) della possibilità di giovare di un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta all'Organismo di mediazione fino a concorrenza di 500 euro, in caso di successo; credito ridotto della metà in caso di insuccesso; e delle circostanze che:

b) tutti gli atti, documenti e i provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura;

c) che il verbale di accordo è esente dall'imposta di registro entro il limite di valore di 50.000 euro e che in caso di valore superiore l'imposta è dovuta solo per la parte eccedente.

Luogo e data,

(Sottoscrizione dell'assistito)(Sottoscrizione dell'Avvocato)

Si consiglia di indicare **nell'atto di conferimento della procura** il riferimento **all'avvenuta informazione**, secondo lo schema che segue: CNF, circolare n. 11-C-2010, modello di procura alle liti.

Il sottoscritto \_\_\_\_\_ nato a \_\_\_\_\_ il \_\_\_\_\_ e residente a \_\_\_\_\_ in Via \_\_\_\_\_ n. \_\_\_\_\_, C.F. \_\_\_\_\_, **informato ai sensi dell'art. 4, 3° comma, del D.Lgs. n. 28/2010 della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione ivi previsto e dei benefici fiscali di cui agli artt. 17 e 20 del medesimo decreto, come da atto allegato**, delega a rappresentarlo e difenderlo...

### Riattivato il servizio delle sentenze on line.

Il Consiglio ha predisposto un nuovo servizio telematico, attivo dal mese di febbraio, che consente di accedere on line alle sentenze del Tribunale di Nocera Inferiore e, novità importante, a quelle del Giudice di Pace.

L'accesso al servizio è garantito a tutti gli iscritti all'Albo ed è possibile accedendo al link presente sul sito dell'Ordine, <http://www.foronocera.it>, nell'area dedicata ai Servizi Informatici, alla pagina "Sentenze on line", tramite smart card/business key o inserimento di "nome utente" e "password". Quando si accede alla pagina indicata il browser di internet explorer dà il messaggio di errore "**Si è verificato un problema con il certificato di protezione del sito Web**", in questo caso cliccare tranquillamente su "continuare con il sito web (scelta non consigliata)".

L'avvocato riceve una comunicazione sulla sua casella di posta elettronica, che lo avverte circa il deposito della sentenza relativa a procedimenti nei quali è costituito o domiciliatario.

Può, quindi, prenderne visione cliccando sul link presente nel testo della mail.

Il "nome utente" per l'accesso è costituito dal codice fiscale, mentre il ritiro della password si effettua personalmente presso gli sportelli informativi istituiti dall'Ordine sia presso il tribunale che presso l'ufficio del Giudice di Pace di Nocera Inferiore.

Al primo accesso si devono necessariamente leggere ed accettare le condizioni per la erogazione del servizio ed in particolare confermare la seguente dichiarazione di responsabilità:

"si impegna formalmente, consapevole delle responsabilità civili e penali derivanti dalla mancata ottemperanza, in violazione delle norme che regolano l'uso di atti giudiziari, a non stampare e/o archiviare e/o diffondere copie delle sentenze presenti nel SITO SENTENZE".

Dal 1° di febbraio ad oggi sono (02/03/2010 ndr) state scansionate 322 sentenze del Giudice di



L'ingresso del castello Doria ad Angri.

Pace e 201 del Tribunale.

Per il tribunale si sta provvedendo a scansionare le sentenze emesse nell'anno corrente. Per il Giudice di Pace, esistendo una situazione di progresso abbastanza considerevole, si sta provvedendo a scansionare tutte le sentenze rese disponibili dagli uffici.

### Banche dati giuridiche on line presso gli sportelli informativi dell'Ordine.

Si informano i colleghi che il Consiglio dell'Ordine ha sottoscritto un contratto con la UTET per la fruizione della Banca dati completa denominata PLURIS accessibile tramite internet su 5 diverse postazioni.

Le postazioni sono state approntate presso la Sala

Avvocati del Tribunale di Nocera Inferiore e presso lo sportello informativo del Giudice di Pace di Nocera Inferiore.

Il sistema online integrato di ricerca rappresenta un validissimo strumento di aggiornamento e approfondimento per l'avvocato.

Esso garantisce l'accesso a:

- gli archivi di legislazione, prassi e giurisprudenza più completi;
- il Quotidiano Legale con news relative alle ultime sentenze e novità normative, arricchite dai commenti a firma di esperti della materia;
- la dottrina più autorevole tratta da tutte le pubblicazioni CEDAM e UTET Giuridica;
- la ricerca ed il collegamento con gli articoli pubblicati sulle riviste giuridiche editate da CEDAM, UTET Giuridica e altri importanti editori giuridici quali IPSOA.

Il sistema è completato da indispensabili utilities e strumenti operativi che consentono di risparmiare tempo e ottimizzare l'attività dell'avvocato.



### STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	142	5	0	0	147
AVVOCATI	1146	8	6	1	1161
<b>TOTALE</b>	<b>1288</b>	<b>13</b>	<b>6</b>	<b>1</b>	<b>1308</b>

PRAT. SEMPLICI	174
PRAT. ABILITATI	398
<b>TOTALE</b>	<b>572</b>

CASSAZ. E AVVOCATI	1308
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	572
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>1880</b>

### STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M · F	Speciali M · F	Professori M · F	Stranieri M · F	Totali M · F
CASSAZIONISTI	126 · 16	4 · 1	0 · 0	0 · 0	130 · 17
AVVOCATI	576 · 570	2 · 6	5 · 1	0 · 1	583 · 578
<b>TOTALE</b>	<b>702 · 586</b>	<b>6 · 7</b>	<b>5 · 1</b>	<b>0 · 1</b>	<b>713 · 595</b>

	M · F
PRAT. SEMPLICI	78 · 96
PRAT. ABILITATI	157 · 241
<b>TOTALE</b>	<b>235 · 337</b>

	M · F
CASSAZ. E AVVOCATI	713 · 595
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	235 · 337
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>948 · 932</b>