

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VIII NUMERO I
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



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

EDITORIALE
Non è ritardo

HISTORIA ET ANTIQVITATE
Dii terreni. La giustizia
nel Regno di Napoli

59 d.C. Disordini in anfiteatro
tra Pompeiani e Nucerni
durante uno spettacolo
gladiatorio

LA PAGINA DEI CONVEGNI
Il minore conteso

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Al via la sperimentazione
del biglietto
di cancelleria on line
presso il Tribunale di Nocera

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

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

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Angela Abrunzo
Silvio Calabrese
Angela Cisale
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
Giovanni Capo
Francesca Del Grosso
Renato Diodato
Fabrizio Fezza
Antonia Marchino
Mariella Orlando
Giuseppina Romano
Gerardo Ruggiero
Sabato Salvati
Luigi Villani

Proposte e suggerimenti ai contatti

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

Progetto grafico a cura di
Marianna Federico

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

In copertina:

Roccapiemonte, chiesa di Santa Maria
delle Grazie ai Casali, Angelo Solimena,
Madonna di Costantinopoli, particolare
Foto archivio Altrastampa

Si ringrazia
Mariano Grieco
per la foto a pag. 49

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni
cell. 338.7133797
altrastampa@libero.it

© 2011 Foto
Altrastampa Edizioni

© 2011 Testi
Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Fabrizio Fezza</i> Mediazione civile e commerciale. Obbligo d'informazione dell'avvocato. Violazione. Annullabilità del contratto di patrocinio. Legittimazione attiva. Soggetti diversi dal destinatario dell'informativa. Esclusione	29
GIURISPRUDENZA <i>Maria Coppola</i> Diventa oggi possibile promuovere, nel giudizio di ottemperanza, azione risarcitoria anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato	6	<i>Fabrizio Fezza</i> Osservazioni sul dovere di informazione dell'avvocato, ex articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010	32
<i>Antonia Marchino</i> Infedeltà, obbligo di mantenimento	7	<i>Sabato Salvati, Luigi Villani</i> Le barriere architettoniche e percettive, queste sconosciute	37
<i>Mariella Orlando</i> Il tema di I.V.A. sulla T.I.A., è competente il giudice ordinario	8	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Irene Coppola, Gerardo Ruggiero</i> Dii terreni. La giustizia come potere nel Regno di Napoli	40
<i>Giuseppina Romano</i> Circolazione abusiva del veicolo sottoposto a sequestro	11	<i>Gianluca Granato</i> 59 d.C. Disordini in anfiteatro tra Pompeiani e Nucerni durante uno spettacolo gladiatorio	45
DOTTRINA <i>Barbara Barbato</i> Brevi osservazioni sulle novità del cd. collegato lavoro, con particolare riferimento all'abolizione dell'obbligatorio tentativo di conciliazione nel processo del lavoro	14	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>la redazione</i> Il minore conteso	48
<i>Giovanni Capo</i> Mediazione finalizzata alla conciliazione e rapporti societari	16	SOTTO LALENTE <i>a cura di Renato Diodato</i> Procedimenti cautelari e possessori	50
<i>Giovanni Capo</i> L'invalidità del contratto di incarico professionale ai sensi dell'articolo 3, comma 3, decreto legislativo 28 marzo 2010, n. 28	19	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Al via la sperimentazione del biglietto di cancelleria on line presso il Tribunale di Nocera. Riconosciuti 24 crediti formativi a coloro che vi aderiscono	51
<i>Giovanni Capo</i> Note sulla conciliazione delle controversie fra investitori e intermediari nel decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 79	21	Il benvenuto alla dottoressa Patrizia Di Lorenzo, dirigente del Tribunale di Nocera Inferiore	52
<i>Angela Cisale</i> Il delitto di prostituzione minorile	24	Statistiche iscritti	52
<i>Francesca Del Grosso</i> La comunicazione pubblica	27		

Editoriale

di Luigi Ciancio

Non è ritardo

Potrà apparire strano il ritardo col quale viene pubblicato questo primo numero dell'ottavo anno della nostra rivista, ma di ritardo non si tratta.

Da quest'anno la rivista avrà una cadenza quadrimestrale invece che trimestrale allo scopo di contenere i costi non più sopportabili.

Esce con una nuova copertina, come da consuetudine; copertina scelta attraverso un referendum tra i lettori.

Questo numero è dedicato, per la maggior parte alla mediazione, croce e delizia dei nostri giorni. Una innovazione non voluta dagli avvocati i quali, però, si sono mossi con troppo ritardo per impedirne l'applicazione. La prova muscolare dell'astensione dalle udienze ha sortito l'unico effetto di un parziale rinvio della legge che, allo stato, è già operante e con essa bisogna misurarsi sulle non poche materie salvate dal decreto milleproroghe.

La verità è che non si riesce ancora a capire se questo nuovo istituto porterà benefici o meno, certamente oneri ne porterà alle tasche dell'utente il quale è obbligato all'esborso dei costi per accedere alla mediazione e, in caso di fallito tentativo, anche al pagamento del contributo unificato e ... non solo.

Dovrebbe (il condizionale è d'obbligo) alleggerire il carico giudiziario e risolvere più velocemente le vertenze ma stando ai primi risultati non sembra che il legislatore abbia visto giusto.

Nell'Organismo di Conciliazione del Foro di Nocera Inferiore, a fronte di venti tentativi di mediazione, uno solo ha avuto esito positivo per cui per gli altri si dovrà far ricorso al giudizio ordinario: senza alcun risparmio economico e con l'aggravio del carico giudiziario.

Forse è troppo presto per dare un giudizio definitivo sulla legge n. 28/2010 ma, ad oggi, esso non può che essere di attesa nella convinzione che le risposte future possano essere diverse da quelle fin qui registrate.

L'attesa riguarda anche il giudizio della Corte costituzionale che si dovrà pronunciare sulle eccezioni sollevate dal T.A.R. del Lazio in ordine agli articoli 5 e 16 della legge.

In sostanza le contestazioni delle associazioni di categoria riguardano la obbligatorietà del tentativo di mediazione e i requisiti degli organismi di mediazione non istituzionali. Di maggiore rilievo è sicuramente la prima, cioè quella che obbliga chi ha interesse ad iniziare un giudizio avente ad oggetto una delle materie elencate nella legge n. 28/2010 ad esperire il procedimento di mediazione; esperimento che è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

È evidente che, laddove si pervenisse ad un giudizio di incostituzionalità dell'articolo 5, la legge di mediazione perderebbe gran parte della sua efficacia e gli intendimenti del legislatore risulterebbero inappagati.

Meglio avrebbe fatto, a nostro avviso, a pensare ad altre soluzioni per risolvere i problemi della giustizia, ormai al collasso.

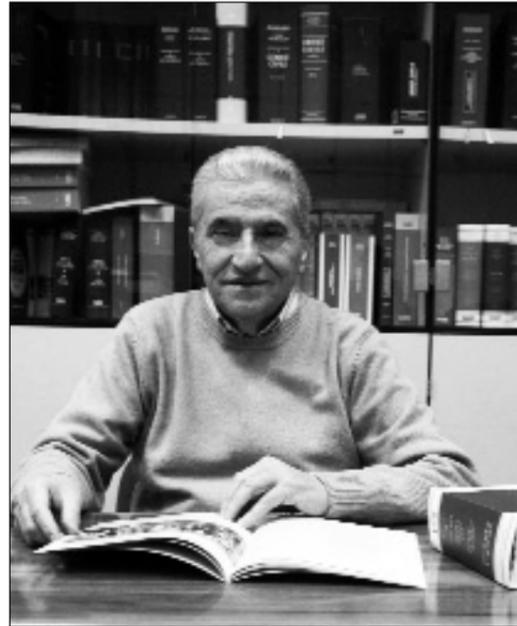
È vero invece che non si ha il coraggio di incidere con severa decisione laddove necessario: troppi interessi e troppi compromessi costituiscono ostacolo insormontabile per mettere mano ad una seria riforma della giustizia.

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'interessamento 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 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 sottodimensionate 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.

Ma questa è un'altra storia di cui ci occuperemo poi.



Sarno, località Garitta,
tomba del Guerriero,
particolare di lastra tombale.

Giurisprudenza

Maria Coppola

Diventa oggi possibile promuovere, nel giudizio di ottemperanza, azione risarcitoria anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato.

Nota a T.A.R. Puglia-Bari, sezione II, sentenza 10 gennaio 2011 n. 19.

In sede di ottemperanza è possibile formulare richiesta di risarcimento anche per i danni riguardanti periodi precedenti al giudicato, naturalmente nei limiti temporali e sostanziali di cui all'articolo 30 del Codice del processo amministrativo. In tal caso, il giudizio si svolgerà nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario.

In passato.

Antecedentemente alla novella del Codice del processo amministrativo, mediante il giudizio di ottemperanza, poteva essere formulata richiesta di risarcimento esclusivamente per i danni verificatisi in seguito alla formazione del giudicato e a causa del ritardo nell'esecuzione della pronuncia. Il risarcimento dei danni riferibili al periodo precedente al giudicato andava, invece, richiesto con un giudizio cognitorio da proporsi davanti al giudice di primo grado. Si trattava, invero, di un indirizzo consolidato, secondo cui, attraverso il giudizio di ottemperanza poteva darsi corso all'esecuzione di una sentenza già passata in giudicato e, dunque, ad una domanda di risarcimento già proposta in sede di cognizione ed accolta con sentenza definitiva¹. Sempre secondo tale orientamento, la pretesa alla concentrazione nel giudizio di ottemperanza della fase cognitoria e della fase esecutiva era ammessa soltanto per quelle ipotesi di danno che si fossero verificate successivamente alla formazione del giudicato e proprio a causa del ritardo nella esecuzione della pronuncia irrettabile².

Oggi.

Dal 2010, con l'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, l'orientamento appena descritto deve, evidentemente, ritenersi superato. Ex articolo 112, comma 3, del citato Codice, infatti, "può essere proposta anche azione di condanna al pagamento di somme a titolo di rivalutazione e interessi maturati dopo il passaggio in giudicato della sentenza, nonché azione di risarcimento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione, violazione o elusione del giudicato".

Inoltre, ai sensi del successivo comma, "può essere altresì proposta la connessa domanda risarcitoria di cui all'articolo 30, comma 5, nel termine ivi

stabilito. In tal caso il giudizio di ottemperanza si svolge nelle forme, nei modi e nei termini del processo ordinario". La sfera del danno risarcibile, dunque, si allarga anche all'eventuale pregiudizio non patrimoniale patito da chi, destinatario di una pronuncia favorevole del G.A., pur tuttavia subisca l'inerzia della P.A. In effetti, già nel maggio 2010 il Consiglio di Stato, investito della questione se le indicazioni espresse dalle Sezioni Unite in ordine all'individuazione ed alla prova del danno non patrimoniale in sede civile fossero estensibili anche al campo della responsabilità della P.A., aveva fornito risposta positiva al quesito³. Pertanto, anche sulla scia di una lettura evolutiva dell'articolo 2059 c.c., il danno non patrimoniale, già ritenuto risarcibile nei casi disciplinati dalla legge, può esserlo altresì nelle ipotesi di lesione dei valori fondamentali della persona tutelati dalle disposizioni immediatamente preceettive della Carta costituzionale.

La vicenda.

Il giudizio conclusosi con la sentenza in commento ha visto interessata, come amministrazione resistente, la Regione Puglia, che, con un primo decreto del Presidente della Giunta Regionale aveva sostituito, in seno alla Commissione per l'abilitazione all'esercizio venatorio della Provincia di Bari, il sig. B con il dr. A quale Presidente della stessa. Impugnati con un primo ricorso dal sig. B i suddetti atti innanzi al T.A.R. Puglia, sede di Bari, gli stessi venivano con sentenza annullati. Tuttavia, l'amministrazione regionale decideva di reiterare la precedente determinazione e, previa rimozione in via di autotutela del precedente decreto, nelle more già annullato dal T.A.R. con la citata sentenza, adottava un nuovo decreto presidenziale, disponendo ancora una volta la sostituzione del sig. B sempre con il dr. A quale Presidente della Commissione per l'abilitazione all'esercizio venatorio della Provincia di Bari. Il sig. B impugnava con un secondo ricorso tale decreto ed il T.A.R. Puglia, sede di Bari, annullava anche detto provvedimento.

Nonostante l'atto di diffida inviato dal sig. B alle amministrazioni competenti, la Regione Puglia non provvedeva alla doverosa attuazione della menzionata sentenza del T.A.R. Puglia, attuazione implicante evidentemente la conseguenziale reintegrazione dello stesso sig. B nell'incarico di Presidente della Commissione in esame.

Con ricorso per ottemperanza, pertanto, il ricorrente sig. B contestava la mancata esecuzione da parte delle amministrazioni competenti della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari e, con successivo ricorso per motivi aggiunti, formulava altresì domanda risarcitoria.

La decisione del T.A.R. Puglia-Bari.

Con sentenza n. 19 del 10.01.2011, l'adito T.A.R. - ritenuto che fosse stata fornita una specifica prova in ordine alla natura ed alle caratteristiche del pregiudizio non patrimoniale patito - ha condannato la Regione Puglia a risarcire il ricorrente del danno non patrimoniale subito in conseguenza del peggioramento della qualità della sua vita, peggioramento provocato dalla forzata rinuncia ad attività non remunerative, per lui fonti di benessere, e dalle negative ripercussioni relazionali derivatene. Il T.A.R. adito ha, così, accolto un'interpretazione elastica della tipicità del danno non patrimoniale risarcibile, che consente il ristoro del danno in caso di lesione di valori costituzionali primari, che non possono certo essere confinati in un numero chiuso, in ragione della clausola aperta di cui all'articolo 2 della Costituzione, che consente di apprezzare l'emergere, nella realtà sociale, di nuovi interessi aventi rango costituzionale attinenti a posizioni inviolabili della persona.

E, in effetti, il risarcimento del danno non patrimoniale costituzionalmente qualificato è stato dalla giurisprudenza ammesso nei soli casi in cui la lesione del diritto costituzionale sia qualificata dalla serietà dell'offesa e dalla gravità delle conseguenze nella sfera personale.

La P.A., pertanto, è tenuta al risarcimento del danno non patrimoniale, laddove illegittimamente, oltre che ripetutamente e con ostinazione abbia inciso negativamente su un diritto costituzionalmente tutelato quale il diritto al lavoro (articolo 4 Cost.), alla reputazione ed alla immagine (riconducibili, questi ultimi, entro l'alveo dei diritti inviolabili dell'uomo di cui all'articolo 2 Cost.) con una lesione di carattere non patrimoniale che si connota in termini di ingiustizia ex articolo 2043 c.c.

.....

¹ Ex multis, C.d.S., sezione V, sentenza 5 maggio 2005, n. 2167.

² In termini, C.d.S., sezione V, sentenza 21 giugno 2006, n. 3690.

³ C.d.S., sezione V, sentenza n. 3397 del 20 maggio 2010.

Antonia Marchino

Infedeltà, obbligo di mantenimento.

Sentenza Cassazione civile, I sezione 255560/2010 del 17 dicembre 2010.

L'infedeltà perdonata non perdona. L'infedeltà della moglie, anche se conclamata e consumata in un rapporto temporaneo di convivenza con "l'altro", non è necessariamente e automaticamente causa esclusiva di addebito della separazione coniugale. Anzi il marito tradito, quindi, può

anche essere chiamato a concorrere nel mantenimento della consorte infedele. Lo stabilisce la Prima sezione civile della Cassazione che con la sentenza n. 255560/2010 ritorna sulla necessità di valutare caso per caso il nesso causale che deve intercorrere tra la violazione dei doveri coniugali e la crisi dell'unione familiare.

È pur vero che l'articolo 151 del Codice civile stabilisce che il giudice, nel pronunciare sentenza di separazione, nel caso ne sia fatta apposita richiesta, indica il coniuge a cui la stessa sia addebitabile per aver violato i doveri che derivano dal matrimonio, tra cui, secondo quanto indicato nell'articolo 143, il dovere di fedeltà. Obbligo, da intendere non soltanto come astensione da relazioni sessuali extraconiugali, ma quale impegno, ricadente su ciascun coniuge, di non tradire la fiducia reciproca, ovvero di non tradire il rapporto di dedizione fisica e spirituale tra i coniugi, che dura quanto dura il matrimonio. In questo quadro la fedeltà affettiva diventa componente di una fedeltà più ampia che si traduce nella capacità di sacrificare le proprie scelte personali a quelle imposte dal legame di coppia e dal sodalizio che su di esso si fonda. La violazione del dovere di fedeltà coniugale, rappresenta, sicuramente, una violazione particolarmente grave che, normalmente, determina l'intollerabilità della prosecuzione della convivenza ed è ritenuta, di regola, circostanza sufficiente a giustificare l'addebito della separazione al coniuge infedele, a meno che non si dimostri l'assenza di un nesso di causalità tra l'infedeltà e crisi coniugale, mediante una valutazione rigorosa dei comportamenti di entrambi i coniugi, da cui risulti la preesistenza di una rottura già irrimediabilmente in atto.

Il principio allargato di "assistenza materiale" tra coniugi (articolo 143 del Codice civile) è stato ribadito dalla Cassazione nel solco di due precedenti recenti (8512/2006 e 25618/2007) ma questo orientamento della Suprema Corte risale già all'87 che con sentenza n. 4767 affermava che "la relazione extraconiugale di uno dei due coniugi non legittima automaticamente la pronuncia di separazione per colpa del coniuge adultero"; e nel '98 con sentenza n. 10742 stabiliva che l'infedeltà di un coniuge "può essere causa di addebito della separazione solo quando è l'unica vera causa della crisi dell'unione". In controtendenza rispetto agli orientamenti sopra citati è da segnalare una sentenza (9472/99 Cassazione civile) secondo la quale l'addebito della separazione può essere pronunciata anche quando l'adulterio è rimasto allo stato del tentativo in quanto il terzo ha resistito alle proposte amorose del coniuge infedele. In tal senso la giurisprudenza di legittimità laddove ritiene che la relazione di un coniuge con estranei

rende addebitabile la separazione ai sensi dell'articolo 151 Codice civile quando, in considerazione degli aspetti esteriori con cui è coltivata e dell'ambiente in cui i coniugi vivono, dia luogo a plausibili sospetti di infedeltà; e quindi, anche se non si sostanzia in un adulterio, portando comunque offesa alla dignità e all'onore dell'altro coniuge (Cassazione civile 6834/1998; 3511/1994). Invero, il caso, di cui alla sentenza in commento, riguarda un cinquantenne pugliese, che aveva proposto ricorso contro la decisione con cui l'appello riformando il primo grado gli aveva caricato un assegno mensile di 200 euro, beneficiaria la fedifraga consorte, in aggiunta a quello di 220 euro per la figlia. I giudici di merito avevano considerato risolutiva la circostanza che tra l'abbandono del tetto coniugale per fuga amorosa durata quattro mesi e il deposito della domanda di separazione erano trascorsi più di cinque anni; secondo la Corte, il ripristino della convivenza nei due anni precedenti la richiesta di separazione dimostrava che il pur lungo episodio di infedeltà conclamata non aveva avuto "una portata tale da determinare la rottura del matrimonio". A giudizio del marito, invece, la motivazione sul punto era "illogica laddove esclude l'efficienza causale della relazione adulterina" sul loro menage. La Prima civile però gli ha dato torto, contestando "l'equazione posta tra l'obbligo di fedeltà e la rottura del matrimonio che ne sarebbe l'ineludibile corollario", anche perché la dinamica storica della relazione, con i suoi alti e bassi, tradimenti e riconciliazioni, può essere esaminata e valutata solo davanti al giudice di merito che nella fattispecie ha soppesato correttamente gli elementi agli atti. Il fatto è che "nonostante l'esperienza extraconiugale vissuta dalla moglie, aveva mandato avanti il matrimonio per altri sei anni". Dunque, dal tradimento della consorte - che non aveva portato subito all'inevitabile conseguenza della rottura del matrimonio - non ci si può aspettare alcun diritto all'esonero dell'assegno di mantenimento. E sotto questo profilo, tra l'altro, poco importa che la moglie sia titolare di un immobile valutato 160 mila euro e il marito versi in difficoltà economiche. In questo caso il perdono nei confronti del traditore ha avuto sicuramente riflessi processuali e non soltanto morali, e si rivela, pertanto, un'arma a doppio taglio perché se da una parte può salvare un matrimonio dall'altra può pregiudicare l'esito di una sentenza di separazione. Il presupposto dell'addebito è rappresentato dal nesso causale che deve intercorrere tra la violazione dei doveri coniugali e la crisi dell'unione familiare, che va accertato verificando se la relazione extraconiugale, che di regola si presume causa efficiente di situazione d'intollerabilità

della convivenza rappresentando violazione particolarmente grave, non risulti comunque priva di efficienza causale, siccome interviene in un menage già compromesso, ovvero perché, nonostante tutto, la coppia ne abbia superato le conseguenze recuperando un rapporto armonico (cfr. Cassazione n. 8512/2006 - Cassazione n. 25618/2007). Certamente tale efficienza causale, a parer della Suprema Corte, dovrà escludersi quando l'adulterio sia stato successivamente superato dagli stessi coniugi con la ripresa di una serena vita familiare. In tali ipotesi non potrà certamente considerarsi addebitabile la separazione al coniuge adultero, se non ricorrono altri fatti lesivi dei doveri matrimoniali.

Talvolta, il tradimento è postumo ad una crisi coniugale già in atto e rappresenta nient'altro che la manifestazione più eclatante di una situazione di intollerabilità della prosecuzione della convivenza. Incombe il dovere posto ripetutamente dalla giurisprudenza a carico del giudice del merito di procedere ad un accertamento rigoroso e ad una valutazione complessiva del comportamento di entrambi i coniugi, onde stabilire se l'infedeltà di un coniuge (come in genere ogni altro comportamento contrario ai doveri del matrimonio) possa essere rilevante al fine dell'addebitabilità della separazione, essendo stata causa o concausa della frattura del rapporto coniugale, ovvero se non risulti aver spiegato concreta incidenza negativa sull'unità familiare e sulla prosecuzione della convivenza. Infatti una valutazione globale e comparativa dei comportamenti dei coniugi permette di riscontrare se e quale rilevanza essi abbiano avuto, nel verificarsi della crisi matrimoniale (la Cassazione civile, sezione I, 14 novembre 2001, n. 14162 ha confermato la pronuncia della Corte territoriale che aveva escluso ai fini dell'addebito che l'allontanamento del coniuge dall'abitazione familiare, in presenza di una stabile relazione extraconiugale dell'altro coniuge, abbia avuto incidenza sulla crisi matrimoniale).

Mariella Orlando

Il tema di I.V.A. sulla T.I.A., è competente il giudice ordinario.

Corte di cassazione, Sezioni Unite, sentenza del 28 gennaio 2011, n. 2064.

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 2064 del 2011, hanno chiarito la dibattuta questione concernente la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario nei procedimenti in cui si controverta sulla restituzione dell'I.V.A. indebitamente pagata sulla T.I.A.

In particolare un contribuente - sulla base della sentenza 238/2009 della Corte costituzionale, con la quale la Consulta, nell'affermare la natura di obbligazione tributaria della T.I.A., ne ha escluso il suo assoggettamento a I.V.A., non essendo possibile applicare un tributo (l'I.V.A.) su un altro tributo (la T.I.A.) - proponeva ricorso dinanzi a un giudice di pace di Venezia per chiedere la restituzione, da parte del locale Agente della riscossione, della somma da lui indebitamente corrisposta a titolo di I.V.A. a seguito del pagamento della T.I.A. Il contribuente, in corso di causa, proponeva ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, ai sensi dell'articolo 41 del Codice di procedura civile, al fine di ottenere dalle Sezioni Unite della Cassazione una decisione preventiva e definitiva sulla questione di giurisdizione, ritenendo corretta la propria scelta a favore del giudice ordinario.

Arrivata la questione all'esame delle Sezioni Unite, queste hanno stabilito la giurisdizione del giudice ordinario. In particolare, secondo la Corte, poiché il soggetto passivo nel rapporto tributario in materia di I.V.A. è il cedente e non il cessionario, le controversie in ordine al rapporto di rivalsa fra cedente e cessionario non attengono al rapporto tributario e, pertanto, esulano dalle attribuzioni giurisdizionali delle Commissioni tributarie - come delineate dall'articolo 2 del decreto legislativo n. 546/1992 - per rientrare invece in quelle del giudice ordinario (Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 6632/2003).

Inoltre, continuano i giudici di legittimità, la controversia in questione non riguarda un rapporto tributario tra contribuente e Amministrazione finanziaria, ma un rapporto di natura privatistica tra soggetti privati, che comporta un mero accertamento incidentale in ordine all'ammontare dell'imposta applicata in misura contestata¹.

Tale principio resta valido anche quando, come nel caso in esame, il debito I.V.A. venga contestato nella sua interezza, trattandosi infatti "... di una controversia tra privati, alla quale resta estraneo l'esercizio del potere impositivo sussumibile nello schema potestà - soggezione, proprio del rapporto tributario (Cassazione, Sezioni Unite n. 15031/2009)". Ciò in quanto, "... nelle controversie tra privati, che abbiano ad oggetto la richiesta di rimborso di una imposta che si assume essere stata indebitamente pretesa dalla controparte. Il giudice ordinario competente ha sempre il potere di sindacare in via incidentale la legittimità dell'atto impositivo ove sia presupposto e di disapplicarlo, ovvero di disporre la sospensione del giudizio, ai sensi dell'articolo 295 c.p.c., in caso di contemporanea pendenza del giudizio tributario (Cassazione, Sezioni Unite 15032/2009)".

Al riguardo, la Corte suprema ricorda che il sistema costituzionale della giurisdizione è informato al primato della giurisdizione ordinaria, con la conseguenza che le controversie relative all'indebito pagamento dei tributi seguono la regola della devoluzione alla giurisdizione "speciale" del giudice tributario soltanto al ricorrere di due circostanze:

- 1) quando si deve impugnare uno degli atti previsti dall'articolo 19 del decreto legislativo n. 546/1992;
- 2) quando il convenuto in senso formale è uno dei soggetti indicati nell'articolo 10 dello stesso decreto legislativo.

In sostanza, quando la controversia ha luogo tra due soggetti privati, in mancanza di un provvedimento che sia impugnabile soltanto dinanzi al giudice tributario, il giudice ordinario si riappropria della giurisdizione, a nulla rilevando la circostanza che la decisione debba passare attraverso l'interpretazione di una norma tributaria.

Ritornando al caso in esame, il fatto che il diritto di rivalsa - esercitato dall'Agente della riscossione nei confronti del ricorrente - sia previsto da una norma tributaria non trasforma il rapporto tra soggetti privati in un rapporto tributario, di tipo pubblicistico, che implica invece l'esercizio di un potere impositivo.

In altri termini, quando manca un soggetto investito di potestà impositiva, intesa in senso lato, viene meno anche il rapporto tributario; così come se manca un provvedimento che sia espressione di tale potere non si configura la speciale giurisdizione tributaria che, per definizione, ha origine dal contrasto rispetto a una concreta e autoritativa pretesa impositiva.

In conclusione, per la Cassazione la giurisdizione appartiene al giudice ordinario in quanto si tratta di rapporti privatistici, in cui è possibile intravedere un'ipotesi di indebito arricchimento (ex articolo 2041 c.c.).

Il regime fiscale di riferimento.

Fin dalla sua comparsa nel panorama giuridico italiano, la Tariffa di Igiene Ambientale prevista dall'articolo 39 del decreto legislativo n. 22 del 1997 ha suscitato un ampio dibattito tra gli esperti del settore circa la sua natura e, di conseguenza, sull'applicabilità dell'I.V.A. e sulle diverse competenze gestionali. Nel corso dei primi anni di vigenza della nuova tipologia di prelievo per il servizio di igiene urbana, non si registrano rilevanti pronunce giurisprudenziali, anche per effetto del numero relativamente esiguo di Comuni che avevano ritenuto, in vigenza del regime transitorio, di applicare sperimentalmente la nuova tariffa. Con il passare del tempo ed aumentando

progressivamente i Comuni che ritengono di applicare sperimentalmente la nuova tariffa e, incominciarono a delineare una certa giurisprudenza che afferma la natura tributaria della tariffa e, di conseguenza, la non applicabilità dell'I.V.A. Negli anni successivi, pur proseguendo il dibattito sulla natura effettiva della T.I.A., non si afferma una chiara posizione giurisprudenziale. Si arriva così alla sentenza della Corte costituzionale n. 230 del 2009² con cui il giudice costituzionale, seppure in maniera incidentale, afferma in maniera chiara e con abbondanza di motivazioni la natura tributaria della T.I.A. e la conseguente non applicabilità dell'I.V.A. sul prelievo. La sentenza ha un impatto notevole nei confronti di tutti gli interessati: i rappresentanti dei consumatori, che sollecitano i contribuenti a richiedere l'I.V.A. versata e non dovuta; i Comuni e le aziende che si chiedono, da un lato come gestire il pregresso (versamenti e rimborsi I.V.A.) e, dall'altro, come gestire il futuro in assenza di un contesto normativo che regoli la gestione tributaria della tariffa. Anche la Suprema Corte di cassazione si pronuncia con due sentenze: n. 17526 del 2007 e n. 8313/2010 ove sostiene la natura tributaria della T.I.A., così adeguandosi a quanto già disposto dalla Corte costituzionale³.

Il legislatore, contemporaneamente, invece di risolvere i problemi gestionali posti dalla riconosciuta natura tributaria della T.I.A., ha ritenuto di procedere attraverso un'interpretazione autenticata che appare di segno contrario, sia pure con riferimento alla sola "nuova" T.I.A.. Infatti, nella manovra estiva con il comma 33 dell'articolo 14, del decreto legge n. 78 del 2010, si stabilisce che "le disposizioni di cui all'articolo 238 del decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, si interpretano nel senso che la natura della tariffa ivi prevista non è tributaria. Le controversie relative alla predetta tariffa, sorte successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria".

Appare evidente che l'interpretazione recata dal decreto legge n. 78 non comporterebbe in sé alcun effetto pratico, se non sui rapporti insorti "successivamente all'entrata in vigore" della norma in materia di "nuova" T.I.A., che al momento dell'emanazione del decreto non aveva ancora concreta attuazione, in assenza del regolamento di cui all'articolo 238, comma 6. L'interpretazione in questione si limita, in sostanza, ad affermare la natura di corrispettivo di un tipo di prelievo non ancora attivato, sul quale la citata sentenza Corte costituzionale n. 238/2009 si era espressamente astenuta dal pronunciarsi.

La circolare del M.E.F. dell'11 novembre 2010. In assenza di una norma legislativa chiarificatrice,

è intervenuta la circolare del M.E.F. dell'11 novembre scorso con la quale il Dipartimento delle finanze stabilisce per via analogica la natura non tributaria della Tariffa ex decreto legislativo n. 22 del 1997 ed ammette l'applicazione della nuova Tariffa Igiene Ambientale ex decreto legislativo n. 152 del 2006 a partire dal 2010.

La circolare non prende in considerazione le principali pronunce giurisprudenziali. Vengono ignorate sia la sentenza della Corte costituzionale 238/2009, insieme alle successive ordinanze della Corte, sia la sentenza, a Sezioni Unite, della Suprema Corte di cassazione n. 8313/2010. La pronuncia ministeriale non entra nel merito delle possibili obiezioni di illegittimità costituzionale rivolte da diversi commentatori all'interpretazione autenticata contenuta nel comma 33 dell'articolo 14 del decreto legge 78/2010.

L'interpretazione autenticata in questione viene, anzi, riferita in maniera analogica alla T.I.A. ex decreto legislativo n. 22/1997, generandosi così un possibile contrasto con le sentenze citate e con i principi generali dell'ordinamento tributario. In effetti, la principale argomentazione adottata dal M.E.F. consiste nella constatazione che la "T.I.A.2 (tariffa ex decreto legislativo n. 152/2006) può in essere regolata dalla disposizione inerente la T.I.A.1 (tariffa ex decreto legislativo n. 22/1997), circostanza che "conduce a concludere che i prelievi presentano analoghe caratteristiche e che la volontà del legislatore è stata, con l'articolo 14, comma 33, anche quella di dare nuova veste alla T.I.A.1, nelle more dell'emanazione del regolamento di cui all'articolo 23, comma 6. Pertanto, se alla luce delle nuove disposizioni i due prelievi sono regolati ormai dalle stesse fonti normative, non appare razionale attribuire alla T.I.A.1 una natura giuridica diversa da quella della T.I.A.2. Di conseguenza, se la T.I.A.2 ha natura di corrispettivo, ed in quanto tale è assoggettabile all'I.V.A., non può affermarsi diversamente per la T.I.A.1".

La circolare inoltre afferma la legittimità dell'applicazione della T.A.R.S.U. sottolineando che il comma 1 dell'articolo 238, nell'individuare l'applicabilità delle "discipline regolamentari vigenti" nelle more dell'emanazione del regolamento di cui al comma 6, si riferisce a "regolamenti di applicazione della Tarsu e della T.I.A.". Il Dipartimento delle finanze con la circolare citata stabilisce che: i comuni che hanno in essere regolamenti già approvati e che avevano introdotto la Tarsu, ed in via sperimentale la T.I.A.1, conservano sostanzialmente la medesima caratteristica della ex Tariffa Rifiuti Solidi Urbani e pertanto, essendo la T.I.A.1 un'estensione dalla T.A.R.S.U., debbano assoggettarla ad I.V.A., nella misura del

10%; i Comuni possono introdurre la T.I.A.2 in quanto non sono stati emanati i regolamenti previsti. In ogni caso, sia la T.I.A.1 che la T.I.A.2, non sono da considerarsi quali tariffe tributarie e pertanto le stesse sono soggette ad I.V.A. in quanto riconducibili ad un servizio. Rimane aperta la possibilità di richiedere il rimborso di quanto addebitato a titolo di I.V.A. negli anni precedenti e la non applicabilità del tributo per gli anni post richiesta di rimborso.

La circolare, ovviamente, non ha alcun valore cogente sui comportamenti dei contribuenti delle Amministrazioni locali, ma esprime esclusivamente un punto di vista del Ministero.

Dal lato degli Enti locali, la mancanza di un provvedimento normativo coerente con il contesto dalla giurisprudenza costituzionale crea una situazione di inaccettabile instabilità.

Non è procrastinabile un intervento normativo che affronti i temi sollevati dalla sentenza Corte costituzionale n. 238 del 2009 e dal concreto contesto operativo nel quale i Comuni sono chiamati ad assicurare, anche in condizioni molto differenziate tra i diversi territori, un servizio di vitale importanza per il benessere della collettività locale, al fine di salvaguardare il sistema di copertura dei costi sostenuti sia nelle situazioni di migliore performance, che nei casi che ancora faticano ad adeguarsi a standard più avanzati. Agli stessi fini, appare altrettanto urgente pervenire ad un disegno applicativo sostenibile del trattamento fiscale dei rifiuti cosiddetti assimilabili.

Si tratta di interventi che - in attuazione o in superamento delle previsioni recanti dal Codice dell'ambiente su questi argomenti - non possono che inquadarsi nel più generale processo di attuazione del federalismo fiscale, in coerenza con i principi di responsabilità che ne costituiscono il presupposto e con gli inderogabili criteri di sostenibilità economico-finanziaria e gestionale, senza i quali l'equilibrio delle Amministrazioni locali può risultare gravemente compromesso, non soltanto con riferimento allo specifico servizio o di igiene urbana.

¹ Cassazione, Sezioni Unite, sentenza 2775/2007.

² La Corte ha ritenuto, infatti, ininfluenza la circostanza che la disciplina della T.I.A., contenuta nell'articolo 238 del decreto legislativo n. 152/2006 (recante Norme in materia ambientale) definisca l'obbligazione come "tariffa", costituita da un "corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani", prevedendo che è tenuto al pagamento della tariffa, "chiunque possieda o detenga a qualsiasi titolo locali, o aree scoperte ad uso privato o pubblico non costituenti accessorio o pertinenza dei locali medesimi, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale, che producano rifiuti urbani". La pronuncia della Corte ha aperto la strada ai privati cittadini che sono rimasti incisi dall'I.V.A., per chiedere al Comune o all'azienda di servizi di cui sia avale il Comune, il rimborso di quanto indebitamen-

te versato. Senza considerare che nel frattempo Comuni e aziende continuano ad applicare l'I.V.A. sulla tariffa, talché, oltre alla richiesta di rimborso, i cittadini diffidano il Comune o la società comunale nel perseverare nella richiesta.

³ La giurisprudenza tributaria non si è ancora stabilizzata dopo la sentenza della Corte costituzionale e si possono reperire decisioni contrastanti in materia: La Corte dei conti, con il parere della sezione del Piemonte 65/2010 ha invece pienamente condiviso la tesi della Corte di cassazione e Corte costituzionale. Il giudice di pace il 18 settembre 2009 ha condannato l'azienda di servizi del comune di Venezia al rimborso a un cittadino di 67,36 euro a titolo di I.V.A. non dovuta oltre alle spese di giudizio per 230,00 euro; - la Commissione tributaria provinciale di Reggio Emilia, con la sentenza n. 27/2010 depositata in segreteria il 15 febbraio 2010, si è uniformata al principio sancito dalla Corte costituzionale, condannando l'ente che gestisce il servizio rifiuti al rimborso; viceversa, la Commissione tributaria regionale di Firenze, con sentenza n. 27 del 19 gennaio 2010 ha ritenuto legittimo l'assoggettamento a I.V.A. della tariffa, posto che l'ente gestore non è un Comune bensì una società commerciale (di emanazione del Comune) e dunque i servizi resi sarebbero senz'altro commerciali. Una decisione, quest'ultima, che lascia perplessi poiché non conforme alle conclusioni della Corte costituzionale, che nella propria sentenza non ha in alcun modo fatto riferimento ai soggetti che erogano la prestazione, ma ai contenuti della stessa, i quali, ciò è indubitabile, non si modificano affatto nei presupposti, nelle caratteristiche e nelle modalità di determinazione, a seconda che siano svolti da un ente pubblico ovvero da una società commerciale.

Giuseppina Romano

Circolazione abusiva del veicolo sottoposto a sequestro.

Cassazione penale, Sezioni Unite, n. 1963 ud. 28 ottobre 2010 depositato del 21 gennaio 2011.

La condotta del custode o del proprietario che circola abusivamente, alla guida di un veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, integra esclusivamente l'illecito amministrativo previsto dal comma quarto dell'articolo 213 Codice della strada e non anche il delitto previsto dall'articolo 334 del Codice penale. Lo ha stabilito la Suprema Corte di cassazione nella pronuncia, a Sezioni Unite, n. 1963 del 28 ottobre 2010 depositata in data 21 gennaio 2011.

Le Sezioni Unite, - dopo aver ribadito che il principio di specialità posto dall'articolo 9 della legge n. 689 del 1981, quale criterio di soluzione dell'eventuale concorso tra norme penali incriminatrici e norme amministrative sanzionatorie, presuppone il confronto strutturale tra le rispettive fattispecie astratte - hanno affermato che l'articolo 213, comma quarto, Codice della strada, che punisce con la sanzione amministrativa l'abusiva circolazione del veicolo sottoposto a sequestro amministrativo, deve ritenersi speciale rispetto all'articolo 334 Codice penale, nel quale è configurato invece il delitto di sottrazione da parte del custode o del proprietario di beni di cui è stato disposto il sequestro penale o amministrativo. Il caso origina dal ricorso proposto dal Procuratore Generale della Repubblica presso la

Corte di Appello di Napoli avverso la sentenza 14 ottobre 2009 del GIP del Tribunale di Santa Maria Capua Vetere di non doversi procedere nei confronti dell'imputato, in ordine al delitto di cui all'articolo 334 c.p. Nella indicata sentenza, il GIP, aveva ritenuto che la condotta del prevenuto, colpevole di aver circolato abusivamente alla guida di un veicolo sottoposto a sequestro amministrativo ai sensi dell'articolo 213 Codice della strada, integrasse esclusivamente l'illecito amministrativo previsto dal comma 4 del medesimo articolo 213 e non anche il reato di cui all'articolo 334 c.p. La Sesta sezione penale della Corte di cassazione, investita della questione, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite. Nell'ordinanza di rimessione veniva delineato il contrasto giurisprudenziale, esistente sull'argomento, tra due diversi orientamenti. Uno, minoritario, secondo cui la descritta condotta integra soltanto l'ipotesi di violazione amministrativa prevista dal quarto comma dell'articolo 213 Codice della strada; l'altro, sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, che esclude che, nell'ipotesi in questione, possa ravvisarsi un concorso apparente di norme, ammettendo che il soggetto che circola alla guida di un veicolo sottoposto a sequestro amministrativo risponde sia ai sensi dell'articolo 213 Codice della strada sia ai sensi del 334 c.p. La questione sottoposta all'esame delle Sezioni Unite riguarda la soluzione del quesito se sia configurabile - nella condotta del custode del veicolo oggetto di sequestro amministrativo, ai sensi dell'articolo 213 Codice della strada, anche il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro (articolo 334 c.p.). Con l'avvertenza preliminare che il problema si pone esclusivamente quando l'agente sia anche proprietario e/o custode del veicolo; diversamente il problema del concorso non si pone perché le ipotesi disciplinate dal Codice penale si riferiscono solo a chi riveste tali qualità, si tratta cioè di reato proprio. Secondo le Sezioni Unite, preliminare all'esame della questione è una riflessione sul principio di specialità: sia in generale per quanto riguarda le fattispecie penali sia con riferimento al concorso tra norme penali e violazioni di natura amministrativa. Questo tema, per quanto riguarda il concorso tra norme penali, è disciplinato dall'articolo 15 c.p. secondo cui la legge o la disposizione di legge speciale deroga a quella generale, salvo che sia diversamente stabilito. Il concorso di norme tra fattispecie penali e violazioni amministrative (e quello tra norme che prevedono violazioni amministrative), è invece disciplinato dall'articolo 9 della legge 24 novembre 1981 n. 689, in base al quale se uno stesso fatto è punito da una disposizione penale e da una disposizione che preve-

de una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale. Si tratta di una norma innovativa perché, in precedenza, il principio generalmente accolto era quello del normale concorso tra sanzione penale e violazione amministrativa. Per ovvie ragioni il concorso tra disposizione penale e violazione amministrativa ha natura di concorso "eterogeneo" di norme.

La prima considerazione che si impone, analizzando l'articolo 9 della legge n. 689/1981, è che la stessa non prevede la "clausola di riserva". Altra rilevante differenza è che nel testo dell'articolo 9, a differenza dell'articolo 15 c.p. che parla di "stessa materia", si fa riferimento allo "stesso fatto". Si dubita, però, che con questa formula il legislatore abbia inteso fare riferimento alla specialità in senso concreto. Valgono infatti, nel caso di concorso tra fattispecie penali e violazioni di natura amministrativa, le medesime considerazioni espresse sulla necessità che il confronto avvenga tra le fattispecie tipiche astratte e non tra le fattispecie concrete. Secondo le Sezioni Unite, il caso in esame può risolversi solo attraverso un esame preliminare della struttura del reato e della violazione amministrativa del cui concorso si discute. Il problema del concorso apparente richiede, infatti, la previa verifica dell'esistenza di un'area, comune e sovrapponibile, tra le condotte descritte nelle norme concorrenti; diversamente, se le condotte tipiche fossero diverse, neppure si porrebbe il problema di cui ci si occupa. L'articolo 334 c.p. disciplina diverse ipotesi. Quella prevista dal primo comma può essere commessa solo da chi ha in custodia la cosa e si realizza con condotte alternative analiticamente indicate nella sottrazione, soppressione, distruzione, dispersione e deterioramento con lo scopo di favorire il proprietario della cosa. Il secondo comma prende invece in considerazione l'ipotesi in cui le condotte tipiche di cui sopra sono realizzate dal proprietario che sia anche custode. Entrambe le ipotesi previste dall'articolo 334 c.p. sono caratterizzate, rispetto all'ipotesi prevista dal Codice della strada, dalla circostanza che si tratta di reati "propri" che possano essere commessi esclusivamente dal custode (primo comma) o dal proprietario (secondo comma) mentre la condotta prevista dal quarto comma dell'articolo 213 Codice della strada può essere realizzata da "chiunque". L'articolo 213 Codice della strada contiene, inoltre, come elementi specializzanti rispetto al dettato dell'articolo 334 c.p. sia il fatto che la norma si riferisce al solo sequestro amministrativo sia il fatto che non ogni condotta descritta nell'articolo 334 c.p. viene in rilievo ma solo la condotta di chi "circola abusivamente".

La verifica che si impone secondo i giudici della



Suprema Corte, chiamata a giudicare a Sezioni Unite, è quella diretta ad accertare se una delle condotte descritte dalla norma del Codice penale sia sovrapponibile alla condotta di chi circola abusivamente; se cioè, la circolazione abusiva realizza anche uno dei fatti tipici descritti nell'articolo 334. Ritengono le Sezioni Unite che tale corrispondenza e sovrapposizione si verifica solo per la condotta di sottrazione di talché non si porrebbe neanche un problema di concorso apparente di norme nelle ipotesi di soppressione, distruzione, dispersione e neppure nelle ipotesi di deterioramento che, alcune decisioni di legittimità hanno invece preso in considerazione. Conformemente con quanto già sostenuto dalla prevalente giurisprudenza di legittimità anche la sola *amotio*, secondo le Sezioni Unite, realizza la condotta di sottrazione. Si è infatti osservato (Cassazione, sezione VI, 28 novembre 2007 n. 2163, Ferreri, rv. 238477) che "lo spostamento non più controllabile dal luogo di custodia, integra la condotta di 'sottrazione', perché il bene esce dalla sfera giuridica propria della procedura ablatoria ed entra in quella di fatto e privatistica dell'utilizzatore, sia esso il proprietario o il custode, con conseguente incidenza negativa sulla regolarità della procedura". Va però precisato che deve trattarsi di una condotta effettivamente lesiva non soltanto della disponibilità del bene ma anche dell'esercizio dei poteri di controllo esercitati dall'autorità giudiziaria o dall'autorità amministrativa e, cioè, di un uso incompatibile con le finalità del sequestro (non deve trattarsi, in altri termini, di un semplice spostamento del veicolo da un luogo all'altro senza che lo stesso venga sottratto alla possibilità di esercizio di siffatti poteri).

Alla luce delle esposte considerazioni le Sezioni Unite, hanno ritenuto la sussistenza, nel caso di specie, della sola violazione amministrativa prevista dall'articolo 213 del Codice della strada. A meno che non risulti che il legislatore abbia inte-

so affiancare la sanzione amministrativa a quella penale, l'interprete deve privilegiare l'interpretazione che valorizza la specialità. A maggior ragione si impone l'applicazione del principio di specialità quando la violazione amministrativa, come nel caso in esame, costituiva precedentemente reato (la depenalizzazione è avvenuta in forza dell'articolo 19, comma 5, decreto legislativo n. 30 dicembre 1999 n. 507) perché, in questo caso, è ancora più evidente l'intenzione del legislatore di affidare la disciplina del caso alle sole norme che disciplinano l'illecito amministrativo.

L'articolo 213 Codice della strada contiene due elementi specializzanti: la circolazione abusiva e la natura amministrativa del sequestro. Si tratta di elementi specializzanti per specificazione perché entrambi sono già ricompresi nella fattispecie tipica dell'articolo 334 c.p. e non si aggiungono al fatto descritto nella norma codicistica. C'è, però, nell'articolo 213 Codice della strada, un ulteriore elemento specializzante "per aggiunta" costituito dalla circostanza che la violazione amministrativa può essere commessa da "chiunque"; il che vuol dire che l'illecito può essere commesso - in aggiunta ai soggetti indicati nell'articolo 334 c.p. - anche da persone che non hanno quelle qualità. La conclusione cui sono giunte le Sezioni Unite è che l'articolo 213, comma 4, Codice della strada deve essere ritenuta norma speciale ai sensi dell'articolo 9, comma primo, legge 24 novembre 1981 n. 689 (ma lo sarebbe anche con l'applicazione dell'articolo 15 Codice penale) con la conseguenza che il concorso con l'articolo 334 c.p. - limitatamente alla condotta di chi circola abusivamente con il veicolo sottoposto a sequestro amministrativo in base alla medesima norma - deve essere ritenuto solo apparente. Ciò implica che nel caso sottoposto al supremo vaglio delle Sezioni Unite sarà applicabile soltanto la violazione amministrativa prevista dall'articolo 213, comma quarto, Codice della strada.

Dottrina

Barbara Barbato

Brevi osservazioni sulle novità del cd. collegato lavoro, con particolare riferimento all'abolizione dell'obbligatorio tentativo di conciliazione nel processo del lavoro.

Dopo un travagliato iter parlamentare durato circa due anni e dopo il rinvio alle Camere da parte del Presidente della Repubblica per il riesame di alcuni provvedimenti in essa contenuti, è stata definitivamente approvata la legge 4 novembre 2010, n. 183, il cd. collegato lavoro.

La norma, che consta di 50 articoli, è stata pubblicata sul supplemento n. 243 della Gazzetta Ufficiale n. 262 del 4 novembre 2010 ed è entrata in vigore in data 24 novembre 2010. Il provvedimento contiene molte innovazioni in materia di lavoro, previdenza e legislazione sociale, nonché misure contro il lavoro sommerso, modifiche in tema di accesso ispettivo, potere di diffida e verbalizzazione unica, di certificazione del contratto di lavoro, di apprendistato, di orario di lavoro, di contratto a tempo determinato ecc. In ogni caso le novità di maggior rilievo per gli operatori del mondo del lavoro attengono alla nuova disciplina della conciliazione, da una parte, con l'abolizione del tentativo obbligatorio di conciliazione, quale condizione di procedibilità per proporre un giudizio in materia di diritto di lavoro e dall'altra, con l'introduzione di un'ampia regolamentazione dell'arbitrato per affidare le controversie di lavoro a soggetti terzi, differenti dal giudice del lavoro. Prima del collegato lavoro, chi voleva instaurare un procedimento dinanzi all'autorità giudiziaria era tenuto a richiedere la convocazione delle parti avanti una commissione di conciliazione istituita presso la competente Direzione provinciale del lavoro e ciò al fine di verificare in tale sede la possibilità di transigere la controversia stragiudizialmente. L'omissione di tale procedura determinava l'improcedibilità del ricorso proposto. In particolare, il tentativo obbligatorio di conciliazione fu introdotto nel nostro ordinamento essenzialmente con un intento deflattivo, per evitare l'eccessivo affollamento delle aule giudiziarie. Tuttavia, a distanza di diversi anni l'obiettivo che si era prefisso il legislatore del decreto legislativo n. 80/1998 non si è realizzato.

I motivi di tale fallimento sono stati tanti:

1) in molte province, per gli eccessivi carichi di lavoro, la Commissione o i collegi non riuscivano a rispettare i termini di legge per il suo espletamento, con la conseguenza che la parte attrice

presentava la domanda giudiziale senza averlo di fatto preliminarmente svolto;

2) in alcune realtà, anche perché non è previsto alcun tipo di compenso per i suoi componenti, nemmeno a titolo di rimborso delle spese sostenute, la Commissione non sempre raggiungeva il numero legale per la validità delle sue riunioni;

3) pur essendo previsto dalla legge che il giudice valutasse ai fini delle spese il comportamento tenuto dalle parti, nel corso dello svolgimento del tentativo, molto frequentemente la parte convenuta - di solito l'azienda (o l'Ente) - sceglieva strategicamente di non presenziare al suo espletamento; il dato statistico nazionale di questo fenomeno è stato stimato intorno al 25% e cresce sensibilmente in riferimento ai datori di lavoro pubblici, rasentando il 50% per le Pubbliche Amministrazioni;

4) frequentemente il ruolo della Commissione e/o del Collegio veniva svolto in maniera "notarile", nel senso che essi si limitavano esclusivamente a registrare le posizioni espresse dalle parti, non formulando proposte conciliative per la composizione della lite;

di conseguenza, il tentativo obbligatorio di conciliazione era di fatto divenuto soltanto un mero passaggio burocratico, che appesantiva, piuttosto che snellire, l'iter procedurale e che si attivava solo perché era obbligatorio farlo;

5) superfluo evidenziare, al riguardo, le irrisorie percentuali di conciliazioni che effettivamente si concludevano.

Con il collegato lavoro, dunque, si è preso atto del mancato raggiungimento dell'obiettivo che il legislatore si era prefisso ed è stato ripensato nuovamente il sistema delle conciliazioni stragiudiziali. Oggi, dunque, si prevede che l'esperimento del tentativo di conciliazione sia rimesso alla volontà dell'istante e l'eventuale omissione dell'esperimento della procedura conciliativa non avrà alcun effetto sul successivo giudizio di merito.

L'unica ipotesi in cui il tentativo di conciliazione rimane obbligatorio riguarda i contratti di lavoro certificati dalle apposite commissioni, ai sensi dell'articolo 80 della legge Biagi (decreto legislativo n. 276/2003). Inoltre, per effetto della espressa abrogazione degli articoli 65 e 66 decreto legislativo n. 165/2001, scompare l'organismo deputato all'espletamento del tentativo di conciliazione per i lavoratori pubblici (il Collegio di conciliazione), con la conseguenza che - con il nuovo regime - se vi sarà volontà di attivare un tentativo di conciliazione per un rapporto di lavoro pubblico, dovrà anch'esso essere esperito innanzi la Commissione di conciliazione, che rimarrà, dunque, l'unico organismo collegiale preposto all'espletamento dei tentativi (facoltativi) in parola.

La Commissione di conciliazione, poi, cambia anche nella sua composizione: anzitutto, la sua presidenza potrà essere affidata, oltre che al direttore della DPL o ad un suo delegato - come in passato - anche ad un magistrato a riposo: quest'ultima appare una previsione finalizzata a dare maggior prestigio ad un organismo che potrà essere chiamato anche a funzioni arbitrali.

Ma soprattutto, si modifica radicalmente il meccanismo di individuazione della rappresentatività sindacale nel suo seno: mentre in passato, infatti, la composizione della commissione era basata sul criterio della rappresentanza comparativamente maggiore su base nazionale, la nuova normativa prevede che l'organismo debba comporsi delle organizzazioni ed associazioni comparativamente più rappresentative su base territoriale.

In tale ottica, in conseguenza dell'entrata in vigore della legge 183/2010, le Direzioni provinciali del lavoro dovranno procedere tempestivamente a rifare le indagini di rappresentatività sindacale su base territoriale, secondo criteri già a suo tempo indicati per la ricostituzione dei comitati Inps. Il legislatore, quindi, nel riformulare l'istituto e, quindi, il dettato normativo dell'articolo 410 c.p.c., definisce, da un lato, quali devono essere i suoi contenuti in caso di proposizione dell'istanza, sulla falsariga di quello che già era previsto per il pubblico impiego (articolo 63 del decreto legislativo n. 165/2001), e sottrae, dall'altro, all'istituto lo status di condizione di procedibilità della domanda. Quindi, chi intenderà far valere i propri diritti in materia di rapporto di lavoro potrà, e non più dovrà, esperire il tentativo di conciliazione: ciò riconduce entro l'ambito dell'autonomia privata la scelta in ordine alle modalità di risoluzione delle controversie di lavoro, nella forma di una conciliazione stragiudiziale ovvero nella forma tradizionale del ricorso diretto all'autorità giudiziaria. Tale opzione diventa ancora più evidente nella materia dei licenziamenti, per la quale il collegato costruisce una tempistica più stringente, il doppio binario (ricorso giurisdizionale oppure tentativo di conciliazione o arbitrato) e ne rimette la valutazione al lavoratore, entro il termine di 270 giorni dall'impugnazione dell'atto di recesso, pena la decadenza dall'esercizio dell'azione per la sopravvenuta inefficacia dell'impugnazione stessa del licenziamento (nuovo comma [2°] inserito nell'articolo 6 della legge n. 604/1966).

Pertanto, la nuova formulazione degli articoli 410 e 411 del Codice di procedura civile, adesso recita: *Articolo 410 (Tentativo di conciliazione).*

- Chi intende proporre in giudizio una domanda relativa ai rapporti previsti dall'articolo 409 può promuovere, anche tramite l'associazione sinda-

cale alla quale aderisce o conferisce mandato, un previo tentativo di conciliazione presso la Commissione di conciliazione individuata secondo i criteri di cui all'articolo 413.

La comunicazione della richiesta di espletamento del tentativo di conciliazione interrompe la prescrizione e sospende, per la durata del tentativo di conciliazione e per i venti giorni successivi alla sua conclusione, il decorso di ogni termine di decadenza. Le commissioni di conciliazione sono istituite presso la Direzione provinciale del lavoro. La commissione è composta dal direttore dell'ufficio stesso o da un suo delegato o da un magistrato collocato a riposo, in qualità di presidente, da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei datori di lavoro e da quattro rappresentanti effettivi e da quattro supplenti dei lavoratori, designati dalle rispettive organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. Le commissioni, quando se ne ravvisi la necessità, affidano il tentativo di conciliazione a proprie sottocommissioni, presiedute dal direttore della Direzione provinciale del lavoro o da un suo delegato, che rispecchino la composizione prevista dal terzo comma. In ogni caso per la validità della riunione è necessaria la presenza del presidente e di almeno un rappresentante dei datori di lavoro e almeno un rappresentante dei lavoratori.

La richiesta del tentativo di conciliazione, sottoscritta dall'istante, è consegnata o spedita mediante raccomandata con avviso di ricevimento. Copia della richiesta del tentativo di conciliazione deve essere consegnata o spedita con raccomandata con ricevuta di ritorno a cura della stessa parte istante alla controparte. La richiesta deve precisare:

- 1) nome, cognome e residenza dell'istante e del convenuto; se l'istante o il convenuto sono una persona giuridica, un'associazione non riconosciuta o un comitato, l'istanza deve indicare la denominazione o la ditta nonché la sede;
- 2) il luogo dove è sorto il rapporto ovvero dove si trova l'azienda o sua dipendenza alla quale è addetto il lavoratore o presso la quale egli prestava la sua opera al momento della fine del rapporto;
- 3) il luogo dove devono essere fatte alla parte istante le comunicazioni inerenti alla procedura;
- 4) l'esposizione dei fatti e delle ragioni posti a fondamento della pretesa.

Se la controparte intende accettare la procedura di conciliazione, deposita presso la Commissione di conciliazione, entro venti giorni dal ricevimento della copia della richiesta, una memoria contenente le difese e le eccezioni in fatto e in diritto, nonché le eventuali domande in via riconvenzio-

nale. Ove ciò non avvenga, ciascuna delle parti è libera di adire l'autorità giudiziaria. Entro i dieci giorni successivi al deposito, la commissione fissa la comparizione delle parti per il tentativo di conciliazione, che deve essere tenuto entro i successivi trenta giorni. Dinanzi alla commissione il lavoratore può farsi assistere anche da un'organizzazione cui aderisce o conferisce mandato.

La conciliazione della lite da parte di chi rappresenta la pubblica amministrazione, anche in sede giudiziale ai sensi dell'articolo 420, commi primo, secondo e terzo, non può dar luogo a responsabilità, salvi i casi di dolo e colpa grave.

2. Il tentativo di conciliazione di cui all'articolo 80, comma 4, del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276, è obbligatorio.

Articolo 411 (Processo verbale di conciliazione).

- Se la conciliazione esperita ai sensi dell'articolo 410 riesce, anche limitatamente ad una parte della domanda, viene redatto separato processo verbale sottoscritto dalle parti e dai componenti della commissione di conciliazione. Il giudice, su istanza della parte interessata, lo dichiara esecutivo con decreto.

Se non si raggiunge l'accordo tra le parti, la Commissione di conciliazione deve formulare una proposta per la bonaria definizione della controversia. Se la proposta non è accettata, i termini di essa sono riassunti nel verbale con indicazione delle valutazioni espresse dalle parti. Delle risultanze della proposta formulata dalla commissione e non accettata senza adeguata motivazione il giudice tiene conto in sede di giudizio.

Ove il tentativo di conciliazione sia stato richiesto dalle parti, al ricorso depositato ai sensi dell'articolo 415 devono essere allegati i verbali e le memorie concernenti il tentativo di conciliazione non riuscito. Se il tentativo di conciliazione si è svolto in sede sindacale, ad esso non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 410. Il processo verbale di avvenuta conciliazione è depositato presso la Direzione provinciale del lavoro a cura di una delle parti o per il tramite di un'associazione sindacale. Il direttore, o un suo delegato, accertatane l'autenticità, provvede a depositarlo nella cancelleria del tribunale nella cui circoscrizione è stato redatto. Il giudice, su istanza della parte interessata, accertata la regolarità formale del verbale di conciliazione, lo dichiara esecutivo con decreto.

Non vi è dubbio che dalla lettura della novella legge si evidenzia una patente sua illogicità:

- da un lato, l'abrogazione (come si è detto nell'ambito del processo del lavoro) dell'obbligatorio preventivo tentativo di conciliazione;

- dall'altro, l'introduzione del tentativo obbligatorio di conciliazione prevista (a decorrere dal 20

marzo 2011, ma con obbligo già dal 20 marzo del 2010 di informare la clientela) dal decreto legislativo n. 28/2010. Dalla evidenziata illogicità, diviene spontanea la seguente domanda: il legislatore ha realmente considerato la strada della conciliazione come un valido strumento per la risoluzione della controversie e, quindi, mezzo deflattivo per queste ultime o, al contrario, la ritiene solo una dispendiosa deviazione sull'iter che porta ad una pronuncia giudiziale? Ciò non è ancora possibile affermarlo con certezza, in quanto, a parere di chi scrive, il legislatore, con gli ultimi interventi, ha dato prova di una sua evidente indecisione sul punto. Il legislatore, infatti, da un lato ha optato per il declassamento del mezzo conciliativo ad una mera facoltà del lavoratore, che intende agire in giudizio, dall'altro, ne ha reso imprescindibile l'utilizzo in larga parte nei contenziosi civili, prevedendo il suo necessario esperimento quale condizione per l'avvio dell'azione. È palese che tale riforma testimoni l'incoerenza sistematica del legislatore che se, da un lato, boccia la validità di uno strumento rivelatosi, nell'ambito delle controversie di lavoro, inidoneo al suo scopo, dall'altro, ne sancisce la obbligatorietà in una vastissima platea di cause civili, suscitando ovvie perplessità sulla reale possibilità, per tale misura, di garantire un effettivo alleggerimento dei carichi pendenti sugli uffici giudiziari. La dinamica fattuale dimostrerà se l'opera riformatrice del legislatore, seppur globalmente contraddittoria, sarà in grado di riportare i tempi della giustizia civile nell'ambito di un "giusto processo".

In conclusione, non credo che la mediazione obbligatoria, per i procedimenti civili, avrà effetto deflattivo sugli stessi, così come, non ha avuto effetto deflattivo, per i trascorsi tredici anni, il tentativo obbligatorio di conciliazione nei processi di lavoro. Inoltre è da chiedersi: è costituzionale il demandare la risoluzione di problemi giurisdizionali a "consorterie private", in luogo di organi istituzionali all'uopo preposti?

Sarà certamente la Corte costituzionale a risolvere tale questione.

Giovanni Capo

Mediazione finalizzata alla conciliazione e rapporti societari.

1. Premessa.

L'articolo 23, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 - regolante il procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie in materia civile e commerciale vertenti su diritti disponibili in attuazione della delega contenuta nell'articolo 60, legge 19 giugno 2009, n. 69 - nell'a-

brogare gli articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 (comma 1), che nel contesto della disciplina intesa alla definizione dei procedimenti in materia di diritto societario costituivano il nucleo normativo dedicato alla conciliazione stragiudiziale dispone, altresì, che tutti i rinvii effettuati dalla legge agli stessi articoli debbano intendersi operati "alle corrispondenti disposizioni del presente decreto" (comma 2). In tale quadro di riferimenti, il tramonto del modello di conciliazione relativo alle vertenze insorte nel quadro dei rapporti societari, è soltanto formale: tale modello, che si atteggiava a percorso facoltativo di composizione delle medesime vertenze, infatti, per diversi aspetti costituisce il paradigma giuridico assunto a riferimento nella costruzione del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010, in coerenza, d'altro canto, con i principi ed i criteri direttivi indicati nella legge delega (articolo 60, comma 3, lettera c).

In definitiva, al di là dell'abrogazione delle norme che ne regolavano il funzionamento, sotto molteplici profili il modello della conciliazione delle controversie societarie - già mutuato nell'ambito della normativa in materia di contratti di affiliazione commerciale (articolo 7, legge 6 maggio 2004, n. 129), e di patti di famiglia (articolo 768 octies c.c.) - rivive oggi nell'impianto del decreto legislativo n. 28/2010, che ne amplia il respiro applicativo sino ad abbracciare l'intera gamma delle controversie civili e commerciali.

2. La fenomenologia delle controversie societarie.

Nel contesto della disciplina della mediazione intesa alla conciliazione, peraltro, non viene fatto alcuno specifico riferimento alla materia societaria: così come, del resto, non viene resa alcuna indicazione in ordine al significato da attribuirsi alla locuzione "controversie civili e commerciali", che riecheggia categorie forse solo all'apparenza superate dall'unificazione, nell'ambito del Codice civile del 1942, della disciplina dei rapporti civili e commerciali, rispettivamente dettata dal Codice civile del 1865 e dal Codice di commercio del 1882, e comunque riportate in auge da un prepotente trend legislativo, che, a partire dall'ultimo decennio dello scorso secolo, ha investito soprattutto la materia dei contratti.

E tuttavia, le dinamiche interne agli organismi societari sembrano costituire uno sfondo in cui il procedimento mediazione può prestarsi ad esprimere significativamente le potenzialità che gli sono proprie. Si pensi, del resto, alla natura associativa dei rapporti, che implica il coinvolgimento dei protagonisti nell'esercizio in comune dell'atti-

vità economica (articolo 2247 c.c.) e si esprime attraverso la partecipazione degli stessi a processi decisionali variamente strutturati a seconda del codice organizzativo assunto dall'impresa, ma tendenzialmente improntati alla logica della composizione degli interessi in gioco; alle istanze di conservazione dell'efficacia degli atti imputabili alla società, connesse soprattutto alle proiezioni per così dire "esterne" del vincolo sociale ed ai riflessi che esso si presta a produrre nella sfera giuridica dei terzi; all'inevitabile e talvolta esiziale incidenza che la conflittualità fra i soggetti che, a diverso titolo e con diversi ruoli, sono attori delle vicende della società, può esercitare sullo svolgimento dell'attività d'impresa quando travalica i limiti della fisiologica dialettica fra soci inter se e fra soci ed organi: si tratta di profili ed aspetti del fenomeno societario che indubbiamente fanno apparire la prospettiva della mediazione e della conciliazione delle controversie come un orizzonte cui, almeno in linea di principio, tendere.

La fenomenologia delle controversie societarie in rapporto alle quali può trovare applicazione l'istituto della mediazione può essere ricostruita ponendo mente alle fattispecie indicate nell'articolo 1, decreto legislativo n. 5/2003, norma alla quale faceva riferimento l'articolo 38, decreto legislativo n. 5/2003, al fine di descrivere l'ambito di operatività dell'istituto della conciliazione.

L'articolo 1, come è noto, in linea più generale tracciava l'area di applicazione della disciplina dei procedimenti regolati nell'ambito del decreto legislativo n. 5/2003, facendo specificamente riferimento alle controversie relative:

- ai rapporti societari, compresi quelli concernenti le società di fatto, l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario - partecipazioni occulte; recesso, esclusione, morte del socio; impugnazione di deliberazioni ed atti - , le azioni di responsabilità contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle cooperative;
- al trasferimento delle partecipazioni sociali ed ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;
- ai patti parasociali ed agli accordi di collaborazione di cui all'articolo 2341 bis c.c.

Mette conto di ricordare, per completezza di esposizione, che la norma in discorso riconduceva nell'orbita della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 5/2003 anche alcune tipologie di controversie di natura non strettamente societaria, quali quelle insorte nel quadro di rapporti di intermediazione mobiliare, servizi e contratti di investimento, servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestio-

ne accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e scambio di strumenti finanziari, contratti di borsa; quelle inerenti alle materie di cui al decreto legislativo n. 385/1993, quando promosse da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; quelle in materia di credito per le opere pubbliche.

3. Controversie societarie e mediazione obbligatoria ex lege.

In tale quadro di riferimenti, rileva considerare che, in se stesse intese, le controversie societarie non rientrano nel novero delle ipotesi in cui, a mente dell'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010, l'esperimento del procedimento di mediazione assurge a condizione di procedibilità delle iniziative giudiziali che dovessero essere assunte ai fini della risoluzione del conflitto.

Peraltro, non può escludersi che fenomeni di conflittualità inerenti a situazioni soggettive e relazioni giuridiche con riguardo alle quali, appunto l'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010, prevede l'obbligatorietà del tentativo di mediazione, trovino espressione nel quadro di rapporti societari. Si ponga mente, a titolo esemplificativo, alle controversie inerenti alle vicende circolatorie delle partecipazioni sociali: esse possono trarre titolo da patti di famiglia - i quali, come è noto, possono avere ad oggetto il trasferimento totale o parziale dell'azienda ovvero di partecipazioni sociali, rispettivamente da parte dell'imprenditore e del titolare, ad uno o più discendenti (articolo 768 bis c.c.) - e dunque, in virtù di quanto disposto dall'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010, rientrare nel novero delle fattispecie in relazione alle quali, lo si è detto, si prevede l'esperimento obbligatorio del procedimento di mediazione. Senza contare, poi, che laddove, nel quadro della riflessione sul controverso tema della natura giuridica della partecipazione sociale, i cui termini non è ovviamente possibile illustrare in questa sede nemmeno nelle linee essenziali, si inclinasse a qualificare la stessa quale bene mobile immateriale, potrebbe ritenersi che le controversie inerenti al trasferimento dei diritti reali aventi ad oggetto le quote o le azioni rientrino, parimenti, nell'orbita applicativa dell'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010.

4. Controversie societarie e clausole di mediazione.

Ciò posto, non è escluso che, se non *ope legis*, l'obbligatorietà della mediazione in ambito societario possa essere comunque imposta attraverso previ-

sioni convenzionali e, in particolare, attraverso clausole statutarie ad hoc. Clausole, queste, cui è rimessa l'individuazione delle controversie in relazione alle quali si prevede l'esperimento della mediazione e l'organismo deputato a gestire il procedimento.

Vale ricordare, a tale riguardo, che l'articolo 5, comma 5, decreto legislativo n. 28/2010, prevede che in presenza di clausole di tal segno, ove il tentativo non risulti esperito prima che la questione sia sottoposta alla valutazione dell'autorità giudiziaria ovvero alla cognizione arbitrale, il giudice adito o l'arbitro, su eccezione di parte da proporsi nella prima difesa, assegna alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione e fissa la successiva udienza dopo della scadenza del termine stabilito dall'articolo 6, decreto legislativo n. 28/2010 per lo svolgimento della mediazione; e che, nello stesso modo, il giudice o l'arbitro devono procedere allorché il tentativo di mediazione risulti essere stato iniziato, ma, al di là del suo esito positivo o negativo, non sia stato portato regolarmente a compimento. In definitiva, ferme restando le conseguenze che essa può comportare sul piano dell'adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di società, nel panorama della vicenda processuale la violazione della clausola di mediazione sostanzialmente può determinare ricadute analoghe a quelle che discendono dall'infrazione dell'obbligo di attivare, preliminarmente all'introduzione del giudizio, il procedimento di mediazione rispetto alle controversie di cui all'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010. Peraltro, sembra convincente l'interpretazione secondo la quale resterebbe nella piena disponibilità delle parti societarie il potere di non attribuire alla clausola di mediazione la portata normativa prevista dalla disposizione da ultimo ricordata: in tale ipotesi, va da sé che le conseguenze connesse alla mancata attivazione del procedimento di mediazione sono destinate ad esplicarsi esclusivamente sul piano dei rapporti negoziali in essere fra le parti e, dunque, in chiave essenzialmente risarcitoria. Resta inteso, peraltro, che le clausole di cui si tratta non sono riconducibili alla fattispecie delle clausole compromissorie volte a devolvere in arbitrato rituale o irrituale la soluzione delle controversie societarie, ai sensi degli articoli 34 ss., decreto legislativo n. 5/2003: diversamente da queste ultime, infatti, le prime non prefigurano il ricorso ad un sistema di definizione delle liti *ex se* "alternativo" alla giurisdizione statale, ma implicano l'attivazione di un procedimento semmai "preventivo" rispetto alla stessa, destinato a concludersi con la composizione negoziale della controversia ovvero con esito

negativo, ma mai, comunque, a sfociare in una decisione assunta da terzi, sulla base di un procedimento esplicatosi secondo diritto ovvero *pro bono et aequo*, che risulti vincolante per le parti.

In questa ottica, non torna quindi applicabile alle clausole di mediazione la previsione di cui all'articolo 34, comma 6, decreto legislativo n. 5/2003, secondo la quale le modifiche dell'atto costitutivo, che introducano o rimuovano clausole compromissorie, devono essere approvate dai soci che rappresentino almeno i due terzi del capitale sociale e legittimano l'esercizio del diritto di recesso, entro i novanta giorni successivi alla loro adozione, da parte dei soci assenti o dissenzienti. Le stesse clausole di mediazione, in definitiva, possono essere introdotte, rimosse o comunque mutate con le modalità e le maggioranze che, in relazione alla società di volta in volta interessata, sono in linea generale previste per le modificazioni dello statuto.

5. Controversie societarie e provvedimenti urgenti e cautelari.

Resta da ricordare, infine, che, a norma dell'articolo 5, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010, lo svolgimento del procedimento di mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari. Ciò comporta che, anche a prescindere dall'esperimento del procedimento di mediazione, nonché quando esso sia in corso, il soggetto che vi abbia interesse può chiedere al giudice competente l'emissione dei provvedimenti *de quibus*. Va da sé, quindi, che, in virtù di tale disposizione, le previsioni contenute in eventuali clausole statutarie di mediazione non possono precludere il ricorso alla tutela cautelare nelle ipotesi in cui le controversie societarie interessate dalle medesime clausole coinvolgono interessi e posizioni soggettive suscettibili di subire irreversibili pregiudizi nelle more dell'attivazione delle iniziative giudiziali finalizzate alla loro affermazione e salvaguardia. In tal senso, nel corso del procedimento di mediazione, ovvero in via preventiva rispetto all'instaurazione dello stesso, deve ritenersi senz'altro ammesso richiedere la sospensione dell'efficacia di atti societari la cui validità sia in discussione: atti quali, a titolo meramente esemplificativo, i provvedimenti intesi ad escludere il socio di società di persone (articolo 2286 c.c.), di società a responsabilità limitata (articolo 2473 bis c.c.) ovvero di società cooperative (articolo 2533 c.c.) e più in generale, le deliberazioni assembleari di società di capitali e società cooperative (articolo 2378 c.c.), nonché le deliberazioni assunte dall'organo amministrativo (articoli 2378 c.c. e 700 c.p.c.). Ma il discorso può evidentemente estendersi anche alla revoca cautelare

degli amministratori di società a responsabilità limitata, che venga richiesta nella prospettiva di far valere la responsabilità degli stessi amministratori per i danni arrecati all'ente in conseguenza dell'inadempimento degli obblighi legali e statuari connessi alla carica rivestita (articolo 2476, comma 3, c.c.).

Giovanni Capo

L'invalidità del contratto di incarico professionale ai sensi dell'articolo 3, comma 3, decreto legislativo 28 marzo 2010, n. 28.

1. La mediazione finalizzata alla conciliazione e gli obblighi informativi dell'avvocato: profili generali.

Ai sensi dell'articolo 4, comma 3, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28, all'atto del conferimento dell'incarico l'avvocato è tenuto ad informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali e delle agevolazioni fiscali connesse al medesimo procedimento (articoli 17 e 20, decreto legislativo n. 28/2010). Il professionista, inoltre, è tenuto a rendere edotto l'assistito delle ipotesi in cui, in relazione all'oggetto della controversia - ovvero, deve ritenersi, in virtù della vigenza di specifiche clausole negoziali - l'esperimento del procedimento di mediazione costituisce una condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

A mente della norma in discorso tali informazioni devono essere rese in termini chiari, dovendo il relativo contenuto risultare intelligibile per il destinatario, ed in forma scritta: in sostanza, deve essere consentito al medesimo destinatario di assumere con piena consapevolezza le proprie determinazioni in ordine al ricorso o meno all'istituto della mediazione.

Ed ancora, il documento nel cui ambito le informazioni in questione sono dedotte deve essere sottoscritto dall'assistito ed allegato all'atto introduttivo del giudizio - a prescindere dal fatto che si tratti di citazione o ricorso - eventualmente instaurato con riferimento alla controversia interessata dall'incarico professionale conferito all'avvocato. Secondo un rilevante indirizzo interpretativo, l'obbligo di informazione *de quo* incombe non soltanto all'avvocato cui è demandata la cura degli interessi della parte attrice, ma anche all'avvocato della parte convenuta: di talché il documento recante le informazioni su cui si verte dovrebbe - è questa la posizione assunta anche dal Consiglio Nazionale Forense - essere allegato

anche al primo scritto difensivo del convenuto. E, da una diversa angolazione, sembra convincente la tesi per cui lo stesso obbligo ricorra anche nelle ipotesi in cui l'articolo 5, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 esclude la necessità del tentativo di mediazione - procedimenti monitori, convalide di sfratto, procedimenti camerali e così via -, posto che quest'ultima previsione lascia impregiudicata la possibilità che il soggetto interessato, sulla base di una sua valutazione discrezionale, si determini comunque ad esperire la via conciliativa. La mancata allegazione del documento all'atto introduttivo del giudizio, ove quest'ultimo investa materie con riferimento alle quali l'esperimento del tentativo di mediazione si pone come condizione di procedibilità, dà adito all'assunzione dei provvedimenti previsti dall'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010.

In sostanza, il giudice, su istanza di parte o d'ufficio, non oltre la prima udienza, ove rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è conclusa, fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine fissato dall'articolo 6, decreto legislativo n. 28/2010 per lo svolgimento del procedimento, termine pari, lo si ricorda per completezza di esposizione, a quattro mesi; allo stesso modo, invero, il giudice adito provvede quando la mediazione non è invece stata esperita, nel qual caso assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della relativa domanda. Ove, poi, si verta su materie in relazione alle quali l'esperimento del procedimento di mediazione non incide sulla procedibilità dell'azione, il giudice, nella prospettiva di colmare un possibile deficit informativo della parte, la informa comunque della facoltà di chiedere la mediazione (articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010). In definitiva, la disciplina dettata dall'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010, implica in primo luogo l'emersione dell'inadempimento del difensore agli obblighi di informazione che gli sono imposti, facendone vieppiù discendere significative ricadute sui tempi del procedimento giudiziale.

2. La violazione degli obblighi informativi e l'annullabilità del contratto di incarico professionale.

Tracciate, assai succintamente, le coordinate della disciplina dettata dal decreto legislativo n. 28/2010 con riferimento al contenuto degli obblighi di informazione imposti all'avvocato nei confronti del cliente, alle modalità di adempimento degli stessi ed alle conseguenze derivanti, sul fronte processuale, dall'inosservanza degli stessi, mette conto concentrare l'attenzione sui profili dell'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n.

28/2010 che investono specificamente il contratto di patrocinio. Su tale versante, come è noto, la disposizione in esame prevede che il venir meno dell'avvocato agli obblighi informativi di cui si tratta, implica appunto l'annullabilità del contratto di incarico professionale (articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010), sanzione che, mette conto di ricordarlo, non esclude la possibilità che il cliente si rivalga nei confronti dello stesso avvocato dei danni patrimoniali derivatigli dalla sua omissione. Mette conto di considerare che, rispetto a quella attualmente vigente, la versione della norma contenuta nello schema di decreto legislativo connetteva alla riferita violazione la più grave sanzione della nullità del contratto, in ciò dando adito ad espresse riserve delle Commissioni parlamentari della Camera dei Deputati e del Senato della Repubblica, chiamate ad esprimere il loro parere sul testo. Ed è un fatto che l'opzione legislativa in pro della risposta sanzionatoria meno dirompente, sulla base di diversi ordini di motivi e considerazioni, sia stata salutata con tendenziale favore dalla dottrina, in quanto rimette opportunamente alle determinazioni della parte nel cui interesse la disciplina degli obblighi di informazione è dettata, ovvero alle determinazioni del cliente, le sorti del contratto di prestazione d'opera professionale.

Si è osservato, infatti, che mentre la nullità costituisce una patologia in linea di principio rilevabile da chiunque vi abbia interesse e dunque anche d'ufficio - salvi i casi di nullità "relativa" -, l'annullamento del contratto può essere fatto valere soltanto su iniziativa della parte nel cui interesse è stabilito dalla legge (articolo 1441 c.c.), vieppiù nel termine di prescrizione di cinque anni (articolo 1442 c.c.): previsioni normative, queste, che rimettono all'esclusiva valutazione del cliente la possibilità di ottenere l'invalidazione del contratto in essere con l'avvocato. Nella stessa logica, poi, la parte interessata a far valere la causa di annullamento, ossia l'assistito, può comunque determinarsi, in presenza dei presupposti e con le modalità indicate dall'articolo 1444 c.c., nel senso della convalida del contratto viziato, mantenendo così in vita, malgrado la violazione degli obblighi di informazione, il rapporto instaurato con l'avvocato. Da altra angolazione, poi, vale ricordare - anche sulla scorta di orientamenti in tal senso della giurisprudenza di legittimità - che l'eventuale annullamento del contratto plausibilmente non pregiudica il diritto del difensore ad ottenere dal proprio cliente, se non il compenso per l'attività professionale svolta in esecuzione dell'incarico inficiato - compenso che gli va ovviamente riconosciuto, per contro, in caso di recesso dell'assistito - quantomeno il pagamento dell'impor-

to corrispondente al valore delle prestazioni di cui il medesimo cliente ha comunque potuto fruire, in applicazione della disciplina dell'ingiustificato arricchimento dettata dall'articolo 2041 c.c. (Cassazione, 10 ottobre 2007, n. 21292).

3. Inosservanza di regole di comportamento ed invalidità negoziale.

Al di là di ogni valutazione, sul piano del merito, dell'opzione normativa intesa a legare alla violazione, da parte dell'avvocato, degli obblighi di informazione che gli sono imposti dall'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010, l'annullabilità del contratto di conferimento di incarico professionale, la disciplina in discorso ripropone all'attenzione dell'interprete, in sostanza, il complesso e controverso tema dell'interrelazione fra regole di condotta e regole di validità nella regolamentazione dell'agire negoziale.

In tal senso, si verte su una disposizione che si allinea ad altre previsioni legislative - si pensi all'articolo 16, comma 4, decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 90, rifluito nell'articolo 67, comma 4, *septiesdecies* del Codice del consumo (decreto legislativo 6 settembre 2005, n. 206), che sanziona con la nullità i contratti di prestazione a distanza di servizi finanziari ove il fornitore violi gli obblighi di informazione prenegoziali così da alterare significativamente la rappresentazione dei termini del servizio; ovvero all'articolo 8, legge 6 maggio 2004, n. 129, in virtù del quale una parte può chiedere l'annullamento del contratto di affiliazione commerciale, ai sensi dell'articolo 1439 c.c., qualora l'altra abbia fornito false informazioni - intese a far discendere dall'inosservanza di obblighi di comportamento consumatasi nella fase immediatamente antecedente alla conclusione del contratto l'invalidità di quest'ultimo. E ciò, sul presupposto che la riferita violazione si presti sostanzialmente ad incidere sulla struttura negoziale, frustrando, più specificamente, il processo di formazione della volontà dei contraenti nel cui interesse la norma di comportamento è dettata. In questa ottica, va da sé che la risposta sanzionatoria prevista dall'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 postula l'inosservanza degli obblighi di informazione incombenti all'avvocato, ma non può intervenire nelle ipotesi in cui il professionista, pur rendendo partecipe il cliente per iscritto, all'atto del conferimento dell'incarico, della possibilità - ovvero dell'obbligo - di ricorrere al procedimento di mediazione, non abbia poi provveduto ad allegare al primo atto difensivo il documento informativo. Ricorrendo tale eventualità, infatti, non sembrerebbe in discussione la fisiologica formazione della volontà negoziale dell'assistito e, dunque, non ricorrereb-

bero i presupposti per l'annullamento del contratto avente ad oggetto l'incarico professionale: fermo restando, tuttavia, che l'inadempimento dell'avvocato all'obbligo di allegazione del documento informativo potrà dare adito alla risoluzione del contratto di patrocinio e legittimare il cliente a richiedere il risarcimento dei danni che avesse subito.

4. I riflessi della violazione sulla procura alle liti. Profili di responsabilità professionale dell'avvocato.

Per completezza di esposizione rileva ricordare che l'annullamento del contratto di patrocinio non investe *ex se* la procura alla lite eventualmente rilasciata all'avvocato, che, come afferma un rilevante indirizzo giurisprudenziale, a differenza del primo, che si traduce in un mandato avente ad oggetto l'espletamento dell'incarico, si sostanzia in un negozio unilaterale mediante il quale viene conferita al professionista, da parte del cliente, la rappresentanza in giudizio (Cassazione, 16 giugno 2006, n. 13963): d'altra parte, il conferimento dell'incarico professionale non necessariamente implica anche il rilascio della procura *ad litem* (Tribunale di Salerno, 15 aprile 2009, in <http://pluris-cedam.utetgiuridica.it>).

In tal senso, la circostanza che il cliente cui non sia stata rappresentata la possibilità - o l'obbligo - di far precedere il giudizio abbia ottenuto l'annullamento del contratto di incarico professionale concluso con l'avvocato, non implica in via automatica la caducazione della procura alle liti, ove non specificamente ritirata del cliente. Anzi, mancando la revoca della procura e restando quindi il professionista investito della rappresentanza in giudizio, occorrerebbe forse valutare la sussistenza degli estremi della convalida tacita o sulla base di comportamenti concludenti del contratto di patrocinio (articolo 1444 c.c.).

Giovanni Capo

Note sulla conciliazione delle controversie fra investitori e intermediari nel decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 79.

1. La mediazione e la conciliazione delle controversie fra investitori ed intermediari.

Nel novero delle controversie in relazione alle quali l'articolo 5, comma 1, decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 prevede l'obbligatorietà dell'esperimento della procedura di mediazione, rientrano, come è noto, quelle traenti titolo da contratti bancari e finanziari, con riguardo alle quali,

peraltro, a mente della stessa disposizione resta ferma, sussistendone i presupposti di applicabilità, la possibilità di ricorrere al procedimento di conciliazione disciplinato dal decreto legislativo 8 ottobre 2007, n. 179, sulla base della delega conferita al governo ai sensi dell'articolo 27, commi 1 e 2, legge 28 dicembre 2005, n. 262.

Il decreto legislativo n. 179/2007, più specificamente, regola le procedure di conciliazione - e di arbitrato - devolute alla Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la Consob e finalizzate alla risoluzione delle controversie insorte fra gli investitori e gli intermediari per la violazione, da parte di questi ultimi, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza alla cui osservanza essi sono tenuti nell'ambito dei rapporti contrattuali instaurati con i primi: e ciò, sulla base dei principi e criteri direttivi fissati dalla legge delega, prendendo a riferimento le disposizioni in tema di conciliazione - e arbitrato - delle controversie in materia societaria, contenute nel decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5.

Mette conto di osservare, peraltro, che gli articoli 38 ss., decreto legislativo n. 5/2003, inerenti appunto alla conciliazione societaria, sulla base delle indicazioni contenute nella delega conferita al governo, ex articolo 60, legge 19 giugno 2009, n. 69, per la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, costituiscono anche l'antecedente normativo dell'istituto introdotto dal decreto legislativo n. 28/2010.

E tuttavia, la circostanza che il procedimento regolato nell'ambito del decreto legislativo n. 28/2010 e quello regolato dal decreto legislativo n. 179/2007 siano entrambi tributari del modello delineato nel decreto legislativo n. 5/2003 (articoli 38 ss.) non ne implica l'assoluta fungibilità, diversi essendo i tratti distintivi fra le due fattispecie sul piano dei presupposti applicativi e, sia pure soltanto per alcuni aspetti, sul piano delle modalità di instaurazione e di svolgimento delle procedure.

2. Presupposti soggettivi ed oggettivi del procedimento di conciliazione.

Ponendo mente, in primo luogo, ai presupposti per l'applicabilità del procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28/2010, occorre rilevare che esso si presta ad operare con riguardo alle controversie civili e commerciali tout court e che, per quanto qui interessa, va obbligatoriamente attivato quando le medesime controversie abbiano ad oggetto situazioni giuridiche connesse a rapporti bancari o finanziari (articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010).

È più circoscritto, per contro, l'alveo delle contro-

versie in relazione alle quali torna applicabile il decreto legislativo n. 179/2007, le cui coordinate possono essere tracciate con riferimento ai soggetti che ne sono protagonisti ed alla materia che ne costituisce oggetto.

In ordine al profilo soggettivo, infatti, è necessario ricordare che, ai sensi dell'articolo 1, la disciplina dettata dal decreto legislativo n. 179/2007, investe le controversie intercorrenti fra investitori - per essi intendendosi gli investitori diversi dai clienti professionali di cui all'articolo 6, commi 2 quinquies e 2 sexies, decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 - ed intermediari - ossia soggetti abilitati alla prestazione di servizi ed attività di investimento di cui all'articolo 1, comma 1, lettera r, decreto legislativo n. 58/1998; con riguardo al profilo oggettivo, poi, deve rimarcarsi che, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, la stessa disciplina tende alla risoluzione di controversie inerenti alla violazione, da parte degli intermediari, degli obblighi di informazione, correttezza e trasparenza nei contratti con gli investitori.

Dunque, soltanto ricorrendo i presupposti sopra indicati si offre in concreto alla parte interessata la possibilità di scegliere fra i due procedimenti in discorso: diversamente, l'iter conciliativo da percorrere resta quello tracciato dal decreto legislativo n. 28/2010. Per altro verso, anche quando l'alternativa sia praticabile, il procedimento di conciliazione di cui al decreto legislativo n. 179/2007 non può essere avviato quando la controversia sia stata già portata all'esame di un organismo di conciliazione diverso dalla Camera di conciliazione ed arbitrato istituita presso la Consob, per essere trattata ai sensi del decreto legislativo n. 28/2010, su istanza dell'investitore o su istanza dell'intermediario cui l'investitore abbia aderito (articolo 4, comma 2, lettera a, decreto legislativo n. 179/2007). Ed ancora, in virtù di quanto previsto dall'articolo 4, comma 2, lettera b, decreto legislativo n. 179/2007, l'istanza di conciliazione non può comunque essere presentata dall'investitore quando non sia stato preventivamente proposto reclamo all'intermediario ovvero non siano decorsi più di novanta giorni dalla presentazione del reclamo senza che l'intermediario abbia comunicato all'investitore le proprie determinazioni. Di converso, l'alternativa deve in linea di principio risolversi nel senso dell'attivazione del procedimento di cui al decreto legislativo n. 179/2007 nelle ipotesi in cui il contratto presenta clausole che a tale modello facciano riferimento.

3. Essenziali scansioni del procedimento.

Fermo il rispetto dei principi di riservatezza, imparzialità, celerità e garanzia del contraddittorio, nonché fatta salva la possibilità di sentire le

parti personalmente, il procedimento di conciliazione stragiudiziale delle controversie fra investitori ed intermediari ha luogo secondo le scansioni e con le modalità definite dalla Consob, sentita la Banca d'Italia, con il regolamento emanato in virtù della deliberazione 29 dicembre 2008, n. 16763 (articoli 2, comma 5, lettera f e 4, comma 3, decreto legislativo n. 179/2007).

In questa ottica, il modello conciliativo delineato dal decreto legislativo n. 179/2007 è regolato sulla base di principi che ispirano anche la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione, di cui al decreto legislativo n. 28/2010: disciplina nel cui ambito, appunto, le disposizioni intese alla tutela della riservatezza dei dati, delle dichiarazioni e delle informazioni acquisite - anche attraverso l'audizione separata delle parti - nel corso del procedimento (articoli 9 e 10), alla garanzia del contraddittorio della imparzialità del mediatore (articolo 1, comma 1, lettera a) assumono un risalto affatto centrale.

D'altra parte, mette conto di ricordare che l'articolo 23, decreto legislativo n. 28/2010, nell'abrogare gli articoli da 38 a 40 decreto legislativo n. 5/2003, n. 5 (comma 1) dispone, altresì, che tutti i rinvii effettuati dalla legge agli stessi articoli debbano intendersi operati "alle corrispondenti disposizioni del presente decreto" (comma 2): sicché proprio la disciplina del decreto legislativo n. 28/2010 deve intendersi richiamata dall'articolo 4, comma 5, decreto legislativo n. 179/2007, nella misura in cui fa rinvio agli articoli 39, commi 1 e 2, e 40, commi 2, 3, 4, 5, 6, e 8, decreto legislativo n. 5/2003. Ciò posto, differenziandosi, in relazione a tale aspetto, dal procedimento di mediazione di cui al decreto legislativo n. 28/2010, la procedura conciliativa regolata dal decreto legislativo n. 179/2009 deve esaurirsi nel termine ultimo di sessanta giorni dalla data del deposito dell'istanza ovvero del successivo deposito delle integrazioni e correzioni eventualmente richieste dalla Camera di conciliazione e arbitrato della Consob ai sensi dell'articolo 8, comma 3, reg. n. 16763/2008 (articolo 4, comma 4, decreto legislativo n. 179/2007; articolo 13, comma 1, reg. n. 16763/2008). All'esito della conciliazione è possibile che le parti raggiungano spontaneamente un accordo in merito alla composizione della lite ovvero che esse non riescano in via autonoma a definire la controversia. In tale ultima ipotesi, peraltro, laddove esse ne facciano richiesta congiuntamente al conciliatore, quest'ultimo è legittimato a formulare una proposta rispetto alla quale ciascuna delle parti, se non disposta ad aderire, indica la propria definitiva posizione e le condizioni alle quali è disposta a conciliare (articolo 14, comma 2, reg. n. 16763/2008).

Mediante apposito verbale, sottoscritto dalle parti e dal conciliatore, va dato atto dell'esito del procedimento: e, dunque, va attestata l'avvenuta conciliazione della lite, anche per effetto della proposta formulata dal conciliatore, in tal caso riproducendo i contenuti dell'accordo (articolo 14, commi 1, reg. n. 1673/2008); ovvero va attestato il fallimento della conciliazione, specificando, laddove il conciliatore abbia formulato una proposta non condivisa dalle parti, le posizioni assunte dalle stesse (articolo 14, comma 2, reg. n. 16763/2008).

4. Conciliazione e processo.

Come si è accennato, a norma dell'articolo 5, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale relativa a controversie traenti titolo da contratti bancari o finanziari: condizione di procedibilità che si ritiene ovviamente intervenuta tanto se si ricorre al procedimento di cui al decreto legislativo n. 28/2010, quanto se si fa riferimento alla disciplina dettata dal decreto legislativo n. 179/2007. La norma, invero, prevede che, nelle ipotesi in cui il giudizio sia introdotto senza preventivamente dar luogo al tentativo di mediazione, l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o può essere rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza. Ove, poi, rilevi che la mediazione è già iniziata, ma non si è ancora conclusa, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine previsto per la durata del procedimento, che può essere pari a non più di quattro mesi, ai sensi dell'articolo 6, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010 ed a non più di sessanta giorni, ai sensi dell'articolo 4, comma 4, decreto legislativo n. 179/2007. Allo stesso modo, infine, il giudice provvede quando la mediazione non è stata esperita, in tal caso assegnando contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della relativa domanda.

Resta peraltro inteso, a mente dell'articolo 5, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010, che lo svolgimento della mediazione non preclude la concessione dei provvedimenti urgenti e cautelari, né la trascrizione della domanda giudiziale. In base al principio dettato dall'articolo 5, comma 6, decreto legislativo n. 28/2010, dalla data della sua comunicazione alle altre parti la domanda di mediazione produce sulla prescrizione gli effetti della domanda giudiziale, e dalla stessa data impedisce la decadenza, per non più di una volta e fermo restando che, se il tentativo di mediazione fallisce, la domanda giudiziale deve essere proposta entro il medesimo termine di decadenza,

decorrente dal deposito del verbale inerente agli esiti del procedimento.

Il verbale attestante l'esito positivo della conciliazione, sulla base di un accordo il cui contenuto non sia contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, laddove non eseguito spontaneamente dalle parti è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha avuto luogo la conciliazione (articoli 12, comma 1, decreto legislativo n. 28/2010 e 14, comma 1, reg. n. 16763/2008). Esso costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale (articolo 12, comma 2, decreto legislativo n. 28/2010).

Ancora, deve ritenersi applicabile anche con riguardo al procedimento di cui al decreto legislativo n. 179/2007 le previsioni dell'articolo 13, decreto legislativo n. 28/2010, in base alle quali, quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta eventualmente formulata dal conciliatore, ferma l'applicabilità degli articoli 92 e 96 c.p.c., il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la medesima proposta - riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa e relative anche all'indennità corrisposta al mediatore - e condanna la stessa al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Se, poi, il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può in ogni caso, con provvedimento espressamente motivato, escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore.

Infine, il comportamento della parte che non abbia preso parte al procedimento di mediazione può essere valutato dal giudice ai sensi dell'articolo 116 c.p.c. (articolo 8, comma 5, decreto legislativo n. 28/2010).

Angela Cisale

Il delitto di prostituzione minorile.

Negli ultimi mesi i mass-media di tutto il mondo parlano del nostro Paese e - purtroppo - limitatamente alle vicende attinenti la "vita privata" di alcuni esponenti del mondo politico e dello spettacolo, che sono stati indagati dalla magistratura (e per qualcuno è già stato richiesto il rinvio a giu-

dizio) per prostituzione minorile, ex articolo 600 bis c.p. Questo non è un articolo "politico", né di difesa e né di critica di chi ha deciso di compiere delle scelte, ma è un mero scritto attraverso il quale si cercherà di rispondere al quesito: cos'è il delitto di prostituzione minorile?

L'Italia con la legge n. 269 del 3 agosto 1998, aderendo alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo dell'89, alla Dichiarazione finale della Conferenza mondiale di Stoccolma del 1996 ed alle Decisioni-quadro del Consiglio dell'Unione Europea, ha inserito nell'impianto codicistico gli articoli 600 bis - 600 septies. Il nostro legislatore attraverso i richiamati articoli ha introdotto norme contro lo sfruttamento della prostituzione minorile, pornografia minorile, detenzione di materiale pornografico ed iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, e da ultimo con la legge 38/2006 il legislatore ha introdotto, anche, l'articolo 600 quater 1 c.p. contro la pornografia virtuale.

Il legislatore se pur apprezzabile per il fine nobile perseguito attraverso la creazione dei delitti di prostituzione e di pornografia minorili, di certo è passibile di critiche sotto il profilo della tecnica legislativa utilizzata per la formulazione delle norme *de qua*. I più autorevoli esponenti della dottrina si sono, infatti, lamentati della scarsa conoscenza giuridica del nostro legislatore, sia per la poca chiarezza nella formulazione delle fattispecie astratte, sia per la loro collocazione tra i delitti contro la persona ed in particolare nel Capo III - dei delitti contro la libertà individuale, ma soprattutto per aver creato una mera sovrapposizione di norme prive di ogni collegamento e/o rapporti tra i delitti *de quo* e quelli p. e p. dagli articoli 609 bis ss. e dall'articolo 4 legge n. 75/1958 (a tutti nota come legge Merlin).

La Corte di cassazione, intervenendo in merito ai rapporti tra l'articolo 600 bis c.p. e l'articolo 4 legge 75/1958, ha stabilito che: "il delitto di cui all'articolo 600 bis c.p. [...] è diretto a proteggere l'integrità e la libertà fisica e psichica del minore ed ha pertanto natura autonoma, attesa la sua diversa oggettività giuridica rispetto ad analoghe fattispecie criminose in materia di prostituzione di soggetti adulti, contemplate nella legge 20 febbraio 1958 n. 75, la quale mira a tutelare soltanto il buon costume e la pubblica moralità; tale affermazione trova conferma anche nell'intera venuta abrogazione dell'aggravante prevista dall'articolo 4 n. 2, della suddetta legge per i fatti commessi in danno di minori"¹.

L'articolo 600 bis c.p. oltre a prevedere la punizione di tutti coloro che inducono, agevolano e sfruttano la prostituzione di persona di età inferiore ai diciotto anni, prevede al secondo comma

la punibilità del soggetto fruitore della prostituzione minorile. Il secondo comma dell'articolo 600 bis c.p. introduce una fattispecie astratta del tutto nuova, a differenza del primo comma che ricalca le modalità di estrinsecazione della condotta già previste dalla legge 75/1958.

Prima di analizzare le condotte previste dal primo e secondo comma della norma in commento, è bene enucleare cosa si intende per prestazione sessuale.

La prestazione sessuale, ormai non solo più femminile ma anche maschile (sia tra etero che tra omosessuali), deve interessare con contatto fisico o senza contatto fisico le zone erogene, ossia genitali, pubiche, anali, orali o mammellari del proprio o dell'altrui corpo.

"L'attività" prostituzionale per potersi distinguere dalla mera "prodigalità" occorre che sia abituale (non essendo prostituzione la "vendita" del proprio corpo in modo sporadico), che sussista l'indiscriminatezza dei destinatari (da intendersi che è il cliente a scegliere la prostituta e non viceversa) e che vi sia un compenso (motivo unico per cui il soggetto si prostituisce)².

Questi elementi, compresa la sessualità, trattandosi di prostituzione minorile devono sussistere non nel minore (il più delle volte ignaro di quanto è costretto a vivere a causa di genitori privi di ogni scrupolo, spesso a loro volta spinti dalla fame e dalla miseria non potendo più vendere il loro corpo per sfamare la numerosa famiglia "vendono" ad altrettanti uomini privi di ogni scrupolo e moralità i loro figli poco più che bambini. Vendono al miglior offerente l'angelica illibatezza, e senza alcuna remora sono disposti chirurgicamente a riprodurre la perdita purezza, questo è quanto accade nei paesi dove ancora oggi si muore per fame) ma nell'induttore, favoreggiatore o sfruttatore.

L'elemento oggettivo astrattamente previsto dal primo comma dell'articolo 600 bis c.p. può realizzarsi attraverso l'induzione, il favoreggiamento o lo sfruttamento del minore, mentre l'elemento soggettivo richiesto è il dolo generico, ad eccezione per lo sfruttamento: "La fattispecie di favoreggiamento della prostituzione minorile è a dolo generico in quanto è sufficiente, ai fini della sua configurabilità, la mera consapevolezza di favorire la prostituzione di un minore, non essendo richiesto anche il fine di lucro che, invece, qualifica la fattispecie di sfruttamento"³. Ha precisato, ancora, recentemente la Suprema Corte che: "Nel reato di prostituzione minorile, le condotte di induzione, di favoreggiamento o di sfruttamento, giacché contemplate in un unico contesto, non danno luogo a più fattispecie di reato, rappresentando, invece, modalità diverse di commissione di

un unico delitto"⁴. Si ha induzione quando un soggetto (c.d. induttore) determina nel minore la decisione di prostituirsi, decisione che prima nel minore non sussisteva ma maturata "grazie" al conduttore, o anche quando si crea nel minore il rafforzamento di tale proposito.

Ad avviso degli Ermellini: "Soggetto attivo del reato di induzione alla prostituzione di minore di cui all'articolo 600 bis, comma primo, Codice penale può essere anche la persona che abbia rapporti a pagamento con quest'ultimo, essendo tuttavia necessario che la stessa ponga in essere una attività di convincimento volta a superare le inibizioni morali e a vincere le resistenze del soggetto passivo, altrimenti potendosi configurare, nel caso di minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, la diversa ipotesi dell'articolo 600 bis, commi secondo, terzo e quarto, Codice penale"⁵. Si configura, invece, il favoreggiamento della prostituzione minorile ogni qualvolta un soggetto con la propria condotta rende possibile, collabora e/o agevola gli incontri con il minore, lo accompagna sul "luogo di lavoro" e via discorrendo, purché la condotta non sia meramente passiva. In merito al favoreggiamento della prostituzione si segnala una sentenza di legittimità che ha fatto molto discutere: "Integra il reato di favoreggiamento della prostituzione la condotta consistente nell'adoperarsi per mettere a proprio agio, anche sotto il profilo psicologico, la prostituta nel corso dell'attività di meretricio, trattandosi di condotta funzionale ad agevolare quest'ultima nel suo svolgimento. (Fattispecie nella quale l'imputata si era limitata ad intrattenere gli "ospiti" della prostituta chiacchierando e preparando loro del caffè; la Corte, nel rigettare la tesi difensiva, ha escluso che si trattasse di mere cortesie scisse dal meretricio in corso)"⁶.

Infine, si configura l'ipotesi di sfruttamento della prostituzione quando il soggetto attivo trae profitto dall'attività illecita a cui è costretto il minore, si tratta di un reato di mera condotta e non abituale, a stabilirlo è stata la Suprema Corte: "Il delitto di sfruttamento della prostituzione minorile (articolo 600 bis, comma primo, Codice penale), che richiede la consapevole partecipazione, anche occasionale, ai guadagni che il minore si procura con il commercio del proprio corpo, non è un reato abituale, in quanto anche il singolo episodio di percezione del denaro o di altra utilità è idoneo ad integrare gli estremi. (Fattispecie nella quale la Corte ha disatteso la tesi difensiva tendente ad escludere la configurabilità del tentativo, in quanto incompatibile con lo sfruttamento, in base all'assunto, erroneo, che tale delitto richiederebbe la reiterazione delle condotte)"⁷. In merito all'*error aetatis* il legislatore non ha previ-

sto un'analogia disciplina di cui all'articolo 609 sexies c.p., ne deriva che (purtroppo) l'errore di credere il soggetto non infradiciottenne esclude il dolo del reato de quo. Lo ha ribadito di recente la Cassazione: "[...] A fronte di tale obiezione, sollevata in appello, la Corte territoriale ha testualmente argomentato "alcuna efficacia scriminante può, invece, attribuirsi alla affermazione del C. di non essere stato a conoscenza della minore età della F., trattandosi di circostanza del tutto irrilevante ai sensi dell'articolo 609 sexies c.p." (cfr. pag. 50 sentenza impugnata).

L'assunto è giuridicamente errato e privo di riscontri ermeneutici, che militano, al contrario, in senso diametralmente opposto a quello fatto proprio dai giudici della Corte territoriale.

L'articolo 609 sexies c.p., invero, che sancisce l'irrelevanza dell'età della persona offesa, individua una serie di fattispecie incriminatrici (delitti previsti dagli articoli 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies e 609 octies c.p.), tra le quali non figura quella disciplinata dall'articolo 600 bis.

Né - come correttamente rilevato dalla difesa - pare revocabile in dubbio che la norma sia insuscettibile di estensione analogica, giacché, diversamente argomentando, si violerebbe, all'evidenza, il divieto di analogia in *malam partem*⁸. Il soggetto agente, allora, non risponderà ex articolo 47.2 c.p. neppure del reato previsto dall'articolo 3.2 n. 5 della legge Merlin poiché in detta norma la persona offesa è individuata in un soggetto maggiorenne ma potrebbe, sempre che ne ricorrano i presupposti, rispondere dei reati previsti dagli articoli 609 bis ss. c.p. - violenza sessuale. Non si comprende per quale motivo l'inescusabilità dell'ignoranza dell'età della persona offesa non sia stata prevista anche per i reati p. e p. dagli articoli 600 bis ss. c.p.; così facendo il legislatore ha creato una disuguaglianza tra due reati di eguale allarme sociale, sacrificando però solo le "vittime" (costantemente in aumento) di chi mercifica "l'innocenza".

La vera novità della legge n. 269/1998, come anticipato, è il secondo comma dell'articolo 600 bis c.p. che punisce i fruitori di prestazioni sessuali minorili dietro corrispettivo, testualmente stabilisce la norma che: "chiunque compie atti sessuali con un minore di età compresa tra i quattordici e i diciotto anni, in cambio di denaro o di altra utilità economica, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa non inferiore a euro 5.164".

La legge n. 38/2006 ha modificato l'originario comma introdotto dalla legge 269/1998, con la modifica del testo normativo il legislatore ha voluto estendere la punibilità a tutti coloro che intrattengono rapporti sessuali - dietro corrispet-

tivo - con minori di anni diciotto, aumentando l'età della persona offesa così dai sedici ai diciotto. Infatti, il testo originario del comma in commento prevedeva la punibilità solo di coloro che intrattenevano rapporti con soggetti minori degli anni sedici, lasciando impuniti coloro che intrattenevano rapporti con ragazzi di età compresi tra i sedici ed i diciotto.

Prima della legge n. 269/1998 il cliente che fruiva di rapporti sessuali con minori infraquattordicenni, sussistendone i presupposti, rischiava di essere accusato del delitto p. e p. dall'articolo 609 quater c.p., rubricato atti sessuali con minorenni. La giurisprudenza di legittimità, molto attenta al problema, alla tutela del minore e del corretto sviluppo della personalità sessuale, ha precisato che quanto poc'anzi riportato è ancora valevole, poiché: "Il reato di prostituzione minorile di cui all'articolo 600 bis, comma secondo, Codice penale riguarda i soli rapporti sessuali retribuiti compiuti con un minore di età compresa fra i quattordici e i diciotto anni, sicché, nel caso di rapporti consenzienti, retribuiti o meno, con un minore degli anni quattordici, è sempre configurabile il diverso reato di cui all'articolo 609 quater Codice penale".

È fruitore dell'attività prostituzionale, e pertanto punibile, non solo chi compie atti sessuali sul minore, ma anche chi fa compiere atti sessuali al minore su se stesso o su terzi o su coetanei, chi fa compiere atti sessuali al minore sul proprio corpo o chi si limita a far assistere al minore ad atti sessuali compiuti dal fruitore su se stesso o anche su terzi, si è giunti a tali conclusioni attraverso la copiosa giurisprudenza che ritiene sussistente l'attività di prostituzione: "anche nel compimento di atti sessuali di qualsiasi natura eseguiti su se stesso in presenza di colui che, pagando un compenso, ha richiesto una determinata prestazione al fine di soddisfare la propria libido, senza che avvenga alcun contatto fisico fra le parti"¹⁰.

Per la punibilità del fruitore basta un solo episodio non essendo la norma *de qua* classificabile come reato abituale, qualora il soggetto attivo compia più atti nel tempo, e quindi non più atti sessuali in un solo incontro, si avrà concorso di reati. Il fruitore in cambio dell'attività sessuale offerta dal minore deve corrispondere "denaro o altra utilità economica", che rappresentano il prezzo dell'atto sessuale compiuto. In dottrina si discute se è possibile ritenere sussistente il reato *de quo*, quando il minore abbia intrattenuto rapporti sessuali senza percepire alcuna elargizione o se il denaro o altra utilità non rappresentano il compenso economico ma un mero dono.

L'interrogativo della dottrina non si estende, però, ai rapporti sessuali intercosi tra un soggetto

maggiorenne ed un minore di anni quattordici, dal momento che in questa ipotesi il legislatore presume un'incapacità assoluta del minore infraquattordicenne nell'autodeterminazione sessuale, e pertanto il soggetto attivo (come già anticipato) sarà punito ai sensi dell'articolo 609 quater c.p. La dottrina in più riprese ha invitato il legislatore, finanche, a rivalutare la capacità di autodeterminazione sessuale del minore, ossia di non contestare *sic et simpliciter* ad un soggetto maggiorenne che intrattiene rapporti sessuali con un minore di anni quattordici il reato di cui all'articolo 609 quater c.p., ma di valutare caso per caso (posto, sempre, che manchi ogni corrispettivo di danaro o altra utilità) la capacità sessuale del minore di anni quattordici.

Critiche ampiamente mosse anche in riferimento al dettato normativo di cui al terzo comma dell'articolo 609 quater c.p., secondo cui non è punibile il minore che compie atti sessuali con altro minore, purché quest'ultimo abbia compiuto gli anni tredici e la differenza di età tra i due non superi i tre anni, dal momento che detta norma comporterebbe la punibilità del ragazzino di quattordici anni che intrattiene rapporti con una ragazzina di dodici anni (!!!).

La prostituzione minorile è una piaga dilagante della nostra società nonostante gli sforzi legislativi, ad avviso di chi scrive non occorrono norme più severe perché l'inasprimento delle pene non sempre comporta l'effetto deterrente voluto, ma occorrono maggiori controlli sulle strade e soprattutto l'applicazione delle norme sopra elencate per coloro che nel mondo dell'economia rappresentano la domanda.

1 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 18854/03.

2 F. Mantovani, *Diritto Penale - Parte Speciale I -*, *Delitti contro la persona*, II Ed., Cedam, Milano, 2005.

3 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 14836/10.

4 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 43414/10.

5 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 26126/10.

6 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 37578/09.

7 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 21335/10.

8 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 46983/09.

9 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 26216/10.

10 Cassazione penale, sezione III, sentenza n. 15158/06.

Francesca Del Grosso

La comunicazione pubblica.

La Carta costituzionale garantisce l'imparzialità della pubblica amministrazione imponendo agli uffici pubblici una organizzazione amministrativa improntata al buon andamento (articolo 97). Ne consegue la statuizione contenuta nell'articolo 98 "i pubblici impiegati sono al servizio esclu-

sivo della Nazione". I principi indicati necessitano di applicazioni concrete affinché possano dirsi adempiuti; occorre pertanto che la pubblica amministrazione li rifletta nella propria organizzazione. Strumento certo attraverso cui la P.A. rivela la propria missione di amministrazione al servizio dei cittadini è la capacità di comunicazione. Nel 1979 il ministro di allora per la funzione pubblica, M.S. Giannini, scriveva che lo Stato "non era un amico sicuro e autorevole, ma una creatura, ambigua, irragionevole, lontana". E ciò a causa soprattutto delle leggi "non rispettose della garanzia della libertà dei cittadini, tra cui prima la libertà di essere informati circa i fatti dei poteri pubblici". Ora è noto, che da allora sino ai tempi più recenti, si sono succedute leggi che hanno modificato notevolmente la struttura del rapporto tra pubblici poteri e soggetti sociali, colmandone in primo luogo la tradizionale distanza. Lo stesso sistema comunicativo tra potere pubblico e cittadino ha subito una rilevante trasformazione rispetto al passato. Negli anni addietro la comunicazione era concepita come dovere di informare attraverso mezzi ufficiali e rigorosi (si pensi alla pubblicazione su gazzette). Oggi invece la comunicazione è concepita come dialogo tra la pubblica amministrazione ed utenza. "Nelle dinamiche del sistema democratico la pressione sociale e la necessità delle amministrazioni di recuperare credibilità ed affidabilità hanno infatti determinato l'esigenza per i poteri pubblici di dover spiegare tanto se stessi quanto i propri comportamenti" (Stefano Sepe, *Il ruolo della comunicazione nella pubblica amministrazione*). Il processo di riforma iniziato con le leggi sul procedimento amministrativo e sull'autonomia degli enti locali, disciplinanti nel loro ambito l'esercizio del diritto di accesso, si completa con la legge quadro n. 150 del 2000 che ha regolamentato la comunicazione nei confronti dei destinatari dei servizi pubblici e il cui ruolo si è sviluppato parallelamente all'evoluzione dei compiti della P.A. La comunicazione contribuisce al percepimento della qualità dell'attività resa e alla verifica della successiva soddisfazione quale incentivo al miglioramento continuo. Secondo la dottrina la comunicazione altro non è che "un processo di progettazione, programmazione, organizzazione e diffusione dei messaggi". Al concetto tradizionale di comunicazione istituzionale quale strumento per favorire il controllo democratico dei cittadini, si affianca oggi quello di comunicazione quale "leva strategica" per indirizzare l'attività pubblica ai bisogni dell'utenza. È indubbio infatti che una buona comunicazione dell'attività di un ufficio rappresenta anzitutto la capacità dei funzionari di analizzare il proprio lavoro e tradurlo in termini informativi ed illu-

strativi alla luce dei concetti di miglioramento della performance. Nel dettaglio, le attività di informazione e di comunicazione pubblica, disciplinate dalla legge n. 150 del 2000, sono finalizzate a conseguire:

- a) l'informazione ai mezzi di comunicazione di massa, attraverso stampa, audiovisivi e strumenti telematici;
- b) la comunicazione esterna rivolta ai cittadini, alle collettività e ad altri enti attraverso ogni modalità tecnica ed organizzativa;
- c) la comunicazione interna realizzata nell'ambito di ciascun ente.

Come sottolineato dalla direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri D.F.P. del 7 febbraio 2002 emanata dopo la legge citata, la comunicazione deve divenire "parte integrante" dell'azione della pubblica amministrazione. È solo con il coinvolgimento dei cittadini connesso a una efficiente attività di comunicazione interna, che si interiorizza il "senso di appartenenza" attuandosi la riforma della pubblica amministrazione.

Tra gli strumenti di comunicazione disciplinati dalla direttiva (ufficio stampa, portavoce e ufficio relazioni al pubblico), va fatto particolare cenno all'Ufficio Relazioni con il Pubblico (articolo 11 decreto legislativo n. 165/2001) che, costituito per garantire attuazione alla legge 241/1990 nel rispetto della cultura della trasparenza, è certamente un efficace strumento di organizzazione per favorire i rapporti tra il pubblico e il privato. Molteplici ne sono le attività e tutte finalizzate all'informazione, non solo per l'esplicazione dei diritti di partecipazione disciplinati dalla legge sul procedimento, ma anche in via generale, per l'acquisizione di notizie circa lo stato degli atti e per formulare proposte all'amministrazione sugli "aspetti organizzativi e logistici del rapporto con l'utenza". Non è irrilevante il fatto che il personale assegnato a tale ufficio debba essere fornito di "idonea qualificazione" e di "elevata capacità di avere contatti con il pubblico". Il responsabile dell'Ufficio relazioni ha inoltre la facoltà di promuovere iniziative che conducano al miglioramento dei servizi, per cui in realtà la creazione dell'U.R.P. comporta una delicata e attenta attività propedeutica di programmazione che è nel contempo strategica ed operativa. Attraverso il funzionamento dell'U.R.P. si rimodulano necessariamente i processi lavorativi interni per poter offrire all'utente il "pacchetto dei servizi", trasmettendogli un messaggio chiaro, coerente e funzionale. Gli strumenti utilizzabili sono molteplici: il call center, la carta dei servizi, materiale informativo, banche dati, intranet ed internet, il sito web, la mailing list. Acquista rilievo in tale ambito l'utilizzo delle tecnologie informatiche

(previste anche dalla normativa di riferimento). Con le stesse si aumenta la velocità della comunicazione al pubblico e la possibilità di approfondimento della conseguente attività di back-office. Riflesso immediato delle tecnologie dell'informazione è proprio l'evoluzione delle forme della comunicazione. In particolare, attraverso l'adozione da parte delle singole amministrazioni del sito web nel quale vengono illustrati i servizi forniti e si pubblicano notizie ed atti relativi all'attività istituzionale, si favorisce un rapporto immediato e continuo. Non si dimentichi al riguardo che il "livello di interazione informatica con i cittadini, ossia la quantità di procedimenti attivati, in virtù di istanze prodotte mediante strumento digitale, costituisce, infatti, un oggettivo parametro di misurazione delle prestazioni" (direttiva 20 febbraio 2007 presidenza C.M. D.F.P.).

Interessante è lo studio della Nielsen-Net rating presentato a uno dei FORUMPA che ha rilevato che a marzo 2007 i siti delle pubbliche amministrazioni hanno superato i dieci milioni di visitatori e il 55% quelli dei ministeri e il 2,9% dei visitatori di questi ultimi il Ministero della giustizia. Oggi (e le leggi ne fanno riferimento prevedendo molteplici attività via web), anche l'amministrazione della giustizia ha i propri siti istituzionali, i quali per essere implementati devono seguire le recenti linee guida che ne disciplinano l'accessibilità, la tutela della privacy e la sicurezza, l'usabilità. Il corretto funzionamento del sito presuppone poi sia che il flusso delle informazioni si riveli continuo per poter assicurare il servizio e sia che si elabori un'attenta attività di pianificazione e di analisi. Ricordiamo al riguardo la scorsa direttiva del Ministero per la P.A. e l'innovazione per "la riduzione dei siti web delle pubbliche amministrazioni e per il miglioramento della qualità dei servizi e delle informazioni on line al cittadino". Con essa si sono voluti fissare "criteri di riconoscibilità, di aggiornamento, di usabilità e di accessibilità" partendo dalla premessa che molti siti erano eterogenei. Obiettivo della direttiva è "sviluppare, promuovere e diffondere nella P.A. un processo volto a fornire, attraverso i propri siti web, un accesso diretto, semplificato e qualitativamente valido alle informazioni e ai servizi resi all'utenza, migliorandone la fruibilità". Il Tribunale di Nocera Inferiore nella persona del Presidente dottore Catello Marano e con il contributo del magistrato referente per l'informatica dottore Furio Cioffi ha stipulato un protocollo con una società di servizi per l'istituzione del sito web. La relativa attività di pianificazione e di elaborazione è in corso grazie al lavoro condiviso tra i magistrati e il personale amministrativo, nella convinzione dell'importanza dello stesso. Infatti,

oltre a veicolare informazioni, si avrà un effetto deterrente in termini di afflusso del pubblico, la dematerializzazione con risparmio di risorse (riducendosi lo strumento cartaceo), la diffusione di modelli pronti all'uso, un'interfaccia produttiva con il pubblico. Ed ancora, in applicazione delle leggi più recenti, si pensi alla pubblicità delle sentenze (legge 69/2009) e alle vendite giudiziarie tramite internet. Non si dimentichi infine che il 25 gennaio è entrato in vigore il nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale (decreto legislativo n. 235/2010) che attribuisce alla P.E.C. (Posta Elettronica Certificata) il ruolo di strumento più veloce, rapido e sicuro per comunicare con le pubbliche amministrazioni e prevede che queste ultime progettino e realizzino i servizi in rete mirando alla migliore soddisfazione delle esigenze degli utenti. Già il decreto Brunetta poneva regole di trasparenza verso un *total disclosure* individuando nei siti internet pubblici il principale mezzo di pubblicità. E così il codice richiamato, sulla falsariga della direttiva 105 della Civit che individua i dati da inserire negli stessi, ne impone l'aggiornamento e la comunicazione al Dipartimento della funzione pubblica per la relativa conoscenza.

Fabrizio Fezza

Mediazione civile e commerciale.
Obbligo d'informazione dell'avvocato. Violazione.
Annullabilità del contratto di patrocinio. Legittimazione attiva.
Soggetti diversi dal destinatario dell'informativa. Esclusione.

Tribunale di Varese, Sezione I Civile, ordinanza 1 marzo 2011, Est. G. Buffone.

In caso di omissione della informativa di cui all'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010, il contratto intercorso fra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Tale annullabilità può essere oggetto di convalida, ai sensi dell'articolo 1444 c.c., e può essere fatta valere solo dal soggetto che ha conferito l'incarico - ossia dall'assistito a cui non è stata fornita l'informativa e non dalla controparte processuale - ai sensi dell'articolo 1441, comma 1, c.c.

(omissis) Vanno affrontate diverse questioni portate allo scrutinio di questo giudice. Parte convenuta costituendosi in giudizio in data 25 febbraio 2011 (e, dunque, venti giorni prima dell'udienza ex articolo 183 c.p.c. fissata dall'attore) ha chiesto potersi autorizzare la chiamata in

causa del proprio garante e del terzo cui ritenuta comune la causa, anche per l'eventuale domanda di manleva. Ha, però, pure eccepito la nullità dell'atto di citazione per mancata indicazione dei codici fiscali da parte della difesa legale degli attori e, ancora, l'annullabilità del contratto di patrocinio di questi ultimi non essendo stata depositata l'informativa di cui al decreto legislativo n. 28/2010.

È chiaro che l'odierna pronuncia impone di prendere in esame le due ultime eccezioni in via preliminare, altrimenti sarebbe antieconomica la chiamata del terzo per il caso in cui questa venga ritenuta meritevole di accoglimento (omissis).

Annullabilità del contratto di patrocinio Attori-Difensori.

In via preliminare, parte convenuta ha chiesto dichiararsi l'annullabilità del conferimento d'incarico da parte degli attori ai loro difensori, per la violazione dell'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2010, non essendo stata allegata all'atto introduttivo del giudizio, l'informativa specifica sottoscritta dai clienti.

Reputa questo giudice che la questione, come eccepita dalla parte convenuta, non sia idonea, allo stato, a provocare alcun provvedimento anticipatorio o organizzativo da parte del magistrato, vuoi ex articolo 183, comma 1, c.p.c. oppure ex articolo 182 c.p.c. oppure ancora ex articolo 187 c.p.c. Trattasi, cioè, di questione da rimettere all'alveo decisorio conclusivo del giudizio.

Questi i motivi dell'attuale decisione.

Il decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 introduce nuovi obblighi in capo ai difensori legali. Per quanto qui interessa, ai sensi dell'articolo 4, comma 3, si prevede che, all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato sia tenuto a informare chiaramente e in forma scritta l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal decreto legislativo n. 28/2010 e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20 (oltre ai casi della mediazione cd. obbligatoria). Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il saggio di legificazione in esame, conclude prevedendo che "in caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile". Da qui l'eccezione dell'avvocato che assiste la parte convenuta.

Ebbene, una lettura del dato normativo consente di ritenere, per come già osservato, l'eccezione non idonea a provocare, allo stato, una anticipazione di giudizio o altro provvedimento (ad es., di sanatoria di eventuali vizi). Innanzitutto, l'obbligo di informazione (cui si associa un onere di alle-

gazione nell'eventuale giudizio) provoca una specifica reazione dell'Ufficio giudiziario, ma nel senso "salvifico" del rapporto: il giudice che verifica la mancata allegazione del documento informativo, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, infatti, "informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione".

In secondo luogo, l'esegesi del testo, conferma che l'approdo alla "annullabilità" sia nel senso di recepire integralmente la categoria codicistica, con il regime giuridico che ad essa si collega; anche, quindi, in punto di legittimazione ex articolo 1441, comma 1, c.c. La versione originaria dell'articolo 4 prevedeva, infatti, che la violazione dell'obbligo di informazione determinasse la nullità del contratto di patrocinio. Siffatta disposizione era stata fortemente censurata dalla Dottrina, proprio sul rilievo che introducesse, nell'ordinamento, una previsione in distonia rispetto alla teoria generale delle patologie negoziali. Vigente l'attuale articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 deve ritenersi che trovi applicazione l'articolo 1441, comma 1, c.c. e, dunque, la annullabilità possa essere fatta valere solo dall'assistito che non ha ricevuto l'informativa. Una interpretazione di diverso segno - la quale consentisse anche alla controparte di demolire il contratto di patrocinio del partner litigante - difficilmente sfuggirebbe alle maglie della incostituzionalità. (omissis)

* * *

L'obbligo d'informazione di cui all'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 al vaglio della giurisprudenza.

L'ordinanza in commento costituisce, per quanto consta, il primo arresto giurisprudenziale sul decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, recante la disciplina della mediazione civile e commerciale. Essa affronta taluni profili problematici legati all'omissione degli obblighi informativi gravanti sul difensore della parte ai sensi dell'articolo 4, comma 3.

Nella specie, il convenuto eccepiva l'annullabilità del contratto di patrocinio per omesso deposito dell'informativa: eccezione rigettata dal giudice per le ragioni che, da qui a un attimo, verranno esaminate.

Per una migliore intelligenza della problematica, sarà bene ripercorrere brevemente, in via preliminare, i passaggi normativi esaminati ed applicati dall'ordinanza in commento.

Ai sensi del comma 3 dell'articolo 4 del decreto legislativo n. 28/2010, "all'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente

decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione".

Orbene, nella decisione in esame il giudice osserva che, pur statuendo l'articolo 4 che in caso di mancata informazione il contratto è annullabile, innanzitutto è previsto un intervento "salvifico" del giudice, nel caso in cui questi non intenda provvedere ai sensi dell'articolo 5; in secondo luogo, che tale annullabilità può essere fatta valere solo dalla parte interessata, ossia "dall'assistito che non ha ricevuto l'informativa".

La conclusione è supportata da due distinti ordini di considerazioni: sul piano storico, l'estensore del provvedimento annotato osserva che il testo della norma in esame (articolo 4) risulta modificato rispetto alla sua dizione originaria, la quale sanzionava con la più grave nullità la mancata informativa; sul piano letterale, richiamando la disciplina generale dell'annullabilità e, segnatamente, il disposto del comma 1 dell'articolo 1441 c.c., che prevede, com'è noto, che l'annullamento del contratto può essere chiesto solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge.

I due profili di argomentazione appaiono intrinsecamente collegati. L'opzione legislativa per la forma di invalidità più tenue vale, in primo luogo, a circoscrivere alle parti del rapporto professionale le conseguenze della violazione dell'obbligo informativo. In pratica, l'invalidità derivante dall'omessa informativa non può essere fatta valere al di fuori del rapporto avvocato-cliente, e dunque non può essere sollevata dalla controparte. Questa ricostruzione, che costituisce diretta applicazione della disciplina codicistica in materia di annullabilità ed, in particolare, dell'articolo 1441 c.c. trova conferma anche nella regolamentazione dettata dall'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2010 con riferimento agli effetti processuali dell'omessa informativa.

Come il Tribunale di Varese opportunamente sottolinea, la circostanza che l'ultima parte della richiamata disposizione preveda un intervento sostitutivo del giudice, teso a supplire all'omessa informativa del legale anziché a sanzionarla, con-

ferma che l'effetto invalidante che la legge vi ricollega non può investire in alcun modo la controversia *sub iudice*. L'ambito di esplicazione degli effetti di tale causa di annullabilità, dunque, rimane circoscritta ai profili meramente sostanziali del contratto di patrocinio. È bene essere più espliciti. La fattispecie regolata dall'articolo 4, comma 3, del decreto legislativo n. 28/2010 impone di distinguere le conseguenze di carattere sostanziale da quelle di carattere processuale derivanti dall'omessa informazione.

Con riguardo alle prime - ossia alle conseguenze di carattere sostanziale - il legislatore, nel prevedere l'annullabilità del contratto, sembra aver fatto propri i principi espressi dalla giurisprudenza e da analoghe disposizioni contenute in altre norme di legge. Quanto ai principi espressi dalla giurisprudenza, basti qui richiamare il deciso delle Sezioni Unite della Suprema Corte (sentenza 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Danno e resp.*, 2008, 5, 525, nt. Roppo, Bonaccorsi), che si sono espresse in pro della annullabilità (e non della nullità) dei contratti relativi a prodotti finanziari per violazione degli obblighi di comportamento dell'intermediario, tanto nella fase prenegoziale che in quella attuativa del rapporto, con specifico riguardo agli obblighi cc.dd. "di protezione" e "di prestazione" sull'intermediario stesso gravanti; quanto alle seconde, ossia alle norme di legge che sanzionano con la mera annullabilità il contratto concluso violando gli obblighi informativi, si pensi alle disposizioni in tema di affiliazione commerciale, di cui alla legge 6 maggio 2004, n. 129, che al comma 8 prevede la possibilità di richiedere l'annullamento del contratto in caso di false informazioni. In ipotesi, quindi, di omessa informazione, il contratto sarà annullabile, ed il cliente potrà sempre "paralizzare", senza limiti di tempo, l'azione dell'avvocato volta al recupero delle spettanze a lui dovute: e ciò ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo 1442 c.c. e senza che, peraltro, l'annullamento *de quo* possa ripercuotersi sull'attività processuale svolta dal difensore, atteso che, come è stato stabilito dalla Suprema Corte (sentenza 2 settembre 1997, n. 8388), con principi fatto propri anche dalla ordinanza in esame, "la procura alle liti, come atto interamente disciplinato dalla legge processuale, è insensibile alla sorte del contratto di patrocinio, soggetto alla disciplina sostanziale relativa al mandato; la nullità del contratto di patrocinio, pertanto, non toglie al difensore lo *ius postulandi* attribuito con la procura". Peraltro, ai sensi dell'articolo 1444 c.c., il contratto potrà essere convalidato, nella specie depositando, in un momento successivo, l'informativa medesima, ovvero "a fronte della prosecuzione, da parte del cliente, dell'ese-

cuzione del contratto, dopo che il giudice abbia fornito al medesimo, ex articolo 4, comma 3, ultima parte, l'informativa in punto di mediazione che l'avvocato aveva omesso di dare" (Giavarrini-Rocco di Torrepadula, in AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali*, a cura di Castagnola e Delfini, Cedam, Padova, 2010, pp. 61 ss.). Deve pure escludersi che al rapporto in esame sia applicabile l'articolo 2126 c.c., a norma del quale, com'è noto, "la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione..."; atteso che, per pacifica giurisprudenza (cfr., fra le altre, Cassazione, 8 novembre 2007, n. 23265; Cassazione, 21 marzo 2006, n. 6260; Cassazione, 21 giugno 2000, n. 8471, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, 641, nt. Ogriseg), tale norma ha carattere eccezionale e non si applica ai rapporti di lavoro autonomo, quale è quello in esame. In caso di annullamento del contratto al cliente andranno restituite le somme corrisposte, ai sensi dell'articolo 2033 c.c. (così Giavarrini-Rocco di Torrepadula, *op. cit.*, p. 61), mentre il professionista avrà diritto ad una remunerazione calcolata applicando l'articolo 2041 c.c., senza riferimento alle tariffe professionali, per le quali si richiede la instaurazione di un rapporto valido ed efficace, ove si sia verificato un arricchimento del cliente ed un, contemporaneo, impoverimento del professionista. Con riferimento a quest'ultimo aspetto - dell'impoverimento del professionista - questo potrà calcolarsi tenendo conto delle spese eventualmente anticipate, escludendosi, invece, quanto a questi sarebbe spettato dal normale svolgimento della sua attività, nel periodo dedicato all'assistenza del cliente con riferimento al cui rapporto è stato pronunciato l'annullamento, così escludendosi ogni forma di lucro cessante (Cassazione, Sezione Unita, 11 settembre 2008, n. 23385, pubblicata fra le altre in *Obblighe e contr.*, 2008, 11, 869, nt. Rubino; in *Nuova giur. civ.*, 2009, 4, 1, 320, nt. Del Grosso; in *Corriere giur.*, 2009, 1, 59, nt. Di Majo; in *Corriere del Merito*, 2009, 1, 41, Travaglino; Cassazione, Sezione Unita, 27 gennaio 2009, n. 1875, che altresì escludono, espressamente, che possano essere assunte come parametro le tariffe professionali. Secondo Cassazione, 29 marzo 2005, n. 6570 - conf. Cassazione, 18 giugno 2008, n. 16577 -, invece, "l'azione di arricchimento senza causa è ammissibile soltanto limitatamente a quanto un soggetto abbia fatto proprio e non oltre l'effettiva entità della diminuzione patrimoniale correlativamente subita dall'altro soggetto. Pertanto, nel caso dell'elaborazione, a favore di un ente pubblico, che poi ne abbia riconosciuto l'utilità, di un progetto di opera pubblica non preceduta da un valido

incarico professionale conferito contrattualmente, l'indennizzo dovuto ex al professionista va liquidato, nei limiti dell'arricchimento dell'ente, con riguardo alla entità dell'effettiva perdita patrimoniale subita dal professionista, da accertarsi tenendo conto delle spese anticipate per l'esecuzione dell'opera e del mancato guadagno, da determinarsi eventualmente anche ex, che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico, senza la possibilità di far ricorso a parametri contrattuali, stante la carenza di un valido vincolo contrattuale, o di commisurare, *sic et simpliciter*, la perdita patrimoniale alla *utilitas* derivatane all'ente sotto il profilo della spesa risparmiata).

Può dunque condividersi l'orientamento espresso nella ordinanza annotata e che pure - anche a causa della natura del provvedimento - lascia irrisolte alcune problematiche alle quali, pur succintamente data la natura del presente lavoro, si è tentato di dare, seppur per breve cenno, una soluzione. Peraltro, deve sottolinearsi come dal provvedimento in esame possa, con una certa tranquillità, argomentarsi come l'intervento del giudice, in caso di omessa informazione, non abbia carattere sanzionatorio, ma suppletivo, interessando non le parti del processo, ma il mero rapporto cliente-avvocato, ciò desumendosi anche - e proprio - dalla non riconosciuta possibilità, alla controparte processuale, di richiedere l'annullamento del contratto. Per altro verso, non può condividersi l'affermazione per la quale l'intervento del giudice sarebbe "salvifico", atteso che "salvifica" è pur sempre l'attività della parte la quale, informata dal giudice, decide di proseguire l'attività processuale, così convalidando il negozio ai sensi del richiamato articolo 1444 c.c.

Fabrizio Fezza

Osservazioni sul dovere di informazione dell'avvocato, ex articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010.

1. Premessa.

Con il decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 trova spazio nel nostro ordinamento la disciplina della mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. Il nuovo istituto, che muove dall'esigenza di deflazionare un sistema di giustizia tradizionale ormai incitato affanno, si caratterizza per la previsione di un modello qualificato di conciliazione stragiudiziale e dei suoi rapporti con il processo ordinario.

Non solo, quindi, acquista sembianza normativa la tradizionale immagine del tentativo di conciliazione gestito da un terzo imparziale che aiuta le parti a ricercare una soluzione condivisa della controversia senza avere il potere di imporre loro le proprie determinazioni, ma la legge attribuisce particolare valenza al servizio di conciliazione prestato da strutture sottoposte al controllo pubblico - gli organismi iscritti nel registro ministeriale di cui all'articolo 16 del decreto legislativo n. 28/2010 - che si avvalgono di professionalità - i mediatori inseriti nell'elenco ministeriale di cui all'articolo 1, del D.M. 180/2010 - qualificate da un percorso formativo specifico coltivato presso enti di formazione specializzati, accreditati presso il Ministero della giustizia. Viene tradotto in norma il principio di neutralità della mediazione rispetto al processo, che poggia sull'idea di fondo che la scelta della "negoziata 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 parte e le informazioni acquisite nel corso della procedura sono coperte dalla riservatezza e non possono essere oggetto di prova nel giudizio. Due sono le deroghe al suddetto principio, entrambe miranti ad accrescere le probabilità di successo della mediazione: la prima è che, ai sensi dell'articolo 8, comma 5, del decreto legislativo n. 28/2010, la mancata partecipazione di una delle parti alla mediazione costituisce argomento di prova ex articolo 116, comma 2, c.p.c.; la seconda consiste nella proposta solutoria del mediatore di cui agli articoli 11 e 13 del decreto legislativo n. 28/2010, la mancata adesione alla quale può incidere sfavorevolmente sul regolamento delle spese di lite relative al giudizio celebrato dopo la fallita conciliazione.

Partendo dalla considerazione che una mediazione professionalmente gestita e che si svolga in un ambiente normativamente protetto mediante il richiamato principio di neutralità costituisce un valido strumento di definizione delle controversie alternativo al processo, il legislatore regola sotto vari aspetti l'interrelazione tra l'una e l'altro. Si introduce così, per talune materie, la mediazione obbligatoria quale condizione di procedibilità del giudizio; si regola la possibilità per il giudice di merito (anche in appello) di invitare le parti ad avvalersi della mediazione; si disciplina - secondo

il modello che già fu proprio della conciliazione societaria di cui agli articoli 38 e ss. del decreto legislativo n. 5/2003 - l'efficacia reale delle clausole di conciliazione inserite in contratti, statuti ed atti costitutivi di enti. È evidente tuttavia che il successo di un modello di A.D.R. che - come la mediazione civile e commerciale - tende alla risoluzione concordata delle controversie non può essere affidato all'obbligatorietà legale o convenzionale, né al timore reverenziale che promana dal giudice che invita le parti a tentare la conciliazione. Questi strumenti, infatti, servono solo ad introdurre forzatamente gli istituti di conciliazione stragiudiziale in un contesto socio-economico che tende a non riconoscere l'esistenza di valide alternative alla tutela giurisdizionale. In altri termini, le parti sono normativamente sospinte verso la mediazione anzitutto perché è interesse del legislatore creare una familiarità tra la società civile e questo nuovo istituto.

Alla medesima *ratio* - pare a chi scrive - si ispira anche la scelta legislativa di aprire ai privati - sia pure assoggettandoli al controllo pubblico - la gestione delle mediazioni. Si è ritenuto, verosimilmente, che la creazione di un vero e proprio mercato dei servizi di conciliazione ne avrebbe favorito un più rapido radicamento sociale.

2. L'informativa sulla mediazione. Profili generali ed ambito soggettivo di applicazione.

Nello stesso ordine di idee va letta l'introduzione, ad opera dell'articolo 4, comma 3, decreto legislativo 4 marzo 2010 n. 28, dell'obbligo per gli avvocati di informare la clientela sull'esistenza e l'operatività dei meccanismi di soluzione stragiudiziale delle controversie regolamentati dal decreto stesso, cui sono dedicate le seguenti considerazioni. In primo luogo, la scelta di accollare alla classe forense la predetta mission informativa rinviene la propria *ratio* anzitutto nel ruolo di gestori professionali del contenzioso ricoperto dagli avvocati. È un dato dell'esperienza, infatti, che i principi del foro entrino in contatto con la stragrande maggioranza delle controversie che coinvolgono enti, imprese e privati cittadini, ancor prima che queste approdino alle aule di giustizia. Non solo, dunque, l'avvocato interviene nel momento topico, ma il ruolo che è chiamato a svolgere rende particolarmente affidabile l'informazione tecnica in tema di mediazione, e la associa naturalmente ad una valutazione professionale in ordine all'opportunità (ovvero, nei casi di mediazione obbligatoria, alla necessità) di ricorrere al nuovo istituto.

Non si tratta, quindi, della cinica imputazione alla classe forense dell'obbligo di soffiare sull'incendio nel quale è destinata ad ardere e consu-

marsi la sua professione, ma dell'efficace introduzione di un meccanismo teso a favorire, anche nei casi in cui la mediazione non sia obbligatoria, l'analisi comparativa, professionalmente condotta, tra la prospettiva dell'immediato ricorso alla giustizia tradizionale e quella di perseguire una definizione concordata della controversia. In pratica il legislatore vorrebbe, attraverso l'informazione obbligatoria, far sì che l'attivazione di ogni giudizio segua ad una scelta tecnica e ponderata tra giustizia tradizionale e tentativo di conciliazione. Così ricostruita la *ratio* della previsione normativa in esame, i primi interrogativi che ne conseguono riguardano la corretta individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'obbligo di informazione. Benché l'ermeneutica letterale riferisca il dovere divulgativo all'avvocato, non pare revocabile in dubbio che tale termine sia adoperato non già per esprimere uno status soggettivo derivante dall'iscrizione all'ordine professionale, ma piuttosto con riferimento alla funzione contrattualmente assunta di offrire ad una parte assistenza e consulenza professionale nella gestione delle controversie, e che pertanto possa essere applicato in via estensiva o analogica ad altre figure professionali. In quest'ordine di idee, appare plausibile estendere l'obbligo informativo in parola anzitutto al praticante avvocato abilitato che, benché non iscritto all'albo forense, è legittimato (entro i limiti previsti dalla legge) ad assumere incarichi professionali di gestione del contenzioso in tutto corrispondenti a quelli dell'avvocato. Sarei propenso, seppur con maggior cautela, ad imputare il dovere informativo anche ai professionisti carenti dello *ius postulandi* (praticanti avvocati non abilitati, prestatori di servizi legali) che possono essere nondimeno incaricate, anche avvalendosi di strumenti di rappresentanza sostanziale, di assistere la parte nei procedimenti giurisdizionali che non richiedono l'obbligatorio intervento dell'avvocato.

Problematico è anche stabilire se l'obbligo in parola ricada solo sui professionisti incaricati di assistere la parte in un giudizio innanzi ad un organo di giustizia ordinaria, oppure se esso operi anche in relazione ad incarichi di gestione stragiudiziale della controversia. Gli argomenti a sostegno dei due poli dell'alternativa si equivalgono: per un verso, occorre considerare che l'obbligo informativo scatta con il conferimento dell'incarico all'avvocato, e che la norma in commento collega all'omessa informazione (anche, ma non solo) conseguenze di natura processuale; per altro verso, la norma non contiene alcuna delimitazione dell'incarico all'assistenza giudiziale né in essa si esaurisce necessariamente il ruolo professionale dell'avvocato; vi è poi che l'articolo 4, comma 3,

adopera l'aggettivo eventuale con riferimento al giudizio oggetto dell'incarico. La questione peraltro non è di poco conto, giacché l'estensione dell'obbligo informativo oltre i confini dell'incarico giudiziale finirebbe per coinvolgere ulteriori figure professionali, tra cui commercialisti, esperti contabili e consulenti aziendali.

Le stesse professionalità potrebbero essere coinvolte, insieme ad altre, anche qualora si ritenesse di collegare l'obbligo informativo all'incarico di assistere una parte nell'ambito di un procedimento arbitrale. Al riguardo, se da un lato il dovere di informazione si colloca in capo a chi è chiamato alla gestione professionale - non necessariamente giudiziale - della controversia, in senso opposto occorre considerare che la finalità deflattiva cui l'intera normativa tende non avrebbe ragione d'essere perseguita rispetto a quelle controversie che, avendo imboccato la via dell'arbitrato, non alimentano il carico della giustizia tradizionale.

È anche vero che l'obiettivo immediato dell'obbligo di informazione consiste nella divulgazione del nuovo istituto, e che esso meriterebbe di essere perseguito anche in occasione di liti soggette ad arbitrato. Ciò nondimeno, la lettera della norma lascia preferire la ricostruzione più restrittiva: il documento che contiene l'informazione deve essere allegato all'atto introduttivo "del giudizio"; è "il giudice", e non anche l'arbitro, a convocare le parti per fornire loro l'informazione omessa. Ed è appena il caso di osservare che, quando il decreto legislativo n. 28/2010 detta, altrove, disposizioni che si applicano anche all'arbitro menziona espressamente tale figura accanto a quella del giudice (cfr. articolo 5, comma 5).

Differenti problemi solleva l'individuazione dei destinatari dell'informazione. Al riguardo, il generico riferimento all'assistito contenuto nell'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010, rende necessarie talune precisazioni. L'assistito è il soggetto nel cui interesse è svolta l'attività professionale dell'avvocato; di norma, tale figura coincide sia con il soggetto che richiede la prestazione legale, sia con il rappresentato nel processo, sebbene non manchino ipotesi in cui l'incarico è conferito all'avvocato per l'assistenza di un terzo. In tali casi non è agevole stabilire se l'avvocato debba indirizzare l'informativa sulla mediazione al contraente o al rappresentato. La circostanza che l'omessa informazione costituisca causa di annullabilità del contratto di prestazione d'opera professionale induce ad identificarne il beneficiario con il contraente; la previsione di una verifica endoprocessuale della resa informativa affidata al giudice, per contro, sembra possibile solo rispetto alla parte del processo, e dunque al rappresentato. La conclusione che,

anziché optare per uno dei poli dell'alternativa, li cumuli, richiedendo un'informativa al contraente per gli effetti sostanziali sul rapporto professionale ed una al rappresentato per gli effetti processuali, non appare incompatibile con il dettato normativo. È pur vero che l'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 presuppone un'unica informativa alla cui omissione riconnette entrambe le tipologie di effetti innanzi menzionati, ma appare evidente che l'espressa previsione normativa si riferisca all'ipotesi comune di coincidenza tra contraente e rappresentato.

3. Il contenuto e le modalità dell'informativa.

L'informativa è dovuta tutte le volte in cui l'incarico professionale abbia ad oggetto liti riconducibili all'ambito di applicazione della mediazione civile e commerciale ai sensi dell'articolo 2, decreto legislativo n. 28/2010, ossia controversie privatistiche su diritti disponibili. Lo si desume dal suo contenuto, richiedendo l'articolo 4, comma 3, che l'assistito sia informato "della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione", dei vantaggi fiscali di cui agli articoli 17 e 20, e dei casi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Il motivo di quest'ultima informazione, in particolare, non è di agevole comprensione. Mentre appare in linea con la dedotta finalità divulgativa che al consulente investito della gestione della lite venga richiesto di prospettare l'alternativa legale al giudizio contenzioso, comprensiva - pur nel silenzio della legge - dell'illustrazione dei punti salienti della disciplina della mediazione ivi compresi quelli che riguardano i vantaggi di ordine fiscale, è invece piuttosto singolare che gli si chieda di declinare l'ambito dell'obbligatorietà legale della mediazione anche di fronte ad incarichi professionali che ne restano sicuramente estranei. Sorge spontaneo, allora, il dubbio che quest'ultima previsione sia il frutto di un'errata formulazione della norma, per effetto della quale è stata mal resa la previsione dell'obbligo del professionista di informare preventivamente il proprio assistito del fatto che, in relazione alla controversia oggetto dell'incarico, sia prescritta la mediazione preventiva quale condizione di procedibilità del giudizio.

Così ricostruita, la disposizione in esame finisce per coincidere con l'obbligo già desumibile dall'articolo 40 del Codice Deontologico Forense, a tenore del quale "l'avvocato è tenuto ad informare (...) il proprio assistito (...) delle caratteristiche e dell'importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione possibili", nonché "sulla necessità del compimento di determinanti atti al fine di evita-

re prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativamente agli incarichi in corso di trattazione", al quale attribuisce valore giuridico. In sintonia con le previsioni del codice deontologico, anche l'informativa dell'articolo 4, comma 3, decreto legislativo n. 28/2010 deve essere resa, sul piano temporale, all'atto del conferimento dell'incarico. Sotto quest'aspetto, il testo legislativo è mutato in itinere, giacché la sua formulazione originaria prevedeva che l'obbligo sorgesse al primo colloquio con l'assistito, e dunque in un momento potenzialmente antecedente. L'opzione recepita nel testo vigente si lascia preferire sia sul piano dell'opportunità, perché solleva il legale dal procurarsi l'attestazione scritta di ricevuta informativa in un momento in cui potrebbero non risultare compiutamente né i punti salienti della controversia né i termini dell'incarico che si profila, sia sul piano giuridico. Infatti, se l'obbligo di informare sorge con l'incarico professionale ed in conseguenza di questo, la responsabilità derivante da una sua eventuale omissione ha natura certamente contrattuale; laddove invece, la violazione dell'obbligo preesistente al contratto può rilevare tutt'al più sul piano della responsabilità precontrattuale, con la conseguente applicazione della disciplina sugli illeciti extracontrattuali.

L'articolo 4 del decreto legislativo n. 28/2010 prescrive che l'informativa in parola sia fornita "chiaramente e per iscritto". Sotto il primo profilo, segnalato l'ulteriore punto di analogia con la richiamata previsione del Codice deontologico, mette conto rilevare come il requisito della chiarezza, riferendosi all'agevole riconoscibilità e comprensibilità del messaggio informativo, imponga al professionista l'impiego di un linguaggio compatibile con la capacità ricettiva dell'assistito, qualunque ne sia l'estrazione culturale. Sotto il secondo profilo, occorre chiedersi se la forma scritta sia richiesta per la validità e la regolarità dell'informazione, o solo come mezzo per renderne più agevole la prova. La seconda ricostruzione si lascia ampiamente preferire, a meno di voler ritenere che le conseguenze dell'omessa informazione si verifichino anche qualora, pur mancando l'attestazione scritta, la ricevuta informativa possa desumersi dalla circostanza che le parti, prima di attivare il giudizio, si siano effettivamente avvalse della mediazione. Questa conclusione pare in linea, del resto, con la disciplina degli effetti processuali della mancata informazione, secondo cui il giudice "se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione", giacché tale norma conferma che la celebrazione della mediazione, facendo presupporre la conoscenza dell'istituto, rende superfluo l'intervento del giu-

dice volto a colmare la lacuna informativa. Né mi pare vi siano motivi per non estendere tale conclusione alle altre ipotesi in cui l'informazione fornita alle parti possa desumersi *aliunde*.

4. Le conseguenze dell'omessa informazione.

Come già si è accennato, le conseguenze dell'omessa informativa sono di duplice natura. Sul piano sostanziale, è prevista l'annullabilità del contratto d'opera professionale. Si tratta, anche in questo caso, di una previsione mutata in extremis, giacché il testo del d.d. legge prevedeva la più grave sanzione della nullità. Il legislatore ha preferito, cioè, porsi in linea con il principio, di recente riaffermato dalle Sezioni Unite con riferimento ai contratti su prodotti finanziari, secondo cui la violazione degli obblighi di informazione preventiva non inficia la struttura del contratto cui essi accedono e non ne determina la nullità per difetto di uno degli elementi di cui all'articolo 1325 c.c. o per la loro illiceità. La previsione di legge riproduce, per altro verso, un meccanismo normativo già esplorato con riferimento alla disciplina dell'affiliazione commerciale portata dalla legge 6 maggio 2004 n. 129 che, all'articolo 8, sanziona con l'annullamento le violazioni concernenti obblighi informativi che non riguardano direttamente il bene o i servizi oggetto di contratto, ma che incidono sulla convenienza economica delle scelte contrattuali. In sostanza, il legislatore presume *iuris et de iure* che se l'assistito fosse stato correttamente informato sulla mediazione, non avrebbe conferito il differente incarico di gestione della controversia dedotto in contratto.

Le conseguenze dell'omessa informazione sono, dunque, particolarmente gravi per il professionista. L'annullamento, com'è noto, può essere eccepito senza limiti di tempo dal cliente che intenda paralizzare l'azione del legale tesa al recupero del compenso per l'attività professionale svolta (articolo 1442 c.c.); né il professionista potrebbe invocare il disposto dell'articolo 2126 c.c., norma che sancisce l'inefficacia delle ipotesi di nullità ed annullabilità del contratto di lavoro subordinato per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, e che una giurisprudenza unanime considera eccezionale e, come tale, inestensibile al lavoro autonomo. D'altro canto, nessun pregiudizio subisce il cliente che fa valere l'annullamento del contratto neanche sotto il profilo del collegamento tra l'incarico professionale e la procura *ad litem*: infatti, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, la rappresentanza processuale fonda su un negozio indipendente ed autonomo rispetto all'incarico professionale, di guisa che l'eventuale annullamento di quest'ultimo ha effetto unicamente nei rapporti interni tra cliente e pro-

fessionista, e non inficia anche la procura o l'attività processuale svolta dal difensore in giudizio (Cassazione 2 settembre 1997, n. 8388). Il diritto al compenso, tuttavia, non è compromesso del tutto, giacché, la prestazione resa dal professionista in esecuzione del contratto annullato può essere remunerata entro i limiti di cui all'articolo 2041 c.c. Pertanto, ai fini della determinazione delle spettanze del professionista, non può essere applicata la relativa tariffa, non trattandosi in questo caso di corrispettivo per prestazioni professionali, ma della individuazione di una somma che va liquidata a titolo di indennizzo, se ed in quanto si sia verificato un vantaggio patrimoniale a favore del beneficiario della prestazione con correlativa perdita patrimoniale della controparte (Cassazione 18 febbraio 2010, n. 3905). Al riguardo, una giurisprudenza ormai diffusa si esprime nel senso che l'entità dell'effettiva perdita patrimoniale subita dal professionista debba accertarsi tenendo conto sia delle spese anticipate, sia del mancato guadagno che lo stesso avrebbe ricavato dal normale svolgimento della sua attività professionale nel periodo di tempo dedicato invece all'esecuzione dell'opera utilizzata dall'ente pubblico, da determinarsi eventualmente anche ex articolo 1226 c.c. (Cassazione 29 marzo 2005 n. 6570). La tariffa professionale, dunque, potrà ancora essere adoperata in via parametrica, ma con la rilevante differenza che il diritto al compenso professionale non potrà essere efficacemente tutelato né in via monitoria, ai sensi dell'articolo 636 c.p.c., né mediante l'istanza di liquidazione di cui all'articolo 28 della legge 13 giugno 1942, n. 794. Così ricostruita la *ratio* e la portata della norma, appare evidente che la sua applicazione non può dipendere dalla posizione processuale rivestita dalla parte destinataria dell'omessa informazione, ma che al contrario l'annullabilità colpisce egualmente il contratto d'opera professionale stipulato per l'assistenza dell'attore, come per quella del convenuto.

5. Segue: le conseguenze di ordine processuale. A diverse conclusioni deve pervenirsi per quanto attiene alle conseguenze processuali dell'omessa informazione. In proposito, l'articolo 4 comma 3, prevede che il documento contenente l'attestazione scritta dell'avvenuta informazione "deve essere allegato dall'attore all'atto introduttivo del giudizio". L'obbligo, in tal caso è posto solo in capo all'attore, che il legislatore ha presunto essere maggiormente interessato ad un celere prosieguo del giudizio. Infatti, la sanzione che deriva dall'omissione consiste nel fatto che il giudice che la rilevi, convoca le parti per fornire l'informativa omessa, con ciò rallentando - per causa imputabi-

le ad una parte - lo svolgimento del processo. L'estensione di tali conseguenze anche all'omessa informativa del convenuto, avrebbe esposto l'attore ad una facile strumentalizzazione della norma per il perseguimento di finalità dilatorie. Ma se così è, pare lecito chiedersi se l'obbligo di allegazione vada sempre posto a carico dell'attore "in senso formale", ovvero se la regola sopporti qualche eccezione. Ad esempio, nell'ipotesi di opposizione a decreto ingiuntivo, appare coerente con la ricostruzione fin qui fornita che l'onere di allegazione ricada sull'attore "in senso sostanziale", e quindi sul convenuto formale, cioè l'opposto, perché è questi che normalmente patisce il pregiudizio legato alla lungaggine del giudizio di opposizione.

Il problema appare, a ben vedere, più complesso. Collegare alla posizione processuale di attore o di convenuto l'interesse alla rapida definizione del processo piuttosto che al suo prolungamento è esercizio che può assumere una valenza solo in termini probabilistici. L'attore, ad esempio, potrebbe avere interesse a differire la decisione per conservare l'effetto sostanzialmente paralizzante legato alla trascrizione di una domanda giudiziale di dubbia fondatezza; del pari, l'interesse alla celerità del giudizio sta in capo all'opponente quando il monitorio è reso provvisoriamente esecutivo. Ed allora occorre chiedersi se, al fine di evitare abusi e strumentalizzazioni, il giudice non sia obbligato, prima di disporre la convocazione delle parti ai sensi dell'ultima parte dell'articolo 4 comma 3, a valutare se tale provvedimento produca in concreto un vantaggio per la parte la cui inerzia si intendeva sanzionare; e se debba, in tal caso, obbligatoriamente astenersi dal convocare le parti.

Nella prassi, l'onere di allegazione dell'informativa all'atto introduttivo del giudizio è stato da taluno interpretato nel senso che l'attore sia onerato di notificare una copia alla controparte, in uno all'atto di citazione. Quest'interpretazione non coglie nel segno, essendo tale adempimento del tutto superfluo rispetto alla finalità perseguita dalla norma. Poiché non è immaginabile che la norma confidi nell'utilità di una funzione informativa assoluta in favore del convenuto dal difensore della parte avversa, pare evidente che il motivo dell'allegazione sta nel consentire al giudice di verificare che l'informativa sia stata data. All'uopo non è necessaria la notifica alla controparte, ma è sufficiente che il documento sia allegato alla produzione dell'attore all'atto della sua costituzione in giudizio.

Le conseguenze processuali dell'omessa informazione si intrecciano con quelle sostanziali ai fini dell'applicazione dell'articolo 1444 c.c., che preve-

de la sanatoria del vizio quando, conosciuta la causa di annullabilità, il contraente al quale spettava l'azione di annullamento vi abbia dato spontanea esecuzione. Nell'ipotesi in esame, dunque, l'informazione fornita dal giudice alle parti rende nota la causa di annullabilità, con la conseguenza di procurare la sanatoria di quei rapporti professionali - e saranno la maggior parte - che proseguiranno indisturbati anche dopo la comparizione delle parti davanti al giudice. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha precisato che la volontà di convalidare il contratto può desumersi da qualsiasi comportamento attinente all'esecuzione del contratto, cioè non soltanto quello di stretto adempimento proprio del soggetto attivo di un'obbligazione nascente dal contratto stesso, ma anche quello posto in essere dalla controparte di accettazione ed adesione alla prestazione dell'obbligato (Cassazione 27 marzo 2001, n. 4441). In altri termini, la sanatoria si verifica quando il cliente, informato dal giudice della causa di annullamento all'inizio della propria attività, non provveda alla revoca dell'incarico professionale di assistenza in giudizio conferito al proprio difensore. Ma se così è, finisce paradossalmente per essere più insidiosa l'annullabilità derivante dalla mancata informativa che non soggiace alle conseguenze processuali, la quale è destinata a perpetrarsi fino all'esaurimento dell'attività difensiva, senza beneficiare dell'efficacia sanante che l'intervento del giudice produce sull'invalidità del contratto.

Sabato Salvati e Luigi Villani

Le barriere architettoniche e percettive, queste sconosciute.

Articolo redatto dall'avvocato Sabato Salvati, disabile visivo, e dall'ingegnere Luigi Villani, laureato anche in Scienze politiche con una tesi sui diritti dei diversamente abili.

La normativa concernente l'eliminazione delle barriere architettoniche costituisce un'applicazione del principio di cui all'articolo 3 comma 2 della nostra Costituzione, di quello di cui al relativo articolo 42 concernente la funzione sociale della proprietà, del principio della "independent living" (vita indipendente, codificato anche nell'articolo 19 della Convenzione Onu sui Diritti delle Persone Disabili che è legge della UE dal 26 novembre 2009, e del relativo articolo 9 sull'accessibilità).

Non essendo possibile, per ragioni di spazio, esaminare nella presente sede l'intero panorama normativo e giurisprudenziale, possiamo indicare i

principali riferimenti normativi italiani nella legge n. 13/1989, nel D.M. n. 236/1989, nel D.P.R. 503/1996, nella legge 104/1992 e nel D.P.R. 380/2001, di cui riteniamo particolarmente importanti gli articoli da 77 a 82 e l'articolo 25 comma 3, lettera d. Per quanto riguarda la Regione Campania, ricordiamo la legge regionale n. 3 del 27 febbraio 2007, articolo 9 in particolare. La normativa sulle barriere architettoniche viene spesso applicata parzialmente e/o in maniera non corretta o di mera facciata. Spesso si ritiene sufficiente realizzare una rampa (c.d. scivolo) di accesso per eliminare le barriere architettoniche senza però assicurarsi, ad esempio, che l'edificio, al suo interno, abbia corridoi, ambienti e porte con le caratteristiche tecniche prescritte dalla normativa di settore.

Un esempio di applicazione distorta della normativa sulle barriere architettoniche è stato esaminato da Cassazione penale 8 febbraio 2000.

Ma la parte della normativa di settore che ancora più spesso risulta disapplicata ed anche sconosciuta, è quella concernente l'eliminazione delle cosiddette "barriere percettive" che sono quelle che riguardano i disabili con minorazioni sensoriali, nonostante numerosi siano i riferimenti normativi specifici ed espliciti concernenti tale problematica.

Essi si rinviengono in varie disposizioni.

Ad esempio, il D.P.R. n. 203/1996, all'articolo 1.2, lettera c, così recita: "Sono da considerare barriere architettoniche, e quindi da superare, la mancanza di accorgimenti e segnalazioni che permettono l'orientamento e la riconoscibilità dei luoghi e delle fonti di pericolo per chiunque e in particolare per i non vedenti, per gli ipovedenti e per i sordi". In verità, tale definizione era testualmente contenuta già nell'articolo 2, a), c), del D.M.LL.PP. del 14 giugno 1989 n. 236.

Consegue che l'eliminazione delle barriere architettoniche, per essere ossequiosa del dato normativo, deve comprendere accorgimenti quali semafori acustici, mappe tattili dei luoghi, installazione di guide tattili a terra nei punti critici, come il sistema denominato "Loges", secondo criteri che richiedono particolari competenze tecniche per temperare l'abbattimento delle barriere percettive con il minor costo possibile ed evitando superflue alterazioni dello stato dei luoghi. Ad esempio, le guide tattili a terra, che consentono al non vedente o ipovedente di muoversi secondo percorsi prestabiliti, non vanno installate indiscriminatamente e dovunque, e, con le dovute cautele, possono essere sostituite, ove efficaci, dalle c.d. "guide naturali", quali le siepi dei giardini o i muri. In base all'articolo 1.3 del D.P.R. cit., le sue norme si applicano "agli edifici e spazi pub-

blici di nuova costruzione, ancorché di carattere temporaneo, o a quelli esistenti qualora sottoposti a ristrutturazione. Si applicano altresì agli edifici e spazi pubblici sottoposti a qualunque altro tipo di intervento edilizio suscettibile di limitare l'accessibilità e la visitabilità, almeno per la parte oggetto dell'intervento stesso. Si applicano inoltre agli edifici e spazi pubblici in tutto o in parte soggetti a cambiamento di destinazione se finalizzata all'uso pubblico, nonché ai servizi speciali di pubblica utilità di cui al successivo titolo VI". L'articolo 1.4, stabilisce che, "agli edifici e spazi pubblici esistenti, anche se non soggetti a recupero o riorganizzazione funzionale, devono essere apportati tutti quegli accorgimenti che possono migliorarne la fruibilità sulla base delle norme contenute nel presente regolamento". Per quanto riguarda i percorsi pedonali, ai fini dell'abbattimento delle barriere percettive, è importante anche l'articolo 4 del D.P.R. cit., il quale dispone: "i progetti relativi agli spazi pubblici e alle opere di urbanizzazione a prevalente fruizione pedonale devono prevedere almeno un percorso accessibile in grado di consentire ... l'uso dei servizi, le relazioni sociali e la fruizione ambientale anche alle persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale." L'articolo 6, occupandosi degli attraversamenti pedonali, così recita al comma 4: "gli impianti semaforici, di nuova installazione o di sostituzione, devono essere dotati di avvisatori acustici che segnalano il tempo di via libera anche a non vedenti ...".

Per quanto concerne le scale, il D.M. 236/1989, richiamato dal D.P.R. n. 203/1996, fa obbligo di segnalare l'inizio e la fine delle scale con apposite strisce tattili riconoscibili dai non vedenti, poste ad almeno 30 cm dalle scale stesse.

L'articolo 13.3 del D.P.R. cit. si occupa degli spazi esterni e stabilisce che "per gli spazi esterni di pertinenza degli stessi edifici, il necessario requisito di accessibilità si considera soddisfatto se esiste almeno un percorso per l'accesso all'edificio fruibile anche da persone con ridotta o impedita capacità motoria o sensoriale".

L'articolo 24 comma 9, legge n. 104/1992, recita: "i piani di cui all'articolo 32, comma 21, della citata legge n. 41 del 1986 sono modificati con integrazioni relative all'accessibilità degli spazi urbani, con particolare riferimento all'individuazione e alla realizzazione di percorsi accessibili, all'installazione di semafori acustici per non vedenti, alla rimozione della segnaletica installata in modo da ostacolare la circolazione delle persone handicappate". Altre norme ancora possono rinvenirsi nel D.M. 236/1989 già citato, concernente gli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ma ragioni di

spazio non ne consentono l'esame in dettaglio, in quanto scopo del presente lavoro è semplicemente quello di dimostrare l'obbligatorietà dell'abbattimento anche delle barriere percettive.

A questo punto, riteniamo perciò opportuno richiamare l'attenzione sui profili sanzionatori che la normativa di settore e l'ordinamento giuridico in generale apprestano alla violazione o alla inesatta osservanza della normativa sulle barriere architettoniche, ivi comprese quelle percettive.

Una prima sanzione indiretta ci viene dall'articolo 1.7 del D.P.R. sopra citato, il quale dispone: "non possono essere erogati contributi o agevolazioni da parte dello Stato e di altri enti pubblici per la realizzazione di opere o servizi pubblici non conformi alle norme di cui al presente regolamento". Nello stesso senso, si veda l'articolo 32 comma 20 legge n. 41/1986 richiamato dall'articolo 24 comma 5 legge 104/1992 e, per la Campania, l'articolo 2 comma 1 lettera c, legge regionale 12 dicembre 1979 n. 42, come sostituita dall'articolo 25 legge regionale 30 gennaio 2008 n. 1. Da ciò deriva che l'eventuale concessione di contributi a strutture non in regola può dar luogo:

- a) all'impugnativa e al conseguente annullamento del provvedimento amministrativo che illegittimamente dovesse concederli;
- b) alla possibile ripetizione dell'indebito da parte dell'ente erogatore nei confronti del percipiente;
- c) a possibili sanzioni penali a carico di chi lucrasse tali contributi in assenza dei relativi presupposti e, ove fosse provata la compartecipazione del funzionario dell'ente pubblico concedente, anche ad una possibile ipotesi di abuso di ufficio ex articolo 323 c.p.

Un secondo strumento di coazione indiretta può individuarsi nei commi 3 e 4 dell'articolo 23 della legge n. 104/1992. Il primo subordina il rilascio o il rinnovo di concessioni demaniali per gli impianti di balneazione al rispetto dei requisiti di visitabilità di cui al D.M.LL.PP. 236/1989, oltre che alla possibilità di accesso al mare da parte delle persone handicappate. Il secondo subordina alla visitabilità degli impianti le concessioni autostradali e loro rinnovi.

In caso di rilascio di concessioni in assenza di tali requisiti, i relativi atti possono essere impugnati e possono profilarsi fattispecie di reato.

In generale, poi, l'inosservanza o la inesatta osservanza della normativa sull'abbattimento anche soltanto delle barriere percettive, quale *species* di quelle architettoniche, comporta:

- a) l'illegittimità dei provvedimenti amministrativi di approvazione dei progetti che non prevedano il completo abbattimento delle barriere secondo le prescrizioni normative e tecniche di settore;



Roccapiemonte,
villa Ravaschieri,
veduta dal giardino.

- b) la nullità dei contratti di appalto ex articolo 1418 c.c. relativi ad opere per le quali sia obbligatorio l'abbattimento delle barriere architettoniche e che non contemplino la realizzazione contestuale delle necessarie opere;

- c) la responsabilità contabile dei funzionari pubblici coinvolti nella realizzazione di opere o nella concessione di contributi in assenza dell'eliminazione delle barriere, quando dovuta;

- d) la sanzione prevista per chi discrimina i disabili nell'esercizio delle imprese turistiche che svolgono attività di gestione di strutture ricettive ed annessi servizi turistici o in altri pubblici esercizi dall'articolo 23 comma 5, legge 104/1992 che recita: "chiunque, nell'esercizio delle attività di cui all'articolo 5, primo comma, della legge 17 maggio 1983, n. 217 o di altri pubblici esercizi, discrimina persone handicappate è punito con la sanzione amministrativa del pagamento di una somma da lire un milione a lire dieci milioni e con la chiusura dell'esercizio da uno a sei mesi";

- e) la sanzione prevista per i tecnici dall'articolo 24 comma 7 seconda parte della legge 104/1992, il quale recita: "tutte le opere realizzate negli edifici pubblici e privati aperti al pubblico in difformità dalle disposizioni vigenti in materia di accessibilità e di eliminazione delle barriere architettoniche, nelle quali le difformità siano tali da rendere impossibile l'utilizzazione dell'opera da parte delle persone handicappate, sono dichiarate inabitabili e inagibili. Il progettista, il direttore dei lavori, il responsabile tecnico degli accertamenti per l'agibilità o l'abitabilità ed il collaudatore, ciascuno per la propria competenza, sono diretta-

mente responsabili. Essi sono puniti con l'ammonda da lire dieci milioni a lire cinquanta milioni e con la sospensione dai rispettivi albi professionali per un periodo compreso da uno a sei mesi";

f) le procedure rapide previste dalla legge 1 marzo 2006 n. 67, recante misure per la tutela giudiziaria di persone con disabilità vittime di discriminazioni e le analoghe procedure e misure contro i trattamenti discriminatori sui luoghi di lavoro ai sensi del decreto legislativo n. 216 del 9 luglio 2003. Ragioni di spazio ci impediscono di illustrare il funzionamento di tutti questi strumenti, direttamente o indirettamente sanzionatori, e delle procedure esperibili, ma una semplice disamina delle fonti normative sarà sufficiente a convincere il cortese lettore sull'importanza giuridica, oltre che sociale, di una piena conoscenza e di un effettivo e completo rispetto, nei casi previsti, della normativa sulle barriere architettoniche, ivi comprese quelle percettive.

Una particolare esperienza pratica nel campo specifico delle modalità per l'abbattimento delle barriere percettive è posseduta da associazioni no profit, quali, ad esempio, l'Associazione Disabili Visivi, con sede in Roma, e da professionisti che hanno seguito appositi specifici corsi di formazione. È altamente consigliabile consultare tali figure professionali ed organizzazioni, piuttosto che semplici venditori interessati a fornire i loro prodotti o materiali, in quanto anche in questo campo sussistono svariate ipotesi di soluzione, in vero non tutte conformi a Legge e non tutte di pari efficacia.

Historia et Antiquitates

Dii terreni. La Giustizia come potere nel Regno di Napoli.

di Irene Coppola e Gerardo Ruggiero

1. Francesco d'Andrea, teorico dell'ideologia forense.

Nel 1696 Francesco d'Andrea, il più celebre avvocato napoletano del tempo¹, sentendosi ormai avanti negli anni, indirizzava ai nipoti una sorta di testamento spirituale per trasmettere loro l'orgoglio di appartenere ad un ceto, quello forense, con l'invito a mantenere ed accrescere la potenza raggiunta dalla famiglia.

Nacquero così gli *Avvertimenti ai nipoti*, uno dei testi emblematici dell'ideologia "cetuale" elaborata da quelli che, con termine moderno, potremmo definire gli operatori della giustizia: si tratta dunque di un documento prezioso per comprendere mentalità e comportamenti di una professione e di un ceto che rappresentano una indiscutibile peculiarità del Regno di Napoli, così radicata nella sua storia da costituire un elemento strutturale della stessa coscienza collettiva del nostro Mezzogiorno.

Lo evidenziava d'altronde lo stesso d'Andrea, quando scriveva: "Io, che ho caminato qualche parte d'Italia et ho notizia delle genti e dei costumi dell'altre città, ardisco dire che non siavi città al mondo dove sia più premiato il valore e dove l'uomo, senza aver nessuna altra qualità che il proprio merito, possa ascendere a cariche grandi e ricchezze immense, a dignità supreme [...]. Tale è la strada dell'avvocazione in Napoli, che in nessuna parte del mondo è arrivata al punto di stima nel quale è stata sempre e sta ancor oggi tra noi"². L'amministrazione della giustizia, non solo attraverso i molteplici tribunali della capitale e i vari gradi di giudizio che dalle corti locali, come quelle baronali, rimandavano le cause alla capitale; ma anche attraverso la molteplicità delle materie (civili, penali, feudali o fiscali, commerciali, marittime, militari, religiose, ecc.) aveva acquisito una capacità pervasiva tale da non lasciare ambito sociale o aspetto della vita, pubblica e privata, che potesse considerarsi immune dal potere giudiziario.

D'altra parte l'idea stessa del potere, qualunque esso sia, porta con sé una capacità espansiva nella quale si realizza e si manifesta; laddove manca questa espansione il potere langue fino a vanificarsi nell'impotenza.

Ancora una volta è lo stesso d'Andrea a descrivere questa inarrestabile espansione del potere giudiziario nella società napoletana dell'Antico Regime, individuando nell'amministrazione della

giustizia *la parte più essenziale della repubblica*: "poiché tutte le cause, così civili come criminali, nelle quali si tratta della roba, della vita e dell'onore di tutti gli ordini del regno, la professione della toga è quella che le maneggia, o difendendole come avvocato, o giudicandole come ministro. [...] Né solamente le cause, ma tutti i testamenti, tutti i capitoli matrimoniali, così tra privati come tra le persone d'alto affare, tutti i contratti e particolarmente di compré e di vendite di feudi, tutte le successioni anche d'amplissimi stati, anche de signori di prima sfera, tutti passano in Napoli per mano d'avvocati. [...] Sin che vi saranno tribunali, vi saranno i ministri (= magistrati); e sin che vi saranno i ministri, vi saranno gli avvocati; e sin che vi saranno gli avvocati, vi ha da essere il bisogno che si ha di loro; e sin che se n'avrà bisogno, saran sempre stimati e riveriti da loro clienti"³. Dunque tutti, veramente tutti, dal più povero al più ricco, prima o poi finivano nella rete inestricabile e fitta della giustizia.

Naturalmente i clienti migliori erano quelli più ricchi, accarezzati, ingannati e contesi dai più grandi avvocati di Napoli, perché sicuramente le loro cause, rese opportunamente interminabili, arrivavano negli ultimi gradi di giudizio fino al Sacro Regio Consiglio, una sorta di Cassazione del tempo, accrescendo la fama e la ricchezza del patrocinante.

2. Giustizia e potere economico.

L'amministrazione della giustizia, dunque, poteva far sì che nell'arco di una vita, un avvocato bravo e fortunato, pur provenendo da una famiglia modesta, giungesse ad acquistare un patrimonio immenso.

Ed è sempre d'Andrea a fornirci l'immagine più efficace di queste rapide ascese:

"Coll'avvocazione s'acquistano molte ricchezze. [...] È vero che vediamo alla giornata persone per prima poverissime e taluni da semplici studenti venuti in Napoli che, appena hanno avuto il modo di dottorarsi, divenuti poi avvocati, abitare nobilissimi palazzi, abbigliati con nobilissimi mobili, con numero di servitori e carrozze, far continue compré di stabili et annue entrate (= investimenti nel debito pubblico del tempo), oltre aver grossa summa di contanti, al qual stato non si sarebbero né meno sognati al principio di poter pervenire"⁴.

Lo stesso d'Andrea era venuto a Napoli dalla natia Ravello, come dalla Puglia vennero Pietro Giannone e i fratelli Galiani, dalla Calabria Serafino Biscardi, dagli Abruzzi Giuseppe M. Galanti, e l'elenco dei provinciali che nella capitale diventarono ricchi e famosi sarebbe davvero interminabile.



Anche dalla città di Nocera de' Pagani giunsero non pochi giovani che si affermarono nella professione forense fino ad inserirsi nei ranghi della magistratura, come Niccolò Scalfati che nella prima metà del '700 diventò giudice del Tribunale della Vicaria.

Naturalmente anche il potere economico, come ogni sorta di potere, doveva espandersi e manifestarsi, attraverso l'acquisto di vaste proprietà terriere e di titoli baronali, o semplicemente attraverso la costruzione di imponenti palazzi. Se i più fortunati avvocati avevano il loro palazzo nella capitale, i più modesti operatori giudiziari (mastrodatti, segretari, semplici scrivani) si accontentavano di farsi costruire una casa *palaziata* nella loro città di origine, come accadde nella stessa città di Nocera de' Pagani, che, fra l'altro, ebbe il triste privilegio di essere stata "la fucina di questo mestiere per le province"⁵ del regno, in quanto da Chieti a Catanzaro, e naturalmente a Napoli, non esisteva tribunale del regno in cui non operassero subalterni, cioè impiegati di rango inferiore, di origine nocerina. Ed anche per costoro l'amministrazione della giustizia diventava occasione di arricchimenti spesso illeciti; insomma anche per loro c'era la possibilità di conseguire quel potere economico che era la tangibile e, per queste persone, la sola testimonianza di una distinzione sociale che si manifestava nel titolo di *magnifici* di cui si fregiavano con supponenza, di fronte alla folla pavida e ignorante dei braccianti e vaticali delle loro terre⁶.

3. Giustizia e potere politico.

Ma l'ambizione del potere non si concretizzava né si fermava solo nell'acquisto della ricchezza: questo, tutto sommato, era un obiettivo modesto, che pure un fortunato mercante avrebbe potuto raggiungere. Ben altro era il potere cui aspirava chi intraprendeva la carriera forense: l'obiettivo massimo era il potere politico-sociale, sì, quello che siamo abituati a individuare come il potere *tout court*, e che si raggiungeva entrando nei ranghi della magistratura⁷. In nessun altro territorio del dominio spagnolo i magistrati o togati gestivano un potere così esclusivo come nel Regno di

Napoli, grazie ad una scelta di campo compiuta dalla monarchia spagnola che, non fidandosi della nobiltà di spada, cioè dell'aristocrazia feudale, favorì l'ascesa della cosiddetta nobiltà di toga, ascesa consacrata nella partecipazione al Consiglio Collaterale, il massimo organo che divideva col viceré il governo del regno, spesso esercitando il suo potere in conflitto con lo stesso viceré o in sua vece nei periodi di interregno fra un viceré e un altro⁸. Ma il Consiglio Collaterale era solo il vertice di una piramide che aveva alla sua base una pleora di giurisdizioni minori, dalla Gran Corte della Vicaria al Tribunale della Dogana di Foggia.

In maniera significativa il Regno di Napoli è stato definito⁹ come *respublica dei togati*, il cui potere dispotico si fondava in particolar modo sull'indipendenza e sull'arbitrio.

L'indipendenza solo saltuariamente trovava un freno nell'attività dei visitatori che il monarca spagnolo inviava periodicamente a Napoli: ad essi infatti i magistrati dovevano render conto del loro operato; ma di fronte allo spirito di corpo che in questa occasione univa i togati in un fronte compatto, ben poco valeva la severità (quando c'era!) del visitatore di turno che, in ogni caso, prima o poi se ne tornava a Madrid, lasciando ricomporsi alle sue spalle un sistema di potere che, come si accennava, era stato voluto dalla stessa monarchia, per tenere a bada le altre componenti della società napoletana, prima fra tutte la nobiltà.

Quanto all'arbitrio basta ricordare che i magistrati napoletani non erano tenuti a motivare le loro sentenze e che naufragò miseramente la riforma all'uopo voluta dal ministro Tanucci: costui infatti nel 1774 impose l'obbligo della motivazione, ma appena dopo qualche decennio, nel 1791, la normativa tanucciana fu abrogata e tutto tornò come prima¹⁰.

Ma è ancora una volta Francesco d'Andrea a scolpire in modo icastico questa situazione:

"Non vi è parte del mondo donde i ministri tengono maggior autorità che in Napoli, poiché, come non tengono obbligazione di render conto delle loro azioni che al Re nostro signore, il quale

è lontano, né i signori viceré tengono sopra di loro alcuna giurisdizione, la loro potestà si riconosce tanto maggiore quanto è indipendente; talmente che nei tempi addietro eran chiamati comunemente dii terreni, né vi mancan di quei che, non men superbi, sciocamente tal titolo se l'arrogavano come dovuto, onde nacque poi il dicerio presso le male lingue che erano dii terreni, cioè diavoli, perché non altri che i diavoli eran li dii della terra"¹¹.

Allora non è certo un caso se in quella pittoresca e affollata rappresentazione della società che è il presepe napoletano del '700 non c'è posto per i togati: oltre ai tradizionali pastori, ci sono infatti bettolieri, artigiani, macellai, mercantesse ingioiellate, schiavi mori e musicanti, ma cerchereste invano un giudice o un avvocato, figure in quell'epoca immediatamente riconoscibili per la loro cappa nera e lo sparato bianco della toga; così come non ci sono gli ecclesiastici. Insomma né gli uni (dii terreni e dunque diavoli) né gli altri avevano l'umiltà o l'innocenza necessarie a farne personaggi del presepe.

4. Giustizia e potere religioso.

Una delle espressioni più emblematiche del potere religioso è senza dubbio l'amministrazione della giustizia inerente ai peccati e alle loro conseguenze sul piano ultraterreno: si tratta del cd. *potere delle chiavi*, cioè il potere di rimettere i peccati conferito da Gesù a Pietro e attraverso di lui a tutti i vescovi e a tutti i sacerdoti, potere dal quale si fa derivare una sorta di vera e propria giurisdizione relativa al regno del Purgatorio¹². Ma sul piano specificamente terreno, che è quello di cui vogliamo occuparci, alla potestà ecclesiastica era riservata una parte notevole della giurisdizione riguardante i cd. casi misti, cioè quelli in cui Stato e Chiesa si consideravano tutori di interessi spesso confliggenti, da cui nasceva, come si può ben immaginare, un contenzioso portato al vaglio di uno specifico tribunale, detto appunto, Tribunale Misto, formato da tre giudici ecclesiastici e due laici. Nel concordato del 1741, voluto per sistemare tutta la controversa materia dei rapporti fra il regno di Napoli e la Santa Sede, vennero specificamente individuate le situazioni su cui questo tribunale doveva avere competenza esclusiva: una fra tutte quella dell'immunità locale o diritto di asilo, che costituiva un grave limite al potere giurisdizionale dello Stato¹³. Ma oltre a questa giurisdizione riservata, vi erano altresì, come dichiarava lo stesso concordato, anche "cause e delitti né quali i giudici ecclesiastici potranno procedere anche contro de' laici", prime fra tutte le cause "nelle quali si tratti sopra la validità o invalidità [...] del matrimonio"¹⁴. Ovviamente quanto più

elevato era il rango sociale dei coniugi tanto più la vertenza suscitava accanimento e scalpore, talvolta tingendosi di conseguenze politiche e diplomatiche, come avvenne alla fine del '700 nella celebre causa di annullamento del matrimonio fra il duca di Maddaloni e la contessa di Acerra. Ma accanto a queste forme di giurisdizione inerenti alla potestà ecclesiastica in quanto tale, non mancavano casi in cui vescovi e abati, in quanto titolari di prerogative feudali risalenti al medioevo, esercitavano una piena giurisdizione laica su alcuni territori o talvolta su alcune famiglie individuate come vassalle. Fra gli altri anche il vescovo di Nocera de' Pagani esercitava la giurisdizione baronale su 36 famiglie nocerine, le quali dunque, nelle vertenze in cui si trovassero coinvolte, si sottraevano al potere statale. Di questa giurisdizione feudale si mostravano particolarmente orgogliosi i vescovi nocerini che nei loro documenti ufficiali ci tenevano a presentarsi come "Signori e Baroni nelle cause civili e Miste de' Vassalli della Mensa Vescovile". In particolare il vescovo Simone Lunadoro, che amministrò la diocesi nocerina dal 1602 al 1610, dopo aver ricordato le analoghe giurisdizioni del priore di S. Angelo in Grotta e dell'abate di Materdomini, aggiungeva: "Ma maggiore di qualunque di questi e di tutti insieme ancora è questo mio Tribunale, non solo in riguardo de' Chierici della Città e Diocesi e della cognizione di quelle cause che al foro Ecclesiastico spettano contro Laici, ma per haver buon numero di vassalli laici, e come i Chierici in tutte le cause, così questi nelle civili e miste son conosciuti dal mio Vicario Generale"¹⁵. Se sul piano generale la giurisdizione ecclesiastica costituì un limite e una remora per la piena esplicazione dell'autorità dello Stato, in alcuni territori, come a Nocera de' Pagani la giurisdizione feudale esercitata dalle tre autorità religiose suddette (vescovo, priore di S. Angelo in Grotta, abate di Materdomini), unitamente a quella della corte baronale del duca di Nocera, fece sì che nel nostro territorio il senso dello Stato e delle sue leggi restasse del tutto assente, e ciò per alcuni secoli, almeno fino all'abolizione della feudalità: sono facilmente intuibili le conseguenze che si sono avute sul piano politico-sociale, conseguenze tuttavia estensibili a tanta parte del Regno di Napoli.

5. Giustizia e potere feudale.

Se nella capitale del regno i magistrati erano considerati *dii terreni* o diavoli, per dirla col d'Andrea, altrettanto o anche peggio accadeva nelle province, nelle terre sottomesse al regime feudale: infatti la giurisdizione civile e criminale (*mero e misto imperio*) unitamente alla possibilità di imporre tributi vari, era fondamento e sostanza del potere

feudale; erano questi gli strumenti attraverso cui le popolazioni sentivano la loro condizione di totale sottomissione o vassallaggio.

Nei lontani tempi del medioevo questa fedele sottomissione aveva trovato una contropartita nella protezione che il signore feudale garantiva ai suoi vassalli, sia nei confronti di nemici esterni che in altre situazioni di emergenza (ad es. carestie) che si verificassero all'interno del feudo; ma nell'età moderna di questa protezione si era perso non solo l'uso ma anche la memoria. Era rimasta comunque la possibilità di rivolgersi al proprio barone per ottenere giustizia.

Ma quale giustizia? e, soprattutto, a quale prezzo? Se si pensa che prassi normale era quella della transazione economica della pena, si comprende facilmente che a fruire di questa giustizia non erano tanto gli innocenti danneggiati, ma i malfattori che potevano pagare il barone e i suoi manutengoli. Se gli alti magistrati della capitale emanavano sentenze fondate sull'arbitrio, le corti baronali giudicavano in base alle disponibilità economiche dei litiganti. E quanto più oscuro, indecifrabile ed ingiusto era il verdetto, tanto più si accresceva l'immagine del potere del barone. Certo era possibile appellarsi alle Udienze Provinciali o ai tribunali della capitale: ma chi poteva permettersi questo lusso? Ci si rassegnava dunque a questa giustizia ingiusta, amministrata per conto del barone da individui rozzi e semianalfabeti il cui unico scopo era quello di mantenersi nelle grazie del barone, incrementandone i guadagni, e ricavare il maggior utile possibile da questa loro attività.

La testimonianza di uno fra i più celebri pensatori politici del '700, Gaetano Filangieri, ci fornisce in proposito il quadro di una situazione davvero drammatica, con gravissime conseguenze sia sul piano politico-istituzionale che sul piano politico-sociale. Infatti la stessa sovranità dello Stato era mortificata dalle istituzioni feudali dal momento che "la feudalità è una vera alienazione e divisione del potere sovrano, che di sua natura è indivisibile"¹⁶, mentre il peso maggiore della tirannia feudale ricadeva sulle popolazioni: "L'amministrazione della giustizia - scriveva Filangieri - è fra noi divisa tra i feudatari e i magistrati. Un avanzo dell'antico governo feudale lascia ancora ai baroni la criminale giurisdizione. Questa prerogativa, della quale essi sono estremamente gelosi, forma il primo anello di quella lunga catena di disordini che interamente distruggono la nostra civile libertà. Il feudatario sceglie in ciaschedun anno un giudice, innanzi al quale debbono portarsi tutte le accuse de' delitti che [...] si commettono nel distretto del feudo. La scelta di questo magistrato è interamente arbitra-

ria del barone. Egli può scegliere l'uomo più iniquo e conferirgli un'autorità della quale può colla maggior facilità abusare a suo talento. [...] Questo maggior magistrato, io dico, non è altro che un miserabile e vile mercenario del barone. [...] L'unico interesse di questo giudice è di profittare quanto più si può della sua carica ed aderire ciecamente ai capricci del barone. [...] A questo primo male ne segue immediatamente un altro. Quando questo giudice ha già, a suo credere, trovate le prove sufficienti, in una gran parte dei delitti, il barone può transigersi col reo. La pubblica vendetta si converte in una delle rendite feudali. Il padrone del feudo ed il suo giudice contrattano col delinquente e mediante un'arbitraria somma che questi loro paga lo liberano dalla meritata pena; [...] perniciosissimo diritto che rende inutile lo spavento delle leggi per colui che è bastantemente ricco per pagarne la trasgressione"¹⁷.

Insomma nelle terre feudali il volto della giustizia era quello di un potere minaccioso e oscuro, misto di avidità e di ignoranza.

Anche Nocera de' Pagani per tutta l'età moderna restò una città feudale e il duca vi esercitava la "piena giurisdizione delle prime e seconde cause col mero e misto imperio" nonché la "piena giurisdizione della Bagliva Soprana e Sottana"¹⁸.

6. Giustizia e potere culturale.

Se tutte le espressioni del potere finora esaminate (economico, politico, religioso, feudale) trovavano manifestazione e fondamento nell'amministrazione della giustizia, non possiamo trascurare l'aspetto culturale del potere di giudici e avvocati, quelli della capitale, naturalmente. D'altra parte la padronanza di una legislazione sterminata e incoerente, che dall'antichità romana si estendeva fino all'età moderna, passando per il medioevo longobardo e normanno-svevo, richiedeva anche e soprattutto un'attitudine alla conoscenza storica che fu uno degli elementi qualificanti e peculiari della giurisprudenza napoletana: essa, ad esempio, trovò somma espressione in opere come l'*Istoria Civile* dell'avvocato Pietro Giannone.

Era poi necessario disporre altresì di ricche biblioteche e celebre restò per decenni quella dell'avvocato Giuseppe Valletta che vi investì gran parte del suo patrimonio: anche gli stranieri di passaggio per Napoli si recavano a visitarla; ma tanti altri sono gli esempi che si potrebbero fare al riguardo, dal magistrato Francesco Vargas Macchiucca all'avvocato di origine nocerina Niccolò Gaetano Ageta.

Inoltre la cultura dei togati napoletani non era solo di stretto ambito giuridico, ma si estendeva anche a quello scientifico e filosofico: tanto per dirne una, anche Giovan Battista Vico era un

avvocato; e il più volte citato Francesco d'Andrea non fu da meno, scendendo in campo nelle polemiche allora in atto, fino a diventare bersaglio della reazione gesuitica; mentre Pietro Giannone dovette fuggire a Vienna per sottrarsi ad un possibile linciaggio da parte della superstiziosa plebe napoletana aizzata dai preti.

Sì, perché se anche la cultura si configura come un potere, necessariamente la sua affermazione ed espansione genera conflitti, specialmente in epoche di intolleranti chiusure mentali quale fu quella della controriforma.

Si può anzi dire che a Napoli la cultura del ceto togato sia stata la sola cultura veramente laica dell'età moderna e come tale si confrontava, quando non si scontrava apertamente, con quella ecclesiastica: questa protesa ad assicurarsi il monopolio delle coscienze, quella ad affermare con Giuseppe Valletta la libertà di pensiero (*libertas philosophandi*) come valore tanto più irrinunciabile in un'epoca di soffocanti censure.

Conclusioni.

Poter condannare (anche a morte) e assolvere, poter entrare nella vita altrui e disporne, addirittura, nel caso della Chiesa, poter decidere anche per l'altra vita, tutto questo era *potere*, il potere appunto della giustizia dell'Antico Regime; un potere che spesso si presentava col volto ancora più ingiusto e minaccioso di una mera possibilità, offrendo così largo margine a privilegi e soprusi. Ma c'era, o c'è ancora, un modo per controllare l'esercizio di questo e di qualunque forma di potere in generale?

Sì, esiste, ma non è certo la chimera dell'equilibrio o bilanciamento dei poteri, che sul piano istituzionale si fa risalire al Montesquieu; perché chiunque, persona o istituzione, intende rivendicare e affermare un proprio potere inevitabilmente finisce per ridurre gli spazi di altri concorrenti poteri, mettendo così a rischio l'equilibrio costituzionale; mentre, d'altro canto, chiunque vede limitare il proprio potere teme per ciò stesso di vederlo affievolire. E in ogni caso lo stesso equilibrio dei poteri oggettivamente imposto da una norma, anche costituzionale, diventa un limite, e come tale viene subito come un affievolimento o una rinuncia.

Esiste tuttavia una maniera più profonda per affrontare il problema, più profonda in quanto passa attraverso la coscienza dell'individuo, perché sono sempre le persone a formare le istituzioni e non viceversa.

Intendo parlare dell'educazione al dovere, oggi purtroppo così desueta: il dovere come contraltare del potere o, in molti casi, come suo fondamento e giustificazione. Ad esempio: faccio que-

sto non perché ho il *potere* di farlo, ma perché *devo* farlo. E così, in questa prospettiva etica, riandando alle situazioni che ho di sopra delineato (ma tralasciando il potere feudale, indicato solo come testimonianza storica), ad ogni forma di potere corrisponderebbe un dovere che non solo lo frena, ma piuttosto lo esalta giustificandolo sul piano dei valori.

Se al potere economico si fa corrispondere il dovere della solidarietà, nell'epoca dell'Antico Regime anche per i poveri ci sarebbe stata la possibilità di avere giustizia. E così di seguito al potere politico il dovere di mettere da parte gli interessi personali per il perseguimento del bene pubblico; al potere religioso il dovere della carità; al potere culturale il dovere della tolleranza.

In tal modo la giustizia, anche o soprattutto la giustizia, diventa espressione di un dovere, forse il più sacrosanto per la realizzazione e la tutela del vivere civile.

-
- 1 Nacque a Ravello (Sa) il 24 febbraio 1625 e morì a Candela (Foggia) il 10 settembre 1698.
 - 2 F. d'Andrea, *Avvertimenti ai nipoti*, a cura di I. Ascione, Jovene editore, Napoli 1990, p. 141.
 - 3 Ivi, pp. 279 e 269.
 - 4 Ivi, p. 145.
 - 5 G. M. Galanti, *Della descrizione geografica e politica delle Sicilie*, a cura di F. Assante e D. Demarco, Napoli 1969, p. 173.
 - 6 Cfr. in proposito G. Ruggiero, *Una città di provincia nel secolo dei lumi: Nocera de' Pagani*, tip. Pibiesse, Nocera Inferiore 2010, pp. 75-80.
 - 7 Anche Francesco d'Andrea raggiunse questo traguardo come membro del Sacro Regio Consiglio e soprattutto come avvocato fiscale della Real Camera della Sommara, oggi diremmo procuratore generale della Corte dei Conti, in quanto la Sommara era il supremo tribunale amministrativo e fiscale del regno.
 - 8 Negli anni '90 del Seicento membro del Collaterale fu pure Gennaro d'Andrea (1637-1710), ai cui figli il fratello Francesco indirizzò i suoi *Avvertimenti*.
 - 9 Cfr. P.L. Rovito, *Respublica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Jovene ed., Napoli 1981.
 - 10 Di questo argomento mi sono già occupato in modo più ampio in questa stessa rivista, a. VI, n. 3, pp. 38-40.
 - 11 D'Andrea, *Avvertimenti* cit., p. 154.
 - 12 Cfr. J. Le Goff, *La nascita del Purgatorio*, Einaudi ed., Torino 1996, p. 280.
 - 13 Cfr. quanto ebbi a scrivere al riguardo su questa stessa rivista a. VI, n. 3, pp. 37-38.
 - 14 Per il testo del Concordato del 1741 cfr. V. Giliberti, *Polizia ecclesiastica del Regno delle Due Sicilie*, Napoli 1845, pp. 253-281.
 - 15 S. Lunadoro, *Copia d'una Lettera ... intorno all'origine di detta Città e suo Vescovado*, Napoli 1610, pp. 46-47.
 - 16 G. Filangieri, *La Scienza della Legislazione*, a cura di V. Frosini e F. Riccobono, Roma 1984, vol. I, p. 494.
 - 17 Ivi, pp. 484-485 *passim*.
 - 18 Così nelle carte fiscali dell'Archivio di Stato di Napoli, *Catasti onciari*, voll. 3868 e 3914. La giurisdizione delle prime e seconde (= appello) cause, civili e criminali, era gestita dal governatore baronale; nella Bagliva si decidevano invece le controversie derivanti da obbligazioni: la Bagliva Soprana era quella degli attuali comuni di Nocera Inferiore e Superiore; la Bagliva Sottana riguardava l'area degli attuali comuni di Pagani, Sant'Egidio e Corbara. Tutti insieme questi comuni formavano la città e feudo di Nocera de' Pagani.

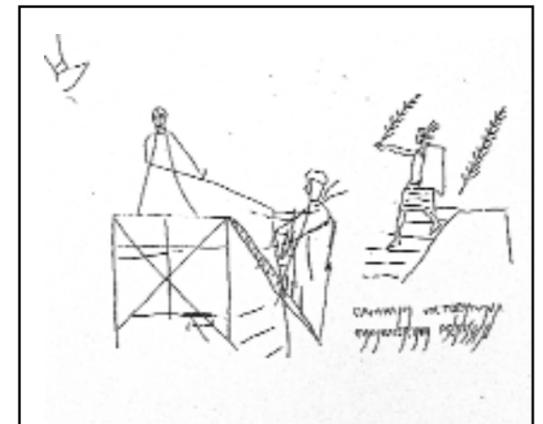


59 d.C. Disordini in anfiteatro tra Pompeiani e Nucenerini durante uno spettacolo gladiatorio.

di Gianluca Granato

L'ostilità tra le due civiltà Romane in alcune iscrizioni dell'antica Pompei.

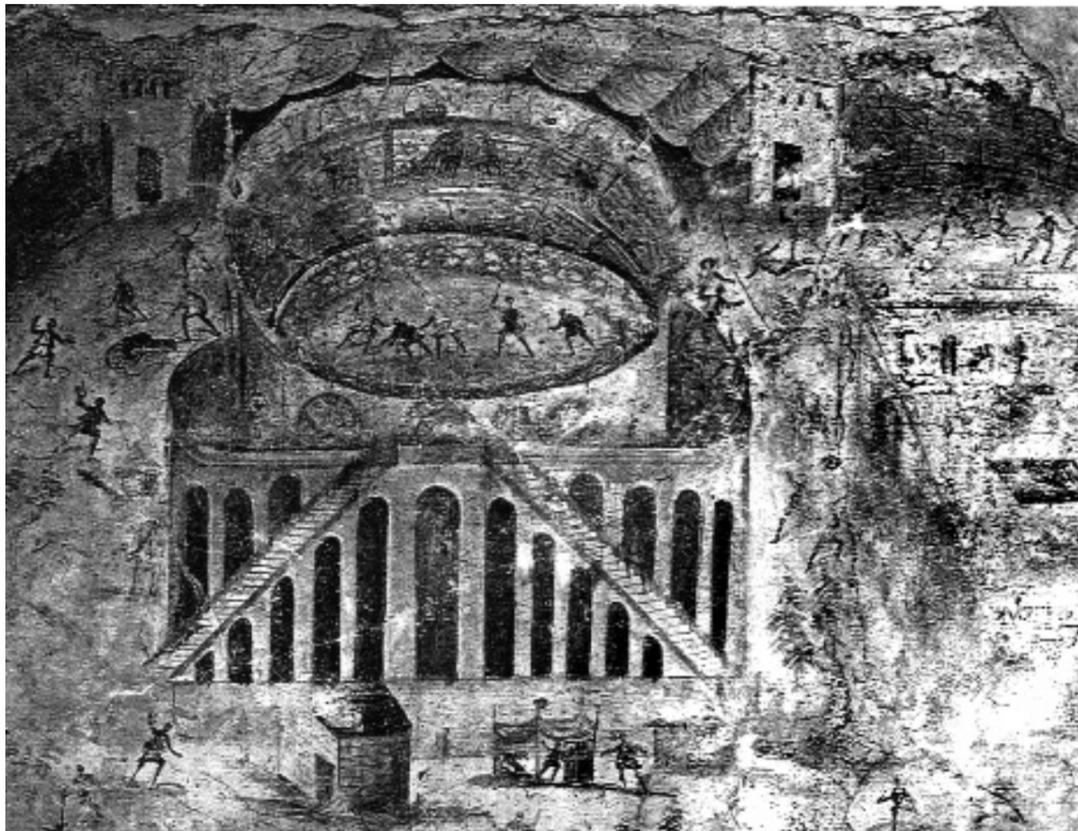
Era il 59 d.C., sotto il regno di Nerone, e "...levi initio atrox caedes orta inter colonos Nucenerinos Pompeianosque gladiatorio spectaculo, quod Livineius Regulus, quem motum senatu rettuli, edebat. Quippe oppidana lascivia in vicem incessente[s] probra, dein saxa, postremo ferrum sumpserunt, validiore Pompeianorum plebe, apud quos spectaculum edebatur. ergo deportati sunt in urbem multi e Nucenerinis truncati, ac plerique liberorum aut parentum mortes deflebant. cuius rei iudicium princeps senatus, senatus consulibus permisit. et rursus re ad patres relata, prohibiti publice in decem annos eius modi coetu Pompeiani collegiaque, quae contra leges instituerant,



dissoluta; Livineius et qui alii seditionem conciverant exilio multati sunt" (Tacito, Annales, XIV, 17).

"...futili incidenti diedero origine a violenti scontri, con morti, tra gli abitanti di Nuceria e quelli di Pompei, durante uno spettacolo di gladiatori, organizzato da Livineio Regolo, che ho già detto essere stato espulso dal senato. Cominciarono, con l'intemperanza tipica delle cittadine di provincia, a scambiarsi insulti, poi sassi, per finire col

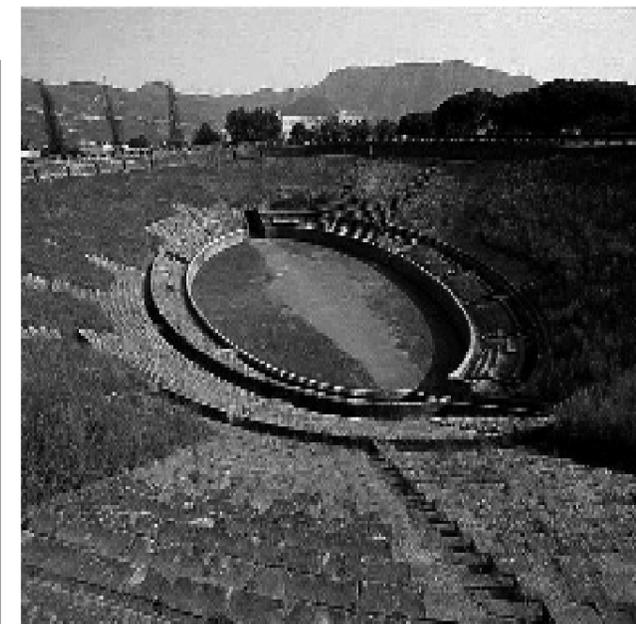
In alto. Pompei, Porta Nocera. Sotto. Pompei, casa dei Dioscuri, graffito murario.



mettere mano alla spada; ebbero la meglio quelli di Pompei, presso i quali si dava lo spettacolo. Molti di Nocera furono riportati nella loro città col corpo mutilato o segnato da ferite, e parecchi piangevano la morte di figli o genitori. Il principe affidò l'inchiesta sugli incidenti al senato e il senato ai consoli. Poi, quando la faccenda ritornò al senato, ai Pompeiani furono vietate per dieci anni simili riunioni e vennero sciolte le associazioni costitutesi in modo illegale. A Livineio e a quanti avevano provocato i disordini fu comminato l'esilio" (Tacito, Annales, XIV, 17). Ma si trattò davvero di una comune rissa tra spettatori? In realtà, le proporzioni che assunse la contesa e le drastiche misure repressive, potrebbero lasciar pensare all'intervento di infiltrati riconducibili ad associazioni pericolose per la sicurezza dell'imperatore e dello Stato. L'arena, infatti, era non solo un possente bacino elettorale per i patronatori dei giochi, ma anche una pericolosa fucina insurrezionale in cui erano presenti grandi campioni di arti marziali. In età repubblicana la rivolta degli schiavi capeggiata da Spartaco aveva avuto origine proprio da un contesto gladiatorio (la scuola di gladiatori di Capua) e aveva infiammato per due anni (73-71 a.C.) tutta l'Italia

Meridionale fino alla Sicilia, coinvolgendo anche Nuceria e, per mare, i pirati. Forse i disordini non furono soltanto plebei, ma orchestrati da importanti personalità dell'aristocrazia locale - qual era Livineio Regolo, l'ex senatore menzionato da Tacito - che temendo un'espansione della politica coloniale di Nerone in danno delle loro proprietà, avrebbero potuto dare corpo alla sedizione. L'inimicizia tra Nucerni e Pompeiani, d'altra parte, era di vecchia data: in età repubblicana, nel corso delle guerre sociali (rivolta delle popolazioni italiche 91-88 a.C.), Nuceria, diversamente dai Pompeiani, si era schierata dalla parte dei Romani che la ricompensarono attribuendole il territorio di Stabiae. Nell'89 a.C. Pompei, assediata, fu costretta ad arrendersi; nell'80 a.C. Silla vi insediò i suoi veterani, fondando la Colonia Cornelia Veneria, certamente a discapito dei Pompeiani ai quali ingenti distese di terra vennero sottratte a beneficio dei nuovi coloni. Nel I secolo dell'impero a Nuceria fu riconosciuto da Nerone (57 d.C.) lo status di colonia con ulteriori perdite territoriali per i Pompeiani. La chiusura decennale dell'arena pompeiana e la proibizione di pubbliche riunioni e di associazioni riconosciute non legali, non durò, tuttavia, a

Pompei,
affresco che ricorda
l'episodio dello scontro.



lungo; fu interrotta, infatti, al più tardi nel 62 d.C., in seguito a un evento eccezionale: il 5 febbraio la terra tremò con conseguenze disastrose per molti edifici, compreso l'anfiteatro che però fu l'unico ad essere completamente e rapidamente riparato; d'altra parte, nel 62 d.C., Claudio Nerone sposò Sabina Poppea, matrona di insigne famiglia, probabilmente originaria di Pompei e, in ogni caso, certamente legata all'ambiente pompeiano. Sicché, o per intercessione di Sabina o per merito de Satrio Valente menzionato nell'iscrizione dell'affresco dell'anfiteatro (gran promotore di spettacoli e sacerdote a vita di Nerone Cesare), l'imposizione senatoria non ebbe seguito.

Da Pompei provengono diverse testimonianze archeologiche relative all'avvenimento. La più famosa riguarda l'affresco scoperto nella Casa della Rissa nell'Anfiteatro: l'affresco, in IV stile, - attualmente custodito presso il Museo Archeologico Nazionale di Napoli - faceva parte di un fregio con combattimenti gladiatorii, e riproduce luoghi ed avvenimenti con fedeltà nei particolari e con immediatezza espressiva. La parte inferiore del pannello è occupata da bancarelle di venditori ambulanti e da gruppetti di donne che passeggiano riparandosi all'ombra della vegetazione esistente. Al centro campeggia l'anfiteatro, di cui si riconoscono la grande scala di accesso alla *summa cavea*, l'interno, con sagome di combattenti sulle gradinate e nell'arena, ed il *velarium* (un tendone per riparare dal sole gli spettatori), surrealisticamente appoggiato alle due torri delle mura cittadine che fiancheggiano la struttura. A destra è la palestra, di cui analogamente si vedono l'esterno e l'interno con la grande *nataio* (piscina); fra la palestra e l'anfiteatro, ed alla sinistra di quest'ultimo, si svolge la rissa, ormai dilagata all'esterno, raccontata mediante la raffigurazione di soggetti feriti, caduti a terra, che scappano con le braccia levate, o si affrontano nel corpo a corpo. Sul muro della palestra si leggeva chiaramente - al momento del rinvenimento - *D. Lucretio fel(i)citer* in caratteri romani e *Satri(o) Oualenti O(g)ousto Ner(oni) phelikit(er)* in lettere greche, in riferimento a due noti editori di spettacoli. Nella Casa dei Dioscuri, invece, l'immagine di un gladiatore che si appresta a salire sul podio e ne discende baldanzoso, mostrando la palma della vittoria, è associata all'epigrafe *Campani Victoria una/cum nucerninis peristis* (O Campani in un'unica vittoria sconfitti voi e i Nucerni). Senza una data precisa, tuttavia, la connessione tra questo graffito e l'incidente del 59 d.C., può solo essere ipotizzata.

In un'altra iscrizione muraria, l'autore invece minacciosamente contro i Nucerni: *Nucernimis infelicia* (Guai ai Nucerni!), cui qualcuno rispose con

Pompei,
anfiteatro.

l'espressione - purtroppo incompleta - *metu...*, (*metus*: timore, paura), indicativa, probabilmente, d'una accusa di vigliaccheria.

E ancora, piuttosto indicativa delle opposte fazioni che esistevano nella Pompei del I sec. d.C., l'iscrizione *Puteolanis feliciter omnibus Nucerninis felicia et uncum Pompeianis Petecusanis* (Viva i Puteolani, a tutti i Nucerni auguri e l'arpone ai Pompeiani e ai Pitecusani). L'*uncus* era un grosso uncino o gancio da macellaio; applicato a un'asta doveva essere un arnese simile all'arpone usato dai pescatori nelle tonnare; a Roma ne è documentato l'impiego da parte del boia che lo conficcava nel collo dei condannati a morte per trascinarli nel Tevere oppure *ad scalas Gemonias*, un luogo malfamato dove i cadaveri venivano esposti al pubblico ludibrio; veniva utilizzato anche per allontanare dal campo i corpi senza vita delle vittime degli spettacoli circensi. *Uncus* è, dunque, una metafora di grande efficacia per augurare di morire ucinati, cioè ammazzati e trattati come malfattori oppure mordendo la polvere dell'arena, sconfitti e abbattuti per mano dell'avversario..

Bibliografia

- Tacito, Annales, XIV, 17.
- Sito internet del Museo Archeologico Nazionale di Napoli.
- Nuceria in epoca romana di Raffaele Pucci, pp. 54-55, in *Nuceria Scritti Storici in Memoria di Raffaele Pucci*, a cura di Teobaldo Fortunato, Altrastampa edizioni, Postiglione (SA), 2006.
- Ischia in età romana-Pitecusani a Pompei, pp. 27-34, Daniela Alecu, in *La Rassegna d'Ischia*, n. 4, 2009.
- Giochi gladiatorii tra passione e politica sui muri di Pompei, p. 33, Jacopo Ciravegna, in *Quaderni del Bobbio*, Rivista di approfondimento culturale dell'I.I.S. Norberto Bobbio di Carignano.
- Pompeii and collegia: a new appraisal of the evidence, p. 60, di Jinyu Liu, in *Ancient History Bulletin*, 22 1-4, 2008.

La Pagina dei Convegni

la redazione

Il minore conteso.

Sabato 5 febbraio 2011, nell'ambito del programma della formazione permanente gestita dalla Scuola di formazione forense Fiorentino De Nicola si è tenuta, presso l'aula E. Alessandrini del Tribunale di Nocera Inferiore, una lezione sul Diritto di famiglia dal tema "Il minore conteso". L'argomento - di indubbia valenza, giuridica e sociale - trattato nel corso dell'evento, ha suscitato l'attenzione di tantissimi avvocati, praticanti avvocati, docenti, psicologi e sociologi, 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 ribadita l'assoluta rilevanza della mediazione familiare nella trattazione dei giudizi di separazione e di divorzio, con l'auspicio che possa essere istituito quanto prima, anche presso il nostro tribunale, un albo di mediatori familiari. Tanto affinché con l'ausilio di specialisti, competenti e qualificati si possa, finalmente perseguire, così come nell'ottica della novella legge sull'affidamento condiviso, l'interesse morale e sostanziale dei figli minori. I relatori, presenti nelle persone della dottoressa Maria Troisi (giudice della Prima Sezione Civile del Tribunale di Nocera Inferiore), dell'avvocato Alba De Felice (matrimonialista e familiarista nonché presidente A.M.I., Sezione Agro Nocerino Sarnese) e della dottoressa Rosa Aliberti (psicologa, psicoterapeuta, formatore S.I.P.I., consulente familiare), hanno affrontato questa delicata tematica, ciascuno secondo le proprie specifiche competenze. In particolare il giudice, dottoressa Maria Troisi, ha evidenziato che la strumentalizzazione attuata - nei giudizi di separazione e/o di divorzio - dall'uno o dall'altro genitore, nei confronti del figlio minore, rappresenta una vera e propria forma di abuso, anzi, di abuso psicologico ipotizzando, a ragione, in siffatti casi, addirittura, gli estremi di una nuova figura di reato, più precisamente, del reato di abuso psicologico. Di poi, la predetta ha sottolineato l'assoluta rilevanza, in tali giudizi, dell'ascolto del minore, momento veramente centrale nella dinamica processuale, al fine di individuare, monitorare e debellare eventuali strumentalizzazioni: causa - ovvia - di profondo disagio nei minori. L'avvocato De Felice ha, poi, affrontato l'argomento dalla sua ottica di familiarista, evidenziando che il minore conteso rappresenta, purtroppo, il filo conduttore, la tragica nota costante di quasi tutti i giudizi di separazione, e/o divorzio, caratterizzati da una elevata conflittualità tra i coniugi. Difatti, in questi giudizi, sono

presenti, quasi sempre, tentativi - più o meno palesi - di strumentalizzazione dei figli, usati magari da un genitore per distruggere, devastare, annientare, attaccare l'altro, il coniuge o ex coniuge, il compagno o ex compagno. Quindi, la conflittualità coniugale è il vero cancro, il tumore che dilania la coppia e che inevitabilmente colpisce i figli minori, i quali vengono cinicamente usati, come merce di scambio, da genitori vendicativi che finiscono, così, per causare loro danni con conseguenze gravissime, a volte davvero irreversibili. Ovviamente, i tentativi di strumentalizzazione, vengono attuati, in genere, dal genitore presso cui i figli vivono, ossia presso cui risultano collocati con domicilio privilegiato e, naturalmente, vengono concretizzati, proprio, nei casi in cui l'altro genitore - quello non collocatario - mostra un maggior attaccamento per il figlio.

Paradossalmente, infatti, più il genitore non collocatario manifesta - dopo o nel corso del giudizio di separazione - il proprio desiderio di vivere, appieno, il proprio ruolo, più aumentano, da parte dell'altro, i tentativi per impedire che ciò accada. Nel corso del dibattito è poi emerso che tale fenomeno risulterebbe paradossalmente - in qualche modo - addirittura "acuito" dalla normativa allo stato vigente, in quanto la novella legge sull'affidamento condiviso ha introdotto una norma, l'articolo 155 bis c.c., che sta diventando, inevitabilmente, un pretesto, un appiglio in più per intensificare le strumentalizzazioni, soprattutto da parte del genitore convivente.

Difatti - poiché tra le più rilevanti eccezioni alla regola dell'affidamento condiviso è ipotizzabile, proprio, l'abuso ai danni del figlio minore - capita che molto spesso - anzi, sempre più frequentemente - uno dei genitori, proprio al fine di escludere la possibilità che l'altro acceda al condiviso (ovvero per far sì che il condiviso, già disposto, sia addirittura revocato), getti su di esso il sospetto (o l'infamia) dell'abuso, strumentalizzando così il figlio con lui convivente. È stato chiaro, quindi, il collegamento con l'inquietante tematica dei "Falsi abusi" che spesso caratterizza i giudizi di separazione e/o di divorzio. Ovviamente, però, al di là della smania di vendetta che normalmente "acceca" il genitore alienante è possibile, individuare, alla base di tale squallido fenomeno, anche altri fattori, tra cui quello economico. Molto spesso, infatti - così come evidenziato dall'avvocato De Felice - il figlio minore diventa un bene conteso poiché rappresenta in realtà "la fonte" dell'assegno di mantenimento. Difatti - nonostante il chiaro riferimento della novella legge (54/2006) alla modalità del mantenimento diretto - purtroppo l'assegno periodico è rimasto una prassi, non consona allo spirito della riforma ma,



foto: mariano grieco

comunque, di fatto, applicata. Di poi, circa gli strumenti da attivare nei casi più gravi è emerso che la sistematica campagna di denigrazione, da parte del genitore alienante ai danni dell'altro e - soprattutto - la totale adesione, alla stessa, da parte del minore, legittimerebbe, addirittura, la richiesta di decadenza dalla potestà genitoriale, ex articolo 330 e ss. c.c., poiché, è evidente che il genitore alienante viola così palesemente i doveri conseguenti al suo ruolo, provocando nel figlio minore un enorme pregiudizio. Nel corso della lezione, farcita di molteplici e recentissimi riferimenti giurisprudenziali, è emerso, poi, che un ulteriore ed innovato strumento di tutela, potrebbe essere individuato in siffatte ipotesi nell'articolo 709 ter c.p.c. devoluto alla competenza (se si tratta di genitori uniti in matrimonio) del giudice della separazione e/o del divorzio. Difatti, quest'ultimo, chiamato a risolvere questioni relative all'esercizio della potestà genitoriale ovvero delle modalità dell'affidamento, potrebbe anche - "in caso di gravi inadempienze, ovvero di atti che, comunque, arrechino pregiudizio al minore" - modificare i provvedimenti in vigore, disponendo, addirittura, nei casi più gravi, il ribaltamento del collocamento. Comunque, l'avvocato De Felice, soffermandosi sulla notevole portata di

tale strumento, ha sottolineato che l'articolo 709 ter c.p.c., apre il varco, anche, a richieste risarcitorie quanto mai opportune. Difatti le violenze psicologiche collegate alla strumentalizzazione dei figli, provocano frequentemente, purtroppo, veri e propri danni esistenziali. La dottoressa Rosa Aliberti, poi - soffermandosi sulla sindrome di alienazione genitoriale - ha evidenziato i gravissimi danni che la campagna denigratoria purtroppo produce, causando quasi sempre, al minore, pregiudizi irreversibili. Infine, l'avvocato De Felice, ha sottolineato l'essenzialità del ruolo - anche sociale - che l'avvocato - in caso di conflittualità coniugale - può e deve svolgere, soprattutto, a tutela dei figli minori. Difatti, proprio l'avvocato può, per primo, far comprendere al proprio assistito/a che i suoi, eventuali, tentativi alienanti rappresentano soltanto un boomerang, che alla fine gli si ribalterà contro. Qualora però, nonostante tali esortazioni, il soggetto in questione resti ben fermo sulle proprie posizioni, reiterando le strumentalizzazioni, allora sarà necessario assumere un atteggiamento forte, deciso, e coraggioso, rinunciando, magari, addirittura, all'incarico! Sarà, infatti - questa - una scelta dolorosa, ma certamente inevitabile, nel rispetto - proprio - di ben precise regole deontologiche!

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Procedimenti cautelari e possessori".

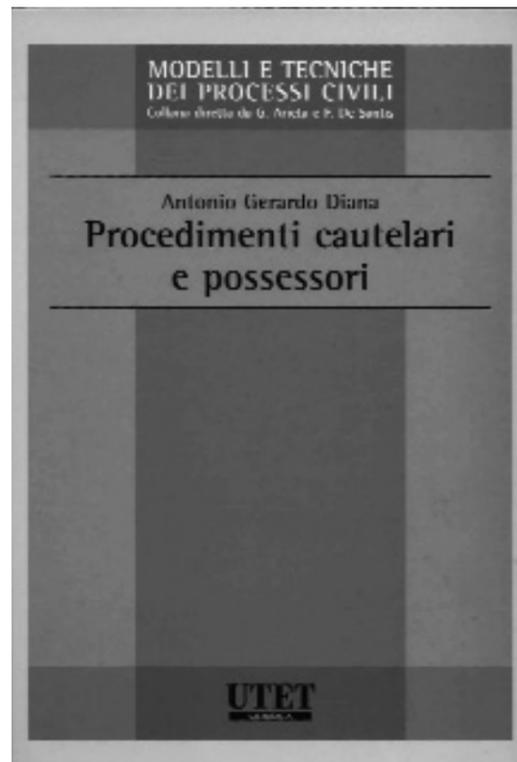
Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

Procedimenti cautelari e possessori.

Autore: Antonio Gerardo Diana.

Utet giuridica, 2010, pp. 1173, €90,00.

Il volume "Procedimenti cautelari e possessori" fa parte della collana "Modelli e tecniche dei processi civili", diretta da G. Arieta e F. De Santis. La stessa si rivolge a studiosi ed operatori del diritto e raccoglie contributi monografici, i quali affrontano le più diverse tematiche dei processi civili con approccio trasversale, analizzando i collegamenti e le interconnessioni con i settori di riferimento, anche non strettamente processualistici, tenendo conto del diritto vivente, in modo da consentire al lettore di avere un quadro completo della materia ed un sicuro punto di riferimento delle questioni applicative. L'autore del detto volume, e cioè Antonio Gerardo Diana, approfondisce, in maniera semplice, lineare e completa, la disciplina in tema di procedimenti cautelari e possessori, facendo un punto della situazione a seguito delle riforme del 2005 e del 2009, che hanno inciso profondamente sulla materia, menzionando non solo le più recenti sentenze di merito, ma anche quelle di legittimità. L'opera esamina il processo cautelare, la forma della domanda cautelare, le regole della competenza, il procedimento, il provvedimento, il giudizio di reclamo, approfondendo il tema dei provvedimenti cautelari suscettibili di costituire oggetto del procedimento di reclamo, il termine e la decorrenza per la proposizione del detto reclamo, la competenza, il relativo procedimento, nonché la sospensione dell'efficacia del provvedimento cautelare, fatto oggetto di reclamo. Inoltre, l'autore analizza i provvedimenti di urgenza, con particolare attenzione al giudice competente ad emettere il provvedimento di urgenza *ante causam*, la proponibilità di riconvenzionale nell'ambito del giudizio cautelare, finalizzato alla concessione del provvedimento d'urgenza, il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*, l'attuazione della misura cautelare di urgenza, le spese giudiziali, l'utilizzabilità del provvedimento di urgenza ai fini della sospensione dell'esecuzione del titolo, la competenza delle sezioni specializzate agrarie in materia cautelare nell'ambito dei rapporti agrari, nonché l'inammissibilità del provvedimento di urgenza in relazione alla sospensione dell'efficacia dell'ordinanza di convalida di sfratto.



Ed, ancora, l'autore esamina le azioni possessorie, il relativo procedimento, l'azione di reintegrazione ed i suoi presupposti, la nozione di spoglio e la condizione di clandestinità, il ricorso all'eccezione *sed feci iure feci* da parte del resistente, il consenso dello spoliato ed il relativo onere della prova, la tutela possessoria in materia di servitù, in materia di acque, ed in materia di beni demaniali. L'opera non trascura di analizzare la tutela possessoria e l'interversione del possesso, l'inammissibilità dell'azione di reintegrazione a tutela del possesso delle somme di denaro, la legittimazione attiva, la legittimazione passiva, il litisconsorzio, la tutela possessoria contro la pubblica amministrazione, il termine di esperimento dell'azione di reintegrazione, nonché la reintegrazione contro l'acquirente consapevole dello spoglio, con i relativi presupposti. Ampio spazio viene dedicato alla trattazione dell'azione di manutenzione, con approfondimento della nozione di molestia, della differenza tra quest'ultima e lo spoglio, degli estremi della molestia, della molestia di fatto e di diritto, dell'esperibilità dell'azione di manutenzione, del requisito della continuità del possesso, della legittimazione attiva, e del termine per l'esercizio dell'azione e la sua decorrenza.

L'opera costituisce, senza ombra di dubbio, un valido, importante ed utile strumento per il professionista, che si trova ad affrontare il nuovo scenario normativo.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione



Al via la sperimentazione del biglietto di cancelleria on line presso il Tribunale di Nocera. Riconosciuti 24 crediti formativi a coloro che vi aderiscono.

Cari Colleghi,
vi informo che dal primo gennaio scorso il Tribunale di Nocera Inferiore si avvale del nuovo sistema operativo S.I.C.I.D. (Sistema Informativo Contenzioso Civile Distrettuale).

Il nuovo sistema operativo, il Punto di Accesso costituito dall'Ordine con la società LEXTEL S.p.a., nonché la distribuzione gratuita da parte dell'Ordine della P.E.C. per tutti gli iscritti, ha consentito al Tribunale di Nocera Inferiore di attivare le procedure per essere inserito nella sperimentazione del Processo Civile Telematico (P.C.T.).

L'attivazione del P.C.T. consentirà immediatamente di ricevere in via telematica le notifiche dei biglietti di cancelleria e, successivamente, in tempi brevi, consentirà il deposito dei ricorsi per decreto ingiuntivo.

Ricordo infatti che ai sensi del decreto legge 112/2008 (convertito con legge n. 133/2008) e della circolare ministeriale n. 133 del 7 gennaio 2010, con il nuovo sistema reso operativo dal Ministero, tutte le comunicazioni e le notificazioni agli avvocati ed ai consulenti tecnici nel corso

del procedimento (articolo 170, 1 comma nonché 192, 1 comma c.p.c.) saranno effettuate obbligatoriamente per via telematica dalla cancelleria e, di conseguenza, per coloro che non si saranno iscritti al Punto di accesso del P.C.T., le notifiche verranno effettuate presso la cancelleria. È dunque assolutamente indispensabile che tutti gli iscritti si iscrivano al punto di accesso del P.C.T.

La procedura di iscrizione è veramente semplice: occorre innanzitutto il possesso di una business key con firma digitale.

Gli iscritti che ne sono ancora sprovvisti dovranno acquistarla, al costo di 84,00 euro inclusa I.V.A. (validità triennale), facendo richiesta alla LEXTEL tramite il modulo disponibile sul sito dell'Ordine, www.foronocera.it, nella sezione "Servizi informatici", nella pagina dedicata "La business key - validità triennale". Sarà poi sufficiente collegarsi con la propria key (pen drive) al sito www.accessogiustizia.it, cliccare su "Servizi PCT" e seguire le dettagliate istruzioni a video. Una volta terminata la registrazione occorrerà stampare il riepilogo dei dati nella "Richiesta di abilitazione al Processo Civile Telematico" sottoscriverlo e consegnarlo alla segreteria dell'Ordine, versando contestualmente la somma di 17,00 euro. Terminata la fase di sperimentazione, ottenuto il decreto ministeriale, il tribunale renderà obbligatorio l'invio telematico del biglietto di cancelleria.

Invito, pertanto, tutti i colleghi a procedere all'acquisto della business key e, soprattutto, ad effettuare la registrazione al punto di accesso del P.C.T., consegnando poi la richiesta alla segreteria



entro il 31 luglio 2011.

Vi comunico, infine, che il Consiglio dell'Ordine, ai sensi dell'articolo 4 del regolamento per la formazione continua approvato dal C.N.F., ha deliberato, che con l'acquisto della business key all'avvocato sono riconosciuti n. 12 crediti formativi in quanto esso comporta necessariamente un accrescimento ed approfondimento delle conoscenze e delle competenze professionali, nonché il loro aggiornamento in materia di nuovi strumenti informatici per gli avvocati; altrettanti crediti saranno riconosciuti con la iscrizione al P.C.T.

Vi ringrazio sin da ora per la collaborazione e vi invito per ulteriori informazioni a rivolgervi al Responsabile della segreteria sig. Massimo De Martino Adinolfi (081929600 - 081927432).

Cordiali saluti.

F.to: avvocato Aniello Cosimato, Presidente Consiglio dell'Ordine Forense di Nocera Inferiore

Il benvenuto alla dottoressa Patrizia Di Lorenzo, dirigente del Tribunale di Nocera Inferiore.

I direttori amministrativi dottore Andrea Milano e dottoressa Francesca Del Grosso, congiuntamente ai funzionari giudiziari ed a tutto il personale amministrativo del Tribunale di Nocera Inferiore, danno il loro benvenuto al dirigente amministrativo dottoressa Patrizia Di Lorenzo, immessa di recente nel possesso delle sue funzioni. Le augurano un buon lavoro nella certezza di essere guidati da chi porterà il tribunale, in linea con gli indirizzi perseguiti dal Presidente dottore Catello Marano, al miglioramento continuo e ad una maggiore efficienza sviluppandone la *mission* e accrescendo il senso di appartenenza di tutto il personale all'amministrazione.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore si unisce al saluto di benvenuto alla dottoressa Patrizia Di Lorenzo augurandole buon lavoro.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	156	6	0	0	162
AVVOCATI	1217	8	6	1	1232
TOTALE	1373	14	6	1	1394

PRAT. SEMPLICI	192
PRAT. ABILITATI	392
TOTALE	584

CASSAZ. E AVVOCATI	1394
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	584
TOTALE ISCRITTI	1978

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M · F	Speciali M · F	Professori M · F	Stranieri M · F	Totali M · F
CASSAZIONISTI	135 · 21	5 · 1	0 · 0	0 · 0	140 · 22
AVVOCATI	594 · 623	2 · 6	5 · 1	0 · 1	601 · 631
TOTALE	729 · 644	7 · 7	5 · 1	0 · 1	741 · 653

	M · F
PRAT. SEMPLICI	73 · 119
PRAT. ABILITATI	168 · 224
TOTALE	241 · 343

	M · F
CASSAZ. E AVVOCATI	741 · 653
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	241 · 343
TOTALE ISCRITTI	982 · 996