

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VII NUMERO 3
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



Anno VIII N° 3 - Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20/c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli

EDITORIALE
Giudici e Avvocati

VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA
Le Medaglie d'oro alla professione

HISTORIA ET ANTIQUITATES
Avvocati ebrei
e provvedimenti del governo
fascista in materia
di libere professioni

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Bando per 300
conciliatori
Regolamento sulle
specializzazioni forensi

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

Giuseppina Romano

Elisa Sava

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

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

In copertina:

*Angrì, particolare del Monumento ai Caduti
e del castello Doria*

Frottage dalle foto di Giuseppe Buongiorno
e Giovanni Ferrentino

Si ringraziano Teobaldo Fortunato
e Alfio Giannotti

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2010 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2010 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA IUSTITIAE
ANNO VII • NUMERO 3

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	in quella dei titoli di credito e nel <i>factoring</i>	25
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i> Le Medaglie d'oro alla professione: un appuntamento con la storia dell'Ordine forense dell'Agro Nocerino Sarnese	6	<i>Elisa Sava</i> Il tutore, un "genitore atipico"	27
GIURISPRUDENZA <i>Barbara Barbato</i> Rapporto di lavoro. Trasferimento di azienda. Contratto collettivo di lavoro. Contratti collettivi in genere. Rapporto di lavoro. Lavoro: subordinato in genere	10	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Cianluca Granato</i> Provvedimenti del governo fascista in materia di libere professioni in difesa della razza italiana	30
<i>Antonia Marchino</i> Doppia alienazione: declaratoria di inefficacia atto notarile	12	<i>Teobaldo Fortunato</i> Tra roccia e mare. L'Abbazia di Santa Maria de Olearia a Maiori	34
<i>Mariella Orlando</i> Termine per la richiesta di rimborso IVA. La questione alla Corte di Giustizia	13	CONTRIBUTI DAI COLLEGGI <i>Rino Carpinelli</i> Spigolando	39
<i>Giuseppina Romano</i> Il reato di rifiuto di sottoporsi all'alcool test	15	SOTTO LALENTE <i>A cura di Renato Diodato</i> Diritto amministrativo	42
DOTTRINA <i>Angela Cisale</i> La connivenza	18	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Bando per l'iscrizione presso l'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore di n. 300 conciliatori	43
<i>Francesca Del Grosso</i> La ragionevole durata del processo	20	Bando formazione liste triennali di avvocati domiciliatari e/o sostituti di udienza per contenzioso INPS. Scadenza 24 ottobre 2010	45
<i>Maria Grazia Ianniello</i> Efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto	21	Convenzione Cassa Forense relativa alla concessione di prestiti nella forma di anticipazioni su liquidazione per parcelle per difese d'ufficio con gratuito patrocinio da parte del Ministero della giustizia	47
<i>Olindo Lanzara</i> Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita	23	Regolamento sulle specializzazioni forensi	47
<i>Piervincenzo Pacileo</i> Regime giuridico della posizione debitoria nella cessione dei crediti ordinaria,		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Giudici ed Avvocati.

La ripresa dell'attività giudiziaria coincide con la pubblicazione del terzo numero, di quest'anno, della nostra rivista.

Una ripresa che non registra ancora il trasferimento delle aule di udienza e delle cancellerie civili nella "cittadella giudiziaria", benché quest'ultima sia stata completata da tempo.

Le operazioni di trasferimento, iniziate con la "sistemazione" della sezione lavoro e della cancelleria delle esecuzioni mobiliari, sono attualmente in una fase di stallo e ci si augura che possano riprendere in tempi rapidi onde consentire un più organico accentramento delle attività giudiziarie.

Per l'istante, l'Ordine degli Avvocati ha già provveduto a creare un point informativo negli spazi assegnati per evitare interruzioni del servizio.

Questo, per rispondere alle ripetute domande dei colleghi che non sempre conoscono le difficoltà con le quali bisogna scontrarsi per una logica pianificazione degli spazi.

E ci si augura che la ripresa possa continuare a registrare un clima di tranquilla convivenza tra giudici ed avvocati i quali operando nel medesimo ambiente, sono costretti, in un certo senso, a convivere forzatamente coi medesimi problemi, con le medesime difficoltà e con le poche medesime soddisfazioni. Certo, non mancano contrasti che pure ci vengono segnalati. Pur tuttavia, alle critiche sterili, tese ad evidenziare fatti di natura personale, non è possibile dare riscontri oggettivi.

Ci spieghiamo meglio.

Una decisione giurisdizionale sfavorevole per la parte che noi assistiamo, non può costituire, come richiesto da qualche collega, motivo per "dare addosso" ai magistrati che "non avrebbero molta considerazione per la classe forense".

Le decisioni contrarie fanno parte degli incerti del mestiere e contro le stesse è sempre possibile ricorrere all'utilizzo dei previsti mezzi di impugnazione.

E poi: "non credere all'avvocato che, dopo aver perduto una causa, fa l'adirato contro i giudici e ostenta di odiarli e di disprezzarli. Passato il breve malumore, fuggitivo come le gelosie degli innamorati, il cuore dell'avvocato è tutto per la Corte, croce e delizia della sua vita" (Calamandrei, Elogio dei Giudici, scritto da un Avvocato).

Diverso, invece, è per la segnalazione del collega il quale denuncia comportamenti supponenti ed irridenti nei confronti degli avvocati, ancor peggio se giovani.

Abbiamo già scritto altre volte, della essenzialità del reciproco rispetto fra due categorie.

È pacifico infatti che avvocati e giudici sono posti moralmente sullo stesso piano. Il giudice, così come piaceva a Calamandrei, "che manca di rispetto all'avvocato, come l'avvocato che manca di ossequio verso il giudice, ignorano che l'avvocatura e magistratura obbediscono alla legge dei vasi comunicanti: non si può abbassare il livello dell'uno, senza che il livello dell'altra cali altrettanto".

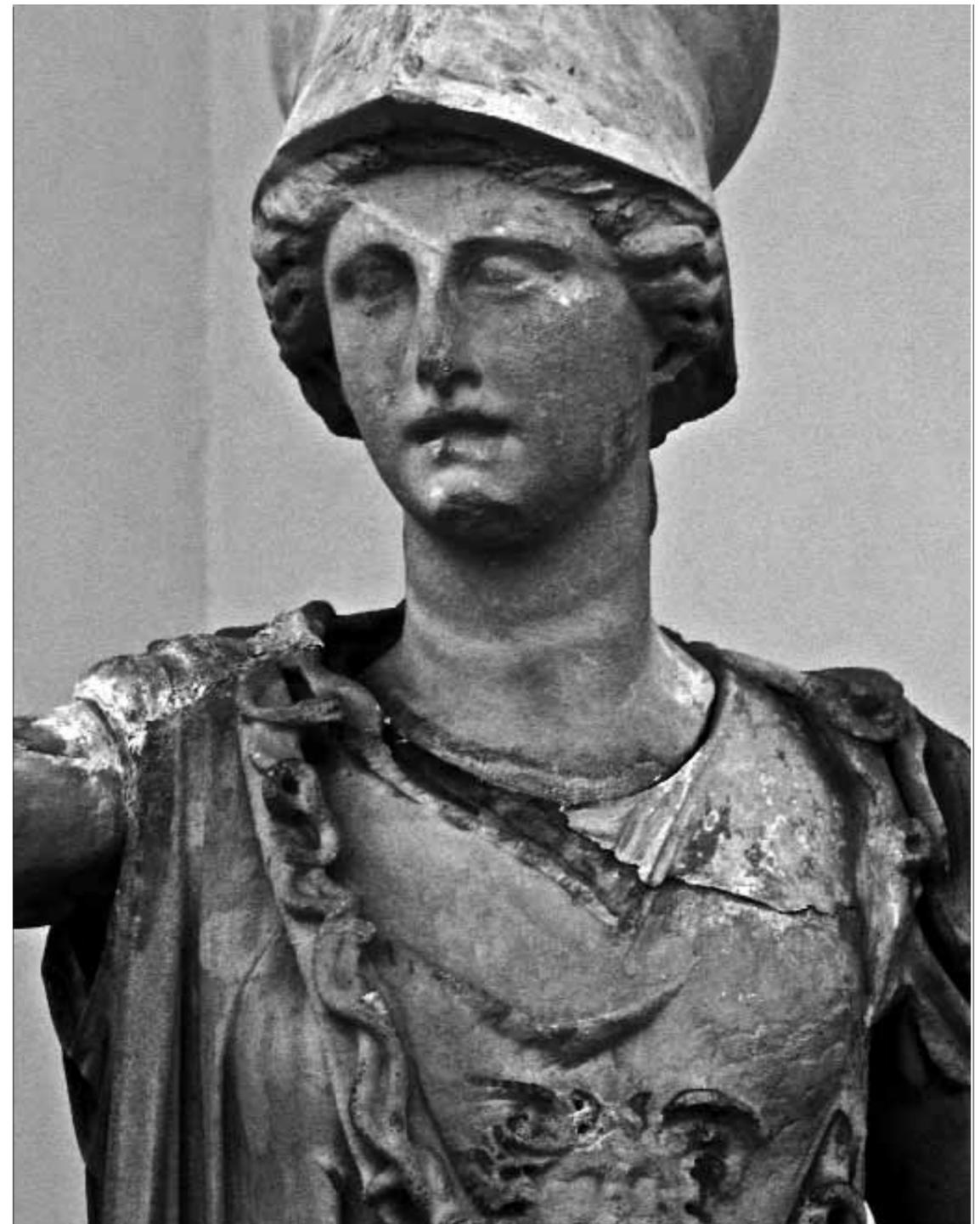
Ma abbiamo motivo di ritenere che trattasi di episodi casuali, legati ad una normale contrapposizione di ruoli.

È peraltro indubitabile che i giudici, così come gli avvocati, lavorano in condizioni difficili per cui, solo comprendendo realmente le reciproche esigenze, si potrà evitare il verificarsi di episodi incresciosi che, provocando disappunto ed amarezza, alimentano lo scontento e creano disorientamento nei rapporti tra le due componenti del mondo giudiziario.

È invece indispensabile che gli avvocati, a fronte di disdicevoli episodi di cui troppo spesso si legge sui giornali, interpretino l'attività professionale con perseverante serietà, bandendo le approssimazioni e fuggendo il clima di diffidenza di cui è ammantata la nostra professione, tale da rendere estremamente difficili i rapporti con gli altri. Coi clienti ancor di più, quasi che tutti i problemi del sistema giudiziario venissero causati dagli avvocati.

Un lungo rinvio di una causa: è colpa dell'avvocato.

Un ritardato recupero credito: è colpa dell'avvocato perché è un po' lento.



Una sentenza negativa: è colpa dell'avvocato che "non ha saputo difendermi bene".

A fronte di queste malevoli prevenzioni, si registra il proliferare dei mestieranti, capaci (?) di recuperare velocemente il credito, di garantire un immediato risarcimento danni, di proporre un vantaggiosissimo accordo.

Certuni vanno dall'avvocato esclusivamente perché questi trovi il sistema più utile per frodare la giustizia e non invece perché rappresenti giuste ragioni e concreti diritti.

Emerge, in questa diffusa ma falsa rappresentazione della avvocatura, la figura di chi della serietà ha fatto il suo credo quotidiano.

E non dimentichi chi si avvia alla professione, che quanto più gli avvocati seminano nella opinione pubblica sospetti, tanto meno sono apprezzati da chi li ascolta.

Questa rivista si è proposta, sin dall'inizio, lo scopo di portare avanti ragionamenti e dibattiti su argomenti come quelli testé trattati, restando aperta a tutti i contributi, che si sollecitano.

Ci si augura che questa esortazione non resti una *vox clamans* in deserto.

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

Le Medaglie d'oro alla professione: un appuntamento con la storia dell'Ordine forense dell'Agro Nocerino Sarnese.

Cinquant'anni di carriera premiati e riconosciuti come patrimonio comune di esperienza umana e professionale. Quest'anno il traguardo è stato raggiunto dagli avvocati Antonio D'Auria e Bruno Falcone, che hanno ricevuto le Medaglie d'oro sabato 25 settembre, durante la cerimonia, presieduta dal presidente Aniello Cosimato che scandisce ogni incontro ed il confronto con la storia della professione legale svolta da avvocati del territorio dell'Agro Nocerino Sarnese.

Il ricevimento si è tenuto nella Biblioteca "Maurizio Cingolo" ed è intervenuto l'avvocato Edilberto Ricciardi, già presidente del Consiglio nazionale forense e già sottosegretario al Ministero della giustizia. Era, inoltre, presente l'avvocato Anna De Nicola in qualità di direttore della Scuola forense "Fiorentino De Nicola", che ha annunciato l'apertura delle iscrizioni al Corso di preparazione all'esame di avvocato, giunto alla sua quarta edizione.

La cerimonia è stata aperta dall'intervento del presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, Aniello Cosimato, che ha portato anche i saluti del procuratore generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Salerno, dottor Lucio di Pietro.

«Autorità, Signore, Signori, Colleghe e Colleghi, oggi la Classe Forense del circondario si stringe intorno agli avvocati Antonio D'Auria e Bruno Falcone che hanno onorato, con il cinquantennale impegno professionale svolto, una delle missioni più alte e delicate, quella dell'affermazione e della difesa della libertà e dignità dell'uomo.

La toga a cui hanno dedicato la maggior parte della loro vita richiama in loro, ma anche in noi che con loro viviamo intensamente questo solenne momento, il giuramento che prestammo ai doveri che la funzione sociale attribuisce alla nostra professione.

Una professione che come diceva Calamandrei "di comprensione e dedizione empatica verso l'altro". Ricordare e celebrare insieme questa importante tappa del percorso professionale dei colleghi D'Auria e Falcone alla presenza dei loro cari familiari, dei loro praticanti, significa ricordare e celebrare la vita di uomini che hanno dedicato alla attività forense gran parte della loro esistenza vivendola quotidianamente con passione e dedi-

zione esercitandola con decoro, con probità scrupolosa, con sapienza ed onestà, assolvendo all'alto compito della tutela del diritto altrui dinanzi all'Autorità Giudiziaria, trasmettendo a quelli che si sono formati alla loro scuola le stesse motivazioni ed emozioni che li hanno accompagnati durante questo percorso iniziato nel 1960.

Ho chiamato a condividere la gioia e la solennità di questo momento, un prestigioso avvocato che ha rappresentato e rappresenta un punto di sicuro riferimento per l'avvocatura italiana, Edilberto Ricciardi, già presidente della Cassa Forense, del Consiglio nazionale forense e già sottosegretario al Dicastero della giustizia, che ha accolto con vivo entusiasmo il mio invito per portare un saluto ad Antonio D'Auria e Bruno Falcone e soffermarsi, dopo la consegna delle medaglie ricordo, sui valori della toga e sul futuro dell'avvocatura al cospetto dei suoi anziani e dei suoi giovani ai quali il Consiglio fornisce con il corso di preparazione all'esame di avvocato, oggi alla quarta edizione, intitolato al compianto collega Michele Ciarlo, utili strumenti didattici per potere affrontare con sufficiente tranquillità l'esame di abilitazione alla professione e premia con una borsa di studio, intitolata all'indimenticata collega Tessa Guerra, i migliori classificati alle prove scritte che si svolgono nell'ambito del corso stesso.

Una riflessione va fatta sui cambiamenti che la riforma arenatasi nelle secche parlamentari, apporterà in special modo in tema di formazione, di accesso, di controllo deontologico e sulle forme di organizzazione degli studi.

Cambiamenti che dovranno tenere in debito conto la tradizione che costituisce una componente essenziale per l'uomo e per l'avvocato, e tendere al recupero del prestigio della professione attraverso un recupero della qualità e della correttezza nell'esercizio della stessa, in un mondo forense che è in continua evoluzione, ove la figura dell'avvocato si presenta sotto angolazioni impensabili solo qualche decennio fa, dovendo purtroppo registrare che il normale distacco generazionale separa oggi sempre con maggiore intensità i giovani dagli anziani, sicché i primi sono già immersi nel futuro senza avere consolidato le radici nel passato.

La Medaglia d'oro che il Consiglio offre oggi ai colleghi, al cospetto della Classe Forense, alle Autorità, ai loro familiari ed in particolare dei figli avvocati Fabio e Valeria D'Auria e Chiara Falcone nel suo contenuto spirituale esprime l'alto riconoscimento del dovere professionale da essi compiuto.

Molto hanno dato all'avvocatura e molto ancora daranno».

L'avvocato Edilberto Ricciardi ha preso, poi, la



parola, mettendo in evidenza la viva partecipazione che ha sentito perché, ha detto, gli avvocati D'Auria e Falcone oggi sono «membri insigni del Foro nocerino, ma fino a qualche anno fa erano come me a Salerno. Sono anche io alla soglia dei cinquant'anni di professione - ha continuato l'avvocato Ricciardi - ma oggi ho, innanzitutto, una parola per i più giovani, che non conoscono la realtà di un Ordine piccolo, come era il nostro quando abbiamo iniziato. Un Ordine in cui c'era forte colleganza, in cui lo spirito di solidarietà superava il confronto in aula... Ricordo come fosse ieri le sciabolate che potevamo scambiarci in aula e poi, fuori, camminare a braccetto sulle scale del Tribunale. Oggi è tutto cambiato e non so dire se sia stata un'evoluzione o un'involuzione. In questo ha avuto un ruolo determinante anche l'aumentata complessità delle leggi. Noi, prima, avevamo il Codice, mentre le leggi straordinarie erano pochissime; oggi la produzione normativa è abnorme e, senza essere frainteso, "tumore". Indicazioni normative che si sovrappongono, si contraddicono, si moltiplicano senza, a volte, dire niente di nuovo, soprattutto per quanto riguarda una materia delicata come la famiglia; per non parlare delle attività economiche ed imprenditoriali, che con la loro eterogeneità si riflettono sull'attività dell'avvocato.

Un altro fattore di cambiamento è legato alla normativa europea e transnazionale: tutto ciò modifica i parametri normativi di riferimento dell'avvocato.

Da una recente ricerca realizzata presso

l'Università Bicocca di Roma è emerso che un cambiamento radicale nella professione legale è stato generato da due fattori: l'informatizzazione e la digitalizzazione, quest'ultima, per la verità, ancora embrionale. Devo dire che rispecchia la realtà. Ai nostri esordi nella professione avevamo solo la carta carbone per poter produrre delle copie dei documenti e questa era l'unica concessione alla tecnologia. Per una ricerca potevamo disporre solo dei repertori cartacei, volumi e volumi da consultare pazientemente. Oggi la ricerca è molto più agevole con internet e la consultazione dei cd-rom. Ormai siamo distanti anni luce da quella nostra realtà. La digitalizzazione, poi, apporterebbe un grande aiuto nelle attività di studio, risolverebbe una quantità enorme di problemi. In altre parole oggi l'avvocato è impresa, benché non abbia, la parola "avvocato", lo stesso significato in Gran Bretagna e in Spagna.

Tuttavia la toga, la cui foggia è indicata fin dai primi del '900, è ancora oggi il simbolo per eccellenza dell'avvocato. Indossarla induce a conservare rispetto per la propria funzione e quella degli altri...

I valori di solidarietà, socialità, autonomia, indipendenza sono connessi in modo indissolubile con l'esercizio della propria professione. Vorrei ricordare in particolare un passaggio di uno tra i più illustri rappresentanti della nostra professione, Pietro Calamandrei, che parlando dell'avvocatura disse "... non è una professione facile, può essere un mestiere, può essere un apostolato; può essere un tormento, ma

Da sinistra. Antonio D'Auria,
Bruno Falcone,
Edilberto Ricciardi.

può essere una felicità. Vita faticosa, vita combattuta: ma se uno si convince che l'unico conforto della vita così breve è quello di prodigarsi per gli altri, allora l'Avvocatura è una professione invidiabile e felice". Io aggiungo che può essere sacrificio anche della vita, come ci è stato dimostrato soprattutto in questo territorio da coloro che non hanno voluto violare i propri doveri di avvocato».

La cerimonia è arrivata al suo apice con gli interventi degli avvocati Antonio D'Auria e Bruno Falcone, che riportiamo di seguito.

L'intervento dell'avvocato Antonio D'Auria.

«La nota del Consiglio dell'Ordine con cui mi è stata comunicata la celebrazione del mio 50° anniversario di iscrizione all'Albo per la consegna della medaglia mi procura commozione e soddisfazione.

Intendo, quindi, ringraziare tutti i componenti del Consiglio dell'Ordine che hanno voluto onorarmi della loro gradita attenzione.

Nel ricordare il mio percorso professionale mi viene alla mente come prima cosa la figura del presidente dottor Guido Capozzi (presso il cui studio in Napoli, via Andrea d'Isernia, frequentai il corso per l'esame di procuratore legale), che mi insegnò l'applicazione pratica degli astratti principi giuridici ai casi concreti.

Di tanto gli sarò sempre grato.

Posso dire che, nel corso della mia attività, ho avuto sempre dei rapporti di estrema correttezza, cordialità e rispetto nei confronti dei colleghi, dei magistrati e di tutto il personale degli uffici giudiziari.

Ho svolto la mia attività giudiziaria in campo civile ed amministrativo con una preponderanza (ma non esclusività) nel campo delle procedure di espropriazione per pubblica utilità.

Ho avuto delle delusioni ma anche qualche soddisfazione.

In proposito ricordo con piacere la mia partecipazione all'udienza del 17.02.1983 tenuta davanti alle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione nella quale il presidente Giuseppe Mirabelli dispose la trattazione congiunta dei ricorsi, ivi compreso quello riguardante il mio assistito (tutti riguardanti occupazione illegittima di suoli per costruzione di opere pubbliche).

Le Sezioni Unite, con le relative sentenze (nn. 1464 e 1755/83), aderendo alla tesi mia e degli altri colleghi interessati dagli altri ricorsi statuirono, tra l'altro, che se la pubblica amministrazione occupi un fondo di proprietà privata per la costruzione di un'opera pubblica e

tale occupazione sia illegittima, la radicale trasformazione del fondo comporta l'estinzione del diritto di proprietà del privato e la contestuale acquisizione a titolo originario della proprietà in capo all'ente costruttore, con l'obbligo - ovviamente - del pagamento del suo controvalore di mercato agli ex proprietari.

In buona sostanza fu ampliato il disposto dell'art. 934 c.c. (che sancisce l'appartenenza al proprietario del suolo delle costruzioni sullo stesso esistenti) con il riconoscimento - al contrario - del trasferimento *sine titulo* al proprietario dell'opera pubblica del suolo illegittimamente occupato, previo pagamento del suo controvalore effettivo. Quindi fu coniata la cosiddetta "accessione invertita".

A questo punto mi rivolgo ai miei due figli, Fabio e Valeria, anche essi avvocati, che collaborano con me con estrema dedizione e (mi sia consentito) con più che sufficiente competenza, per augurare loro i migliori successi in campo professionale, mai dimenticando i principi di lealtà e rispetto nei confronti di colleghi, magistrati ed altri funzionari, cui mi sono sempre ispirato - come innanzi detto - nel corso di questo lungo percorso professionale.

Infine mi sia consentito di rivolgere un sincero ed amoroso ringraziamento a mia moglie Flora che, nel corso di quasi mezzo secolo, mi è stata vicina con amore ed abnegazione sia nella buona che nella cattiva sorte, provvedendo con enorme perizia, capacità e sacrifici alla educazione dei nostri due figli.

Non mi resta, quindi, cari colleghi, che rinnovarvi i ringraziamenti e saluti».

L'intervento dell'avvocato Bruno Falcone.

«Ringrazio di cuore tutti voi intervenuti questa mattina per sottolineare la ricorrenza dei cinquant'anni di iscrizione all'Albo degli avvocati mia e del collega D'Auria, che come potrete facilmente ricostruire risale ormai al 1960, quando avevo compiuto da poco ventiquattro anni! E ringrazio naturalmente il Consiglio dell'Ordine che questa ricorrenza ha ritenuto opportuno celebrare.

Ma se posso partecipare con comprensibile commozione a questa cerimonia devo dire soprattutto grazie a Dio: innanzitutto, perché ha voluto darmi da vivere fino ad oggi, in modo che potessi raggiungere questo traguardo; e poi, soprattutto, perché mi ha consentito di dedicarmi per così tanti anni ad un lavoro, ad una professione, che ho sempre amato.

Una professione che, certo, non è facile.

Non lo era cinquant'anni fa - e io posso testimoniare! - e non lo è oggi. Una volta c'erano



Da sinistra. Antonio D'Auria, Aniello Cosimato, Anna De Nicola, Bruno Falcone.

più difficoltà pratiche ed operative: non c'erano computer, fax, e-mail, fotocopiatrici. Immaginate cosa volesse dire scrivere un atto, una comparsa, magari piuttosto corposa, con le macchine manuali, con le quali non potevano farsi più di tre o quattro copie per volta! Bisognava scrivere lo stesso testo più volte e poi rileggerlo, collazionare, correggere ecc... Ma c'era per converso una maggiore attenzione da parte dell'avvocato ed anche una maggiore disponibilità del magistrato nell'esame della controversia, quasi una maggiore partecipazione e coinvolgimento di tutti nel caso che oggi appare del tutto assente. Ad esempio, quaranta o cinquanta anni fa era frequente che il giudice, all'epoca il pretore, richiesto di un provvedimento cautelare (una denuncia di nuova opera, un reintegra in possesso...) disponesse il proprio accesso insieme al cancelliere sul posto della controversia: così come non era affatto raro che tale accesso venisse disposto nella stessa giornata della presentazione del ricorso, ordinandosi la notifica a controparte *ad horas!* Oggi forse è ancora più difficile fare l'avvocato, soprattutto per le mutate condizioni sociali ed economiche. Certo abbiamo la tecnologia che rende assolutamente più agevoli le operazioni pratiche e che ci consente di fare tante cose in più e più velocemente di un tempo; ma questo va spesso a scapito del dovuto impegno di concentrazione da parte di noi avvocati e del necessario approfondimento della vicenda da parte dei magistrati, ai quali può capitare di non riuscire a cogliere l'effettiva entità dei problemi e talvolta dei drammi che frequentemente si agitano sotto la mole di carte con cui noi stessi li 'alluvioniamo'!

Ma, come dicevo, nonostante tutte le difficoltà, quelle antiche e quelle attuali, la professione di

avvocato è comunque gratificante per colui che riesce a viverla come va vissuta. E cioè non tanto - secondo me - con la retorica pretesa che essa sia un 'missione per il trionfo della giustizia', ma piuttosto facendosi governare da due principi molto semplici e nello stesso tempo imprescindibili, due principi che tutti i giovani (e meno giovani!), che hanno lavorato con me nella mia ormai lunga carriera, mi sentono ripetere praticamente ogni giorno:

il mandato che il cliente conferisce è sacro: dal momento che lo riceve l'avvocato è tenuto, in primis, a tutelare in maniera esclusiva l'interesse del cliente che si è affidato alla sua competenza, con tutte le sue capacità ed il suo impegno; le cause che l'avvocato deve curare o, comunque, le questioni che deve esaminare vanno affrontate con umiltà, vale a dire qualcosa che va ben oltre la dovuta diligenza e preparazione, e che attiene invece alla necessità di prevenire le difficoltà, essere pronti a fronteggiare tutti i possibili ostacoli e preparati a confutare la prospettazione di una tesi anche nuova o azzardata, comportandosi sempre senza presumere di avere già la risposta in tasca, ma piuttosto mostrandosi sempre disponibili a verificare le proprie conoscenze e a mettere in discussione le proprie certezze. Per concludere, vi confermo tutta la mia soddisfazione per i festeggiamenti di questa mattina; non vi nascondo peraltro che se questi festeggiamenti fossero non soltanto un'impetosa sottolineatura dell'età che avanza, ma - come mi auguro - il riconoscimento da parte vostra che nei miei cinquant'anni di attività ho perlomeno cercato di applicare i principi che vi ho indicati prima, ne sarei certamente e compiutamente felice!

Di nuovo grazie a tutti».

Giurisprudenza

Barbara Barbato

Rapporto di lavoro. Trasferimento di azienda. Contratto collettivo di lavoro. Contratti collettivi in genere. Rapporto di lavoro. Lavoro: subordinato in genere.

Cassazione Civile, Sezione Lavoro, 11 marzo 2010, n. 5882.

Rapporto di lavoro. Trasferimento di azienda.

L'incorporazione di una società in un'altra è assimilabile al trasferimento d'azienda di cui all'art. 2112 Codice civile, con la conseguente applicazione del principio statuito dalla citata norma secondo il quale ai lavoratori che passano alle dipendenze dell'impresa incorporante si applica il contratto collettivo che regolava il rapporto di lavoro presso l'azienda cedente solamente nel caso in cui l'impresa cessionaria non applichi alcun contratto collettivo, mentre, in caso contrario, la contrattazione collettiva dell'impresa cedente è sostituita immediatamente ed in tutto da quella applicata nell'impresa cessionaria anche se più sfavorevole. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione della corte territoriale che l'aveva ritenuto applicabile ai dipendenti della società bancaria incorporante, benché inferiore rispetto a quello previsto dal contratto integrativo aziendale della banca incorporata). (Cassa con rinvio, App. Catania, 05.08.2006).

Contratto collettivo di lavoro. Contratti collettivi, in genere. Rapporto di lavoro. Lavoro: subordinato in genere.

L'uso aziendale, quale fonte di un obbligo unilaterale di carattere collettivo del datore di lavoro, agisce sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, sostituendo alle clausole contrattuali e a quelle collettive in vigore quelle più favorevoli dell'uso aziendale, a norma dell'art. 2077, secondo comma, Codice civile. Ne consegue che il diritto riconosciuto dall'uso aziendale non sopravvive al mutamento della contrattazione collettiva conseguente al trasferimento di azienda, posto che operando come una contrattazione integrativa aziendale subisce la stessa sorte dei contratti collettivi applicati dal precedente datore di lavoro e non è più applicabile presso la società cessionaria dotata di propria contrattazione integrativa. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione della corte territoriale che aveva riconosciuto ai dipendenti di una banca incorporata in altro istituto di credito il diritto al superminimo, erogato dalla socie-

tà incorporata da lungo tempo, ritenendo erroneamente che tale condotta avesse determinato l'esistenza di un uso aziendale e l'inserimento del diritto nel contratto individuale di lavoro). (Cassa con rinvio, App. Catania, 05.08.2006).

La Cassazione ha risolto un altro dilemma chiarito, a seguito del ricorso presentato dal dipendente di una banca, incorporata in un altro istituto di credito. Nella specie, il lavoratore aveva chiesto al Tribunale di riconoscergli il diritto al mantenimento di alcuni emolumenti retributivi quali il superminimo ed il premio di rendimento che gli erano stati corrisposti in virtù di uso aziendale e non più versati dalla cessionaria, in quanto la nuova proprietà aveva comunicato disdetta alle organizzazioni sindacali del contratto aziendale stipulato con l'impresa cedente.

Nonostante l'adozione di tale atto formale da parte dell'impresa cessionaria, il dipendente aveva proposto la domanda al giudice per mantenere i titoli di retribuzione di cui sopra.

Il Tribunale di prime cure aveva accolto la domanda del lavoratore mentre in appello i giudici avevano respinto la richiesta di pagamento del premio di rendimento, confermando, invece, la decisione nella parte relativa al superminimo. In particolare i giudici di secondo grado avevano sostenuto che quest'ultimo emolumento era stato erogato in maniera continuata per quasi vent'anni con la conseguenza che, questo comportamento, aveva determinato l'esistenza di un uso aziendale e l'inserimento del diritto corrispondente nel contratto individuale di lavoro.

Contro questa sentenza avevano presentato ricorso alla Suprema Corte sia il lavoratore per il riconoscimento del suo diritto al premio di rendimento, che la banca per contestare la condanna al pagamento del superminimo.

In particolare, l'istituto di credito aveva sostenuto che l'uso aziendale faceva sorgere un obbligo unilaterale di carattere collettivo che agiva sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale, per cui i trattamenti migliorativi contenuti negli accordi integrativi aziendali, propri della banca incorporata venivano sostituiti da quelli della incorporante.

Nell'analizzare tale fattispecie, la Cassazione chiarisce due questioni molto complesse: la prima riguarda la qualificazione dell'incorporazione assimilata al trasferimento di azienda; mentre la seconda risolve il complesso problema della qualificazione dell'uso aziendale che equipara ad una fonte collettiva.

La Corte di Cassazione, nella sentenza *de quo*, afferma che l'incorporazione di una società in un'altra è paragonabile al trasferimento d'azien-

da, con la conseguenza che il contratto collettivo del cessionario (incorporante), sostituisce quello del cedente (incorporato), anche se meno favorevole. Ciò significa che la contrattazione aziendale dell'impresa cessionaria si sostituisce per intero a quella della cedente anche se più sfavorevole con la perdita di tutti i benefici goduti in precedenza. Per cui anche l'uso aziendale non "sopravvive" alla cessione d'azienda.

Il lavoratore, pertanto, in caso di incorporazione della sua impresa in un'altra può perdere alcune voci della retribuzione, quali il superminimo e il premio di rendimento.

Con tale pronuncia viene messo in chiaro anche un argomento spesso discusso e di rilevante importanza nell'ambito delle cessioni di azienda; ovvero, si torna ad affrontare il tema della salvaguardia dei diritti dei lavoratori in caso di trasferimento di azienda, prendendo posizione sull'operatività dell'art. 2112 c.c. non solo con riferimento alle disposizioni della contrattazione collettiva, ma anche agli usi aziendali, di fatto equiparandone la disciplina in relazione all'evento traslativo.

In effetti, l'istituto del trasferimento d'azienda si verifica quando cambia il titolare dell'attività, a seguito di operazioni quali cessione contrattuale, fusione in senso stretto, fusione per incorporazione, affitto, usufrutto.

Il trasferimento può riguardare l'intera azienda o parte di essa e in questo caso si parla di trasferimento di ramo d'azienda.

L'art. 2112 c.c. come modificato dal D.Lgs. n. 276/2003 definisce il ramo d'azienda come un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

La Suprema Corte, quindi, è intervenuta sul punto, ribadendo il fatto che al trasferimento di azienda deve essere assimilata l'incorporazione, così come era stato già stabilito da precedenti pronunce (Cass. n. 4951 del 29 maggio 1996; Cass. n. 6428 del 1° luglio 1998) e, per completezza, ha ricordato che anche nel caso di scissione (totale o parziale) di società può configurarsi un trasferimento d'azienda ex art. 2112 del Codice civile, non sussistendo alcun ostacolo di carattere giuridico, rinvenibile nel nostro ordinamento, circa la compatibilità tra la fattispecie della scissione e quella del trasferimento dell'azienda, sempreché non si tratti della cessione di singoli beni in luogo dell'intero patrimonio o di una parte di questo ad una o più società preesistenti o di nuova costituzione (Cass. n. 9897 del 6 ottobre 1998). Chiarito tale profilo, la Corte ha affrontato anche il complesso problema della qualifica-

zione dell'uso aziendale che equipara ad una fonte collettiva, stabilendo che in caso di trasferimento d'azienda, a norma dell'art. 2112, 3° comma, del Codice civile, ai lavoratori dell'azienda ceduta si applica il contratto del cessionario, a meno che quest'ultimo non ne applichi alcuno. Anche gli usi aziendali seguono la stessa sorte.

Il trasferimento d'azienda non determina la cessazione dei rapporti di lavoro ed il cessionario è tenuto ad applicare ai lavoratori il trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi di lavoro vigenti all'atto del trasferimento e fino alla loro scadenza, salvo che non siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili al cessionario. Tale disposizione ha lo scopo di far sì che il lavoratore continui pure dopo il trasferimento di azienda a beneficiare della tutela accordatagli dal contratto collettivo applicato all'azienda ceduta.

Tale forma di cautela, peraltro, è destinata ad operare unicamente nel caso in cui il cessionario non applichi a sua volta alcun contratto collettivo.

In caso contrario, infatti, la ragione della ultrattività della regolamentazione del rapporto ad opera del contratto collettivo applicato nella azienda ceduta viene meno, operandosi senz'altro la sostituzione del contratto applicato dal cessionario. La sostituzione, peraltro, opera unicamente tra contratti collettivi di pari livello. Alla luce della normativa riportata, la Suprema Corte ha, in sostanza, ribadito il principio che, salvo diversa pattuizione, il contratto collettivo (nazionale ed aziendale) applicabile ai lavoratori ceduti con l'azienda cedente è quello applicato dall'azienda cessionaria.

Infatti, l'uso aziendale scaturente dal mero comportamento del datore di lavoro, agisce sul piano dei rapporti individuali con la stessa efficacia di un contratto collettivo aziendale.

Ne consegue che l'uso aziendale non incide, modificandolo, sul contenuto del contratto individuale, ma opera come fonte eteronoma dello stesso come qualsiasi altro contratto collettivo.

Pertanto, in caso di cessione d'azienda (ovvero di incorporazione) l'uso aziendale, non innestandosi all'interno della contrattazione individuale, ma costituendo una mera integrazione di quella aziendale segue le stesse sorti di quest'ultima, venendo, con ciò, anch'esso sostituito dalla disciplina collettiva applicata nell'azienda cessionaria, anche se più sfavorevole.

In pratica, il cessionario è tenuto ad applicare fino alla scadenza ai lavoratori il trattamento economico e normativo previsto dai contratti collettivi di lavoro, nazionali, territoriali ed aziendali, vigenti all'atto del trasferimento.

Tale previsione è finalizzata a tutelare i lavoratori

garantendo loro la protezione offerta dalla contrattazione collettiva che regolava il loro rapporto presso l'azienda ceduta, soprattutto nel caso in cui la cessionaria non applichi alcun contratto collettivo. Gli accordi in essere possono però essere sostituiti da altri contratti collettivi applicati dal cessionario, a condizione che i contratti collettivi siano di pari livello (quindi con sopravvivenza dei contratti di livello diverso non sostituiti). La parità del livello non implica la garanzia di eguali condizioni, potendo accadere che vi sia un peggioramento determinato dalla sostituzione (Cass. 4 aprile 1997, n. 2955). Tale peggioramento non può però pregiudicare i diritti acquisiti dal lavoratore nel corso della precedente contrattazione. Occorre comunque tener presente che nella prassi la sostituzione è solitamente accompagnata da contratti ad hoc, cd. "di armonizzazione", che hanno la finalità di garantire una equilibrata transizione tra i due contratti. In conclusione la *ratio* della sentenza in oggetto persegue evidentemente la necessità di evitare l'applicazione di più contratti collettivi con conseguenti trattamenti diversificati tra lavoratori dipendenti, a seguito del trasferimento presso lo stesso datore di lavoro. Poi, con riferimento alla tematica del superminimo, la Suprema Corte estende la disciplina della contrattazione collettiva in vigore presso il cedente ed il cessionario, anche ai trattamenti economici derivanti da usi aziendali.

Antonia Marchino

Doppia alienazione: declaratoria di inefficacia atto notarile.

Tribunale di Nocera Inferiore, I sez. civile, Giudice Rel. Dott. Salvatore Di Lonardo, sentenza n. 398/2010, proc. civ. 936/1998.

La fattispecie contemplata nella sentenza si riferisce ad un caso di doppia alienazione di uno stesso bene immobile a soggetti diversi che dà luogo inevitabilmente ad un conflitto tra titoli di trasferimento, titoli incompatibili tra loro. Più dettagliatamente il caso preso in esame riguarda il conflitto di diritti di proprietà su uno stesso bene, sorto su diversi e successivi atti notarili. Il procedimento giudiziario è volto quindi a verificare l'identità dell'oggetto dei diversi atti notarili e contestualmente ad accertare la legittimità del diritto di proprietà. In tema di compravendita immobiliare, per la sussistenza del requisito della determinatezza o della determinabilità dell'oggetto del contratto, nell'atto devono essere indicati gli elementi necessari per la identificazione del bene venduto, i quali devono essere certi ed oggettivi, e

cioè idonei per l'individuazione dell'oggetto. Ai fini dell'individuazione dell'immobile oggetto di una compravendita, l'indicazione dei confini assume valore decisivo e prevalente rispetto ad altre risultanze probatorie, sia quando si risolve nella descrizione dell'intero perimetro, sia, a maggior ragione, quando trovi conferma in altri dati incontrovertibilmente conducenti al fine, come la dettagliata descrizione della composizione e della collocazione dell'unità immobiliare nell'ambito di un più vasto complesso, così eliminando ogni margine di dubbio circa la materiale consistenza dell'unità stessa. Tant'è vero che il ricorso ai dati catastali ha carattere meramente sussidiario, essendo ammesso unicamente nell'ipotesi di indicazioni inadeguate o imprecise in ordine ai confini, infatti la loro natura tecnica li rende essenzialmente preordinati all'assolvimento di funzioni tributarie (v. Cass. sent. n. 5635 del 18.04.2002). Così anche la Cass. con sent. n. 9215 del 14.05.2004 secondo cui i dati catastali assumono valore determinante solo nel caso in cui le parti abbiano fatto esclusivo riferimento ad essi per individuare l'immobile e manchi un qualsiasi contrasto tra gli stessi ed i confini del bene. Il giudice di merito nella sentenza di cui all'oggetto, ha ritenuto su supporto della relazione peritale nonché sull'indicazione dei confini fatta dalle parti negli atti, che il bene acquistato dagli attori fosse il medesimo descritto nel secondo atto di vendita, trascritto successivamente e quindi il secondo atto notarile deve ritenersi inefficace ed inopponibile, in quanto ha ad oggetto un bene già trasferito dal dante causa con un atto notarile trascritto precedentemente.

In via generale si evoca il principio secondo cui *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, in quanto il venditore non può trasferire il bene di cui non è più titolare per effetto di una vendita posta in essere precedente ma trattandosi di bene immobile il conflitto è poi definitivamente risolto dalla trascrizione, per cui tra i due contraenti prevale colui che per primo trascrive il suo titolo (art. 2643 c.c.). L'istituto della trascrizione ha natura di pubblicità dichiarativa, l'efficacia costitutivo-traslativa dell'atto deriva dalla semplice manifestazione del consenso (art. 1376 c.c.), essa costituisce, dunque, non un obbligo, ma semplicemente un onere per le parti, ai fini della opponibilità dell'acquisto ai terzi. Chi acquista validamente un diritto, ma non trascrive, è titolare del diritto, però non può opporlo a terzi (laddove, ad esempio, dovessero sorgere dei conflitti derivanti da una doppia alienazione). Questa regola, infatti, riveste la massima importanza al fine di risolvere le situazioni di conflitto tra più acquirenti dello stesso bene, dal momento che è

proprietario a tutti gli effetti del bene non già chi lo ha acquistato per primo, bensì chi ha trascritto per primo l'atto d'acquisto del suddetto bene. Estendendo lo studio degli effetti dell'istituto della trascrizione la fattispecie della doppia alienazione si complicherebbe: come nel caso del soggetto che, pur avendo acquistato per secondo, da un comune alienante, un immobile, si avvalga dello strumento della trascrizione per prevalere sul primo acquirente, trascrivendo per primo. Seguendo gli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza che sembrano prevalere, il primo acquirente può agire, in via contrattuale, nei confronti del comune venditore, prospettando la violazione degli obblighi di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c. e art. 1476 n. 2 c.c.). In via extracontrattuale, ai sensi dell'art. 2043 c.c., può agire anche nei confronti del secondo acquirente in mala fede, reo di conoscere la vendita effettuata precedentemente; al riguardo, giova precisare che la giurisprudenza oramai prevalente considera sufficiente la mera consapevolezza di ledere un diritto altrui. In alcune pronunce giurisprudenziali, tuttavia, si è precisato che la prova della dolosa preordinazione del secondo acquirente darebbe la possibilità al primo acquirente di agire in revocatoria (art. 2901 c.c.). La concessione dell'azione revocatoria rappresenta, però un retaggio storico, nonostante la pacifica reiterazione giurisprudenziale di una soluzione nata sotto il vigore del c.c. 1865, non sembra che nella doppia alienazione immobiliare sussistano tutti i requisiti attualmente richiesti dall'art. 2901 c.c. Il secondo acquirente, con la trascrizione, pur avvalendosi di uno strumento legittimo offerto dall'ordinamento, ha cooperato all'inadempimento dell'alienante, configurandosi pertanto un concorso tra responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, secondo il vincolo della solidarietà, giustificato dal richiamo ora all'art. 2055 c.c., ora all'art. 1227 c.c. La lesione del diritto di credito potrà quindi essere risarcita in via extracontrattuale.

Per quanto riguarda la responsabilità del venditore, seguendo la tesi dottrinale della *condicio iuris*, il primo acquirente potrebbe esercitare una azione di nullità del secondo atto viziato da illiceità della causa, attesa la condotta fraudolenta posta in essere tra il comune autore ed il primo trascrivente. La seconda vendita sarebbe illecita per contrarietà al buon costume (art. 1343 c.c.), poiché consistente in una concertazione fraudolenta ai danni del primo acquirente. Si è tuttavia affermato che una tale soluzione contrasta con il principio di ordine logico giuridico secondo cui dalla violazione di una regola "della morale" non può derivare l'applicazione di una norma giuridica. Il

vantaggio di una tale opzione consisterebbe tuttavia nella possibilità che avrebbe il primo acquirente, ottenuta sentenza di accertamento della nullità del secondo contratto, di recuperare integralmente il prezzo corrisposto attraverso l'azione di ripetizione dell'indebito oggettivo (art. 2033 c.c.). Un filone interpretativo che ha ricevuto un ampio conforto giurisprudenziale invece, partendo dalla premessa della validità della seconda vendita e della indubbia responsabilità del venditore, ne afferma la natura contrattuale, secondo alcuni fondata sul disposto dell'art. 1476 n. 2 c.c., secondo altri per violazione dell'obbligo di buona fede. La giurisprudenza peraltro ha fatto più volte richiamo sia all'art. 1375 c.c. che agli obblighi contrattuali del venditore di non stipulare una seconda vendita del bene immobile (obblighi rinvenibili nell'art. 1476 n. 2 c.c. inteso *lato sensu* alla stregua di clausola di buona fede): la buona fede, in particolare, anche e soprattutto in tali ipotesi, si erge sempre più a criterio cardine per la soluzione dei conflitti giuridici nel campo delle obbligazioni. Essa, in tali circostanze, si concretizza in quel particolare obbligo di astensione da qualsivoglia comportamento volto a frustrare l'acquisto del primo acquirente (Cass. sent. 2090/88). La buona fede, a seguire tale opinione largamente condivisa dalla giurisprudenza, è pertanto obbligo di natura contrattuale e che, come sostenuto dalla dottrina più moderna, non attiene semplicemente alle modalità della condotta, ma è obbligo della parte che tuttavia non può spingersi sino a comportare un ingiustificato sacrificio personale. Non è mancato chi, in aggiunta, seguendo una linea interpretativa analoga, ha richiamato la disciplina della garanzia per evizione (art. 1476 n. 3 c.c.), riferendosi all'affidamento che l'acquirente ripone nella esatta titolarità del diritto di proprietà.

Mariella Orlando

Termine per la richiesta di rimborso IVA. La questione alla Corte di Giustizia.

Corte di Cassazione, Sezione Quinta Tributaria, ordinanza interlocutoria del 17 agosto 2010 n. 18721.

Con recentissima ordinanza n. 18721 del 17 agosto 2010 la Quinta Sezione della Corte di Cassazione ha rimesso alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione del termine per la richiesta di rimborso IVA versata in eccedenza.

Il caso in esame riguarda la Banca Antoniana Veneta Popolare s.p.a., che aveva chiesto il rim-

borso delle somme versate a titolo di IVA sui compensi percepiti per l'attività di riscossione dei contributi, dovuti dagli associati, per conto dei consorzi di bonifica dal 1984 al 1994. Detti compensi erano stati regolarmente assoggettati all'imposta, addebitata, a titolo di rivalsa, agli stessi consorzi e versati all'Erario secondo le modalità di legge; ma l'Amministrazione finanziaria, con la Circolare n. 52/E del 26 febbraio 1999, mutava l'originaria interpretazione, ritenendo che i contributi consortili avessero natura tributaria e, conseguentemente, i compensi dovuti dai consorzi erano da considerarsi esenti da IVA ai sensi dell'art. 10, n. 5, del D.P.R. n. 633 del 1972.

Nel ricorso per Cassazione la banca lamentava la violazione dell'art. 53 Cost., del principio di neutralità dell'IVA di cui agli artt. 18 e 19 del D.P.R. n. 633/1972, dell'art. 2041 c.c., nonché l'erronea applicazione dell'art. 21 del Decreto Legislativo n. 546/1992, per avere la Commissione Tributaria Regionale, col negare il diritto del rimborso, violato il principio di capacità contributiva.

Secondo i giudici due sono gli strumenti che la parte ha a disposizione per ottenere la restituzione di quanto dovuto: il rito tributario, che prevede norme speciali che fissano dei precisi termini decadenziali, o l'azione di ripetizione dell'indebitato per via civile.

Nel caso del rimborso dell'imposta indebitamente versata non vi è una disciplina generale, ma solo casi particolari¹. Secondo una consolidata giurisprudenza², la fonte normativa al rimborso viene identificata nell'art. 21 della disposizione sul contenzioso tributario, il quale prevede che "la domanda di restituzione, in mancanza di disposizioni specifiche, ovvero, se posteriore, può essere proposta dal giorno in cui si è verificato il presupposto per la restituzione".

Quanto al rimborso dell'imposta addebitata in rivalsa il soggetto che ha subito l'addebito, anche se non consumatore finale, deve esercitare la pretesa nei confronti del cedente del bene o del prestatore del servizio, che hanno effettuato l'addebito, nell'ambito di un rapporto di indebitato oggettivo, disciplinato dal Codice civile, soggetto a un termine di prescrizione decennale (art. 2934 c.c.). Di conseguenza le relative controversie - considerate di natura non tributaria - sono devolute alla giurisdizione del giudice civile ordinario. Secondo la quinta sezione la decisione della presente causa implica la risoluzione di diversi problemi interpretativi di principi e norme di diritto comunitario.

Nel sistema processuale nazionale sussiste una rilevante disomogeneità tra la disciplina che regola le controversie relative alla restituzione dell'indebitato ex art. 2033 c.c. e quella che regola le pre-

tese restitutorie della banca concessionaria, di natura tributaria e quindi devolute al giudice tributario. Con la conseguenza che nel secondo caso operava il termine di decadenza biennale, mentre le azioni dei consorzi potevano essere esercitate nell'ordinario termine decennale di prescrizione. Il Collegio non condivide la tesi accolta nella precedente sentenza della Corte n. 19623 del 2010, secondo la quale il termine biennale di decadenza decorre, non già dal versamento dell'imposta, ma dall'emanazione della circolare n. 72/E del 1999. Tale circolare, avendo una rilevanza meramente interna, non può essere riconosciuto valore normativo generale, da attribuire diritti a soggetti estranei all'organizzazione amministrativa.

La soluzione deve essere ricercata in altri principi. Il diritto al rimborso dell'IVA costituisce un principio generale del sistema comunitario, ricavabile dall'art. 17, n. 3 della sesta direttiva. In una precedente pronuncia della Corte di Giustizia³ sul tema del rimborso IVA, i giudici comunitari hanno affermato che debitore d'imposta secondo il sistema della sesta direttiva (art. 21, punto 1) è soltanto il cedente/prestatore del servizio. Nella stessa sentenza si sostiene che il diritto al rimborso del cessionario/committente al rimborso dell'IVA non dovuta addebitata in rivalsa deve essere esercitato nei confronti del cedente/prestatore, salvo in caso dell'insolubilità di quest'ultimo. Nel caso in esame, la Corte ha ritenuto necessario sollecitare la Corte di Giustizia ove si pronunci sulla sesta direttiva art. 21, ovvero se gli Stati membri possono prevedere che una persona diversa dal soggetto passivo sia tenuta in solido al versamento dell'imposta.

È opportuno sottolineare che ove lo Stato membro faccia uso di tale facoltà, vi sarebbe violazione del principio di non discriminazione e di neutralità dell'imposta sul valore aggiunto nel caso in cui non venga riconosciuto il diritto al rimborso nei confronti dell'erario. A ciò si aggiunge che l'estensione della platea dei debitori d'imposta viene considerata come mezzo per un efficace contrasto alle frodi in materia di IVA.

Tuttavia, nell'ordinanza in questione, la Corte manifesta dubbi circa la compatibilità della consolidata giurisprudenza comunitaria con quella nazionale, considerato che, nel caso di specie, il soggetto che aveva addebitato l'IVA in rivalsa e l'aveva versata all'Erario era obbligato, in forza di una sentenza del giudice civile a rimborsare l'IVA al soggetto che aveva subito l'addebito, senza poi aver ottenuto il rimborso dall'Erario. Sembra prospettarsi proprio un'ipotesi di impossibilità all'esercizio del diritto conseguente alla disciplina processuale nazionale.

Inoltre, fondate riserve debbono esprimersi circa

la compatibilità del sistema processuale italiano (ove prevede limiti temporali di rilevante diversità per l'esercizio del diritto al rimborso da parte dei differenti soggetti) col principio della neutralità⁴ fiscale in materia di imposta sul valore aggiunto. Tale principio comporta che il carico deve gravare esclusivamente sul consumatore finale. Tuttavia, nel caso di specie sembra assumere rilevanza il fatto che all'epoca dell'addebito dell'IVA ai consorzi e del suo versamento all'Erario esisteva una prassi amministrativa e giurisprudenziale che faceva ritenere l'IVA dovuta, per cui la banca cessionaria non aveva esercitato il diritto al rimborso nel termine di due anni ad essa imposto, mentre finiva con l'essere definitivamente gravata dall'onere dell'imposta a seguito della condanna del giudice civile al rimborso a favore dei consorzi. In conclusione la Corte, nell'evidenziare la difficoltà di trovare all'interno dell'ordinamento italiano una soluzione unanime necessaria per stabilire quale criterio debba essere utilizzato per l'individuazione del termine di prescrizione del rimborso IVA, sottopone - ai sensi dell'art. 267 del Trattato - alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea i seguenti quesiti: se i principi di effettività, di non discriminazione e di neutralità fiscale in materia di IVA ricostituiscono il diritto del cessionario/committente al rimborso dell'IVA pagata a torto come indebitato oggettivo di diritto comune possa dar luogo al rimborso di quest'ultimo senza che lo stesso possa più chiedere il rimborso all'Amministrazione finanziaria; e se siano compatibili coi già riferiti principi una prassi o giurisprudenza nazionale che consentano l'emanazione di una sentenza di rimborso a carico del cedente/prestatore del servizio a favore del cessionario/committente, il quale non aveva esercitato l'azione di rimborso dinanzi ad altro giudice nei termini a lui imposti, in affidamento di una interpretazione giurisprudenziale, seguita dalla prassi amministrativa, secondo cui l'operazione era soggetta ad IVA.

¹ Art. 38 *ter* del D.P.R. 30 dicembre 1981 n. 793, in attuazione dell'ottava direttiva IVA a favore dei soggetti residenti in altri Stati membri dell'Unione Europea.

² La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 813 del 17 gennaio 2005, ha escluso che i semplici provvedimenti amministrativi possano "valere a costituire un diritto altrimenti non esistente, se non nei casi in cui sia la legge stessa ad attribuire questo potere a quella specifica autorità amministrativa". In questo caso, un contribuente aveva presentato richiesta di rimborso dell'IVA versata in misura più elevata rispetto al dovuto, per un errore commesso nella fatturazione sull'aliquota da applicare. In tale ipotesi, la Corte ha sostenuto che il termine di due anni non può decorrere dal pagamento, in quanto un diritto o sussiste in base all'ordinamento giuridico, o non sussiste affatto.

Con altra pronuncia, la Corte con la sentenza n. 30499 del 30 dicembre 2008 ha affermato che, in materia di IVA, il diritto al rimborso dell'imposta versata dalla filiale italiana di una società avente sede in un altro Stato comunitario sul corrispettivo dei servizi resi

nei suoi confronti della casa madre soggetta al termine di decadenza biennale, anziché al termine decennale di prescrizione stabilito per l'indebitato oggettivo. Il termine decennale è infatti applicabile "soltanto quando la contrarietà del diritto interno al diritto comunitario investa il tributo nella sua interezza, sì che il pagamento non possa in alcun modo ricollegarsi ad un rapporto tributario" (Cass. sent. n. 15108/2003).

³ Sentenza *Reemtsa*.

⁴ Si richiama la sentenza 15 marzo 2007 in causa C -35/05, *Reemtsa Cigarettenfabriken GmbH*, resa a seguito di rinvio pregiudiziale della Corte. In tale sentenza i giudici comunitari hanno affermato che debitori d'imposta secondo il sistema della sesta direttiva (art. 21, punto 1) è soltanto il cedente/prestatore del servizio. Nella stessa sentenza è sotto affermato che il diritto del cessionario/committente al rimborso dell'IVA non dovuta addebitata in rivalsa deve essere esercitato, il principio, nei confronti del cedente/cessionario, salvo il caso dell'insolubilità di quest'ultimo; che, inoltre, non contrasta coi principi di effettività, di proporzionalità e di neutralità dell'imposta ricondurre il diritto al rimborso nell'ambito di un ordinario rapporto civilistico di indebitato disciplinato dal Codice civile. È da rilevare che la pronuncia non ha dato esplicita risposta al quesito proposto dalla Corte nell'ordinanza di rinvio, e se cioè, nel caso in cui l'ordinamento nazionale imponga ad altri soggetti gli obblighi proprio del debitore principale d'imposta, anche tali soggetti debbano considerarsi debitori d'imposta, e quindi essere ammessi, a pretesa di rimborso nei confronti dell'amministrazione finanziaria, senza essere, quindi, costretti ad agire nei confronti del soggetto che ha loro addebitato l'IVA in rivalsa.

Giuseppina Romano

Il reato di rifiuto di sottoporsi all'alcool test.

Cassazione Penale, Sezioni Unite, sentenza n. 23428 del 18.06.2010.

Il rifiuto dell'automobilista di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico comporta la confisca del veicolo. Lo hanno stabilito le Sezioni Unite Penali, nella sentenza n. 23428 del 18.06.10, a seguito di ricorso proposto dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Pordenone. Il Tribunale aveva annullato con rinvio alle Sezioni Unite la convalida del sequestro attuata dal Gip, ritenendo "che non potesse essere applicata al rifiuto la stessa normativa prevista per la guida in stato di ebbrezza e giudicando così la confisca del veicolo come sanzione amministrativa e non penale". Nella pronuncia in parola, i giudici penali della Suprema Corte, chiamati a comporre il contrasto giurisprudenziale circa la natura penale o amministrativa della misura ablativa, hanno affermato che "la confisca del veicolo prevista dal CdS, in caso di condanna per il reato di rifiuto di sottoposizione all'alcool test, ha natura di sanzione penale accessoria".

Si tratta di un'altra importante tappa segnata dai giudici della Cassazione per arginare il tragico fenomeno del *drive drinking* attraverso la equiparazione del rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico con la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza. La portata innovati-

va della sentenza in commento è fuori discussione ed emerge in tutta la sua evidenza alla luce del travagliato iter normativo dell'art. 186 CdS, iniziato con la Legge n. 214/2003 e culminato nelle recenti modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 92/08 convertito nella Legge 125/08.

L'art. 186 CdS, secondo la formulazione voluta dalla Legge n. 214/2003 sanciva il divieto di guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche e puniva tale violazione, che si verificava quando il tasso alcolemico era superiore a 0,5 grammi per litro, con l'arresto e con l'ammenda oltre che con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione e della revoca della patente di guida.

Il D.Lgs. 3 agosto 2007 n. 117 modificava il citato art. 186 CdS attraverso una diversificazione delle risposte sanzionatorie a seconda del tasso alcolemico riscontrato. Le pene dell'arresto e dell'ammenda subivano un inasprimento per le cd violazioni di seconda (tasso alcolemico superiore a 0,8 g/l) e terza fascia (tasso alcolemico superiore a 1,5 g/l). La vera novità, ma anche il punto debole del dettato normativo di cui al D.Lgs. n. 117/07, è stata però la trasformazione della contravvenzione prevista dal 7° comma dell'art. 186 (rifiuto dell'alcool test) in illecito amministrativo, punito con una sanzione pecuniaria e con le sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente di guida e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di 180 giorni.

È di immediata evidenza la inefficacia della normativa introdotta dal legislatore del 2007 nella lotta contro l'uso smodato di alcool, in quanto, come acutamente osservato dai giudici delle Sezioni Unite nella sentenza *de qua*: "il conducente del veicolo poteva vantare un interesse a rifiutare di sottoporsi all'alcool test, accettando l'irrogazione della sanzione amministrativa nella consapevolezza che senza la misurazione strumentale egli poteva essere tutto al più, riconosciuto colpevole della meno grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza "per la quale è ancora oggi prevista la sola pena dell'ammenda".

Con il D.Lgs. n. 92 del 2008 convertito nella Legge 125/2008, il legislatore, resosi conto dello scarso impatto del sistema sanzionatorio complessivamente delineato per contrastare il fenomeno del *drive drinking*, ha introdotto un inasprimento delle pene detentive per gli illeciti di seconda e terza fascia, previsti dal 2° comma dell'art. 186 CdS, aggiungendo al comma 2, lettera c, una disposizione per la quale "con la sentenza di condanna ovvero di patteggiamento, anche se è applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art.

240, comma 2, c.p."

È però solo con la Legge 125/2008 di conversione del D.Lgs. n. 92 del 2008 che si giunge alla clamorosa parificazione, sotto il profilo della risposta sanzionatoria, del rifiuto di sottoporsi all'accertamento del tasso alcolemico (art. 186 CdS, comma 7) con la più grave delle ipotesi di guida in stato di ebbrezza, ossia quella prevista dal comma 2, lettera c, dello stesso articolo, con conseguente applicazione della misura della confisca con le stesse procedure e modalità previste per la fattispecie più grave di guida in stato di ebbrezza. Nella sua attuale formulazione l'art. 186 CdS, nei primi 2 commi, recita così:

1. È vietato guidare in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche.

2. Chiunque guida in stato di ebbrezza è punito, ove il fatto non costituisca più grave reato:

a) con l'ammenda da euro 500 a euro 2000, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,5 e non superiore a 0,8 grammi per litro (g/l).

All'accertamento del reato consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da tre a sei mesi;

b) con l'ammenda da euro 800 a euro 3.200 e l'arresto fino a sei mesi, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 0,8 e non superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da sei mesi ad un anno;

c) con l'ammenda da euro 1.500 a euro 6.000, l'arresto da tre mesi ad un anno, qualora sia stato accertato un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro (g/l). All'accertamento del reato consegue in ogni caso la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida da uno a due anni. La patente di guida è sempre revocata, ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, quando il reato è commesso dal conducente di un autobus o di un veicolo di massa complessiva a pieno carico superiore a 3,5t. o di complessi di veicoli, ovvero in caso di recidiva nel biennio. Ai fini del ritiro della patente si applicano le disposizioni dell'art. 223. Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240, comma 2, del Codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato. Il veicolo sottoposto a sequestro può essere affidato in custodia al trasgressore. La stessa procedura si applica anche nel caso di cui al



comma 2 *bis*. Mentre il successivo comma 7 risulta del seguente tenore: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, in caso di rifiuto dell'accertamento di cui ai commi 3, 4 o 5, il conducente è punito con le pene di cui al comma 2, lettera c. La condanna per il reato di cui al periodo che precede comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e del fermo amministrativo del veicolo per un periodo di centottanta giorni ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI, salvo che il veicolo appartenga a persona estranea alla violazione. Con l'ordinanza con la quale è disposta la sospensione della patente, il prefetto ordina che il conducente si sottoponga a visita medica secondo le disposizioni del comma 8. Se il fatto è commesso da soggetto già condannato nei due anni precedenti per il medesimo reato, è sempre disposta la sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida ai sensi del capo I, sezione II, del titolo VI.

Le conseguenze di tale impostazione sono di non poco momento. Innanzitutto, oggi, l'automobilista che viene fermato ha tutto l'interesse a non sfuggire al test alcolemico perché, in caso di rifiuto si vedrà applicare una sanzione pari a quella prevista per l'ipotesi più grave di guida in stato di ebbrezza, mentre, in caso di misurazione strumentale, si potrà magari dimostrare la presenza di un tasso alcolemico inferiore a 1,5 g/l con conseguente irrogazione della sanzione penale più lieve.

La seconda considerazione che si impone, sempre nell'ottica del contrasto al *drive drinking*, riguarda la maggiore deterrenza di tali sanzioni rispetto a quelle tradizionali dell'arresto e dell'ammenda, spesso vanificate dalla sospensione condizionale della pena o dall'accesso a sanzioni alternative.

Quanto poi alla natura, penale o amministrativa, della confisca prevista dall'art. 186 CdS, secondo i giudici delle Sezioni Unite, non sussiste un vero e proprio contrasto giurisprudenziale in quanto né la dottrina, né la giurisprudenza (Cass., sez. IV, 11 febbraio-30 marzo 2009, n. 13831, Fumagalli, n. 242749 e Cass., sez. IV, 27 gennaio-5 marzo

2009, n. 9986) hanno mai revocato in dubbio la natura penale della confisca di cui al 2° comma dell'art. 186 CdS. Orbene, sostengono i giudici, la totale equiparazione dal punto di vista sanzionatorio, stabilita dal legislatore tra il reato di "rifiuto dell'alcool test" e quello di "guida in stato di ebbrezza" nella fattispecie più grave, consente di estendere la natura penale della confisca di cui al 2° comma anche a quella di cui al 7° comma dell'art. 186 CdS. A favore di tale interpretazione milita non solo il dato letterale ma anche una considerazione di carattere funzionale. Le sanzioni amministrative accessorie assolvono direttamente o indirettamente una funzione riparatoria dell'interesse pubblico oppure una funzione di prevenzione specifica. La sanzione penale assolve invece una funzione essenzialmente punitiva e di prevenzione generale. Ora, nell'ottica del contrasto al fenomeno del *drive drinking*, non si può non rilevare che il legislatore ha assegnato alle due confische previste dall'art. 186 CdS, identica funzione afflittiva. Il problema è semmai, dicono i giudici, quello di stabilire se si tratti di una sanzione penale vera e propria, anche se accessoria, o piuttosto di una misura di sicurezza patrimoniale poiché da tale configurazione discendono importanti conseguenze. L'art. 186 CdS statuisce che la confisca debba essere disposta in caso di condanna e/o di sentenza *ex art.* 444 c.p.p. anche in caso di sospensione condizionale della pena. Osservano i giudici che se si fosse trattato di una misura di sicurezza patrimoniale, non ci sarebbe stato bisogno di una tale previsione, giacché la sospensione condizionale della pena non si estende alle misure di sicurezza mancando una disposizione in tal senso.

La qualificazione della confisca come sanzione penale accessoria comporta come logica conseguenza che l'ambito di applicazione temporale della stessa debba essere scandito, ai sensi dell'art. 2 c.p., dal principio di irretroattività della legge penale. Da ciò discende, dicono i giudici, che "la confisca non può essere disposta in relazione agli illeciti commessi prima della entrata in vigore delle norme che l'hanno introdotta".

Dottrina

Angela Cisale

La connivenza.

Nel precedente numero, l'avvocato Scudiero ha affrontato in modo chiaro ed esaustivo la complessa problematica del c.d. "concorso di persone nel reato".

Il concorso di persone nel reato è disciplinato dall'art. 110 c.p., istituito col quale il legislatore ha voluto sanzionare penalmente il comportamento di due o più soggetti che concorrono nel medesimo reato. Il tema *de qua* è complesso e le problematiche sottese diverse, tanto da spingere la giurisprudenza di legittimità a rivedere continuamente i labili confini tra l'istituto di cui all'art. 110 c.p. e quello del favoreggiamento ex artt. 378 e 379 c.p. L'assenza di una norma giuridica avente ad oggetto la definizione di condotta illecita costringe dottrina e giurisprudenza a stabilire, di volta in volta, se una data condotta possa configurare o meno un reato. A fraporsi tra le condotte lecite ed illecite, in una sorta di limbo, vi è la connivenza, istituito tutto di creazione giurisprudenziale e dottrinarie.

Col termine connivenza, dal latino *connivens* - che chiude gli occhi -, si indica il soggetto che assiste passivamente alla perpetrazione di un reato che ha la possibilità materiale ma non l'obbligo giuridico di impedire¹.

Il legislatore con la disposizione normativa di cui all'art. 110 c.p. ha voluto rendere possibile la punizione di condotte atipiche e penalisticamente irrilevanti; infatti, attraverso la c.d. "clausola di estensione della tipicità" gli organi giudicanti riescono ad estendere la punibilità a determinate condotte. La cooperazione può avvenire tanto nella fase di ideazione del reato quanto nella fase della sua esecuzione materiale, è necessario dunque distinguere un concorso morale da un concorso materiale. Il concorso morale, si verifica allorché si fa sorgere o si rafforza in un soggetto un proposito criminioso. Il concorso materiale, invece, consiste nella partecipazione alla esecuzione del reato o in un concreto aiuto al reo nella preparazione ed esecuzione del reato. Mentre il Codice penale Zanardelli in materia di concorso di persone nel reato diversificava il trattamento sanzionatorio in ragione del tipo di concorso realizzato da ciascun correo, il Codice Rocco ha fondato la responsabilità dei correi sul c.d. modello unitario, ossia di una eguale responsabilità per tutte le persone che sono concorse nel reato, perché tutte le condizioni che concorrono a produrre l'evento sono cause dello stesso. Attraverso i parametri di cui agli artt. 112, 114 e

133 c.p., a dispetto del principio di pari responsabilità di tutti i concorrenti, gli organi giudicanti hanno, però, la possibilità di graduare la responsabilità di ciascun concorrente a seconda del contributo apportato alla realizzazione del fatto criminioso. Altro istituto non poco discusso, che rende incerti (per determinate fattispecie astratte) i casi di applicazione del concorso di persone nel reato è il favoreggiamento.

Si ha favoreggiamento e non concorso di persone nel reato, ad avviso di consolidata giurisprudenza, quando: "[...] la configurabilità del delitto di favoreggiamento, sotto il profilo del rapporto cronologico con il reato principale, postula necessariamente che la commissione di quest'ultimo, nel suo momento iniziale, sia anteriore alla condotta assunta come favoreggiatrice, ma non anche che il reato principale sia già esaurito nell'atto in cui detta condotta viene posta in essere. Ne consegue che l'aiuto consapevolmente prestato a soggetto che perseveri attualmente nella condotta costitutiva di un reato tipicamente permanente, dà luogo generalmente a concorso in tale reato e non a favoreggiamento, a meno che detto aiuto, per le caratteristiche e per le modalità pratiche con le quali viene attuato, non possa in alcun modo tradursi in un sostegno o incoraggiamento dell'altro nella protrazione della condotta criminiosa"². Perché possa essere contestato ad un soggetto il reato p. e p. dall'art. 378 c.p. è necessario che il soggetto non sia stato coinvolto nel reato presupposto, né oggettivamente mediante un apporto materiale alla sua consumazione, né soggettivamente attraverso la manifestazione, antecedente all'esecuzione del reato, di disponibilità a fornire all'autore, in caso di necessità, un rilevante aiuto così da rafforzarne la determinazione a delinquere³. Quando una data condotta, allora, integra l'ipotesi di mera connivenza, ossia non è penalmente rilevante nonostante sia stata tenuta contemporaneamente ad una condotta penalmente rilevante? Autorevole dottrina ha cercato una risposta attraverso la risoluzione di un altro quesito: quand'è che una condotta di partecipazione è penalmente rilevante? La risposta sembrerebbe ovvia e scontata, ma non lo è; tant'è che uno dei problemi più delicati è dato, proprio dall'individuazione di criteri, alla cui stregua è possibile determinare la condotta di partecipazione rilevante. Nel tempo dottrina e giurisprudenza hanno cercato, in assenza di una norma, di stabilire una soglia minima di rilevanza della partecipazione punibile, al disotto della quale ogni condotta è da ritenersi lecita. La dottrina ha cercato di risolvere il problema dell'individuazione della partecipazione penalmente rilevante, sviluppando nel tempo una serie di teorie che muovendo

dalle critiche ad altre teorie hanno cercato di affermarsi nel tempo. Autorevoli studiosi, come Fiandaca e Musco, sostengono che: "il criterio da adottare in sede di verifica della partecipazione criminosa, deve essere lo stesso adottato in sede di accertamento del nesso causale; ossia, occorre riportare l'efficacia causale del contributo non all'evento astratto, ma all'evento *hic et nunc*"⁴.

Ad avviso di altra illustre dottrina, sostenuta anche dallo studioso Mantovani⁵, la teoria c.d. causale-condizionistica "rischia" di considerare la condotta di partecipazione come qualsiasi condotta che modifica il fatto storico, mentre è necessario punire attraverso un giudizio *ex post* anche la condotta che abbia semplicemente facilitato la commissione dello stesso.

Dottrina maggioritaria ritiene, però, che seguendo quest'ultima teoria si rischia di considerare penalmente rilevante ogni condotta che abbia semplicemente facilitato la commissione di un reato, rischiando di lasciare impuniti quelle condotte che, pur apparendo *ex ante* necessarie, si sono poi rivelate inutili o addirittura dannose.

I sostenitori di questa tesi ritengono che un giudizio di responsabilità del correo possa fondarsi su un giudizio *ex ante* e non *ex post*, e soprattutto la correttezza non può essere fondata su un giudizio causale ma prognostico. Solo attraverso una valutazione *ex ante* è possibile stabilire se una data condotta abbia o meno facilitato o aumentato la probabilità di realizzazione del reato, anche se poi concretamente si è rilevata inutile. Un'ultima teoria, ultima solo in ordine di tempo, ha fortemente criticato l'ipotesi di una valutazione di un apporto concorsuale fondato su un giudizio probabilistico, tipico dell'ipotesi del tentativo di reato *ex art.* 56 c.p. Un unico elemento, comunque, accomuna tutte queste teorie: la necessità di un giudizio *ex post*.

La condotta nel reato può essere tanto d'azione quanto di omissione, ossia quando il soggetto in capo al quale l'ordinamento giuridico riconosce una posizione di garanzia non impedisce l'evento che ha l'obbligo giuridico di impedire. Quando, invece, in capo al soggetto omettente l'ordinamento giuridico non riconosce alcuna posizione di garanzia, nulla gli potrà essere rimproverato per non aver impedito la realizzazione di una data fattispecie. Infatti, la giurisprudenza, con un costante e quasi immutabile orientamento, riconosce la responsabilità a titolo di omissione solo ove il soggetto gravato dall'obbligo di garanzia sia titolare di reali poteri impeditivi dell'evento e, dunque, sia effettivamente in grado di intervenire per interrompere la serie causale che sfocia nella produzione dell'evento.

Giurisprudenza minoritaria, fortemente criticata

da parte della più autorevole dottrina, riteneva applicabile il concorso omissivo improprio all'istituto della connivenza. Ad avviso di tale giurisprudenza l'obbligo di garanzia non deve necessariamente discendere da una norma o da un rapporto contrattuale ma deriva dal principio costituzionale dettato dall'art. 2, che "obbliga" tutti i consociati "ad un dovere inderogabile di solidarietà sociale".

Dottrina e giurisprudenza maggioritaria ritengono il principio costituzionale troppo generico e, rilevando l'obbligo giuridico di impedire solo alcuni reati da parte di determinati soggetti individuati dal legislatore, respingono la tesi di poter accostare l'istituto della connivenza al concorso omissivo⁶. Partendo da siffatte considerazioni, si è altresì affermato che per poter contestare ad un soggetto un reato omissivo, occorre necessariamente che questi contribuisca a rafforzare la condotta criminosa altrui, rafforzamento che manca del tutto nel mero comportamento passivo tenuto da un individuo non obbligato⁷. La condotta omissiva partecipativa sarà rilevante ai fini concorsuali solo quando in capo all'omittente sussista un obbligo di garanzia, in mancanza si avrà mera connivenza, e cioè il "connivente" assiste in totale indifferenza *all'actio sceleris* senza poter essere incolpato. Non sono mancati orientamenti che hanno cercato di ricondurre, senza riuscirci, alla connivenza l'istituto del concorso morale. Siffatte teorie, partendo dal dovere di solidarietà sociale (analogamente ai sostenitori della tesi del concorso omissivo), ritengono che l'assistere passivamente alla perpetrazione di un reato, pur senza contribuirvi materialmente o moralmente, è idoneo, in quanto tale, a rafforzare il proposito criminioso del soggetto agente. Giurisprudenza e dottrina maggioritaria si discostano, ribadendo che: "[...] l'atteggiamento del connivente è, di per sé, neutro, e, in secondo luogo, che, per aversi responsabilità a titolo di concorso morale, è pur sempre necessario un contributo causale alla realizzazione dell'evento, nella forma dell'effettivo rafforzamento dell'altrui proposito criminioso [...]. In tal senso si è rilevato che la presenza sul luogo del fatto può assumere rilevanza penale quando la stessa influisca sulla condotta dell'esecutore materiale rafforzandone la volontà o accrescendo il senso di sicurezza dello stesso"⁸. Ne deriva che la distinzione tra connivenza non punibile e concorso nel delitto sta dunque nel fatto che, mentre nella connivenza il comportamento del soggetto è meramente passivo, la condotta che integra il concorso nel reato deve essere tale da arrecare un contributo alla realizzazione del delitto, anche solo attraverso il rafforzamento del proposito criminioso degli altri compartecipi.

Spetterà solo all'organo giudicante stabilire in sede di valutazione nel merito, con un giudizio *ex post*, se sussiste un rapporto di causalità efficiente tra l'attività incentivante del concorso morale e quella posta in essere dall'autore materiale del reato, in caso negativo non potrà sussistere tra i due soggetti un concorso *ex art.* 110 c.p. La distinzione tra connivenza e concorso, però, se appare chiara sul piano teorico, risulta difficile nelle situazioni concrete. I labili confini tra l'istituto della connivenza e del concorso *ex art.* 110 c.p. si rinvergono in particolare modo nelle ipotesi delittuose di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90. Infatti, non sono mancate pronunce discordanti in merito al tema di concorso della convivente nel delitto di detenzione illecita di sostanza stupefacente nel domicilio comune. Il comportamento della convivente che assiste passivamente alla perpetrazione del reato, può essere considerato concorso morale? Casi simili sono all'ordine del giorno, e così la Suprema Corte ha ribadito negli ultimi anni, quasi esortando i giudici di merito, all'obbligo di valutare se sussiste in capo al connivente una qualche volontà indicativa di voler concorrere alla perpetrazione del reato. "Il solo comportamento omissivo, di mancata opposizione alla detenzione in casa di droga da parte di "altri" [...] non costituisce segno univoco di partecipazione morale, anche se ferma resta la regola in base alla quale, ai fini della configurazione del concorso nel reato di cui all'art. 73.1 D.P.R. n. 309 del 1990, è necessario e sufficiente che taluno partecipi all'altrui attività criminosa con la semplice volontà di adesione, che può manifestarsi in forme di agevolazione della detenzione anche solo assicurando all'altro "partner" una relativa sicurezza, consistente nella consapevolezza dell'agente di apportare un contributo causale alla condotta altrui, già in atto ovvero nella disponibilità, anche implicitamente manifestata, di addurre, in caso di bisogno e di necessità, comunque una propria attiva collaborazione, per cui l'aiuto che in seguito dovesse essere prestato viene a rientrare nella fattispecie del concorso di persona nel reato e non del favoreggiamento"⁹. La vera difficoltà per gli operatori del diritto è riuscire a stabilire fino a prova contraria se il convivente abbia o meno tenuto un mero comportamento passivo, in attesa di parametri certi da parte del legislatore, sarà la giurisprudenza di volta in volta a "cercare" di risolvere i vari "casi dubbi".

¹ *Le parole del Diritto Penale*, III ed., Simone, Napoli 2007.

² Cass. Pen., sent. n. 13008/98.

³ Cass. Pen., sez. I, sent. n. 33450/01.

⁴ G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale*, parte generale, V ed., Zanichelli, Bologna, 2007.

⁵ F. Mantovani, *Diritto penale*, parte generale, V ed., Cedam, Padova, 2007.

⁶ Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 9930/94.

⁷ Cass. Pen., sez. I, sent. n. 1172/92.

⁸ Cass. Pen., sez. I, sent. n. 12089/00.

⁹ Cass. Pen., sez. VI, sent. n. 39989/08.

Francesca Del Grosso

La ragionevole durata del processo.

La durata del processo deve essere ragionevole: la giustizia è un diritto fondamentale e la lentezza del sistema processuale è in contrasto con il dettato costituzionale (art. 111) e la CEDU (art. 6). Secondo la Corte Europea infatti, gli anni di conclusione di un processo di primo grado dovrebbero essere tre, e quattro/cinque quelli per la definizione di un procedimento civile o penale. I tempi della giustizia italiana sono invece tuttora tra i più elevati in Europa.

Causa di ciò è la sproporzione tra la domanda e l'offerta di giustizia: l'Italia ha un elevatissimo indice di litigiosità che occorre disincentivare con riforme legislative in alcuni settori (onorari dei difensori, numero degli avvocati, cause in cui è parte la p.a.) e con l'intervento su svariate componenti quali le risorse impiegate, l'organizzazione degli uffici, il livello professionale della magistratura e del personale amministrativo. L'attuazione del diritto garantito dall'art. 6 è stata oggetto di attenzione da parte sia della Corte Europea dei diritti dell'uomo, che del Comitato dei ministri; in particolare quest'ultimo ha rivolto raccomandazioni agli Stati membri per migliorare l'efficienza della giustizia.

In Italia ha assunto rilievo inizialmente la legge Pinto (Legge 24/3/01 n. 89) disciplinante il procedimento di equa riparazione per chi subisce un danno patrimoniale o non dalla violazione del termine ragionevole del processo. Oggi essa è però oggetto di disegni di legge di modifica, essendone emersi nel corso del tempo la mancanza di coordinamento e soprattutto il notevole incremento della spesa connessa. Infatti, pur essendo stata considerata inizialmente dalla Corte Europea soluzione rispondente all'art. 13 CEDU (diritto a un ricorso effettivo), in realtà l'effetto avuto è stato quello di "duplicare da anni le spese per l'esercizio della giustizia, prima spendendo per celebrare processi estenuanti, poi per risarcire coloro che sono stati coinvolti in tale processo" (L. De Matteis). I riflessi dunque sono stati giudicati negativi: sono state ridotte ulteriormente le risorse economiche e sono risultati aggravati i carichi di lavoro.

Non solo, ma poiché gli strumenti risarcitori sono palliativi e non incidono sulla struttura dei

processi operativi, solo una efficiente organizzazione del lavoro giudiziario potrà realizzare la funzione propria del diritto fondamentale in esame.

Occorre a questo punto brevemente sottolineare che cosa si intende per "ragionevole durata del processo".

La ragionevole durata è rapportata al singolo processo (in tal senso anche Cass. Civ., sez. I, 17 ottobre 2003, n. 15573) e la giurisprudenza della Corte ha elaborato parametri fattuali non rigidi, quali la complessità del giudizio (per fatti naturali e giuridici accanto ad alcune "presunzioni di complessità"), il comportamento delle parti (unitamente alla diligenza dell'autorità giudiziaria) e delle autorità nazionali (tenute a organizzare il sistema giudiziario in modo da assicurarne la speditezza).

Interessante è poi l'assunto elaborato dal CSM in un incontro di studio del 2003: i destinatari di quanto sancito dall'articolo costituzionale richiamato in premessa, sono il legislatore e la Corte Costituzionale: il primo elabora norme in sintonia con il principio in esame fornendo la giustizia di ogni mezzo strumentale; la Corte lo rende effettivo se si pongano problemi di costituzionalità.

L'art. 2 della legge Pinto, disciplinante il diritto all'equa riparazione, richiama i parametri ora indicati e l'applicazione dell'art. 2056 c.c. per la determinazione della riparazione.

Il testo del disegno di legge sul processo breve ne modifica però il contenuto, specificandone i periodi temporali di inizio e fine e ponendo alcuni limiti sia alla nozione di ragionevolezza, ritenendo non irragionevoli periodi specifici, sia alla liquidazione dell'indennizzo, richiedendo alla parte anche un onere per evitare che la domanda di equa riparazione possa ritenersi priva di interesse: l'espressa richiesta di sollecita definizione del giudizio al giudice precedente.

Di recente poi la Cassazione (sezione civile I, ordinanza 25.01.2010, n. 1300) ha precisato che il danno da irragionevole durata è una conseguenza normale ma non automatica (non vi è bisogno di prove, salvo circostanze particolari che ne escludano l'assenza nel caso di specie), e già nel 2008 (sentenza n. 31) aveva identificato il risarcimento del danno non patrimoniale per l'illegittima durata del processo, quale danno morale soggettivo correlato a turbamenti psicologici.

Di particolare interesse infine, sono il piano d'azione dell'Italia del 2007 e le linee di azione proposte dal CEPEJ agli Stati membri.

Il piano consta di tre fasi:

1) "indagine analitica delle esigenze di ogni ufficio attraverso l'impiego di tecniche econometriche

2) previsioni sulla produttività e sui costi
3) nuova organizzazione orientata verso il conseguimento dell'efficienza, frutto dell'accordo tra il Ministero della giustizia e Consiglio superiore della magistratura".

Priorità del piano è sicuramente il processo telematico, accanto alla elaborazione di procedure più razionali e con filtri per cause seriali e alla creazione del più volte richiamato ufficio per il processo.

Sono infine diverse le linee di azione proposte. Tra esse citiamo a titolo esemplificativo, l'intervento sulle risorse, sulla qualità della legislazione e sul numero di cause che ogni Tribunale deve gestire, l'individuazione di priorità nella trattazione delle cause e del rispetto di standard per la durata del processo, il miglioramento delle indagini statistiche, dei controlli su ritardi e sul rispetto dei termini e della formazione di tutti gli operatori della giustizia.

A tali linee di azione si sono adeguati o sono in procinto di farlo alcuni Tribunali, e ciò sia attraverso la predisposizione di disposizioni interne per ridurre gli arretrati e l'eccessiva lunghezza dei processi, sia tramite l'adozione di protocolli con tali obiettivi e la creazione di osservatori.

La giustizia diventa "laboratorio di esperienze e ricerca di metodi e di attività rivolte a dare tutela ed effettività dei diritti" (B. Giangiacomo).

Maria Grazia Ianniello

Efficienza di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto.

Il decreto ingiuntivo non opposto acquista efficacia di giudicato e l'opposizione al precetto qualificabile come opposizione all'esecuzione *ex art.* 615 c.p.c. proposta al fine di ottenere la dichiarazione di inesistenza del credito portato dal decreto ingiuntivo e di conseguenza di inefficacia del precetto, è inammissibile in caso di mancata opposizione al decreto nei termini di cui agli artt. 645 e seguenti del Codice di procedura civile.

La carenza di opposizione produce effetti che tradizionalmente si ritengono equiparabili al giudicato, in altri termini il decreto ingiuntivo non opposto acquista al pari di una sentenza di condanna, autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale in relazione al diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta, quanto all'inesistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi, tanto che la sua efficacia preclusiva si estende a tutte le relative questioni, impedendo che in un successivo giudizio avente ad oggetto una domanda basata sullo stesso rapporto si proceda ad un nuovo esame di esse

(Cass. Civ., sent. n. 2326 del 07.10.67; Cass. Civ., sent. n. 2144 del 03.05.74; Cass. Civ., sent. n. 2320 del 06.06.67). Tale risultato viene, solitamente, ricollegato alla devoluzione della cognizione del merito della pretesa azionata con il ricorso alla sola fase di opposizione (tra le più recenti, basti consultare Cass. Civ., sent. n. 4833 del 3.05.91; secondo la Cass. Civ., sent. n. 3107 del 22.03.71, anzi, l'eccezione di "passaggio in giudicato" del decreto ingiuntivo per difetto di tempestiva opposizione può essere proposta, ai sensi dell'art. 345 c.p.v. c.p.c., per la prima volta anche in sede di appello avverso la sentenza che abbia pronunciato nel merito dell'opposizione stessa).

Si può configurare il conseguimento della definitività per mancata opposizione come riconoscimento, per condotta legalmente tipizzata, ad opera della controparte del rapporto azionato, della reale sussistenza di questo nei termini del ricorso. Il destinatario di un decreto ingiuntivo, pertanto, non ha altra scelta, per evitare la definitività della statuizione dei fatti costitutivi del diritto della sua controparte, se non quella di proporre impugnazione tempestiva. Ogni altro rimedio, tranne i casi del tutto eccezionali di cui all'art. 650 c.p.c., rimane precluso (il principio è confermato anche in tema di decreti ingiuntivi emessi, contestualmente alla convalida di sfratto per morosità, ex art. 664 c.p.c.; al riguardo la Cass. Civ., 17.02.94 n. 1529 esclude la proponibilità del ricorso per cassazione, in quanto, appunto prevista l'opposizione ex art. 645 c.p.c.).

Alla mancata opposizione si equipara l'opposizione dispiegata o coltivata oltre i termini (Cass. 30.03.1998 n. 3316).

Si ricordi che l'opposizione all'esecuzione ex art. 615 comma 1 c.p.c. è diretta a contestare il diritto a procedere ad esecuzione forzata e dunque coinvolge l'an della pretesa.

È stato ritenuto che quando il titolo esecutivo è di formazione giudiziale, nel giudizio di opposizione a precetto possono essere fatti valere unicamente quei fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto del creditore di procedere ad esecuzione forzata che siano sopravvenuti rispetto alla formazione del titolo (es. pagamento successivo alla concessione della provvisoria esecuzione, novazione ecc.). Nel giudizio di opposizione all'esecuzione, l'indagine del giudice è limitata all'accertamento dell'esistenza e validità del titolo esecutivo e delle eventuali cause che ne abbiano successivamente determinato l'invalidità o l'inefficacia. Pertanto, nel giudizio di opposizione all'esecuzione promossa in forza di decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, il debitore esecutato non può contestare la legittimità del provvedimento di concessione della provvisoria esecuzione

ne del titolo negando il fondamento, nell'an o nel *quantum*, del diritto fatto valere nei suoi confronti per motivi che avrebbe potuto fare valere nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, spettando soltanto al giudice di tale procedimento di provvedere con la sentenza definitiva in ordine alla revoca o meno di quel provvedimento (Cass. Civ., sent. n. 11088/1992; Cass. Civ., sent. n. 1935/1994; Cass. Civ., sent. n. 12664/2000).

Tale preclusione è chiaramente rilevabile dall'ordinamento processuale che assegna all'ingiunto un termine perentorio entro il quale proporre opposizione a decreto ingiuntivo (salvo i casi di opposizione tardiva); termine che sarebbe completamente eluso se gli venisse consentito di fare valere, in sede di opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c., quelle stesse ragioni processuali o di merito che avrebbe dovuto fare tempestivamente valere con l'opposizione a decreto ingiuntivo (Tribunale di Lamezia Terme 08.11.2001, n. 160/01).

In sede di opposizione all'esecuzione forzata proposta sulla base di un decreto ingiuntivo dichiarato esecutivo perché non opposto nei termini, la pretesa fatta valere dal creditore può essere neutralizzata soltanto con la deduzione di fatti, estintivi o modificativi del rapporto sostanziale consacrato dal decreto su cui si è formato il giudicato, verificatisi successivamente alla formazione del giudicato medesimo, e non anche sulla base di quei fatti che, verificatisi in epoca precedente, avrebbero potuto essere dedotti nel processo di cognizione preordinato alla costituzione del titolo esecutivo (Cass. Civ., sent. n. 12664/2000). Ove il titolo sia irretrattabile anche le circostanze in esso consacrate non possono essere revocate in dubbio, tanto meno con una opposizione all'esecuzione: e al debitore non rimarrà altro che uno dei rimedi straordinari per eliminare, in sede di cognizione, la definitività del titolo e sempre che ne ricorrano i requisiti.

Così il giudice della opposizione a precetto deve limitare la propria indagine alla esecutorietà del titolo esecutivo di formazione giudiziale e non può esercitare il suo controllo sul contenuto intrinseco di esso titolo giudiziale che è fonte del diritto accertato e dunque non si possono, ora vigente il nuovo 615 c.p.c. come in passato, proporre questioni superate dalla esistenza del titolo di formazione giudiziale ed in contrasto con il suo contenuto ma solo questioni sopravvenute (per es. pagamento successivo alla notifica del precetto, sospensione ex art. 649 c.p.c. del decreto ingiuntivo precettato successiva alla notifica, ecc.). Diversamente opinando si arriverebbe alla assurdità di eliminare gli strumenti di controllo funzionali ordinari del rito e cioè il potere inibi-

torio del giudice del gravame ed il potere sospensivo del giudice dell'opposizione al decreto ingiuntivo, in quanto l'ordinanza cautelare introdotta dal nuovo testo dell'art. 615 c.p.c. non può superare la dimensione del processo esecutivo tanto è che serve a tutelare il patrimonio del debitore impedendo una aggressione esecutiva ingiusta ma l'ingiustizia di tale esecuzione va valutata esclusivamente nell'ambito della immanenza del processo esecutivo o nell'inizio del medesimo e non può assolutamente riguardare il controllo sostitutivo al momento della sua formazione che spetta al giudice funzionalmente competente (in tale senso il Tribunale di Brindisi, sent. 28.8.2007).

Olindo Lanzara

Profili giuridici della procreazione medicalmente assistita.

Come è noto, la Legge 19 febbraio 2004, n. 40 è intervenuta a disciplinare il fenomeno della procreazione medicalmente assistita, introducendo una disciplina complessa, fonte di accesi dibattiti di carattere morale, etico, filosofico, religioso e sociale. Di là dai pur interessanti profili menzionati, la presente breve disamina si limiterà ad analizzare talune scelte legislative ed alcuni recenti arresti giurisprudenziali, sfuggendo - attesa la delicatezza degli interessi coinvolti - considerazioni meta-giuridiche.

Muoviamo innanzitutto da preliminari valutazioni. La tecnica riproduttiva in esame è nata con lo scopo di aiutare le coppie sterili o ipofertili a vedere coronato il proprio sogno di avere un figlio, venendo quindi a rappresentare una manna per tutte le coppie impossibilitate a procreare. In questo senso, la Legge 40 ha colmato una lacuna già da tempo avvertita e regolamentata in altre realtà europee ed extraeuropee, evitando, tra l'altro, l'inquietante prospettiva "del diritto debole, flessibile, pronto ad assecondare aspirazioni, aneliti e quant'altro fosse stato strumentale alla realizzazione di un equivoco diritto alla felicità" ¹.

Tuttavia, diversamente da altri indirizzi di politica legislativa in cui è stata riconosciuta una maggiore autonomia privata nella vicenda procreativa (si pensi agli Stati Uniti dove si dà importanza per lo più alla necessità di un soggetto maggiorenne responsabile della cura del nascituro o all'Inghilterra ove il *Surrogacy Arrangement Act* del 1985 e lo *Human Fertilization and Embryology Act* del 1990 delineano una situazione in cui tutto a priori è possibile, dalla madre surrogato all'inseminazione artificiale *post mortem*), la nostra espe-

rienza appare di certo più restrittiva, imponendo innanzitutto il saldo riferimento ad una volontà seriamente formata, adeguatamente consolidata attraverso una completa informazione, affidando al medico il compito di chiarire non solo gli aspetti medico-terapeutici, ma anche quelli di carattere bioetico, giuridico e psicologico.

L'art. 6 della Legge n. 40 richiama la nozione di consenso informato, permettendo - così - di delineare una sorta di procedimento attinente al raggiungimento dell'adeguata volontà negli interessati. Vieppiù la stessa norma al punto 3 non manca di contemplare la possibilità di addivenire alla revoca del consenso già reso: così, se per accedere alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è indispensabile la espressa volontà della coppia, per impedire la fecondazione dell'ovulo sarà utile una sola intenzione, in tal senso ostativa. Da tanto deriva che si è voluto evitare " - in linea di principio - il concepimento nel disaccordo e, dunque, l'imposizione della paternità e/o della maternità" ².

Ciò detto vale ora soffermarsi sulle *Linee guida* adottate dal Ministero della salute con proprio decreto del 21 luglio 2004, aggiornate nel 2008 con decreto 11 aprile 2008. Si tratta di un esempio in cui la tecnica di normazione per principi viene migliorata attraverso una regolamentazione scaturita da fonte di secondo grado, unicamente orientata al dettaglio delle procedure da rispettare e delle tecniche da adottare. Eppure occorre evidenziare come non pochi siano quegli elementi che lasciano trasparire una sorta di "ravvedimento" a livello istituzionale probabilmente nel tentativo di sottrarre ad una vita grama la Legge n. 40/2004.

A fini meramente descrittivi giova ricordare - in una gradazione compatibile con l'economia del presente lavoro - la gittata innovativa registratasi rispetto al tessuto positivo previgente.

Sebbene venga ribadito il divieto relativo alla diagnosi preimpianto con finalità eugenetica, le *Linee guida* 2004 rendono ammissibile l'indagine di tipo "osservazionale" sullo stato di salute degli embrioni.

Nel dettaglio è specificato che nel caso si riscontrino "gravi anomalie irreversibili dello sviluppo di un embrione" il sanitario dovrà informare la coppia, la quale potrà opporsi al trasferimento in utero dell'embrione, consentendo - così - che l'embrione medesimo continui il suo itinerario nella coltura in vitro fino all'estinzione. Nella stessa direzione si è in questo modo attestato anche il formante giurisprudenziale pronto a prescrivere l'obbligo d'informazione sullo stato di salute del feto da parte del medico ³. Pertanto, ben può asserirsi come l'accertamento dello stato di

salute dell'embrione, lungi dall'essere vietato, se rifiutato, potrebbe dar luogo a responsabilità penale e civile del sanitario.

Ed allora, in sintesi, se la Legge n. 40/2004 è ferma nel sancire il divieto di ogni indagine preimpianto, mentre le *Linee Guida* 2004 permettono solo indagini "osservazionali" sullo stato di salute degli embrioni, segno quest'ultimo di una iniziale apertura, di converso, le nuove *Linee guida* 2008, portatrici di un'interpretazione estensiva della disciplina in argomento, si spingono probabilmente al di là delle funzioni loro assegnate⁴, provando a determinare quell'indispensabile collegamento tra la disciplina in vigore e la naturale evoluzione degli strumenti tecnico-scientifici. Il Ministero della salute rimuove infatti il riferimento alla necessità di indagine soltanto "osservazionale", accogliendo la possibilità di diagnosi preimpianto ove indirizzate a conoscere se l'embrione presenti malattie.

In questo senso, non può tacersi del fatto che già prima dell'entrata in vigore delle nuove *Linee guida* la giurisprudenza più attenta precisava come la diagnosi preimpianto sull'embrione fosse legittima in presenza dei seguenti presupposti: "a) sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, co. 5, Legge n. 40/2004; b) riguardi gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno; c) sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che hanno avuto accesso alla procreazione medicalmente assistita un'adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. L'accertamento diagnostico, anche invasivo, deve essere eseguito secondo metodologie che, in base alla scienza medica, offrano il maggior grado di attendibilità della diagnosi ed il minor margine di rischio per la salute e la potenzialità di sviluppo dell'embrione"⁵.

Proseguendo poi nella descrizione degli elementi di novità, sono facilmente ravvisabili mutamenti nei requisiti per l'accesso alle varie tecniche; mentre prima, con le *Linee guida* del 2004, l'accesso alle tecniche era consentito dopo un'anamnesi dello stato e delle cause di infertilità e di sterilità, con le *Linee guida* del 2008 si richiede anche l'accertamento di eventuali malattie sessualmente trasmissibili come HIV, HBV, HCV; viene quindi chiarito che l'elevato rischio sia per la salute della donna che per il feto costituisce una causa ostativa della procreazione e che l'eventuale presenza di tali patologie, se presenti nell'uomo, sono considerate come causa di infertilità.

Sul punto di vero interesse è la pronuncia 9 gennaio 2010 del Tribunale di Salerno⁶ che ha portato all'attenzione delle cronache giudiziarie la complessità e drammaticità di un caso, divenuto

da subito terreno di acceso confronto tra posizioni differenti: da un lato il timore della selezione eugenetica capace di trasformare "l'essere umano da prodotto geneticamente casuale ad essere il risultato di una scelta sempre più consapevole"⁷, dall'altro il diritto a procreare un figlio sano. Procediamo con ordine; dinanzi alle angosce di una coppia portatrice di una gravissima patologia, la citata pronuncia giurisprudenziale interviene incidendo sullo spazio applicativo della diagnosi preimpianto.

A dispetto del fatto che le nuove *Linee guida* fanno esclusiva allusione, come anticipato, a casi espressamente previsti ovvero le malattie virali sessualmente trasmissibili per infezione da HIV, HBV o HCV, non è sembrato al giudicante complicato varcare questo limite al fine di applicare le tecniche della procreazione medicalmente assistita anche ad ipotesi che presentano simili esigenze.

Di certo il Tribunale di Salerno ha affrontato un caso totalmente nuovo circa l'utilizzo della fecondazione assistita. Una coppia, non affetta da infertilità o sterilità, è portatrice di una grave malattia destinata a colpire, con alte probabilità, l'eventuale nascituro. Nello specifico, i coniugi in questione sono "entrambi portatori di una mutazione del gene SMA1, causativa della Atrofia Muscolare Spinale di tipo 1, idonea nel 25% dei casi a trasmettersi in sede di concepimento della prole"; questi vogliono ricorrere alla procreazione medicalmente assistita ma ottengono un rifiuto per non soddisfare i requisiti stabiliti nell'art. 4 della Legge n. 40. Viene così presentato ricorso per un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e l'autorità giudiziaria, accogliendo il ricorso, ordina l'avvio delle pratiche di procreazione assistita, accompagnata dalla diagnosi preimpianto affinché vi sia la certezza che l'embrione sia sano. In estrema sintesi, il Tribunale adito sostiene che "il mutamento del quadro normativo operato dalle linee-guida emanate dal Ministero della salute con decreto dell'11 aprile 2008, nonché il ruolo dominante assunto dalla salute della madre nel riassetto dato dalla Corte costituzionale, con la sentenza n. 251 del 2009, alla disciplina contenuta nella Legge n. 40 del 2004, consentono di ritenere ammesso il ricorso alla procreazione medicalmente assistita anche alle coppie, pur non sterili né infertili, che rischiano concretamente di mettere al mondo figli affetti da gravi malattie a causa di patologie genetiche trasmissibili, e che, attraverso la diagnosi preimpianto sugli embrioni creati "in vitro", possono evitare detto rischio"⁸.

Il giudice salernitano, in buona sostanza, sembra inquadrare la diagnosi preimpianto come "una normale forma di monitoraggio con finalità conoscitiva della salute dell'embrione, alla stre-

gua dei doverosi criteri della buona responsabilità clinica, la cui mancanza dà luogo a responsabilità medica", fondando le proprie argomentazioni sul diritto della donna a procreare un figlio sano; sul diritto di autodeterminazione e su quello di procreazione cosciente e responsabile, sul diritto all'informazione nel trattamento sanitario previsto e disciplinato nell'art. 6 della Legge 40/2004. A ben riflettere, il diritto alla salute dei soggetti coinvolti sarebbe stato irrimediabilmente leso da una interpretazione delle norme in esame che negasse il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita da parte di coppie, pur non infertili o sterili, che però rischiano concretamente di procreare figli affetti da gravi malattie, a causa di patologie geneticamente trasmissibili; in tali evenienze, infatti, la procreazione assistita attraverso la diagnosi preimpianto, e quindi l'impianto solo degli embrioni sani, rappresenta ad oggi il solo "strumento" capace di scongiurare un simile rischio.

1 Sul punto v. si amplius G. Sciancalepore, *La procreazione medicalmente assistita*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, Trattato teorico-pratico, diretto da G. Autorino Stanzione, volume quarto, Torino, 2006, pp. 255 ss. Sia consentito altresì il rinvio a Aa.Vv., *Procreazione assistita (commento alla Legge 19 febbraio 2004, n. 40)*, a cura di P. Stanzione e G. Sciancalepore, Milano, 2004, *passim*; ed ancora a G. Sciancalepore, P. Stanzione, *Filiazione e procreazione assistita*, Milano, 2001, *passim*.

2 Cfr. G. Sciancalepore, *La procreazione medicalmente assistita*, cit., p. 261.

3 Cass. Civ., sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Giur. it.*, 2007, 2, p. 343.

4 Opportunamente M. Dogliotti, *Procreazione assistita: le Linee guida 2008*, in *Fam. e dir.*, p. 752, precisa come le Linee guida originarie, per prime, hanno interpretato la legge, tra l'altro in modo "infedele e scorretto": le Linee guida 2008 "non hanno fatto altro che ricondurre al rispetto della legge".

5 Tribunale di Cagliari, 24 settembre 2007, in *Fam. pers. succ.*, 2008, 7, p. 605.

6 Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010, in *Fam. e dir.*, 5, 2010, pp. 476 ss. Trattasi del primo caso in Italia in cui attraverso un'interpretazione estensiva e costituzionalmente orientata dell'art. 4 della Legge n. 40 si ammette l'accesso alle tecniche di procreazione assistita per le coppie portatrici di malattie trasmissibili, sebbene non affette da sterilità o infertilità.

7 S. La Rosa, *Diagnosi preimpianto anche per le coppie fertili portatrici di malattie genetiche*, in *Fam. e dir.*, 5, 2010, p. 489.

8 Tribunale di Salerno, 9 gennaio 2010, in *Guida al dir.*, 2010, 9, p. 62.

Piervincenzo Pacileo

Regime giuridico della posizione debitoria nella cessione dei crediti ordinaria, in quella dei titoli di credito e nel factoring

Nell'ambito dell'attuale assetto costituzionale e sociale, volto al riconoscimento, nonché alla garanzia, della proprietà privata e alla tutela della

libertà di iniziativa economica privata, i cui relativi principi risultano consacrati e cristallizzati agli artt. 41 e 42 Cost., si staglia l'art. 1260 c.c. il quale, posto a disciplina del regime della cessione dei crediti, si erge a pilastro, congiuntamente alle norme che disciplinano la circolazione dei beni, del più generale fenomeno della circolazione della ricchezza. Infatti non vi è chi non veda che i crediti, al pari dei beni, possono essere venduti, permutati o donati (a seconda che si tratti di cessione a titolo oneroso o gratuito); tuttavia occorre precisare che il regime giuridico della cessione dei crediti si distingue sotto il profilo economico da quello della cessione dei beni, laddove si consideri che essa consente la circolazione di una ricchezza futura (che consiste nel credito che il debitore è tenuto a pagare) e non già presente, come invece avviene per la seconda.

Ciò che in ogni caso è necessario rilevare è che la cessione dei crediti comporta una modificazione sul lato attivo di una delle parti del rapporto, realizzando, infatti, una sorta di successione di un soggetto ad un altro soggetto nella titolarità del credito medesimo.

A tal proposito è opportuno precisare che la cessione dei crediti non si articola su una struttura trilaterale che consiste in un accordo tra cedente, cessionario e ceduto, poiché è un fenomeno bilaterale che coinvolge esclusivamente cedente e cessionario e non costituisce un contratto, ma l'oggetto, la materia del contratto traslativo stesso. Per tale ordine di ragioni, affinché la cessione possa spiegare i suoi effetti, non è necessario che il debitore ceduto accetti il mutamento soggettivo in oggetto poiché è sufficiente la sua mera conoscenza (attraverso notifica). Ne consegue che il consenso dello stesso non avrebbe alcun valore perfezionativo della cessione (art. 1264). Tuttavia, qualora il credito presenti una connotazione strettamente personale (o il trasferimento sia vietato dalla legge), il debitore potrà opporsi alla cessione, in quanto può accadere che non sia a lui indifferente adempiere ad un soggetto piuttosto che ad un altro; si pensi ad esempio ai casi di crediti incredibili nell'ambito familiare, come gli alimenti, oppure a quelli che hanno ad oggetto prestazioni artistiche o intellettuali, come ad esempio quelle strettamente legate ai rapporti di lavoro. Un'altra ipotesi in cui può essere esclusa la cedibilità di un credito è quella che si verifica in caso di stipula di patto di non cedibilità tra creditore e debitore, attraverso il quale le parti convengono di non cedere il credito relativo al rapporto tra esse intercorrente per motivi o interessi personali o inerenti all'oggetto della prestazione stessa. Orbene, per tale ordine di ragioni, si evince che in ambito di cessione dei crediti il consenso del debi-

tore, salvo i casi previsti appunto dalla legge, non riveste un ruolo determinante ai fini del perfezionamento della fattispecie. Tuttavia, occorre domandarsi in che modo si attingerà il nuovo rapporto, ovvero se il debitore, mutato il suo creditore, vedrà mutata anche la sua posizione, comprensiva di azioni ed eccezioni connesse alla sua prestazione principale. La risposta a tale interrogativo può essere desunta dalla *ratio* stessa dell'istituto oltre che dall'esplicita previsione dell'art. 1263 c.c., il quale stabilisce che il credito si trasferisce con tutti i privilegi, le garanzie personali e reali e gli altri accessori. In sostanza tale norma risulta chiara nel rendere esplicita la volontà del legislatore, da cui discende che il debitore ceduto potrà opporre al nuovo creditore tutte le azioni e le eccezioni relative all'oggetto del rapporto, il quale, infatti, risulta, anche in seguito al suo trasferimento in capo ad altro soggetto, connotato dalle identiche caratteristiche (privilegi, pesi e garanzie) che sussistevano prima del fenomeno successorio soggettivo attivo.

Conseguentemente, il debitore potrà far valere nei confronti del cessionario tutti i diritti e gli obblighi scaturenti dalla prestazione principale, che avrebbe potuto far valere nei riguardi del suo originario creditore, salvo quelli di natura strettamente personale. A tal proposito viene in rilievo l'art. 1248 c.c., in base al quale il debitore non potrà opporre al cessionario la compensazione che avrebbe potuto opporre al cedente qualora abbia accettato puramente e semplicemente la cessione, o, qualora ci sia stata mera notifica della modifica del creditore, potrà opporgli solo la compensazione dei crediti sorti prima della modifica stessa. Da tale assunto si deduce che il debitore è legato al nuovo creditore da elementi strettamente oggettuali, ossia prettamente inerenti alla materia del rapporto, rimanendone esclusi quelli esclusivamente personali, intercorrenti tra cedente e ceduto, ovvero quelli connessi ad altri e diversi rapporti obbligatori tra gli stessi.

La possibilità o, *rectius*, il diritto del debitore di opporre al cessionario tutte le azioni e le eccezioni opponibili al cedente trova il suo fondamento, come già accennato, nella *ratio* stessa dell'istituto, laddove si tenga conto del fatto che la cessione non è a struttura trilaterale, ma bilaterale e dunque che per la sua efficacia non è necessario il consenso del debitore ceduto.

Se dunque la norma non riconosce a quest'ultimo un potere perfezionativo della fattispecie, rendendo indifferente che l'adempimento della sua prestazione avvenga a favore di un soggetto piuttosto che ad un altro, allo stesso tempo la medesima non potrebbe tradurre la posizione del debitore ceduto in cui vero e proprio "pati" della modifica

soggettiva attiva, qualora non riconoscesse al medesimo gli stessi diritti e facoltà esistenti già prima della sostituzione del creditore.

In sostanza la cessione, proprio nella misura in cui non richiede il consenso del ceduto per spiegare i suoi effetti, non può allo stesso tempo determinare uno svantaggio del debitore, al quale deve essere riconosciuta l'opponibilità di tutte le azioni e le eccezioni relative al rapporto originario che non risultano di natura strettamente personale. In merito alla posizione del debitore nell'ambito della cessione di titoli di credito rileva la disciplina dell'art. 1993 c.c. Dal relativo disposto è possibile desumere che il debitore può opporre al possessore del titolo solo le eccezioni a questo personali e tutte quelle relative alla regolarità del titolo stesso, che dunque inficiano l'efficacia. Al II comma del medesimo art. è stabilito che il debitore non potrà opporre al nuovo possessore le eccezioni fondate sui rapporti personali con i precedenti possessori, a meno che colui che ha acquistato il titolo non abbia agito in danno del debitore stesso. Dal disposto della norma si evince che, al pari della disciplina della cessione ordinaria dei crediti, il debitore non può opporre al nuovo possessore le eccezioni personali dei precedenti rapporti inerenti al medesimo titolo di credito; inoltre l'opponibilità di altre azioni ed eccezioni risulta tassativamente elencata, oltre che strettamente legata ad elementi di validità ed efficacia del titolo stesso.

Ne consegue che il regime delle azioni ed eccezioni nella cessione di titoli di credito è bensì modellata sulla disciplina della cessione ordinaria, ma presenta delle limitazioni quantitative e qualitative desumibili dall'art. 1993 c.c. medesimo.

Occorre tuttavia aggiungere che al II comma, la stessa norma prevede una sorta di estensione dell'opponibilità delle eccezioni inerenti a rapporti personali con i precedenti possessori, in caso di "dolo" del possessore del titolo.

In sostanza quest'ultimo soffrirà le conseguenze del proprio comportamento scorretto, volto al danneggiamento del debitore, in quanto questi potrà opporgli anche le eccezioni inerenti ai rapporti personali con i precedenti possessori.

Tale estensione equivale ad una sorta di sanzione a carico del possessore in mala fede.

Per quel che invece concerne la posizione del debitore nel *factoring*, occorre innanzitutto analizzare preventivamente la natura giuridica di tale istituto. Il *factoring* può essere definito come un contratto atipico ed è disciplinato dalla Legge 52/91. Il contratto di *factoring* è stipulato da un'impresa fornitrice di beni e/o servizi ed un'altra impresa (*factor*) e la sua funzione si sostanzia nel trasferimento del rischio dell'insolvenza dei clienti (debi-

tore) dalla prima alla seconda.

In altri termini il *factor*, interponendosi tra fornitore e clienti, valutati i contratti stipulati e da stipulare tra fornitore e clienti, nonché la solvibilità degli stessi, si riserva di approvare i relativi crediti. Il fornitore, così, si obbliga a cedere al *factor* i crediti da questo approvati e il *factor* a sua volta si obbliga a versare al fornitore, alla scadenza dei crediti, il corrispettivo pattuito della cessione (detratte le somme anticipate a copertura dei rischi assunti).

Pertanto, il *factor* si assume il rischio dell'insolvenza dei clienti, anche se nella fattispecie italiana di regola il *factoring* si svolge attraverso una cessione pro solvendo e non pro soluto (come lo schema classico anglosassone), per cui l'assunzione del rischio verrebbe qui meno.

Tuttavia nella prassi si sono registrate varianti del *factoring* (pro solvendo o pro soluto) con anticipazioni, come già accennato, del *factor*, sulla falsariga di cause di finanziamento.

Ad ogni modo, ai fini dell'individuazione della natura della posizione del debitore nello schema del contratto di *factoring* non è possibile prescindere dall'individuazione della natura del contratto stesso.

In dottrina alcuni autori propendono per una natura normativa del contratto in esame, altri per una natura preliminare unilaterale di vendita dei crediti. Per quanto attiene al contratto normativo, questo non si attaglia al *factoring* poiché esso regola futuri ed eventuali contatti tra le parti (libere di concluderli o meno) mentre il *factoring* determina la nascita di obbligazioni a carico di entrambe le parti, che hanno ad oggetto la cessione di crediti dal fornitore al *factor*, che lo stesso può approvare o meno.

Allo stesso tempo il *factoring* non può essere considerato un contratto preliminare unilaterale di vendita dei crediti poiché il *factor* valuta la solvibilità dei clienti del fornitore e ne approva i relativi crediti divenendone cessionario qualora la valutazione abbia esito positivo.

Come si attingeranno dunque le singole cessioni dei crediti approvate dal *factor*?

Se si assume che queste consistono in altrettante vendite (e dunque autonomi contratti e non oggetti di un singolo contratto), ciascuna con una propria causa, diversa ed ulteriore rispetto a quella del contratto di *factoring*, allora si delineerebbero autonomi e distinti rapporti intercorrenti tra il singolo cliente e il *factor*.

In tal caso, dunque, la natura della posizione dei debitori-clienti troverebbe la sua *ratio* in un rapporto sorto *ex novo*, totalmente distaccato dal precedente rapporto fornitore-cliente. Ne consegue che il debitore sarà parte di un nuovo rapporto

con un nuovo soggetto attivo, in cui non è ravvisabile un fenomeno successorio e per tale ordine di ragioni le azioni ed eccezioni opponibili in origine al fornitore, non troverebbero qui ragion d'essere e pertanto non sarebbero suscettibili di opposizione al *factor*.

Al contrario, se si ammette una natura delle cessioni in questione meramente esecutiva del contratto di *factoring*, considerando le stesse non autonomi contratti di vendita, ma oggetti del contratto di *factoring* che è a monte (e come tali meri atti traslativi del credito esecutivi del contratto), allora si ammetterà che il debitore possa opporre al cessionario (*factor*) le azioni ed eccezioni opponibili al cedente (fornitore), operando in tal caso la disciplina della cessione ordinaria.

Invero, in base alla teoria più condivisibile, si ritiene che il contratto di *factoring* sia un contratto ad effetti obbligatori la cui operazione si attua attraverso una sequenza contrattuale articolata in una convenzione iniziale e in una o più cessioni di credito attuative.

A ciò si aggiunga che, talvolta, attraverso lo stesso contratto di *factoring*, il *factor* si rende cessionario di crediti futuri del fornitore; in tale circostanza, dunque, la cessione costituirà l'oggetto stesso del contratto, venendo, per l'effetto, a cadere la necessità di singoli atti traslativi dei singoli crediti.

Orbene non vi è chi non veda che la posizione del debitore sarà quella tipica del debitore ceduto.

Elisa Sava

Il tutore, un "genitore atipico".

1. L'adozione di minori, cenni introduttivi.

L'adozione dei minori, a differenza dell'adozione ordinaria disciplinata dagli artt. 291-314 del Codice civile e riguardante soggetti maggiorenni, è finalizzata a garantire una famiglia a quei fanciulli che versano in stato di abbandono, conformemente a quanto prescritto dall'art. 30 della Costituzione.

Tale tipo di adozione è stata introdotta nel nostro ordinamento con la Legge n. 184 del 1983, normativa, in Italia, a lungo attesa e che si è preoccupata di regolare anche il delicato istituto dell'affidamento. Il continuo evolversi dell'istituto dell'adozione ha però fatto sì che gli interventi non abbiano tardato a susseguirsi dando la luce alla Legge 476/98 e più di recente alla Legge 149/01 con le quali si sono apportate rivoluzionarie modifiche in tema di adozione dei minori.

Tali innovazioni hanno visto il minore assurgere ad una posizione di rilievo in quanto soggetto titolare di fondamentali diritti.

Diritti già ampiamente riconosciuti in più

Convenzioni fra cui quella di New York sui "Diritti del fanciullo", promulgata il 20 novembre 1989 e ratificata in Italia con la Legge 27 maggio 1991, n. 176 e di cui ricordiamo l'art. 12 a norma del quale è necessario che in "tutti i procedimenti giuridici o amministrativi che coinvolgono un bambino/a deve essere data occasione perché egli venga udito o direttamente o indirettamente per mezzo di rappresentante o di apposita istituzione". È qui che si inserisce la peculiare figura del tutore che a mezzo della legale rappresentanza conferitagli rappresenterà al meglio le esigenze del minore affidatogli.

Appare rilevante sottolineare che la potestà genitoriale non spetta alla famiglia affidataria, in quanto compete, per l'appunto al tutore nominato con il decreto di adottabilità. Tuttavia gli affidatari hanno una serie di diritti e doveri: tenere con loro il minore; provvedere al suo mantenimento e alla sua educazione; percepire gli assegni familiari; ottenere la detrazione ai fini IRPEF per il figlio a carico; godere di periodi di astensione obbligatoria e facoltativa dall'attività lavorativa previsti per legge.

Perché si possa procedere all'adozione di un minore è necessario che il Tribunale per i minorenni ne dichiari l'adozzabilità, che verrà valutata in Camera di consiglio, sentiti il Pubblico Ministero, i genitori, il tutore, il minore che abbia compiuto i dodici anni e quello di età inferiore, se considerato in grado di valutare coscientemente la situazione.

In tema di dichiarazione di adottabilità, qualora si manifesti da parte di figure parentali sostitutive la disponibilità a prestare assistenza e cure al minore, essenziale presupposto giuridico per escludere lo stato di abbandono è la presenza di significativi rapporti dello stesso con tali persone, giacché alla parentela la Legge 184/83, attribuisce rilievo, ai fini della sopraindicata esclusione, solo se accompagnata dalle relazioni psicologiche e affettive che normalmente la caratterizzano; a maggior ragione tale orientamento persiste a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge 149/01, il cui art. 11, nel condizionare espressamente, in caso di decesso dei genitori, la dichiaratoria di adottabilità alla inesistenza di siffatti rapporti tra il minore ed i parenti entro il quarto grado, che estende la medesima disciplina al caso di inidoneità dei genitori. È questo un orientamento che si è andato affermando (v. Cass. Civ., sez. I, 9 maggio 2002, n. 6629), nonostante giurisprudenza contraria e maggioritaria (v. Cass. 1095/00; Cass. n. 10656/; Cass. n. 2397/90), sostenesse che la mancanza di assistenza morale e materiale andasse valutata dal giudice anche con riguardo ai parenti entro il quarto grado che non

abbiano avuto pregressi rapporti significativi con il minore, tesi peraltro oramai superata in seguito alla nuova normativa.

Lo stato di adottabilità cessa con l'adozione, oltre che con il venir meno dello stato di abbandono o con il raggiungimento della maggiore età dell'adozzando.

2. Funzione e ratio dell'istituto tutelare.

La cura dei figli è affidata ai genitori, i titolari della patria potestà, inteso quale complesso di diritti e dei doveri che la legge accorda ai genitori, legittimi e naturali, sulla persona dei figli minori non emancipati, per il loro mantenimento, la loro educazione e la loro istruzione e sotto l'aspetto patrimoniale, per la loro rappresentanza negli atti civili e nell'amministrazione dei beni (artt. 315 ss. c.c.). Venuta meno, per impossibilità di esercizio la patria potestà, la cura della persona e dei beni del minore passa agli organi della tutela, che è un istituto di protezione dell'incapace avente, come per la patria potestà, gli stessi scopi di mantenimento, di educazione e di amministrazione del suo patrimonio.

Il minore, difatti, ha, come ogni altro cittadino, i suoi diritti, ma non può esercitarli perché difetta in lui la capacità richiesta all'esercizio degli stessi: sorge perciò la tutela, cioè la nomina di un tutore che permette al minore l'esercizio dei diritti che gli spettano.

La funzione tutelare si esplica, tuttavia, entro una più limitata sfera di competenza e costituisce non solo una derivazione, ma anche una riduzione della patria potestà, se si considerano i più ampi poteri d'iniziativa spettanti al genitore.

Perché sorga la tutela debbono verificarsi taluni presupposti quali: la nascita di un soggetto al di fuori del matrimonio senza che nessun riconoscimento sia intervenuto; la morte di entrambi i genitori titolari della patria potestà; la decadenza dalla patria potestà (art. 330, 1° co., c.c.), l'esclusione da questa, nel caso di figlio naturale, (art. 317 bis, 2° co., c.c.) pronunciata dal giudice o ancora la sospensione così come prevista dagli artt. 10, 3° co., Legge 149/01 e 19, 1° co., Legge 184/83.

Qualora uno di tali eventi si verifichi spetterà al Tribunale per i minorenni nominare un tutore provvisorio, nonché la successiva conferma, al minore dichiarato in stato di adottabilità. La competenza del Tribunale per i minorenni varrà anche avuto riguardo agli aspetti attinenti alla sola sfera patrimoniale della tutela, e non spetterà, invece, al giudice tutelare, data l'assenza, già nella Legge 184/83, di una norma di rinvio alla disciplina del Codice civile in ordine alla tutela dei minori (v. Cass. Civ., sez. I, 8 novembre 1989,

4696). Rispetto a tale competenza di contrario avviso invece è parte della dottrina tra i quali il Baviera, per la quale una residua competenza del giudice tutelare sussisterebbe in merito al giuramento del tutore, alla formazione dell'inventario, per l'autorizzazione ex art. 375 c.c., per la contabilità dell'amministrazione e per il rendimento del conto finale.

Giurisprudenza minoritaria, però, attualmente disattesa dalla prassi.

Una volta nominato, il tutore è tenuto a svolgere delle funzioni ben precise e infatti l'art. 357 c.c. rubricato "Funzioni del tutore" così recita: "il tutore ha la cura della persona del minore, lo rappresenta in tutti gli atti civili e ne amministra i beni". Certo ben si potrebbe replicare che non sempre la portata effettiva di tale disposizione sembra trovare conferma nella realtà, essendo troppo spesso ristretta proprio all'ambito dell'amministrazione dei beni, trascurando spesso quella che è "la cura della persona del minore".

Come accennato però, a detta anche di parte della dottrina, la tutela pur derivando dalla patria potestà non può enucleare in sé il concetto stesso di genitore soprattutto considerando che spesso il minore ha con il tutore rapporti superficiali anche in conseguenza del suo affidamento che lo vede accolto presso una famiglia o un istituto.

Tale orientamento pur contestabile è spesso, poi, dovuto alla circostanza che non sempre il tutore è un familiare o addirittura una persona fisica, ma, al contrario può risultare essere anche un ente pubblico, un istituto o far riferimento ad una figura istituzionale che quindi non inquadra una persona a cui far riferimento in senso stretto, quantomeno affettivamente parlando.

Questa possibilità è infatti espressamente prevista dal Codice civile il quale all'art. 354 così recita: "la tutela dei minori, che non hanno nel luogo del loro domicilio parenti conosciuti o capaci di esercitare l'ufficio del tutore... può essere deferita a un ente di assistenza nel comune... l'amministrazione dell'ente delega uno dei propri membri a esercitare le funzioni di tutela".

A tal proposito è interessante menzionare la sentenza della Cassazione del 17 febbraio 2010 n. 3804, la quale costituisce un svolta sull'annosa questione che vede protagonisti il tutore e la figura del difensore del minore nell'ambito di un processo in cui spesso i ruoli non sono ben delineati in quella che è la cura degli interessi del minore. Nella sentenza in esame tutto nasce dal ricorso del curatore speciale di alcuni minori contro la sentenza della Corte d'Appello sezioni minorenni, che aveva dichiarato la nullità del procedimento di adottabilità per difetto di integrità del contraddittorio, rimettendo gli atti al Tribunale.

Secondo i magistrati d'appello il minore è parte processuale fin dall'inizio del procedimento e non è necessario nominare un curatore speciale, ma un difensore che non svolgerebbe un ruolo esclusivamente tecnico, ma di rappresentanza legale. Sempreché, sottolinea il giudice del merito, il ruolo non venga esercitato dallo stesso soggetto che rappresenta contestualmente gli interessi del tutore, configurandosi, in tal caso, anche solo potenzialmente, un conflitto di interessi. La *questio*, nel caso di specie, nasce dal fatto che il legale, nominato dal tutore, non si è costituito nell'interesse dei minorenni, ma solo nell'interesse dello stesso tutore, il Comune.

Su tal punto è allora intervenuta la Cassazione escludendo il conflitto di interesse non ritenendo condivisibile l'affermazione del giudice *a quo*, per cui il tutore, anche se nominato nel corso del procedimento, quale ente territoriale, sarebbe, anche soltanto potenzialmente, sempre e comunque in conflitto di interessi.

"Certo" ammettono gli ermellini "in concreto un conflitto potrebbe verificarsi: si pensi a un Comune, la cui politica assistenziale privilegi l'affidamento familiare, come alternativa all'adozione e quindi sia tendenzialmente contrario alla dichiarazione di adottabilità.

Ma si dovrebbero fornire indicazioni specifiche e concrete al riguardo".

La verifica del conflitto - ricordano i magistrati di legittimità - va fatta *ex ante*, e non a posteriori, in relazione agli atteggiamenti assunti dalle parti in causa (cfr. Cassazione 13507/02).

Né può condividersi - continua la Suprema Corte - la tesi sostenuta nella sentenza d'appello dell'esistenza di un conflitto, sebbene potenziale, sempre e comunque tra tutore e minore, poiché nella disciplina previgente era obbligatoria la nomina di un curatore speciale pur in presenza del tutore nel procedimento.

La riforma del 2001 ha previsto che il tutore stia in giudizio non in proprio, ma esclusivamente in quanto rappresentante del minore. E, dunque, il formale riferimento al solo Comune non potrebbe certo inficiare tale sua esclusiva qualità. Peraltro il curatore, costituendosi e chiedendo di "escludere la sussistenza di vizi processuali", ha sanato anche la presunta non partecipazione dei minori al processo, così come sostenuto dalla Corte d'Appello di Milano.

D'altra parte, sia che si consideri sussistente la pretermissione di un litisconsorte necessario, ovvero un difetto di rappresentanza, l'orientamento consolidato della Corte suddetta "afferma la piena rilevanza in tali situazioni della sanatoria in applicazione dei principi di economia processuale e conservazione degli atti".

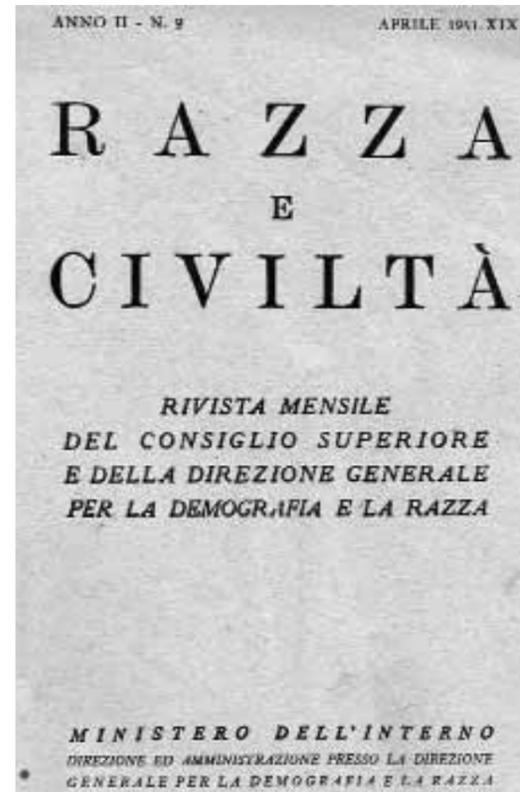
Historia et Antiquitates

Provvedimenti del governo fascista in materia di libere professioni in difesa della razza italiana.

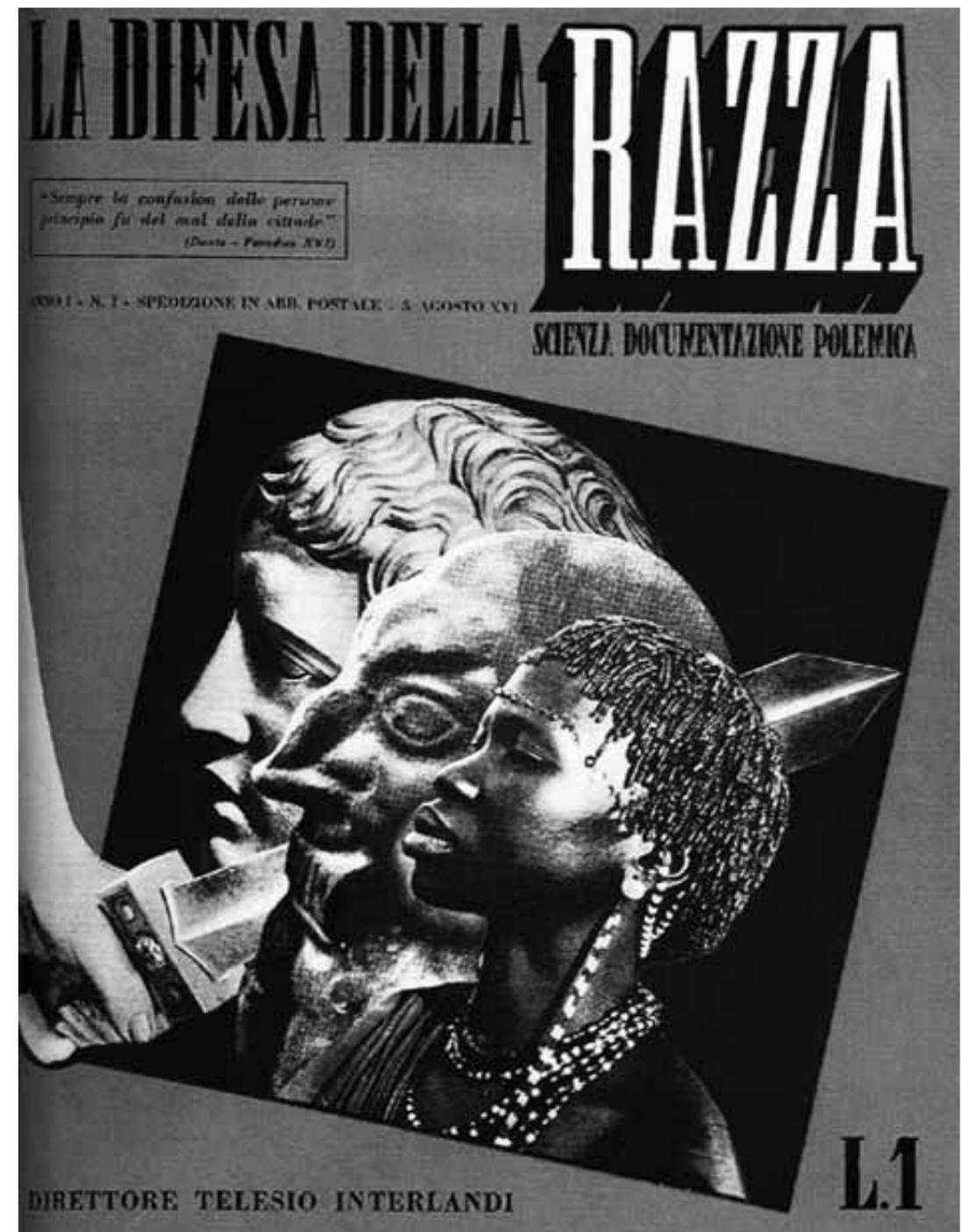
di Gianluca Granato

La cancellazione degli avvocati ebrei dagli albi ordinari, l'istituzione degli elenchi speciali e degli elenchi aggiunti di avvocati discriminati: i provvedimenti del governo fascista in materia di libere professioni in difesa della razza italiana.

Il 27 settembre 1938, con la quinta ordinanza della legge sulla cittadinanza nel Reich, la Germania nazista dispose la revoca dell'abilitazione per tutti gli avvocati ebrei che, dal 30 novembre 1938, non poterono che operare con i limiti e la qualifica di *Jüdische Konsulenten* (consulenti ebrei), esclusivamente per gli ebrei. In Italia, il regime cercò tenacemente di condizionare e inquadrare nei suoi ranghi l'avvocatura italiana, riducendola alla propria misura totalitaria; con il Regio decreto n. 1728 del 17 novembre 1938, anche per gli avvocati italiani di razza ebraica la strada diveniva impervia. Il sindacato fascista avvocati e procuratori - formalmente riconosciuto rappresentante della classe forense con r.d. n. 1130 del 1 luglio 1926 - esigeva che i professionisti ebrei non fossero più ammessi agli albi. L'anno successivo, nel giugno del 1939, la Legge 1054 disciplinava l'esercizio delle professioni da parte dei cittadini di razza ebraica, decretava la cancellazione degli avvocati ebrei dagli albi professionali ordinari e la loro suddivisione in due categorie: i discriminati, che per i loro meriti potevano continuare a esercitare e dovevano essere iscritti in appositi albi aggiunti; e gli altri, relegati in elenchi speciali e ridotti ad assistere solo clienti di razza ebraica. I cittadini di razza ebraica esercenti le professioni di giornalista, medico-chirurgo, farmacista, veterinario, ostetrica, avvocato, procuratore, patrocinator legale, commercialista, ragioniere, ingegnere, architetto, chimico, agronomo, geometra, perito agrario, perito industriale, "che abbiano ottenuto la discriminazione a termini dell'art. 14 del Regio decreto-legge 17 novembre 1938-XVII, n. 1728, saranno iscritti in elenchi aggiunti, da istituirsi in appendice agli albi professionali, e potranno continuare nell'esercizio della professione, ..., salve le limitazioni previste... Sono altresì istituiti, in appendice agli elenchi



transitori eventualmente previsti dalle vigenti leggi o regolamenti in aggiunta agli albi professionali, elenchi aggiunti dei professionisti di razza ebraica discriminati. Si applicano agli elenchi aggiunti tutte le norme che regolano la tenuta e la disciplina degli albi professionali" (art. 3 Legge n. 1054/1939). Nel gergo delle leggi razziali i discriminati erano gli ebrei esentati dall'emarginazione e dalla persecuzione, o colpiti in modo meno grave degli altri, per via di benemeritenze personali, soprattutto fasciste o patriottiche. Infatti, ai sensi dell'art. 14 del r.d.l. 17 novembre 1938, n. 1728, il Ministro per l'interno, sulla documentata istanza degli interessati, avrebbe potuto, caso per caso, dichiarare non applicabili alcune tra le disposizioni contenute nei provvedimenti per la difesa della razza italiana: "... a) ai componenti le famiglie dei caduti nelle guerre libica, mondiale, etiopica e spagnola e dei caduti per la causa fascista; b) a coloro che si trovino in una delle seguenti condizioni: 1) mutilati, invalidi, feriti, volontari di guerra o decorati al valore nelle guerre libica, mondiale, etiopica, spagnola; 2) combattenti nelle guerre libica, mondiale, etiopica, spagnola, che abbiano almeno la croce al merito di guerra; 3) mutilati, invalidi, feriti della causa fascista; 4) iscritti al Partito Nazionale



Fascista negli anni 1919 - 20 - 21 - 22 e nel secondo semestre del 1924; 5) legionari fiumani; 6) abbiano acquisito eccezionali benemeritenze...". Tutti gli altri, gli avvocati non discriminati, costretti a iscriversi agli elenchi speciali, avrebbero potuto lavorare solo per clienti ebrei: infatti, "salvi i casi di comprovata necessità ed urgenza, la professione deve essere esercitata esclusivamente a favore di persone appartenenti alla razza ebraica" (art. 21, lettera a, Legge n. 1054/1939). Anche il procedimento di accertamento dell'appartenenza alla razza ebraica era stato studiato per risultare particolarmente gravoso ed umiliante: erano gli

stessi avvocati che dovevano auto denunciarsi agli organi professionali, altrimenti questi avrebbero provveduto d'ufficio. Le limitazioni cui era soggetto l'esercizio dell'attività professionale da parte dei cittadini italiani di razza ebraica, pur se iscritti negli elenchi speciali, restavano comunque, innumerevoli: ai professionisti di razza ebraica non potevano essere conferiti incarichi che comportassero funzioni di pubblico ufficiale, né poteva essere loro consentito l'esercizio di attività per conto di enti pubblici, fondazioni, associazioni e comitati (art. 21, lettera c, Legge 1054/1939); gli ebrei non potevano

Copertina del primo numero della rivista *La difesa della razza*.



“essere iscritti nei ruoli degli amministratori giudiziari” (art. 22, Legge 1054/1939), né in quelli dei revisori ufficiali dei conti, ovvero nei ruoli dei periti e degli esperti e se vi fossero già iscritti, “ne sono cancellati” (art. 23, Legge 1054/1939). I professionisti forensi “cittadini italiani di razza ebraica, che siano iscritti negli albi speciali per l’infortunistica, perdono il diritto a mantenere l’iscrizione negli albi stessi ...” (art. 24, Legge 1054/1939). Era, inoltre, vietata “qualsiasi forma di associazione e collaborazione professionale tra i professionisti non appartenenti alla razza ebraica



e quelli di razza ebraica” (art. 25, Legge 1054/1939). In via transitoria, gli ebrei italiani avrebbero potuto continuare l’esercizio della professione “... senza limitazioni fino alla cancellazione dall’albo”; ma, avvenuta la cancellazione, e sino all’ottenimento dell’iscrizione nell’elenco speciale, non avrebbero potuto esercitare alcuna attività professionale: “con la cancellazione deve essere esaurita, o, comunque, cessare, qualsiasi prestazione professionale da parte dei cittadini italiani di razza ebraica non discriminati a favore di cittadini non appartenenti alla razza ebraica”



(art. 27, Legge 1054/1939). Era tuttavia in facoltà del cliente non appartenente alla razza ebraica “di revocare al professionista di razza ebraica non discriminato l’incarico conferitogli, anche prima della cancellazione dall’albo”.

Il Consiglio superiore forense non esitò a rigettare, con una decisione standard - in un’unica serie di sedute tra il 17 ed il 19 dicembre 1940 - i ricorsi degli avvocati ebrei avverso i provvedimenti di cancellazione dall’albo ordinario notificati una volta entrata in vigore la Legge n. 1054 del 29 giugno 1939. D’altra parte, il Consiglio superiore forense era stato istituito, con Legge n. 453 del 25 marzo 1926, in perfetta armonia con il progetto del governo fascista sull’avvocatura: l’intento della legge era stato chiarito alla Camera dallo stesso suo relatore, Giuseppe Morelli, il quale, evidenziò “la necessità di restringere al massimo grado l’autonomia dell’ordine... e riportare la professione forense sotto il controllo dello Stato”, di modo che “neppure la classe forense possa mai costituire qualche cosa al di fuori e al di sopra, e tanto meno in antitesi, allo Stato”.

Avvocati e professori universitari di particolare calibro furono parzialmente risparmiati dalla cancellazione definitiva, perché confluiti negli elenchi aggiunti; non andò così per oltre 200 avvocati italiani che, con le leggi razziali, in quanto ebrei, dovettero lasciare codici e toga e, con grande dolore, abbandonare la professione e rinunciare a tutto.

Eppure, il 20 novembre del 1929 il guardasigilli Alfredo Rocco - rispondendo ad un’interrogazione del deputato Titta Madia -, aveva enunciato quale concetto avesse della funzione dell’avvocato

in regime fascista: “L’avvocato ... è insieme col giudice il più alto realizzatore della giustizia ..., organo e strumento dei fini e dell’attività dello Stato. Comprendo che questa concezione contrasta alquanto con le vecchie idee che ... si erano diffuse sotto l’influsso delle ideologie liberali del secolo XIX. Non pochi si immaginavano che l’avvocato fosse un semplice privato professionista ... a disposizione dei privati per fini di puro interesse privato. Talché sembrava il dovere dell’avvocato riassumersi nel far prevalere sempre, a qualunque costo, l’interesse del cliente ... Questa concezione è evidentemente superata dal nuovo spirito dello Stato e della legislazione fascista. Nel campo della giustizia non può ammettersi che si agisca mai nel puro interesse individuale, senza tener conto delle esigenze supreme della giustizia medesima ... Debbo con piacere constatare come questa nuova concezione abbia, nella classe forense italiana, fatto passi davvero giganteschi”, collocando l’avvocatura all’“avanguardia” del “rinnovamento spirituale ... La vostra opera fatta di esempi e di propaganda non è però finita. I nuovi codici assegneranno ... nuovi compiti e nuove responsabilità ... Il migliorato costume e la nuova educazione dei clienti, che devono abituarsi a vedere nell’avvocato non già un docile strumento dei loro desideri ... ma un vero e proprio organo della Giustizia..., tutto questo profondo mutamento ha già dato e più darà ancora per l’avvenire nuova dignità ...”; ed aveva concluso affermando: “Nessuna disposizione dei codici futuri ferirà la giusta sensibilità della classe forense”. Ma, evidentemente, il riferimento doveva essere limitato alla sola procedura penale.



Tra roccia e mare. L'Abbazia di Santa Maria de Olearia a Maiori.

di Teobaldo Fortunato, foto di Alfio Giannotti

Appena doppiato Capodorso, lungo la strada borbonica che, partendo da Vietri, raggiunge tutti i paesi della costa d'Amalfi, appare l'arco di una grotta, affollato e ingombro di caseggiati.

L'ignaro viaggiatore certamente non immagina cosa riservino le due rampe di scale di accesso, non riesce a capire che, inglobati in affastellate costruzioni, siano celati alla vista gli ultimi frammenti di un complesso monastico medievale, l'Abbazia di Santa Maria de Olearia, di cui restano oggi visibili unicamente la cripta, la cappella principale e la cappella dedicata a San Nicola. Apparentemente poca cosa rispetto ad altri monasteri del meridione d'Italia, ma il cui nucleo di affreschi rappresenta sicuramente uno tra i maggiori cicli di dipinti murali in Campania della prima età medievale.

Forse la visione avuta dai primi intellettuali stranieri che da Salerno si imbarcavano, negli ultimi decenni del XVIII secolo (si pensi a Henry Swinburne o a John Smith), traversando quel

lembo di terra e di mare della "divina" costiera, per approdare alla gloriosa repubblica marinara, sarà stata più suggestiva e remota, così come le torri d'avvistamento, sui precipizi più alti del Falerzio. Proprio qui, sui monti, a pochi minuti da Maiori, l'antica *Reginna Maior*, si trova la microregione monastica maschile più ricca di testimonianze di tutto il ducato amalfitano.

Santa Maria de Olearia ha un'origine e una storia del tutto singolari, avvolte in leggende e cronache, fiorite negli anni di mezzo tra due millenni, quando incursioni saracene e santi anacoreti scelsero questi luoghi per scopi diversi, gli uni in cerca di fortune, gli altri per avvicinarsi al cielo. Si narra di un mitico fondatore, Pietro, e di suo nipote Giovanni, venuti da Oriente al tempo di Leone, primo arcivescovo di Amalfi, del Maligno che voleva sedurre l'imberbe Giovanni e del pericolo scampato, grazie all'intervento divino che in una notte donò al fanciullo la forza della pubertà, dotandolo di una folta barba e quindi non più possibile preda del demone.

Il nome "de Olearia" deriverebbe dall'antico francoio alloggiato in precedenza nella grotta dove Pietro costruì la prima chiesa.

Vere o false che siano le notizie riportate dagli storici dei secoli passati, lo stupore e lo sgomento ci prendono, appena salite le scale, usciti dalla luce e penetrati nel buio della cripta, ove ci appare la



Particolari degli affreschi.

medesima scena che colpì, nell'anno 1702, Biagio Imperato, notaro scalese "quando siamo ivi troviamo le celle del convento fatte ovile di animali, in pareti dirute, in pareti cadenti, con parecchie ossa di morti mescolati a polvere di terra..."

Superato il primo momento di smarrimento, la mano destra benedicente di un Cristo monumentale, vestito di una bianca tunica e di un mantello dorato, al centro dell'abside di mezzo, tra due arcangeli, rinfranca l'animo e rassicura.

Nell'abside meridionale compaiono ancora tre figure, i cui volti sono stati cancellati, scialbati forse nel XVII secolo per ordine di Giulio Rossini, metropolita amalfitano. Si tratta di Giovanni Battista e Giovanni Evangelista, posti ai due lati di un presumibile Santo o di Cristo dai vividi colori.

È però nell'anticamera della cripta o, piuttosto, sul muro orientale che rimangono gli affreschi meglio conservati di tutto il complesso di Santa Maria de Olearia: al centro campeggia la Vergine, dal bellissimo volto sereno incorniciato da una *poenula* blu che le copre il manto rosso; un santo guerriero, munito di lancia e di scudo, chiude la scena a destra, mentre a sinistra un altro santo, dalla lunga barba e dal mantello giallo, sembra in atteggiamento oratorio; al suo fianco un ulteriore personaggio maschile, privo di aureola, potrebbe rappresentare il committente dell'affresco,





Particolari degli affreschi e l'ingresso dell'Abbazia.



tipologia del resto comune a tanta parte dell'arte sacra non solo italiana ma d'ambito europeo. Questi, se sono i più suggestivi momenti pittorici dell'abbazia, ne rappresentano anche i più antichi: gli storici dell'arte concordano in una datazione tra il X e l'XI secolo, di chiara ascendenza bizantina, pur con tutti gli squilibri di modi talora provinciali e attardati, rispetto a modelli più aulici e metropolitani. Al di sopra della catacomba, la cappella principa-

le è preceduta da uno splendido terrazzo, da cui lo sguardo si perde nell'azzurro del mare, increspato nelle sere di aprile, quando gli Amici dei Musei della Costa d'Amalfi organizzano per pochi eletti (v'è posto solo per cinquanta persone), concerti di musica classica e l'abbazia si ripopola di voci sommesse e di suoni celestiali.

All'interno, la maggior parte della superficie pittorica murale è andata persa; solo in alcuni punti sono ancora visibili avanzi d'affreschi di varie epoche, in una commistione di stili e di epoche a cui i sapienti restauri operati dalla Soprintendenza di Salerno alla fine degli anni Ottanta hanno cercato di dare un equilibrio visivo e una nuova leggibilità.

Sono state evidenziate le originarie sinopie e le coppie a figura intera di simboli di evangelisti, dai libri aperti su cui si riescono ancora a distinguere i caratteri latini di iscrizioni mutile. Coesistono diversi livelli iconografici, da quelli altomedievali ad altri di ascendenza quattrocentesca, tutti di grande impatto emotivo, soprattutto per l'ingenuità e la freschezza compositiva e pittorica.

Il culmine è raggiunto nelle scene dell'infanzia di Gesù sulla quasi totalità dei muri, nella Crocifissione, posta nella curvatura della volta, che si presenta altamente drammatica nei suoi toni scuri e nell'incombenza della croce che sembra coprire gli astanti nei loro gesti di preghiera e di rassegnazione. Al livello superiore, accedendo attraverso un'angusta scaletta, vi è la minuscola cappella di San Nicola, interamente decorata all'interno da affreschi dallo schema iconografico complesso, al cui centro però emerge il gruppo della Vergine con San Nicola e San Paulino.

La parte più interessante è legata al ciclo di San Nicola, probabilmente l'unico più antico tra quel-



li medievali, sia di ambito bizantino sia occidentale.

I cinque pannelli principali illustrano una storia di mare, il Santo che salva tre uomini dall'esecuzione, l'apparizione all'imperatore Costantino, ad Abalabio, eparca di Costantinopoli, e la scena di ringraziamento dei tre generali salvati. Per ciò che concerne la datazione, intorno al 1100, ci si rifà ai confronti stilistici con gli affreschi in Sant'Angelo



in Formis, in provincia di Caserta, anteriori di pochi decenni, ascrivibili all'ultimo trentennio del secolo XI, in base alle documentazioni epigrafiche esistenti.

Del resto, fu proprio in quegli anni (1087 circa) che le reliquie del Santo furono traslate da Myra a Bari, trasformando in tal modo Nicola da bizantino a Santo dell'Italia meridionale, da poco divenuta normanna.

Dopo l'ascesa al cenobio, divenuto benedettino nel corso del XII secolo, si rimane con il dubbio di aver profanato un luogo dove il silenzio, in passato, era rotto dal vento che saliva dallo specchio d'acqua antistante e dalle tempeste che, in tempi remoti, avevano forse disperso navi nemiche e il canto di sirene ammaliatrici, naufragate per sempre, più in là, oltre la punta estrema delle terre d'Amalfi.

Contributi dai Colleghi

Spigolando.

di Rino Carpinelli

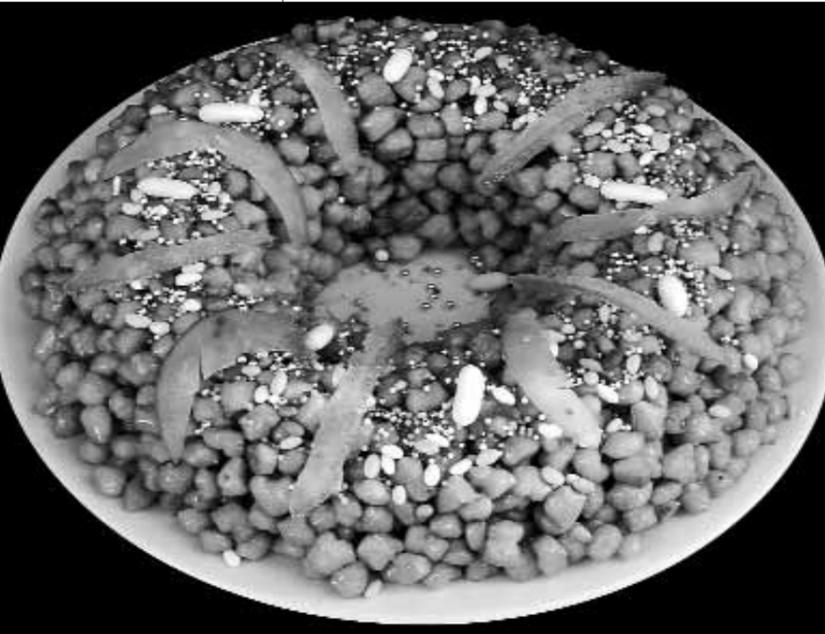
I dolci napoletani.

Seconda parte

Dopo la pubblicazione della prima parte di questo articolo, un collega mi ha fatto notare che avevo omesso di menzionare le zeppe e gli struffoli. *Scavutanne* in quel solito cassetto, sono riuscito a trovare qualcosa in merito, che, credo, possa appagare la curiosità del collega. Il 17 marzo gli antichi romani erano soliti celebrare le *Liberalia*, feste in onore di Bacco, dio del vino, e di Sileno, dio del grano nonché - sembra - precettore e compagno di bagordi del primo. Durante i festeggiamenti il vino, ovviamente, scorreva a fiumi e venivano preparate anche delle frittelle di frumento, che molto probabilmente sono da considerarsi le antenate delle zeppe di San Giuseppe, festeggiato il 19 marzo. Come al solito si contendono la genitura della zepolla di San Giuseppe, nella sua versione attuale, le solite monache di San Gregorio Armeno, di Santa Patrizia, della Croce di Lucca e dello Splendore (certo che sarebbe stata una vera delizia vivere in quei conventi!). Secondo altri la zepolla di San Giuseppe sarebbe nata nel 1837 dalle mani di Ippolito Cavalcanti, duca di Buonvicino, famoso gastronomo. In ogni caso bisogna ricordare ancora che il 19 marzo nei tempi passati si festeggiava la fine dell'inverno e durante i riti di purificazione agraria nei paesi del meridione si accendevano grandi falò e si preparavano montagne di frittelle. Ma qual è l'etimologia della parola zepolla? Le versioni sono molte: zepola: dal latino *cippus*, che era un piccolo pezzo di legno usato per risolvere i problemi di livellamento. La zepola è piccola e per questo somiglia al pizzico di pasta lievitata, che, messo a friggere, diventa poi zepolla; *serpula* (serpe): infatti la zepolla di San Giuseppe assomiglia ad una serpe acciambellata; *cymbala*: imbarcazione fluviale con fondo piatto ed estremità arrotondata, quindi a forma di ciambella. Con il passare del tempo e attraverso una serie di modificazioni linguistiche (oggi diremmo TGM: termine geneticamente modificato), *cymbala* sarebbe diventata zippula e poi zepolla; *saerpula*: da *saepio* = cingere. Con questo termine si indicavano gli oggetti di forma rotonda; zi' Paolo: il nome del primo friggitore napoletano presunto inventore della zepolla. Per amore di completezza bisogna anche dire che con il termine zepolla a Napoli si indica (me ne sia data licenza) l'ernia inguinale. A questo punto però si impone una precisazione. Infatti esiste la zepolla classica, la graffa, la zepolla di San



Giuseppe e quella di pastacrisciuta. La prima, la più antica e a forma di ciambella, si ottiene impastando farina passata al setaccio con acqua e sale. Con l'impasto ottenuto si fanno delle ciambelle, che vengono fritte nell'olio caldo (ma non bollente) meglio ancora nello strutto e, dopo che si sono asciugate, si spolverano con zucchero e/o cannella o miele. La graffa è simile alla precedente: la differenza è nell'impasto, in quanto si usano anche le patate per renderla più morbida. La zepolla di San Giuseppe ha origini più recenti. L'impasto è quello degli choux (a Napoli "sciù") o bignè. La si può trovare nella versione frita e al forno (per stomaci più delicati). A proposito di questo tipo di zepolla bisogna ricordare che San Giuseppe non è solo il patrono dei falegnami ma anche dei friggitori, che il 19 marzo in onore del santo nel '700 friggevano le zepolle direttamente in strada. La zepolla pastacrisciuta è invece salata e diversa nella forma. È una pallina di pasta lievitata, perciò "crisciuta", che si frigge nell'olio bollente. È proprio a questo tipo di zepolla che si fa riferimento per indicare il difetto di pronuncia delle lettere esse e zeta, non per la impossibilità di dire zepolla ma perché chi ha questo difetto parla come se avesse una zepolla bollente in bocca. Gli struffoli, invece, sebbene siano un dolce napoletano, pare però che siano stati portati a Napoli dai Greci ai tempi di Partenope. La parola deriverebbe infatti dal greco *strongoulos* ossia arrotondato mentre *pristòs* significa tagliato. Da qui *strongoulos pristòs*, cioè pallina rotonda tagliata, e da cui ancora "strangolapre(ve)te, gnocchetti supercompatti capaci di "strozzare" gli avidi preti. Secondo altri il termine deriverebbe dal verbo "strofinare", per indicare il gesto che si fa per arrotondare la pasta in tanti piccoli cilindri da tagliare a palline



o perché il dolce in questione "strofina" (solletica) il palato per la sua bontà. Per altri ancora lo struffolo deriverebbe dallo strutto, con cui anticamente si preparavano e si friggevano gli struffoli. Nei trattati di cucina del 1600 del Latini e del Nascia si rinvengono gli struffoli o struffoli alla romana simili a quelli napoletani.

In Umbria e in Abruzzo lo struffolo prende il nome di cicerchiata, perché le palline di pasta hanno la forma delle cicerchie. Nel viterbese invece nella zona della Tuscia gli struffoli indicano le frittelle, che altrove vengono chiamate castagnole, dolce tipicamente carnevalesco.

I veri struffoli devono essere piccoli, in modo da aumentare la superficie di pasta che entra in contatto col miele e devono essere ricoperti con diavolilli e pezzetti di arancia, cedro e zucca canditi. E tanto per cambiare sempre le solite monache dei vari conventi napoletani durante le feste natalizie preparavano gli struffoli da offrire alle famiglie nobili, che si erano distinte per i loro atti di carità.

Del perché Sant'Alfonso Maria de' Liguori buttò la toga alle ortiche.

Siamo alla fine del XVII secolo. Una serie di cause, quali la peste del 1656, la rivoluzione scientifica e la crisi dinastica della Spagna, avevano portato al crollo di ogni barriera, convenzione e ideologia. Le grandi famiglie, prima molto potenti, erano ormai estinte o ridotte alla miseria. Cosa fare per avanzare nelle gerarchie sociali? L'unica

strada percorribile era quella di intraprendere la strada dell'avvocatura, che permetteva di accumulare soldi e di acquistare potere. I nobili caduti in miseria, invece, ricorrevano ad un altro espediente per risollevarne le loro sorti: essi infatti barattavano il loro cognome con una cospicua dote. E ciò fece anche Giuseppe de' Liguori, padre del santo, ufficiale di marina e appartenente ad un ramo cadetto della famiglia. Egli, "per sistemarsi", sposò Anna Maria Caterina, figlia di Federico Cavaliere, alto magistrato, sperando di risolvere i propri problemi economici. Ma così non fu, in quanto, per approntare la dote ad una figlia, che voleva farsi monaca, era stato necessario l'aiuto del "Pio Monte dei Nobili Vergognosi", una specie di ente assistenziale, che con molta discrezione aiutava i nobili caduti in miseria. Anche l'avvenire del futuro santo si presentava incerto, per cui non restava altro che fargli intraprendere la strada della avvocatura, che gli avrebbe permesso di accedere alle alte cariche dello stato o di conseguire lauti guadagni. Ricevuta l'istruzione nella casa paterna, Alfonso a 12 anni si iscrisse alla facoltà di giurisprudenza di Napoli e a 16 anni divenne dottore in diritto civile ed ecclesiastico. Il rapido conseguimento del titolo era da imputare non solo forse alle capacità del santo ma anche al fatto che (già all'epoca!) l'università napoletana sfornava dottori in legge, definiti ignoranti, vanitosi e animati dal sacro fuoco dell'ambizione. La carriera forense di Alfonso fu rapida e costellata da travolgenti e continui successi, tanto da meritarsi la fama di avvocato che non perdeva nessuna causa, anche perché, si dice, fosse molto scrupoloso. Ma nel 1723, all'età di 27 anni, gli successe qualcosa che cambiò la sua vita. Alfonso infatti si trovò coinvolto, quale difensore del conte Filippo Orsini, nella famosa causa del feudo di Amatrice del valore di circa 600.000 ducati. Orbene dovete sapere che Filippo Orsini, duca di Gravina, Cosimo III de' Medici e l'imperatore di Austria si contendevano questo feudo e la causa andava avanti dal 1538 (cioè da ben 185 anni: ottimo presupposto per l'equo indennizzo). Nel 1723 appunto il processo era pervenuto in appello davanti al Sacro Regio Consiglio (l'odierna cassazione), che aveva deciso di giudicare a sezioni unite. La causa era molto delicata e complessa, in quanto la cittadina abruzzese faceva gola a molti. Essa nel 1692 era pervenuta, a seguito di transazione, alla granduchessa di Toscana Vittoria della Rovere, vedova di Ferdinando II de' Medici. Il duca di Gravina però sosteneva che il feudo gli era pervenuto in eredità dal cugino Alessandro, principe di Bassano. Ai due litiganti si aggiunse poi Carlo VI d'Austria, che voleva acquisire Amatrice al patrimonio imperiale. Il 2 luglio 1723



Sant'Alfonso Maria de' Liguori.

venne discussa la causa. Il nocciolo della questione era imperniato tutto sulla natura giuridica del feudo: se infatti era da considerarsi come feudo *novum*, allora esso apparteneva al granduca di Toscana; se invece era un feudo *antiquum*, allora aveva ragione Filippo Orsini. Alfonso ovviamente sosteneva tale ultima tesi e si preparò alla discussione con molto zelo. Avversario del santo era Antonio Magliocca, una vera lenza del foro napoletano, il quale, durante la forbita arringa di Alfonso, giocava con le carte, che aveva davanti. Ultimata la esposizione, nel corso della quale il santo mostrò una perfetta conoscenza delle labirintiche leggi feudali, un applauso scoppiò nell'aula gremita. Quando fu il

momento di parlare, il Magliocca chiese semplicemente che il "mastrodatti" (cancelliere) desse lettura della transazione del 1692, per ben interpretarne lo spirito.

La lettura di questo documento determinò il crollo della difesa approntata dal santo, in quanto appariva chiaro che il feudo era da considerarsi come feudo *novum* e non, come aveva sostenuto Alfonso, come feudo *antiquum*.

Questa sconfitta, così devastante per il santo, il quale poi, a distanza di 35 anni dal fatto, confessò ad un suo discepolo l'amarrezza per la superficialità con cui aveva letto quell'atto del 1692, indusse Alfonso a buttare la toga alle ortiche. Meditate gente! Meditate!

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Diritto amministrativo".

Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

Diritto amministrativo.
Seconda edizione, completamente riveduta e aggiornata.
Coordinata con la legge n. 69 del 18 giugno 2009 di riforma del procedimento amministrativo.
Michele Corradino.
Cedam, 2009, pp. 1463, € 98,00.

Il dottore Michele Corradino è un magistrato del Consiglio di Stato, ed è Capo di gabinetto del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare. Lo stesso è anche coordinatore degli esperti della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Il dottore Corradino è l'autore del manuale "Diritto amministrativo", edito dalla Cedam. La prima edizione del volume ha avuto un grande successo, per cui l'autore ha sentito l'esigenza di questa seconda edizione, che è stata ampiamente riveduta, ampliata ed aggiornata.

Il volume affronta, in modo minuzioso ed esauriente, l'intera materia del diritto amministrativo, esaminandone tutti gli aspetti peculiari.

Vengono, preliminarmente, trattati gli argomenti relativi alle fonti del diritto amministrativo, poi, agli enti pubblici ed ai loro aspetti strutturali ed organizzativi, ai principi generali dell'azione amministrativa, alla motivazione del provvedimento amministrativo, ed al diritto di accesso. Vengono, inoltre, affrontate le problematiche riguardanti la responsabilità della Pubblica Amministrazione, i beni pubblici, l'espropriazione per pubblica utilità, i servizi pubblici, nonché il pubblico impiego e la privatizzazione dello stesso.

Tutti questi argomenti vengono esaminati e sviscerati nei ventidue articoli ed, alla fine degli stessi, sotto la voce "Appendice", l'autore riporta la recente Legge n. 69 del 18 giugno 2009, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009, che ha modificato la disciplina del procedimento amministrativo.

Ogni articolo riporta sentenze recentissime, sia della Suprema Corte di Cassazione, anche a Sezioni Unite, sia di numerosi Tribunali Amministrativi Regionali, sia del Consiglio di Stato, e sia della Corte Costituzionale.



All'inizio del volume è riportato un "Indice - Sommario", nel mentre, alla fine dello stesso, un "Indice - Analitico", per ogni singola voce.

Detti indici sono molto importanti, in quanto non solo permettono di conoscere tutti gli argomenti affrontati, ma consentono, altresì, a chi legge, una consultazione veloce e chiara degli argomenti trattati nel volume.

Inoltre, ogni capitolo porta in calce una "Nota bibliografica" su ciascuno degli argomenti esaminati, con l'indicazione degli autori e delle loro opere, nota che consente a chiunque di approfondire gli argomenti contenuti nelle dette opere.

Il manuale risponde alle esigenze di coloro che frequentano le aule giudiziarie, in quanto è uno strumento chiaro, completo, pratico, efficace, di facile consultazione, e contiene un'ampissima e recente giurisprudenza.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Bando per l'iscrizione presso l'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore di n. 300 conciliatori.

L'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore, iscritto in data 19.03.2008, al n. 28 del Registro degli organismi deputati a gestire tentativi di conciliazione a norma dell'art. 38 D.Lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, nonché, con PDG del 17.06.2010 accreditato tra i soggetti abilitati a tenere corsi di formazione previsti dall'art. 4, comma 3, del D.M. 23 luglio 2004, n. 222;

Visto il D.Lgs. n. 28 del 4 marzo 2010;

Valutata l'opportunità di dotarsi di un congruo numero di conciliatori entro il 20 marzo 2011, data di entrata in vigore dell'art. 5 del citato Decreto che prevede, per talune materie, l'esperimento del procedimento di mediazione quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale;

Vista la necessità di garantire un adeguato quanto qualificato servizio di conciliazione ai cittadini del Circondario di Nocera Inferiore, l'Organismo, con delibera del 06.09.2010,

Ha approvato il seguente Bando per l'iscrizione di n. 300 Conciliatori.

Art. 1

(termini per l'iscrizione)

Sono aperte le iscrizioni nell'elenco dei conciliatori tenuto dall'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore.

La domanda di iscrizione nell'elenco dei conciliatori, compilata secondo lo schema pubblicato sul sito dell'Organismo, www.odc.foronocera.it, nella Home Page, e indirizzata all'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, Via G. Falcone, 12/14, c/o Palazzo di Giustizia, 84014 Nocera Inferiore, deve essere presentata, entro il 14 febbraio 2011, dal lunedì al venerdì (ore 9.00-12.30) alla segreteria del Consiglio dell'Ordine.

L'elenco sarà formato tenendo conto delle domande pervenute entro il citato termine. Le domande pervenute successivamente a tale data saranno prese in considerazione in sede di eventuale aggiornamento dell'elenco.

Art. 2

(requisiti per l'iscrizione)

Ai sensi della Delibera n. 2 del 17 marzo 2010 dell'Organismo, possono essere iscritti a domanda nell'elenco dei conciliatori gli Avvocati e i

Praticanti Avvocati in possesso dei seguenti requisiti:

non avere riportato condanne definitive per delitti non colposi o a pena detentiva, anche per contravvenzione;

non avere riportato condanne a pena detentiva, applicata su richiesta delle parti, non inferiore a sei mesi;

non essere incorso nell'interdizione perpetua o temporanea dai pubblici uffici;

non essere stato sottoposto a misure di prevenzione o di sicurezza;

non avere riportato sanzioni disciplinari diverse dall'avvertimento;

essere in possesso di una specifica formazione acquisita tramite la partecipazione con esito positivo a corsi di formazione tenuti da enti pubblici, università o enti privati accreditati presso il responsabile del registro degli organismi autorizzati alla gestione dei tentativi di conciliazione di cui all'art. 3 del Decreto Ministeriale 222/2004.

Il conciliatore non può essere iscritto contemporaneamente in più di tre organismi di conciliazione (art. 6, comma 2, D.M. 222/2004).

Art. 3

(assegnazione incarichi)

I Conciliatori, ai fini dell'assegnazione degli incarichi di mediazione, sono iscritti nell'elenco dell'Organismo, suddiviso nei seguenti gruppi:

BASE;

MEDIO;

MASTER.

Sono iscritti nel gruppo "BASE" i Praticanti e gli Avvocati con meno di 6 anni di anzianità di iscrizione all'Albo.

Sono iscritti nel gruppo "MEDIO" gli Avvocati con anzianità di iscrizione all'Albo superiore a 6 anni e inferiore a 15 anni.

Sono iscritti nel gruppo "MASTER" gli Avvocati con anzianità di iscrizione all'Albo superiore a 15 anni.

Il regolamento per l'assegnazione degli incarichi di mediazione è pubblicato sul sito dell'Organismo www.odc.foronocera.it, sezione "Statuto e Regolamenti".

Art. 4

(domanda di iscrizione)

Nella domanda di iscrizione il candidato dovrà indicare e dichiarare, sotto la propria responsabilità, ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, quanto appresso specificato:

cognome e nome;

data e luogo di nascita;

residenza, codice fiscale ed eventuale partita IVA;

iscrizione nell'Albo Avvocati/Registro Praticanti;

possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità;

l'indirizzo di posta elettronica certificata di cui dichiara di essere titolare;

di non svolgere attività di conciliazione per più di altri due organismi di conciliazione autorizzati; il codice IBAN del proprio conto corrente; l'accettazione del regolamento e del Codice deontologico dei conciliatori adottato dall'Organismo e l'impegno a rispettare le prescrizioni ivi contenute con riferimento alla attività di conciliazione; di essere a conoscenza che tutte le comunicazioni con l'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore avverranno esclusivamente tramite posta elettronica certificata e/o area riservata e sicura in internet.

Alla domanda devono essere allegati:

autocertificazione del possesso dei prescritti requisiti di onorabilità ed indipendenza; scheda di iscrizione predisposta dal Ministero della giustizia debitamente compilata e sottoscritta;

autocertificazione relativa all'esercizio dell'attività professionale in materie specifiche;

copia della ricevuta del bonifico di € 800,00, sul conto corrente dell'Organismo IBAN IT 34 Z 01030 76272 000000115108 (Monte dei Paschi di Siena) quale quota di immatricolazione una tantum - causale "Quota di immatricolazione" oppure ricevuta di pari importo rilasciata dalla segreteria dell'Organismo presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore al momento del deposito dell'istanza.

Copia della ricevuta del bonifico di € 200,00, sul conto corrente dell'Organismo IBAN IT 34 Z 01030 76272 000000115108 (Monte dei Paschi di Siena) quale quota annuale (2011) di iscrizione nell'Elenco dei Conciliatori - causale "Quota di immatricolazione 2011" oppure ricevuta di pari importo rilasciata al momento del deposito dell'istanza dalla segreteria dell'Organismo presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore.

Art. 5

(esenzione dal pagamento quote di immatricolazione e annuali)

Gli Avvocati e Praticanti Avvocati che partecipano ai corsi di formazione organizzati dall'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore in "La conciliazione come tecnica di risoluzione dei conflitti" (corso della durata di 42 ore, svolte in conformità al D.M. 23 luglio 2004, n. 222 ed a quanto prescritto nel Decreto dirigenziale 24/07/2006 del Ministero della giustizia al fine dell'ottenimento dei requisiti di qualificazione professionale dei conciliatori a norma dell'art. 4 del D.M. 222/2004) sono esentati dal pagamento della Quota di immatricolazione e della Quota annuale di iscrizione per gli anni 2011 e 2012.

Art. 6

(esame delle domande)

1. Le domande sono inoltrate all'Organismo che procede al loro esame nei modi e nei tempi fissati con propria determinazione anche in relazione al numero di domande pervenute e agli eventuali accertamenti da compiere.

2. Responsabile del procedimento, ai sensi dell'art. 5 della Legge 7 agosto 1990, n. 241, è il signor Massimo De Martino Adinolfi, responsabile della segreteria, ufficio che assicura la funzione di segreteria dell'Organismo di conciliazione; tale ufficio è ubicato presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e tiene gli atti del procedimento anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 8 della Legge 7 agosto 1990, n. 241.

Art. 7

(informativa sul trattamento dei dati personali)

1. Ai sensi dell'art. 13 del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e successive modificazioni e integrazioni, si informa che i dati personali forniti dai candidati sono raccolti e conservati presso il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e presso l'Organismo di Conciliazione del Foro e sono trattati, anche in forma automatizzata, esclusivamente ai fini della formazione dell'elenco dei conciliatori e, successivamente all'eventuale iscrizione del candidato nell'elenco, ai fini dell'amministrazione da parte dell'Organismo delle procedure di conciliazione. I dati personali acquisiti possono venire a conoscenza, oltre che dei membri del Consiglio dell'Ordine e dell'Organismo, anche dei dipendenti dello stesso che forniscono il supporto amministrativo all'Organismo.

2. I dati personali potranno essere comunicati alle Amministrazioni Pubbliche ovvero ai soggetti terzi nei confronti dei quali la comunicazione risulti necessaria per i fini illustrati al comma 1.

3. I dati giudiziari idonei a rivelare l'esistenza di condanne penali, di sentenze di applicazione della pena su richiesta e l'applicazione di misure di sicurezza sono trattati, per le finalità previste dall'art. 68 del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196, allo scopo di accertare il possesso dei requisiti di onorabilità prescritti per lo svolgimento delle funzioni di conciliatore.

4. Il conferimento dei dati è obbligatorio ai fini della verifica del possesso, da parte del candidato, dei requisiti richiesti per l'iscrizione; in caso di rifiuto a fornire i dati richiesti l'Organismo non valuterà la relativa domanda.

5. Ciascun candidato gode dei diritti riconosciuti dall'art. 7 del citato Decreto Legislativo n. 196/2003 tra i quali il diritto di accedere ai dati che lo riguardano; di far aggiornare, rettificare,

integrare i dati erronei o incompleti; di far cancellare i dati trattati in violazione di legge; di opporsi, per motivi legittimi, al trattamento dei dati che lo riguardano.

6. Titolare del trattamento dei dati sono il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e l'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore con sede in Nocera Inferiore alla Via G. Falcone 12/14, nei cui confronti possono essere fatti valere i diritti di cui sopra.

Art. 8

(pubblicazione del bando)

Il presente bando:

è pubblicato sul sito del Consiglio dell'Ordine per 60 gg. a far data dal 10.09.2010;

inviato, a mezzo posta ed e-mail, a cura della segreteria dell'Ordine a tutti gli iscritti del Foro di Nocera Inferiore perché ne abbiano diretta conoscenza;

inviato agli Ordini Forensi della Campania perché ne diano conoscenza ai propri iscritti.

Bando formazione liste triennali di avvocati domiciliatari e/o sostituti di udienza per contenzioso INPS. Scadenza 24 ottobre 2010.

L'Istituto Nazionale Previdenza Sociale - INPS pubblica il presente avviso per acquisire la disponibilità di **n. 11** professionisti avvocati per svolgere incarichi fiduciari di domiciliazione e/o sostituzione in udienza presso gli Uffici giudiziari del circondario del Tribunale di Nocera Inferiore in esecuzione della Determinazione commissariale n. 220 del 25 novembre 2009 e della Circolare del direttore generale n. 34 del 8 marzo 2010.

Oggetto della attività.

A. Domiciliazione e sostituzione in udienza:

all'avvocato inserito nella Lista Circondariale può essere affidata, con riferimento ad un singolo affare contenzioso, l'attività professionale di cui alla tabella B) della Tariffa Forense approvata con Decreto del Ministro di Giustizia 8 aprile 2004 n. 127, per la domiciliazione legale e la sostituzione degli avvocati dell'INPS in tutte le udienze di causa tenute dal giudice titolare del procedimento fino alla sentenza di primo grado.

Il compenso è fissato in € 250,00 (oltre IVA e CPA), corrisposto ad avvenuta definizione del sin-

golo affare affidato. L'importo compensa in via onnicomprensiva l'intera attività professionale, nonché ogni spesa sostenuta a qualsiasi titolo per l'esecuzione dell'incarico, quali ad esempio quelle per viaggio, fotocopie, telefono, corrispondenza e posta. La quantità massima di affari conferibili annualmente a ciascun domiciliatario è stabilita in 250.

B. Attività di sola sostituzione in udienza degli avvocati INPS:

all'avvocato inserito nella Lista Circondariale può essere affidata la sola attività di sostituzione degli avvocati INPS riferita a tutti i procedimenti chiamati dal giudice nell'udienza prevista. Il corrispettivo, onnicomprensivo per tutte le spese sostenute (viaggio, fotocopie, telefono, corrispondenza e posta), è di € 80,00 (oltre IVA e CPA) per la trattazione nello stesso giorno di un numero massimo di 25 procedimenti, cui si aggiungono € 25,00 nel caso di affidamento, nella stessa giornata, di un numero di procedimenti superiore a 25. Ogni avvocato può effettuare attività di sola sostituzione in udienza per un numero annuale massimo di 75 giornate/udienza.

Requisiti richiesti.

A) Anzianità di iscrizione all'Albo professionale non inferiore a tre e non superiore a dodici anni alla data di presentazione della domanda.

B) Iscrizione, al momento della domanda, al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso il Tribunale di Nocera Inferiore.

C) Competenza per trattare le questioni proprie dell'Ente in materia di diritto civile, commerciale, lavoro, previdenza e assistenza sociale.

Domanda e termine di presentazione.

1. La domanda di inserimento nella Lista dovrà essere presentata, esclusivamente, tramite il sito istituzionale dell'Istituto, compilando l'apposito form disponibile (www.inps.it - homepage - servizi on line "per tipologia di utente" - sezione "cittadino" sottovoce "domanda iscrizione liste circondariali avvocati domiciliatari e/o sostituti di udienza") dalle ore 9,00 del 15 settembre 2010 fino alle ore 24,00 del 24 ottobre 2010. Durante tale periodo il sistema di ricezione è attivo per l'intero arco delle 24 ore. Saranno escluse le domande presentate secondo altre modalità quali, ad esempio, invio con raccomandata con ricevuta di ritorno o consegna a mano presso le sedi dell'Istituto.

2. La domanda dovrà essere presentata esclusivamente per la lista circondariale del tribunale presso il cui Consiglio dell'Ordine degli Avvocati il richiedente è iscritto al momento della domanda.

3. Per la compilazione della domanda l'interessato dovrà essere dotato di PIN (Personal Identification Number) rilasciato dall'Istituto per l'accesso ai servizi telematici, o potrà utilizzare la carta nazionale dei servizi (CNS). Il suddetto PIN, se non già posseduto, può essere richiesto: con modalità online, mediante l'apposita procedura (*richiesta PIN*) presente sul sito istituzionale (www.inps.it), o presso una qualsiasi sede territoriale dell'Istituto.

4. Nella domanda dovranno essere contenute le seguenti informazioni, relativamente a:

- dati anagrafici;
 - dati relativi all'iscrizione all'albo professionale e all'albo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del Tribunale di competenza;
 - residenza;
 - recapiti;
 - curriculum vitae;
- nonché le seguenti dichiarazioni:
- di non avere/avere subito condanne penali che abbiano comportato quale sanzione accessoria l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione;
 - di non avere/avere giudizi in corso nei confronti dell'Istituto, né in proprio né in qualità di difensore di terzi;
 - di non aver subito provvedimenti di sospensione o altri provvedimenti disciplinari da parte del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati;
 - di assumere l'impegno a produrre in caso di iscrizione nella lista idonea polizza assicurativa per la copertura dei rischi derivanti dall'esercizio della attività professionale;
 - di assumere l'impegno a non esercitare attività di concorrenza nei confronti dell'Istituto per tutta la durata di validità della lista e nei due anni successivi alla cessazione della eventuale collaborazione con l'INPS;
 - di essere consapevole del fatto che l'eventuale inserimento nella Lista degli avvocati domiciliatari e/o sostituti di udienza non fa sorgere in capo al richiedente alcun diritto all'affidamento degli incarichi di cui trattasi, né costituisce in alcun modo per l'INPS o per gli avvocati della Avvocatura INPS, alcun obbligo di affidare in concreto gli affari legali;
 - di essere consapevole del carattere fiduciario dell'eventuale incarico e di accettare che l'eventuale inserimento del proprio nominativo nella Lista dei domiciliatari e/o sostituti di udienza possa essere discrezionalmente eliminato, annullato e/o revocato dall'INPS in qualsiasi momento e senza preavviso;
 - di essere consapevole e di accettare che l'inserimento nella Lista di cui trattasi verrà a cessare, in ogni caso, improrogabilmente il 31 dicembre

2013, al termine del triennio di sperimentazione, ovvero anticipatamente in qualsiasi momento a seguito di espressa rinuncia del dichiarante;

- di essere consapevole, di riconoscere ed accettare che l'eventuale inserimento nella Lista circondariale non dà luogo a giudizi di idoneità e non costituisce in nessun caso graduatoria di merito;
 - di essere in possesso della competenza linguistica per trattare le questioni proprie dell'Ente anche nella lingua tedesca (solo per la provincia di Bolzano).
5. Copia protocollata della domanda, attestante la ricezione della stessa da parte dell'Istituto, potrà essere successivamente scaricata dall'interessato, tramite la medesima procedura online.
6. L'interessato, solo ed esclusivamente su richieste della competente Direzione regionale e/o della Direzione generale, inviate all'indirizzo di posta elettronica indicato nella domanda, dovrà obbligatoriamente, far pervenire le integrazioni, nei termini richiesti, pena l'esclusione dalla procedura.

Liste circondariali.

Le liste circondariali degli avvocati verranno formate, una volta verificate la regolarità e la completezza della documentazione, l'inesistenza di cause di incompatibilità nonché valutate le competenze professionali e l'esperienza lavorativa, desumibili dal curriculum vitae e dalla documentazione integrativa eventualmente richiesta, a cura di una apposita commissione che attribuirà i relativi punteggi; in caso di parità di punteggio sarà data preferenza alla minore età anagrafica. Le liste circondariali definitive, compilate nei limiti dei fabbisogni individuati dagli uffici, saranno pubblicate sul sito istituzionale dell'Istituto.

Trattamento dei dati personali.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1, del Decreto Legislativo 30 giugno 2003, n. 196 "Codice in materia di dati personali" e successive modificazioni ed integrazioni, i dati personali forniti sono registrati e trattati esclusivamente per le finalità di gestione della presente procedura.

Avvertenze.

Si avvisa che verranno prese in esame esclusivamente le domande presentate tramite il sito istituzionale dell'Istituto e complete dell'eventuale documentazione integrativa richiesta. Si avverte che il rilascio del PIN a seguito di richiesta online, necessita di alcuni giorni: avverrà infatti solo dopo che il Contact Center dell'Istituto avrà completato le previste attività di verifica nei confronti del richiedente, tramite contatto telefonico presso il recapito indicato; men-

tre, il rilascio del PIN con richiesta presentata presso una sede dell'Istituto avverrà a vista, a seguito di verifiche immediate nei confronti del richiedente. Con l'avvio del sistema di cui al presente avviso, previsto dalla Determinazione n. 220/2009 e dalla Circolare n. 34 del 8 marzo 2010, non saranno ritenute più valide le liste a suo tempo formate a seguito della Circolare n. 25/2009; i professionisti già inseriti nelle liste citate, qualora interessati, dovranno presentare una nuova domanda con le modalità di cui sopra.

Informazioni.

Le Informazioni relative alla presente procedura potranno essere richieste alla Direzione regionale INPS, dalle ore 9.00 alle ore 12.30 utilizzando i recapiti telefonici e fax sotto indicati: Direzione regionale INPS Campania, Napoli, tel. 0817948345, fax 0817948043.

Convenzione Cassa Forense relativa alla concessione di prestiti nella forma di anticipazioni su liquidazione per parcelle per difese d'ufficio con gratuito patrocinio da parte del Ministero della giustizia.

La Cassa Forense ha implementato l'accordo in essere con la Banca Popolare di Sondrio con una nuova opportunità. È stata, infatti, sottoscritta una nuova convenzione relativa alla concessione di prestiti nella forma di anticipazione su liquidazione per parcelle per difese d'ufficio con gratuito patrocinio da parte del Ministero della giustizia. Tramite tale convenzione, gli iscritti alla Cassa che hanno emesso parcella per l'attività di difesa d'ufficio con gratuito patrocinio potranno richiedere a Banca Popolare di Sondrio una anticipazione del credito vantato nei confronti dello Stato nella misura massima dell'80% e, comunque, per un importo non superiore, complessivamente, a € 15.000. Il tasso di rimborso concordato in convenzione è pari all'Euribor 3 mesi maggiorato di uno spread del 3,00%. Per poter beneficiare della convenzione è necessario accedere all'area riservata del sito internet della Cassa e compilare l'apposito form di richiesta; nel caso in cui il richiedente non sia titolare di conto corrente presso la Banca, sarà necessario

compilare anche la modulistica per l'apertura di un conto corrente on-line. Ulteriori informazioni potranno essere richieste al numero verde 800.586.467, all'uopo messo a disposizione dalla Banca Popolare di Sondrio.

Regolamento sulle specializzazioni forensi.

Il Consiglio nazionale forense ha approvato il regolamento sulle specializzazioni forensi, che disciplina le aree di specialità professionale e le modalità per acquisire il titolo di specialista. Così il presidente Guido Alpa: "Il Cnf ha voluto così coronare un lavoro iniziato a giugno e condotto nel confronto costante con gli Ordini e le Associazioni, nella convinzione che il riconoscimento della qualifica di avvocato specialista sia a garanzia dell'interesse pubblico e di tutela del cittadino. Corrispondendo anche a una risalente esigenza dell'avvocatura, che già nel congresso di Genova del 1960 aveva posto questa necessità". Il regolamento gioca d'anticipo rispetto alla riforma forense, il ritardo nell'approvazione della quale ha spinto il Cnf ad approvare l'articolato pur con l'avvertenza che si tratta di un testo che entro un anno dalla sua entrata in vigore potrà essere sottoposto a revisione, tenendo conto degli effetti prodotti e della tenuta sul campo della individuazione delle aree di specializzazione, la cui definizione ha impegnato lungamente il Cnf. Il testo definitivo, proposto al *plenium* dal gruppo di lavoro presieduto dal vicepresidente Ubaldo Perfetti, accoglie molte delle osservazioni avanzate dagli Ordini e dalle Associazioni, da ultimo nella riunione che si è tenuta sabato scorso a Roma presso il complesso monumentale di Santo Spirito in Sassia, accompagnandolo con una relazione esplicativa.

Le aree di specialità individuate sono 11 e il regolamento stabilisce che l'avvocato può conseguire il diploma di specializzazione in non più di due. Esse sono:

- 1) Diritto di famiglia, dei minori e delle persone
- 2) Diritto della responsabilità civile e delle assicurazioni
- 3) Diritto commerciale
- 4) Diritto del lavoro, della previdenza e della sicurezza sociale
- 5) Diritto industriale
- 6) Diritto della concorrenza
- 7) Diritto tributario
- 8) Diritto amministrativo
- 9) Diritto della navigazione

10) Diritto dell'Unione Europea

11) Diritto penale.

Entro un anno dall'entrata in vigore il Cnf, sentiti Ordini e Associazioni, potrà procedere se necessario alla revisione delle disposizioni, con particolare riferimento alle aree di specializzazione, ai fini della tutela dell'affidamento della collettività.

Requisiti per conseguire il titolo di avvocato specialista.

L'avvocato dovrà aver maturato un'anzianità di iscrizione all'albo, ininterrotta, di almeno sei anni; aver frequentato continuativamente per almeno un biennio una scuola/corso tra quelli riconosciuti dal Cnf (per un minimo di duecento ore complessive di studio e esercitazioni); aver sostenuto con esito positivo l'esame presso il Cnf.

Esame.

Consiste nello svolgimento di una prova scritta su materia attinente all'area di specializzazione e nello svolgimento di una prova orale, avente ad oggetto anche la dimostrazione del possesso di una esperienza pregressa nella materia.

Associazioni fra avvocati specialisti.

Il Cnf terrà aggiornato e reso accessibile al pubblico (sul sito internet) l'elenco delle associazioni costituite tra avvocati specialisti. In sede di prima applicazione, sono inserite di diritto le associazioni forensi specialistiche riconosciute dal congresso forense.

Aggiornamento specialistico.

Per il mantenimento del titolo di specialista, l'avvocato sarà tenuto a curare il proprio aggiorna-

mento professionale e conseguire nel triennio almeno 120 crediti formativi. Di cui almeno 30 in ogni singolo anno. Tali crediti sono computati come crediti formativi per la formazione continua.

Scuole e corsi di specializzazione.

Presso il Cnf sarà istituito il registro dei soggetti abilitati alla istituzione e gestione delle scuole e/o di corsi di alta specializzazione, nel quale sono iscritti a semplice richiesta i Consigli dell'Ordine. Le scuole dovranno presentare al Cnf, annualmente prima dell'inizio dell'anno scolastico, il programma dettagliato della scuola o del corso.

Norma transitoria.

Gli avvocati che alla data di entrata in vigore del regolamento hanno una anzianità di iscrizione all'albo, continuativa, di 20 anni potranno acquisire il titolo di specialista in non più di una delle aree di specializzazione, presentando al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, che esprimerà un parere non vincolante, documenti e titoli che dimostrino la particolare conoscenza della materia. Il Cnf provvederà all'iscrizione previo eventuale colloquio.

Entrata in vigore.

Il regolamento del Cnf entrerà in vigore il 30 giugno 2011.

Aggiornamento Codice deontologico.

L'approvazione del regolamento imporrà una conciliazione delle norme del regolamento con quelle del Codice deontologico forense con particolare riguardo agli artt. 17 e 17 bis.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totale
CASSAZIONISTI	151	6	0	0	157
AVVOCATI	1155	7	6	1	1169
TOTALE	1306	13	6	1	1326

PRAT. SEMPLICI	200
PRAT. ABILITATI	390
TOTALE	590

CASSAZ. E AVVOCATI	1326
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	590
TOTALE ISCRITTI	1916

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totale M • F
CASSAZIONISTI	133 • 18	5 • 1	0 • 0	0 • 0	138 • 19
AVVOCATI	573 • 582	1 • 6	5 • 1	0 • 1	579 • 590
TOTALE	706 • 600	6 • 7	5 • 1	0 • 1	717 • 609

	M • F
PRAT. SEMPLICI	88 • 112
PRAT. ABILITATI	158 • 232
TOTALE	246 • 344

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	717 • 609
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	246 • 344
TOTALE ISCRITTI	963 • 953