

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VII NUMERO 4

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



Anno VII N° 4 - Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20/c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli

EDITORIALE
Di tutto, un poco

VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA
Intervista al dottore
Catello Marano
Presidente del Tribunale

Intervista all'avvocato
Mario Cretella delegato
O.U.A. per il distretto
di Corte di Appello di Salerno

HISTORIA ET ANTIQUITATE
I sensali e la Senseria.
Disciplina dell'intermediazione
commerciale nel Regno
delle Due Sicilie

**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 Ciano

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Angela Abrunzo
Silvio Calabrese
Angela Cisale
Irene Coppola
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
Antonella Ciano
Francesca Del Grosso
Annamaria Di Bernardo
Renato Diodato
Maria Grazia Ianniello
Antonia Marchino
Mariella Orlando
Costantino Scudieri

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 ringrazia **Mariano Grieco**

Realizzazione Editoriale
Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797
altrastampa@libero.it

© 2010 Foto
Altrastampa Edizioni

© 2010 Testi
Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Francesca Del Grosso</i> La spesa pubblica del patrocinio: buone prassi	25
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i>		<i>Maria Grazia Ianniello</i> Cessioni plurime del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione: responsabilità per il mancato pagamento dei canoni	28
	6	<i>Mariella Orlando</i> Federalismo demaniale. Alcuni spunti di riflessione sul Decreto legislativo 28 maggio 2010 n. 85	29
	7	<i>Costantino Scudieri</i> Dolo eventuale e colpa cosciente: l'enigma della <i>mens rea</i>	32
GIURISPRUDENZA <i>Barbara Barbato</i>		OPINIONI A CONFRONTO <i>la redazione</i>	
	10	Interviste al professore avvocato Salvatore Sica e al professore avvocato Fabrizio Fezza sulla mediazione civile e commerciale dall'entrata in vigore del Decreto legislativo 28/2010	38
<i>Angela Cisale</i> Suicidio del dipendente: condanna del datore di lavoro	14	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Gianluca Granato</i>	
<i>Maria Coppola</i> È illegittima la comunicazione cumulativa, da parte della P.A., di più decurtazioni dei punti della patente, relativa a diverse violazioni nel tempo	16	I sensali e la senseria. Disciplina dell'intermediazione commerciale nel Regno delle Due Sicilie	43
<i>Annamaria Di Bernardo</i> Della declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio	18	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>la redazione</i>	
<i>Antonia Marchino</i> Approvazione e revisione delle tabelle millesimali. Competenza dell'assemblea che delibera a maggioranza qualificata	19	Falsi abusi e abusi veri	45
<i>Piervincenzo Pacileo</i> Il danno da vacanza rovinata	21	SOTTO LA LENTE <i>A cura di Renato Diodato</i>	
DOTTRINA <i>Antonella Ciancio</i>		Il processo civile riformato	47
	23	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i>	
		Tassa sulle concessioni governative per l'iscrizione nel registro speciale dei praticanti: restituzione delle somme erroneamente pagate	48
		Statistiche iscritti	48

Editoriale

di Luigi Ciano

Di tutto, un poco.

La conclusione della coincidente celebrazione del 30° Congresso Nazionale Forense e del 29° Congresso della Associazione Nazionale dei Magistrati hanno confermato quanto più volte denunciato: la giustizia italiana è al collasso, "ottantesima al mondo, dietro a paesi come Ruanda e Zambia".

E non è certamente una scoperta, considerando che questo stato di cose, noto agli addetti ai lavori ed agli italiani tutti, si trascina da decenni senza che si trovi soluzione capace di risolvere, se non del tutto, almeno parzialmente il problema.

Appaiono fuori luogo gli interventi oratori degli organismi istituzionali preposti a trovare il bandolo della matassa: promesse e parole a iosa, ma nessun fatto concreto che faccia sperare in bene per il prossimo futuro.

La verità è che non si ha il coraggio di incidere con severa decisione laddove necessario: troppi interessi e troppi compromessi costituiscono ostacolo insormontabile per mettere mano ad una seria riforma della giustizia.

Nel momento in cui si parla di tagliare i piccoli tribunali o di eliminare le sedi distaccate con scarso contenzioso, salta fuori la rivolta dei sindaci o l'intervento del parlamentare locale che, per non subire l'onta della soppressione di un asfittico ufficio giudiziario, si dà da fare perché tutto rimanga inalterato: senza rendersi conto (?) che, in tal modo, non solo si danneggia la collettività ma non si favorisce neppure una minoranza la quale usufruirà di un servizio giustizia approssimativo a causa della carenza di magistrati e di personale amministrativo.

È notorio, infatti, che gli organici di queste due figure professionali sono sottodimensionati da tempo senza che si possa registrare un intervento di chi è preposto per ricoprirne, almeno parzialmente, i vuoti esistenti. Il nostro tribunale è la esemplificazione più evidente di questo stato di cose. In compenso, la riforma dell'ordinamento forense ha fatto un piccolo passo avanti; il testo è stato approvato dal Senato ma occorre che si pronunci anche l'altro ramo del parlamento perché diventi legge.

Il provvedimento, sulla cui necessità concordano tutte le organizzazioni che raggruppano gli avvocati, è teso non solo a salvaguardare le funzioni dell'avvocato ma anche a rafforzare la tutela dei cittadini.

A fronte di una pletrica massa di iscritti negli albi (220.000 rispetto ai 45.000 della Francia) si è reso opportuno prevedere nella legge di riforma la cancellazione dall'albo in assenza di frequenza continua in tribunale e di fatturati minimi professionali. Non può infatti disconoscersi che la inflazione degli albi ha accentuato vieppiù la crisi in cui versa la categoria anche a causa dell'attuale momento economico. Una seria revisione degli albi professionali da parte degli Ordini, scevra da sollecitazioni di carattere personale ed elettorale, potrebbe rappresentare una più realistica fotografia della categoria che ha necessità di recuperare lo smalto dei tempi migliori. È risaputo che negli albi vi sono iscritti che non esercitano la libera professione pur continuando ad esservi inseriti.

La previsione del tariffario minimo per le prestazioni professionali e la specializzazione per gli iscritti all'Ordine costituiscono un elemento positivo perché si concretizzi quanto innanzi.

Abbiamo ripetutamente denunciato la corsa all'accaparramento del cliente con la promessa di applicare tariffe al di sotto dei minimi; tale fenomeno, alla luce di quanto statuito dalla legge di riforma, va bandito con determinata decisione in quanto lede l'immagine dell'avvocatura. Anche perché le tariffe minime per gli onorari tutelano gli iscritti più deboli e, in maniera particolare, i giovani colleghi.

Restano un grosso punto interrogativo le conciliazioni preventive sulle controversie che dovrebbero evitare gli ingolfamenti di cause in tribunale: ma per questo solo l'applicazione pratica ed il tempo potranno dare una esauriente risposta.

Auguriamoci che col tempo si riacquisti la dignità ed il decoro professionale, anche perché l'attività forense non può essere considerata un'attività commerciale come dai più è intesa, ma di servizio per il cittadino.



La presidenza del tribunale e la presidenza della seconda sezione civile hanno avuto i loro titolari: alla prima è stato preposto il dottore Catello Marano ed all'altra la dottoressa Ornella Crespi. Ad entrambi l'augurio della intera classe forense che non farà mancare il supporto della propria collaborazione.

Il Comitato di redazione ha deliberato di demandare a tutti gli iscritti-lettori la scelta della copertina della nostra rivista per l'anno 2011. A tal proposito, sul sito istituzionale dell'Ordine, a decorrere dal mese di gennaio, saranno riportate una serie di immagini ritenute le più idonee dalla redazione. Tra queste sarà scelta quella che farà registrare il maggior numero di preferenze.

Cratere arcaico-classico,
Museo Archeologico
dell'Agro Nocerino Sarnese,
Nocera Inferiore.

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

**Intervista al dottore Catello Marano,
Presidente del Tribunale.**



Innanzitutto auguri per il suo nuovo e prestigioso incarico e ben arrivato a Nocera Inferiore. Ci racconta il suo stato d'animo?

Sono arrivato qui al Tribunale di Nocera Inferiore da un altro tribunale di frontiera, quello di Santa Maria Capua Vetere. Certo, oggi sono a capo dell'ufficio ed è con molto entusiasmo che ho iniziato questa nuova esperienza. Lo stesso entusiasmo di chi crede di poter dare un buon contributo per migliorare sempre di più il contesto in cui si trova a lavorare. Tutto ciò avendo come presupposto il lavoro lusinghiero dei miei predecessori, prima del Presidente Pignataro poi del Presidente Amato.

Il nostro tribunale soffre la cronica carenza di risorse umane, in special modo di personale amministrativo. Quali iniziative ritiene che debbano essere intraprese unitamente alle altre componenti del mondo giudiziario?

Di fatto ci sono delle criticità soprattutto per quanto riguarda il personale amministrativo. Attualmente i comandi del Ministero della Difesa, grazie ai quali abbiamo due unità in più nel personale amministrativo, scadranno a fine

anno e speriamo in una proroga. Per il resto rimane comunque molto critica la situazione amministrativa, soprattutto perché il Ministero della Giustizia non bandisce concorsi da circa dieci anni. Quando si prospetta la possibilità di mandati, che spostino personale da un settore ad un altro - nel caso specifico alle attività amministrative del Tribunale - c'è il no dei sindacati, che chiedono invece nuovi concorsi, così è un cane che si morde la coda.

Un suo giudizio sull'Avvocatura locale. La ritiene in grado di supportarla nel suo nuovo incarico?

Ho avuto da subito un'ottima impressione dell'avvocatura del Foro di Nocera Inferiore. Sono davvero felice della sintonia che si è immediatamente stabilita tra il mio ufficio e l'avvocatura nocerina. Credo che sia un Foro preparato e che vi sia un reale spirito collaborativo, anche nel segnalare le problematiche, laddove ve ne siano, che insieme cercheremo di risolvere. A dire il vero, già avevo sentito parlare molto bene del Foro di Nocera Inferiore.

Dal C.S.M. arriva la richiesta di accorpamento dei tribunali più piccoli o limitrofi. Secondo lei il Tribunale di Nocera Inferiore è in pericolo?

Non credo assolutamente che si possa pensare ad un accorpamento per il Tribunale di Nocera Inferiore. La richiesta di accorpamento riguarda infatti i tribunali con otto, sei magistrati, che effettivamente non hanno ragione di esistere. Per quanto riguarda il nostro tribunale, che conta ben ventisei giudici e un carico di lavoro ragguardevole, non credo che possa adombrarsi alcuna ipotesi di accorpamento. L'aspetto non positivo per un tribunale può essere il problema delle sedi distaccate, tuttavia anche questo caso non riguarda il nostro tribunale.

Una soluzione alla carenza di personale potrebbe essere la partenza del processo civile telematico presso il Tribunale di Nocera Inferiore. Quale è la sua posizione in merito?

Sicuramente potrebbe essere un'ottima soluzione, però non a breve scadenza. Noi ci stiamo attrezzando. Ho già avviato un monitoraggio dei procedimenti fallimentari e dei procedimenti delle vendite immobiliari. Ho firmato da poco una convenzione con un'azienda per la digitalizzazione dei dati, che consentirà di tagliare i tempi per la consultazione dei fascicoli da parte dei giudici, primo passo per una maggiore velocità nei procedimenti giudiziari.

La Cittadella giudiziaria prende vita: quali i problemi che ne stanno rallentando la realizzazione e quali le possibili soluzioni?

È sicuramente encomiabile l'amministrazione comunale, che si è mobilitata con lo stanziamento di circa 20 milioni di euro, consentendo la realizzazione della Cittadella. Tuttavia sussiste ancora qualche difficoltà per lo spostamento di tutti gli uffici nei nuovi locali della Cittadella, come il problema dell'affidamento del servizio di pulizia. Servizio senza il quale non si può pensare di avviare le attività di cancelleria, non avendo assicurate le condizioni igieniche necessarie. È in atto la gara d'appalto. Nella prima riunione della Commissione di manutenzione cui ho partecipato, il rappresentante del Commissario prefettizio ha dimostrato grande collaborazione e credo che per fine anno il servizio di pulizia dovrebbe essere affidato.

Il D.lgs. 28/2010 introduce la conciliazione obbligatoria a partire dal 20 marzo 2011. Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati è stato il secondo Ordine Forense d'Italia ad aver ottenuto l'iscrizione del proprio Organismo di Conciliazione nell'elenco istituito presso il Ministero della Giustizia. Ritiene che tale provvedimento normativo possa fattivamente contribuire ad una deflazione dei procedimenti pendenti presso il tribunale tramite l'utilizzo dello strumento della mediazione delegata?

Si tratta di un Decreto legislativo che ha luci ed ombre, perché molto dipende dalle modalità organizzative della mediazione. La questione principale riguarda il contesto in cui avviene l'incontro tra il mediatore e i cittadini che usufruiscono del servizio. È infatti fondamentale che ciò avvenga in un ambito istituzionale, affinché il cittadino abbia piena consapevolezza che si tratti di una prassi giudiziaria a tutti gli effetti. In altre parole la mediazione, anche se affidata a privati, deve avere un primo contesto ufficiale, come quello che può offrire il Tribunale. Di sicuro potrà avere un effetto deflattivo sul carico di lavoro dei giudici, soprattutto esauendo quelle controversie che affollano gli uffici dei giudici, ma che possono essere risolte molto prima con la mediazione.

Un argomento che interessa sia la magistratura che l'avvocatura è quello relativo alla riforma dell'Ordinamento Giudiziario. Quali, secondo lei, gli aspetti positivi e quali i negativi di questa riforma?

Bisogna distinguere. Una cosa è la riforma che

vorrebbe risolvere i problemi della giustizia, altra quella che riguarda la magistratura e la divisione delle carriere. Nel primo caso sono necessari mezzi, finanziamenti, personale, che consentirebbero davvero ad accorciare i tempi dei procedimenti giudiziari, oltre a rivedere un uso eccessivo delle norme garantiste che, in alcuni casi, si converte in una dilazione dei procedimenti giudiziari. Andrebbe anche riorganizzata la distribuzione circondariale dei magistrati. Per quanto riguarda la riforma del CSM, la divisione delle carriere con la differenziazione dei concorsi secondo i ruoli ricoperti dai diversi magistrati, non ha alcuna ricaduta sulla velocizzazione dei processi. Potrei essere anche d'accordo se fosse garantita al pubblico ministero una vera azione indipendente.

Ringraziamo il Presidente, dottore Catello Marano, per la disponibilità e il tempo che ci ha dedicato e gli auguriamo una esperienza proficua e gratificante alla dirigenza del Tribunale di Nocera Inferiore.

la redazione

Intervista all'avvocato Mario Cretella, delegato O.U.A. per il distretto di Corte di Appello di Salerno.

Incontriamo l'avvocato Mario Cretella eletto dal XXX Congresso Nazionale Forense Delegato dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura per il distretto di Corte di Appello di Salerno.

Prima di tutto una sua presentazione, le tappe della sua vita professionale.

Mi sono laureato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II e mi sono abilitato con esame di Procuratore legale presso la Corte d'Appello di Napoli nel 1982, Corte alla quale apparteneva la Corte d'Appello di Salerno, all'epoca non ancora autonoma. Mi sono, quindi, iscritto al Consiglio dell'Ordine di Salerno nel gennaio del 1983 e dal 93 risulterò iscritto presso il Consiglio di Nocera Inferiore. Mi sono iscritto all'albo dei Cassazionisti nel giugno del 1997. Ho iniziato la mia carriera professionale da praticante procuratore presso uno studio specializzato in diritto del lavoro. Per tale ragione, quindi, ho potuto maturare una preparazione a vocazione giuslavorista, successivamente indirizzata alla branca del diritto del lavoro sanitario. Coltivo, in ogni caso, la materia civile parallelamente a quella lavoristica.

Lei ha già ricoperto la carica di delegato



O.U.A. cosa ricorda con più piacere dell'esperienza fatta e quale con meno?

Ho ricoperto dal 2006 al 2008 la carica di delegato all'O.U.A., maturando un'esperienza di assoluto interesse, poiché ho avuto modo di incontrarmi e confrontarmi con avvocati di tutta la penisola. In tale esperienza, perciò, ho potuto conoscere disagi e pregi di tutti i Fori d'Italia ed in particolare ho ammirato il lodevole lavoro realizzato dal Presidente del Tribunale di Torino, precursore dell'informatizzazione dei servizi dell'attività forense. Ho apprezzato altresì la qualità e la coesione di alcuni ordini del Veneto, i cui componenti eletti in seno all'O.U.A. sono risultati un notevole e prestigioso propulsore, un esempio da imitare. Di contro ho avuto modo di registrare, con molta amarezza, che alcuni importanti fori fanno ancora fatica a sentirsi parte integrante dell'O.U.A., esprimendo spesso posizioni i dialettiche conflittuali, non sempre condivisibili. L'O.U.A., invece, va sostenuta nella sua opera di espressione di unitarietà dell'Avvocatura e sarebbe un grave errore disperderne la funzione istituzionale o contrastarla polemicamente per eccessivo protagonismo dei Consigli dell'Ordine dissidenti.

Quali le sue aspettative per la nuova esperienza e quale sarà il suo impegno nella rappresentanza nazionale dell'Avvocatura.

L'avvocato Mario Cretella.

Mi piacerebbe, nella mia rinnovata esperienza di delegato all'O.U.A., poter dare un contributo per ridurre a livelli fisiologici accettabili i conflitti di cui sopra e di poter contribuire all'assunzione di deliberati assembleari, che pur nel confronto dialettico e nelle fisiologiche contrapposizioni delle varie componenti dell'Avvocatura, esprimano, infine, decisioni collegiali, nelle quali gli interlocutori dell'O.U.A. possano cogliere, concretamente, l'unitarietà dell'Avvocatura. Le identità delle varie componenti della famiglia dell'avvocatura, CNF, Cassa Forense, associazioni tutte, non possono rinunciare, infatti, alla coniugazione ed unitarietà delle loro posizioni nelle decisioni dell'O.U.A., nel momento in cui l'Organismo viene chiamato a fronteggiarsi con forze istituzionali, preposte a confrontarsi con l'Avvocatura e sulla funzione che questa è chiamata a svolgere. Credo fortemente che quella della sintonia tra l'O.U.A. e le suddette articolazioni della famiglia forense sia ormai una priorità che non può tollerare ulteriori tentennamenti.

Lei ha partecipato al recente Congresso Nazionale Forense che ha visto un duro scontro tra la politica e l'Avvocatura. Uno strappo da ricucire? In che modo?

Per quel che concerne i lavori del trentesimo Congresso Nazionale, devo dire che porto a casa una esperienza forte. Sono rimasto, infatti, colpito della "rabbia" che l'Avvocatura ha espresso, nell'avversare le innovazioni legislative ritenute penalizzanti per il ruolo dell'Avvocatura, pur nutrendo non poche perplessità sul metodo scomposto e non proprio elegante con cui la classe forense ha fatto sentire la propria voce. Ritengo, infatti, irrinunciabile che il confronto istituzionale avvenga sempre su un piano di reciproco rispetto e ciò indipendentemente dalla fermezza delle avverse posizioni, poiché sarebbe di per sé una sconfitta la rinuncia a tale metodo. Ho il dubbio, allora, che l'interlocutore politico-istituzionale non abbia potuto cogliere compiutamente la proposta e le esigenze prospettate dall'Avvocatura in alternativa ai provvedimenti legislativi già operanti ed oggetto di discussione. Ritengo, pertanto, che si debba andare rapidamente alla ricomposizione del conflitto con le istituzioni, riprendendo il confronto con la formulazione di proposte progettuali (riforma della professione, riforma della media conciliazione, ristrutturazione degli organici della Magistratura, riduzione al minimo possibile della Magistratura supplente, revisione della geografia giudiziaria con riferimento alle sezioni distaccate di tribunali, non sempre

giustificabili, ecc.) che tengano conto e possa coniugare le proposte e le aspirazioni dell'Avvocatura, espresse da tutte le sue articolazioni (CNF, Cassa Forense, O.U.A., Associazioni) e riportate nelle mozioni approvate dal Congresso.

Da avvocato lavorista ha già nel suo DNA la conciliazione ed è, tra l'altro, Mediatore per l'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore. La media conciliazione introdotta dal D.Lgs. 28/2010 è stato un tema aspramente dibattuto al Congresso con una posizione netta e decisa dell'O.U.A. contraria a molti punti di essa. Quale è la sua posizione in merito?

Altro tema dibattuto al Congresso quello della specializzazione. La ritiene necessaria? Perché?

Per quel che concerne la media conciliazione, affermo, con assoluta serenità, di condividere l'istituto e accolgo con compiacimento il ruolo assegnato all'avvocato, chiamato ad adoperarsi per la rapida risoluzione della vertenza. Pur nella consapevolezza che l'istituto è stato avvertito dal legislatore principalmente come momento deflattivo del carico di lavoro giudiziario, non posso non cogliere l'utilità dell'istituto che con minor carico di spesa, ma, principalmente, in tempi ridottissimi, potrebbe dare la risposta all'utente che, con buona probabilità, alla rapida soluzione, vedrebbe aggiunto il vantaggio della pacificazione con il suo antagonista. Si converrà, d'altra parte, che pur con le debite differenze, l'istituto in parola opera con successo e da tempo, in altri ordinamenti europei ed anglosassoni, per cui il rifiuto preconcepito di tale innovazione sarebbe un atto miope e comunque anacronistico, un'opportunità persa.

Comprendo perfettamente le difficoltà dell'avvocato che viene chiamato, nella conciliazione, ad abdicare per un momento alla sua struttura professionale di giurista, (atteso che la conciliazione mira a ricomporre il conflitto con il benessere delle parti, quale che sia la rinuncia che le stesse mostrano di voler fare), cionondimeno, detto sacrificio risulterebbe ampiamente ricompensato dal rapido risultato, in caso di successo della conciliazione, vantaggio il cui peso non dovrebbe sfuggire, se si tiene conto della durata media del processo. Ritengo, tuttavia, corrette le proposte contenute nella mozione approvata dal Congresso circa le modifiche al D.Lgs. n. 28/10, ma non condivido la proposta dell'abolizione dell'obbligatorietà del tentativo di conciliazione, prodromica al processo, poiché la facoltatività dell'esperimento

svuoterebbe concretamente l'opportunità della definizione conciliativa, per effetto di un diffuso rifiuto culturale degli utenti della Giustizia.

Quanto alla specializzazione professionale, ritengo, e non da oggi, che i tempi siano maturi per puntare a prestazioni esclusivamente specializzate, poiché i tempi e la complessità delle dinamiche sociali ed economiche non giustificano più prestazioni da "avvocato di famiglia", lontano ricordo di una società che si innovava e cresceva in maniera impercettibile.

La specializzazione, inoltre, nel mentre garantirebbe l'utente con alti livelli di prestazione, offrirebbe al professionista la possibilità di aggiornarsi più velocemente, tenuto conto che il suo impegno a tale aggiornamento sarebbe limitato pressoché alle materie che tratta da specialista.

Arriviamo alla nota dolente per l'Avvocatura, la Riforma della professione.

Ritiene fondamentale la sua approvazione o l'Avvocatura può trovare negli strumenti di cui già dispone l'energia necessaria a modernizzarsi?

La riforma della professione è un atto necessario e di responsabilità. Le norme che disciplinano l'esercizio dell'attività di avvocato sono vecchie quasi di un secolo, per cui risulta ampiamente condivisibile la necessità di un allineamento delle norme disciplinatrici della professione con le dinamiche odierne.

Tuttavia, per una corretta riforma incombono le seguenti esigenze:

- a) coordinare le norme interne con la disciplina europea;
- b) prevedere una disciplina di accesso che garantisca formazione e selezione degli iscritti;
- c) assicurare elevata qualità sotto il controllo dei consigli dell'ordine;
- d) curare l'aggiornamento professionale;
- e) verificare l'effettivo e continuo esercizio della professione come condizione per conservare l'iscrizione all'albo;
- f) pretendere dall'avvocato un elevato grado di professionalità.

È evidente, allora, che, per il raggiungimento di tali notevoli obiettivi non possa essere sufficiente una velleitaria ed unilaterale iniziativa dell'Avvocatura, la quale, senza l'interlocutore politico-istituzionale, non avrebbe gli strumenti per rifondare il ruolo chiamato a coprire nella stagione che incalza.

Ringraziamo l'avvocato Mario Cretella e gli facciamo i nostri migliori auguri di un proficuo lavoro nell'interesse della Classe Forense.

Giurisprudenza

Barbara Barbato

Processo Civile. Procedimento d'ingiunzione. Opposizione a Decreto ingiuntivo. Riduzione dei termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto. Effetto automatico conseguente alla proposizione dell'opposizione.

Sentenza n. 19246 del 9 settembre 2010.

Nel giudizio di opposizione a Decreto ingiuntivo, la riduzione a metà del termine di costituzione dell'opponente consegue automaticamente al solo fatto della proposizione dell'opposizione, prevedendo l'art. 645 c.p.c. che i termini a comparire siano ridotti a metà in ogni caso di opposizione; qualora, tuttavia, l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, terzo comma, c.p.c.

Con sentenza del 9 settembre 2010 n. 19246, le Sezioni Unite della Cassazione hanno, come noto, voltato pagina. Ritengono le Sezioni Unite che “esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà. Nel caso, tuttavia, in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimidiato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, comma 3”.

Il fatto.

Il Tribunale di Lecce, con sentenza del 15 giugno 2000, dichiarava improcedibile l'opposizione proposta da Y avverso un Decreto ingiuntivo emesso in favore di X s.p.a., in quanto l'opponente, pur avendo assegnato all'opposto un termine a comparire inferiore ai sessanta giorni, si era costituito oltre il termine di cinque giorni dalla notifica della citazione. Il ricorrente,

quindi, lamentava non solo l'assurdità di far discendere dalla tardiva iscrizione a ruolo della causa l'improcedibilità dell'opposizione, ma soprattutto l'incongruità di non tener conto, nell'assegnazione di termini minori rispetto a quelli ordinari a comparire, delle diverse ipotesi prospettabili nella realtà processuale. Ovvero, deduceva la necessità di distinguere le ipotesi in cui la suddetta riduzione dipende da consapevole volontà dell'opponente da quelle in cui la stessa avviene per errore. In quest'ultima avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 164, comma 3 c.p.c. secondo cui l'inosservanza dei termini minimi a comparire comporta solo, su richiesta del convenuto, la fissazione di una nuova udienza. La Corte di Appello di Lecce, con sentenza del 1° luglio 2003, confermava la decisione di primo grado richiamando l'orientamento già espresso dalla Corte, con sentenza n. 37521 del 2001, secondo cui l'abbreviazione dei termini di costituzione per l'opponente conseguiva automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a sessanta giorni, risultando del tutto irrilevante che la concessione dello stesso era dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo. Il sig. Y proponeva ricorso per Cassazione, sulla base di tre motivi, al quale resisteva, con controricorso, la X s.p.a.

Con ordinanza del 12 novembre 2008, la Prima Sezione ritenendo che il consolidato orientamento della Corte presentasse aspetti problematici per l'irragionevolezza di un'automatica riduzione del termine di costituzione dell'attore, rimetteva gli atti al Primo Presidente per l'assegnazione a queste Sezioni Unite. Queste ultime hanno confermato l'orientamento seguito dalla giurisprudenza maggioritaria secondo cui, in caso di opposizione a Decreto ingiuntivo, quando l'opponente si sia avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario. Tale abbreviazione, prosegue la Corte, opera automaticamente per il fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, essendo irrilevante che la fissazione di tale termine sia dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo. Ma le Sezioni Unite non si fermano a sposare tale orientamento (peraltro in contrasto con le perplessità sollevate dalla Prima Sezione Civile con l'ordinanza 12

novembre 2008), ma avvertono altresì “la necessità di procedere ad una puntualizzazione”. Tale puntualizzazione consiste nel ritenere “che esigenze di coerenza sistematica oltre che pratica, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico è conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire siano ridotti a metà. Nel caso, tuttavia, in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto di costituirsi nel termine dimidiato chiedendo l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, comma 3”.

I principi espressi dalle Sezioni Unite.

I principi sanciti dalle Sezioni Unite sono i seguenti:

- *In tema di opposizione a Decreto ingiuntivo, quando l'opponente si sia avvalso della facoltà di indicare un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, il termine per la sua costituzione è automaticamente ridotto a cinque giorni dalla notificazione dell'atto di citazione in opposizione, pari alla metà del termine di costituzione ordinario.*

Fin qui nulla di nuovo!

- *L'abbreviazione del termine di costituzione per l'opponente al Decreto ingiuntivo consegue automaticamente al fatto obiettivo della concessione all'opposto di un termine di comparizione inferiore a quello ordinario, essendo irrilevante che la fissazione di tale termine sia dipesa da una scelta consapevole ovvero da errore di calcolo.*

- *Esigenze di coerenza sistematica, oltre che pratiche, inducono ad affermare che non solo i termini di costituzione dell'opponente e dell'opposto al Decreto ingiuntivo sono automaticamente ridotti alla metà in caso di effettiva assegnazione all'opposto di un termine a comparire inferiore a quello legale, ma che tale effetto automatico sia conseguenza del solo fatto che l'opposizione sia stata proposta, in quanto l'art. 645 c.p.c. prevede che in ogni caso di opposizione i termini a comparire sono ridotti a metà. Nel caso, tuttavia, in cui l'opponente assegni un termine di comparizione pari o superiore a quello legale, resta salva la facoltà dell'opposto, costituitosi nel termine dimezzato, di chiedere l'anticipazione dell'udienza di comparizione ai sensi dell'art. 163 bis, terzo comma.*

- *Nel giudizio di opposizione a Decreto ingiuntivo, la tardiva costituzione dell'opponente va equiparata alla sua mancata costituzione e comporta l'improcedibilità dell'opposizione.*

Le conseguenze.

Ovviamente risulta palese che con tale sentenza la Corte si è spinta ben oltre l'esame del petitum nel punto in cui afferma che la riduzione a metà dei termini di costituzione discende sic et simpliciter dalla proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo. Per cui, come si comprende, tale assunto non appare una mera “puntualizzazione”, bensì un vero e proprio mutamento del sistema dell'opposizione a Decreto ingiuntivo. Infatti, secondo le Sezioni Unite, a seguito di un'opposizione a decreto ingiuntivo - che i termini siano abbreviati o meno - bisogna sempre (ndr costituirsi) iscrivere a ruolo la causa entro cinque giorni dalla notifica dell'atto di opposizione; per cui, come è già noto a tutti, in caso di tardiva iscrizione a ruolo del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo la sanzione prevista dalla norma processuale è l'improcedibilità del medesimo, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, con la conseguente formazione del giudicato sull'accertamento e sulla condanna contenuti nel decreto. Ne deriva che, “nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo la tardiva costituzione dell'opponente va equiparata alla sua mancata costituzione e comporta l'improcedibilità dell'opposizione (Cass. n. 9684/1992, 2707/1990, 1375/1980; 652/1978, 3286/1971, 3030/1969, 3231/1963, 3417/1962, 2636/1962, 761/1960, 2862/1958, 2488/1957, 3128/1956). È innegabile infatti, da una parte, che la specialità della norma di cui all'art. 647 c.p.c. impedisce l'applicazione della ordinaria disciplina del processo di cognizione, e dall'altra, che la costituzione tardiva altro non è che una mancata costituzione nel termine indicato dalla legge”. È chiaro che la pronuncia delle SS.UU. ha destato non pochi dubbi interpretativi ed ha allarmato quanti vedono in tale mutamento il fenomeno del cd. *overruling*: un cambiamento delle regole del gioco a partita già iniziata e dunque una somministrazione al giudice del potere-dovere di giudicare l'atto introduttivo in base a forme e termini il cui rispetto non era richiesto al momento della proposizione della domanda. Ovviamente tale “overruling” potrebbe compromettere le fondamenta del processo perché la lite rischia di essere decisa applicando una regola procedimentale non prevedibile, recte: “non applicata”, al tempo della instaurazione della controversia.

In effetti, le Sezioni Unite, con la sentenza del 9 settembre 2010, non hanno in alcun modo specificato se l'affermato principio si applichi o meno alle controversie pendenti. Pertanto, è ai giudici di merito che viene rimessa la soluzione

concreta dei problemi sollevati dall'overruling. Eventuali applicazioni ai giudizi pendenti della nuova regola nomofilattica sono da ascrivere all'operato del singolo giudice di merito. Per tali ragioni si è registrata una reazione di sconcerto e preoccupazione dell'Avvocatura e il Consiglio Nazionale Forense ha chiesto “una leggina urgente che impedisca le dichiarazioni in massa di improcedibilità delle opposizioni ai decreti ingiuntivi nelle quali l'opponente non si sia costituito nel termine di cinque giorni”. Per il CNF, allora, occorrerebbe chiarire urgentemente e in via normativa la portata dell'art. 645 c.p.c., secondo comma, specificando che l'abbreviazione dei termini di costituzione dell'opponente non sia automatica ma discenda dalla sua scelta di avvalersi della facoltà di ridurre all'opposto il termine a comparire. In particolare il Consiglio Nazionale Forense ha proposto due possibili interventi interpretativi sul Codice di procedura civile per impedire le “inaccettabili” dichiarazioni in massa di improcedibilità delle opposizioni ai decreti ingiuntivi nelle quali l'opponente non si sia costituito nel termine di cinque giorni.

Rimettendo la scelta definitiva alla discrezionalità del legislatore le due proposte sono: la prima, come spiega il CNF, “mira ad intervenire sulla disciplina generale dei termini di costituzione (art. 165 c.p.c.)”, consacrando legislativamente un cinquantennale orientamento giurisprudenziale che legava la riduzione del termine di costituzione dell'opponente-debitore alla sua scelta di fissare all'opposto-creditore un termine di comparizione inferiore a quello ordinario. In particolare, si propone di chiarire che “l'art. 165 comma 1 c.p.c. va interpretato nel senso che la riduzione del termine di costituzione dell'attore ivi prevista si applica, nel caso di opposizione a decreto ingiuntivo, solo se l'opponente abbia assegnato all'opposto un termine di comparizione inferiore a quello di cui all'art. 163 bis comma 2 cpc”. La seconda mira a intervenire sull'articolo oggetto del cambiamento di giurisprudenza, chiarendo che “l'art. 645, 2° comma (in seguito all'opposizione il giudizio si svolge secondo le norme del procedimento ordinario davanti al giudice adito; ma i termini di comparizione sono ridotti a metà, ndr), va interpretato nel senso che la riduzione dei termini ivi prevista non riguarda i termini di costituzione”.

Ma tale nuovo dictum ha creato grave allarme anche alle autorità giudiziarie, le quali, attraverso varie pronunce, hanno tentato di risolvere le devastanti ricadute di tale pronuncia.

In particolare, si sono fatti strada vari percorsi interpretativi accomunati dall'unico obiettivo di evitare le conseguenze della improcedibilità, salvando i giudizi di opposizione già promossi: alcuni tribunali hanno applicato la rimessione in

termini (art. 153 c.p.c.), altri, invece, hanno applicato il principio del *tempus regit actum* per escludere l'applicazione del nuovo principio giurisprudenziale alle opposizioni pendenti.

Tribunale di Varese, Sez. I Civ. sent. 8 ottobre 2010 n. 1274.

In caso i cd. overruling - e cioè allorché si assista ad un mutamento, ad opera della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, di un'interpretazione consolidata a proposito delle norme regolatrici del processo - la parte che si è conformata alla precedente giurisprudenza della Suprema Corte, successivamente travolta dall'overruling, ha tenuto un comportamento non imputabile a sua colpa e perciò è da escludere la rilevanza preclusiva dell'errore in cui essa è incorsa. Ciò vuol dire che, per non incorrere in violazione delle norme costituzionali, internazionali e comunitarie che garantiscono il diritto ad un Giusto Processo, il giudice di merito deve escludere la retroattività del principio di nuovo conio.

Tribunale di Varese, Sez. I Civ. sent. 11 ottobre 2010.

All'overruling verificatosi a seguito della sentenza SS.UU. 19246/2010 non può farsi scudo mediante la remissione in termini. In questo caso, infatti, come afferma la Dottrina: a) il limite temporale previsto per la costituzione in giudizio dell'opponente è stato a suo tempo osservato; b) non c'è errore scusabile, bensì manca proprio l'errore; c) l'impedimento viene supposto come esistente unicamente con una valutazione ex post, dettata dal sopravvenire di un evento (mutamento dell'orientamento costante di giurisprudenza sull'interpretazione di una norma processuale), che viene artificiosamente qualificato come «venir meno dell'impedimento»; d) l'accertamento in concreto dell'impedimento è superfluo, come è superflua l'istanza della parte, né sussiste un significativo margine di apprezzamento da parte del giudice. In altri termini, applicare la remissione in termini in questa fattispecie è una vera e propria finzione.

Tribunale di Torino, ord. 11 ottobre 2010.

Alla luce del principio costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.), l'errore della parte che abbia fatto affidamento su una consolidata (al tempo della proposizione della opposizione e della costituzione in giudizio) giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo, non può avere rilevanza preclusiva, sussistendo i presupposti per la remissione in termini (art. 153 c.p.c. nel testo in vigore dal 4.7.2009), alla cui applicazione non osta la mancanza dell'istanza di parte, essendo conosciuta, per le ragioni evidenziate, la causa non imputabile (così, Cass., sez. II, ordinanze interlocutorie nn. 14627/2010,

15811/2010 depositate il 17.6.2010 ed il 2.7.2010). Pertanto, la tardiva costituzione dell'opponente e la decadenza che ne è derivata sono riconducibili ad un causa non imputabile all'opponente stesso, con la conseguente sussistenza dei presupposti per rimettere in termini l'opponente, di guisa che la sua costituzione, effettuata oltre il suddetto termine dimidiato ma entro quello ordinario di dieci giorni, deve essere ritenuta tempestiva, e che quindi non occorre assegnare un ulteriore termine per provvedervi, trattandosi di attività già compiuta.

Tribunale di Milano, ord. 13 ottobre 2010.

Il nuovo principio di diritto enunciato da SSUU 19246/2010, non può essere applicato ai procedimenti in corso, dovendosi tutelare l'affidamento incolpevole della parte sull'indirizzo giurisprudenziale consolidato vigente al momento dell'iscrizione a ruolo dell'opposizione. Non deve, però, procedersi a una rimessione in termini dell'opponente, che non potrebbe mai essere accolta con riferimento al termine di notifica della citazione in opposizione e che, ove riferita al termine di costituzione, comporterebbe un ritardo del giudizio non giustificato da esigenze di difesa e di contraddittorio, in antitesi con il principio costituzionale di ragionevole durata del processo.

Tribunale di Tivoli, sent. 13 ottobre 2010.

A seguito dell'intervento della sentenza n. 19246 delle sezioni unite della Corte di Cassazione del 9.9.2010, l'opponente che si sia costituito dopo il quinto giorno ma entro i dieci (in mancanza di dimezzamento dei termini a comparire concessi all'opposto) va rimesso in termini con salvezza degli effetti dell'atto introduttivo del giudizio.

Tribunale di Pavia, ord. 14 ottobre 2010.

L'opponente non ha rispettato il termine perentorio per costituirsi così come interpretato dall'arresto delle Sezioni Unite n. 19246/2010; tale comportamento non è imputabile alla parte in quanto, salvo qualche giurisprudenza di merito, l'indirizzo assolutamente maggioritario riteneva sufficiente il rispetto del termine di 10 giorni per provvedere all'iscrizione a ruolo; il mutamento giurisprudenziale è stato riconosciuto dalla Stessa Suprema Corte elemento sufficiente per concedere la remissione in termini.

Tribunale di Sant'Angelo dei Lombardi, sent. 20 ottobre 2010, n. 625.

L'overruling realizzato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 19246/2010, giustifica l'errore cui incorsa la parte che abbia seguito l'indirizzo giurisprudenziale previgente. La parte incorsa in errore, però, piuttosto che essere rimessa in termini, con regressione del giudizio e conseguente grave danno alla giurisdizione deve essere considerata come aver agito correttamente, sulla scorta

di un mero accertamento del giudice di merito, che verifica l'overruling e l'affidamento incolpevole del litigante.

Tribunale di Marsala, ord. 20 ottobre 2010.

È incolpevole l'errore in cui incorre l'avvocato in caso di improvviso e radicale mutamento da parte della Corte di Cassazione del proprio, consolidato, pregresso orientamento in ordine alle modalità computative dei termini decadenziali (cd. overruling). In tali casi, il difensore ha diritto alla remissione in termini ex art. 153 c.p.c. ex officio e la remissione può esaurirsi in una riqualficazione dell'atto posto in essere a suo tempo come tempestivo.

Alcuni degli orientamenti giurisprudenziali su menzionati si basano su una pronuncia della Suprema Corte di Cassazione sentenza n. 15811 del 2 luglio 2010, ovvero su una interpretazione orientata al principio costituzionale del giusto processo. L'applicazione dello stesso esclude che abbia rilevanza preclusiva l'errore della parte, la quale abbia fatto ricorso per cassazione facendo affidamento su una consolidata, al tempo della proposizione dell'impugnazione, giurisprudenza di legittimità sulle norme regolatrici del processo, successivamente travolta da un mutamento di orientamento interpretativo e che la sua iniziativa possa essere dichiarata inammissibile o improcedibile in base a forme e termini il cui rispetto, non richiesto al momento del deposito dell'atto di impugnazione, discenda dall'overruling. Il mezzo tecnico per ovviare all'errore oggettivamente scusabile è dato dal rimedio della remissione in termini, previsto dall'art. 184 bis c.p.c. (“ratione temporis” applicabile), alla cui applicazione non osta la mancanza dell'istanza di parte, dato che, nella specie, la causa non imputabile è conosciuta dalla Corte di Cassazione, che con la sua stessa giurisprudenza ha dato indicazioni sul rito da seguire, “ex post” rivelatesi non più attendibile.

In conclusione, la certezza del diritto e la necessità di evitare la creazione di strumenti processuali idonei a corroborare le illegittime inadempienze debitorie fanno sì che sia auspicabile un ulteriore intervento legislativo. Per cui, ci auguriamo che la giurisprudenza si discosti dall'orientamento delle Sezioni Unite sul punto. In caso contrario gli operatori del diritto in modo inerte sarebbero costretti ad assistere a pronunce di improcedibilità in tutte le ipotesi di tardiva costituzione degli opposenti. Ancora una volta la gioia dei debitori (eternamente insolventi) prevarebbe rispetto ad uno dei principi cardine del nostro ordinamento ossia la certezza del diritto.

Insomma, “la forma a scapito della sostanza”.

Angela Cisale

Suicidio del dipendente: condanna del datore di lavoro.

Nota a Corte di Assise di Salerno, sentenza 20 giugno 2008, n. 11 (parzialmente riformata dalla Corte di Assise d'Appello di Salerno il 6/10/2010, con motivazione non ancora depositata).

Nota a Cassazione Penale, Sezione VI, sentenza 12 marzo-2 luglio 2010, n. 25138.

Non esiste nel nostro ordinamento giuridico la fattispecie tipica del reato di mobbing bensì occorerà inquadrare la condotta dell'agente nell'ambito di altre ipotesi delittuose previste nella disciplina codicistica più tradizionale, come il reato di maltrattamenti (art. 572 c.p.) o di lesioni personali (art. 582 c.p.).

[...]Dal punto di vista penalistico, allora, resta integrata l'identificazione dell'autore di maltrattamenti anche nella posizione del sindaco che, investito di autorità, dotato di quei poteri e prerogative, ne abusi con comportamenti offensivi e costrittivi verso i dipendenti comunali, ma anche laddove si interponga al dirigente di servizio nei richiami di tipo disciplinare.

Perché sussista il reato di maltrattamenti in famiglia occorre che sia accertata una condotta [...] abitualmente lesiva dell'integrità fisica e del patrimonio morale della persona offesa, che, a causa di ciò, versa in una condizione di sofferenza [...] I fatti incriminati [...] appaiono risolversi in alcuni limitati episodi di ingiurie, minacce e percosse nell'arco di circa tre anni, [...] che non rendono di per sé integrato il connotato di abitudine della condotta di sopraffazione richiesta per l'integrazione della fattispecie in esame [...]. Sotto il profilo soggettivo, pertanto, occorre la dimostrazione della sussistenza di una volontà sopraffattrice.

Il caso.

La Corte di Assise del distretto Salernitano, nell'estate del 2008 ha pronunciato una sentenza che ha fatto molto discutere, il cui contenuto “sembra” stridere con le più recenti sentenze di legittimità.

Era marzo 2002 quando D.S. decise di togliersi la vita, impiccandosi nel garage della propria abitazione. A distanza di poche ore, i Carabinieri rinvennero nell'abitazione del suicida tre manoscritti a sua firma, di cui uno avente ad oggetto accuse contro il sindaco, il vicesindaco ed all'assessore al personale del comune di S.

In particolare lo S. scrisse: *Di al signor sindaco, C. T. che volevano farmi fuori ci sono riusciti porteranno con loro un grosso rimorso anzi non porteranno proprio niente perché senza cuore.*

Dopo oltre cinque anni di indagini, il magistrato

del pubblico ministero decise di chiedere il rinvio a giudizio, contestando ai predetti il delitto di cui agli artt. 110 e 572 co. 1 e 2 c.p. perché: *in concorso tra loro il P. in qualità di sindaco del comune di S, e datore di lavoro, il C. in qualità di vicesindaco ed il T. in qualità di assessore del medesimo comune, entrambi di fatto preposti dal P. al controllo dello S., reiteratamente nel corso degli anni ed in particolare dal maggio-giugno 2001 al 23/03/2002, data della morte per impiccagione di S., maltrattavano nel ristretto ambito lavorativo del suddetto comune lo S.*

Ad un lettore attento non potrà sfuggire la delicatezza del caso: un uomo si suicida e prima di farlo decide di lasciare una lettera al suo datore di lavoro, accusandolo di “averlo fatto fuori”.

Uno scritto dal contenuto molto forte, per qualcuno un vero testamento.

Un caso, come si scriveva, molto delicato, dove equilibrare diritti e doveri è risultato difficile, dove i confini tra il lecito e l'illecito sono risultati labili, e l'applicazione del diritto cosa assai ardua. Il sindaco, il vicesindaco ed un assessore, tre uomini che hanno usato il “potere” per maltrattare, vessare ed umiliare un uomo (il dipendente), fino da spingerlo al suicidio?

Questa è stata la “terribile” domanda a cui la Corte salernitana ha dovuto rispondere, ma prima di poterlo fare è stata chiamata a dover stabilire se la condotta dei tre imputati fosse conforme ai doveri degli uffici da loro ricoperti e se “l'eccesso” di potere fosse l'unica ed esclusiva causa del suicidio del dipendente comunale.

Perché l'applicazione dell'art. 572 c.p.?

Le sentenze in commento sono state oggetto di critiche, e sono un esempio del difficile equilibrio tra diritti costituzionalmente garantiti, ossia sono la dimostrazione di come un diritto per poter essere garantito richiede la “compressione” di altri diritti.

Numerose sono le pronunce dei giudici tanto di merito che di legittimità sia in materia civile che penale, aventi ad oggetto illeciti quali il mobbing ed i maltrattamenti, pochi sanno però la differenza tra i due istituti, e dei continui ammonimenti dei giudici di legittimità al rispetto della fattispecie astratta (secondo quanto stabilito anche dal principio di tassatività) ed al divieto assoluto (in materia penale) di procedere per analogia. Per i giudici di legittimità il processo penale deve costituire l'*extrema ratio*, i giudici devono essere chiamati a giudicare soltanto condotte corrispondenti alle fattispecie astratte previste dal codice, non è pertanto possibile rinviare a giudizio una persona, ritenendola responsabile di mobbing e per poterlo fare “piegare” la norma penale, come se la

stessa possa punire ogni condotta, anche non astrattamente prevista¹.

Casi di suicidio a seguito di maltrattamenti da parte del datore di lavoro sono rarissimi, scarse (se non scarsissime) sono sul punto le fonti giurisprudenziali ma non lo sono altrettanto in materia di maltrattamenti semplici (ex art. 572.1) e soprattutto aventi ad esame reati consumati in ambito familiare; pronunce “preziose” per noi operatori, dal momento che i principi in esse contenute si applicano anche ai reati consumati in ambito lavorativo (per tale motivo si è deciso di commentare due sentenze così diverse tra loro ma che hanno in comune la medesima fattispecie delittuosa).

Il mobbing (dall'inglese “to mob”, aggredire, attaccare) nel nostro ordinamento giuridico non configura un illecito di natura penale bensì civilistica, ciò non toglie che il soggetto attivo non possa rispondere di un reato.

La fattispecie astratta più “vicina” alla figura illecita del mobbing è quella (come anticipato) p. e p. dall'art. 572 c.p., rubricato “maltrattamenti in famiglia”. Il mobbing ed il reato di maltrattamento non vanno confusi e/o sovrapposti, poiché hanno natura ed elementi costitutivi differenti, con il primo il mobber “vuole” il licenziamento, le dimissioni o l'isolamento del lavoratore, col secondo il battere non vuole nulla di tutto ciò, il suo unico fine è quello di far soffrire, mortificare e far prevaricare la sua volontà sulla vittima. Il mobbing, pertanto, si configura: *Come fattispecie a condotta libera e connotabile soltanto in riferimento ai suoi effetti, che debbono consistere in una coartazione, diretta o indiretta, della libertà psichica del lavoratore, così da costringerlo a una certa azione, tolleranza od omissione*².

Il reato p. e p. dall'art. 572 c.p., invece, si configura anch'esso come una fattispecie a condotta libera, ma i comportamenti illeciti devono essere sistematici e reiterati nel tempo, [...] *rendendo manifesta l'esistenza di un programma criminoso relativo al complesso dei fatti, animato da una volontà unitaria di vessare il soggetto passivo*³. Pertanto, “[...] sporadici litigi o degli episodi di violenza o prevaricazione morale, del tutto occasionali, non costituiscono un'abituale azione vessatoria suscumbile nel reato in esame, richiedendosi che il maltrattamento raggiunga un minimo di gravità e di costanza nell'arco di un tempo stimato⁴.

Principi quest'ultimi riportati nella recentissima pronuncia della Sesta Sezione della Corte di Cassazione⁵, che ha annullato senza rinvio la sentenza di condanna di un uomo accusato di aver maltrattato la moglie. La Corte ha escluso la responsabilità penale per assenza di sistematicità

delle condotte (considerata l'esiguità delle stesse), e soprattutto per l'assoluta inesistenza di alcuna prova circa l'esistenza di un'unitaria volontà prevaricatrice e vessatoria a danno del soggetto passivo. Con la sentenza in commento la Corte ha voluto, ancora una volta, invitare i giudici di *prime cure* ad una rigorosa valutazione, volta ad accertare, caso per caso, se sussista una lesione dei diritti tutelati dalla norma incriminatrice, e non dall'ordinamento giuridico in generale. Occorre maggiore prudenza, poi, se si è chiamati a stabilire la sussistenza del nesso causale tra i maltrattamenti ed il suicidio.

Con una nota sentenza la Corte ha ribadito: [...] *per garantire il principio di colpevolezza e di personalità della responsabilità penale nei casi di suicidio seguito alla condotta di maltrattamenti è necessario che l'evento sia la conseguenza prevedibile della condotta base posta in essere dall'autore del reato e non sia invece il frutto di una libera capacità di autodeterminarsi della vittima, imprevedibile e non conoscibile da parte del soggetto agente, a quale non potrà, in tal caso, muoversi alcun rimprovero per aver cagionato il rischio attraverso la condotta illecita*⁶. Ad avviso della Corte il suicidio della vittima potrà essere addebitato al soggetto agente, non solo quando l'evento-morte sia prevedibile in concreto ma anche quando i maltrattamenti costituiscono causa esclusiva del suicidio, in tal senso ha precisato: [...] *Ne consegue che qualora il suicidio della vittima dei maltrattamenti sia stato posto in essere per sottrarsi alle continue sofferenze psicofisiche cagionate abitualmente, potrà riconoscersi la sussistenza di un rapporto eziologico diretto tra la condotta dell'autore dei maltrattamenti ed il suicidio della persona offesa, a meno che non si verifichi una causa autonoma e successiva, che si inserisca nel processo causale in modo eccezionale, atipico ed imprevedibile*. Si badi che, i giudici hanno l'obbligo di rispettare quanto fin qui scritto anche quando il reato p. e p. dall'art. 572 c.p. è commesso da parte del datore di lavoro.

La condanna: una decisione non facile.

Nesso eziologico, teleologico e prevedibilità del suicidio, elementi che i giudici della Corte di Assise salernitana hanno dovuto valutare e vagliare prima di poter pronunciare la loro decisione. Sono occorse oltre cento pagine di sentenza, sette mesi di processo, tre consulenti e 53 testi escussi per poter giungere a condannare il sindaco e mandare assolti (se pur con formula dubitativa ai sensi dell'art. 530.2 c.p.p.) il vice sindaco e l'assessore al personale. Per la Corte di Assise unica causa della morte di D.S. sarebbero stati i comportamenti vessatori ed umilianti posti in essere dal sindaco. I giudici hanno maturato siffatta decisione sulle dichiarazioni rese dai

congiunti del povero D.S., che facendosi portatori ciascuno di una propria verità hanno cercato di ricostruire gli ultimi mesi di vita dello S., fine quest'ultimo comune anche alle difese. Grazie ai testi tanto dell'accusa quanto della difesa la Corte è riuscita a “penetrare” nella vita di un uomo, a rivivere i suoi ultimi giorni di vita, le paure, i problemi tanto familiari quanto lavorativi, i sogni, le speranze e le preoccupazioni. Sembrerà strano ma leggendo la sentenza ci si accorge che i giudici non hanno propeso per la condanna rifacendosi a massime giurisprudenziali, hanno semplicemente ritenuto i comportamenti descritti dai congiunti dello S. la causa esclusiva del suo suicidio.

I richiami giurisprudenziali ed a norme sono solo serviti ad inquadrare la fattispecie, ad escludere il mobbing ed a spiegare il rapporto di “autorità” sussistente tra l'imputato e lo S.

I continui richiami alle testimonianze dimostrano che il dato fattuale è l'elemento prevalente su cui si fonda la condanna. La sentenza appare, ad avviso dello scrivente carente di motivazione proprio sugli elementi più importanti: nesso eziologico e prevedibilità del suicidio. Non si è in grado, infatti, leggendo il provvedimento di comprendere come i fatti addebitati al sindaco possano considerarsi causa esclusiva della morte dello S., manca un'analisi critica dell'intera vita dello S. ed un perché in grado di escludere l'esistenza di concause. Nulla, poi, è detto in merito alla prevedibilità dell'evento-suicidio, ossia la Corte ha omesso di spiegare il come ed il perché il sindaco “avrebbe potuto o dovuto” prevedere l'estremo gesto dello S., quando poi neppure i prossimi congiunti della vittima avevano previsto l'estremo gesto.

L'imprevedibilità del gesto dello S. e l'assenza di un nesso eziologico tra il suicidio e le condotte poste in essere dall'imputato, sono state rilevate dalla Corte di Assise di Appello di Salerno poche settimane fa. I giudici di secondo grado, analizzate le risultanze probatorie emerse in primo grado, hanno ritenuto di dover riformare l'impugnata sentenza: D.S. si tolse la vita per motivi non addebitabili al sindaco del comune di S. La Suprema Corte di Cassazione invita i giudici di merito ad applicare le norme penali con “cautela”, al fine di evitare di sanzionare condotte non lesive di beni giuridici tutelati dalle singole norme che si applicano ma da qualche altra norma dell'ordinamento giuridico. Il reato di cui si discorre tutela non solo la famiglia da comportamenti vessatori e violenti, ma anche l'incolumità fisica e psichica delle persone individuate dalla norma stessa, ossia beni giuridici di rango primario, ma ciò non basta per

poter condannare qualcuno di siffatto reato; così come non basta che determinati fatti lesivi di diritti fondamentali della persona si siano verificati nel ristretto ambito familiare. Un soggetto potrà essere ritenuto penalmente responsabile del delitto di maltrattamenti solo quando vi sono prove certe in merito alla sua volontà prevaricatrice, che si estrinsechi in una condotta abituale consistente in una serie di atti che determinano sofferenze fisiche o morali (sul punto si veda la sentenza 25138/10, in nota). L'assenza di questi elementi non può che portare all'assoluzione del soggetto agente, così come l'assenza del nesso eziologico e dell'assenza di concause se si procede contro un soggetto ritenuto responsabile del suicidio di un uomo. Purtroppo equilibrare interessi e diritti confliggenti non è semplice, ma le sentenze devono essere scevre da ogni ragionamento dettato dai sentimenti.

.....

¹ Cass. pen., Sez. V, sent. n. 33624/ 07.

² Tribunale di Palermo, Sez. Lav., 18/1/08, in *Guida al Diritto*, 2008, 21, 52.

³ Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 4139/07.

⁴ Cass. pen., Sez. III, sent. n. 22850/07.

⁵ Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 25138/10.

⁶ Cass. pen., Sez. VI, sent. n. 12129/08.

Maria Coppola

È illegittima la comunicazione cumulativa, da parte della P.A., di più decurtazioni dei punti della patente, relativa a diverse violazioni nel tempo.

Nota a TAR Campania, Napoli, sez. V, sentenza 13.09.2010 n. 17400.

Ad ogni violazione del Codice della Strada deve seguire, nei tempi e nei modi indicati dalla normativa, sia la decurtazione dei punti, sia un'autonoma e specifica comunicazione al contravventore, in modo da consentire allo stesso di riparare alla violazione commessa.

Censurabile è, pertanto, il comportamento della P.A., che comunichi cumulativamente più decurtazioni dei punti della patente, relative a diverse violazioni nel tempo, poiché lede il diritto dell'automobilista di poter usufruire dei corsi per il recupero del punteggio decurtato.

Memorandum e ratio dell'istituto della patente a punti.

La “patente a punti” è stata introdotta nel Codice della Strada - con l'art. 126 bis - dal D.Lgs. n. 151

del 27 giugno 2003, modificato in parte dalla Legge n. 214 del 1° agosto 2003.

Attraverso questo sistema, ad ogni conducente di un veicolo è attribuito un punteggio iniziale di venti punti che viene decurtato in caso di infrazioni¹. Le più gravi (per esempio, guida con alterazione da sostanze stupefacenti, superamento dei limiti di velocità di oltre 60 chilometri orari, guida in stato di ebbrezza, retromarcia in autostrada ed altre) fanno perdere dieci punti ciascuna².

All'esaurimento dei punti disponibili, per evitare la sospensione della patente sarà necessario - previa notifica di invito a sottoporsi, entro i successivi trenta giorni, a nuova verifica dell'idoneità tecnica a condurre autoveicoli³ - superare nuovamente l'esame di teoria e l'esame di guida. L'esame di guida andrà ripetuto anche da chi, dopo la notifica della prima violazione con perdita di almeno cinque punti, commetta altre due violazioni di almeno cinque punti nell'arco di dodici mesi, sebbene non sia a punteggio zero.

La mancanza di decurtazioni dei punti, per il periodo di due anni consecutivi, invece, determina la nuova attribuzione del completo punteggio iniziale. Per i titolari di patente che per almeno due anni abbiano mantenuto venti punti è previsto, poi, l'accreditamento di due punti fino a raggiungere il tetto massimo complessivo di trenta punti. A partire dal mese di agosto 2010, inoltre, per i patentati da meno di tre anni è stato introdotto un ulteriore meccanismo premiale: nel caso non commettano violazioni che prevedono decurtazione di punti verrà attribuito sul loro titolo di guida un punto ogni anno, fino ad un massimo di tre.

Il punteggio perso potrà essere recuperato frequentando dei corsi specifici, con obbligo di esame finale, presso le autoscuole o presso gli altri soggetti autorizzati dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Già dal rapido elenco appena delineato emerge, chiara, la finalità di questo sistema di afflizione accessoria⁴: favorire la diffusione di una nuova coscienza sull'influenza che alcuni comportamenti nella guida, spesso sottovalutati e reiterati, possono avere sulla sicurezza stradale, premiando i virtuosi e sanzionando duramente i trasgressori. Nell'ottica del Legislatore, la progressiva decurtazione dei punti, collegata a ciascuna violazione commessa dall'utente, sensibilizzerà quest'ultimo a non commettere ulteriori infrazioni in futuro e a frequentare gli appositi corsi di recupero, al fine di riacquistare i punti perduti ed allontanare l'eventualità della revisione (se il saldo punti scende a zero) o, peggio, della sospensione della patente.

La recente pronuncia del TAR Campania - Napoli.

La vicenda che ha dato seguito alla sentenza in questa sede annotata vede il ricorrente destinatario di un provvedimento di revisione della patente di guida a seguito di comunicazione cumulativa di una pluralità di decurtazioni di punti relative a diverse infrazioni commesse nel tempo. Si tratta di un comportamento illegittimo della P.A. che la V sezione del TAR Napoli ha giustamente ritenuto censurabile per violazione dell'art. 126 bis, commi 2, 3 e 6, D.Lgs. n. 285/1992, in combinato disposto con l'art. 6, comma 1, D.M. 29 luglio 2003, nonché della *ratio* sottesa al meccanismo della patente a punti.

Ed, infatti, comunicare cumulativamente più decurtazioni collegate a violazioni diverse nel tempo determina nella sostanza un aggiramento delle disposizioni normative che il Codice della Strada pone a difesa non solo del diritto del privato ad usufruire dei corsi per il recupero dei punti (in modo da ripristinare l'originario punteggio della patente ed evitare il provvedimento di revisione, atto gravemente lesivo delle attività del cittadino), ma anche della stessa ragion d'essere dell'istituto della patente a punti, attraverso il quale si è voluto creare un meccanismo che favorisca l'educazione degli automobilisti al rispetto delle norme del Codice della Strada. La progressiva decurtazione dei punti, collegata a ciascuna violazione commessa dall'utente, dovrebbe, cioè, sensibilizzare il titolare della patente a non commettere ulteriori infrazioni in futuro e a frequentare gli appositi corsi di recupero.

Pertanto, ad ogni violazione del Codice della Strada deve seguire, nei tempi dettati dalla legge, la relativa decurtazione di punteggio, ma anche una specifica ed autonoma comunicazione al contravventore, così da consentire a quest'ultimo di “riparare” alla violazione commessa frequentando gli appositi corsi, allo stesso tempo alimentando il circuito educativo alla conoscenza ed al rispetto del Codice della Strada.

Nel caso di specie, non essendo stata fornita dall'Amministrazione resistente prova dell'avvenuta comunicazione a parte ricorrente delle singole variazioni di punteggio, l'adito Tar ha annullato il provvedimento oggetto di impugnazione.

.....

¹ Il punteggio viene annotato nell'Anagrafe nazionale degli abilitati alla guida di cui agli artT. 225 e 226 del Codice della Strada. Il termine entro il quale deve avvenire la comunicazione all'Anagrafe nazionale della decurtazione dei punti è di trenta giorni dal momento in cui l'organo di polizia ha avuto comunicazione dell'avvenuta definizione del verbale di contestazione, cioè da

quando ha ricevuto formale comunicazione dell'avvenuto pagamento in misura ridotta oppure dell'esito dell'eventuale gravame presentato avverso il verbale. Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha, all'uopo, attivato un servizio *online* di verifica del saldo dei punti sulla propria patente di guida.

2 L'art. 126 bis del Codice della Strada rinvia ad un'allegata tabella, in cui sono indicate le infrazioni e le decurtazioni di punti ad esse associate.

3 Scaduto tale termine, se il patentato non ha ottemperato all'invito oppure non ha superato gli esami, scatta la sospensione a tempo indeterminato della patente.

4 La patente a punti italiana non rappresenta, infatti, uno strumento sanzionatorio immediato, ma si affianca efficacemente al sistema di applicazione delle sanzioni accessorie attualmente vigente, atteso che alla perdita totale del punteggio non consegue la sospensione immediata della patente di guida ma solo la sua revisione (ossia, la verifica - attraverso la ripetizione degli esami teorici e pratici - della permanenza nel conducente della necessaria abilità alla guida).

Annamaria Di Bernardo

Della declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

Tribunale di Nocera Inferiore, Collegio I sez. civ., Giud. Rel. dott.ssa Maria Troisi, 1° aprile 2008.

Il Giudice, nell'ipotesi di richiesta di cessazione degli effetti civili del matrimonio, deve accertare oltre il fatto della mancata consumazione dello stesso anche la cessazione della comunione materiale e spirituale tra i coniugi. Quindi, in sede di pronuncia di divorzio l'accertamento del Giudice deve riguardare sia la sussistenza della causa di divorzio indicata nell'art. 3 L.D., sia l'accertamento sulla possibilità del mantenimento o della ricostituzione della convivenza spirituale e materiale. Le dichiarazioni dei coniugi non possono essere qualificate come prova circa la sussistenza della causa di divorzio disciplinata dall'art. 3, lett. f), Legge 898/1970. Ai sensi dell'art. 4, comma 13, Legge 898/1970, in caso di ricorso congiunto di divorzio il tribunale deve limitarsi a valutare soltanto gli elementi e le prove precostituite, non può accertare fatti e circostanze come nel caso di domanda fondata sulla mancata consumazione del matrimonio.

Pertanto, non è ammessa prova testimoniale.

La sentenza non definitiva di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio, che il tribunale è tenuto a pronunciare d'ufficio quando la causa sia, sul punto, matura per la decisione, ed alla quale faccia seguito la prosecuzione del giudizio per le altre statuizioni, costituisce uno strumento di accelerazione dello svolgimento del processo che non determina un'arbitraria discriminazione nei confronti del coniuge economicamente più debole, sia perché è sempre possibile richiedere provvedimenti temporanei ed urgenti, ai sensi dell'art. 4, legge 898/1970, peraltro modificabili e revocabili dal

giudice istruttore al mutare delle circostanze, sia per l'effetto retroattivo, fino al momento della domanda, che può essere attribuito in sentenza al riconoscimento dell'assegno di divorzio¹.

È ammissibile la declaratoria di cessazione degli effetti civili del matrimonio, ai sensi dell'art. 2, Legge 898/1970, qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 3, n. 2, lett. b), della stessa legge, così come modificato dalla Legge 74/1987, ossia che sia stata pronunciata, con sentenza passata in giudicato, la separazione tra i coniugi e sia accertata l'ininterrotta cessazione della convivenza coniugale per almeno tre anni a far data dalla comparizione dinanzi al Presidente del Tribunale nel giudizio di separazione, dovendosi con ciò significare il venir meno della comunione materiale e spirituale tra i coniugi, posta alla base del vincolo matrimoniale². Infatti, l'art. 2, Legge 898/1970, consente al Giudice di pronunciare la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso e regolarmente trascritto, purché venga accertata la sussistenza di una delle cause previste dall'art. 3 della succitata legge, che renda impossibile mantenere o ricostituire la comunione materiale e spirituale dei coniugi.

In tal senso, atteso che deve pronunciarsi la cessazione degli effetti civili del matrimonio qualora sia rimasto immutato il venir meno della comunione spirituale e materiale dei coniugi, non sussistano i presupposti per la ricostituzione della stessa ed i coniugi, comparsi innanzi all'Autorità Giudiziaria, abbiano dichiarato di insistere con la domanda di volersi separare³, il Giudice può dichiarare cessati gli effetti civili conseguenti alla trascrizione del matrimonio concordatario, qualora dalle risultanze probatorie emergano i seguenti estremi: la richiesta di separazione; l'omologazione della separazione consensuale dei coniugi ed un periodo superiore a tre anni decorrente dalla comparizione degli stessi davanti al Presidente del Tribunale adito nella procedura di separazione personale fino alla data della proposizione del ricorso di divorzio senza che la convivenza tra i coniugi fosse mai ripresa. Per altro verso, in sede di revisione delle condizioni di carattere patrimoniale disposte con la sentenza dichiarativa di cessazione degli effetti civili del matrimonio, assumono rilevanza unicamente le circostanze sopravvenute alla pronuncia di divorzio⁴.

La domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio ha *causa petendi* e *petitum* diversi da quelli di nullità del matrimonio concordatario, investendo il matrimonio e non l'atto con il quale è stato costituito il vincolo tra i coniugi. Ove,

quindi, nel giudizio di divorzio le parti non introducano esplicitamente questioni sull'esistenza e sulla validità del vincolo - le quali darebbero luogo a statuizioni incidenti sullo *status* delle persone e, quindi, da decidere necessariamente ai sensi dell'art. 34 c.p.c., con efficacia di giudicato - l'esistenza e la validità del matrimonio non formano oggetto di specifico accertamento suscettibile di determinare la formazione del giudicato. Conseguentemente, in dette ipotesi, la sentenza di divorzio non impedisce la delibazione della sentenza del tribunale ecclesiastico che abbia dichiarato la nullità del matrimonio concordatario in coerenza con gli impegni assunti dallo Stato italiano con l'Accordo di revisione del concordato lateranense⁵.

Intale ottica, il passaggio in giudicato della sentenza dichiarativa dell'efficacia, nell'Ordinamento italiano, della pronuncia ecclesiastica di nullità del matrimonio concordatario, intervenuta in pendenza del giudizio d'appello per la cessazione degli effetti civili del matrimonio medesimo, determinando il venir meno del vincolo coniugale, travolge la sentenza civile di divorzio emessa in primo grado e le statuizioni economiche in essa contenute, in quanto tali statuizioni presuppongono la validità del matrimonio e del vincolo conseguente⁶.

L'art. 4, comma 9, Legge 898/1970, nella formulazione introdotta dall'art. 8, Legge 74/1987, dispone che avverso la sentenza non definitiva relativa allo scioglimento o alla cessazione degli effetti civili del matrimonio è ammesso solo appello immediato, con la conseguenza che la pronuncia sullo *status* è insuscettibile di appello differito e della conseguente disciplina applicabile ex art. 340 c.p.c.⁷.

La revisione delle disposizioni della sentenza di cessazione degli effetti civili o di scioglimento di matrimonio concernenti gli assegni di divorzio e di mantenimento dei figli, regolate dall'art. 9, Legge 898/1970, presuppone la sopravvenienza di giustificati motivi, sicché deriva dallo stesso sistema la necessità di verificare, sino al momento della decisione del giudice di merito, anche in sede di reclamo, se tali motivi siano o meno sopravvenuti, estendendo l'ambito di valutazione ai nuovi elementi di fatto, attinenti alla domanda introduttiva del procedimento⁸.

Intervenuta una pronuncia parziale sullo *status* dichiarativa dello scioglimento del matrimonio, il tribunale può procedere alla ratificazione dell'accordo *medio tempore* raggiunto tra le parti in ordine alla risoluzione delle restanti condizioni di divorzio, qualora siano carenti profili di

illegittimità e risultino tutelate tutte le posizioni degli eventuali figli minori della coppia⁹. Esula dal novero dei provvedimenti adottabili in sede di procedimento di cessazione degli effetti civili del matrimonio (quali, ad esempio, l'assegno di mantenimento della prole, l'assegno di divorzio e l'assegnazione della casa coniugale), la ripartizione degli oneri di ammortamento del mutuo contratto congiuntamente dai coniugi ai fini dell'acquisto della casa coniugale (in comunione). L'individuazione del soggetto tenuto al pagamento dei ratei deve essere effettuata in conformità al relativo contratto di mutuo, stipulato per atto pubblico, tra i coniugi mutuatari e l'istituto bancario mutuante¹⁰.

1 V. Cass. civ., sez. I, 22 aprile 2010, n. 9614.

2 V. Trib. Vicenza, 8 marzo 2010.

3 V. Trib. Bari, 6 settembre 2010.

4 V. Cass. civ., sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1096.

5 V. Cass. civ., sez. I, 14 novembre 2008, n. 27236.

6 V. Cass. civ., sez. I, 4 febbraio 2010, n. 2600.

7 V. Cass. civ., sez. I, 7 gennaio 2008, n. 26, in *Fam. dir.*, 2008, 4, pp. 398 ss.

8 V. Cass. civ., sez. I, 2 febbraio 2006, n. 2338.

9 V. Trib. Treviso, 3 marzo 2010.

10 V. App. Roma, 21 aprile 2010.

Antonia Marchino

Approvazione e revisione delle tabelle millesimali. Competenza dell'assemblea che delibera a maggioranza qualificata.

Cassazione Civile, Sezioni Unite, 9 agosto 2010, n. 18477.

La Cassazione Civile ha risolto una questione molto controversa nella giurisprudenza relativa alla materia condominiale, quella concernente l'approvazione o la revisione delle tabelle millesimali e, specificamente, se sia necessaria per tali delibere l'unanimità dei consensi o se, invece, sia sufficiente la maggioranza qualificata, prevista dall'art. 1136, comma 2 c.c. Per lungo tempo la giurisprudenza, anche recente, si era attestata sul caposaldo di ritenere necessario, sia nel caso di approvazione che di modifica, il consenso di tutti i condomini e, in mancanza, poteva essere solo il giudice adito dagli interessati e in contraddittorio con tutti i condomini, a provvedere alla formazione delle tabelle.

Le Sezioni Unite con la decisione in questione hanno confutato le varie argomentazioni poste

alla base delle numerose sentenze che si sono susseguite nel tempo, a partire dall'affermazione secondo cui la delibera di approvazione delle tabelle costituirebbe espressione di un negozio di accertamento (Cass. 7359/96), invece, come più volte ribadito dalla Corte, la tabella ha soltanto lo scopo di tradurre in termini aritmetici un preesistente rapporto di valore tra diritti dei vari condomini. Pertanto, quando i condomini approvano la tabella che ha stabilito il valore di piani e o delle porzioni di essi, secondo criteri stabiliti dalla legge, non fanno altro che riconoscere l'esattezza del calcolo della proporzione tra il valore della quota e quello del fabbricato.

Il collegio ha chiarito, che “la delibera che approva le tabelle non si pone come fonte diretta dell'obbligo contributivo del condomino ma solo come parametro di quantificazione dell'obbligo, determinato in base a una valutazione tecnica”. La delibera che approva le tabelle, quindi, per la Cassazione sancisce “il risultato di una operazione tecnica (...) ragion per cui il semplice riconoscimento che le operazioni sono state compiute in conformità al precetto legislativo non può qualificarsi attività negoziale”.

La motivazione smonta decenni di giurisprudenza della Cassazione stessa. Cancella, così, la teoria per la quale l'approvazione della tabella millesimale costituirebbe un “negozio di accertamento” del diritto di proprietà sulle parti comuni e quella per cui costituisca fonte dell'obbligo dei condomini di concorrere nelle spese, (dato che in realtà tale obbligo deriva direttamente dalla legge); la tabella non incide quindi sul valore della proprietà, come ritenuto comunemente, ma semplicemente sugli obblighi contributivi.

Contrariamente all'orientamento che sosteneva la determinazione per legge dei millesimi condominiali, nella sentenza si ribadisce poi, la competenza dell'assemblea a decidere sull'approvazione o revisione delle tabelle, in quanto la legge si limita a stabilire solo che i millesimi debbano essere espressione del valore di ogni piano ma non ne regola i concreti criteri di determinazione.

Le Sezioni Unite hanno, quindi, affermato che, essendo le tabelle allegate al regolamento di condominio, che in forza del disposto dell'art. 1138 c.c. viene approvato dall'assemblea con la maggioranza prevista dall'art. 1136 secondo comma c.c., anche dette tabelle devono essere approvate con la stessa maggioranza, anche perché esse non accertano il diritto dei singoli condomini sulle unità immobiliari.

Superata anche la tesi alla base di un recente

orientamento giurisprudenziale (Cass. 4219/2007 e 11960/2004) che ha ritenuto che in presenza di tabelle millesimali allegate al regolamento, qualora abbiano natura convenzionale, per essere state predisposte dall'unico proprietario e accettate dagli acquirenti delle singole unità immobiliari oppure perché hanno formato oggetto di accordo da parte di tutti i condomini, le stesse possono fissare criteri di ripartizione delle spese anche diversi da quelli stabiliti dalla legge e possono essere modificate solo con il consenso unanime dei condomini o a seguito di pronuncia giudiziaria. Nel caso, invece, di tabelle deliberate dall'assemblea condominiale, queste si debbono necessariamente attenere a criteri di ripartizioni conformi a quelli legali e possono essere modificate dall'assemblea con la maggioranza di cui al secondo comma dell'art. 1136 c.c. o con un atto dell'autorità giudiziaria. Ne consegue, secondo questo indirizzo che, mentre è affetta da nullità la delibera che modifichi le tabelle millesimali convenzionali adottate dall'assemblea senza il consenso unanime, è valida invece la delibera modificativa della tabella millesimali non convenzionale adottata dall'assemblea con la maggioranza prescritta dal secondo comma dell'art. 1136 c.c. Tuttavia, la Corte precisa che non basta riconoscere la natura contrattuale alle tabelle millesimali “per il solo fatto che, ai sensi dell'art. 68 disp. Att. Cod. civ., siano allegate ad un regolamento di origine c.d. ‘contrattuale’, occorrendo infatti che risulti espressamente che si sia inteso derogare al regime legale di ripartizione delle spese, cioè approvare quella ‘diversa convenzione’ di cui all'art. 1123 comma 1, Codice civile”.

Le Sezioni Unite evidenziano, poi, come gli eventuali errori della nuova tabella possono essere corretti mediante la speciale azione di revisione prevista dall'art. 69 delle disposizioni di attuazione del Codice civile.

La sentenza rappresenta una vera e propria liberazione per quei condomini che per decenni hanno dovuto subire l'ingiustizia di pagare le spese anche per chi aveva ampliato o trasformato la propria unità immobiliare; ma la normativa sulla redazione delle tabelle millesimali non prevede soltanto espressioni matematiche ma anche valutazioni, sia pure frutto di esperienza e di professionalità. Inoltre, oggi la normativa appare alquanto lacunosa, tanto da essere integrata riferendosi alle circolari 12480/1966 e 2945/1993 del Ministero dei Lavori Pubblici.

Sino ad oggi, infatti, l'azione di revisione è stata ammessa unicamente per i cosiddetti errori tecnici, purché non incidano sui cosiddetti

coefficienti valutativi. Si tratta quindi di elementi che incidono fortemente sui calcoli ma che non rientrano nei limiti dell'art. 69 delle disposizioni di attuazione.

Da ultimo, va ricordato che l'amministratore, in assemblea, usa proprio le tabelle millesimali per stabilire le maggioranze. Se vengono cambiate ciò ha un effetto diretto su decisioni che non riguardano le spese ma anche, per esempio, la partecipazione ad un contenzioso.

Piervincenzo Pacileo

Il danno da vacanza rovinata.

Tribunale di Nocera Inferiore, II sez. civ., Giud. Rel. dott. Giuseppe Fortunato, 14 febbraio 2008.

Sussiste il diritto al risarcimento del danno provocato dalla brusca interruzione di una vacanza, qualora ciò sia sicuramente provocato dalla perdita della linea di credito connessa all'utilizzabilità della carta. La conseguenza risulta pregiudizievole per il diritto al godimento della vacanza, ossia di un'occasione di svago, e - in sostanza - ad un'attività realizzatrice della persona, essendosi concretizzato, quindi, un danno riconosciuto come meritevole di riparazione, in quanto suscettibile nell'ampia nozione di pregiudizio da vacanza rovinata, da non identificarsi restrittivamente con la mancata od inesatta prestazione dell'organizzazione del viaggio o dell'agenzia turistica, ai sensi dell'art. 14 del D.Lgs. 111/95, ed oggi ai sensi del D.Lgs. 206/2005, bensì con l'impossibilità di prosecuzione del viaggio per un fatto pertinente alla sfera dell'attore ma imputabile ad una condotta colposa di parte convenuta. Trattandosi di lesione di un bene interesse della persona, può procedersi alla liquidazione equitativa. In ordine al danno non patrimoniale si deve evidenziare che il risarcimento postula la violazione di posizioni soggettive tipizzate che ai sensi dell'art. 2059 c.c. sono individuabili in singole disposizioni legislative, ovvero nell'insieme dei diritti fondamentali sintetizzati nella formula dell'art. 2 Cost., norma che, quindi, tutela, sul piano del diritto privato, le determinazioni essenziali della persona a contenuto non patrimoniale. Dal complessivo assetto del danno non patrimoniale si desume che la relativa tutela è attualmente frazionata tra l'area di operatività degli interessi primari della persona (in cui il risarcimento spetta anche in assenza di una condotta lesiva integrante un fatto di reato), il diverso ambito dei danni non patrimoniali da reato coperti dall'art. 185 c.p. e l'equità formativa del giudice di pace. Solo nei giudizi devoluti al giudice di pace e contenuti nei limiti di valore delle pronunce equitative, il risarcimento può aver luogo anche in assenza della lesione di un interesse primario della persona, posto che gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p., in quanto prescrizioni a

carattere sostanziale, non vincolano il giudizio ispirato alle regole dell'equità formativa. Ove, invece, sia lesa un interesse primario di carattere personale, escludere la tutela risarcitoria equivarrebbe a violare la norma costituzionale di riferimento. In ogni altro caso, ferme le ipotesi ricadenti nella previsione dell'art. 185 c.p., la pretesa al risarcimento esige la prova della lesione di un interesse costituzionalmente protetto. Il ricorso all'art. 1226 c.c. è consentito non al fine di supplire ad una carenza probatoria imputabile alla parte (allorquando quest'ultima sia in grado di provare il quantum), ma solo se una tale quantificazione sia resa impossibile e particolarmente difficoltosa.

Il danno da vacanza rovinata¹ è normalmente inteso come lo stress subito dal turista a causa di talune carenze o incongruenze del viaggio rispetto a quanto organizzato prima della partenza, ovvero il disagio conseguente alla perdita della possibilità di relax, ristoro ed aspettativa di svago tipica di un periodo di ferie (i profili ed i connotati caratterizzanti l'interesse che il contratto di viaggio-vacanza è destinato a soddisfare); l'attore deve limitarsi ad allegare l'inadempimento o l'inesatto adempimento di cui si duole, incombendo all'altra parte la prova di aver eseguito esattamente la prestazione a proprio carico².

In tema di risarcimento di tale tipologia di danno, è senz'altro ammissibile il concorso tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale di fronte ad un medesimo fatto che violi contemporaneamente non soltanto i diritti derivanti dal contratto, ma anche i diritti spettanti alla persona offesa indipendentemente dal contratto stesso³, mentre non può trovare accoglimento la richiesta di risarcimento del danno c.d. esistenziale, in quanto, non costituendo una categoria autonoma di pregiudizio, bensì rientrando nel danno non patrimoniale, non può essere liquidato separatamente solo perché diversamente denominato, richiedendosi, nei casi in cui sia risarcibile come danno non patrimoniale, l'allegazione da parte del richiedente degli elementi di fatto dai quali desumere l'esistenza e l'entità del pregiudizio⁴.

Dunque, il danno da vacanza rovinata da intendersi quale danno esistenziale ha natura non patrimoniale ex art. 2059 c.c.; di conseguenza, esso può essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge: la lesione di un siffatto diritto potrà trovare accoglimento solo quando esso coincida con la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore⁵. Il danno può, tuttavia, realizzarsi indipendentemente da un pregiudizio economico e, dunque, anche atteggiarsi a mero



danno di carattere non patrimoniale⁶; sembra così possibile ritenere che la legge abbia inserito gli interessi non patrimoniali nel contratto, sebbene non corrispondano a diritti assoluti ed inviolabili della persona. Pertanto, è ammissibile il risarcimento del danno da vacanza rovinata, tenuto conto che il danno non patrimoniale di cui all'art. 2059 c.c. costituisce una categoria ampia, comprensiva non solo del c.d. danno morale soggettivo (e cioè della sofferenza contingente e del turbamento d'animo transeunte, determinati da fatto illecito integrante reato), ma anche di ogni ipotesi in cui si verifichi un'ingiusta lesione di un valore inerente alla persona, costituzionalmente garantito, dalla quale consegua un pregiudizio non suscettibile di valutazione economica, senza soggezione al limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p.⁷.

Atteso che il danno non patrimoniale derivante da un fatto non costituente reato subordina la risarcibilità di tale danno alla sussistenza di dati presupposti, ovvero che l'interesse leso, e non le conseguenze che ne sono derivate, abbia riconoscimento costituzionale, nonché che la lesione ed il pregiudizio patiti siano gravi, ove, a riguardo del pregiudizio, per gravità si deve intendere che superi un certo livello di tollerabilità⁸, più specificamente l'essenza del danno non patrimoniale da vacanza rovinata deve rinvenirsi nell'impossibilità di godere in tutto o in parte dei benefici del periodo di vacanza, quale programmata occasione di riposo, svago e divertimento, ovvero, in generale, nel disagio sofferto per aver usufruito di un servizio peggiore rispetto a quello inizialmente acquistato.

Ciò nonostante, sia la ricorrenza, sia la quantificazione di un danno in tal senso devono

necessariamente essere accertate nelle singole fattispecie prospettate in giudizio, non potendosi, contrariamente, procedere ad una liquidazione dello stesso genericamente richiesto da parte attrice⁹.

Igitur, il danno c.d. da vacanza rovinata, di carattere non patrimoniale, trova il suo fondamento giuridico nell'art. 16, D.Lgs. 111/1995 (il cui contenuto è stato riprodotto in corrispondenti disposizioni del D.Lgs. 206/2005); conseguentemente, il diritto ad ottenere il risarcimento del suddetto danno si prescrive nel termine annuale previsto dal citato art. 16¹⁰.

In sostanza, detto tipo di danno è composto di due voci¹¹:

- 1) il pregiudizio economico per gli esborsi sostenuti, che corrisponde al prezzo del viaggio acquistato, in caso di mancato godimento della vacanza, o ad una riduzione del prezzo medesimo, nel caso in cui il consumatore abbia potuto godere della vacanza, ma questa sia stata rovinata da disservizi, contrattempi o altri disguidi;
- 2) il danno morale da inadempimento, dovuto a delusione e stress subiti a causa del disservizio, da liquidarsi in via equitativa, in somma pari ad una certa percentuale, variabile di caso in caso, del costo complessivo del viaggio¹², eccezionalmente risarcibile alla luce del diritto comunitario, come interpretato dalla Corte di Giustizia.

.....

¹ In argomento si rinvia a M.J. Fontanella, *I nuovi contratti di viaggio. Il risarcimento del danno da vacanza rovinata*, in *Iustitia*, 2008, 2, pp. 207-218; L. Nocco, *Il danno da vacanza rovinata*, in *Danno resp.*, 2007, 6, pp. 623-628; D. Farace, *Danno esistenziale ma mancata vacanza?*, in *Danno resp.*, 2006, 4, pp. 432-438; M. Lazzara, *Danno da vacanza rovinata e quantificazione del risarcimento*, in *Dir. turismo*, 2005, 3, pp. 233-245; F. Longobucco, *Danno da vacanza rovinata: brevi note sul regime probatorio*, in *Danno resp.*, 2004, 4, pp. 395-401; A. Botti, *Danno da vacanza rovinata e termine di prescrizione*, in *Dir. turismo*, 2004, 2, pp. 115-119; E. Guerinoni, *Diritto contrattuale europeo e misura del danno da vacanza rovinata*, in *Contr.*, 2004, 2, pp. 197-202; D. Gennari, *Breve rassegna in materia di danno da "vacanza rovinata"*, in *Giur. it.*, 2003, 2, pp. 258-261; L. Sesta, *Danno da vacanza rovinata e danno morale contrattuale*, in *Giur. it.*, 2002, 10, pp. 1801-1805; M. Cavallaro, *Prassi applicativa e sistema del "danno da vacanza rovinata"*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 1-2, pp. 19-50; L. Rossi Carleo, *Turismo organizzato e vacanza rovinata: la risarcibilità del danno*, in *Riv. dir. impr.*, 1995, 3, pp. 477-495.

² Così Trib. Napoli, 30 dicembre 2008, in *Corr. merito*, 2009, 4, pp. 353 ss.

³ Così Trib. Padova, 12 marzo 2010.

⁴ Così Giud. Pace Milano, 14 ottobre 2009.

⁵ Così Giud. Pace Milano, 15 maggio 2009.

⁶ Così Trib. Novara, 30 novembre 2009.

⁷ Così Cass. civ., sez. III, 13 novembre 2009, n. 24044, in *Resp. civ.*, 2010, 1, pp. 69 ss.

⁸ Così Giud. Pace Milano, 4 giugno 2010.

⁹ Così Trib. Milano, 15 settembre 2009.

¹⁰ Così Trib. Milano, 19 gennaio 2008.

¹¹ Così Trib. Palermo, 5 ottobre 2006.

¹² Così Trib. Torino, 1° febbraio 2008.

Dottrina

Antonella Ciano

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 incedibili 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 debitore, 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 articolo 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 ad 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 co., 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 (debitori) 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

Francesca Del Grosso

Spesa pubblica del patrocinio: buone prassi.

L'accesso del ceto socialmente ed economicamente debole alla giustizia sancito dalla Costituzione (artt. 24 e 3 Cost.) emerge dalla lettura dell'art. 6 § 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui “ogni accusato... se non ha i mezzi per pagare un difensore” ha diritto “a essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono esigenze di giustizia”; in tal senso anche la Direttiva 2003/8/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 27/1/03 e il Decreto legislativo attuativo 27/5/05 n. 116 con l'obiettivo di migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere, attraverso il patrocinio a spese dello Stato. Ma, come giustamente sottolineato dagli addetti ai lavori, è indubbio che tali diritti debbano far “i conti con la realtà economica e sociale del Paese, se si vuole evitare il rischio che gli stessi vengano confinati in un ambito meramente metafisico” (C. Abbattista). Lo sfondo infatti in cui si è sviluppato l'istituto giuridico in esame non è così semplice, soprattutto alla luce delle progressive riduzioni degli stanziamenti nei bilanci per le spese di giustizia (art. 21, comma 3 D.Lgs. 4/7/06 n. 223, Circolare del Ministero della Giustizia n. 0154129). Non meno rilevante è il dibattito parlamentare inerente, dal quale emerge la necessità di verificare se l'attuale normativa “si presti ad un uso improprio, come sembrerebbero dimostrare i numerosi casi di ammissione al gratuito patrocinio, riferiti a vicende giudiziarie collegate al fenomeno dell'immigrazione”, ovvero ancora di prevedere “l'istituzione di un ufficio pubblico che, come avviene in altri Paesi, gestisca e controlli l'attuazione dell'istituto, in modo tale da eliminare o comunque ridurre le ipotesi di abuso cui l'istituto si presta”. Al riguardo può essere utile ricordare l'input dato agli uffici giudiziari dalla circolare ministeriale 15/3/06 in materia di contenimento delle spese di giustizia. Con la medesima si stimolano i magistrati e i funzionari amministrativi a introdurre “buone prassi di gestione” per la razionalizzazione delle spese esortandoli al rigoroso rispetto della normativa per ogni attività che determini esborso per l'erario. Costoro sono “responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordinati e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina

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 *factoring*.

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.

generale in tema di responsabilità amministrativa” (art. 172 D.P.R. 115/02). Sulla scia di quanto previsto dalla circolare richiamata, gli uffici giudiziari del distretto di Salerno hanno ricevuto dalla Corte di Appello precise indicazioni in ordine agli elementi formali del decreto di liquidazione ed al suo contenuto dal quale “deve emergere la motivazione che giustifica la determinazione dell’importo, per consentire il controllo sulla legalità della decisione”. Si è altresì rammentato di fare attenzione alla “esatta individuazione del difensore che dovrà essere scelto tra coloro che sono in possesso dei titoli richiesti per la difesa” (art. 80 T. U. S. G. sost. dalla Legge 25/05) e, al fine di accelerare le procedure di liquidazione, si invitano i funzionari a favorire le comunicazioni del decreto in forma abbreviata ricorrendo all’unek solo nei casi di “effettiva necessità”. A tal proposito sarebbe auspicabile che presso i tribunali destinatari della circolare richiamata si introducesse la prassi (condivisa tra avvocatura e autorità giudiziaria) delle comunicazioni telematiche del decreto di pagamento, analogamente a quanto disposto dal Tribunale di Rimini per i provvedimenti civili. Il Ministero appare inoltre sensibile alla semplificazione delle richieste di liquidazione. Infatti, con nota ministeriale CISIA di Napoli prot. 5066.U del 22/2/2010, si sono date alcune indicazioni in merito agli uffici giudiziari affinché dal sistema SIAMM/ spese di giustizia, predispongano “on line” le richieste indicate. Inoltre, pur non essendo prevista da alcuna norma la presentazione di un’istanza analitica di liquidazione al magistrato, trattandosi di denaro pubblico, l’orientamento prevalente è nel senso che la stessa debba essere tale e debba essere corredata dai documenti giustificativi della spesa per una maggiore trasparenza per la successiva verifica contabile. Anzi, con nota 5716/6219 l’autorità di secondo grado, aderendo alle proposte dell’avvocatura salernitana, ha diramato ai tribunali e alle procure del distretto un “prontuario” per tentare di uniformare le istanze sia di ammissione che di liquidazione degli onorari difensivi in materia di patrocinio a spese dello Stato. Presso il Tribunale di Nocera Inferiore si è avuta di recente la stipula di un accordo in ordine alle tariffe applicabili ai sensi di legge, tra il presidente della sezione penale e il presidente del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati.

Il patrocinio è interamente disciplinato dal T.U. del 30/5/02 n. 115, così come modificato dalla Legge 24/2/05 n. 25, che riordina l’intera materia delle spese di giustizia. Centrando l’attenzione sul

patrocinio penale, ricordiamo che l’ammissione allo stesso dà diritto alla gratuità di alcune spese (le copie degli atti necessari per l’esercizio della difesa), all’anticipazione di alcune e alla prenotazione a debito di altre. Ciò allo scopo di “rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che... impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’uguaglianza dei cittadini”. Il patrocinio penale a spese dello Stato è assicurato per la difesa del cittadino non abbiente, sia egli indagato, imputato, condannato, persona offesa da reato, danneggiato che voglia costituirsi parte civile, responsabile civile ovvero civilmente obbligato per la pena pecuniaria. La disciplina si applica anche allo straniero e all’apolide residente nello Stato. Condizione essenziale dell’ammissione è la titolarità di un reddito imponibile (adeguato ogni due anni con decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia di concerto con il Ministero dell’Economia e delle Finanze) risultante dall’ultima dichiarazione non superiore a 10.628,16 aumentato di 1.032,91 euro per ogni familiare convivente. Interessanti al riguardo sono sia la risoluzione n. 15/E dell’Agenzia delle Entrate D.C. N. e C. del 21/1/08 secondo cui rientrano nel reddito tutte le forme di pensione e i redditi da terreni e fabbricati, sia alcune recenti sentenze della Cassazione che danno rilievo, in considerazione dell’evoluzione della realtà sociale, anche a quelli prodotti nell’ambito della famiglia di fatto. Si pone poi il problema del reddito derivato da attività illecita. Sin dall’inizio della disciplina dell’istituto l’orientamento della giurisprudenza era nel senso di attribuire rilevanza ad esso in quanto “le condizioni di spettanza del beneficio devono essere coerenti con il presupposto della non abbenza e tali non sarebbero se l’accertamento di tale stato fosse ingiustificatamente limitato ad alcuni redditi con l’esclusione di altri” (Cort. Cost., sent. n. 144 30/3/92); si deve tener conto di tutti quegli “elementi probatori che inducono a ritenere redditi (anche di provenienza illecita) in base a nozioni di comune esperienza, e purché gli elementi siano gravi, precisi e concordanti” (Cass., sent. n. 12342 13/2-1772/03). In tale ambito va richiamata la Legge 24/7/08 n. 125, oggetto però oggi di pronuncia di illegittimità costituzionale, nella parte in cui ha integrato l’art. 76, comma 4 bis del D.P.R. 115/02. Viene infatti introdotta per i mafiosi e i trafficanti di droga condannati con sentenza irrevocabile una presunzione reddituale (il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti). La Corte Costituzionale ha però dichiarato l’illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non ammette la prova contraria (Cort. Cost. sent. n. 139/2010). Per costoro infatti

non vi è stata esclusione dal beneficio così come stabilito per altre tipologie di reato (art. 91 comma 1 lett. a) D.P.R. 115/02) ma si è introdotta una presunzione assoluta che la Corte ritiene violi il principio di eguaglianza specie quando limiti un diritto fondamentale della persona. Sarà però necessario “che vengano indicati e documentati concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco l’effettiva situazione economico-patrimoniale dell’imputato”. Rispetto a tali elementi di prova, il giudice avrà l’obbligo di condurre una valutazione rigorosa e allo scopo potrà certamente avvalersi degli strumenti di verifica che la legge mette a sua disposizione, anche di quelli, particolarmente penetranti, indicati all’art. 96, comma 3, del D.P.R. 115/02”. Alla luce di quanto esposto sull’istituto del patrocinio, assume particolare rilievo la possibilità dello Stato di recuperare le somme sborsate. Ciò è previsto solo in caso di revoca dell’ammissione (art. 112 D.P.R. 115/02); la disciplina del recupero è disciplinata come sanzione e quindi non è subordinata alla condanna per le spese ordinariamente anticipate e ripetibili. La revoca, disposta dal magistrato con decreto motivato, si ha quando l’interessato non comunica eventuali variazioni di reddito, ovvero se dalla comunicazione del mutamento risulti un reddito che escluda l’ammissione, se non è stata prodotta la certificazione dell’autorità consolare e infine quando su istanza dell’ufficio finanziario (entro cinque anni dalla definizione del processo) risulti provata la mancanza delle condizioni di reddito. Alcuni uffici giudiziari non emettevano l’ordine di pagamento se non con il preventivo rilascio del nulla osta da parte dell’ufficio finanziario tenuto ai controlli. Della problematica fu investita l’Agenzia delle Entrate, Direzione regionale della Puglia che con nota del 2003 precisò che essendo l’ambito temporale nel quale si esplicava la verifica di cinque anni e considerato che il Testo Unico non prevedeva l’ipotesi indicata, la prassi non fosse corretta. Il problema del controllo è però attuale, soprattutto considerando l’irrisorietà delle ipotesi di revoca. Per fornire un dato, anche solo settoriale, a far data dal 16/9/08 sino al 31/12/09 presso il tribunale di Nocera Inferiore si sono verificati 64 casi di revoca, a fronte di importi lordi liquidati molto alti: euro 435.658, 7 nel 2008 e euro 629.705, 4 nel 2009. Allo scopo di rendere effettivo tale accertamento da parte dell’ufficio finanziario e mettere in condizioni il medesimo di operare nel senso previsto dalla normativa in esame, sarà buona prassi per l’ufficio giudiziario comunicare ad esso la chiusura del processo e, di conseguenza,

essenziale la corretta formazione e conservazione dei documenti inerenti all’istanza di ammissione al patrocinio. La direzione generale della Giustizia civile ufficio I, sin dal momento di entrata in vigore del Testo Unico ha posto l’attenzione sulla necessità di creare “un fascicolo di ufficio per ogni istanza presentata, nel quale deve essere inserita la documentazione prodotta dall’interessato nonché l’originale provvedimento di ammissione, di inammissibilità o di rigetto”. Si rileva inoltre che sia in considerazione dello stato in cui versano generalmente i fascicoli processuali (da considerare che la recente riorganizzazione della sezione penale tesa a fornire all’utenza omogeneità nei processi lavorativi, ha mostrato particolare attenzione a quello relativo alla formazione completa del fascicolo ai sensi della normativa e delle circolari vigenti) sia per le “esigenze di tutela dei dati personali dell’interessato ... si ritiene preferibile che il fascicolo contenente gli atti e la documentazione prodotta dall’interessato sia conservato con separata fascicolazione e relativa raccolta”. Buona prassi quindi sarà quella di annotare sulla copertina del fascicolo sia l’ammissione al patrocinio, sia l’eventuale revoca e altresì inserirvi copia del provvedimento.

Non solo, ma al fine di avere contezza della totalità delle spese anticipate e recuperabili sarà importante la correttezza delle iscrizioni sul foglio delle spese. In tale ottica, fondamentale appare il coordinamento tra l’autorità giudiziaria e quella deputata al controllo.

Sarebbe auspicabile il collegamento diretto con l’amministrazione finanziaria attraverso sistemi informatici che diano riscontri quasi immediati ed effettivi anche in relazione alle verifiche annuali sulle variazioni del reddito. Si potrebbero stipulare protocolli organizzativi tra le due autorità finalizzati per esempio ad accertamenti più gradualmente per i casi più complessi e al riscontro veloce per le pratiche ordinarie, evitando che la stessa valutazione del giudice si basi solo su presunzioni semplici (C. Abbattista).

Interessante infine è l’accordo (già evidenziato da *Omnia Iustitiae*) tra la Cassa Forense e la Banca Popolare di Sondrio per la concessione di prestiti nella forma di anticipazione su liquidazioni per le parcelle per le difese d’ufficio con gratuito patrocinio da parte del Ministero della Giustizia. Emergerebbe infatti anche da quest’ultimo aspetto, oltre che da quelli esaminati, la rilevanza che hanno o che comunque potrebbero acquisire tutte quelle prassi finalizzate a temperare i risvolti inevitabili dell’istituto del patrocinio sulle risorse economiche, pur nel rispetto del diritto costituzionale richiamato in premessa.

Maria Grazia Ianniello

Cessioni plurime del contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello di abitazione: responsabilità per il mancato pagamento dei canoni.

In tema di cessione del contratto di locazione ad uso commerciale, l'art. 36 della Legge 392/78 attribuisce al conduttore la facoltà di cedere a terzi il contratto di locazione, anche senza il consenso del locatore, purché venga insieme ceduta o locata l'azienda. Tale disposizione costituisce evidente deroga alla statuizione di cui all'art. 1594 c.c. che vieta al conduttore di cedere il contratto di locazione, in mancanza del consenso del locatore. La *ratio* della deroga contenuta all'art. 36 è valevole solo per gli immobili adibiti ad uso diverso da abitazione si ravvisa nella volontà del legislatore di agevolare il trasferimento della titolarità aziendale e assicurare la continuazione delle attività commerciali. Tale orientamento discende da una interpretazione di tipo letterale della legge 392/78 la quale recita all'art. 36 che il conduttore, ha la "facoltà" di cedere il contratto e può quindi anche non avvalersene. Nonostante la norma non richieda il consenso del locatore ceduto, è in ogni caso sancito il dovere per il conduttore di comunicare l'avvenuta cessione del contratto di locazione. Detta comunicazione non costituisce un requisito di validità della cessione del contratto di locazione, ma ha come unica conseguenza, l'impossibilità per il conduttore di opporre al locatore ceduto, la cessione del contratto di locazione. Legittimato ad eseguire la comunicazione anzidetta è esclusivamente il conduttore cedente con conseguente inefficacia della comunicazione effettuata da terzi soggetti. In che termini si realizza la successione nel contratto di locazione? Nella disciplina di cui all'art. 36 della Legge 392 del 1978, in caso di affitto di azienda relativo ad attività svolta in un immobile condotto in locazione non si produce l'automatica successione nel contratto di locazione dell'immobile, quale effetto necessario del trasferimento dell'azienda, ma la successione è soltanto eventuale e richiede, comunque, la conclusione di un apposito negozio volto a porre in essere la sublocazione o la cessione del contratto di locazione, contratto quest'ultimo che può presumersi fino a prova contraria, alla stregua dei principi di cui all'art. 2558 terzo comma, Codice civile. "Non si produce

l'automatica successione del cessionario nel contratto di locazione dell'immobile, quale effetto necessario del trasferimento dell'azienda, ma la successione è soltanto eventuale e richiede comunque la conclusione, tra cedente e cessionario dell'azienda, di un apposito negozio volto a porre in essere la sublocazione o la cessione del contratto di locazione" (Cass. civ. 03/04/2003, n. 5137 e Cass. civ., sez. II, 02/02/2000, n. 1133).

Cosa succede in caso di cessioni plurime di contratto laddove non vi sia il pagamento dei canoni di locazione? Chi è onerato del pagamento? E a chi spetta la legittimazione passiva nell'eventuale giudizio di convalida dello sfratto per morosità, laddove il locatore non abbia liberato il conduttore originario? Innovativa sul tema è la sentenza della III Sezione civile della Corte di Cassazione del 20.04.2007 n. 9486 "Nel caso di cessione plurima di contratto o dell'azienda, il locatore deve chiedere il pagamento del canone di locazione, in primis, all'ultimo cessionario, ed in secundis, a qualsiasi dei cedenti intermedi, solidalmente obbligati tra loro". La Corte ha richiamato un precedente orientamento della III Sezione della Cassazione (sent. 10485/2004) per cui era stato affermato il principio della natura solidale della responsabilità di tutti i cedenti il contratto di locazione ed i successivi rapporti tra cedenti e cessionari erano stati ricostruiti in termini di successione cumulativa. Precedentemente ancora la Cassazione aveva affermato che l'obbligazione di garanzia del cedente persiste anche nelle ipotesi di cessioni intermedie e pertanto l'originario conduttore rimane obbligato in solido con l'ultimo cessionario per l'obbligazione di costui. Con la sentenza n. 9486 la Suprema Corte ha radicalmente innovato l'orientamento in materia di ricostruzione dei rapporti tra coobbligati con riferimento alla fattispecie di cessione di cui all'art. 36 Legge 392/1978, affermando contrariamente alle precedenti decisioni (sent. n. 10485 del 2004, n. 2517 del 1995, n. 5572 del 1979), che in caso di cessione del contratto di locazione esiste una forma sussidiaria di responsabilità, con riguardo alla posizione dell'ultimo cessionario/conduttore rispetto al suo diretto cedente. La Corte ha infatti rilevato che l'art. 36 citato testualmente dispone che il locatore, se non ha liberato il cedente può agire contro il medesimo qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. Quindi ad avviso della Corte la norma introduce un meccanismo per cui, verificato l'inadempimento dell'ultimo cessionario sussiste una corresponsabilità del cedente in termini di

beneficium ordinis. La facoltà del locatore di agire nei confronti del cedente non liberato è subordinata all'inadempimento dell'attuale conduttore/cessionario. Nel caso della legittimazione passiva sul piano processuale la giurisprudenza ha più volte ribadito come in tema di locazione di immobili adibiti all'esercizio di attività aziendale, tanto l'affitto di azienda quanto la vendita della azienda stessa non determinano alcuna successione nell'ordinario rapporto di locazione, dando vita ad un rapporto derivato, senza alcun vincolo fra il locatore originario ed il subconduttore e senza, in particolare, che risulti modificata la posizione di legittimato sostanziale e processuale dell'originario conduttore (Cass. Civ., sez. III, 01.08.2002, n. 11427). "Con riferimento alla cessione del contratto di locazione, permane, sul piano processuale, per tutte le azioni attinenti alla prosecuzione o alla estinzione del rapporto locatizio, la legittimazione passiva dell'originario conduttore, qualora il cedente non sia stato liberato dal locatore ceduto" (Rigetta, App. Bologna, 26/05/2003 - Cass. civ. Sez. III, 17/03/2009, n. 6427).

Mariella Orlando

Federalismo demaniale. Alcuni spunti di riflessi one sul Decreto legislativo 28 maggio 2010 n. 85.

Introduzione.

Il decreto legislativo 28 maggio 2010, n. 85 (che reca l'Attribuzione a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni di un loro patrimonio, ai sensi dell'art. 19 della Legge 5 maggio 2009, n. 42'), disciplina il c.d. "federalismo demaniale", o "patrimoniale", e costituisce il primo passo verso l'attuazione dell'art. 119, comma 6, della Costituzione, nonché dell'art. 19 della Legge delega 42/2009² (Patrimonio di Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni). In questo provvedimento, sono infatti stabiliti i principi generali e le procedure concernenti "il trasferimento di parti del patrimonio immobiliare pubblico dallo Stato agli Enti territoriali, allo scopo di meglio valorizzarlo nell'interesse delle collettività locali"³. La scelta del Governo di iniziare il percorso di implementazione del federalismo fiscale dando concreta attuazione al cd. "federalismo demaniale" è - secondo alcuni studiosi - piuttosto sorprendente. Si tratta, probabilmente, di un'opzione legata anche alla necessità di

concludere l'iter di approvazione del primo decreto nei tempi indicati dalla Legge n. 42, da cui è derivata la scelta di non iniziare questo percorso da questioni certamente più complesse come, ad esempio, la determinazione dei costi e dei fabbisogni standard per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni delle Regioni e delle funzioni fondamentali degli Enti locali.

Le radici del federalismo demaniale.

L'attribuzione di un patrimonio alle autonomie locali trova il suo fondamento nell'art. 119, comma 6, della Costituzione, in base al quale comuni, le province, le città metropolitane e le regioni "hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge dello Stato"⁴. La stessa Legge 5 maggio 2009 n. 42 prevede la possibilità di attribuzione agli Enti territoriali del patrimonio posseduto dallo Stato. Quest'ultimo individua i beni da attribuire, secondo criteri di territorialità, sussidiarietà, adeguatezza, semplificazione, capacità finanziaria, correlazione con competenze e funzioni, nonché valorizzazione ambientale. Nell'assegnazione dei beni occorre tenere conto del rapporto che deve esistere tra beni trasferiti e funzioni di ciascun livello istituzionale. In applicazione del principio di semplificazione, i beni possono essere inseriti dalle regioni e dagli enti locali in processi di alienazione e dismissione secondo le procedure disciplinate dall'art. 58 del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112. Tali procedure prevedono che ciascun ente individui, sulla base della documentazione esistente presso i propri archivi e uffici, i singoli beni immobiliari situati nel territorio di competenza non strumentali all'esercizio delle proprie funzioni istituzionali che sono suscettibili di valorizzazione o di dismissioni. Per assicurare la massima valorizzazione dei beni trasferiti, il Decreto legislativo prevede che la deliberazione da parte dell'ente territoriale di approvazione del piano delle alienazioni e valorizzazione deve essere trasmessa a un'apposita conferenza di servizio a cui partecipano i comuni, la provincia, la città metropolitana e la regione interessata, che acquisisce le autorizzazioni, gli assensi e le approvazioni necessari alla variazione di destinazione urbanistica. La capacità finanziaria è intesa come l'idoneità finanziaria a soddisfare le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione dei beni. In particolare, lo schema del decreto prevede che l'ente territoriale interessato possa richiedere che il trasferimento del bene avvenga mediante attribuzione diretta a fondi comuni di investimento immobiliare costituiti (o ancora da costituire) da uno o più enti territoriali, sulla base

di quanto previsto dalla normativa in vigore.

La correlazione con competenze e funzioni è intesa come “connessione tra le competenze e le funzioni effettivamente svolte o esercitate dall’ente cui è attribuito il bene e le esigenze di tutela, gestione e valorizzazione del bene”.

In applicazione del criterio della valorizzazione ambientale, la valorizzazione del bene deve essere realizzata avendo riguardo alle caratteristiche fisiche, morfologiche, ambientali, paesaggistiche, culturali e sociali dei beni trasferiti, per assicurare lo sviluppo del territorio e la salvaguardia dei valori ambientali. Lo schema del decreto ha dunque previsto che il processo di attribuzione dei beni agli enti territoriali debba avvenire sulla base di principi generali e non attraverso uno schema rigido che faccia corrispondere, a priori, determinati beni soltanto a determinate tipologie di enti territoriali. La scelta è stata quella di prevedere che l’assegnazione dei beni debba essere stabilita utilizzando criteri flessibili che consentano di operare valutazioni caso per caso⁵. Da questo punto di vista, l’utilizzo del principio di sussidiarietà garantisce, dato l’alto tasso di flessibilità ad esso connaturato, l’opportunità di procedere senza ricorrere a rigidi schemi di assegnazione dei beni. Tale “operazioni di flessibilità” trova del resto conferma nella previsione che i beni possano essere attribuiti anche in “quote indivise”, permettendo così che a due o più Enti diversi, come ad esempio un Comune ed una Provincia, vengano assegnate quote di uno stesso bene. A tale riguardo, va però osservato che la “condivisione” di uno stesso bene tra più enti territoriali potrebbe anche rendere complessa e problematica la sua concreta gestione.

I beni pubblici.

Il codice civile⁶ suddivide i beni pubblici in beni del demanio e del patrimonio statale.

I beni demaniali sono i beni che per natura o per legge soddisfano direttamente i bisogni collettivi e che quindi sono sottoposti a vincoli speciali. Tali beni sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti in favore di terzi se non nei limiti stabiliti dalle leggi che li riguardano.

I beni del patrimonio indisponibile non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalle leggi che lo riguardano⁷. I restanti beni, che non fanno parte del demanio o del patrimonio indisponibile, rientrano nel patrimonio disponibile. Ad essi si applicano, oltre ad eventuali regole specifiche, in via residuale e in quanto non diversamente disposto, le regole del codice civile.

Rispetto al portafoglio immobiliare, l’Agenzia del

demanio ha individuato quattro categorie di immobili in base alla diversa “manovrabilità” della loro destinazione: beni manovrabili, beni parzialmente manovrabili, beni non manovrabili e altri beni non disponibili. Rientrano tra i beni manovrabili tutti i beni patrimoniali disponibili, liberi o locati. I beni parzialmente manovrabili sono quelli che fanno parte del patrimonio indisponibile ma che, nel momento in cui viene meno l’uso governativo, qualora non ci siano altre esigenze da parte delle amministrazioni centrali, possono passare al patrimonio disponibile ed essere oggetto di alienazione o di permuta. La categoria comprende gli immobili utilizzati per finalità istituzionali dalla pubblica amministrazione centrale, esclusi i beni del demanio storico artistico consegnati in uso governativo. I beni non manovrabili comprendono, oltre che la quota di beni in uso governativo, gli immobili e le aree riconducibili ai beni del demanio storico artistico in consegna al Ministro dei beni culturali e non oggetto di diretta gestione da parte dell’Agenzia del demanio che, per caratteristiche intrinseche e per vincoli imposti dalla normativa di settore, non possono essere oggetto di trasformazione. La categoria degli altri beni non disponibili a vario titolo comprende tutti i beni inclusi nel patrimonio non disponibile quali, ad esempio, gli immobili realizzati in base a leggi speciali; gli immobili di proprietà statale in uso gratuito e perpetuo alle università, i luoghi di culto non ricompresi nel demanio storico artistico e compendi militari.

Tipologia dei beni trasferibili.

L’art. 5 del Decreto legislativo individua le tipologie di beni immobili statali che, previa emanazione di appositi decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, saranno trasferite a titolo non oneroso agli enti territoriali (quali sono i beni appartenenti al demanio marittimo ed idrico e le relative pertinenze, gli aeroporti di interesse regionale, le miniere e gli altri beni immobili dello Stato)⁸.

Non possono essere oggetto di trasferimento, e rimangono pertanto allo Stato: gli immobili utilizzati per comprovate ed effettive finalità istituzionali dalle Amministrazioni dello Stato, egli enti pubblici destinatari di immobili statali in uso governativo e dalle Agenzie di cui al Decreto legislativo n. 300/1999.

In sede di prima applicazione del decreto legislativo n. 85/2010 viene previsto che lo Stato trasferisca alle regioni e agli altri enti territoriali i beni individuati negli accordi di valorizzazione e nei conseguenti programmi di sviluppo culturale

previsti dal codice dei beni culturali e del paesaggio. Il trasferimento deve avvenire entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

Tutti i beni non richiesti confluiranno in un patrimonio vincolato: verranno valorizzati ed alienati (in base ad accordi tra Stato, Regioni e Enti locali) entro trentasei mesi. Le regioni e gli enti locali che intendono acquistare i beni indicati negli elenchi presentano una domanda di attribuzione all’Agenzia del Demanio entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale dei decreti che li contengono. Gli enti devono allegare alla domanda una relazione in cui vanno precisate, tra l’altro, le finalità e le modalità di utilizzazione del bene, con la relativa tempistica e i profili di convenienza economica.

La relazione deve essere sottoscritta dal rappresentante legale dell’ente. Per i beni che sono rappresentati in gruppi negli elenchi, la domanda di attribuzione deve riferirsi a tutti i beni del gruppo e la relazione deve indicare le finalità e le modalità d utilizzazione prevalenti.

Valorizzazione dei beni.

I beni trasferiti agli enti territoriali possono essere conferiti a fondi comuni di investimento immobiliare, di cui gli enti detengono le quote. Il conferimento ai fondi ha lo scopo di favorire la massima valorizzazione dei beni rafforzando la capacità finanziaria degli enti territoriali.

La massima valorizzazione è infatti prevista come un obbligo giuridico, che grava sugli Enti territoriali (Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni) cui sono attribuiti, a titolo non oneroso, i beni statali (art. 1, comma 2, del predetto decreto), ed è richiamata all’art. 2, comma 4, in base al quale l’Ente è tenuto a favorire la massima valorizzazione del bene, nonché al successivo comma 5, lettera c) ed e), con riferimento specifico ai parametri per l’attribuzione dei beni della capacità finanziaria e della c.d. “valorizzazione ambientale”.

La valorizzazione dei beni trasferiti ha un duplice scopo:

- 1) rendere più efficiente e redditizia la gestione del patrimonio, sia attraverso forme dirette di amministrazione, sia mediante procedimenti di dismissione degli immobili non più strumentali all’esercizio delle funzioni, sia non il conferimento in fondi immobiliari pubblici;
- 2) favorire il decentramento delle funzioni pubbliche, trasferendo agli Enti territoriali gli strumenti necessari per la sua attuazione, così come la possibilità di procacciarsi nuove entrate attraverso lo sfruttamento economico del

patrimonio immobiliare acquisito.

Conclusioni.

Vi sono diversi aspetti critici del decreto messi in luce dagli studiosi che andrebbero in qualche modo valutati, come il rischio che le amministrazioni locali non siano in realtà gestori migliori dello Stato e che talvolta siano in realtà più esposte a interessi speculativi.

Il fatto che gli enti decentrati possono liberamente scegliere cosa vedersi attribuito a partire dall’elenco statale li porterà naturalmente a selezionare solo quei beni su cui esistono più solide prospettive di valorizzazione in termini reddituali e, quindi, una riduzione - piuttosto che un accrescimento - del benessere collettivo. Di converso, rimarrebbero allo Stato gli immobili che per le loro caratteristiche di “bene pubblico” possono con maggiore difficoltà essere messi a reddito⁹.

Inoltre le attuali difficoltà economiche dei Comuni e la prevista riduzione dei trasferimenti statali, a compensazione dei mancati introiti (soprattutto canoni di locazione) che potranno verificarsi per lo Stato a seguito della cessione di taluni dei beni anzidetti, potrebbero indurre gli Enti più deboli, dal punto di vista finanziario, a concedere sempre più facilmente varianti allo strumento urbanistico, pur di rendere edificabili nuove aree e riuscire così a procacciarsi le risorse (derivanti, in questo caso, dagli oneri di urbanizzazione) necessarie a coprire le spese correnti¹⁰.

Ed ancora, secondo le valutazioni della Corte dei Conti la dimensione ridotta dei valori finanziari in gioco (tra fabbricati e terreni, si tratta di circa 17 mila e 400 beni, che valgono 3,2 miliardi di euro e rappresentano poco più del 3 % della consistenza del patrimonio locale al 31 dicembre 2008¹¹) e la forte disomogeneità nella distribuzione territoriale rischiano di rendere l’intera operazione scarsamente utile nella direzione del federalismo fiscale.

.....

¹ La Legge n. 42 del 2009 rappresenta l’applicazione della teoria economica del decentramento secondo la quale il governo locale è più efficiente del governo centrale nella fornitura e gestione dei servizi pubblici. Infatti il governo locale appare più efficiente di quello centrale in quanto i desideri (se sufficientemente omogenei tra loro) dei cittadini residenti sono differenti da quelli dei cittadini residenti in altri territori, ed i governi locali possono rendersi interpreti dei desideri locali meglio del governo centrale. In sostanza il federalismo fiscale spiega che, se si vuole un intervento economico pubblico efficiente, occorre organizzare diversi livelli di governo caratterizzati da responsabilizzazione dei politici. A. Fossati e R. Levaggi, *Dal decentramento alla Devolution*, Franco Angeli, 2007.

² Art. 19 della Legge n. 42 del 2009, I Decreti legislativi di cui all’art. 2, con riguardo all’attuazione dell’art. 119, sesto comma, della Costituzione, stabiliscono i principi generali per l’attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio

patrimonio, nel rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi:

- a) attribuzione a titolo non oneroso ad ogni livello di governo di distinte tipologie di beni, commisurate alle dimensioni territoriali, alle capacità finanziarie ed alle competenze e funzioni effettivamente svolte o esercitate dalle diverse regioni ed enti locali, fatta salva la determinazione da parte dello Stato di apposite liste che individuino nell'ambito delle citate tipologie i singoli beni da attribuire;
 - b) attribuzione dei beni immobili sulla base del criterio di territorialità;
 - c) ricorso alla concertazione in sede di Conferenza unificata, ai fini dell'attribuzione dei beni a comuni, province, città metropolitane e regioni;
 - d) individuazione delle tipologie di beni di rilevanza nazionale che non possono essere trasferiti, ivi compresi i beni appartenenti al patrimonio culturale nazionale.
- 3 Cfr. la *Relazione tecnica* al citato Decreto legislativo.
- 4 Prima della riforma del titolo V, il testo costituzionale prevedeva l'attribuzione di un proprio demanio e patrimonio alle sole regioni.
- 5 L. Antonini, *Il primo decreto legislativo di attuazione della legge n. 42/2009: il federalismo demaniale*, in *Federalismi.it*, n. 25, 2009, 3-4.
- 6 Il Codice civile del 1942 stabilisce che lidi, spiagge, porti, fiumi, laghi, acque pubbliche, miniere, aeroporti, ferrovie, grandi strade, acquedotti, caserme, foreste appartengono allo Stato e sono gestiti dal Demanio. La riforma costituzionale ha autorizzato a gestire una parte del patrimonio pubblico oltre che lo Stato anche le Regioni, Province, Comuni e Città Metropolitane.
- 7 I beni del patrimonio indisponibile non possono essere oggetto di usucapione né di esecuzione forzata. Di essi è possibile disporre, sempre che sia fatto salvo il vincolo di destinazione; ne è inoltre riconosciuta l'espropriabilità per motivi di pubblica utilità, quando si intenda perseguire un interesse pubblico di rilievo superiore a quello soddisfatto con la precedente destinazione pubblica.
- 8 I beni immobili da trasferire vengono direttamente identificati per specifiche categorie: tutti i beni attualmente inclusi nel demanio marittimo (le spiagge e i porti di interesse regionale) e nel demanio idrico (i fiumi e i laghi), tutti gli aeroporti di interesse regionali, tutte le miniere, tutte le aree e i fabbricati statali (ad esclusione di alcune sottocategorie specifiche previste come gli immobili appartenenti al patrimonio culturale).
- 9 A Zanardi, *Federalismo Demaniale à la carte*, la www.lavoce.info.
- 10 E. Buglione, *Federalismo demaniale. Una scelta opportuna?*, in www.crusoe.it.
- 11 Il resoconto stenografico delle audizioni del direttore dell'Agenzia del Demanio e dei rappresentanti della Ragioneria generale dello Stato, nonché della Corte dei Conti, svoltesi nell'ambito dell'esame dello schema di decreto legislativo presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale. Dai dati presentati all'audizione è emerso, tuttavia, che si tratta di valori sottostimati, calcolati sui prezzi ai quali tali beni sono iscritti nel bilancio pubblico.

Costantino Scudieri

Dolo eventuale e colpa cosciente: l'enigma della *mens rea*.

L'enigma della *mens rea*, nell'odierno sistema penale italiano, nasce dalla complessità dei legami psicologici intercorrenti tra il profilo intellettuale del reo (*la rappresentazione*) e la sua intenzione criminosa (*la volontà*).

In altre parole, la linea di confine tra dolo e colpa, quali diverse connotazioni della *suitas* del reato (art. 42, c.p.) all'interno di un concetto normativo di colpevolezza, risulta condizionata, già sul piano dogmatico, dall'esatta individuazione della c.d. *contro-volontà*. Tale formula evoca

quell'atteggiamento psicologico in virtù del quale il soggetto, pienamente consapevole delle potenzialità lesive della propria condotta, decide di agire sperando, o comunque nutrendo piena convinzione, che l'evento in concreto non si verifichi, versando così in una condizione di colpa cosciente, anziché nello stato soggettivo del dolo eventuale.

Si tratta di un tema che, negli ultimi anni, ha focalizzato l'attenzione dei media e, per conseguenza, dell'opinione pubblica attorno ad episodi drammatici quali lo scandaloso fenomeno del lancio di sassi dal cavalcavia, le morti causate da incidenti stradali, il noto caso “Scattone e Ferraro” nonché, da ultimo, l'uccisione del tifoso della S.S. Lazio da parte dell'agente della Polstrada Spaccarotella.

A tal proposito, l'attento studio della casistica giurisprudenziale da parte di autorevole Dottrina ha messo in rilievo come in tutti questi casi si verifichi una oscillazione delle decisioni dei giudici tra i vari gradi di giudizio, in virtù della quale il doloso viene derubricato in colposo, suscitando spesso la perplessità (se non la rabbia) dell'opinione pubblica¹.

D'altro lato, il tema in esame mette in discussione lo stesso ruolo costituzionale della colpevolezza quale elemento antagonistico e dis-funzionale rispetto alle istanze utilitaristiche generali e speciali preventive che caratterizzano il DNA di ogni sistema penale, le quali affiorano, molto spesso, proprio attraverso risposte sanzionatorie sproporzionate rispetto all'effettiva responsabilità personale del reo il quale, soprattutto nei casi di confine tra dolo e colpa, potrebbe percepire l'imputazione dolosa come una ingiustizia quanto meno a livello sanzionatorio.

Ponendo lo sguardo sulla disciplina positiva, i due principali parametri di imputazione soggettiva del fatto al soggetto, secondo il nostro sistema penale, sono delineati dai commi I e III dell'art. 43, c.p.: l'uno, il dolo, quale normale criterio di imputazione dei delitti e forma più grave di colpevolezza nella logica sottesa all'art. 133, c.p.; l'altro, la colpa, quale criterio eccezionale e sussidiario, operante solo nei casi espressamente previsti di volta in volta dalle fattispecie penali ed elemento di graduazione della pena nel contesto degli *accidentalia delicti* in senso tecnico, nella forma della colpa con previsione (art. 61, n. 3, c.p.).

Al confine tra questi due stati soggettivi si pone la figura del *dolo eventuale* quale istituto *preater legem* di creazione giurisprudenziale, in relazione al quale, tanto in Italia quanto in Europa, sono state elaborate molteplici definizioni.

Prendendo le mosse dalla *littera legis* di cui all'art. 43, c.p., l'approccio al problema *de quo* può assumere due tipi di prospettive.

Secondo una suggestiva impostazione, strettamente volontaristica (o, meglio, dell'intenzione), il codice Rocco, con le opposte formule “secondo” e “contro l'intenzione”, avrebbe inteso rimarcare la diversa direzione logica della volontà del soggetto nei delitti dolosi e in quelli colposi nel senso che il dolo penale, quale diretta derivazione del *dolus malus* della tradizione romanistica, sarebbe integrato dalla sola volontà diretta ad un fine ultimo² (sia esso coincidente con l'evento delittuoso - omicidio per vendetta - ovvero con uno scopo ulteriore - omicidio per ereditare dalla vittima), cosicché gli stati psicologici dubitativi o incerti avrebbero dovuto essere ricondotti tutti ai diversi gradi della colpa.

È evidente la vicinanza di tali riflessioni con le istanze di personalizzazione della responsabilità penale sulla falsariga della dottrina tedesca del diritto penale dell'atteggiamento interiore (*Gesinnungsstrafrecht*³) la quale tende a ricostruire il dolo come cosciente persistenza *in re illicita* (sovrapponendo il dolo alla coscienza dell'illiceità del fatto) e la colpa come espressione di una personalità eticamente labile rispetto a doveri di attenzione e di prudenza.

Pertanto, pur tenendo da parte le discutibili implicazioni dommatiche di un tale approccio, non si può fare a meno di evidenziare la sua scarsa (se non del tutto nulla) credibilità operativa, dato che esso fa leva solo ed esclusivamente su dati emotivi, evanescenti sul piano probatorio e, quindi, incompatibili con la regola di giudizio espressa *ex art.* 533, c.p.p., in quanto evocano una *concezione meramente intuizionistica* dell'accertamento processuale dell'elemento soggettivo⁴. D'altro lato, secondo un approccio ispirato alle teorie intellettualistiche classiche, anch'esse di matrice tedesca, il dolo sarebbe ricostruibile solo alla stregua del momento rappresentativo: in altre parole, mentre la volontà può avere ad oggetto esclusivamente il movimento corporeo, esaurendosi nella scelta se dare o meno impulso ai nervi motori, il risultato esteriore, l'obiettivo finalistico dell'agente, può essere soltanto quello previsto dal reo, cosicché il dolo consisterebbe nella *volontà della condotta*⁵ e nella *previsione dell'evento*.

Anche questa impostazione non è andata esente da critiche.

In primo luogo, si è evidenziato che, spostando il fulcro del dolo sul momento rappresentativo si finirebbe per allargare a dismisura tale categoria psicologica, riconducendo ad essa anche le ipotesi

di *colpa cosciente*⁶, con la conseguenza di cancellare del tutto la figura della colpa dal sistema penale. Infatti, le residue ipotesi di *colpa incosciente* slitterebbero inevitabilmente verso il c.d. *torto obiettivo*, cioè quel criterio di imputazione del fatto al soggetto, privo di qualsivoglia misura soggettiva della colpevolezza.

Inoltre, l'affinità concettuale di un tale approccio con la nota teoria finalistica dell'azione, riscontrabile nella tendenza ad obiettivizzare il dolo attorno alla pericolosità oggettiva dell'azione, darebbe luogo ad una concezione funzionalistica della colpevolezza quale categoria giuridica asservita ad esigenze preventive di politica criminale, vanificando il ruolo garantista della responsabilità penale personale all'interno del nostro sistema costituzionale.

D'altro lato, va detto che solo questa diversa prospettiva dommatica ha messo a disposizione del giudice penale criteri selettivi seri e affidabili nella *ricostruzione inferenziale* dell'elemento psicologico del reo nei casi dubbi, come si avrà modo di evidenziare di qui a poco nel corso dell'analisi.

In ogni caso, resta il fatto che la rigidità del quadro concettuale delineato dalle teorie volontaristiche e da quelle schiettamente intellettualistiche e la conseguente incapacità di cogliere l'esatto discrimine tra i due atteggiamenti psicologici delineati dall'art. 43, I e III comma, c.p., ha spinto la giurisprudenza a seguire diversi schemi ricostruttivi.

Il dolo eventuale come diverso grado di intensità del dolo.

In particolare, l'orientamento ormai consolidato tende a ricostruire i confini del dolo eventuale prendendo le mosse proprio dalla struttura del dolo, alla luce della direzione della volontà del reo e del grado di probabilità dell'evento nella sua previsione.

Come evidenziato di recente dalla Corte di Cassazione⁷, mentre il “*profilo qualitativo*” della *intensità della volontà* varrebbe a distinguere il dolo intenzionale dal dolo diretto (essendo il dolo intenzionale compatibile anche con un grado di previsione in termini di possibilità), il “*profilo quantitativo*” della *chiarezza e/o certezza della previsione dell'evento* rileverebbe ai fini della graduazione tra dolo diretto e dolo eventuale (c.d. confine superiore del dolo eventuale).

In particolare, sotto il *profilo cognitivo/quantitativo*, mentre nel dolo diretto il soggetto *percepisce l'evento* (inteso, come complesso degli elementi “significativi” del fatto) e lo accetta, nel dolo eventuale il reo *percepisce il rischio*, accettandolo e agendo ciononostante.

D'altro lato, nelle prime elaborazioni dottrinali, questo schema logico veniva spesso integrato da un accertamento di tipo ipotetico dell'*elemento volitivo*, denominato *formula di Frank*, in virtù del quale il *dolus eventualis* sarebbe stato riconoscibile ogniqualvolta fosse stato presumibile che il soggetto (l'*homunculus*) avrebbe comunque agito *ad ogni costo*, e cioè anche se si fosse rappresentato l'evento lesivo come certamente connesso alla sua azione (c.d. confine inferiore del dolo eventuale). Tuttavia, quest'ordine di idee ha finito per sostituire, *surrettiziamente*, il criterio della volontà con quello del consenso, affinato nel senso della accettazione del rischio, sovrapponendo valutazioni probabilistiche all'accertamento di un coefficiente psicologico quale il dolo, che è per definizione effettivo ed attuale e non meramente potenziale, come invece la colpa⁸.

È questo il tipo di ragionamento seguito dalla giurisprudenza agli albori della *creation praetorienne* dell'ambigua figura del dolo eventuale con riguardo alla necessità di distinguere le lesioni volontarie dal tentato omicidio. In particolare, attraverso la figura del dolo eventuale, la giurisprudenza tendeva a contestare il più grave reato di tentato omicidio, evidentemente sul presupposto che il soggetto agente, provocando le lesioni, avesse anche previsto come possibile l'evento morte e ne avesse, conseguentemente, accettato il rischio, soprattutto laddove le lesioni volontarie fossero risultate di una certa gravità.

Come evidenziato da autorevole Dottrina, le ragioni di tali scelte operative risiedevano nel fatto che, ad avviso dei giudici, la risposta sanzionatoria affidata alle lesioni volontarie, in senso complessivo, comprendente, cioè, non solo la cornice edittale di pena, ma anche il regime di perseguibilità, nonché il termine prescrizione, fosse il più delle volte troppo sproporzionata per difetto rispetto alla gravità del reato commesso⁹. Si apriva così l'ulteriore problema della compatibilità tra il dolo eventuale e le caratteristiche obiettive del delitto tentato ex art. 56, c.p.

La complessità del punto appena toccato, impone di evidenziare, *en passant*, la incompatibilità tra dolo eventuale e tentativo secondo gli ultimi arresti giurisprudenziali¹⁰ e la migliore Dottrina contemporanea¹¹, e di sviluppare, con maggiore approfondimento, i profili operativi del *criterio della accettazione del rischio* adottato dai giudici penali nella risoluzione dei casi giurisprudenziali "difficili".

A tal proposito, è opportuno soffermarsi sul caso del contagio da HIV del proprio coniuge a seguito di rapporti sessuali non protetti.

Si tratta di una vicenda processuale che ha costituito terreno fertile per le prospettive applicative del criterio dell'accettazione del rischio nella ricostruzione indiziaria della decisione personale orientata verso la possibile lesione della vita o dell'integrità psico-fisica del partner.

In particolare, i giudici coinvolti hanno ricostruito l'atteggiamento psicologico del reo in termini di dolo eventuale facendo perno sul dato quantitativo del *grado della previsione formulata dall'agente*, in termini di probabilità/possibilità, secondo la classica impostazione intellettualistica sopra descritta. In altri termini, il fatto che il soggetto si sia rappresentato l'alta probabilità di verificazione della conseguenza dannosa per il partner, costituisce un indizio fondamentale per verificare la sussistenza di una decisione personale orientata verso la lesione¹². D'altro lato, la giurisprudenza si è anche avvalsa della semplificazione probatoria, anch'essa di matrice intellettualistica, basata sulla distinzione tra previsione astratta e previsione concreta¹³. In tal maniera, si è ravvisato il dolo eventuale ogniqualvolta il soggetto si fosse rappresentato la concreta pericolosità della propria condotta, mentre la colpa cosciente sarebbe riscontrabile in presenza di una consapevolezza puramente astratta del rischio insito nella propria condotta. Ancora, altre pronunce echeggiano *criteri probatori di matrice finalistica*, già seguiti dalla giurisprudenza tra gli anni '60 e '70, volti ad escludere la sussistenza del dolo eventuale ogniqualvolta l'agente abbia predisposto delle *contro-misure* o accorgimenti intesi ad evitare il verificarsi dell'evento (ad esempio, l'adozione di metodi protetti che riducano grandemente il rischio del contagio) così da dimostrare una *operosa volontà di evitare l'evento*¹⁴.

Tuttavia, alcuni autori, analizzando criticamente i criteri probatori appena descritti, hanno evidenziato come il dato differenziale tra dolo eventuale e colpa cosciente non stia nel momento volitivo della accettazione di un rischio percepito a livello cognitivo, né tantomeno del diverso grado di previsione dell'evento, ma nella *diversa struttura del momento rappresentativo*¹⁵.

In altre parole, nella *colpa cosciente* il soggetto si prefigura uno o più elementi impeditivi o interruttivi del nesso causale derivanti da circostanze interne alla propria condotta ovvero esterne le quali, interponendosi nella dinamica dello svolgimento causale, dovrebbero impedire la possibilità che esso culmini nella realizzazione dell'evento tipico così come percepito dall'agente. Quindi, dato che l'evento si verifica nonostante tale tipo di previsione, sarebbe più corretto



affermare che il soggetto attivo versi in *errore in relazione al nesso causale che collega l'evento alla sua condotta*.

Viceversa, lo stato soggettivo *dolo eventuale* sarebbe riconoscibile solo in via residuale, ogniqualvolta cioè il soggetto si sia *effettivamente rappresentato il nesso causale*, nei suoi tratti essenziali, senza alcun fattore impeditivo o ostativo.

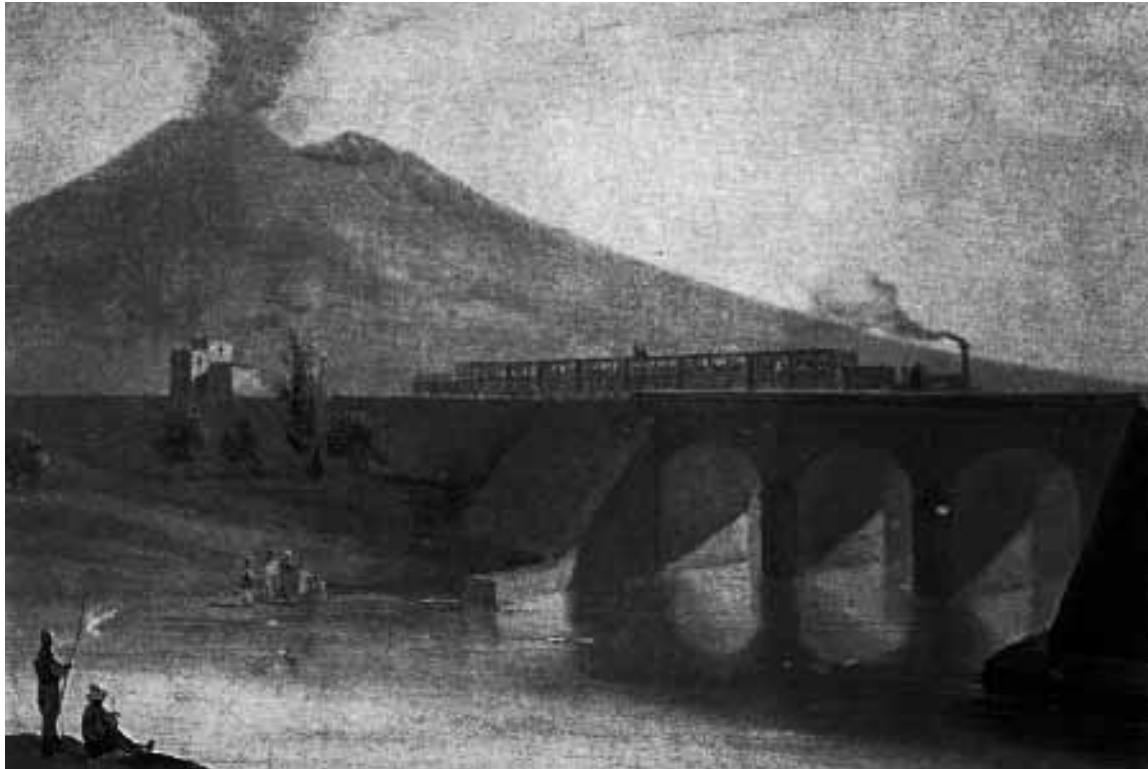
Di conseguenza, riproponendo tale schema logico in sede di accertamento dell'elemento soggettivo nei casi di contagio da AIDS, il giudice sarebbe chiamato a verificare la *credibilità razionale dei fattori impeditivi e/o ostativi prefiguratisi dal soggetto* che, nella sua difesa, contesti un'imputazione a titolo di dolo per il fatto commesso. In altri termini, il giudice dovrà tenere conto della presenza di circostanze dalle quali possa desumersi che l'agente si sia positivamente prefigurato determinati fattori impeditivi o interruttivi della direzione eziologica della propria condotta verso l'evento tipico, tali da indurlo (ragionevolmente) a escludere (erroneamente) ogni possibilità di verificazione del risultato lesivo¹⁶.

Il dolo eventuale come forma di colpa grave

Secondo una diversa prospettiva, il criterio probatorio sopra descritto varrebbe a confermare l'indole schiettamente colposa dei c.d. casi *border line* in cui non sia chiaro l'atteggiamento psicologico dell'agente¹⁷. Infatti, numerosi autori hanno messo in rilievo come nel caso della

accettazione del rischio vengano in rilievo tutti i requisiti della colpa, e cioè: la violazione di una regola cautelare, oltre alla prevedibilità e/o evitabilità dell'evento¹⁸.

A tal proposito si è fatto riferimento alla distinzione tra *rischio schermato* e *rischio non schermato*, riproponendo sul piano dell'elemento psicologico osservazioni attinenti al profilo obiettivo del rischio inerente la condotta. In tal modo, la distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente, poggia interamente sulla natura del rischio in concreto realizzato dalla condotta del reo: se il rischio resta schermato da fattori impeditivi¹⁹ della potenziale lesione di beni giuridici, allora vi sarà colpa cosciente, mentre, ove questo risulti incontrollabile e intollerabile (e, ciononostante, il soggetto agisca ugualmente) si tratterà di dolo eventuale. Com'è evidente, una tale impostazione lambisce la figura del *dolo di pericolo*, lasciando spazio ad inevitabili semplificazioni probatorie le quali, da un lato, tendono a scivolare verso la pericolosa figura del *dolus in re ipsa* e, dall'altro, finiscono per elidere ogni tratto distintivo tra il dolo eventuale e la colpa cosciente, con conseguente identificazione del dolo eventuale con una figura di *colpa caratterizzata dalla violazione grave di norme cautelari e aggravata dalla percezione del rischio in concreto cagionato*. D'altronde, per tal via, emergerebbe, inavvertitamente, anche una dimensione psicologica comune al dolo e alla colpa così come evidenziata dalla *psicologia freudiana*, secondo la



quale la colpa sarebbe frutto di motivazioni inconse analoghe alle pulsioni che sono a base dei comportamenti schiettamente volontari. Per tale ragione, altra parte della Dottrina ha dato una diversa lettura del problema, considerando il rischio obiettivamente rilevante come soglia comune a dolo e colpa, secondo la nota formula *non c'è dolo senza colpa*²⁰. Secondo questa impostazione, con riguardo a determinate attività, sia il dolo che la colpa richiedono il *superamento di un livello generale di rischio lecito o socialmente tollerato* da valutarsi in via pregiudiziale rispetto al dolo e alla colpa, recuperando così il c.d. *zoccolo normativo* sotteso al dolo eventuale. Questa prospettiva è stata integrata dal tentativo di altra parte della Dottrina di fondare il dolo eventuale su nuove basi, facendo leva sul criterio dell'*homo eiusdem condicionis et professionis*²¹. In tal senso, il dolo eventuale sarebbe riscontrabile ogniqualvolta l'agente, con la propria condotta, superi la soglia del rischio consentito, creando una situazione di pericolo non prevedibile né evitabile, la quale esuli dal raggio di azione del c.d. *agente modello specifico*²², individuato sulla base delle maggiori o minori conoscenze o capacità individuali dell'agente e dei c.d. *doveri compensativi di diligenza* relativi al tipo di attività svolta²³.

Dolo eventuale e principio di legalità: spunti

di diritto penale comparato e istanze di tipizzazione di una terza forma di colpevolezza

Senza dubbio alcuno, dalle oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali sopra descritte emerge una chiara tendenza al superamento della *littera legis* dell'art. 43, c.p.

Infatti, come osservato da autorevole Dottrina, il criterio attualmente dominante nella prassi applicativa (l'accettazione del rischio) costituisce un criterio analogo a quello della volontà, ma sostanzialmente diverso, e rispetto al quale ha in comune soltanto, per l'appunto, l'identità della *ratio legis*, dando così luogo ad una inammissibile forma di *analogia esterna in malam partem*²⁴.

In questa chiave vanno lette le soluzioni scelte dai recenti progetti di riforma del codice penale.

In particolare, la relazione conclusiva dei lavori della Commissione Grosso, pur mettendo in rilievo l'esigenza di definire i limiti della figura del dolo allo scopo di evitare le "slabbrature" conseguenti al criterio della *accettazione del rischio*, si è limitata a sostituire a tale criterio quello della *accettazione dell'evento*²⁵. D'altro lato, il più recente Progetto Pisapia, contiene sia la definizione di dolo eventuale come *accettazione del fatto rappresentato come altamente probabile*, sia la previsione espressa di una *forma complessa di colpa grave*, caratterizzata dalla concreta situazione psicologica del soggetto agente, dalla rilevante

inosservanza di regole cautelari e dalla riconoscibilità del pericolo insito nella condotta²⁶. L'inadeguatezza di tali proposte ha spinto parte della dottrina ad esaminare le soluzioni adottate da altri ordinamenti penali in Europa. Infatti, entrambi i progetti sopra descritti lasciano intatto il problema della ricorrente sproporzione, per difetto o per eccesso, degli esiti applicativi del dolo eventuale e della colpa cosciente nei c.d. "casi difficili".

A tal proposito, è interessante notare come nei sistemi di *common law* ricorra un c.d. *offence analysis approach* all'elemento soggettivo, tendente a differenziare tre forme di colpevolezza in relazione alla portata offensiva della condotta del reo. In tal senso si è sviluppata la distinzione tra *intentional crimes*, *reckless crimes* e *negligent crimes*, laddove la *reckless* sta ad indicare una terza forma di colpevolezza, a metà strada tra il dolo e la colpa, consistente nella *consapevole e irragionevole assunzione di un rischio in relazione a determinati beni giuridici protetti*²⁷. Tuttavia, va detto che la formulazione di un *tertium genus* di colpevolezza non risulta esportabile nel nostro ordinamento in quanto è anch'esso suscettibile di diversi esiti applicativi a seconda della prospettiva soggettiva (*conscious risk creation*) ovvero oggettiva (*deviation from standards of conduct*) in concreto adottata dall'interprete²⁸. Diversamente, è parsa maggiormente adeguata al sistema penale italiano la soluzione proposta dal legislatore francese e poi successivamente fatta propria anche dall'ordinamento spagnolo²⁹ scandita dalla formula della *deliberata messa in pericolo dell'altrui persona*³⁰, la quale, salvando il suddetto *offence analysis approach*, limiterebbe la terza forma di colpevolezza alle aggressioni di beni giuridici primari quali la vita e l'integrità fisica, suscettibili di una *tutela rafforzata*. La diretta conseguenza di una tale impostazione, sarebbe quella di escludere dall'ambito applicativo della figura del dolo eventuale una vasta gamma di reati, quale, in particolare, il delitto di ricettazione *ex art. 648, c.p.*, contraddicendo il recente arresto delle Sezioni Unite in materia³¹.

soggettivo che accompagna la condotta del reo sulla falsariga della distinzione tra il coniuge (colpa cosciente) e il partner occasionale (dolo eventuale).

- 5 In tal senso si parla di *intenzionalità della sola condotta* (cfr. nota 2).
- 6 A tal proposito, si usa l'esempio della incriminazione a titolo di omicidio doloso del passante a carico dell'autista che guida imprudentemente in quanto è astrattamente prevedibile che dalla violazione delle norme di prudenza possa derivare un pericolo per l'altrui vita.
- 7 Cassazione Penale, sez. I, sentenza 21/01/09, n. 2451.
- 8 G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, V edizione, p. 363.
- 9 A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Indice Penale*, gennaio-giugno 2010, pp. 13-14.
- 10 *Ex plurimis*: Cassazione Penale, sez. V, n. 44712/08; ID., sez. IV, 18 gennaio 2008; ID., sez. V, n. 13388/09.
- 11 A. Pagliaro, *L'elemento psicologico doloso come criterio di imputazione soggettiva del fatto e i problemi dell'errore*, relazione per l'incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura sul tema "Il ruolo della giurisprudenza nella evoluzione del diritto penale nei primi settanta anni del codice Rocco", Frascati, 16-18 marzo, 2000: 'la sola forma di dolo incompatibile con il delitto tentato è quella del dolo eventuale. Infatti, nel caso di evento accessorio rappresentato dall'agente soltanto come possibile, certo non si può dire che gli atti da lui compiuti siano "diretti in modo non equivoco a commettere un delitto", come invece richiede l'art. 56 c.p.
- 12 Ad esempio, l'adeguata base di cognizioni specifiche di cui il portatore del virus HIV disponeva nel caso concreto, ovvero anche dalle campagne svolte nel tempo dai mass media per illustrare i rischi della grave infezione ed i pericoli di alcuni comportamenti sessuali.
- 13 Cassazione Penale, sez. I, 24 febbraio 1994, Giordano.
- 14 Cassazione Penale, 24 novembre 1977, La Gioia, CED 135818.
- 15 G. Gragnaniello, *La difficile sostenibilità dell'omicidio volontario nell'ipotesi di investimento del pedone*, in *Rivista di Diritto e Procedura Penale*, n. 7-8, 2009, pp. 73 e ss.
- 16 Sotto quest'ultimo profilo, il problema resta aperto con riguardo alla possibilità di identificare come fattore impeditivo il fatto di aver intrattenuto un unico rapporto sessuale occasionale, posto che il rischio di contagio da HIV assume dimensioni considerevoli solo in caso di rapporti sessuali ripetuti.
- 17 In particolare, il problema si è posto con riguardo ad attività rischiose professionalizzate o con specializzazione tecnologica come, ad esempio, in materia di infortuni sul lavoro e per l'attività di chirurgia estetica.
- 18 *Ex plurimis*: A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte generale*, VIII edizione, Milano, p. 280.
- 19 Ad esempio, il ragionevole affidamento nelle proprie capacità di poter ancora evitare la verifica dell'evento lesivo, nonostante la violazione delle regole cautelari inerenti l'attività che si sta svolgendo.
- 20 G. Marinucci, *Non c'è dolo senza colpa. Morte della «imputazione oggettiva dell'evento» e trasfigurazione nella colpevolezza?*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1991, pp. 7 e 34.
- 21 S. Canestrari, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 2002, pp. 55 e ss.
- 22 A tal proposito, si usa l'esempio del chirurgo estetico che, nonostante l'assenza di strumentazioni adeguate o dell'igiene necessaria in sala operatoria, decide ugualmente di operare per futili motivi di lucro.
- 23 F. Mantovani, *Diritto Penale*, VI edizione, CEDAM, pp. 340 e ss.
- 24 A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Indice Penale*, gennaio-giugno 2010, p. 15.
- 25 Relazione conclusiva Commissione Grosso, parte III, par. 2.1.
- 26 Schema di disegno di legge recante delega al Governo per l'emanazione della parte generale di un nuovo codice penale, art. 16.
- 27 S. Vinciguerra, *Diritto penale inglese comparato - I principi*, II edizione, Padova, 2002, pp. 297 e ss.
- 28 M. Elewa Badar, *The mental element in the ICC Statute*, in *International Criminal Law Review*, 2008, pp. 488-489.
- 29 A. Manna, *Colpa cosciente e dolo eventuale: l'indistinto confine e la crisi del principio di legalità*, in *Indice Penale*, gennaio-giugno 2010, p. 23.
- 30 "*mise en danger délibéré de la vie d'autrui*" ovvero "*cosciente desprecio por la vida de los demás*".
- 31 Cassazione Penale, Sezioni Unite, 26 novembre 2009, n. 12433.

Opinioni a Confronto

la redazione

Per la rubrica Opinioni a Confronto in questo numero della rivista abbiamo ascoltato voci autorevoli, creando un confronto di idee su un tema molto dibattuto negli ultimi mesi, ovvero la mediazione civile e commerciale alla luce dell'entrata in vigore del D.Lgs. 28/2010. Abbiamo chiesto un contributo al professore avvocato Salvatore Sica, Ordinario presso l'Università degli Studi di Salerno, ed al professore avvocato Fabrizio Fezza, Associato presso l'Università degli Studi di Salerno e docente accreditato presso il Ministero della Giustizia alla tenuta dei Corsi di abilitazione alla funzione di Mediatore.

Professore avvocato Salvatore Sica.

È recentissima (18 ottobre 2010) l'emanazione del regolamento* attuativo del D.Lgs. 28/2010, che riforma la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale, con obiettivi di deflazione e di diffusione della cultura del ricorso a soluzioni alternative. Che cosa ha portato, secondo lei, il legislatore a questa grande riforma?

Indubbiamente, l'esigenza di deflazione e di snellimento dell'ingente mole di lavoro posta a carico degli organi giurisdizionali, da tempo causa di un significativo "rallentamento" della macchina della giustizia", costituisce la ragione principale che ha spinto il legislatore a lanciare la nuova sfida del ricorso, ora obbligatorio, ad uno strumento di risoluzione delle controversie alternativo ai procedimenti che si svolgono nelle aule di tribunale. Del resto, da questo punto di vista, l'Italia approda al sistema delle cc.dd. ADR "obbligatorie" con un certo ritardo rispetto al mondo anglo-americano, laddove tale fenomeno ha cominciato a manifestarsi sin dai primi anni '60 giungendo a dar vita, al giorno d'oggi, ad un vero e proprio "movimento culturale giuridico".

Quali i passaggi principali del decreto?

Da segnalare è, senz'altro, il disposto dell'art. 5 del D.Lgs. n. 28/2010 che espressamente qualifica la mediazione quale condizione di procedibilità delle azioni attinenti alle materie legislativamente determinate le quali, peraltro, rappresentano ambiti applicativi di estremo peso qualitativo e quantitativo, aventi rilevanza non solo giuridica ma anche sociale. Un esempio per tutti, quello dei diritti reali: con il verbale di conciliazione, redatto da un soggetto privato, seppur investito del munus publicum della mediazione obbligatoria, sarà possibile sciogliere comunioni proprietarie, istituire o riconoscere servitù o altri diritti reali e così via. Il caposaldo, però, della disciplina è l'art. 10, dal cui tenore si desume che l'esperimento della

procedura conciliativa non pregiudica in alcun modo l'eventuale, successiva fase giudiziale cui le parti decidano di dar vita.

Con l'introduzione del tentativo obbligatorio di mediazione si riconosce formalmente il mediatore come professionista. Nasce una nuova professione?

Più che una nuova professione nel senso tradizionale delle professioni libere, nasce una nuova professionalità che richiede una sensibilità ed una forma più specifica. Tutti i professionisti, ma soprattutto gli avvocati che diventano conciliatori, devono avere la consapevolezza che si tratta di un'attività totalmente diversa, la cui essenza consiste nella capacità di avvicinare posizioni inizialmente distanti.

La formazione presso gli Enti accreditati viene richiesta per legge. Come mai viene dato così risalto alla preparazione del mediatore/conciliatore? Lei crede che, ad oggi, sia garantita una formazione qualificata?

Attualmente il Ministero sta svolgendo un intenso controllo sugli Enti di formazione, ma è ovvio che non è possibile abbassare la guardia perché è in gioco la serietà della riforma ed il raggiungimento delle sue finalità.

Qual è il ruolo che gli ordini forensi e professionali in genere devono assumere rispetto a questa importante riforma?

Gli Ordini sono di fronte ad un bivio delicato perché, da un lato, è importante raccogliere la sfida della nuova disciplina ma, dall'altro lato, con l'assunzione diretta di compiti gestionali, sia in sede di formazione che di conciliazione, è serio il rischio di uno snaturamento della funzione propria dell'Ordine professionale.

La mediazione e le forme alternative di trattamento della disputa hanno un valore in quanto possono rappresentare un rimedio efficace per deflazionare il carico della giustizia civile?

Si tenga conto che, al di là delle ipotesi in cui una qualsiasi iniziativa giudiziale sia già stata intrapresa, è altresì prevista la possibilità, ai sensi del comma 2 dell'art. 5 del D.Lgs., che siano gli stessi giudici, anche in sede di giudizio di appello e, pur sempre dopo aver compiuto le necessarie valutazioni, ad invitare le parti a procedere alla mediazione. È evidente, allora, che la concreta realizzazione dell'effetto deflattivo, dipenderà anche dal "sapiente" utilizzo che, di tale prerogativa, i giudici sapranno fare.

Lei crede che le forme alternative che si sviluppano in un ambito extraprocessuale con il tempo potranno anche sostituire la giustizia ordinaria?

Dipende dalla serietà con cui avrà luogo la prima applicazione della norma e, soprattutto, da un auspicabile cambio di mentalità, sociale prima ancora che giuridica.

L'approccio culturale rispetto alle c.d. ADR è di fondamentale importanza, ma oltre a questo quanto sono importanti le tecniche di conciliazione/mediazione?

Questo quesito rinvia all'altro sulla professionalità. Non c'è dubbio che il mediatore non è solo un tecnico ma, principalmente, una "persona di buon senso", dotata di capacità relazionali.

Si parla molto del ruolo strategico della conciliazione per le imprese, ma cosa significa? Quali implicazioni ha?

Per le imprese, come per tutti i cittadini, vale lo stesso discorso: occorre un cambio di mentalità. In particolare, però, gli imprenditori potrebbero intuire quali siano i vantaggi, su vasta scala, di definire "stragiudizialmente" il contenzioso.

Con l'introduzione della legge sulla mediazione civile, l'Italia è pronta a conciliare? Dopo l'introduzione della legge sulla mediazione che cosa determinerà il successo o il fallimento della nuova mediazione civile?

Non si può pretendere di sapere quale sarà l'impatto effettivo. Se si guarda al nostro Paese, oggi connotato da un alto tasso di conflittualità con accentuata tendenza al contenzioso verrebbe spontaneo indulgere a valutazioni quantomeno "scettiche", ma è noto che, spesso, il diritto riesce ad affrontare scommesse importanti sia da un punto di vista sociale che giuridico.

Infine, quali i punti critici del D.Lgs. 28/2010 e quali le soluzioni?

Particolarmente delicato sarà il rapporto tra il procedimento di conciliazione e l'eventuale fase giudiziale. Il successo della mediazione dipenderà dalla "impermeabilità" del giudizio rispetto alla mediazione. Più chiaramente, se le parti temono di condizionare negativamente il futuro giudizio, avremo mediazioni costituenti un mero adempimento ad un obbligo imposto dalla legge.

Professore avvocato Fabrizio Fezza.

È recentissima (18 ottobre 2010) l'emanazione del regolamento* attuativo del D.Lgs. 28/2010, che riforma la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione di tutte le controversie in materia civile e commerciale, con obiettivi di deflazione e di diffusione della cultura del ricorso a soluzioni

alternative. Che cosa ha portato, secondo lei, il legislatore a questa grande riforma?

L'idea di valorizzare a livello giuridico la definizione stragiudiziale delle controversie origina, senza ombra di dubbio, dalla necessità di offrire un'ancora di salvezza ad un sistema di giustizia tradizionale in concitato affanno. La consapevolezza che - sempre più diffusamente - i cittadini acquisiscono in ordine ai propri diritti ed alla possibilità di azionarli in giudizio, lo scadimento della tecnica di redazione dei testi normativi, il proliferare di orientamenti giurisprudenziali polimorfi, la scarsità degli investimenti nel settore sono solo alcuni tra gli elementi che concorrono ad alimentare un contenzioso giudiziario ormai fuori controllo. A muovere l'attenzione del legislatore italiano verso l'ADR vi è, dunque, anzitutto l'esigenza di (continuare ad) assicurare quell'effettività dell'ordinamento giuridico che gli Uffici Giudiziari custodiscono con sempre maggiore difficoltà. Come spesso accade, tuttavia, l'interesse generale ha maggiore probabilità di assurgere all'attenzione delle Istituzioni quando si pone in sintonia con gli interessi specifici dei potenti: non posso esimermi dal notare, infatti, che banche, assicurazioni ed intermediari finanziari, che hanno nella gestione del contenzioso giudiziario una significativa voce di costo, riceveranno dall'entrata a regime del sistema delle mediazioni obbligatorie un indubbio vantaggio economico.

Quali i passaggi principali del decreto?

Il D.Lgs. 28/2010 esprime anzitutto una precisa opzione in favore delle c.d. mediazioni "court-annexed", caratterizzate da un collegamento normativo tra la conciliazione stragiudiziale e la giustizia tradizionale. Non solo il tentativo di conciliazione è condizione di procedibilità dei giudizi inerenti un copioso novero di controversie, ma anche nelle altre vertenze privatistiche su diritti disponibili il legislatore disegna un modello di mediazione che è destinato ad incidere fortemente sulle dinamiche processuali. La mancata partecipazione al tentativo di conciliazione costituisce comportamento rilevante ex art. 116, comma 2, c.p.c. (art. 8); inoltre, nelle mediazioni che non terminano con l'accordo, il mediatore conserva il potere di formalizzare, inviandola anche alle parti assenti, una propria proposta solutoria (art. 11) che, se corrisponderà alla sentenza che decide il giudizio, comporterà un'inversione della regola di soccombenza di cui all'art. 92 c.p.c., esponendo la parte che l'ha rifiutata, benché vittoriosa, all'integrale pagamento delle spese di lite, comprese quelle del soccombente (art. 13); l'accordo di conciliazione, infine, può essere omologato dal tribunale ed acquisire efficacia esecutiva (art. 12). Se è vero, com'è vero, che il valore aggiunto della mediazione consiste anzitutto nel favorire - prima che l'accordo - il contatto tra i contendenti, non v'è dubbio che simili previsioni appaiono orientate nella giusta direzione: anche i convenuti impareranno presto

che il sistema non consente loro di rimanere passivi, ma impone di partecipare alla procedura per non subire le ripercussioni negative di tale scelta nel giudizio conseguente al fallimento della mediazione.

Ma se la mediazione può inserirsi così nel sistema della giustizia tradizionale, appare naturale che la disciplina affidi allo Stato il compito di assicurare serietà, efficienza e professionalità degli operatori. In quest'ottica vanno lette le norme che riguardano la riserva dell'attività ad organismi di conciliazione iscritti nel registro tenuto dal Ministero della Giustizia, l'attribuzione a quest'ultimo del potere di vigilanza sulla sussistenza (e permanenza) dei requisiti soggettivi ed organizzativi, l'obbligatorietà di un percorso formativo obbligatorio - in entrata ed in itinere - per il mediatore. I requisiti prescritti per l'iscrizione degli organismi nel registro appaiono, per un verso, sufficienti ad impedire che una pratica così delicata sia gestita da improvvisati avventurieri, per altro verso, non così rigidi da impedire lo svilupparsi di un mercato privato dei servizi di mediazione. Vi sono poi, nell'ambito di una disciplina del procedimento che è una vera e propria delega in bianco in favore degli organismi, le norme che delineano i contorni di quello che si potrebbe definire il principio di neutralità della mediazione rispetto al processo, e che si traduce nell'idea che la scelta della 'negoziiazione assistita' ed i comportamenti assunti nell'ambito della stessa non devono condizionare la posizione giuridica e le strategie difensive delle parti nel giudizio che si instaurerebbe in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione. Sul piano sostanziale, (la comunicazione de) l'istanza di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale, e determina una sorta di sospensione del termine di decadenza; sul piano processuale, le dichiarazioni delle parti e le informazioni acquisite nel corso della procedura sono coperte dalla riservatezza e non possono essere oggetto di prova nel giudizio. Questi aspetti - in special modo il secondo - consentono di assegnare alla parte un ruolo di partecipazione attiva alla gestione del negoziato, lasciando all'avvocato che la assiste il diverso (ma non meno delicato) compito di suggerire e valutare i profili tecnico-giuridici delle opzioni solutorie che emergeranno durante la trattativa. Deve essere attribuita la giusta importanza anche ai profili fiscali, per i quali gli atti del procedimento di mediazione sono totalmente esenti da imposta di bollo, gli accordi beneficiano di una franchigia dall'imposta di registro fino a 50.000,00 euro, ed è addirittura previsto un credito d'imposta attraverso cui le parti potranno trasferire allo Stato una parte dei costi del servizio di mediazione. Si tratta di meccanismi che incentivano il ricorso alla conciliazione, ma che al contempo consentiranno l'emersione di contratti ed atti dispositivi (le transazioni stragiudiziali) che finora sfuggivano all'osservazione del fisco.

Occorre infine menzionare la disciplina delle clausole di conciliazione, attorno alle quali ruoterà una bella fetta

del mercato dei servizi di mediazione. Il D.Lgs. 28/2010, infatti, ha recepito dalla previgente disciplina della conciliazione societaria il principio dell'efficacia c.d. reale delle clausole che subordinano l'azionabilità dei diritti al previo esperimento della procedura di mediazione. Prevedo che, nel giro di qualche anno, la conciliazione preventiva obbligatoria sarà inserita nelle condizioni generali di contratto di banche, assicurazioni, società di utilities, ecc. con l'effetto di estendere l'ambito operativo della mediazione ben oltre i confini delle controversie indicate dal primo comma dell'art. 5. Ed è appena il caso di sottolineare che l'art. 141 del Codice del consumo, sia pure con qualche cautela, consente espressamente l'inserimento di tali clausole anche nei contratti tra un professionista ed un consumatore.

Con l'introduzione del tentativo obbligatorio di mediazione si riconosce formalmente il mediatore come professionista. Nasce una nuova professione?

Parlerei, più propriamente, di "nuove professionalità". La funzione di mediatore interseca trasversalmente il profilo professionale dell'avvocato, del commercialista, dell'ingegnere, del medico, come quello di altre figure tradizionali. Almeno nei primi tempi, trovo improbabile che un professionista si dedichi in via esclusiva all'attività di mediatore; per contro, la mediazione sarà un'occasione di valorizzazione dell'esperienza e della competenza acquisita nell'esercizio delle singole professioni: il mediatore sarà sovente scelto (dalle parti congiuntamente, ovvero dagli organismi) per la specifica competenza nella materia della controversia acquisita nell'esercizio della professione originaria. Solo con il passare del tempo, man mano che l'istituto prenderà piede, il mercato imparerà ad apprezzare le altre qualità del mediatore come sensibilità, intuizione, capacità di ascolto e di comunicazione, l'utilizzo appropriato delle tecniche di mediazione.

La formazione presso gli Enti accreditati viene richiesta per legge.

Come mai viene dato così risalto alla preparazione del mediatore/conciliatore? Lei crede che, ad oggi, sia garantita una formazione qualificata?

Come ho già detto, standard minimi di professionalità, oltre ad essere consueti in ambito internazionale, diventano necessari quando il sistema di gestione stragiudiziale delle controversie si interseca con la giustizia tradizionale. È un dato, infatti, che la mediazione avrà maggiori probabilità di successo se condotta da soggetti all'uopo professionalmente qualificati. Del pari è un fatto che gli avvocati, benché siano i gestori professionali delle controversie per eccellenza, non ricavano se non dalla personale esperienza il bagaglio professionale necessario a negoziare. È mancata finora in Italia finanche

l'esigenza sociale di un percorso formativo dedicato all'apprendimento delle tecniche di negoziazione e di mediazione.

Ciò se da un lato conferma la straordinaria utilità di percorsi formativi mediante i quali i professionisti della mediazione possano acquisire le nozioni (non solo di diritto, ma anche di psicologia, di sociologia, ecc.) necessarie ad affinare la propria capacità di gestire il negoziato, dall'altro, lascia intendere i motivi del mio giudizio non proprio lusinghiero sulla qualità della formazione impartita, fino ad un mese fa, sulla base del D.M. 224/04. In un contesto culturale in cui la conoscenza degli strumenti di ADR era appannaggio di pochi, l'esigenza di favorirne la massima divulgazione ha prevalso sull'interesse alla qualità del metodo e del merito formativo. Basti dire, al riguardo, che il D.M. 224/04 riconosceva la qualifica di formatori a professionisti privi di qualunque esperienza nel campo della didattica e, per altro verso, attribuiva il compito di impartire un'istruzione professionalizzante senza richiedere ai docenti alcuna dimestichezza con la pratica professionale. Con il D.M. 180/2010 mi sembra, però, che la linea di pensiero sia radicalmente mutata. Il nuovo regolamento distingue percorsi formativi teorici e pratici, detta distinti requisiti per coloro che aspirano a svolgere attività di formazione negli uni e negli altri, innalza il livello qualitativo dei formatori e lo misura in relazione ad elementi curriculari relativi allo specifico settore dell'ADR. Lo giudico un ottimo inizio, specie se riferito ad un contesto storico in cui appare generalmente diffusa la propensione a non riconoscere alla funzione didattica la dovuta importanza.

Qual è il ruolo che gli ordini forensi e professionali in genere devono assumere rispetto a questa importante riforma?

La missione istituzionale degli ordini professionali è quella di adoperarsi nell'interesse degli iscritti. Se la legge riconosce agli ordini un corsia preferenziale per l'istituzione degli organismi di conciliazione, ritengo doveroso - per quelli che ne hanno la capacità organizzativa e finanziaria - cogliere quest'opportunità per allargare l'orizzonte dei servizi professionali che gli iscritti sono in grado di offrire. Ciò vale a maggior ragione per gli ordini forensi, che annoverano tra i propri iscritti i gestori professionali del contenzioso, giudiziale e stragiudiziale. L'iniziativa degli ordini forensi per l'istituzione di organismi di conciliazione servirà a conservare all'avvocatura la funzione istituzionale di gestione a tutto tondo delle controversie. Benché l'attività del mediatore non sia riservata alle professioni giuridiche, non par dubbio che la professionalità dell'avvocato sia quella più adatta a raccogliere la domanda di mercato dei servizi di mediazione: a tacer d'altro, infatti, il mediatore dovrà quanto meno confrontarsi con le norme imperative e di ordine pubblico. Se ciò è vero, gli ordini forensi hanno il dovere

di intervenire per non lasciare ad altre professionalità una fetta del mercato dei servizi professionali naturalmente destinata all'avvocatura. Ma non basta: l'iniziativa degli ordini forensi appare doverosa anche nell'interesse degli avvocati che mediatori non sono, i quali a breve - volenti o nolenti - avranno bisogno di avvalersi dei servizi di mediazione, e si aspetteranno dall'ordine di appartenenza la capacità di fornirli e di assicurare adeguati standard qualitativi.

La mediazione e le forme alternative di trattamento della disputa hanno un valore in quanto possono rappresentare un rimedio efficace per deflazionare il carico della giustizia civile?

Credo di avere già risposto. La finalità deflattiva è alla base della nuova disciplina. Se quest'effetto sarà realmente raggiunto dipenderà da una pluralità di fattori, ed in primo luogo dalla diffusione di una coscienza sociale che impari a riconoscere l'utilità della mediazione, e dalla capacità del sistema di garantire un buon grado di professionalità degli operatori.

Lei crede che le forme alternative che si sviluppano in un ambito extraprocessuale con il tempo potranno anche sostituire la giustizia ordinaria?

Il D.Lgs. 28/2010 ha aperto il mercato della gestione stragiudiziale del contenzioso privatistico. La mediazione sarà il veicolo per favorire anche la diffusione nel mercato di servizi di ADR aventi diversa natura, dando nuova linfa, ad esempio, all'impiego dell'arbitrato. Starà alla fantasia ed alla capacità degli operatori saper strutturare i regolamenti delle camere di conciliazione ed arbitrali offrendo servizi in grado di rispondere, anche sul piano dei costi, alle esigenze di un vasto pubblico ... Oggi come oggi, la concorrenza della giustizia tradizionale non sembra irresistibile. Ciò nondimeno, quest'ultima resta un insostituibile pilastro del sistema, non solo perché ai giudici spetta la competenza esclusiva sulle liti che coinvolgono interessi generali, ma anche perché solo una giustizia efficiente garantisce - nella mediazione - il perseguimento di accordi equilibrati.

L'approccio culturale rispetto alle c.d. ADR è di fondamentale importanza, ma oltre a questo quanto sono importanti le tecniche di conciliazione/mediazione?

Un mediatore che si limiti a comunicare a ciascuna parte la disponibilità conciliativa dell'altra non aggiunge granché a quello che le parti sono in grado di ottenere attraverso la gestione diretta del negoziato. L'impiego appropriato di tecniche professionali di gestione del dialogo, per contro, incide in misura rilevante sull'esito della trattativa. Il mediatore preparato non solo è in grado di individuare e di gestire gli ostacoli che

foto: Mariano Grieco



impediscono la conciliazione, ma soprattutto è capace di far emergere e di coordinare i reali interessi delle parti, e quindi di favorire la conclusione di accordi qualitativamente migliori.

Si parla molto del ruolo strategico della conciliazione per le imprese, ma cosa significa? Quali implicazioni ha?

La più vigorosa spinta alla disciplina della mediazione proviene proprio dal mondo imprenditoriale. In generale, se la risposta della giustizia tradizionale diviene cronologicamente incompatibile con i tempi dell'economia, è naturale che gli operatori del mercato ricerchino soluzioni diverse. L'interesse a risolvere i conflitti contenendo costi e tempi è più apprezzato da quelle imprese, in primis banche ed assicurazioni, che hanno nell'amministrazione del contenzioso una parte importante della propria operatività. Queste imprese potranno - più efficacemente delle altre - reinvestire nelle proposte conciliative una quota del risparmio derivante dal mancato contenzioso giudiziario, in tal modo condividendo con le controparti i vantaggi economici derivanti dalla soluzione negoziata dei conflitti. Ma non va sottovalutato neppure il beneficio che una adeguata politica conciliativa riflette sull'immagine commerciale delle aziende.

Con l'introduzione della legge sulla mediazione civile, l'Italia è pronta a conciliare? Dopo l'introduzione della legge sulla mediazione che cosa determinerà il successo o il fallimento della nuova mediazione civile?

I fattori saranno diversi: oltre alla sensibilizzazione culturale ed alla professionalità degli operatori, giocherà un ruolo importante l'atteggiamento di magistrati ed avvocati rispetto alla riforma. Da come i giudici applicheranno le indicazioni normative che valorizzano la partecipazione delle parti alla mediazione e scoraggiano atteggiamenti di ostinata ed ingiustificata

conflittualità dipenderà gran parte dell'efficacia deflattiva della mediazione; e da una giustizia tradizionale meno inflazionata e che funziona meglio discenderà, a sua volta, la capacità dei mediatori di orientare le parti verso accordi contenutisticamente vicini alle regole di giustizia. È un circolo virtuoso che non può funzionare senza l'essenziale partecipazione della classe forense, cui spetta il compito di raccogliere la sfida lanciata per una nuova lettura della professione legale, orientata verso una maggiore valorizzazione della consulenza e dell'assistenza stragiudiziale funzionale alla risoluzione volontaria delle controversie.

Infine, quali i punti critici del D.Lgs. 28/2010 e quali le soluzioni?

È difficile rispondere a questa domanda. Sarà la prassi operativa, dopo il 20 marzo 2011, a mostrare le vere criticità ed a proporre le soluzioni.

Susciterà problemi - ritengo - l'opzione normativa di demandare ai regolamenti degli organismi le norme sull'incompatibilità dei mediatori, senza dettare obblighi inderogabili di astensione. Guardo con timore anche la scelta di demandare a mediatori che non siano tecnici del diritto il controllo sulla compatibilità delle proposte (ed, in via di interpretazione estensiva, degli accordi) con le norme imperative e con l'ordine pubblico; per non parlare delle incognite legate alla trascrivibilità di accordi formulati dalle parti, che l'art. 11 subordina alla sola autentica notarile. Credo, però, che il dibattito si concentrerà all'inizio su altri temi, quali la compatibilità con il dettato costituzionale dell'obbligo di mediazione preventiva e del criterio di imputazione delle spese legali previsto all'art. 13, l'obbligatorietà della difesa tecnica, la ripetibilità delle spese di assistenza legale sostenute dai partecipanti alla mediazione.

(*) Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi, ai sensi dell'art. 16 del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n.28).

Historia et Antiquitates

I sensali e la Senseria. Disciplina dell'intermediazione commerciale nel Regno delle Due Sicilie.

di Gianluca Granato

“Fra le utili invenzioni che l'industria umana abbia saputo immaginare, ad oggetto di facilitare il commercio, e render più sollecita l'ultimazione degli affari mercantili, una si è quella di far uso de' sensali, ossia mezzani o mediatori, i quali s'interponessero utilmente fra due, o più negozianti, affinché trattassero tra loro qualche affare di negozio, spiegando a ciascuno d'essi la rispettiva intenzione, onde provarli a restare d'accordo nel contratto, od altra operazione che vogliano intraprendere; oppure indicando ai medesimi, nelle loro maggiori intraprese, il modo a provvedersi di contante; talmente, che secondo il detto di Ulpiano si reputano i sensali officinae contractuum... L'ufficio del sensale è simile a quello d'un procuratore costituito, d'un commesso, o altro preposto; colla differenza però, che essendo egli impiegato da persone aventi opposti interessi, resta come commesso di ciascuna di esse per negoziare, o concludere il contratto. Quindi egli è in dovere di conservare verso entrambe le parti una perfetta fedeltà nell'esecuzione di ciò che rispettivamente gli venga da esse confidato, affinché quando lo vogliano, si pongano in istato di trattare esse medesime, e concludere il contratto, o la negoziazione” (Dizionario Universale Ragionato della Giurisprudenza Mercantile del Sig. Senatore D.A. Azuni, Livorno 1822). “Dalla lingua arabica acquistarono gl'Italiani questo vocabolo mercantile col gran commercio, che aveano una volta co' Saraceni. Simsaron appellano essi amicorum conciliatorem, cioè proxenetam. Di là simsar, simsale, e sensale. In vece di sensale dicono i sanesi (i senesi - ndr) sensaro, che più s'avvicina al fonte Arabico” (Dissertazioni sopra le antichità italiane, Lodovico Antonio Muratori, Vignola 21.10.1672-Modena 23.01.1750). Tramite l'azione intermediaria del sensale si concretizzavano le contrattazioni: il sensale organizzava l'incontro delle parti, si adoperava affinché queste raggiungessero l'accordo, presenziava alla consegna della caparra (che in alcuni casi veniva corrisposta suo tramite), assisteva alle operazioni di misurazione e di consegna del prodotto, nonché al pagamento finale nel caso fosse stato convenuto per contanti al termine della consegna. Nel 1819, Re Ferdinando I, con il Codice per lo Regno delle due Sicilie, nella sezione dedicata alle leggi di eccezione per gli affari di commercio, disciplinò l'attività degli agenti di cambio e dei sensali: “...Vi saranno in tutti i luoghi commercianti sensali di mercanzie, sensali di assicurazione, sensali interpreti e conduttori di bastimenti, sensali di trasporto per terra e per acqua. I sensali di mercanzie stabiliti nel modo ordinato dalla legge, hanno il dritto esclusivo di fare la senseria delle mercanzie... Essi esercitano in concorrenza cogli agenti di cambio la senseria delle materie metalliche. I sensali di

assicurazioni distendono i contratti, o sia le polizze di assicurazioni, in concorrenza co' notaj. Essi ne attestano la verità colla loro firma, e certificano il corso de' premj per qualsivoglia viaggio di mare o di fiume. I sensali interpreti e conduttori di bastimenti esercitano la senseria de' noleggi: ad essi è devoluto il dritto esclusivo di tradurre, in caso di controversie prodotte innanzi a' tribunali, le dichiarazioni, i contratti di noleggio, le polizze di carico, ed ogni altro contratto o atto di commercio, la cui traduzione fosse necessaria... Negli affari contenziosi di commercio, e per lo servizio delle dogane essi serviranno esclusivamente di turcimanni (chi aveva funzioni di interprete tra gli europei e i popoli del vicino Oriente - ndr) a tutti gli stranieri padroni di bastimenti, mercanti, equipaggi di vascelli, e ad ogni altra persona di mare. Può uno stesso individuo, ottenendo l'autorizzazione del Governo, esercitare cumulativamente le funzioni di agente di cambio, di sensale di mercanzie, di assicurazione, o di conduttori di bastimenti. Non possono essere agenti di cambio o sensali coloro che sono falliti, se non vengono riabilitati. Gli agenti di cambio ed i sensali sono obbligati di tenere un libro numerato, cifrato e vistato... essi sono obbligati di registrare in questo libro, giorno per giorno e per ordine di date, senza cancellature, interlinee o postille, e senza abbreviazioni e cifre numeriche, tutte le condizioni delle vendite, delle compre, delle assicurazioni, delle negoziazioni, ed in generale di tutte le operazioni fatte per mezzo del loro ministero... Un agente di cambio o sensale non può in verun caso, e sotto alcun pretesto, fare operazioni di commercio o di banca per conto proprio. Egli non può interessarsi direttamente o indirettamente... in alcuna impresa commerciale... Non può ricevere né far pagamenti per conto de' suoi committenti, ed essere con essi in conto corrente; ma non gli sarà vietato di ricevere anticipatamente il prezzo degli effetti da acquistare, o quello degli effetti venduti. Non può rendersi garante della esecuzione de' contratti dei quali è mediatore. Gli agenti di cambio ed i sensali non possono formar tra loro, né con qualsivoglia altra persona, veruna società di banca o di commandita. Essi non possono prestare il loro nome per qualche negoziazione a qualunque altra persona non autorizzata, né negoziare alcun biglietto o lettera di cambio, né vendere alcuna mercanzia appartenente a persona il cui fallimento fosse già conosciuto. Qualunque contravvenzione alle disposizioni enunciate... porta la pena della destituzione, e la condanna ad una multa da dugento a seicento ducati, che verrà pronunciata dal giudice competente; senza pregiudizio delle azioni delle parti pe' danni ed interessi... In caso di fallimento ogni agente di cambio o sensale sarà perseguitato come colpevole di bancarotta...”. Nel 1868, il giurista Pietro Ellero (Pordenone 08.10.1833-Roma 01.02.1933) scriveva: “...ciò che forma l'essenza dei sensali è di concludere l'atto della compra-vendita. Questo è un atto indipendente; e nel

commercio all'ingrosso, il mercante non può farlo da sé, perché non può tenere il registro su di ogni singolo atto di commercio e il continuo mutamento dei prezzi potrebbe generare troppe contese, massimamente alla borsa. È quindi necessario un organo che concluda il negozio come tale, e quest'organo è il sensale. Siccome poi la sua funzione è di concludere negozi per tutto il commercio, quindi ne segue ch'essa vuol essere determinata dal governo. Così nacquero i regolamenti dei sensali, i cui principii si possono ridurre a questi due. Anzi tutto nessun sensale deve esercitare alcun ramo di commercio per conto proprio; ché altrimenti potrebbe venire nella tentazione di approfittare delle differenze e produrre così a suo vantaggio quella incertezza che si vuole appunto evitare. Oltracciò quanto il sensale asserisce intorno alla conclusione di un negozio deve meritar piena fede; dal qual principio discende molto naturalmente che i mercadanti, quand'anche fossero d'accordo e nonostante la presenza dei testimoni, non concluderanno mai un negozio senza l'intervento del sensale, per togliere così le contese che potessero sorgere circa la differenza dei prezzi...".

"1863, Regolamento per i sensali nei Comuni e nelle piazze dette non commerciali nel Distretto della Camera di commercio e d'arti di Caserta:

Art. 1. Nessuno esercita legalmente l'ufficio della senseria senza esservi precedentemente autorizzato a norma delle Leggi e dei Regolamenti in vigore.

Art. 2. Gli aspiranti all'ufficio di sensale debbono subire presso le rispettive Giunte municipali, pria della loro nomina, un esperimento di fatto sul ramo di senseria, cui si vogliono addire, in comprova della loro idoneità, meno quando questa fosse notoriamente conosciuta.

Art. 3. Nessun sensale può ingerirsi in contrattazioni che non si appartengano al ramo della senseria, cui si trova autorizzato, sotto pena di destituzione dal proprio ufficio.

Art. 4. Niuno può essere nominato sensale nelle contrattazioni di quei generi di cui faccia particolare industria; ed ove vi si addicesse in seguito della nomina, decederà dalla qualità di sensale.

Art. 5. È libero ai proprietari e compratori di generi che si mettono in vendita di potersi oppur no avvalere dell'opera dei Sensali senza che questi possano da sé immischiarsi.

Art. 6. È obbligo dei sensali, quando siano adibiti, di concorrere con tutta efficacia a fare effettuare un regolare contratto, senza colludersi in danno di alcuno dei contraenti.

Art. 7. I contraenti potranno rivolgere i loro reclami contro l'operato dei sensali da cui si credessero lesi alla Giunta municipale del luogo, la quale in linea disciplinare, verificato l'esposto, resta facoltata a pronunziarne, se lo crede, la sospensione dall'esercizio, salvo ad informarne la Camera pei definitivi provvedimenti di giustizia, attesa l'alta vigilanza di suo compito; e ciò oltre alle penalità cui potessero andar soggetti per la natura e gravità della mancanza.

Art. 8. Debbono i sensali, almeno una volta in ciascuna settimana, riunirsi nella casa municipale, o in altro sito che il Sindaco del luogo destinerà, e con l'intervento dell'Assessore annuario o altri che lo rappresenti, stabilire

un listino sui prezzi dei generi.

Art. 9. Tutte le volte che saranno spontaneamente richiesti dell'opera loro, avranno i Sensali diritto a riscuotere dai venditori un compenso...".

Spesso, ciascun sensale, nell'atto di entrare nel di lui impiego, doveva prestare giuramento: "Io N. N. giuro a Dio onnipotente, e presto un giuramento corporale ecc., essendoché io sono stato destinato, ed accettato per pubblico sensale, così io prometto e giuro, che per quanto concerne il mio Ufficio, io vorrò sostenere l'impiego di sensale, in affari da incontrarsi fra i Compratori e Venditori, con tutta la probità, e tenere in segreto gli affari mercantili, che mi verranno affidati, secondo la prescrizione del Regio Regolamento per i sensali, delle Ordinanze di Cambio, e di Banco, e delle altre Leggi relative al Commercio; di non volere ricevere regali, né dall'una, né dall'altra parte; di non comprare, o far comprare delle merci, nelle quali io contratto, ed in cui consiste il mio impiego giornaliero, per mio proprio conto, in tutto, o in parte, neppure mediante altri, direttamente, o indirettamente, per me; di non volere stabilire il contratto delle merci, che saprò che non si possono consegnare; di volere fedelmente osservare, ed eseguire gli Articoli del Regolamento per i sensali, già fatti, o da farsi ancora, per quanto dipenderà dal mio potere; e finalmente, di volere fare tutto quello che conviene ad un uomo onorato, come lo dev'essere un sensale, con tutta la fedeltà, integrità, e religione. Così Dio mi ajuti, mediante il suo figlio Gesù Cristo. - I sensali Ebrei prestano il suddetto giuramento, con le formalità relative alla loro credenza". (Art. 46, Regolamento per i sensali, da osservarsi in tutte le Città mercantili delle Regie Provincie di Prussia, 15 novembre 1765).

Con Legge n. 272 del 20 marzo 1914 viene introdotta e disciplinata in Italia la figura del mediatore: fino agli anni sessanta il mestiere del sensale risultava ancora abbastanza diffuso, per poi addivenire ad una graduale scomparsa. Erano le fiere paesane ed i mercati del bestiame i luoghi in cui il sensale emergeva e svolgeva un ruolo importante per lo scambio: la compravendita di animali, granaglie ed altri prodotti del suolo e della stalla; in tali occasioni egli mostrava le sue capacità di imbonitore, di intermediario paziente e tenace; era un buon parlatore, rumoroso, quasi sempre convincente, malleabile e duro al tempo stesso, ma sempre pronto al compromesso. Suo scopo era quello di concludere l'affare senza troppo scontentare l'uno o l'altro dei due contendenti. "Ma chi è quel c'ha i denti di cignale, e la lingua così lunga e mostruosa? Si vede che son fuor del naturale; a me piacciono radici, o simil cosa ... quello è un sensale ... ma la glosa uom di fandonie dice e di bugie, perché in esse fondò le senserie". Lorenzo Lippi (Firenze, 6 maggio 1606-Firenze, 15 aprile 1665), nel suo poema burlesco *Il Malmantile Racquistato*, nel "tenebroso centro della terra", colloca e descrive, la figura del sensale: "quegli che s'intromette tra i contraenti per la conclusion del negozio, e particolarmente tra 'l venditore, e 'l compratore" (Dizionario della Lingua Italiana 1824, Bologna, Stampe de' Fratelli Masi).

La Pagina dei Convegni

la redazione

Falsi abusi e abusi veri.

Giovedì 19 novembre 2010 si è tenuto in Angri, presso il Castello Doria, in attuazione della convenzione siglata il 13.11.08, tra l'AMI (Associazione Avvocati Matrimonialisti Italiani) - Sezione Territoriale Agro Nocerino Sarnese- ed il Piano di Zona S1, nonché il Comune di Angri, nell'ambito del programma delle attività curate dallo sportello Anti-mobbing, anti-stalking, anti-bullismo e anti-pedofilia, il convegno accreditato per gli Avvocati, dal titolo *Falsi Abusi e Abusi Veri: Minori a rischio*. L'argomento - di indubbia valenza, giuridica e sociale - trattato nel corso dell'evento, ha suscitato l'attenzione di avvocati, magistrati della Procura, giudici, docenti, psicologi, sociologi e psichiatri, tutti attenti ed interessati, tanto da trattenersi per l'intera durata dei lavori e del successivo, vivace, dibattito che ne è scaturito, a conferma dell'assoluta attualità delle tematiche ivi affrontate. In apertura si è precisato che l'AMI è un'associazione forense di rappresentanza e di categoria, apolitica e senza scopo di lucro, che opera ormai da anni sul territorio nazionale ed è finalizzata, tra l'altro, a promuovere la rappresentanza associativa tra gli avvocati ed i praticanti avvocato che intendono approfondire le materie giuridiche del diritto di famiglia, minorile e, più in generale, la tutela dei diritti delle persone. Il moderatore dell'incontro, avv. Salvatore Giordano, Assessore al Contenzioso del Comune di Angri ha introdotto i relatori, presenti nelle persone dell'avv. Alba De Felice, matrimonialista e familiarista nonché Presidente AMI, Sezione Agro Nocerino Sarnese, il dott. Stefano Caruson, psicossessuologo, Presidente C.I.F.R.I.C., il dott. Amedeo Sessa, Sostituto Procuratore della Repubblica, ed il dott. Pasquale Andria, Presidente del Tribunale per i Minorenni di Salerno.

Di poi, hanno portato i saluti al consesso il dott. Catello Marano, Presidente del Tribunale di Nocera Inferiore, il dott. Gianfranco Izzo, Procuratore della Repubblica presso lo stesso Tribunale, il Maggiore Gianfilippo Simoniello, Comandante la Compagnia del Carabinieri di Nocera Inferiore, il dott. Pasquale Mauri, Sindaco di Angri, l'avv. Alessandro Avella, Consigliere dell'Ordine, all'uopo delegato dal Presidente, avv. Aniello Cosimato e l'avv. Errico Santonicola, responsabile distrettuale UDAI, Unione degli Avvocati d'Italia. L'avv. Santonicola, anche referente e responsabile dell'evento, ha sottolineato, tra l'altro, il plauso che la manifestazione aveva ricevuto dall'Organizzazione Internazionale "Terre des



hommes", con sede in Ginevra, la quale, in seguito a contatti intercorsi con lo stesso, si era dichiarata onorata di supportare tale encomiabile iniziativa: "esempio importante di coscienza ed attenzione al tema dell'abuso".

Molto avvincente, è stata, poi, la relazione del Presidente Pasquale Andria, il quale si è soffermato, in particolar modo, sulla valenza - attuale - dell'istituto "famiglia" evidenziando che purtroppo, oggi, la famiglia non può essere più percepita come il sacro focolare domestico, ove nulla di brutto e tremendo dovrebbe mai accadere.

Essa è diventata, invece, un "luogo a rischio", nel quale molto spesso vengono compiuti i più efferati crimini anche a danno dei minori.

Di conseguenza va ridimensionato il principio di "autoreferenzialità della famiglia" cui prima si guardava come criterio assoluto. Da qui il ruolo essenziale del Tribunale per i Minorenni, il quale - a tutela dell'interesse del minore - ha il potere/dovere di intervenire ogni qualvolta i genitori assumono comportamenti configgenti, con tale prioritario interesse.

Il dott. Caruson poi, si è soffermato, in particolare, sulle tecniche più moderne enucleate dalla psicopatologia infantile per distinguere i sintomi dell'abuso vero da quelli caratterizzanti



foto: Mariano Grieco

invece il falso abuso. Molto avvincente è stata poi, la relazione del dott. Amedeo Sessa, il quale concludendo i lavori ha messo in luce le difficoltà, anche di carattere tecnico, che molto spesso gli uffici della Procura inevitabilmente incontrano nel corso delle indagini. Parimenti significativo ed interessante è stato l'intervento del Presidente del Tribunale dott. Catello Marano, il quale nel corso dei suoi indirizzi di saluto ha posto l'accento sull'importanza - fondamentale - che nell'attuale struttura del processo di separazione tra i coniugi assume la mediazione familiare, quale determinante strumento per lenire la conflittualità coniugale. Anche il dott. Gianfranco Izzo, Procuratore capo, ha evidenziato l'assoluta proliferazione delle false denunce di abuso e esortando i tecnici competenti a scongiurare qualsiasi forma di bieca strumentalizzazione dei figli minori. In questa medesima ottica si è espressa anche l'avv. Alba De Felice la quale, introducendo la sua relazione, nel richiamare la tematica del convegno ha così dichiarato: l'abuso sui minori rappresenta, indubbiamente, un fenomeno squallido, abominevole, tragico!

Tuttavia, ritengo che esista un fenomeno ancora più squallido, abominevole tragico e - perché no! - ripugnante dell'abuso vero, effettivo, concreto. Mi riferisco, infatti, al falso abuso ed in particolare all'abuso indotto nel minore, quindi, costruito, creato, concertato a tavolino, per ragioni di astio e di vendetta -nel corso o al termine delle vicende giudiziarie di separazione o di divorzio- strumentalizzando, così, i figli per distruggere, devastare, annientare, attaccare l'altro, il coniuge o ex coniuge, il compagno o ex

compagno. Quindi l'apparente dicotomia (falsi abusi e abusi veri), nasconde in realtà - da qualsiasi prospettiva si affronti il problema - una profonda tragedia per il minore, il quale, infatti - sia nel caso di abuso vero che nel caso di abuso falso - patirà, comunque, danni notevoli ed irreversibili che lo segneranno, poi, inevitabilmente per tutta l'esistenza. Lo stesso, infatti, si troverà comunque catapultato in un contesto - sociale/giudiziario - per lui altamente pregiudizievole e stressante che, certamente gli causerà danni ulteriori.

Ovviamente, non intendo, così, equiparare, la gravità - totale - dell'abuso vero a quella, più impercettibile e sfumata, del falso abuso.

Tuttavia, ritengo che al falso abuso corrisponda, sempre, un gravissimo danno psicologico e, quindi comunque, un abuso!

In tale ottica la tematica odierna, non rappresenta più, assolutamente, una dicotomia, quindi non è più la suddivisione dello stesso concetto in due categorie, nette, distinte e contrapposte, ma è, invece, il duplice lato della stessa medaglia, che porta impresso, sempre e comunque, il volto di un bimbo, per un verso, visibilmente terrorizzato e per l'altro, invece, inconsapevolmente "complice".

Ma, sarà, comunque, pur sempre un bambino abusato - se non nel fisico comunque nell'animo - perché strappato alla propria serenità, alla propria spontaneità, alla propria ingenuità e rappresenterà, quindi, (il simbolo) l'emblema di una creatura, innocente, violata nel proprio sacrosanto, diritto di crescere e di essere un bambino, un figlio, amato e, soprattutto, rispettato.

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Il processo civile riformato".

Renato Diodato

Presidente della Commissione Biblioteca

Il processo civile riformato
diretto da Michele Taruffo
con la collaborazione di Elisabetta Silvestri e
con i contributi di autori vari.
Zanichelli Editore, 2010, pp 703, € 105,00.

Michele Taruffo è professore ordinario di diritto processuale civile all'Università degli Studi di Pavia. Il volume si riferisce alle riforme più recenti, entrate in vigore dopo il 2006. Segnatamente, lo stesso esamina le norme introdotte dalla Legge 18 giugno 2009, n. 69.

Una delle principali novità previste dalla legge di riforma del processo civile, e cioè quella testè menzionata n. 69 del 2009, è l'istituto della testimonianza scritta, prevista dall'art. 257 bis. Il legislatore, con il detto articolo, ha inteso disciplinare una nuova modalità di assunzione della prova per testi, prevedendo la possibilità di assumere per iscritto le dichiarazioni di terzi su fatti rilevanti, dei quali essi affermano di avere conoscenza. Perché la deposizione possa assumersi per iscritto, occorre che il giudice, su accordo delle parti, tenuto conto della natura della causa e di ogni circostanza, disponga di assumere detta deposizione, chiedendo al teste di fornire, per iscritto e nel termine fissato, le risposte ai quesiti sui quali deve essere interrogato. Il giudicante, esaminate le risposte o le dichiarazioni, può sempre disporre che il teste sia chiamato a deporre davanti a lui o davanti al giudice delegato.

L'autore dedica ampio spazio anche ad altre tematiche di grande rilievo, quali le novità in materia di scelta del giudice, le nuove disposizioni in materia di procura alle liti, l'integrazione dell'art. 101 c.p.c., i fatti non contestati ed il nuovo art. 115 c.p.c., il nuovo regime delle spese processuali, e le novità in tema di notificazione. Inoltre, il volume tratta anche della motivazione della sentenza, della riforma delle scadenze processuali, delle novità in tema di giudizio dinanzi alla Corte Suprema di Cassazione, della riforma del processo esecutivo, dell'azione di classe e del Decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, con il quale è stata introdotta la mediazione, avente il fine della conciliazione delle controversie civili e commerciali.

Ed, ancora, approfondimenti di rilievo vengono dedicati all'abrogazione dell'art. 3 della Legge n.

Le riforme del diritto italiano

Il processo civile riformato

diretto da Michele Taruffo

ZANICHELLI EDITORE



1002/06 ed al rito applicabile alle controversie di infortunistica stradale.

L'opera mette in risalto una circostanza che ormai è nota a tutti, e cioè la lungaggine del processo civile italiano. Infatti, l'Italia è, da moltissimo tempo, all'ultimo posto in Europa per quanto riguarda l'eccessiva durata del processo civile. La stessa, infatti, è al 157° nel mondo.

Il nostro Paese detiene il "record" delle condanne ricevute da parte della Corte di Strasburgo per violazione della clausola della ragionevole durata del processo, contenuta nella Dichiarazione Europea dei Diritti dell'Uomo.

Viene sottolineato, inoltre, che le riforme che vengono fatte sono solamente degli aggiustamenti parziali, disordinati, frammentari ed anche contraddittori. Il legislatore, infatti, commette molto spesso degli errori e, talvolta, non sempre si ravvede, considera alcune esigenze ma ne trascura molte altre, e si muove in modo casuale, mostrando di non avere un'idea chiara degli scopi da perseguire, né degli strumenti per realizzarli.

Un esempio evidente ed assai significativo è costituito dallo stesso art. 366 bis c.p.c. Detta norma fu introdotta dal D.Lgs. 40/06, e fu presentata come una panacea per ridurre i numerosi giudizi pendenti dinanzi al Supremo Collegio. Detto articolo è stato abrogato. Ciò ha comportato un'enorme perdita di tempo, di energia e di denaro pubblico e privato. Ne consegue, quindi, che solamente ed esclusivamente una riforma profonda ed urgente del diritto processuale può risolvere gli annosi problemi della lungaggine dei processi.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Tassa sulle concessioni governative per l'iscrizione nel registro speciale dei praticanti: restituzione somme erroneamente pagate.

Per la restituzione delle tasse di concessioni governative erroneamente pagate, il contribuente deve rivolgersi all'Ufficio delle Entrate competente in ragione del proprio domicilio fiscale (cfr. il Regolamento del 19/10/1994 n. 678, art. 86. La domanda di restituzione dell'indebito va inoltrata a pena di decadenza entro 3 anni dal giorno in cui il contribuente abbia avuto notizia del rifiuto dell'atto ovvero abbia effettuato l'erroneo pagamento del tributo (cfr. art. 13 del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 641 e Circ. del 31 gennaio 1973, n. 13).

A seguito dell'istanza l'ufficio può:

- accoglierla
- respingerla
- non rispondere.

Nel caso di non accoglimento dell'istanza, il



contribuente può proporre il ricorso alla competente Commissione tributaria provinciale entro 60 giorni dalla notifica del provvedimento. Se l'ufficio invece non risponde, l'interessato può ricorrere alla Commissione tributaria quando siano trascorsi almeno 90 giorni dalla presentazione della domanda e fin quando il diritto al rimborso non sia caduto in prescrizione.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	151	6	0	0	157
AVVOCATI	1186	7	6	1	1200
TOTALE	1337	13	6	1	1357

PRAT. SEMPLICI	205
PRAT. ABILITATI	421
TOTALE	626

CASSAZ. E AVVOCATI	1357
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	626
TOTALE ISCRITTI	1983

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M · F	Speciali M · F	Professori M · F	Stranieri M · F	Totali M · F
CASSAZIONISTI	133 · 18	5 · 1	0 · 0	0 · 0	138 · 19
AVVOCATI	588 · 598	1 · 6	5 · 1	0 · 1	594 · 606
TOTALE	721 · 616	6 · 7	5 · 1	0 · 1	732 · 625

	M · F
PRAT. SEMPLICI	85 · 120
PRAT. ABILITATI	171 · 250
TOTALE	256 · 370

	M · F
CASSAZ. E AVVOCATI	732 · 625
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	256 · 370
TOTALE ISCRITTI	988 · 995

statistiche aggiornate al 07/12/2010