

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VIII NUMERO 2

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



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

EDITORIALE
Un editoriale diverso

HISTORIA ET ANTIQUITATES
'O cunto 'e Masaniello.
La storia cantata di
Tommaso Aniello di Amalfi,
"Capitano generale
del fedelissimo popolo"

LA PAGINA DEI CONVEGNI
La SCIA tra semplificazione
procedimentale e tutela
giudiziaria dei terzi
controinteressati

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Inasprite le sanzioni per
i professionisti che non
emettono fattura

**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 Cisale
Irene Coppola
Maria Coppola
Gianluigi Diodato
Gianluca Granato
Olindo Lanzara
Marco Mainardi
Antonia Marchino
Mariella Orlando
Piervincenzo Pacileo
Giuseppina Romano

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Barbara Barbato
Maria Buonavita
Carlo Carbone
Bruno Cirillo
Francesca Del Grosso
Renato Diodato
Marco Menicucci
Orsola Vasaturo

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

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	Soccomberà la Corte Costituzionale?	25
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i> Lettera all'Avvocatura del Presidente Guido Alpa	6	<i>Marco Mainardi e Orsola Vasaturo</i> Il principio del contraddittorio e la tutela cautelare nel processo amministrativo <i>prima parte</i>	29
GIURISPRUDENZA <i>Barbara Barbato</i> Trattamento di fine rapporto, fallimento, legittimità	8	<i>Marco Menicucci</i> Brevi riflessioni su alcuni aspetti degli articoli 2 e 5 del d.lgs. n. 28/2010	35
<i>Angela Cisale</i> Della remissione ed accettazione tacita della querela	10	SOTTO LALENTE <i>a cura di Renato Diodato</i> Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale	39
<i>Antonia Marchino</i> Lesione, danno biologico, applicabilità delle tabelle del Tribunale di Milano	12	CONTRIBUTI DAI COLLEGGHI <i>Francesca Del Grosso</i> Corso di formazione: la figura professionale dell'assistente giudiziario	40
<i>Mariella Orlando</i> La natura del termine della domanda di rimborso Iva	14	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Gianluca Granato</i> 'O cunto 'e Masaniello	41
DOTTRINA <i>Barbara Barbato</i> L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Risarcimento del danno. Danno differenziale	16	LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>Maria Buonavita</i> La SCIA tra semplificazione procedimentale e tutela giudiziaria dei terzi controinteressati	44
<i>Carlo Carbone</i> Attribuzione dell'usufrutto universale tra eredità e legato: le oscillazioni giurisprudenziali	19	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Inasprite le sanzioni per i professionisti che non emettono fattura	47
<i>Bruno Cirillo</i> Il Trattato di Lisbona: brevi considerazioni relative all'articolo 6 paragrafi 2 e 3. Necessità della declaratoria di incostituzionalità o disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con la CEDU (principi generali).		Sanzioni per gli avvocati in caso di mancata indicazione sugli atti del numero di fax, dell'indirizzo di posta certificata e del codice fiscale. I nuovi importi del contributo unificato	47
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Un editoriale diverso

Per introdurre l'odierno editoriale, pubblichiamo la gradevole lettera che l'Avvocato Raffaele Fasolino, amico e collega di vecchia data, ci ha inviato.

Al Signor Direttore di Omnia Iustitiae

Caro Direttore

la nostra collaudata e lunga amicizia mi consente inviarti questa "lettera aperta" della quale puoi fare l'uso che vuoi ma, sin d'ora, ti assicuro che se la pubblicherai non mi pavoneggerò e se la cesterai non mi strapperò i capelli. E vengo gli argomenti.

Negli anni di liceo, università e nel primo periodo post laurea, ho attivamente collaborato con un periodico e con una storica testata il cui famoso direttore dell'epoca asseriva che un "giornale" (quotidiano, periodico, diretto alla gente comune oppure a particolari categorie) per non essere "piatto" doveva riservare un po' di spazio per critica, polemica, suggerimenti e simili ed io ero - e sono - d'accordo con tale principio per cui quale mio personale convincimento, ancorché errato o non condivisibile, è pur sempre rispettabile in virtù della libertà di opinioni, ritengo che il periodico da te diretto sia piuttosto "piatto" e mi spiego.

Ben vengano le recensioni giurisprudenziali ma che siano, oltre che sintetiche, limitate a casi eccezionali e, soprattutto, con l'annotazione del passaggio in giudicato perché pubblicare una sentenza modificata o completamente annullata dal gravame, rappresenta (sempre a mio avviso) una vera "bufala".

Ben venga l'articolo dottrinale ma l'estensore non deve dimenticare che scrive per un periodico e non per un trattato onde deve usare la necessaria sintesi giornalistica.

Ben vengano gli altri articoli ma manca totalmente qualsiasi accenno a critiche, doglianze e segnalazioni necessari alla categoria.

A tale proposito sfogliando il periodico da te diretto, mi sovviene una vignetta che era pubblicata, sul settimanale "Candido" affidato alle penne di Mondani, Mosca, Metz, Guareschi ed altri.

La vignetta rappresentava una corpulenta marchesa assisa in un'ampia poltrona di fronte alla quale si ergeva un impeccabile e scheletrico maggiordomo il quale, rispondendo alla marchesa, che chiedeva lumi sugli avvenimenti della famiglia, rispondeva: "tutto va bene, madame la marchesa, solo che il marchese è stato colpito da infarto e trovasi in fin di vita in ospedale, la marchesina è caduta da cavallo ed ha riportato la frattura delle due gambe, ma tutto va bene madame la marchesa".

Allora perché non scrivere:

che è opportuno, per i Magistrati, Avvocati ed utenti, che tutti (e non solo pochi) rispettino l'orario delle udienze (penali e civili);

a) che in civile si verificano troppe sostituzioni di Magistrati togati con GOT ai quali, però, non viene data la possibilità di decisioni, ma solo di rinvii che, mediamente, oscillano ad un anno;

b) che molti Avvocati, nel consultare fascicoli, dovrebbero essere diligenti (rectius: educati) a richiudere e riporre i fascicoli al loro posto;

c) che alcuni operatori dell'UNEP (non tutti) ricorrono troppo spesso alle notifiche ex art. 140 c.p.c. quasi che gli abitanti dell'agro nocerino sarnese, nelle ore utili per le notifiche, effettuano transumanza ("lascian gli stazzi e vanno verso il mare" da "I Pastori" di G. D'Annunzio);

d) che i "gabinetti", altrimenti indicati anche come wc, toilettes, ritirate, ecc, del Tribunale versano in uno stato tale che le antiche "latrine" dell'epoca romana erano dei salotti al loro confronto: porte senza maniglie e chiusure, vetri rotti sostituiti da cartoni, finestre "sigillate" con carta gommata oscurate con qualche cartone, mattonelle divelte e, soprattutto, olozzo di tale potenza che si impossessa delle narici dello sfortunato fruitore dell'immondo locale, e vi rimane per ore ed ore.

Perché non scrivere che... ma mi fermo per "carità di Dio".



Cordialmente
Raffaele Fasolino
F.to



Quando si decise di dare inizio alle pubblicazioni della rivista ufficiale del nostro Ordine, si stabilì che la stessa trattasse ogni aspetto riguardante il mondo forense e giudiziario.

Non solo quindi la pubblicazione di sentenze e provvedimenti innovativi, di decisioni di particolare rilevanza deontologica e di semplici notizie sull'attività del Consiglio ma una rivista che fosse il veicolo di un dialogo permanente fra le diverse componenti del mondo giudiziario e fucina di idee e proposte su cui serenamente dibattere.

Fu anche istituita un'apposita rubrica nella quale dare ospitalità a tutti coloro che, operando nel settore, avvertissero la esigenza di dibattere problemi afferenti al nostro Tribunale: rubrica soppressa dopo pochi numeri per l'assoluta mancanza di contributi. E ciò, nonostante che negli editoriali si sia continuamente sollecitata la collaborazione dei colleghi ad una più attiva partecipazione alla vita del Tribunale.

La verità è che non è possibile dare voce a critiche sterili, tese ad evidenziare fatti di natura personale.

Ci spieghiamo meglio.

Una decisione giurisdizionale sfavorevole per la parte che noi assistiamo non può costituire, come richiesto da qualche collega, motivo per dare "addosso" ai magistrati che "non avrebbero molta considerazione per la classe forense". Diverso è, invece, per la segnalazione del collega il quale denuncia problemi come quelli richiamati dall'Avvocato Fasolino nel suo scritto. Che, in otto anni di pubblicazione della nostra rivista, è l'unico, sperando non resti tale.

Mancando il materiale su cui dibattere, resta evidente che la rivista non possa abbandonare il canovaccio che l'ha distinta sin dall'inizio: non per questo rendendola "piatta".

Sant'Egidio
del Monte Albino,
Fontana di San Nicola,
particolare del fronte.

Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

Il Presidente Alpa, con una lettera all'Avvocatura commenta la manovra introdotta con il d.p.r. 6 luglio 2011, n. 98 (convertita in legge il 15 luglio 2011, n. 111), la quale procedendo alla modifica della disciplina dell'attività legale professionale in modo non risponde alle aspettative maturate sia con riguardo all'iter, ancora in corso, della riforma della disciplina della professione forense, sia con riguardo all'iter, ancora in corso, di riforma generale delle professioni.

Roma 15/8/2011.

Cari Colleghi, il complesso iter che ha portato alla redazione e poi alla approvazione del D.P.R. 13 agosto 2011, n. 138 aveva suggerito al Consiglio di attendere la pubblicazione della versione definitiva del provvedimento prima di assumere ogni determinazione al riguardo. L'iter non è completato, dal momento che, a quanto risulta dalle notizie pubblicate anche dalla stampa, il testo dovrebbe essere modificato dalle Camere; è stato già previsto il termine per la presentazione di emendamenti. Prescindendo da valutazioni di carattere politico e da valutazioni di ordine generale sulla manovra introdotta con il D.P.R. 6 luglio 2011, n. 98 (conv. in legge 15 luglio 2011, n. 111) e dal decreto correttivo, appare evidente che le modalità con cui Governo e Parlamento hanno proceduto a modificare la disciplina dell'attività professionale non sono rispondenti alle aspettative che erano maturate sia con riguardo all'iter, ancora in corso, della riforma della disciplina della professione forense, sia con riguardo all'iter, ancora in corso, di riforma generale delle professioni, e si è consolidata la continuità di azione rispetto al decreto del 4 luglio 2006, n. 223 (con. in legge 4 agosto 2011, n. 248).

1. Da un lato, si è ritenuto di procedere alla riforma di un comparto rilevante dell'intero sistema economico - come è noto, l'attività di lavoro intellettuale indipendente esprime l'11% del PIL - senza consultare le "parti sociali" e al di fuori di un disegno sistematico, in qualche modo realizzato dai due provvedimenti legislativi in corso di discussione in Parlamento. Dall'altro lato, per quanto ci riguarda più strettamente, si è proceduto a modificare le regole della amministrazione della giustizia e le regole della professione forense nell'ambito di provvedimenti destinati a promuovere lo sviluppo economico e a risanare la crisi dei mercati, senza connessione alcuna tra il risanamento economico e i settori di nostra competenza. Questo modo di procedere, immettendo nell'ordinamento norme erratiche che prescindono da una coerente regolamentazione di materie così rilevanti e tecnicamente complesse, è stato più volte segnalato e criticato dal Consiglio Nazionale Forense, sia con le proprie deliberazioni, sia con i comunicati stampa e con le audizioni effettuate in Parlamento, sia nello svolgimento della sua attività istituzionale. Nel merito, appare incomprensibile l'accanimento manifestato nei confronti delle professioni liberali e della professione forense in particolare sia da alcune parti politiche (o da frazioni di parti politiche) sia dai centri economici, sia da parte dei mass media. Al contrario, la disinformazione, collegata anche ad antichi pregiudizi, e l'indifferenza rispetto alla reale situazione

sociale in cui versano i liberi professionisti, ai quali non si è riservato alcun sostegno, aiuto, incentivo, agevolazione, nonostante i gravissimi danni subiti per effetto della crisi, avrebbero dovuto suggerire l'immediata, tempestiva, consultazione di tutte le categorie investite dai due decreti di stabilizzazione, anche al fine di avviare una permanente cooperazione con i poteri pubblici tale da consentire la praticabilità delle misure escogitate e la loro sopportabilità da parte dei loro destinatari.

2. Rispetto alle versioni dei due decreti citati, succedutesi in modo convulso negli ultimi due mesi, l'attuale disciplina appare meno allarmante di quanto si potesse prevedere, e può essere migliorata: il Consiglio si adopererà perché il conseguimento degli obiettivi economici rivolti alla stabilità del mercato e alla ripresa dell'economia avvenga senza lo stravolgimento dei principi (costituzionali) sui quali si fonda la nostra professione e la nostra millenaria tradizione giuridica. Preliminarmente occorre sollevare il dubbio che, atteso l'interesse pubblico che riveste la professione forense, i decreti attuativi si applichino tout court anche ad essa, o consentano invece l'introduzione di deroghe per l'appunto dettate dal tipo di attività svolta dagli avvocati, inerente alla difesa dei diritti fondamentali e come tale, parte essenziale dello Stato di diritto. Si tratta di un principio, e di una prospettiva complessiva, universalmente riconosciuti, non solo in sede europea (memore la Risoluzione del Parlamento europeo del 2006), ma anche in ambito internazionale. Proprio in occasione del congresso annuale degli avvocati americani (4-8 agosto 2011) si è ribadito dall'assemblea il principio secondo il quale la professione forense deve conservare la sua indipendenza e la sua autonomia per garantire la difesa dei diritti di ogni persona, in qualsiasi contesto politico e in qualsiasi vicenda in cui tali diritti siano lesi, conculcati, calpestati.

3. Per coerenza normativa, occorre anche verificare in qual modo i due decreti siano tra loro coordinati - visto che nei testi non appaiono riferimenti di collegamento, le rispettive relazioni sono del tutto laconiche, per non dire sommarie - e siano coordinabili con i provvedimenti di riforma in itinere: se ne farà cenno tra breve, in relazione ai singoli punti che val la pena di mettere in evidenza, e fatta salva la pubblicazione di un documento più elaborato che è in corso di predisposizione da parte dell'Ufficio Studi del Consiglio. Sembra che i principi in base ai quali dovrebbero essere regolati gli "ordinamenti professionali" costituiscano una sorta di guida per il futuro, che dovrebbe orientare l'Alta Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia (ex articolo 29 comma 5 del D.P.R. 6 luglio 2011, n. 98) avente il compito di formulare proposte in tema di liberalizzazione dei servizi e delle attività economiche. E sempre che questi principi siano applicabili anche alla professione forense, non c'è dubbio che i due decreti abbiano conservato il sistema ordinamentale, la cui scomparsa avrebbe comportato una assurda modificazione dell'assetto delle professioni e della professione forense in particolare, in contrasto con tutti gli ordinamenti vigenti nell'Unione



Europea (con eccezione della Finlandia); così come si è conservata la distinzione tra attività professionale e attività d'impresa, nell'ambito della libera concorrenza: due attività, ricomprese nella definizione generica di "servizio", che hanno diverso fondamento costituzionale europeo e diversa funzione nell'ambito del sistema economico, disciplinato non solo dall'articolo 41 Cost., ma anche dagli articoli 35 ss. dedicati al lavoro, essendo quella delle professioni una attività di lavoro indipendente. Si è conservato pure l'esame di Stato, perché - sempre che la disciplina in commento sia applicabile anche agli avvocati - l'articolo 33 comma 5 Cost. a cui essa fa riferimento include la professione forense, per consolidata interpretazione dottrinale e giurisprudenziale. Sicché la lett. a) del comma 5 dell'articolo. 29 del secondo decreto appare pienamente in linea con la situazione già esistente per la professione forense. Quanto alla lett. b) riguardante l'attività formativa continua, essa è già operante nel nostro settore; la previsione di un illecito disciplinare per quanti non si uniformino ad essa è già esplicitata nelle regole del Codice deontologico. Quanto alla lett. c) concernente il tirocinio, la sua remunerazione era prevista nel testo di riforma approvato da tutte le componenti dell'Avvocatura, ma la previsione era caduta in sede di approvazione del testo al Senato; poiché qui si definisce la remunerazione come "equo compenso di natura indennitaria", spetterà al legislatore definire in modo più articolato la regolamentazione, non essendosi richiamata la disciplina dell'apprendistato. Il tirocinio potrà essere svolto in concomitanza al corso di studio universitario. Poiché l'articolo 37 comma 4 del primo decreto prevede per la pratica forense la sua effettuazione presso gli uffici giudiziari, in sostituzione (complessivamente contenuta in un anno) di quella effettuata presso le Scuole di specializzazione legale e quella effettuata presso gli studi professionali e presso le Scuole forensi, il legislatore dovrà coordinare i principi contenuti nella lett. c) con le disposizioni vigenti e con quelle in itinere (con particolare riguardo alla disciplina prevista dal testo di riforma forense approvato dal Senato). A questo riguardo il Consiglio ha già manifestato le sue ferme critiche dal momento che l'effettuazione di qualsiasi attività presso di uffici giudiziari non è sostitutiva della formazione e della esperienza presso gli studi professionali e presso le scuole forensi. Ha inoltre segnalato le difficoltà in cui si dibattono gli studenti delle Facoltà di Giurisprudenza per completare il curriculum degli studi nel quinquennio, difficoltà che si aggraverebbero se agli studi e agli esami si sommasse il tirocinio. Quanto alla lett. d), relativa al compenso del professionista, l'insistenza del Consiglio sul ripristino delle tariffe minime non è determinato da mancanza di solidarietà sociale ma dalla salvaguardia della qualità della prestazione professionale. È tuttavia importante segnalare la consapevolezza del legislatore, il quale ha stabilito che la determinazione giudiziale dei compensi si uniformi alle tariffe professionali approvate dal Ministro della Giustizia. La trasparenza della determinazione del compenso obbedisce a principi già praticati e comunque accolti anche nel testo della riforma approvato al Senato. Il Consiglio valuterà, sulla

In alto.
Il Presidente
Guido Alpa.

base delle nuove disposizioni, se sarà opportuno proporre revisioni della formulazione dei criteri di determinazione delle tariffe, tenendo conto comunque del necessario loro adeguamento in ragione delle disposizioni di revisione biennale e dell'inflazione maturata nel corso del settennio dall'ultima revisione. La lett. e) anticipa l'obbligo di assicurazione della responsabilità civile auspicato da tutte le componenti dell'Avvocatura e oggetto specifico di previsione nel testo di riforma forense. La lett. f) riguardante gli organi disciplinari dovrà essere adattata alla formula contenuta nel testo di riforma. Pur conservando l'autodichia - strenuamente difesa dal Consiglio - il secondo decreto apporta modificazioni alla composizione dei consigli di disciplina che divergono dal testo approvato al Senato, e soprattutto fa riferimento ad un Consiglio nazionale di disciplina che, eventualmente apprezzabile per le altre professioni, non è conforme al dettato costituzionale per quanto concerne il Consiglio nazionale forense. Come è noto, il Consiglio è giudice speciale, avente funzioni giurisdizionali, e quindi ogni modificazione che possa incidere la composizione, l'elezione, le funzioni sarebbe in contrasto con l'orientamento consolidato della giurisprudenza costituzionale. La lett. g) dispone che la pubblicità è libera; ripete quanto disposto dal decreto n. 223 del 2006 e stabilisce nei contenuti regole già previste dal Codice deontologico. In più fa riferimento - l'unico in entrambi gli interventi normativi - alle specializzazioni, materia sulla quale si prevedono norme nella legge di riforma.

4. L'Avvocatura saprà affrontare la crisi portando il suo contributo: il ceto professionale, ormai mutato profondamente rispetto a quello dal quale gli avvocati erano estratti, è stato quello più colpito perché privo di qualsiasi assistenza o previdenza che non provenga dal contributo diretto del professionista. Le nuove regole dovranno tener conto anche di questo, e le valutazioni politiche ed economiche non potranno ignorare la situazione sostanziale delle cose, non potendosi l'intervento affidare solo ad un testo formale. In questo senso il Consiglio si impegnerà, come si è impegnato per il passato, a far sì che - oltre ai sacrifici imposti ad ogni cittadino per superare la crisi - non si aggravi la situazione dell'Avvocatura, già provata dai tempi difficili in cui versava ancor prima dell'avvento della crisi globale dell'economia.

A tutti il più cordiale augurio per un sereno Ferragosto, unito alla solidarietà (non di casta, ma) di colleganza.

Guido Alpa

Giurisprudenza

Barbara Barbato

Trattamento di fine rapporto, fallimento, legittimità.

Cassazione civile, sezione lavoro, sentenza 1 aprile 2011 n. 7585.

Ai fini della tutela prevista dalla legge n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per la esiguità del credito azionato, va considerato in concreto non soggetto a fallimento e, pertanto, opera la disposizione dell'articolo 2, quinto comma, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva.

Il caso.

La Corte di Appello di Milano, riformando la decisione del tribunale della stessa città, ha accolto la domanda di una lavoratrice intesa ad ottenere dall'INPS, quale gestore del Fondo di garanzia ai sensi della legge n. 297 del 1982, il pagamento del TFR maturato nei confronti del datore di lavoro insolvente. Ha rilevato la Corte di Appello che - contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice - l'intervento del Fondo non era impedito, nel caso di specie, dalla circostanza che l'istanza di fallimento presentata dalla lavoratrice fosse stata respinta a causa della esiguità del credito azionato, dovendosi invece avere riguardo ai fini dell'operatività della tutela prevista dall'articolo 2 della legge n. 297 del 1982 alla proposizione di concreti atti di iniziativa volti a far valere il diritto di credito. L'INPS ha proposto ricorso per Cassazione avverso tale decisione e la Suprema Corte ha reso il seguente principio di diritto: "Ai fini della tutela prevista dalla legge n. 297 del 1982 in favore del lavoratore, per il pagamento del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per la esiguità del credito azionato, va considerato in concreto non soggetto a fallimento e, pertanto, opera la disposizione dell'articolo 2, quinto comma, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del fondo di garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in

particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrino che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva".

La sentenza in commento si iscrive nell'ampio filone giurisprudenziale intervenuto in materia di Fondo di garanzia costituito ai sensi dell'articolo 2 legge n. 287 del 1982.

Come è noto, il Fondo garantisce il pagamento del trattamento di fine rapporto e delle ultime tre retribuzioni nel caso in cui il datore di lavoro risulti insolvente. La *ratio* dell'istituto risiede nel fatto che, così come la legge del 1982 ha istituito il trattamento di fine rapporto mediante l'accantonamento coattivo di frazioni della retribuzione presso il datore di lavoro, allo stesso tempo, ne ha voluto garantire in modo certo il pagamento a mezzo dell'accollo *ex lege* da parte dell'INPS.

L'articolo 2 comma 1 prevede il pagamento da parte del Fondo nei casi di "insolvenza da parte del datore di lavoro". Più specificamente, i successivi commi 2 e 5 prevedono espressamente due casi:

a) il comma 2 prevede il diritto al pagamento ai lavoratori che siano ammessi al passivo di procedura fallimentare;

b) il comma 5 estende la tutela ai lavoratori dipendenti da imprese non soggette a fallimento. Precisamente, stabilisce che "qualora il datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al fondo il pagamento del trattamento di fine rapporto, sempreché, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti".

Il comma 5, in sostanza, genera una presunzione di insolvenza, per le imprese non soggette a fallimento, in capo alle datrici di lavoro che siano state oggetto di esecuzione forzata infruttuosa.

La speculazione giuridica più interessante ha tradizionalmente riguardato il caso delle imprese soggettivamente "fallibili" - in quanto imprenditori commerciali con sufficiente requisito dimensionale - ma che, ugualmente, per vicende estranee al requisito dell'insolvenza, non fossero state effettivamente sottoposte a procedura concorsuale. L'interpretazione dell'Istituto, ripetutamente sostenuta avanti la Suprema Corte, pretenderebbe che, in questi casi, il Fondo non opererebbe in quanto per le imprese in ipotesi soggette a fallimento, la tutela speciale prevista per i crediti di

lavoro opera solo subordinatamente all'ammissione al passivo della procedura. Ad onor del vero, tale formalistica interpretazione non ha trovato alcun seguito nella più recente Giurisprudenza della Suprema Corte che interpreta costantemente l'articolo 2 in senso estensivo per ricomprendere nelle garanzie di tutela i casi non espressamente previsti. Infatti è stato ripetutamente stabilito che "ai fini della tutela prevista dalla legge n. 297 del 1982, in favore del lavoratore, per il pagamento del TFR in caso di insolvenza del datore di lavoro, quest'ultimo, se è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno, va considerato "non soggetto" a fallimento, e pertanto opera la disposizione dell'articolo 2, comma 5, della predetta legge, secondo cui il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso, essendo sufficiente, in particolare, che il lavoratore abbia esperito infruttuosamente una procedura di esecuzione, salvo che risultino in atti altre circostanze le quali dimostrano che esistono altri beni aggredibili con l'azione esecutiva" (ex plurimi, Cass. civ., sezione lavoro, 29/07/2010, n. 17740 e Cass. civ., sezione lavoro, 01/07/2010, n. 15662). In buona sostanza, tutte le volte in cui l'impresa datrice di lavoro non è stata assoggettata a procedura concorsuale per motivi estranei allo stato di insolvenza ma attinenti ad altre condizioni di legge per l'apertura del fallimento, la Suprema Corte ha riconosciuto la tutela del credito per trattamento di fine rapporto in applicazione estensiva del comma 5, ovvero utilizzando analogicamente le regole valide per il caso di imprese soggettivamente non fallibili. E, pertanto, la tutela è stata subordinata unicamente al previo esperimento di un'esecuzione forzata infruttuosa. La sentenza in commento, dichiaratamente, si iscrive nel filone citato poiché, nel caso di specie, l'impresa non era stata dichiarata fallita non per l'accertamento negativo del presupposto dell'insolvenza ma bensì per l'esiguità del credito del lavoratore istante. Anche in questo caso, ragioni di tutela effettiva, hanno portato la Corte a ritenere che il datore di lavoro fosse da considerare in concreto non soggetto a fallimento e che, pertanto, previa dimostrazione dell'infruttuosità della procedura esecutiva promossa dal lavoratore, lo stesso poteva essere ammesso alla tutela speciale da parte del Fondo di garanzia. Ma la decisione che si annota si conforma anche ad una giurisprudenza già inaugurata dalla decisione della stessa Corte l'8 maggio 2008 n. 11379. In particolare, la Corte ha dato esecuzione al principio teso a "incoraggiare il ravvicinamento" (ai

sensi dell'articolo 117 del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea) delle legislazioni degli stati membri "relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro" (direttiva CEE del Consiglio 20 ottobre 1980, n. 80/987). Tale principio prevede, da un lato, che la direttiva stessa si applica ai "diritti" dei lavoratori dipendenti da datori di lavoro "in stato di insolvenza" (articolo 1) - assoggettati, cioè, a "procedimento (...) che riguarda il patrimonio del datore di lavoro ed è volto a soddisfare collettivamente i creditori di quest'ultimo" (articolo 2) - e stabilisce, dall'altro, che "gli stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino (...) il pagamento dei diritti non pagati dei lavoratori subordinati, (...) relativi alla retribuzione (...) degli ultimi tre mesi del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro, nell'ambito di un periodo di sei mesi (...)" (articoli 3 e 4). Ne risulta, quindi, stabilito che l'applicazione della direttiva è subordinata alla soggezione del datore di lavoro a fallimento oppure ad altra procedura concorsuale, con analogo finalità liquidatoria del patrimonio del debitore (cfr. la sentenza della Corte di Giustizia 7 febbraio 1985, causa 135/83, anche in motivazione). La Cassazione, ancora una volta con la sentenza che si annota, fornisce una lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla direttiva CE n. 987 del 1980 che consente, secondo una ragionevole interpretazione, di proporre un'azione nei confronti del Fondo di garanzia quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento e l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa. In particolare secondo la Corte, l'espressione "non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942" va interpretata nel senso che l'azione della citata legge n. 297 del 1982, ex articolo 2, comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo. L'interpretazione estensiva trova piena giustificazione nella facoltà data dalla direttiva comunitaria ai legislatori nazionali di assicurare la tutela dei lavoratori anche in casi di insolvenza accertati con modalità e in sedi diverse da quelle tipiche delle procedure concorsuali; dall'altro, la medesima interpretazione esclude quella situazione di non-copertura assicurativa che altrimenti si verificherebbe quando, come nella specie, il datore di lavoro è astrattamente assoggettabile a fallimento, ma il fallimento non può essere dichiarato, mentre il lavoratore abbia intrapreso un'esecuzione forzata e questa non dia esito a lui favorevole.

In sintesi, allorquando il rapporto di lavoro con un datore di lavoro, soggetto a fallimento, sia ces-

sato ed il lavoratore non sia riuscito a conseguire il suo trattamento di fine rapporto, perché con le procedure esecutive non trova beni del debitore per la realizzazione del credito, può rivolgersi al Fondo di garanzia gestito dall'INPS.

Quindi, concludendo: è possibile sì (fatti salvi "cambiamenti di rotta" futuri) rivolgersi al Fondo di garanzia presso l'INPS anche se il credito è esiguo, a patto però di aver già concretamente provato il recupero coattivo nei confronti del datore di lavoro, risultato infruttuoso.

Angela Cisale

Della remissione ed accettazione tacita della querela.

Nota a Cassazione penale, sezione II, sentenza n. 12375/2011.

"[...] È inammissibile per difetto di interesse il ricorso per cassazione - avverso la sentenza che dichiara l'estinzione del reato per remissione di querela - proposto dal Pubblico Ministero per dedurre che l'imputato non è stato posto in condizioni di esprimere validamente la volontà di accettare o ricusare la remissione, trattandosi di interesse che può essere riconosciuto solo in capo all'imputato stesso [...]".

Il fatto.

Il Giudice di Pace di Genova, con sentenza del 12/07/2010, dichiarava il non doversi procedere nei confronti degli imputati in ordine al reato a loro iscritto per essere lo stesso estinto per intervenuta remissione di querela. Avverso tale pronuncia il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Genova presentava ricorso per cassazione, lamentando la violazione della legge sostanziale e processuale penale, in quanto nella sentenza impugnata il giudice aveva considerato tacita la accettazione della intervenuta remissione di querela, nonostante gli imputati non avessero "ricusato né tacitamente né espressamente" l'avvenuta remissione da parte della persona offesa. Il Procuratore Generale lamentava, altresì, la mancata certezza dell'avvenuta conoscenza da parte degli stessi imputati dell'avvenuta remissione di querela, e per tanto chiedeva l'annullamento della ricorso sentenza con restituzione degli atti ad altro Giudice di Pace di Genova.

La questione.

Per anni la giurisprudenza tanto di merito quanto di legittimità si è posta su due fronti, creando un contrasto tra le varie pronunce.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale la mancata comparizione dell'imputato

ritualmente citato per l'udienza, in cui il querelante rimetta la querela, non integra accettazione tacita della remissione ma, un mero esercizio di una facoltà processuale¹. Ad avviso di siffatto orientamento: "[...] l'accettazione tacita della remissione della querela, presuppone, in capo al querelato, la conoscenza della remissione della querela da parte del querelante. Ove il querelato, pur a conoscenza della intervenuta remissione della querela, resti contumace nel processo contro di lui iniziato a seguito della querela, la sua contumacia non costituisce una ipotesi di accettazione tacita della remissione della querela".

Secondo altro autorevole orientamento, la mancata comparizione dell'imputato ritualmente citato equivale ad accettazione tacita dell'avvenuta remissione di querela². Il contrasto giurisprudenziale si è ormai consolidato negli anni e sebbene siano state e sono pronunciate ancora oggi pronunce contrastanti, non sono state ancora investite della questione le Sezioni Unite. Le Sezioni Unite, però, come ricorderete con la sentenza n. 46088/08 hanno risolto solo di recente il contrasto giurisprudenziale creatosi in merito alla remissione tacita di querela, in caso di omessa comparizione all'udienza del querelante, ritualmente citato e sollecitato del giudice a comparire. Le Sezioni Unite prima di risolvere il quesito a loro sottoposto, hanno analizzato in modo puntuale gli articoli disciplinanti la remissione.

La norma codicistica analizzata in particolare modo è stato l'articolo 152 c.p., secondo cui "la remissione è processuale o extraprocessuale", e che "la remissione extraprocessuale è espressa o tacita" ed ancora "vi è remissione tacita quando il querelante ha compiuto fatti incompatibili con la volontà di persistere nella querela".

Dal testo normativo emerge, quindi, che la remissione tacita è prevista solo nella sua forma extraprocessuale e deve consistere in fatti univocamente incompatibili con la volontà di persistere nella richiesta di punizione. Secondo le Sezioni Unite, la risposta al quesito innanzi esposto va rinvenuta nella stessa normativa, infatti il nostro legislatore aveva già affrontato siffatto tema, e lo aveva risolto nel senso di attribuire rilievo, in *subiecta materia*, alla omessa presentazione del querelante solo nel caso di procedimento davanti al giudice di pace instaurato su impulso diretto della persona offesa. Ne deriva, ad avviso delle Sezioni Unite, che la mancata comparizione del querelante nel processo comporta l'improcedibilità solo nella ipotesi disciplinate degli articoli 21-30 d.lgs. n. 274/2000, dal momento che il legislatore non ha previsto altre ipotesi e quindi sotto il generale profilo delineato dall'articolo 152 Codice penale, non è affatto previsto dalla legge che la mancata

presentazione nel processo del querelante, pur ritualmente avvisato, possa comportare l'improcedibilità dell'azione penale. Le Sezioni Unite hanno, così, affermato che: "[...] Non è dato al giudice, in mancanza di espressa previsione normativa, di fissare e predeterminare egli stesso una specifica condotta che debba poi essere ineluttabilmente (univocamente ed oggettivamente, di per sé) interpretata come sicura accettazione di quel tentativo, né le conseguenze sanzionatorie che scaturirebbero dall'inottemperanza all'invito conciliativo: questo egli propone, ma la sua accettazione non può esser desunta dal silenzio nel quale si concretizza la mancata comparizione del querelante [...]. Deve, dunque, affermarsi il principio di diritto secondo cui, all'infuori dell'ipotesi espressamente e specificamente disciplinata dagli articoli 21, 28 e 30 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, la mancata comparizione del querelante nel processo, nonostante la sollecitazione del giudice a comparire, non configura una rimessione tacita di querela".

La decisione.

Equivale ad accettazione tacita la omessa comparizione dell'imputato, ritualmente citato ed informato circa l'avvenuta remissione di querela avvenuta da parte della persona offesa?

Con la sentenza in commento la Seconda Sezione Penale della Suprema Corte ha cercato di dare una risposta e di consolidare un indirizzo giurisprudenziale, che appare a tutt'oggi per niente "consolidato" a causa di un susseguirsi di sentenze che si contrappongono tra loro.

La Corte prima di statuire in merito all'ammissibilità del ricorso, ha evidenziato e precisato che tutte le sentenze adottate nel corso degli anni, sono state pronunciate a seguito di ricorsi presentati dai soli Procuratori Generali e giammai dagli imputati. Per la Seconda Sezione è solo l'imputato, titolare di un interesse, a poter proporre impugnazione avverso la sentenza che abbia dichiarato estinto il reato per accettazione tacita a seguito di intervenuta remissione di querela. I Giudici della Seconda Sezione sottolineano come l'articolo 568 c.p.p. non riconosce la facoltà ed il diritto di impugnare in modo assoluto ed indiscriminato in capo a tutte le parti processuali. Infatti, il diritto ad impugnare è subordinato "[...] alla presenza di una situazione in forza della quale il provvedimento del giudice risulta idoneo a produrre la lesione della sfera giuridica dell'imputante e l'eliminazione o la riforma della decisione gravata rende possibile il conseguimento di un risultato vantaggioso...giacché, ove così non fosse, lo scrutinio circa la sussistenza di un presupposto di ammissibilità della impugnazione

non sarebbe fondato su parametri di tipo obiettivo, ma sul soggettivo (ed inconfidente) apprezzamento della parte che propone il rimedio impugnatorio [...] il contenzioso ed il perdurarsi dello stesso, in tanto ha un senso, in quanto il portatore della posizione soggettiva che si intende tutelare coniughi alla astratta titolarità del diritto anche la pretesa concreta di ottenere un determinato "bene della vita" attraverso la coltivazione di quel diritto"³. Nella sentenza in commento la Suprema Corte riconosce il principio testé richiamato anche in capo al Pubblico Ministero o al Procuratore Generale: "dal momento che "l'interesse" della parte pubblica, pur con tutte le particolarità connesse alle specifiche attribuzioni, anche di rango costituzionale, che la caratterizzano, si qualificano necessariamente in funzione di uno specifico "obiettivo" che, attraverso la impugnazione, essa è istituzionalmente legittimata a perseguire". È pur vero (però) che secondo un orientamento ormai consolidato della giurisprudenza, è escluso in capo alla pubblica accusa il poter di proporre impugnazione al solo fine di tutelare gli interessi civili che il fatto-reato può aver coinvolto, infatti, l'accusa è da considerarsi estranea al rapporto processuale civile instauratosi incidentalmente nel processo penale tra i soggetti danneggiati dal reato e l'imputato⁴.

Analogamente, alla pubblica accusa non è dato proporre impugnazione avverso decisioni anche lesive degli interessi dell'imputato, in modo tale da consentire alla stessa una sorta di "intervento sostitutivo", dal momento che gli interessi dell'imputato non sempre possono coincidere con quelli della osservanza della legge sostanziale e processuale. Così, con la sentenza in commento la Suprema Corte ha "dribblato" la risoluzione del quesito sottopostogli dalla pubblica accusa ed è andata oltre: ha dichiarato il ricorso inammissibile per mancanza di interesse del Procuratore Generale alla presentazione del ricorso.

La Suprema Corte, infatti, ha concluso affermando che il Procuratore Generale può lamentare la legittimità della remissione ma non: "il "vizio" rappresentato dal fatto che l'imputato non è stato posto in condizione di esprimere validamente la propria volontà se accettare o ricusare la remissione della querela, giacché un simile "interesse" non può che essere riconosciuto soltanto in capo all'imputato stesso". Solo pochi giorni prima la Quinta Sezione investita della medesima questione, pur rigettando il ricorso, aveva ritenuto il Procuratore Generale soggetto legittimato a ricorrere (!). La Quinta Sezione, senza porsi alcun problema circa l'interesse ad impugnare, ha censurato il dolersi dell'accusa in merito all'inammissibilità (e pertanto la violazione di legge) della

c.d. accettazione tacita di remissione di querela. La Quinta Sezione Penale, conformandosi all'orientamento della stessa sezione espresso con le sentenze n. 30614 del 26 giugno 2008, n. 4696 del 5 dicembre 2008, e dalla sentenza n. 19568 del 31 marzo 2010, ha ritenuto che: "Ai fini dell'efficacia della remissione di querela non è indispensabile l'accettazione, essendo sufficiente che, da parte del querelato, non vi sia un rifiuto espresso o tacito della remissione. Ne consegue che, in assenza di altri elementi, anche la contumacia dell'imputato può essere apprezzata quale indice dell'assenza della volontà di coltivare il processo"⁵.

Sebbene la Quinta Sezione sia indirizzata in tal senso, di parere opposto sono le altre sezioni, che legate ad una lettura formalistica della norma (e forse più garantista), escludono che si possa parlare di accettazione tacita di remissione di querela, dal momento che nessuna norma prevede siffatta ipotesi. Stupisce come una questione apparentemente semplice crei tante pronunce contrastanti sia in sede di merito che di legittimità; eppure basterebbe rispettare il dettato normativo per stabilire la legittimità di un *facere*, non a caso è stata citata la pronuncia n. 46088/08 delle Sezioni Unite, ove la Corte non ha fatto altro che attenersi pedissequamente al dettato codicistico per stabilire che è vietata la remissione tacita di querela. Con siffatta pronuncia le Sezioni Unite hanno ancora una volta confermato la validità dell'antico brocardo latino *quod Lex voluit, dixit* (!). Per completezza va detto che se per la giurisprudenza il problema della remissione tacita della querela è stato risolto con la pronuncia delle Sezioni Unite, non si può dire lo stesso per il nostro legislatore. Infatti, il problema "attanaglia" il nostro legislatore fino a spingerlo a presentare il 10/09/2008 una proposta di legge (1640-A) per la modifica del Codice penale, con la finalità di specificare le ipotesi di remissione tacita della querela. La proposta di legge chiede che sia novellato, inoltre, il Codice di procedura penale ed il d.lgs. n. 274 del 2000 al fine di disporre che, l'avvertimento al querelante in ordine alle conseguenze della mancata comparizione in udienza sia inserito negli atti che dispongono il giudizio. La proposta di legge, che vuole occuparsi di quei procedimenti dei quali i querelanti si disinteressano fin dalle prime fasi, è stata approvata dall'Assemblea della Camera il 9/03/11 ed ora il provvedimento è passato al vaglio del Senato.

¹ Cass., sezione II, sentenza n. 34124/09.

² Cass., sezione V, sentenza n. 35620/10.

³ Cass., Sez. Un., sentenza n. 42/95 al riguardo si veda anche Corte

cost. ordinanza n. 20 del 2011.

⁴ Cass., sezione I, sentenza n. 9174/07.

⁵ Cass., sezione V, sentenza n. 7072/11.

Antonia Marchino

Lesione, danno biologico, applicabilità delle tabelle del Tribunale di Milano.

Commento alla sentenza della Cassazione, sezione III civile n. 12408 del 7 giugno 2011.

La Corte di Cassazione ha stabilito che nella liquidazione del danno alla persona, quando manchino criteri stabiliti dalla legge, l'adozione della regola equitativa di cui all'articolo 1226 c.c. deve garantire non solo l'adeguata considerazione delle circostanze del caso concreto, ma anche l'uniformità di giudizio a fronte di casi analoghi. È intollerabile ed iniquo, secondo il giudice di legittimità, che danni identici possano essere liquidati in misura diversa solo perché le relative controversie siano decise da differenti uffici giudiziari. "Equità", ha affermato al riguardo la Corte, vuol dire non solo proporzione, ma anche uguaglianza. Da ciò consegue che, d'ora innanzi, sarà censurabile per violazione di legge la sentenza di merito che non dovesse applicare il suddetto criterio, ovviamente senza adeguatamente motivare lo scostamento da esso. Al fine di uniformare i criteri di risarcimento del danno non patrimoniale derivante da lesioni invalidanti, la Cassazione indica le tabelle del Tribunale di Milano quale riferimento per la relativa liquidazione. Al di là delle diversità delle condizioni economiche e sociali dei diversi contesti territoriali, spiega la Corte, oltre 60 tribunali hanno posto a base del calcolo medio i valori di riferimento per la liquidazione del danno alla persona adottati dal Tribunale di Milano, dei quali è dunque già nei fatti riconosciuta una sorta di vocazione nazionale. Essi costituiranno d'ora innanzi, per la giurisprudenza della Corte di Cassazione, il valore da ritenersi "equo", e cioè quello in grado di garantire la parità di trattamento e da applicare in tutti i casi in cui la fattispecie concreta non presenti circostanze idonee ad alimentarne o ridurne l'entità.

Il caso.

1. Nel 1992, nei pressi di Trani, un ventiquattrenne, a seguito della collisione tra la vettura che conduceva ed un furgone del quale il conducente R. aveva perso il controllo su asfalto bagnato dalla pioggia, invadendo la corsia dell'opposto senso di marcia, riportò lesioni che ne provocarono l'inva-

lidità permanente totale (grave tetraparesi spastica, turbe mnesiche, disordini del linguaggio, importanti turbe di tipo vegetale indotte da un grosso infarto cerebrale, che occupa quasi tutto l'emisfero di destra). Il procedimento penale viene definito con sentenza di patteggiamento nel 1995 instaurato a carico del R. per lesioni colpose; nello stesso anno il ventiquattrenne agì giudizialmente per il risarcimento nei confronti della N. Assicurazioni (assicuratrice del furgone per la r.c.a.) e del R. chiedendo che i convenuti fossero condannati al pagamento di ulteriori L. 308.310.000 rispetto al massimale di 1 miliardo di lire versato nel 1994 dall'assicurazione; - e al risarcimento del danno residuo, quantificato in L. 1.347.875.000. Entrambi i convenuti resistettero. Con sentenza n. 303 del 1999 il tribunale di Trani rigettò la domanda, sul rilievo che, dovendosi presumere il paritetico apporto causale colposo dei due conducenti in difetto dell'accertamento in concreto delle rispettive condotte, la somma già riscossa fosse ampiamente soddisfattiva, pur computando svalutazione ed interessi per il tempo intercorso tra sinistro e pagamento.

2. La Corte di Appello di Bari, decidendo sugli appelli di tutte le parti con sentenza n. 944 del 2005, ha bensì determinato nel 75% la percentuale di responsabilità del R. ma, riconosciuto nel minore importo di L. 955.999.420 la somma in tale frazione dovuta al giovane danneggiato a titolo di risarcimento del danno "biologico, morale e patrimoniale", ha a sua volta ritenuto che quanto già ricevuto avesse estinto il suo credito complessivo. La Corte di Appello, ha concluso che "diversamente da quanto affermato dal giudice di prime cure può concludersi che certamente l'urto si verificò nella corsia di pertinenza del ventiquattrenne, invasa dal R., che procedeva in senso inverso, dopo aver sbandato a causa del fondo stradale bagnato". Ha, tuttavia, quantificato nel 25% il presunto apporto causale colposo del giovane per l'esclusiva ragione che egli non aveva tuttavia "provato che, nelle circostanze di tempo e di luogo indicate, il suo comportamento fu pienamente conforme alle norme sulla circolazione stradale e di comune prudenza e che fece tutto il possibile per evitare il danno". La Corte di Appello ha affermato: "le cd. tabelle milanesi non costituiscono criterio codificato per la liquidazione del danno biologico, pur venendo applicate in diversi tribunali. In particolare questa Corte di Appello non le utilizza, facendosi carico delle differenze oggettive riscontrabili tra le condizioni di vita a Milano e quelle locali, talché reputa maggiormente equo il criterio del calcolo di punto unico nazionale, elaborato attraverso la comparazione delle liquidazioni espresse da numerosi tri-

bunali, equamente distribuiti tra nord, centro, sud e isole".

3. Il giovane danneggiato ricorre in Cassazione la quale smentisce clamorosamente la decisione della Corte di Appello di Bari, consacrando definitivamente la "tabella di Milano" come riferimento "equo" da utilizzare su tutto il territorio nazionale per la quantificazione delle lesioni micropermanenti "non derivanti da sinistri auto", dall'altro, per le lesioni micropermanenti da sinistri stradali, invece, ha sentenziato che si debba necessariamente applicare la tabella aggiornata annualmente dal Ministero. La Suprema Corte accoglie il ricorso, infatti pur partendo dal consolidato principio secondo il quale, in tema di scontro tra veicoli e di applicazione dell'articolo 2054 c.c., "l'accertamento in concreto della colpa di uno dei conducenti non comporta di per sé il superamento della presunzione di colpa concorrente dell'altro" (all'uopo occorrendo che quest'ultimo fornisca la prova liberatoria, ovvero la dimostrazione di essersi uniformato alle norme sulla circolazione e a quelle della comune prudenza) stabilisce, però, che una volta accertata la piena responsabilità di un veicolo non è corretto presumere il concorso di colpa dell'altro conducente che non riesca a provare di essere completamente esente da responsabilità. Con questa motivazione la Corte ha bocciato la ricostruzione della Corte territoriale che attribuiva comunque il 25% della responsabilità alla vittima perché non aveva provato che il suo comportamento fu «pienamente conforme alle norme di circolazione stradale» e comunque di prudenza.

La sentenza, poi, accogliendo i principi di adeguatezza e di proporzione, presuppone l'adozione di un parametro di liquidazione uniforme, che possa essere modulato a seconda delle circostanze del caso concreto. Poiché, ai sensi dell'articolo 65 dell'Ordinamento giudiziario approvato con r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, è compito della Corte di Cassazione assicurare l'esatta osservanza, "l'uniforme interpretazione della legge" e "l'unità del diritto oggettivo nazionale", non esula dai suoi poteri-doveri quello di dettare i criteri necessari affinché sia garantita l'interpretazione uniforme delle menzionate disposizioni normative, riguardate come affermative anche del principio della parità di trattamento. Nella perdurante mancanza di riferimenti normativi per le invalidità dal 10 al 100% e considerato che il legislatore ha comunque già espresso, quanto meno per le lesioni da sinistri stradali, la chiara opzione per una tabella unica da applicare su tutto il territorio nazionale, la Corte di Cassazione ritiene che sia suo specifico compito, al fine di garantire l'uniforme interpretazione del diritto (che contempla anche l'arti-

colo 1226 Codice civile, relativo alla valutazione equitativa del danno), fornire ai giudici di merito l'indicazione di un unico valore medio di riferimento da porre a base del risarcimento del danno alla persona, quale che sia la latitudine in cui si radica la controversia. Appare infatti manifestamente irragionevole e violativo del principio di uguaglianza applicare un trattamento risarcitorio differenziato al cospetto della medesima lesione all'integrità psicofisica causata da un fatto illecito e fondare tale diversità su di un elemento esterno alla fattispecie dell'illecito ed ai suoi elementi essenziali e caratterizzanti, quale il contesto circostanziale ove il fatto è accaduto, che, al più, rappresenta mera occasione della sua verifica. Si tratta, come condivisibilmente afferma la Corte con riferimento alle lesioni macropersistenti, "di un fenomeno che, incidendo sui fondamentali diritti della persona, vulnera elementari principi di uguaglianza". Sul fronte pratico la Suprema Corte precisa che l'aver assunto la tabella milanese a parametro generale, non comporterà la ricorribilità in Cassazione, per violazione di legge, delle sentenze d'appello che abbiano liquidato il danno in base a diverse tabelle per il solo fatto che non sia stata applicata la tabella di Milano. Dunque, non potranno essere depositati ricorsi in Cassazione solo perché i giudici di merito hanno applicato tabelle diverse da quelle del capoluogo lombardo. Perché il ricorso non sia dichiarato inammissibile occorrerà che la questione sulle tabelle milanesi sia già stata discussa in sede di merito. Pertanto, "la violazione della regola iuris potrà essere fatta valere in sede di legittimità ex articolo 360 c.p.c. in quanto la questione sia stata specificamente posta nel giudizio di merito".

Mariella Orlando

La natura del termine della domanda di rimborso Iva.

Corte di Cassazione, sezione tributaria, ordinanza interlocutoria del 25 maggio 2011, n. 11456.

Nella sentenza in esame il Collegio ha rinviato la questione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in merito alla natura del termine per la presentazione della domanda di rimborso Iva da parte dei soggetti passivi non residenti in Italia. In particolare, la società Elsacom, con sede legale in Amsterdam, aveva proposto ricorso avverso il provvedimento dell'Agenzia delle Entrate che aveva negato il rimborso Iva - richiesto con istanza in data 27 luglio 2000 - su fatture passive rice-

vute nel corso del 1999. La richiesta della società veniva rigettata sulla base della tardività della domanda, il cui termine doveva ritenersi scaduto il 30 giugno 2000. Nei primi due gradi di giudizio i giudici tributari accoglievano il ricorso presentato dalla società, sulla base della considerazione della natura non perentoria di detto termine. Successivamente l'Agenzia delle Entrate ed il Ministero dell'Economia e delle Finanze proponevano ricorso per cassazione, insistendo sul carattere perentorio del termine. In particolare i ricorrenti, denunciando violazione e falsa applicazione dell'articolo 7 dell'ottava direttiva del Consiglio del 6 dicembre 1979, n. 79/1072/CEE, dell'articolo 38 ter del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, e dell'articolo 1 del D.M. 20 maggio 1982. La direttiva citata, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, detta le modalità per il rimborso dell'imposta sul valore aggiunto ai soggetti non residenti all'interno del paese. Più precisamente è diretta a stabilire, conformemente alle disposizioni dell'articolo 17, n. 4, della sesta direttiva, le modalità di rimborso dell'Iva versata in uno Stato membro ad opera di soggetti passivi stabiliti in un altro Stato membro.

Inoltre è previsto che, per il beneficiario del rimborso, il soggetto interessato deve:

- "inoltrare presso il servizio competente di cui all'articolo 9, primo comma, una domanda conforme al modello di cui all'allegato A alla quale saranno allegati gli originali delle fatture o dei documenti d'importazione";

- la domanda deve essere presentata al servizio competente di cui all'articolo 9, primo comma, entro sei mesi successivi allo scadere dell'anno civile nel corso del quale l'imposta è divenuta esigibile;

- la domanda deve essere presentata entro il 30 giugno dell'anno successivo e quello cui si riferisce la domanda. Per quanto riguarda la normativa nazionale, l'articolo 16 del D.P.R. 30 dicembre 1981, n. 793 ha introdotto l'articolo 38 ter del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, il quale ha rimesso ad un decreto del M.E.F., di concerto con il Ministero del Tesoro, il compito di stabilire "le modalità e i termini per la richiesta" dei rimborsi. Tale decreto è stato emanato il 20 maggio 1982 ed ha previsto, all'articolo 1 secondo comma, che il rimborso deve essere eseguito "su istanza degli interessati da presentare entro il 30 giugno dell'anno solare successivo" a quello cui appartiene il trimestre di riferimento.

Inoltre, secondo i giudici della Corte, va ricordato che:

a) nell'ordinamento tributario italiano vige, per la ripetizione del pagamento indebito, un regime

speciale basato sull'istanza di parte da presentare, a pena di decadenza dal relativo diritto, nel termine previsto dalle singole leggi di imposta (per le imposte dirette o in mancanza dalle norme sul contenzioso tributario);

b) la decadenza nella quale il contribuente sia incorso per mancato rispetto dei termini per richiedere il rimborso di un tributo è rilevabile d'ufficio, anche in sede di gravame, essendo quei termini dettati per finalità di interesse pubblico, nel senso che non possono derogarvi, rinunciarvi o comunque modificarlo (Cass. n. 791 del 2011).

In realtà la questione era già stata precedentemente affrontata dalla Corte, con le sentenze n. 1013 del 2005 e n. 5559 del 2005, ove aveva statuito che il termine per la presentazione della domanda di rimborso è da intendersi a pena di decadenza. Tali pronunce assumevano particolare pregnanza, poiché modificano il precedente orientamento, che aveva, invece, sostenuto la natura ordinatoria del termine¹. Anche in questo caso, sulla base del combinato disposto fra l'articolo 38 ter del D.P.R. 633/72 e il decreto ministeriale 20/1982 emergeva che il soggetto passivo Iva residente in uno Stato dell'UE, che intendevano chiedere il rimborso Iva all'amministrazione finanziaria italiana, avevano tempo fino al 30 giugno dell'anno solare successivo a quelle in cui il trimestre oggetto del rimborso di riferisce. La questione resta quella della natura del termine. La questione non trovò lo stesso un orientamento costante. In un primo orientamento, i giudici di legittimità avevano statuito che il termine in questione fosse da considerarsi come ordinatorio, utilizzando una duplice argomentazione:

la sanzione della decadenza dell'esercizio dei diritti soggettivi deve rinvenirsi espressamente dalla legge; infatti, anche in materia tributaria è applicabile il comma 2 dell'articolo 152 c.p.c., secondo il quale "i termini stabiliti dalla legge sono ordinatori, tranne che la legge stessa li dichiara espressamente perentori";

il quadro normativo di riferimento pertinente non è costituito dall'ordinamento interno, ma da quello comunitario. La natura ordinatoria del termine in esame si ricava anche alla luce dell'articolo 6 dell'ottava direttiva comunitaria, secondo il quale "gli Stati membri non possono imporre ai soggetti passivi di cui all'articolo 2, oltre agli obblighi di cui agli articoli 3 e 4, alcun obbligo oltre a quello di fornire, in casi particolari, le informazioni necessarie per accertare la fondatezza dell'istanza di rimborso".

In un secondo orientamento la Corte di Cassazione si era espressa nel senso della perentorietà e non derogabilità del termine in questione, anche in questo caso utilizzando una doppia serie



di argomentazioni:

L'articolo 7 dell'ottava direttiva comunitaria testualmente stabilisce che "la domanda deve essere presentata al servizio competente, di cui all'articolo 9, primo comma, entro i sei mesi successivi allo scadere dell'anno civile nel corso del quale l'imposta è divenuta esigibile". Da ciò deriva che "il testo della norma comunitaria non consente in alcun modo di evincere la possibilità per il legislatore nazionale di fissarlo come semplice termine ordinario";

la natura perentoria del termine trova giustificazione nel fatto che "l'amministrazione finanziaria deve poter essere messa in condizione di esaurire in tempi brevi le procedure di rimborso"².

A seguito di tale contesto normativo, il Collegio ritiene che la questione relativa alla natura, perentori o meno, del termine per la presentazione della domanda di rimborso, non possa prescindere dalla interpretazione della menzionata normativa comunitaria, della quale quella interna ha carattere meramente riproduttivo.

In conclusione sulla base di quanto detto, la Corte di Cassazione ritiene necessario domandare alla Corte di giustizia dell'Unione Europea di pronunciarsi, in via pregiudiziale, ai sensi dell'articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, sulla questione: "se il termine di sei mesi successivi allo scadere dall'anno civile nel corso del quale l'imposta è divenuta esigibile, previsto, per la presentazione della domanda di rimborso dell'imposta sul valore aggiunto da parte dei soggetti passivi non residenti all'interno del paese, dall'articolo 7, primo comma, ultimo periodo, dell'ottava direttiva del Consiglio del 6 dicembre 1979, n. 79/1072/CEE, abbia carattere perentorio, sia cioè stabilito a pena di decadenza del diritto al rimborso".

¹ Corte di Cassazione sentenza n. 3575 dell'11 marzo 2003 e n. 22563 del 1 dicembre 2004.

² La Corte, qualificando il termine come perentorio, esclude la possibilità di far ricorso alla prescrizione. Infatti, essa sostiene che non è possibile invocare i principi dell'azione generale di arricchimento, di cui all'articolo 2041 c.c., in quanto la prescrizione non trova applicazione, laddove si sia in presenza di un termine di decadenza.

Dottrina

Barbara Barbato

L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro. Risarcimento del danno. Danno differenziale.

L'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e malattie professionali ha origine antiche. Nella sua storia, la disciplina di legge in materia ha conosciuto diversi cambiamenti, in linea con la crescente sensibilità del diritto per la tutela della salute della persona, quale diritto primario fondamentale, sovrastante gli interessi economici dell'impresa.

Già dopo il raggiungimento dell'Unità d'Italia si era posto il problema di come tutelare l'operaio in caso di infortunio sul lavoro.

All'epoca, in base alla normativa prevista dall'allora Codice civile del 1865, vigeva esclusivamente la responsabilità extracontrattuale e l'operaio in presenza di infortunio aveva la possibilità di ottenere un risarcimento solo se l'infortunio stesso dipendeva da colpa del datore di lavoro; pertanto, il lavoratore aveva la possibilità di agire contro l'impresa solo ed esclusivamente se si fosse riscontrata una responsabilità del datore di lavoro, come ed in applicazione dei generali principi della responsabilità dei terzi secondo il diritto comune.

Nella realtà, però, si verificava che le azioni giudiziali di richiesta di risarcimento danni esercitate dagli infortunati erano di numero assai ridotto dal momento che sull'operaio incombeva l'onere di provare la colpa del datore di lavoro nella causazione dell'infortunio ovviamente con il rischio di perdere il lavoro.

Dopo un lungo e macchinoso percorso dottrinario e legislativo, nel corso del quale diversi furono gli orientamenti tutti diretti ad individuare la migliore tutela possibile per l'operaio, si riscontrò anche con la conferma delle statistiche, infatti, che l'infortunio sul lavoro si verificava comunque ed a prescindere dalle tutele che il datore di lavoro approntava, come inevitabile conseguenza dell'esistenza e dell'operatività della stessa industria. Quindi, si stabilì che il rischio dell'operaio di subire l'infortunio doveva essere elevato a rischio d'impresa. Premessi tali principi si giunse all'applicazione necessaria di un obbligo assicurativo per le imprese, le quali avrebbero dovuto corrispondere il premio. Dall'altra parte, un onere a carico dell'operaio, il quale in caso di infortunio non otteneva l'integrale risarcimento bensì un indennizzo, anche nell'ipotesi in cui l'infortunio fosse dovuto a sua colpa o a caso fortuito.

Per questo motivo, la gestione della tutela degli

infortuni sul lavoro veniva invece affidata alla Cassa nazionale infortuni, la quale operava già prima dell'introduzione del regime di assicurazione obbligatoria. In seguito si passava dalla Cassa all'Istituto Nazionale per l'Assicurazione contro gli Infortuni, INAIL, che inizialmente operava solo per alcuni settori sino ad arrivare alla gestione globale con l'abolizione di quasi tutte le altre casse private, operazione iniziata nel 1926 con il R.D.L. del 5.12.26 n. 2051 e conclusa con la legge 22.06.33 n. 860.

La prima e più importante riforma del settore si è poi avuta con il Decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 1965, n. 1124 con il quale veniva emanato il Testo Unico delle disposizioni per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali.

Si tratta, ancora oggi, seppure con le modifiche nel tempo apportate, della fonte normativa regolatrice per tutto quanto riguarda il funzionamento dell'INAIL, il suo rapporto con le imprese e con gli assicurati.

Il Decreto, all'articolo 2, stabilisce che l'INAIL è tenuta a risarcire il danno derivante da infortuni avvenuti per causa violenta in occasione di lavoro, che abbia provocato la morte del lavoratore o a questi un'inabilità permanente al lavoro, assoluta o parziale, ovvero un'inabilità temporanea assoluta che importi l'astensione dal lavoro per più di tre giorni. In altre parole, in forza della disposizione di legge in parola, l'INAIL è tenuta a risarcire il danno patrimoniale subito dal lavoratore in conseguenza di un infortunio sul lavoro.

Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto esistente tra l'obbligo risarcitorio gravante sull'assicurazione sociale e quello gravante sull'impresa, gli articoli 10-11 del decreto dettano la regola dell'esonerazione del datore di lavoro dalla responsabilità civile. In base a tale regola, in caso di infortunio sul lavoro o di malattia professionale il lavoratore ha diritto a richiedere il risarcimento dei danni esclusivamente nei confronti dell'Assicurazione sociale INAIL, senza poter agire contro il datore di lavoro (responsabile civile).

Il decreto in parola prevede però che nei casi in cui l'infortunio subito dal lavoratore sia imputabile al datore di lavoro (o a soggetti da questi incaricati quali responsabili della direzione o sorveglianza sul lavoro) a seguito di comportamento costituente ipotesi di reato, l'Assicurazione sociale, dopo aver erogato l'indennizzo al lavoratore, potrà a sua volta richiederne il rimborso al datore di lavoro, in forza del c.d. diritto di regresso in favore dell'INAIL nei confronti dell'impresa.

Altra tappa importante in materia si è avuta con l'entrata in vigore del d.lgs. n. 38 del 23/02/2000 attuativo della legge delega n. 144/1999 che ha

invece introdotto tutta una serie di modifiche ed innovazioni che hanno profondamente riformato la portata applicativa del sistema assicurativo previdenziale, tenendo conto del mutato quadro socio-economico e dell'esigenza di una maggiore incisività della protezione sociale rispetto ai nuovi soggetti che partecipano al processo produttivo. L'entrata in vigore del d.lgs. 38/00 ha integralmente modificato, in particolare, il quadro di riferimento giurisprudenziale in tema di liquidazione del danno biologico in caso di infortunio sul lavoro, più precisamente ha riconosciuto il diritto nei confronti dell'INAIL ad un indennizzo per danno biologico che comprende quindi non solo il danno che si riflette sulla capacità lavorativa, ma anche quello fisico in sé considerato che si ripercuote su tutte le attività e capacità della persona (vita di relazione, sfera sessuale, sociale etc...).

In particolare l'articolo 13 del d.lgs. 38/2000 così recita:

"In attesa della definizione di carattere generale di danno biologico e dei criteri per la determinazione del relativo risarcimento, il presente articolo definisce, in via sperimentale, ai fini della tutela dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali il danno biologico come la lesione all'integrità psicofisica, suscettibile di valutazione medico legale, della persona. Le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato.

2. In caso di danno biologico, i danni conseguenti ad infortuni sul lavoro verificatisi, nonché a malattie professionali denunciate a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto ministeriale di cui al comma 3, l'INAIL nell'ambito del sistema d'indennizzo e sostegno sociale, in luogo della prestazione di cui all'articolo 66, primo comma, n. 2), del testo unico, eroga l'indennizzo previsto e regolato dalle seguenti disposizioni:

a) le menomazioni conseguenti alle lesioni dell'integrità psicofisica di cui al comma 1 sono valutate in base a specifica "tabella delle menomazioni", comprensiva degli aspetti dinamico-relazionali. L'indennizzo delle menomazioni di grado pari o superiore al 6 per cento ed inferiore al 16 per cento è erogato in capitale dal 16 per cento è erogato in rendita, nella misura indicata nell'apposita "tabella indennizzo danno biologico". Per l'applicazione di tale tabella si fa riferimento all'età dell'assicurato al momento della guarigione clinica. Non si applica il disposto dell'articolo 91 del Testo Unico;

b) le menomazioni di grado pari o superiore al 16 per cento danno diritto all'erogazione di un'ulteriore

quote di rendita per l'indennizzo delle conseguenze delle stesse, commisurata al grado della menomazione, alla retribuzione dell'assicurato e al coefficiente di cui all'apposita "tabella dei coefficienti", che costituiscono indici di determinazione della percentuale di retribuzione da prendere in riferimento per l'indennizzo delle conseguenze patrimoniali, in relazione alla categoria di attività lavorativa di appartenenza dell'assicurato e alla ricollocabilità dello stesso.

La retribuzione, determinata con le modalità e i criteri previsti dal testo unico, viene moltiplicata per il coefficiente di cui alla "tabella dei coefficienti". La corrispondente quota di rendita, rapportata al grado di menomazione, è liquidata con le modalità e i criteri di cui all'articolo 74 del Testo Unico.

3. Le tabelle di cui alle lettere a) e b), i relativi criteri applicativi e i successivi adeguamenti sono approvati con decreto del Ministro del lavoro e della previdenza sociale su delibera del consiglio di amministrazione dell'INAIL. In sede di prima attuazione il decreto ministeriale è emanato entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo.

Per quanto non previsto dalle presenti disposizioni, si applica la normativa del testo unico, in quanto compatibile".

Il dato normativo esprime dunque, allo stato, la seguente distinzione:

- per le menomazioni comprese tra il 6 ed il 15%, è previsto un indennizzo in somma capitale, in rapporto al grado della menomazione;

- per le sole menomazioni pari o superiori al 16% risulta una disciplina indennitaria più articolata, essendo prevista una rendita da imputarsi in parte, al grado della menomazione, cioè al danno biologico subito dall'infortunato, in altra parte alle conseguenze di natura patrimoniale della menomazione;

- per le menomazioni inferiori al 6% (cd. Danni biologici micro permanenti), per il danno morale, il danno patrimoniale differenziale, il danno biologico invocato *iure proprio* dai superstiti, tutte voci genericamente definite danni complementari, non è previsto alcun indennizzo Inail, ma sarà possibile agire nei confronti del datore di lavoro avvalendosi della presunzione di cui agli articoli 1218 e 2087 c.c.

Ovviamente il maggiore problema interpretativo che si è posto in relazione a tale nuova disciplina, riguarda la persistenza o meno del diritto del lavoratore infortunato di agire nei confronti del datore di lavoro per il risarcimento di quelle componenti risarcitorie che non siano indennizzate dall'assicurazione sociale.

È certo che il lavoratore infortunato potrà ottene-

re dal proprio datore di lavoro il risarcimento di quelle componenti pregiudizievoli in relazione alle quali il d.lgs. n. 38 / 2000 non prevede alcun indennizzo, cioè del danno biologico derivante da invalidità permanente inferiore al 6%, del danno biologico temporaneo e del danno morale.

Controverso è, invece, se il lavoratore abbia un'azione nei confronti del datore di lavoro per il risarcimento del c.d. "danno biologico differenziale", qualora, cioè, in presenza di una menomazione superiore al 5%, sussista il diritto ad una prestazione INAIL per danno biologico permanente, che, però, data la sua natura indennitaria, non copra integralmente il danno quantificato secondo i consueti criteri civilistici.

Varie pronunce hanno affrontato l'argomento propendendo nettamente per l'ammissibilità del risarcimento per il danno cd. differenziale (è chiamato differenziale perché copre la differenza fra quanto liquidato dall'INAIL e la somma invece spettante secondo il modello della responsabilità civile), anche in seguito all'entrata in vigore del d.lgs. n. 83 del 2000 (Tribunale di Pinerolo, 27 aprile 2004, Orient. Giur. Lav. 2004, I, 462; Tribunale di Monza, sezione IV, 16 giugno 2005, n. 1828; TAR Lombardia, sezione II, 27 luglio 2005, n. 3438; Tribunale di Camerino, 19 luglio 2006, redazione Giuffrè 2006; Tribunale di Bassano del Grappa, 24 gennaio 2006, n. 59; Tribunale di Treviso, 31 maggio 2006, Orient. giur. lav. 2006, 4 921; Tribunale di Vicenza, 4 gennaio 2007, n. 321).

Punto comune di tali sentenze consiste in una lettura costituzionalmente orientata del menzionato decreto il quale ha introdotto in materia di assicurazione sul lavoro la categoria di danno biologico.

I giudici hanno preso a riferimento il principio più volte sancito dalla Corte Costituzionale secondo cui la tutela del risarcimento alla salute deve essere integrale e non limitabile, per giungere appunto all'ammissibilità del risarcimento del danno differenziale.

Infatti, se si negasse tale ammissibilità, si giungerebbe ad un risultato assurdo e costituzionalmente illegittimo poiché si finirebbe per limitare in maniera ingiustificata il ristoro integrale del danno alla salute subita dal lavoratore.

In merito, si è osservato come il "nuovo" sistema indennitario INAIL non può in alcun modo sacrificare o vanificare il diritto dell'assicurato ad ottenere l'integrale risarcimento del danno subito poiché in tal modo si violerebbe il precetto di cui all'articolo 32 Costituzione che protegge il bene della salute umana.

Mentre il risarcimento del danno cd. biologico (danno alla salute) ha trovato ab origine il pro-

prio riconoscimento nell'articolo 32 Cost., ed è tuttora finalizzato a risarcire il danno nella esatta misura in cui si è verificato, l'indennizzo Inail ha dato applicazione all'articolo 38 Cost., e risponde alla funzione sociale di garantire mezzi adeguati al lavoratore infortunato.

Inoltre, negare la possibilità di agire per il cd. danno biologico differenziale, comporterebbe una manifesta disparità di trattamento fra soggetti che abbiano subito un danno biologico in seguito ad infortunio sul lavoro - i quali non avrebbero diritto all'integrale risarcimento del danno - rispetto a tutti gli altri soggetti che abbiano subito un danneggiamento non riconducibile ad un'attività lavorativa.

Una volta accertata l'avvenuta corresponsione da parte dell'Inail di una rendita (a titolo di danno patrimoniale e a titolo di danno biologico), tanto è irrilevante il disposto dell'articolo 13 d.l.vo 38/00 ai fini del calcolo del danno civilistico (essendo la norma scritta solo al fine specifico di determinare l'ammontare delle indennità di tipo previdenziale), tanto deve essere irrilevante l'imputazione fatta dall'ente previdenziale delle somme erogate (purché all'interno delle voci di ristoro biologico e patrimoniale).

Occorre pertanto procedere alla determinazione del danno secondo i criteri ordinari, per poi effettuare un raffronto fra l'importo che ne risulta e l'ammontare delle prestazioni erogate dall'Inail, riconoscendo in favore del danneggiato l'eventuale differenza (così Cass. 25.05.04 n. 10035, ove è richiamato il disposto dell'articolo 10 commi 6 e 7 DPR 1124/65 ed è evidenziato che una diversa soluzione comporterebbe un ristoro al danneggiato superiore all'ammontare del danno effettivamente patito).

Pertanto, tenuto conto che l'INAIL ha erogato una rendita riferita per una quota al danno biologico e per l'altra quota alle conseguenze patrimoniali dell'inabilità permanente, il raffronto deve essere operato non posta per posta, ma avuto riguardo all'ammontare complessivo dei rispettivi ristori.

Si deve tenere conto che vi sono voci di danno (danno morale e altre voci di danno non patrimoniale diverso dal biologico) che sono rimaste estranee alla copertura assicurativa, tenuto conto che nessuna novità ha apportato in merito alla disciplina previgente il d.l.vo 38/00.

È invero pacifico che l'INAIL non risarcisce il danno morale né voci di danno non patrimoniale diverse dal danno biologico e quindi tali danni devono senza dubbio essere sottratti al conteggio da effettuarsi per accertare il cd. danno differenziale.

Pertanto le voci relative al danno morale e ad ogni

danno non patrimoniale diverso dal biologico devono essere integralmente risarcite al danneggiato senza limitazione alcuna.

Da ciò consegue che si dovrà accertare il danno dell'infortunato nel complesso risarcibile, da questo evidenziare le voci di danno biologico e patrimoniale e sottrarre, solo da queste voci, gli importi corrispondenti alla rendita capitalizzata nel complesso percepita dal lavoratore, così verificando la sussistenza o meno di un danno differenziale da liquidare (cfr. Tribunale di Vicenza, sezione lavoro, 04.01.07 n. 321; Tribunale di Bassano del Grappa, sezione lavoro, 24.01.06 n. 59; Tribunale di Rovereto, sezione lavoro, 10.05.05 n. 18 del 10.05.05; Tribunale di Milano, sezione II, 10.05.05 n. 5298).

In altre parole, nonostante la giurisprudenza per alcuni anni sia stata altalenante nelle proprie posizioni sul punto, tuttavia oggi pare decisamente prevalente quell'orientamento, sostenuto anche dalla dottrina, che riconosce l'esistenza del danno c.d. differenziale e del conseguente obbligo risarcitorio a carico dell'impresa in proprio.

Tale orientamento, pur riconoscendo la diversa natura dell'intervento previdenziale rispetto al sistema della responsabilità civile, è volto principalmente a garantire l'uguaglianza di trattamento del cittadino in caso di lesioni subite, senza penalizzare la vittima di infortunio sul lavoro rispetto la vittima di un incidente d'altro tipo.

In conclusione è ormai prassi consolidata delle Corti ritenere che oggi l'impresa datrice di lavoro, in caso di infortunio subito dal dipendente, possa essere chiamata a risarcire sia il danno biologico temporaneo subito, sia il danno morale ed esistenziale (non coperti dall'Assicurazione sociale), sia quella quota di danno biologico permanente non soddisfatta dalle prestazioni INAIL.

Resta l'incongruità di un sistema che da un lato obbliga i datori di lavoro ad assicurare i propri dipendenti presso l'INAIL lasciando scoperta l'impresa da una serie di richieste dell'infortunato (obbligando così di fatto l'impresa a sottoscrivere una seconda assicurazione per le voci di danno non garantite) e che, da altro lato, permette all'INAIL di recuperare dall'impresa quanto erogato all'infortunato, impresa la quale si trova quindi a pagare un'assicurazione che ... non assicura.

In ogni caso, la materia del danno differenziale essendo ancora tuttora oggetto di un notevole dibattito, di origine prevalentemente giurisprudenziale, sarebbe quindi opportuno un intervento del legislatore anche perché il sistema assicurativo antinfortunistico come delineato dall'articolo 10 DPR 30 giugno 1965 n. 1124 è divenuto inadeguato al mutato quadro sociale e normativo.

Carlo Carbone

Attribuzione dell'usufrutto universale tra eredità e legato: le oscillazioni giurisprudenziali.

L'attribuzione dell'usufrutto universale, specialmente nella prassi dei testamenti olografi, genera forti dubbi interpretativi. L'intuitiva osservazione circa la particolarità del diritto (l'usufrutto), che condurrebbe a una qualificazione della disposizione in termini di legato, trova significativa obiezione nella valutazione compendiosa che solitamente il testatore fa nell'attribuire il diritto sull'*universum ius* o su quota di esso. Le conseguenze, si vedrà, non sono di poco momento, visto che in un caso (eredità) il beneficiario è successore a titolo universale, diventando l'ideale continuatore della persona e del patrimonio del *de cuius*, a tutti gli effetti, attivi e passivi, e nell'altro è mero acquirente di una posizione giuridica vantaggiosa - seppure con una disciplina peculiare, all'articolo 1010 c.c. - e non subentra in alcuna altra posizione giuridica, né attiva, né passiva, né attuale, né futura. Osservazione decisiva nell'indagine, che ha visto oscillare negli anni, anche recenti, la giurisprudenza, è che non è l'oggetto, in materia successoria, a determinare la qualità della chiamata - eredità o legato - ma piuttosto l'*intentio* del testatore, il quale può, come vedremo, rendere un soggetto erede anche attribuendo beni determinati. Ciò può avvenire in due modi: istituendo espressamente il beneficiario erede e riempiendo la sua quota ereditaria con assegni divisionali; assegnando il diritto proprio allo scopo di rendere erede il soggetto pur senza previa istituzione ereditaria o determinazione di quota.

Eredità e legato.

L'articolo 588, primo comma, c.c. distingue eredità e legato in base ad un criterio oggettivo:

"Le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore. Le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario".

La distinzione, in astratto chiarissima, è tutt'altro che semplice rispetto alla prassi dei testamenti olografi, nei quali l'atecnicismo delle espressioni utilizzate ("Lascio" anziché "lego"; "attribuisco" anziché "assegno"; "lascio tutto il patrimonio" oppure "lascio metà del mio patrimonio" anziché "istituisco erede universale del mio intero patrimonio" oppure "istituisco erede universale del

mio patrimonio per la quota di un mezzo”) rende difficile in molte occasioni comprendere se il testatore abbia voluto istituire un erede, solo specificano alcuni beni da assegnare a lui, o soltanto attribuirgli singoli beni senza fargli acquisiti la qualità ereditaria. Il criterio oggettivo, infatti, non è il solo considerato dal legislatore. Il Codice civile non fornisce una definizione di legato, limitandosi, all’articolo 588, primo comma, a riferirsi alle “disposizioni a titolo particolare”. È la dottrina a precisare tale concetto, che qui ribadiamo in sintesi come quello della disposizione attributiva, in favore di uno o più soggetti specificamente individuati, di singoli beni o diritti. Parlare di “successione a titolo particolare” è sicuramente utile ad individuare, sinteticamente, il fenomeno dei legati, ed a distinguerlo dal diverso e più ampio fenomeno della delazione ereditaria, o “successione universale”, ma, come è stato osservato, presuppone un’equazione non sempre verificata. In molte ipotesi, infatti, pur parlandosi, anche nella legge, tecnicamente di “legato”, non si assiste a una vera “successione”, intesa come traslazione per causa di morte di diritti a titolo particolare. Basti considerare le varie ipotesi di legati obbligatori (legati di prestazioni periodiche, di cosa generica), nei quali non c’è alcun subentro in diritti preesistenti in capo al *de cuius*, ma l’insorgenza di una ragione di credito in favore del legatario, oppure, tra i legati con effetti reali immediati, al legato di liberazione da debito (articolo 658 c.c.), che dà vita alla liberazione di un debitore e non al suo subentro in diritti del testatore. L’erede subentra nell’*universum ius defuncti*, diventa continuatore della persona e del patrimonio del *de cuius*, indi di tutte le situazioni giuridiche che a lui fanno capo, escluse soltanto quelle che si estinguono per effetto della morte, in quanto legate alla “persona” del titolare, acquista automaticamente il possesso (articolo 1146, primo comma, c.c.), può agire contro chiunque per vedersi riconosciuta la qualità di erede e restituiti i beni del compendio ereditario (articolo 533 c.c.), e soprattutto subentra nell’intera esposizione debitoria in proporzione alla quota ereditaria (articolo 754 c.c.), anche oltre il valore del patrimonio ereditato, salvo che accetti con beneficio d’inventario. Il legatario, invece, acquista automaticamente singoli beni o diritti, reali o di credito, ma deve sempre richiederne il possesso (articolo 649, terzo comma, c.c.), non entrando automaticamente in esso ma potendo, al più, unire il proprio a quello del dante causa (articolo 1146, secondo comma, c.c.), non subentra in alcun diritto oltre a quelli a lui espressamente attribuiti, pur con frutti, accessori, accessioni, non è esposto, se non per espressa previsione (che assume

natura di onere e opera nei soli rapporti interni, cfr. articolo 752 c.c.), al pagamento dei debiti ereditari, mai comunque oltre il limite di quanto ricevuto (articolo 671 c.c.). Ancora, nell’eredità vi è sempre successione, mentre nel legato ciò non sempre accade, come evidenziato; l’eredità si acquista mediante esplicito o tacito atto di accettazione, mentre il legato si acquista *ipso iure*, salva la facoltà di rinuncia (articolo 649 c.c.); nei legati è ammissibile il termine, iniziale o finale, ma non nell’eredità (*semel heres semper heres*). Possiamo allora accogliere il suggerimento dottrinario (G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2008, pp. 1106 ss.) secondo cui il legato, a volerlo definire più precisamente, può essere individuato in termini negativi, come qualsiasi disposizione patrimoniale diversa da quella universale ereditaria. Il problema interpretativo nasce, evidentemente, nei casi in cui si trovi nel testamento l’attribuzione di diritti in sé singolarmente individuati, ma non sia chiaro se essa hanno un mero scopo attributivo con effetti limitati a quanto indicato (legato) oppure il più ampio scopo dell’investitura ereditaria (*institutio ex re certa*), oppure ancora essa sia meramente esemplificativa o “riempitiva”, ritenendosi per implicito esistente un’investitura ereditaria in quote. Come vedremo, l’indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale, quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni come quota del patrimonio. Un tratto caratterizzante il legato, nelle codificazioni moderne, a differenza di quanto avveniva nel diritto romano, è quello della c.d. autonomia dall’istituzione ereditaria: il legato è del tutto indipendente da un’istituzione in favore del legatario e conserva la sua autonomia anche ove il legatario sia, nel contempo, erede: l’articolo 661 c.c., nel disciplinare questa fattispecie, c.d. “prelegato”, afferma che il legato in favore dell’erede è legato “per il suo intero ammontare”. Inoltre, il legato è un negozio con causa propria, nell’ambito del testamento, per cui eventuali ragioni di invalidità o inefficacia di altre disposizioni, non inficiano il legato: ciò è confermato dal fatto che ciascun negozio può essere contenuto in diverso testamento.

L’*institutio ex re certa*.

Il secondo comma dell’articolo 588 c.c. fornisce l’eccezione allo schema regolamentare proposto dal primo comma, ammettendo, sulla base di una precisa indagine soggettiva, che l’attribuzione di beni determinati possa in realtà concretare un’istituzione ereditaria in quota: “l’indicazione di beni determinati o di un complesso di beni non esclude che la disposizione sia a titolo universale,

quando risulta che il testatore ha inteso assegnare quei beni comma quota del patrimonio”. La norma introduce, oltre al criterio oggettivo per la distinzione tra eredità e legato di cui all’articolo 588, primo comma, c.c., un criterio suppletivo di carattere soggettivo, il quale rende compatibile l’attribuzione a titolo universale anche con l’individuazione di uno o più beni determinati. Il vero nodo interpretativo dell’articolo sopracitato è la definizione del contenuto dell’intenzione del testatore di assegnare beni determinati come quota del patrimonio. Sulla premessa che non rilevano, in assoluto, le denominazioni usate dal *de cuius*, alcuni autori hanno attribuito rilievo al valore patrimoniale della singola attribuzione, altri ancora alla circostanza che con l’assegnazione di beni determinati il testatore abbia esaurito o meno l’intero patrimonio. Resta comunque preferibile la tesi per cui, nel dubbio, il lascito di beni determinati o di un complesso di beni determinati ha natura giuridica di legato, in coerenza con quanto affermato dall’articolo 588, primo comma, c.c. secondo cui si ha l’attribuzione della qualità di erede soltanto se la disposizione comprende l’universalità o una quota dei beni del testatore, mentre “le altre disposizioni sono a titolo particolare e attribuiscono la qualità di legatario”. Le conseguenze della ricostruzione dell’assegnazione in termini ereditari sono notevoli, ed in questo caso ulteriori, rispetto a quelle già enumerate nel paragrafo precedente. Con l’*institutio*, infatti, la quota è determinata *ex post* in base al rapporto tra valore del bene singolarmente assegnato e valore complessivo del patrimonio: ciò comporta che si debba porre attenzione, per tutta una serie di problemi pratici, al momento cui riportare le valutazioni. Decisiva è, sicuramente, la *mens testantis*, per cui parrebbe preferibile procedere al calcolo della quota secondo il compendio esistente al momento del testamento, e quindi riportare il valore del bene al patrimonio avuto presente dal testatore, ferma restando la libertà di quest’ultimo di “rimandare” il calcolo all’asse esistente al momento d’apertura della successione; d’altra parte, trattandosi di una fattispecie *lato sensu* divisoria, il calcolo dei valori è di regola riferito al momento d’apertura della successione, secondo il principio di cui all’articolo 766 c.c. La dottrina ha da tempo messo in luce il rapporto di stretta implicazione esistente tra l’istituzione di cui all’articolo 588, secondo comma, c.c. e la divisione testamentaria di cui all’articolo 734 c.c. Secondo una prima impostazione l’*institutio ex re certa* rappresenta un mezzo tecnico di attuazione della divisione fatta dal testatore. La ricostruzione citata in altri termini ritiene che la divisione senza predeterminazione di quote si

sovrapponga con l’istituzione ex articolo 588, comma 2, c.c., la quale non sarebbe altro che un’istituzione di erede con la quota da determinarsi a posteriori in base al rapporto tra il cespite assegnato e il valore del patrimonio al momento dell’apertura della successione. Altra parte della dottrina osserva che le fattispecie descritte in realtà non coincidono in quanto l’articolo 734 c.c. presuppone un’espressa predeterminazione di quote, e che inoltre l’articolo 588, secondo comma, c.c. può essere utilizzato anche in presenza di un erede soltanto. La conseguenza è che nell’*institutio ex re certa* non trova applicazione l’articolo 763, secondo comma, c.c. il quale presuppone la predeterminazione delle quote. Un’ultima impostazione, forse preferibile, della dottrina e della giurisprudenza individua la differenza tra gli istituti in esame non nella predeterminazione delle quote, ma nella previa istituzione di erede dei dividendi, e nella conseguente inoperatività, per l’istituzione di beni determinati, della nullità per preterizione dei legittimari ex articolo 735, primo comma, c.c. Difatti, la previa istituzione di erede manca strutturalmente nell’*institutio ex re certa*, mentre è necessaria nella divisione ex articolo 734 c.c. Discusso è se l’istituto ex re certa partecipi anche al riparto dei beni che non hanno formato oggetto di disposizione, per essere stati ignorati dal testatore o acquisiti successivamente alla confezione del testamento. Secondo una prima impostazione (teoria della c.d. vis espansiva) (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2009) gli elementi patrimoniali non compresi nel testamento giungerebbero agli eredi testamentari in proporzione alle loro quote accertate a posteriori, poiché una volta constatata la natura di disposizione a titolo universale, essa non può essere privata della sua forza espansiva che ne costituisce un carattere essenziale. Altra parte della dottrina (G. Caramazza, *Delle successioni testamentarie*, in *Commentario al codice civile* a cura di De Martino, Roma, 1976, pp. 35 ss.) sostiene che l’*institutio ex re certa* rappresenta anche un limite all’attribuzione e conseguentemente conclude per la ripartizione dei beni non disposti dal testatore tra i restanti eredi legittimi ex articolo 457, secondo comma, c.c., e non tra gli istituiti *ex certis rebus*, anche se eredi legittimi. Sembra preferibile l’opinione (G. Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 81) secondo cui i beni non assegnati dal testatore vanno attribuiti a tutti gli eredi legittimi, ivi compresi gli istituiti *ex re certa*, aventi tale qualifica, ai sensi e per gli effetti dell’articolo 734, secondo comma, c.c. secondo il quale “se nella divisione fatta dal testatore non sono compresi tutti i beni lasciati al tempo della morte, i beni in essa non compresi sono attribuiti conformemente alla legge, se non

risulta una diversa volontà del testatore". Molto dibattuta è anche l'ipotesi in cui il testatore abbia compiuto successivi atti di disposizione del bene oggetto dell'*institutio ex re certa*. Un orientamento (Talamanca, *Successioni testamentarie* (articoli 679-712) in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1965, pp. 170 ss.; Capozzi, *Successioni e donazioni*, cit., p. 55), fatto proprio dalla giurisprudenza di merito (Tribunale di Napoli, 28 luglio 1970 in *Giust. Civ.* 1971, I, pp. 1322 ss.) individua nell'atto di disposizione del testatore una causa di inefficacia dell'*institutio ex re certa* ammettendo l'applicazione analogica della revoca presunta di cui all'articolo 686 c.c., osservando in particolare che la determinazione della quota dell'*institutio ex re certa* può essere determinata solo ed esclusivamente se al momento dell'apertura della successione i beni sono presenti nell'asse ereditario. Pare preferibile la tesi di altra parte della dottrina (Scalisi, *La revoca non formale del testamento e la teoria del comportamento concludente*, Milano, 1974, p. 494 ss.; G. Azzariti, *Le successioni e le donazioni*, cit., p. 642; G. Amadio, *L'oggetto della disposizione testamentaria in Successioni e donazioni* a cura di P. Rescigno, I, Padova, 1994, p. 920), accolta anche dalla Corte di Cassazione (Cass. civ., 26 novembre 1987, n. 8780), che esclude categoricamente qualsiasi possibilità di applicazione analogica dell'istituto della revoca presunta disciplinato dall'articolo 686 c.c. e sottolinea che l'atto di alienazione del *de cuius* non è incompatibile con la sopravvivenza della disposizione testamentaria il cui oggetto non è costituito dalla res certa, ma dalla quota risultante dal rapporto tra valore del bene ed il restante patrimonio del testatore. Quel che preme evidenziare, in ogni caso, è che nel nostro sistema l'attribuzione di beni specifici o diritti specifici (es. l'usufrutto) non necessariamente conduce a una disposizione a titolo particolare (legato), ma può, indifferentemente, manifestare l'intenzione di istituire in quota il beneficiario oppure costituire l'oggetto di un'espressa istituzione d'erede con assegnazione divisionale. Proprio da questo profilo nascono le difficoltà pratiche connesse all'istituzione ereditaria: non è "indifferente" la restante composizione del patrimonio, a differenza di quanto accade nel legato.

L'attribuzione dell'usufrutto universale: inquadramento della fattispecie.

Con il termine 'usufrutto universale' si fa riferimento all'ipotesi in cui un soggetto attribuisce - generalmente per testamento - ad un altro, il diritto di usufrutto su tutti i propri beni ereditari o su una quota di essi. È tuttora discusso se una simile attribuzione dia luogo alla qualifica di

erede oppure di legatario in capo all'usufruttuario. Il carattere universale o particolare dell'attribuzione dell'usufrutto generale sui beni del *de cuius* fu oggetto di ampio dibattito sin dall'epoca anteriore alla riforma del diritto di famiglia, attuata con legge 19 maggio 1975, n. 151, allorché al coniuge superstite era spettante il diritto di usufrutto legale sui 2/3 del patrimonio del defunto, ai sensi dell'allora vigente articolo 540 c.c. A seguito della riforma, attesa l'attuale pacifica attribuzione della qualità di erede al coniuge superstite alla luce dell'articolo 536 c.c., il dibattito prosegue con riferimento al caso in cui un testamento contenga una o più disposizioni attributive dell'usufrutto sull'intera eredità, o su una quota di essa. Può infatti accadere che il testatore attribuisca ad alcuno l'usufrutto dell'eredità o di una quota di essa, così ponendo all'interprete l'arduo compito di stabilire se il beneficiario debba essere qualificato quale erede o legatario. La necessità di dare una precisa connotazione a siffatta clausola testamentaria non rileva solamente ai fini della disciplina applicabile ad una siffatta ipotesi, ma porta con sé - come si vedrà - altri e notevoli questioni di ordine essenzialmente pratico. Uno degli aspetti più problematici riguarda, infatti, il rischio che una disposizione mediante la quale si attribuisca l'usufrutto generale - da un lato - e la nuda proprietà - dall'altro - possa di fatto configurarsi quale strumento per aggirare il divieto di sostituzione fedecommissaria.

L'usufrutto come oggetto di legato o di istituzione ereditaria. Un dibattito mai sopito.

Notevoli sono i dubbi e gli interrogativi che la fattispecie dell'usufrutto universale solleva. Dottrina e giurisprudenza sono divise sul punto. Secondo autorevole dottrina¹, e parte della giurisprudenza, ha natura di legato non solo la disposizione attributiva di un diritto di usufrutto su un singolo bene, ma pure quella avente ad oggetto la totalità dei beni ereditari, o una quota di essi². Gli elementi che vengono addotti a sostegno della citata teoria sono molteplici. In primo luogo, l'usufruttuario di un'eredità - a differenza dell'erede - non risponde illimitatamente dei debiti ereditari; costui sarà obbligato a pagare - per intero o in proporzione alla quota - solamente le annualità e gli interessi dei debiti o dei legati da cui l'eredità stessa sia gravata, ai sensi dell'articolo 1010, primo comma, c.c.. Inoltre, il beneficiario di usufrutto universale non succede *in universum ius*, ovvero sia nella medesima posizione giuridica del defunto, circostanza questa ritenuta fondamentale ai fini della qualificazione del soggetto quale erede. Inoltre, la temporaneità del

diritto di usufrutto è altresì incompatibile con la perpetuità della posizione giuridica di erede, di cui all'articolo 637 c.c. (principio cd. *semel heres, semper heres*). Ancora, l'usufruttuario, di norma, non ha il possesso dei beni su cui vanta il relativo diritto reale; per acquisirne il possesso, costui dovrebbe inoltrare specifica richiesta al nudo proprietario ex articolo 1002, ultimo comma, c.c., mentre è pacifico che la qualità di erede investe automaticamente il soggetto del relativo possesso dei beni ereditati, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1146 c.c. Altri autori³ e parte della giurisprudenza di legittimità⁴, sostengono invece che anche l'attribuzione di usufrutto universale conferisca la qualità di erede, in ossequio al chiaro disposto del comma primo dell'articolo 588 c.c., secondo cui "le disposizioni testamentarie, qualunque sia l'espressione o la denominazione usata dal testatore, sono a titolo universale e attribuiscono la qualità di erede, se comprendono l'universalità o una quota dei beni del testatore". In particolare, a sostegno di questo orientamento si adduce che il riferimento al primo comma dell'articolo 1010 c.c. vale a dimostrare non tanto la qualità di legatario in capo al soggetto, quanto piuttosto quella di erede: infatti il legatario, per regola generale posta dal legislatore, non risponde dei debiti ereditari, salvo espressa contraria previsione da parte del testatore (articoli 668 e 756 c.c.). Viceversa, in caso di usufrutto di eredità è lo stesso legislatore a prevedere un'espressa responsabilità per i debiti dell'usufruttuario, sia pure - come visto - quantitativamente limitata, in considerazione della particolare natura del diritto di usufrutto. Inoltre, l'eredità non implica sempre successione in senso tecnico e ristretto, ben potendo accompagnarsi a vere e proprie modificazioni dei rapporti, come avviene in caso di coeredità. Quanto infine al carattere necessariamente temporaneo del diritto di usufrutto, in palese contrasto con il principio di perpetuità della condizione di erede, si osserva che altro è l'irretrattabilità dell'accettazione dell'eredità (che del resto vale ugualmente per l'accettazione del legato), altro la perpetuità o meno del diritto o dei diritti che con l'accettazione si sono acquistati. Se non si pone questa distinzione si correrebbe il rischio di negare la qualità di erede a chi abbia acquistato per successione solamente beni consumabili o di durata limitata. In altre parole, il chiamato nell'usufrutto ha facoltà di rifiutare il lascito così come il chiamato nella nuda proprietà; ma se lo accetta, il rifiuto non sarà più possibile. Resterà aperta la via della rinuncia all'oggetto del lascito, fermo restando però che con tale rinuncia egli non si sveste della qualità di erede o legatario, ormai definitivamente acquisita. Da quanto esposto, emerge come l'e-

satta individuazione della natura giuridica relativa all'attribuzione dell'usufrutto universale non è problema solo teorico, ma al contrario risulta fondamentale anche in ordine a problemi di ordine pratico non trascurabili. Si pensi, ad es. al caso in cui il chiamato sia un incapace. Diversa sarà la competenza territoriale del giudice a seconda che si aderisca all'una, o all'altra delle tesi sopra prospettate. Seguendo la tesi secondo la quale l'incapace assume la qualità di erede, la competenza in ogni caso sarà del tribunale del luogo ove si è aperta la successione (cd. giudice delle successioni, ex articolo 747 c.p.c.); al contrario, seguendo l'orientamento che attribuisce al chiamato la qualità di legatario, competente sarà il giudice tutelare per i minori *in potestate* (articolo 320 c.c.) oppure il tribunale ordinario per i minori sotto tutela, interdetti ed inabilitati (articoli 375, 394, 424 c.c.), sul presupposto che i beni legati non possono ovviamente essere qualificati quali "beni ereditari". Inoltre, dalla qualificazione dell'usufruttuario quale legatario dei beni, emerge la sua estraneità alla comunione ereditaria, con conseguente insussistenza della legittimazione all'intervento nella divisione ereditaria.⁵ Aderendo invece all'orientamento che attribuisce la qualità di erede all'usufruttuario di eredità (o di una sua quota), tali problemi trovano soluzione; costui sarà parte della comunione ereditaria, ed in quanto tale legittimato ad intervenire (o addirittura, a promuovere) eventuali operazioni di divisione dell'eredità.

Orientamenti giurisprudenziali.

Anche la giurisprudenza appare divisa nella qualificazione giuridica della fattispecie in esame. Un filone giurisprudenziale di merito⁶ ha ritenuto e concepito l'usufruttuario quale legatario dei beni, precludendo pertanto l'assunzione in capo a costui della qualità di erede. Anche la Cassazione, in una risalente pronuncia⁷, ha affermato che "l'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede, perché egli non succede in tal caso nell'*universum ius* del *de cuius*". Con riferimento al c.d. usufrutto uxorio, "conseguirebbe che il coniuge, nominato usufruttuario generale per disposizione testamentaria, non acquista la qualità di erede, e, non essendo riservatario che di una quota dell'usufrutto, ha qualità di terzo per far valere questo diritto suo proprio in contrapposizione ad ogni disposizione che lo lede, e, in qualità di terzo può provare, a norma dell'articolo 1417 c.c., senza limiti, e perciò anche con presunzioni semplici, la simulazione".

In epoca più recente la Cassazione ha adombrato invece la riconoscibilità della fattispecie come isti-

tuzione ereditaria. Ciò è particolarmente evidente in due importanti pronunce della Corte, l'una del 2002, l'altra, più recente, del 2009⁸: in particolare, nell'ultima, partendo dal presupposto interpretativo dell'articolo 588 c.c. si afferma la qualità di erede in capo all'usufruttuario, e non solo per attribuire carattere 'universale' al subentro dell'usufruttuario nell'identica posizione giuridica del *de cuius*, ma anche per fugare ogni possibile dubbio relativo all'eventuale violazione del divieto di sostituzione fedecommissaria. A tal proposito, la Corte sottolinea la necessità di indagare "l'effettiva volontà del *de cuius*", attraverso l'analisi delle finalità che il testatore intendeva perseguire, oltre che attraverso il contenuto testuale e formale della scheda testamentaria. In altre parole, quindi, se risulta che il testatore abbia inteso attribuire il diritto quale quota del proprio patrimonio, si dovrà inevitabilmente riconoscere all'usufruttuario-chiamato, la qualifica di erede, e non di legatario. Nel 2010, la Corte di Cassazione (Cass. 26 gennaio 2010, n. 1557, in *Red. Giust. civ. Mass.* 2010, 1) ha nuovamente modificato il suo orientamento, riproponendo e aggiornando tutti i dubbi e le perplessità interpretative connesse all'istituto in esame. In particolare, nella recentissima pronuncia, si afferma che ove il testatore attribuisca a taluno il solo diritto di usufrutto, il beneficiario non succede in *universum ius defuncti*, non acquistando pertanto la qualità di erede, ma di legatario. La corte va oltre, e a conferma di quanto espresso conclude affermando che non sussiste, pertanto, nei confronti del *vocatus*, il litisconsorzio necessario ai sensi dell'articolo 102 c.p.c. in sede di giudizio eventuale di divisione tra coeredi.

Conclusioni.

Da quanto esposto, emerge con nitore la difficoltà ricostruttiva che gli interpreti incontrano nell'analisi delle fattispecie attributive di usufrutto universale. Le ragioni a favore dell'una e dell'altra ricostruzione sono sicuramente condivisibili, ciascuna nel contesto interpretativo di partenza. Eppure, la conclusione sembra essere quella della "non scelta". Abbiamo visto nei primi paragrafi che l'attribuzione di singoli beni o diritti può indifferentemente costituire oggetto di legato, di istituzione ereditaria esplicita (istituzione d'erede con assegnazione in espressa funzione divisoria, articolo 734 c.c.), di *institutio ex re certa* (istituzione d'erede c.d. implicita secondo alcuni mediante assegnazione). È importante dunque sottolineare che ciascuna delle tre ipotesi è possibile e legittima con l'attribuzione di un diritto: l'usufrutto universale, altro non è che un diritto singolo, anche se applicato a tutto l'asse ereditario o a quota ideale di esso. Nella sentenza del 2009, la

Cassazione stessa in realtà non dice che l'usufrutto universale "è istituzione d'erede", ma piuttosto che esso "può concretare" istituzione d'erede. E ci sembra che la conclusione più giusta sia proprio questa: non esiste una verità assoluta, ma la natura dell'attribuzione dev'essere ricostruita caso per caso, considerando gli indici desumibili dalla formulazione e dal testamento nel suo complesso. Ad esempio, se nel testamento sono contenute una o più istituzioni ereditarie nell'intero, seguite da un'attribuzione non qualificata di usufrutto universale, con ogni plausibilità siamo di fronte ad un legato, in quanto il testatore "estranea" dalla massa (attribuita agli eredi) uno o più diritti specifici; al contrario, ove vi siano una serie di attribuzioni di beni, magari per categorie (es. "Assegno tutti i beni immobili a Tizio e tutti i beni mobili a Caio in nuda proprietà") seguiti dall'attribuzione dell'usufrutto universale, probabilmente siamo di fronte ad un fascio di *institutiones ex certis rebus* e, quindi, ad una fattispecie con funzione complessivamente divisoria, mediante la quale il beneficiario è anche erede, e quindi universale continuatore del patrimonio e della persona del *de cuius*, esposto al pagamento dei debiti ereditari, non soltanto nella misura di cui all'articolo 1010 c.c., ma anche in termini generali, ai sensi dell'articolo 754 c.c., in proporzione alla quota ereditaria.

Giurisprudenza

- Cassazione 26 gennaio 2010, n. 1557, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2010, 1: "Ove il testatore attribuisca il solo diritto di usufrutto, il beneficiario non succede in *universum ius* del defunto e, pertanto, non acquista la qualità di erede; nei suoi confronti, pertanto, non sussiste litisconsorzio necessario in sede di giudizio di divisione tra coeredi".

- Cassazione civile, 24 febbraio 2009 n. 4435 in *Guida al diritto*, 2009, 15, 66.

La disposizione testamentaria di attribuzione dell'usufrutto generale sui beni (mobili e immobili) costituisce istituzione di erede e non di legato.

- Cassazione civile, 12 settembre 2002, n. 13310, in *Notariato*, 2003, pp. 583 ss.

L'attribuzione per testamento dell'usufrutto generale su tutti i beni, comprendendo l'*universum ius* ai sensi dell'articolo 588 c.c. e dunque conferendo al designato un titolo potenzialmente idoneo ad estendersi ad ogni bene, configura un'istituzione di erede.

- Cassazione civile, 15 febbraio 1979, n. 986, in *Mass. Giur. It.*, 1979.

L'attribuzione da parte del testatore del solo usufrutto non conferisce al beneficiario la qualità di erede, perché egli non succede in tal caso nell'*universum ius* del *de cuius*; ne consegue che il coniuge, nominato usufruttuario generale per disposizione testamentaria, non acquista la qualità di erede, e, non essendo riservatario che di una quota dell'usufrutto, ha qualità di terzo per far valere questo diritto suo proprio in contrapposizione ad ogni disposizione che lo lede, e, qualità di terzo può provare, a norma dell'articolo 1417 c.c., senza limiti, e perciò anche con presunzioni semplici, la simulazione.

¹ Su tutti, Stolfi, *Sul lascito dell'usufrutto universale*, in *Foro Padano*, 1949, III, pp. 122 ss.; Santoro Passarelli, *Legato di usufrutto universale*, in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1951, pp. 725 ss.; Nicolò, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, in *Comm. cod. civ. diretto da D'Amelio e Finzi, Libro delle Proprietà*, Firenze, 1942, pp. 591 ss.; Gangi, *La successione testamentaria*, in *Diritto vig. it.*, II, Milano, 1952, pp. 383.

² Capozzi, *Successioni e donazioni*, Milano, 2009, pp. 75.

³ In particolare, Ferri, *Successioni in generale. Artt. 456 - 511*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di Scialoja Branca, Bologna, Roma, 1980, pp. 50 ss.; Cicu, *Successioni per causa di morte*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* a cura di Cicu - Messineo, Milano, 1961, p. 29.

⁴ Cass. 12 settembre 2002, n. 13310, in *Riv. Notariato*, 2003, pp. 234 ss sulla quale vedi *infra*.

⁵ È da osservare, tuttavia, che anche tra gli autori propensi alla configurazione dell'usufrutto di quota quale attribuzione a titolo di legato, non è mancato chi ha sostenuto che l'usufruttuario sia in realtà investito, fin dal momento dell'apertura della successione, di un diritto reale pro quota sul patrimonio del *de cuius*. In tal modo egli viene ad essere considerato come partecipe della comunione ereditaria, e quindi, si ritiene che possa partecipare alle operazioni divisorie, sia giudiziali - quale litisconsorzio necessario ex articolo 102 c.p.c. - che contrattuali. In particolare, v. Forchielli-Angeloni, *Della divisione, Art. 713-768*, in *Comm. Cod. Civ.* a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2000, 70 ss.; Giannattasio, *Delle successioni. Disposizioni generali - Successioni Legittime*, in *Comm. Cod. Civ.*, III, Torino, 1980, 11; Morelli, *La comunione e la divisione ereditaria*, in *Giur. sist. Dir. civ. e comm.*, a cura di Bigiavi, Torino, 1998, 25 ss, e 154. Conformemente v. Cass. 6 agosto 1983, n. 5821, in *Giust. civ. Mass.* 1983, fasc. 9, e Cass. 28 gennaio 1987, n. 794, in *Giust. civ. Mass.* 1987, fasc. 1, secondo la quale "Anche nella successione legittima apertasi nel regime anteriore alla legge 19 maggio 1975 n. 151 (di riforma del diritto di famiglia), il coniuge superstite, pur non avendo qualità di erede ma di legatario ex lege, è investito, fin dal momento dell'apertura della successione, di un diritto reale pro quota sul patrimonio del *de cuius* che lo fa partecipe della comunione ereditaria, dal che la necessità, sia logica, sia giuridica, della sua partecipazione alla divisione del detto patrimonio, sia che questa avvenga in via giudiziale (litisconsorzio necessario), sia che venga definita in via contrattuale".

⁶ Appello di Cagliari, 14 ottobre 2003, in *Riv. Giur. Sarda*, 2004, 405, secondo cui "La disposizione testamentaria con cui il *de cuius* nomina un soggetto usufruttuario dell'intero patrimonio ereditario dispensandolo dall'inventario e dall'obbligo di cauzione non esclude che la stessa possa qualificarsi come legato, invece che istituzione di erede, in quanto le dette dispense non sono incompatibili con la qualità di usufruttuario".

⁷ Cass. 15 febbraio 1979, n. 986, in *Giust. civ. Mass.*, 1979, fasc. 2.

⁸ In particolare, v. Cass. 12 settembre 2002, n. 13310, in *Riv. Notariato*, 2003, 234 ss., con nota di Ungari Transatti, secondo la quale "L'attribuzione per testamento dell'usufrutto generale su tutti i beni, comprendendo l'*universum ius* ai sensi dell'articolo 588 c.c. e dunque conferendo al designato un titolo potenzialmente idoneo ad estendersi ad ogni bene, configura un'istituzione di erede". e Cass. 24 febbraio 2009, n. 4435, in *Guida al diritto* 2009, 15, 66, per cui "La disposizione testamentaria di attribuzione dell'usufrutto generale sui beni (mobili e immobili) costituisce istituzione di erede e non di legato".

Bruno Cirillo

Il Trattato di Lisbona: brevi considerazioni relative all'articolo 6, paragrafi 2 e 3. Necessità della declaratoria di incostituzionalità o disapplicazione della normativa nazionale in contrasto con la CEDU (principi generali). Soccomberà la Corte Costituzionale?

Nel testo *Come difendersi dai Vincoli Urbanistici*, pubblicato dalla Maggioli Editore lo scorso settembre, abbiamo già avuto modo di riportare la

sentenza della Seconda Sezione bis del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, n. 11984, depositata in Segreteria il 18 maggio 2010, con la quale il Tribunale Amministrativo aveva dichiarato l'impossibilità, da parte della Pubblica Amministrazione, di acquistare a titolo originario la proprietà dell'altrui area, in assenza di un valido atto di natura ablatoria (pur quando sull'area, illegittimamente espropriata, sia stata già realizzata, in tutto o in parte, un'opera pubblica).

E ciò, nonostante la formulazione dell'articolo 43 del Testo Unico 327/2001 (introduttivo della c.d. occupazione sanante) secondo il quale "valutati gli interessi in conflitto, l'autorità che utilizza un bene immobile per scopi di interesse pubblico, modificato in assenza del valido ed efficace provvedimento di esproprio o dichiarativo della pubblica utilità, può disporre che esso vada acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario vadano risarciti i danni".

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 293 dell'8 ottobre 2010, ha definitivamente dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 43 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 (Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità). La Corte ha rilevato la violazione dell'articolo 76 della Costituzione, sanzionando un *excesso di delega* del legislatore del Testo Unico.

Il profilo che, però, in sede di pubblicazione del libro, si era ritenuto più interessante e su cui si vuole discutere con il presente articolo, concerne il rapporto intercorrente tra le normative: nazionali, sovranazionali (Unione Europea) e internazionali (Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali). E segnatamente si vuole discutere sulla necessità di una declaratoria di incostituzionalità ovvero sulla disapplicabilità della normativa nazionale contrastante con la Carta Europea dei Diritti Umani o quanto meno con i suoi *principi generali*. La discussione non è ridondante come sa bene chi svolge la *pratica forense* quotidianamente; ritenuta la violazione della Carta Europea dei Diritti Umani e/o dei principi generali in essa contenuti [come enucleati dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo (CEDU)], non è indifferente, per la tutela effettiva dei diritti, dover transitare necessariamente per il filtro di costituzionalità ovvero pretendere, dai giudici di merito, la immediata disapplicazione della normativa nazionale con essi contrastante.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, in particolare, aveva ribadito che l'opposta soluzione (acquisto a titolo originario di una proprietà illegittimamente espropriata) non sarebbe

conforme alla Convenzione Europea sui diritti dell'uomo, che ha una diretta rilevanza nell'Ordinamento interno poiché per l'articolo 117, primo comma, della Costituzione, le leggi devono rispettare i "vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario", mentre per l'articolo 6 (F) del Trattato di Maastricht (modificato dal Trattato di Amsterdam), "l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, in quanto principi generali del diritto comunitario", e la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha ravvisato il diretto contrasto fra la Convenzione e la prassi interna sulla "espropriazione indiretta" (CEDU; sezione I, 17 maggio 2005; sezione I - 15 novembre 2005, ric. 56578/00; sezione I - 20 aprile 2006).

Il tribunale notava, inoltre, che la questione giuridica in esame appariva destinata a nuovi e ancor più incisivi sviluppi a seguito dell'entrata in vigore, lo scorso 1° dicembre 2009, del Trattato di Lisbona firmato nella capitale portoghese il 13 dicembre 2007 dai rappresentanti dei 27 Stati membri, che modifica il Trattato sull'Unione Europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea. Infatti, fra le più rilevanti novità correlate all'entrata in vigore del Trattato, vi è l'adesione dell'Unione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, con la modifica dell'articolo 6 del Trattato che nella vecchia formulazione conteneva un riferimento "mediato" alla Carta dei diritti fondamentali, affermando che l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e "quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi del diritto comunitario". Nella nuova formulazione dell'articolo 6, viceversa, secondo il comma 2 "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e, secondo il comma 3, "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali".

Il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, ha osservato il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comu-

nitario, e, quindi, in Italia ai sensi dell'articolo 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno. Si aprono quindi inedite prospettive per la interpretazione conformativa, ovvero per la possibile disapplicazione, da parte del giudice nazionale, delle norme nazionali, statali o regionali, che evidenzino un contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, a maggior ragione quando, come nel caso dell'espropriazione indiretta, la Corte di Strasburgo si sia già pronunciata sulla questione. E se le predette considerazioni sono esatte, ciò potrà avvenire in via generale per tutti i diritti fondamentali sanciti dalla Convenzione, e non più, come è finora avvenuto, solo nei casi in cui un diritto fondamentale della Convenzione abbia acquisito una specifica rilevanza nel diritto dell'Unione mediante il recepimento in una norma comunitaria, ovvero mediante il suo impiego, quale principio generale, in una decisione della Corte di Lussemburgo.

Il Tribunale Amministrativo Regionale richiama anche la sentenza del giudice delle leggi (n. 349/2007) secondo la quale "l'esatta ed uniforme applicazione delle norme della Convenzione è garantita dall'interpretazione centralizzata della CEDU attribuita alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo, cui spetta la parola ultima e la cui competenza si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi protocolli".

In verità, la Corte Costituzionale, con la sentenza n.349 del 24 ottobre 2007 (ma anche con la sentenza coeva n. 348 - cosiddette "sentenze gemelle"), ha affrontato il profilo delle conseguenze del contrasto della norma interna con "i vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali" e, in particolare, con gli obblighi imposti da disposizioni della CEDU e del Protocollo addizionale (in questo caso l'articolo 1 del protocollo aggiuntivo n. 1 alla Convenzione: "protezione della proprietà". "Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale...").

Riaffermando, però, che, "la giurisprudenza della

Corte, nell'interpretare le disposizioni della Costituzione che fanno riferimento a norme e ad obblighi internazionali - per quanto qui interessa, gli articoli 10 ed 11 Cost. - ha costantemente affermato che l'articolo 10, primo comma, Cost., il quale sancisce l'adeguamento automatico dell'ordinamento interno alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, concerne esclusivamente i principi generali e le norme di carattere consuetudinario (per tutte, sentenze n. 73 del 2001, n. 15 del 1996, n. 168 del 1994), mentre non comprende le norme contenute in accordi internazionali che non riproducano principi o norme consuetudinarie del diritto internazionale". "L'articolo 11 Cost., il quale stabilisce, tra l'altro, che l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni», è invece la disposizione che ha permesso di riconoscere alle norme comunitarie efficacia obbligatoria nel nostro ordinamento (sentenze n. 284 del 2007; n. 170 del 1984)". Con riguardo alle disposizioni della CEDU, la Corte Costituzionale ha più volte affermato che, "in mancanza di una specifica previsione costituzionale, le medesime, rese esecutive nell'ordinamento interno con legge ordinaria, ne acquistano il rango e quindi non si collocano a livello costituzionale" (tra le molte, per la continuità dell'orientamento, sentenze n. 388 del 1999, n. 315 del 1990, n. 188 del 1980; ordinanza n. 464 del 2005). Ed ha, altresì, ribadito l'esclusione delle norme meramente convenzionali dall'ambito di operatività dell'articolo 10, primo comma, Cost. (oltre alle pronunce sopra richiamate, si vedano le sentenze n. 224 del 2005, n. 288 del 1997, n. 168 del 1994). Quindi, il giudice delle leggi, a differenza di quanto ha lasciato intravedere il Tribunale Amministrativo, ha affermato che "è inesatto sostenere che la incompatibilità della norma interna con la norma della CEDU possa trovare rimedio nella semplice non applicazione da parte del giudice comune" e "che, allo stato, nessun elemento relativo alla struttura e agli obiettivi della CEDU ovvero ai caratteri di determinate norme consente di ritenere che la posizione giuridica dei singoli possa esserne direttamente e immediatamente tributaria, indipendentemente dal tradizionale diaframma normativo dei rispettivi Stati di appartenenza, fino al punto da consentire al giudice la non applicazione della norma interna confliggente"; derivandone la necessità di sollevare la questione di illegittimità costituzionale, per violazione dell'articolo 117, I comma, della Costituzione, tutte le volte in cui si assume che la normativa nazionale sia in contrasto con la Convenzione. Sulla questione oggetto

del presente articolo era intervenuta, precedentemente al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, anche la IV Sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 1220 del 2 marzo 2010, in materia di "equo processo ed effettività della tutela giurisdizionale", aveva statuito che "in base ad un principio applicabile già prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il giudice nazionale deve prevenire la violazione della Convenzione del 1950 (CEDU, 29 febbraio 2006, Cherginets c. Ucraina, Paragrafo 25) con la scelta della soluzione che la rispetti (CEDU, 20 dicembre 2005, Trykhlid c. Ucraina, Paragrafi 38 e 50)". Il Consiglio di Stato, in quella sede, ha fatto applicazione dei principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'articolo 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009). In particolare, il Consiglio di Stato si è riportato alla pacifica giurisprudenza della Corte di Strasburgo secondo la quale gli articoli 6 e 13 della Convenzione impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio *the domestic remedies must be effective* (CEDU, sezione III, 28 settembre 2006, Prisyazhnikova c. Russia, Paragrafo 23; CEDU, 15 febbraio 2006, Androsov c. Russia, Paragrafo 51; CEDU, 27 dicembre 2005, Iza c. Georgia, Paragrafo 42; CEDU, sezione II, 30 novembre 2005, Mykhaylenky c. Ucraina, Paragrafo 51; CEDU, sezione IV, 15 settembre 2004, Luntre c. Moldova, paragrafo 32).

È sotto quest'ultimo profilo, della conformità della normativa nazionale al principio fondamentale della effettività della tutela giurisdizionale e della proporzionalità delle misure limitative del medesimo diritto adottate dal legislatore nazionale, che abbiamo avuto modo di affrontare il tema dell'articolo anche nell'ultima pubblicazione edita da Maggioli Editore *L'attività dell'avvocato nel processo di esecuzione (mobiliare e immobiliare)*.

Con riferimento ad alcune limitazioni speciali della tutela giurisdizionale e segnatamente in relazione alla sospensione ("moratoria") del processo esecutivo in alcune determinate materie, nel formulario del libro, si è fatto riferimento alla "tutela diretta" operata dal paragrafo 2 dell'articolo 6 del Trattato di Lisbona che sancisce l'adesione dell'Unione Europea alla CEDU nonché al paragrafo 3 del medesimo articolo in ragione del quale i principi della CEDU costituiscono, di diritto, principi dell'Unione Europea e per ciò stesso sono immediatamente applicabili negli Ordinamenti nazionali.

Della tesi si rimane convinti nonostante la prima giurisprudenza di quest'anno (ci si riferisce in particolare ad alcune ordinanze del Tribunale di Napoli dichiarative dell'improcedibilità/improseguibilità delle azioni esecutive) sia basata essenzialmente sul Protocollo n. 8 del Trattato di Lisbona per cui ai fini dell'applicazione immediata della CEDU nell'Ordinamento sovranazionale europeo vi è necessità di una formale adesione dell'Unione alla Convenzione medesima. Per la verità la stessa Dichiarazione n. 2, allegata all'atto finale della Conferenza Intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, relativa all'articolo 6, paragrafo 2 (solo il paragrafo 2 e non anche il terzo) del Trattato sull'Unione Europea, dà atto che "la conferenza conviene che l'adesione dell'Unione alla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali debba realizzarsi con modalità atte a preservare le specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione" e che "a tale riguardo, la conferenza prende atto dell'esistenza di un dialogo regolare fra la Corte di Giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo" e che "tale dialogo potrà essere rafforzato non appena l'Unione europea avrà aderito a tale convenzione". In realtà, nello scritto citato, ci si è voluti riferire essenzialmente alla diretta applicazione negli Ordinamenti nazionali dei principi come pacificamente espressi dalla Corte di Strasburgo e ripresi ineccepibilmente dalla giurisprudenza amministrativa richiamata. La stessa sentenza della Corte Costituzionale sopra esaminata, pur ribadendo che, attraverso l'articolo 117, I comma, della Costituzione, non si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU, ha affermato che il parametro costituzionale in esame comporta l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e, dunque, con gli "obblighi internazionali" di cui all'articolo 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'articolo 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un "rinvio mobile" alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta" e che è soggetta, a sua volta, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai

testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale *interposta*, egli deve investire la Corte Costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'articolo 117, primo comma. E ciò perché dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale è possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare. Nel merito, quindi, della operata limitazione del diritto al ricorso giurisdizionale (al processo esecutivo), sancito, tra gli altri, dall'articolo 24 della Costituzione, a parere nostro, l'impossibilità, da parte dei creditori, di proseguire la procedura esecutiva di cui, per esempio, all'articolo 543 c.p.c., nei confronti del debitore principale e del terzo pignorato, in seguito alle ordinanze di alcuni Giudici dell'Esecuzione, rappresenta un lampante caso di violazione dell'articolo 6 par. 1 "Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali". Tra le altre, con sentenza del 16 ottobre 2007, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, ha affermato che: "l'esecuzione di una sentenza o di una decisione, di qualsiasi autorità giudiziaria si tratti, deve essere considerata come facente parte integrante del processo ai sensi dell'articolo 6 par. 1 della Convenzione" e ancora "il diritto all'esecuzione di una decisione giudiziaria è uno degli aspetti del diritto di accesso alla giustizia. Tale diritto non è assoluto e per la sua stessa natura richiede una disciplina da parte dello Stato. Gli Stati contraenti godono in materia di un certo margine di valutazione" e "spetterà però alla Corte decidere in ultima istanza sul rispetto delle esigenze della Convenzione; deve convincersi che le limitazioni poste in essere non comprimono le possibilità di accesso del singolo in un modo o ad un punto tale che il diritto venga compromesso nella sua stessa sostanza". Ne discende, quindi, che le limitazioni che comprimono il diritto di accesso ad una effettiva protezione giuridica dei creditori garantita dall'articolo 6 par. 1 della Convenzione si conciliano con l'articolo *de quo* solo se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e il fine perseguito. Palese è anche la violazione dell'articolo 1 del Protocollo Addizionale n. 1 alla Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il quale stabilisce

che "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni". Sempre con la sentenza CEDU 16/10/2007, la Corte ha sostenuto che "un credito può costituire un bene ai sensi dell'articolo 1, protocollo n. 1, a condizione di essere sufficientemente certo per essere esigibile".

La sentenza CEDU 16/10/2007, ribadisce un altro principio (si veda CEDU 23.09.1982), quello di valutare se vi è stato un giusto equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo; tale ingerenza è giustificata qualora sia rispettato il principio di legalità e non sia frutto di una mera arbitrarietà.

Per espressa ammissione della stessa Corte Costituzionale (sentenza citata): nella giurisprudenza della Corte europea è ormai costante l'affermazione secondo la quale, in virtù della norma convenzionale, "una misura che costituisce interferenza nel diritto al rispetto dei beni deve trovare il "giusto equilibrio" tra le esigenze dell'interesse generale della comunità e le esigenze imperative di salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo".

Ci si chiede, quindi, in conclusione, come non si possano disapplicare (seguendo, tra gli altri, i dettami della giurisprudenza amministrativa italiana, della Corte Costituzionale, come sopra enucleata, della Corte di Giustizia Europea del Lussemburgo e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo) le norme in contrasto con i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea.

La giurisprudenza amministrativa, in tema di "espropriazione indiretta", lo ha fatto prima che la Corte Costituzionale dichiarasse l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 43 del Testo Unico sulle Espropriazioni (in verità per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione assorbendo la censura relativa all'articolo 117); bisognerà verificare solo quando la giurisprudenza ordinaria si determinerà a disapplicare le norme che, palesemente in contrasto con i principi costituzionali nazionali, sovranazionali (Unione europea) e internazionali (Convenzione), relativi ai diritti fondamentali, comprimono arbitrariamente e sproporzionalmente l'accesso all'esecuzione (mobiliare e immobiliare) (non prevedendo di converso una tempistica certa e determinata nonché il suo concreto rispetto nell'attuazione dei pur legittimi *piani di rientro*). Infine, va detto che, ora, il Tribunale di Bolzano, con ordinanza di "rimessione" del 7 dicembre 2010 (pubblicata in Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea C 46 del 12 febbraio 2011 - allegata) ha posto alla Corte di Giustizia Europea la questione pregiudiziale, i cui primi 2 punti, in particolare, affrontano il tema

oggetto del presente articolo: è inutile dire che si è davvero "curiosi" di leggere la pronuncia della Corte e soprattutto di sapere come reagirà alla stessa, se ne avrà necessità, la "nostra" Corte Costituzionale (!) Ritengo che, per noi avvocati (ma oso dire per gli stessi magistrati), l'era che potrebbe aprirsi sia davvero importante soprattutto perché, se la Corte del Lussemburgo dovesse esprimersi nel senso auspicato con il presente articolo e segnatamente sulla disapplicabilità, sempre e comunque, delle norme in contrasto con i principi e le norme della CEDU, avremmo un rimedio molto più spedito per contrastare il legislatore e soprattutto, forse, sarà fatto il passaggio decisivo per creare l'Unione Europea "politica" (e non solo economica): passaggio fallito a Roma con la Costituzione europea!

Marco Mainardi e Orsola Vasaturo

Il principio del contraddittorio e la tutela cautelare nel processo amministrativo.

Prima parte

1. Evoluzione del principio del contraddittorio nel processo in generale da principio formale a principio sostanziale.

Il percorso storico attraverso il quale si è riusciti a far sì che il contraddittorio tra le parti venisse ad essere effettiva garanzia per un provvedimento "giusto", è stato un percorso che si è sviluppato nel corso degli anni in modo non sempre armonico, anzi spesso con forti contrasti all'interno della dottrina in vari casi mal conciliati anche con la giurisprudenza. Come si è giunti all'attuale concetto di "giusto contraddittorio"?

Teniamo ben presente che le Costituzioni europee dell'Ottocento e del primo Novecento, infatti, non sentirono il bisogno di includere nel catalogo dei diritti e delle libertà fondamentali alcune garanzie processuali, tra le quali quella del contraddittorio, probabilmente per la fiducia che la dottrina civilprocessualistica riponeva nei "principi di ragione naturale".

In proposito Carnelutti scrisse che il contraddittorio è "un mezzo del processo, non un fine" per cui "il difetto di contraddittorio può pregiudicare, ma non necessariamente pregiudica, lo scopo del processo; il contraddittorio è uno strumento utile del processo, quando vi sono ragioni per contraddire. Se non ve ne sono, è un ingombro"¹. Diversamente, la più recente comunità giuridico scientifica ha avvertito la necessità di rivalutare il principio del contraddittorio quale nucleo centrale del processo. Infatti, seppur maturava la

convincione che il contraddittorio dovesse essere visto come elemento fondamentale del processo in genere, in realtà l'introduzione del principio nell'ordinamento avvenne molto lentamente; dapprima nell'ambito del solo processo civile con l'articolo 38 del codice del 1865, ridefinito poi nell'articolo 101 del codice del 1940, che fissava il principio del contraddittorio come elemento imprescindibile per le decisioni del giudice, benché si trattasse comunque soltanto di un principio formale, essendo previsto che il soggetto contro il quale venisse proposta domanda, dovesse essere ritualmente citato in giudizio, ben potendo egli rimanere contumace.

L'entrata in vigore della Carta Costituzionale del 1948 nulla espressamente sanciva, in relazione al contraddittorio, che restava comunque un principio deducibile dall'interpretazione sistematica di alcune norme, quali soprattutto quelle contenute nell'articolo 3, che sancisce il principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge; nell'articolo 24, secondo comma, che garantisce il diritto di difesa in giudizio; e ancora negli articoli 101 e 104, sull'indipendenza e la terzietà del giudice, e nell'articolo 113, sulla garanzia della tutela giurisdizionale contro gli atti della P.A. Solo grazie al giudice delle leggi, volto a rendere sempre più concreti i principi costituzionali, è emersa una diversa concezione del contraddittorio, di tipo sostanziale, ossia nel senso che le parti devono sempre poter svolgere le loro difese, le quali saranno così poste alla base della decisione del giudice, in modo pieno, esplicito e senza arbitrarie limitazioni e/o esclusioni.² Quindi, sebbene il principio non fosse ancora costituzionalizzato, ma solo ricavabile dall'interpretazione di diverse norme costituzionali, si delineò il principio dell'effettività del contraddittorio, intesa come reale possibilità delle parti di partecipare attivamente allo svolgimento del processo, cooperando sia alla ricerca dei fatti, che alla ricerca delle fonti di prova, in modo da incidere sia sull'elaborazione, che sulla formazione del convincimento del giudice.

In Italia, sino alla riforma del '99, non si è avvertita la necessità di codificare il principio a livello costituzionale, ciò perché si riteneva che il principio del contraddittorio e le altre garanzie processuali che meglio lo specificano e lo realizzano nell'ambito del "giusto processo" fossero già presenti nell'ordinamento giuridico italiano, ancorché non espressamente enunciati; tra i diritti inviolabili dell'uomo rientravano già, infatti, il diritto di agire e difendersi in giudizio in condizioni di parità e uguaglianza, davanti ad un giudice naturale, preconstituito per legge e soggetto soltanto alla legge, indipendente da ogni altro potere, oltre al diritto a vedere motivati tutti i provvedimenti

giurisdizionali, il diritto alla tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi, anche contro gli atti della pubblica Amministrazione, tutto quanto dinanzi sia agli organi di giurisdizione ordinaria che amministrativa.

Con la Legge Costituzionale n. 2 del 23.11.1999, si è data una forma codificata al principio del contraddittorio verso una concezione sostanziale dello stesso, così come oggi risulta esplicitamente dal novellato articolo 111 Costituzione.

In merito al fatto che tale scelta fosse assolutamente necessaria, si può discutere, visto l'impianto interpretativo preesistente creatosi sul punto, tuttavia sicuramente essa si presenta come opportuna ed impegnata; opportuna in quanto si è inteso fornire un'interpretazione autentica di principi già desumibili, e già affermati in via giurisprudenziale, in vista della riaffermazione dei principi di legalità e di divisione dei poteri, per cui al legislatore compete porre la normativa e ai giudici applicarla, impegnata perché il legislatore costituzionale ha voluto in qualche modo completare il lavoro di "positivizzazione", ampliando l'area di immodificabilità e intangibilità dei principi cd "superconstituzionali", cioè di quei principi che rappresentano il "nocciolo duro" della Costituzione e che non possono essere né abrogati, né intaccati nella loro portata garantistica nemmeno da successive leggi di revisione costituzionale.

Ma cosa accade quando nel processo parte è la Pubblica Amministrazione?

2. Il principio del contraddittorio nel processo amministrativo e la parità delle parti in giudizio.

Per poter concepire il principio del contraddittorio come strumento a disposizione delle parti, le quali possono chiarire le loro posizioni e fornire al giudice i dati che esse ritengano opportuni, è necessario chiarire preventivamente che non a caso l'articolo 111 Cost., comma 2, affianca alla garanzia del contraddittorio nel corso del processo, la necessità di assicurare la parità processuale delle parti; infatti, si evince immediatamente che se le parti non fossero in condizioni di parità, a nulla gioverebbe consentire a ciascuna di esse di "contraddire", sussistendo in ogni caso la prevalenza di una rispetto all'altra. Quindi, il principio della parità delle parti si specifica come attuazione dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. In questo senso, particolare significato assume il principio in esame nell'ambito del processo amministrativo, laddove la P.A. parte da una posizione di privilegio, dimostrata già dal rigoroso onere della domanda che incombe sul ricorrente e dalle limitazioni istruttorie che il pro-

cesso amministrativo può soffrire. Infatti, l'applicazione dell'articolo 111 Cost., comma 2, nel processo amministrativo non può prescindere dall'esaminare anzitutto il problema della natura e della struttura del giudizio stesso. Con la legge del 1889, istituzione della giurisdizione di legittimità, si attribuiva al processo amministrativo l'etichettatura di processo all'atto, di cui a tutt'oggi lo stesso non è riuscito a liberarsi appieno. Di questa impostazione si è reso responsabile soprattutto il Consiglio di Stato che, probabilmente, anche influenzato dal suo ruolo istituzionale di organo consultivo, organizzò il proprio sindacato assumendo a modello il giudizio civile davanti alla Suprema Corte di Cassazione, un giudizio quindi di sola legittimità, ignorando che così facendo avrebbe rispettato un principio solamente formale di contraddittorio, non certamente sostanziale. Infatti, al di là del rispetto delle regole procedurali e dei meccanismi formali, contraddittorio significa reale possibilità di far valere in giudizio le proprie pretese di diritto soggettivo e di interesse legittimo nei confronti della P.A. Ma a dispetto del dettato costituzionale, invece, il giudizio davanti al Consiglio di Stato si limitava ad essere una fase contenziosa assistita da garanzie di imparzialità, che si inseriva su una serie di valutazioni ed accertamenti che si richiedevano soltanto alla Pubblica Amministrazione. Tutto ciò perché nel processo amministrativo, da sempre è sussistita una presunta superiorità del potere pubblico rispetto alle posizioni dei privati. Tuttavia il giudizio amministrativo è, e rimane, un processo di parti³. Bisogna, infatti, considerare, innanzitutto, che solo la parte, attraverso il ricorso, può provocare il giudizio, cosicché il processo amministrativo risulta dominato dal principio della domanda; in secondo luogo, bisogna valutare che solo alle parti spetta il potere di disporre l'oggetto del giudizio, di allegazione dei mezzi istruttori, la qual considerazione implica che il giudice possa e debba intervenire con poteri istruttori, solo nella misura in cui sia necessario rimediare a una situazione di disuguaglianza sostanziale, senza per questo travalicare il limite dell'imparzialità e della terzietà che la sua carica gli impone. Ma come si conciliano queste esigenze nel processo cautelare?

3. La tutela cautelare nel nuovo codice del 2010.

Il procedimento cautelare, nell'ambito del giudizio amministrativo, ha trovato un'organica sistemazione e collocazione all'interno del codice del processo amministrativo, entrato in vigore nel settembre del 2010. In particolare, con la delega

contenuta nell'articolo 44 della legge n. 69 del 2009, il governo era stato incaricato dal legislatore di dare esecuzione a diversi obiettivi, tra i quali, appunto, si presentava in primis quello di riordinare la materia della tutela cautelare, anche generalizzando quella *ante causam*, fino ad allora limitata al settore dei contratti pubblici (Codice de Lise).

Il legislatore, nel delegare il governo, si è mostrato nella materia cautelare "preciso e puntuale" come non ha invece fatto in altre materie della stessa legge delega⁴. Il legislatore aveva indicato le linee guida al governo, prevedendo, innanzitutto, che la domanda di tutela interinale non potesse essere trattata fino a quando il ricorrente non presenta istanza di fissazione di udienza per la trattazione del merito.

Il legislatore precisava, poi, che in caso di istanza cautelare *ante causam*, il ricorso introduttivo del giudizio dovesse essere notificato e depositato unitamente alla relativa istanza di fissazione dell'udienza per la trattazione del merito, entro i termini di decadenza previsti dalla legge, o in difetto di essi, nei sessanta giorni dall'istanza cautelare, perdendo altrimenti ogni effetto la concessa tutela interinale, e che, nel caso di accoglimento della domanda cautelare, l'istanza di fissazione dell'udienza non potesse più essere revocata, e l'udienza di merito sarebbe stata celebrata entro un anno. Tutte disposizioni, queste, che il legislatore delegato ha puntualmente adempiuto a trasporre nel codice. La novità sicuramente più importante, tra quelle che il legislatore si è impegnato a introdurre, riguarda la generalizzazione della tutela cautelare *ante causam*, che è oggi contenuta nell'articolo 61 del codice stesso. Quanto allo scopo del riordino della materia cautelare, un tale obiettivo è stato conseguito dal legislatore delegato attraverso una suddivisione per temi delle diverse disposizioni riguardanti la materia cautelare. Più precisamente l'articolo 55 si occupa della tutela cautelare collegiale, l'articolo 56 disciplina la tutela cautelare monocratica, ovvero *post causam*, l'articolo 61, infine, provvede alla suddetta generalizzazione della tutela cautelare *ante causam*.

Vi sono poi altre disposizioni relative alla tutela cautelare, come quelle che disciplinano il rito abbreviato (articolo 119, commi 3 e 4), e quelle relative alla tutela cautelare *ante causam* nei contratti pubblici (articolo 120, commi 6 e 8). Per tale procedimento, è stata introdotta un'articolata e armonica disciplina, per la prima volta completa. Dalla relazione al codice, si evince la *ratio* di un tale assetto, ovvero quella di "garantire una posizione di equilibrio tra le parti, rafforzando dunque la garanzia del contraddittorio e, al contempo, salvaguardando le esigenze di tempestività".⁵

Una novità di particolare rilievo, che contraddistingue tutti i nuovi procedimenti cautelari e che segna un elemento di discontinuità significativo con la pregressa disciplina e con la relativa prassi applicativa, è l'espresso divieto di pronunciarsi sull'istanza cautelare nel caso in cui l'adito giudice ravvisi la propria incompetenza anche solo territoriale. La prevalente prassi applicativa sviluppata sotto la previgente disciplina era, invece, al contrario, nel senso di ammettere che il giudice incompetente potesse, comunque, ove ravvisasse la sussistenza dei due requisiti del *periculum* e del *fumus*, somministrare la tutela interinale richiesta. L'innovazione viene introdotta dal codice per evitare il fenomeno del cosiddetto "forum shopping", ovvero la prassi del ricorrente, di scegliere appositamente di adire un tribunale amministrativo incompetente, alla luce, magari, dei suoi precedenti favorevoli, pur avendo cognizione dell'incompetenza dell'autorità adita⁶. Un ulteriore elemento che accomuna tutte le forme di tutela cautelare disciplinate dal codice è, poi, l'atipicità della misura che può essere scelta dal giudice, con ampia discrezionalità, avuto riguardo all'interesse di assicurare in via provvisoria gli effetti della successiva sentenza di merito. In questo punto il codice non sembra comunque innovativo, in quanto si limita a riproporre la soluzione dell'articolo 21 della legge TAR, come novellato dalla legge n. 205 del 2000.⁷ Innovativo, invece, lo stesso si presenta, con un significativo elemento di discontinuità dei due procedimenti cautelari previsti nel contesto del procedimento di merito, ovvero con l'espressa previsione dell'obbligo di deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito come condizione per scrutinare l'istanza cautelare (nella prassi applicativa anteriore all'entrata in vigore del codice, al contrario, l'istanza di fissazione d'udienza non era condizione per la trattazione della domanda cautelare). Nella tutela cautelare *ante causam*, all'ovvia assenza della condizione del deposito dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito fa da contraltare la provvisorietà della tutela concessa destinata a perdere effetto, nel caso in cui non sia incardinato il procedimento di merito con istanza cautelare confermativa di quella *ante causam* e contestuale istanza di fissazione dell'udienza.

4. Le misure cautelari collegiali.

L'articolo 55, c. p. a., dedicato alle misure cautelari collegiali, riprende il testo dell'articolo 21, comma 8, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come a suo tempo introdotto dall'articolo 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, integrandolo con disposizioni derivate dalla codificazione di prassi giurisprudenziali e perfezionandolo con previsio-

ni innovative destinate a completare la disciplina del procedimento cautelare ordinario innanzi al Collegio. Il risultato di tale opera è una regolamentazione tendenzialmente esaustiva del rito cautelare ordinario, mentre la legge n. 1034/71 si limitava a regolare i presupposti per la concessione della tutela, la tipologia (aperta) delle misure che il Collegio poteva emanare, la forma del provvedimento e la sua possibile subordinazione alla prestazione di una cauzione, lasciando che i profili propriamente procedurali fossero ancora disciplinati dall'articolo 36 R.D. 17 agosto 1907, n. 642. L'articolo 55 c. p. a. definisce i presupposti per la concessione della misura cautelare, tradizionalmente identificati nel *periculum in mora* e nel *fumus boni iuris*. La necessità di tali presupposti si evince dal comma 1 e dal comma 9 della norma in esame, che letteralmente li identifica: nella sussistenza di "un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario per giungere la decisione sul ricorso" (comma 1), e in "profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso" (comma 9). Dunque, viene in evidenza innanzitutto il carattere accessorio della misura cautelare, in relazione alla fondatezza del merito del ricorso. In secondo luogo, si evince come le misure cautelari che la parte può chiedere, ed il collegio concedere, mediante ordinanza emessa in Camera di Consiglio, sono quelle più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, ivi compresa l'ingiunzione al pagamento di una somma in via provvisoria, che, tuttavia, lungi dal dover avere una funzione soddisfattiva, deve limitarsi a disporre il pagamento delle somme necessarie a salvaguardare il diritto nelle more della decisione di merito⁸. Anche se non viene utilizzata l'espressione "provvisorie", adoperata, invece, per la tutela cautelare monocratica (articolo 56, comma 1), si tratta evidentemente di misure cautelari provvisorie, trattandosi di una tutela concessa in attesa della sentenza di merito e, dunque, di per sé stessa interinale e provvisoria⁹. Ai sensi dello stesso articolo 55, comma 2, c.p.a., il giudice, laddove ritenga che dalla misura cautelare possano derivare effetti irreversibili, può disporre la prestazione di una cauzione, cui subordinare il diniego o la concessione della misura cautelare. La lettura della norma permette di comprendere come la funzione della cauzione sia, dunque, quella di costituire una garanzia per i danni derivanti dall'irreversibilità delle modificazioni che la misura cautelare può determinare nei rapporti di diritto sostanziale¹⁰. Per quanto riguarda la modalità di proposizione dell'istanza cautelare, l'articolo 55 c.p.a., al comma 3, specifica che la domanda può essere proposta unita-

mente al ricorso principale o separatamente rispetto a questo, tramite un distinto ricorso da notificare alle altre parti, che verrà depositato, ai sensi dell'articolo 45, comma 1, c.p.a., nel termine di 30 giorni dal momento in cui l'ultima notificazione dell'atto si è perfezionata anche per il destinatario. L'espressa previsione, contenuta al comma 4, secondo cui, qualora l'udienza di discussione del ricorso nel merito non debba essere fissata d'ufficio, la presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di merito costituisce condizione di procedibilità della domanda cautelare, cristallizza un corrispondente orientamento giurisprudenziale¹¹ fondato sulla natura strumentale e provvisoria della cautela rispetto alla decisione sul merito, la quale non può tollerare il fenomeno di misure nominalmente interinali ma, di fatto, indefinitamente efficaci, e risponde ad un preciso criterio direttivo della legge delega (articolo 44, comma 2, lett. f, n. 1, della legge 18 giugno 2009, n. 69). La norma fa coppia, come evidenziato nella relazione al codice, con la previsione contenuta nel comma 11 secondo la quale, in sede di accoglimento della domanda cautelare, il giudice di primo grado deve, contestualmente, fissare la data di discussione del ricorso (mentre l'articolo 21, comma 12, della legge n. 1034/71 stabiliva semplicemente che l'ordinanza di accoglimento della richiesta cautelare comportava priorità nella fissazione della data di trattazione del ricorso nel merito), poiché l'esperienza ha largamente dimostrato che la mera proposizione dell'istanza di fissazione di udienza spesso non basta ad imprimere sufficiente impulso al procedimento giurisdizionale, richiedendo l'effettiva fissazione dell'udienza di discussione non di rado reiterati solleciti (le cc.dd. istanze di prelievo) ai quali il ricorrente vittorioso nella fase cautelare potrebbe non avere concreto interesse, avendo comunque conseguito, intanto, l'utilità sperata¹². È chiaro, infatti, che, pur essendo la misura cautelare destinata in prospettiva ad essere riassorbita dalla sentenza di merito, il decorso del tempo, nel caso di periodi apprezzabilmente lunghi (in alcuni casi divenuti di anni o decenni), incide inevitabilmente sulla vicenda controversa, il che altera la funzione del giudizio cautelare e concentra in esso il reale conflitto delle parti; ragion per cui, talvolta, il giudice amministrativo, nonostante il silenzio della legge n. 1034/71, nel concedere una misura cautelare, ha contestualmente provveduto, con la stessa ordinanza, a fissare anche l'udienza di discussione nel merito. Il comma 5 dell'articolo 55 c.p.a., innova quelli che, invece, sono i termini di trattazione della domanda cautelare, allungando, come vedremo, i tempi per ottenere la tutela cautelare che abbiamo definito "ordinaria", ossia

quella collegiale. Infatti, l'articolo 36 del R.D. 17 ottobre 1907, n. 642 prevedeva che l'udienza di discussione dell'incidente cautelare dovesse essere fissata dopo il decorso di dieci giorni liberi dalla notifica del ricorso. La nuova disciplina stabilisce, invece, che sulla domanda cautelare, il collegio si pronuncia nella prima Camera di Consiglio successiva al ventesimo giorno dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e, altresì, al decimo giorno dal deposito del ricorso. Si è in presenza, dunque, di un sostanziale allungamento dei termini per la concessione della misura cautelare che in parte contrasta con la natura stessa della misura, ma in parte, come vedremo, viene compensata dalla previsione della tutela cautelare presidenziale e *ante causam*. Sembra che l'allungamento del termine sia funzionale all'esigenza di garantire un contraddittorio pieno nei confronti di tutte le parti del giudizio, visto che viene fatto decorrere il termine dal perfezionamento anche per il destinatario dell'ultima notifica, diversamente da quanto accade per le altre forme di tutela cautelare; l'ordinanza collegiale dunque, può essere assunta solo a contraddittorio integro, ossia dopo la notifica a tutte le parti necessarie. È molto probabile che questo slittamento nella concessione della misura cautelare ordinaria determinerà un aumento della richiesta della tutela cautelare presidenziale¹³. In ogni caso, qualora la Camera di Consiglio sia stata fissata a distanza di meno di dieci giorni liberi dal deposito del ricorso e le parti intimare o controinteressate non siano presenti, la sentenza eventualmente resa in forma semplificata deve essere annullata con rinvio al primo giudice¹⁴. Altra importante previsione è quella dettata con riferimento alla possibilità per le parti di depositare memorie e documenti solo fino a due giorni liberi prima della Camera di Consiglio, finalizzata a garantire un maggiore contraddittorio in quanto consente un adeguato diritto alla difesa nonché di replica delle parti che, prima, in mancanza di una simile previsione, doveva necessariamente essere affidato ad una difesa orale in Camera di Consiglio, in quanto la produzione di memorie e documenti era ammessa sino all'udienza di Camera di Consiglio. La previsione di tale termine, comunque, non priva la possibilità, di cui al comma 7, per le parti di costituirsi in Camera di Consiglio e di illustrare oralmente, seppure sinteticamente, le proprie difese. In altri termini, la difesa scritta e la produzione documentale è confinata ai giorni liberi prima dell'udienza, mentre la mera costituzione con difesa orale, dunque senza produzione di documenti né memorie difensive, è ammessa sino in Camera di Consiglio. Resta ferma, ai sensi del comma 8, la

facoltà per il Collegio, per gravi ed eccezionali ragioni, di autorizzare la produzione di documenti in Camera di Consiglio, con consegna di copia alle altre parti sino all'inizio della discussione. Innovativa è anche la previsione sulla prova delle avvenute notificazioni di cui al comma 6, che codifica una prassi che ormai si stava diffondendo nell'ambito del processo amministrativo, ossia la possibilità, ai soli ed esclusivi fini del giudizio cautelare, di provare la data di perfezionamento della notifica, nel caso in cui sia avvenuta a mezzo del servizio postale e non sia ancora stato recapitato l'avviso di ricevimento, mediante la produzione di copia dell'attestazione di consegna del servizio di monitoraggio della corrispondenza del sito internet delle poste, salva la possibilità per i destinatari, ovviamente, di produrre la prova contraria. Il comma 10 prevede la possibilità che il TAR in sede cautelare fissi con ordinanza collegiale la data di discussione nel merito del ricorso. Si tratta di una disciplina che richiama, sia pure in modo più attenuato, il modello dell'articolo 23 bis della legge TAR, oggi articolo 119 del codice. I presupposti per la sollecita definizione del giudizio nel merito, infatti, sono meno forti: qui si parla di esigenze apprezzabili favorevolmente e non di evidenza dell'illegittimità dell'atto; si parla di esigenze tutelabili adeguatamente e non di sussistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile. Inoltre, quanto ai termini, si parla in generale di "sollecita" definizione del merito, senza indicazione di precisi termini, rimettendo pertanto, la scelta esclusivamente alla discrezionalità del giudice. Non è chiarito se in questi casi la misura cautelare sia o meno concessa; dal tenore letterale della previsione sembra che non sia concessa e che le esigenze del ricorrente (dunque anche quelle cautelari, visto che siamo in una udienza camerale), siano tutelate adeguatamente mediante la sollecita decisione del merito. In definitiva, se dette esigenze sono sia quelle cautelari che di merito e il giudice ritiene siano tutelabili adeguatamente mediante una sollecita definizione del merito, la fissazione dell'udienza si pone come alternativa alla concessione della misura cautelare, ma certamente non sarà idonea ad evitare che si produca un danno grave ed irreparabile. Si deve ritenere, pertanto, che in questi casi non sia in presenza di un *periculum* e di un danno così forti per il ricorrente da richiedere l'adozione di misure cautelari e che si è in presenza di una prognosi sulla fondatezza abbastanza favorevole, ma non tanto da consentire una sentenza semplificata ai sensi dell'articolo 60. Resta comunque il problema di cosa possa fare l'Amministrazione in questi casi, in quanto non viene concessa la misura cautelare. Pertanto non vi è alcun obbligo di

astenersi da dare esecuzione all'atto, nonostante sia fissata l'udienza di merito¹⁵. Per quanto riguarda, poi, la regolare realizzazione del contraddittorio, questa viene garantita, nell'ambito delle misure cautelari collegiali, di cui all'articolo 55 c.p.a., dal comma 12, laddove viene stabilito che, ai fini dell'adozione della misura cautelare siano garantiti il pieno contraddittorio nonché la completezza dell'istruttoria, e, a tal fine, il collegio su istanza di parte adotti tutti i provvedimenti necessari. Così, mentre ai sensi dell'articolo 41, comma 2, del codice del processo amministrativo, il ricorso e l'eventuale domanda cautelare in esso contenuta, per essere procedibile, deve essere stato notificato all'amministrazione resistente e ad almeno uno dei controinteressati, il rispetto del principio del contraddittorio richiede, invece, che siano stati evocati in giudizio tutti i controinteressati. Ove, allora, venga rilevato un difetto di contraddittorio, il giudice ne ordinerà l'integrazione in un termine perentorio (ai sensi dell'articolo 51, comma 1, codice del processo amministrativo, infatti "I termini assegnati dal giudice, salva diversa previsione, sono perentori") a pena di estinzione del procedimento, con conseguente rinvio della data dell'udienza camerale di discussione sull'istanza cautelare. Nelle more, potrà comunque adottare ex articolo 27, comma 2, c.p.a., dei provvedimenti cautelari interinali, destinati ad essere confermati, revocati o modificati nella successiva udienza. La norma contenuta nell'articolo 55, comma 12, c.p.a. pone tuttavia un problema. Dalla lettura della stessa, infatti, sembrerebbe che l'integrazione del contraddittorio, in sede cautelare, possa essere disposta solo "su istanza di parte". La giurisprudenza¹⁶, tuttavia, ha sino ad ora ritenuto che il relativo difetto, con i conseguenziali provvedimenti, fosse rilevabile anche *ex officio*.

1 Si vedano le *Lezioni di diritto processuale civile*, II, Padova, 1933, n. 99, pp. 168-171.
 2 Cfr. in tal senso F. A. Genovese-C. I. Risolo (a cura di), *La riforma del processo civile*, collana *Le nuove leggi civili*, Giuffrè Editore, Milano, 2010, p. 85.
 3 In tal senso, Cfr. le considerazioni ancora pienamente significative di F. Benvenuti, *L'istruzione nel processo amministrativo*, CEDAM, Padova, 1953, p. 133.
 4 F. Tallaro, *Appunti sul venturo codice del processo amministrativo*, in *Giurisprudenza di merito*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 3.
 5 Cfr. *Codice del processo amministrativo*, a cura di G. Leone-L. Maruotti-C. Saltelli, CEDAM, Verona, 2010, p. 571.
 6 Cfr. A. Pavan, *La tutela cautelare nel nuovo codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 102.
 7 Cfr. G. Leone, *Elementi di diritto processuale civile*, cit., p. 147, da cui si evince che già l'articolo 3, comma 1 della legge 205 del 2000, aveva ampliato il contenuto dell'articolo 21 legge TAR, in quanto, mentre in precedenza poteva essere avanzata esclusivamente un'istanza cautelare tesa a sospendere gli effetti del provvedimento amministrativo impugnato, di contenuto positivo, risultando così la misura cautelare tipizzata, con l'innovazione introdotta, sono state ammesse tutte le misure cautelari, anche quelle atipiche, quindi

anche quelle nei confronti di provvedimenti di contenuto negativo. Cfr. Cons. di Stato, sezione VI, ord. 22 gennaio 2002, n.397, in *Foro It.*, 2003, III, 352.

- 9 In tal senso E. Picozza (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, *Commento art. per art.*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 102.
 10 Cfr. S. Ruscica, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 102.
 11 Cfr. Cons. Stato, sezione V, 17 marzo 1998, n. 294, in *Foro Amm.*, 1998, 712, in cui si legge che "l'eventuale accoglimento di una domanda cautelare non è di per sé prova idonea a dimostrare l'esistenza di un'istanza di fissazione dell'udienza, atteso che solo la prassi di alcuni uffici giudiziari, peraltro sempre modificabile e non in grado di assicurare alcuna certezza circa la sua osservanza, stabilisce la presentazione di detta istanza prima della trattazione della domanda di sospensione"; In senso contrario a tale prassi si è pronunziato Tar Puglia, sezione III, 19 maggio 2008, n. 1404, in *Foro It.*, 2009, 5, 262, sostenendo che "la domanda cautelare, sino a quando non sia decisa, esonera il ricorrente dall'onere di presentare l'istanza di fissazione d'udienza". Nello stesso senso cfr. anche Cons. Stato, sezione IV, 7 maggio 2004, n. 2845, in *Foro Amm.*, CDS, 2004, 1361, in cui si legge che "l'esistenza di una fase cautelare, che notoriamente non richiede una previa istanza di fissazione, non impedisce il decorso del termine per la perenzione".
 12 In tal senso *Codice del processo amministrativo*, a cura di G. Leone - L. Maruotti-C. Saltelli, CEDAM, Verona, 2010, p. 573.
 13 In tal senso E. Picozza (a cura di), *Codice del processo amministrativo*, *Commento art. per art.*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 104.
 14 In tal senso Cons. di Stato, sezione VI, 29 luglio 2002 n. 4070; in *Giustizia-amministrativa.it*, in cui si legge che "Ai fini della completezza del contraddittorio, la decisione in forma semplificata, in sede di esame della domanda incidentale di sospensione dell'atto impugnato, richiede non solo la rituale notifica del ricorso, ma anche il rispetto dei termini per la discussione sull'istanza incidentale". Al riguardo, l'articolo 36 R.D. 17 agosto 1907, n. 642, recante il Regolamento per la procedura dinanzi alle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, dispone che, per l'esame delle domande di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo, l'Amministrazione e le parti interessate possono, entro dieci giorni dalla notifica, depositare e trasmettere memorie od istanze alla segreteria. Su tali domande la sezione pronuncia nella prima udienza dopo spirato il termine. Il presidente può abbreviare il termine. Pertanto, l'udienza di discussione dell'incidente cautelare deve essere fissata dopo il decorso di dieci giorni liberi dalla notifica del ricorso.
 15 Cfr. S. Menchini in R. Sanchini (a cura di), *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2006, p. 102.
 16 Cfr. Cons. Stato. Ad. Pl. 17 ottobre 1994, n. 10 in *Gius. Civ.*, 1994, I, 3353. Così si è espressa l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato: "Nel giudizio amministrativo l'incompletezza del contraddittorio è sempre rilevabile anche d'ufficio".

Marco Menicucci

Brevi riflessioni su alcuni aspetti degli articoli 2 e 5 del d.lgs. n. 28/2010.

1. Introduzione.

I c.d. strumenti di composizione delle controversie, gli "equivalenti del processo civile", sono sempre stati oggetto di studio da parte della più autorevole dottrina civilistica. Per mezzo di essi i privati rivendicano nei confronti dello Stato la loro sfera di libertà e di autonomia, e l'elemento loro comune risiede nell'essere, la fonte della risoluzione della insorgenza lite, insita nella volontà delle parti. Si è osservato, in proposito, che i

metodi per risolvere le controversie sono, sostanzialmente, di tre tipi: "quelli basati sull'uso della forza; quelli che si fondano sulla "eteronomia" ovvero sull'attribuzione del potere di decidere a un terzo; quelli che si fondano sulla "autonomia", ovvero sulla volontà delle parti contenuta in un accordo. Se il metodo basato sull'uso della forza non ha mai avuto diritto di cittadinanza negli stati democratici, quello dell'adozione di atti di eteronomia è stato, fino a poco tempo fa, il metodo principale, se non esclusivo, adottato dagli stati occidentali per la somministrazione del servizio pubblico di controllo e soluzione di conflitti fra privati". È oggi definita mediazione (d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28) l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti, sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia (c.d. mediazione compositiva), sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della controversia (c.d. mediazione propositiva). In realtà, il legislatore parla di "mediazione finalizzata alla conciliazione", così ponendo in rilievo l'attività del soggetto mediatore e il procedimento necessario per facilitare la risoluzione della controversia. Si è osservato, sul punto¹, che "il legislatore mostra infatti di essere consapevole che le parti lasciate sole difficilmente sono in grado di conciliare la lite: l'esperienza fallimentare della conciliazione in materia di lavoro, dove il ruolo delle commissioni di conciliazione ha finito per essere meramente notarile, vale a dire di mero controllo formale di un accordo già raggiunto, o di certificazione del fallimento del tentativo, dimostra che la composizione della lite richiede necessariamente l'intervento attivo di un terzo imparziale esperto delle tecniche di mediazione". Alla mediazione potranno liberamente e volontariamente accedere le parti in tutte quelle materie (si vedrà da qui a un attimo quali sono) per le quali la mediazione stessa non è, a pena di improcedibilità della domanda, imposta dalla legge. Inoltre, il giudice potrà sempre -anche in sede di appello- invitare le parti ad accedere alla mediazione, la quale avrà luogo sempre che le parti medesime vi acconsentano. Si tenga poi conto del fatto che il giudice può sollecitare la mediazione fra le parti valutando "la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti" (articolo 5, comma 2), come meglio si vedrà da qui a un attimo.

2. L'articolo 2 del d.lgs. n. 28/2010.

Com'è noto, l'articolo 2 del decreto in commento statuisce, per quel che in questa sede interessa, che "chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e com-

merciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto” (comma 1). Tale disposizione consente quindi l’accesso alla mediazione nella ipotesi in cui si controverta in tema di diritti disponibili. Il legislatore ha così ripreso, in positivo, l’espressione oggi utilizzata, in negativo, dall’articolo 806 c.p.c., secondo cui, com’è noto, “le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge”. Non essendo questo il luogo per affrontare, *fundite*, l’ampia tematica relativa alla individuazione del concetto di “diritto disponibile”, ci si può qui limitare a richiamare chi ha osservato² che caratteristiche dei diritti disponibili sono una connotazione in positivo, data dalla patrimonialità del diritto, ed una di segno negativo, data dalla “assenza di un divieto di disposizione apposto dalla legge ad un dato diritto, pur avente carattere patrimoniale e dunque tendenzialmente disponibile: si pensi alla inalienabilità del diritto agli alimenti, o a quella del diritto di uso o di abitazione”; con riferimento, invece, alla *patrimonialità*, si è osservato che “la suscettibilità di valutazione economica della prestazione non è un carattere immanente in quest’ultima, ma una modalità con la quale l’ordinamento, in un dato momento storico, riguarda un comportamento - corrispondente ad un interesse anche non patrimoniale del creditore - ritenendolo lecitamente commerciabile e pertanto valutabile in denaro: da quest’ambito, ad esempio, esulano dunque diritti assoluti quali quelli alla inviolabilità personale, alla libertà, all’onore”. Peraltro, si è pure rilevato³ come il richiamo alle controversie civili e commerciali è da un lato “generico” e, dall’altro, “bisognoso di integrazione”, e potrebbe condurre all’ingiustificato risultato di espungere dal raggio di applicazione del decreto “controversie che - sulla base dei parametri utilizzabili per definire le controversie o come civili o come commerciali - non appaiono riconducibili né al diritto civile né al diritto commerciale in senso stretto, ma sono tuttavia a pieno titolo controversie civili in senso lato: si pensi ad esempio alle controversie fallimentari (nei limiti in cui non siano escluse dall’applicazione del decreto in ragione del rito loro applicabile) [si v. l’articolo 5], o alle controversie industriali”⁴. La necessità di “integrare” il parametro è, invece, legata alla necessità - una volta stabilito che la controversia ha natura civile o commerciale - di effettuare una ulteriore qualificazione, ai sensi dell’articolo 5 del medesimo decreto, per comprendere se l’esperimento del procedimento di mediazione configuri una condizione di procedibilità. “In altri termini, la natura civile o commer-

ciale della controversia - in unione alla natura disponibile del diritto su cui essa verte - è condizione necessaria e sufficiente solo per la mediazione spontanea e per la mediazione sollecitata; non anche per la mediazione obbligatoria”⁵.

3. L’articolo 5.

Per quel che attiene, poi, all’articolo 5, ed alle materie ivi richiamate, vi è da dire che la relazione illustrativa al decreto ha individuato alcuni criteri guida, da utilizzare al fine di determinare le materie per le quali l’esperimento della mediazione è condizione di procedibilità della eventuale azione giudiziaria.

Innanzitutto, “si sono prescelte quelle cause in cui il rapporto tra le parti è destinato, per le più diverse ragioni, a prolungarsi nel tempo, anche oltre la definizione aggiudicativa della singola controversia”. Il riferimento è, oltre che alle controversie in materia condominiale, ad alcuni contratti di durata quali la locazione, il comodato e il fitto d’azienda, nonché ai rapporti che coinvolgono soggetti appartenenti “alla stessa famiglia, allo stesso gruppo sociale, alla stessa area territoriale (diritti reali, successioni ereditarie, condominio, patti di famiglia)”⁶. Si è poi tenuto conto dei rapporti particolarmente conflittuali, quali quelli relativi alla responsabilità medica e alla diffamazione a mezzo stampa. Queste materie, osserva ancora il legislatore, appaiono “più facilmente mediabili e sono inoltre caratterizzate da una complessità che può essere più facilmente dipanata in ambito stragiudiziale”. Vi sono poi i rapporti di natura bancaria, assicurativa e finanziaria, i quali pure sono relativi a rapporti duraturi fra le parti, conoscono una diffusione di massa e sono alla base di una parte tutt’altro che irrilevante del contenzioso. Con riferimento a questi rapporti, condizione di procedibilità alternativa rispetto al procedimento di mediazione è sia quello di cui al d.lgs. 8 settembre 2007, n. 179, sia quello previsto in attuazione dell’articolo 128 bis del Testo Unico bancario, essendosi ritenuto che gli organismi ivi disciplinati offrano garanzie adeguate di imparzialità ed efficienza.

In sostanza, il legislatore ha considerato i rapporti che hanno carattere tendenzialmente duraturo e le liti che appaiono “complesse” e numerose rispetto al totale del contenzioso.

La mediazione è, invece, facoltativa per una serie di altre materie, fra cui quelle già previste dagli ora abrogati articoli da 38 a 40 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5. Tali materie - si ricorda a noi stessi - erano le seguenti:

“a) rapporti societari, ivi compresi quelli concernenti le società di fatto, l’accertamento, la costituzione, la modificazione o l’estinzione di un rap-

porto societario, le azioni di responsabilità da chiunque promosse contro gli organi amministrativi e di controllo, i liquidatori e i direttori generali delle società, delle mutue assicuratrici e delle società cooperative;

b) trasferimento delle partecipazioni sociali, nonché ogni altro negozio avente ad oggetto le partecipazioni sociali o i diritti inerenti;

c) patti parasociali, anche diversi da quelli disciplinati dall’articolo 2341 bis del Codice civile, e accordi di collaborazione di cui all’articolo 2341 bis, ultimo comma, del Codice civile;

d) rapporti in materia di intermediazione mobiliare da chiunque gestita, servizi e contratti di investimento, ivi compresi i servizi accessori, fondi di investimento, gestione collettiva del risparmio e gestione accentrata di strumenti finanziari, vendita di prodotti finanziari, ivi compresa la cartolarizzazione dei crediti, offerte pubbliche di acquisto e di scambio, contratti di borsa; e) materie di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, quando la relativa controversia è promossa da una banca nei confronti di altra banca ovvero da o contro associazioni rappresentative di consumatori o camere di commercio; f) credito per le opere pubbliche”.

Il tentativo di mediazione può essere, oltre che obbligatorio, facoltativo, su richiesta delle parti o su “proposta” del giudice a norma del comma 2 della disposizione in commento. Con riguardo al primo (facoltativo su richiesta delle parti), esso riguarda le ipotesi non rientranti nella mediazione obbligatoria, ed aventi ad oggetto diritti disponibili. Nella ipotesi in cui la clausola di mediazione sia inserita in uno statuto, in un atto costitutivo o in un atto contratto, e il tentativo non sia esperito prima di intraprendere l’azione giudiziaria, il comma 5 dell’articolo 5 prevede che il giudice assegni alle parti “il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”, e che fissi la successiva udienza dopo il termine di quattro mesi previsti per concludere la mediazione stessa. Si è parlato, in questo caso, di mediazione “facoltativamente obbligatoria”. In questo caso, tuttavia, l’eccezione relativa al mancato, preventivo, esperimento del tentativo di conciliazione non è rilevabile d’ufficio, ma deve essere fatta dalla parte non più entro la prima udienza, ma nella prima difesa. Peraltro, si è giustamente osservato come tale disposizione debba essere coordinata con quanto previsto dal comma 1, la cui applicazione è fatta comunque salva. In altri termini, le due disposizioni (comma 5 e comma 1) vanno coordinate, cosicché anche in presenza di una clausola di mediazione o conciliazione, se si agisce in giudizio per far valere uno dei diritti rientranti nella mediazione obbligato-

ria, l’improcedibilità potrà essere rilevata d’ufficio non oltre la prima udienza⁸. Il secondo “tentativo di mediazione”, invece, può essere richiesto dal giudice in qualsiasi tipo di controversia, e può riguardare anche ipotesi già oggetto di mediazione obbligatoria, ove l’autorità ritenga che vi siano “spazi” per conciliare la controversia, soprattutto con riferimento allo stato della medesima e al comportamento dei litiganti. Si è rilevato, in proposito⁹, che l’autorità può proporre alle parti soluzioni “facilitative”, che sono sostanzialmente estranee ai poteri del giudice, potendo anche “guardare anche all’interesse (pubblico) alla “pace sociale”, favorendo il raggiungimento di una conciliazione che non distribuisce ragioni e torti ma crea nuove prospettive di legame destinate a far sorgere dal pregresso rapporto disgregato nuovi orizzonti relazionali”¹⁰. Peraltro, quello del giudice è un mero invito, non vincolante per le parti, atteso che “la legge non ricollega alcuna conseguenza al rifiuto dell’invito del giudice (coerentemente con l’istituto della Court Annexed Mediation, di fatto recepito nell’articolo 5 comma 3 cit.) e tale omissione non può essere colmata né con l’articolo 116, comma 2, c.p.c., né con l’articolo 88 c.p.c., in quanto il legislatore ha voluto che la scelta dei litiganti fosse libera e genuina non influenzata dal timore di ricadute sfavorevoli nella futura decisione giurisdizionale (è una mediazione su invito e non comando del giudice). Le parti devono quindi essere avvisate che del loro eventuale rifiuto, il giudice non terrà conto nella decisione conclusiva del processo”. Ove le parti, tuttavia, facciano “proprio” l’invito del giudice e procedano, quindi, alla mediazione (e ciò può avvenire, a norma dello stesso articolo 5, fino alla udienza di precisazione delle conclusioni o a quella di discussione), il giudice stesso assegna loro “il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione”. Una dottrina ha poi osservato che il giudice non sarebbe vincolato alla scelta dei litiganti di esercitare la mediazione, potendo le stesse valersi anche del disposto di cui all’articolo 296 c.p.c. e potendo comunque limitarsi a dare notizia al giudice della volontà di intraprendere il procedimento di mediazione, affinché lo stesso giudicante possa fissare l’udienza successiva dopo lo scadere del termine di quattro mesi di cui al successivo articolo 6¹¹; peraltro, una recente sentenza di merito¹² ha statuito che “la previsione dell’articolo 5, comma 2, legge 28/2010 prevede un potere discrezionale del giudice di invitare le parti a procedere alla mediazione. L’esclusività di tale potere non consente alla parte di sollecitarne l’esercizio”. Peraltro, una recente decisione di merito¹³ ha statuito che “una interpretazione orientata alla sal-



vanguardia della funzionalità dell'istituto impone, almeno per i fori inderogabili e almeno per il caso della mediazione su invito del giudice, che il magistrato possa indicare l'ambito territoriale entro cui svolgere la mediazione".

4. Brevi cenni su alcune questioni ancora aperte.

Restano aperte alcune questioni relative, ad esempio, alla materia fallimentare e del diritto del lavoro. Con riguardo alla prima, si pensi alla ipotesi di azione revocatoria fallimentare su conto corrente. Tale fattispecie, riguardante il diritto bancario e diritti disponibili, potrà essere oggetto di mediazione? In proposito, e con riferimento, più in generale, all'azione revocatoria *tout court* considerata (articolo 2901 c.c.), una recente decisione di merito¹⁴ ha statuito che "la mediazione cd. obbligatoria, prevista dall'articolo 5, comma 1, d.lgs. n. 28/2010, costituisce una limitazione alla regola generale dell'accesso diretto alla Giustizia, e, come tutte le ipotesi di giurisdizione c.d. condizionata, costituisce quindi una norma eccezionale non suscettibile di interpretazione estensiva o analogica. Ne consegue che l'azione revocatoria ex articolo 2901 c.c., anche se giustificata da contratti che ricadono sotto il fascio applicativo dell'articolo 5, 1 cit., non deve essere preceduta dall'obbligo preliminare della mediazione", lasciando peraltro aperta la questione qui posta. Sul più generale tema dell'applicazione della mediazione al diritto fallimentare, invece, perplessità sono state espresse da una recente sentenza¹⁵, la quale ha rilevato come fra la mediazione e il diritto fallimentare sussista "dubbio, per incompatibilità di rito e di regole".

Ancor più particolari sono le fattispecie riguardanti la materia giuslavoristica, relativamente agli articoli 2113 c.c. e 409 ss. c.p.c., con riferimento alle quali l'articolo 23, comma 2 del decreto 28 dispone che "restano ferme le disposizioni che prevedono i procedimenti obbligatori di conciliazione e mediazione, comunque denominati, nonché le disposizioni concernenti i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie di cui all'articolo 409 del Codice di procedura civile". In particolare, e pur potendosi vertere in tema di diritti disponibili, resterebbe aperta la questione della "stabilità" - *i.e.* inoppugnabilità - di un accordo raggiunto in una sede diversa da quella espressamente prevista dal legislatore *in sede materiae*. Il potenziale "conflitto" sorgerebbe dal fatto che l'accordo raggiunto nelle sedi previste dalla legge

istitutiva della mediazione potrebbe essere impugnato dal lavoratore entro sei mesi, per non essere stato raggiunto nelle sedi proprie (Direzione Provinciale del Lavoro). La domanda che sorge allora, e che non potrà trovare puntuale risposta in questa sede (riservandomi di trattare, *fundite*, la problematica in un momento successivo) è se l'accordo stesso, riguardando materie oggetto di previsione normativa e, quindi, oggetto di possibile mediazione, espliciti pienamente i propri effetti pur non essendo stato siglato nelle sedi "giuslavoristiche". La questione potrebbe rivelarsi, in realtà, "di lana caprina", ove si consideri che alcun interesse potrebbero avere le parti a tentare un accordo dinanzi al mediatore, corrispondendo quanto previsto dalla legge, con tempi di risoluzione più lunghi e con il rischio concreto che l'accordo possa essere caducato, quando l'accordo stesso potrebbe raggiungerci, senza oneri, in tempi più brevi e con la certezza dalla inoppugnabilità, nelle sedi specificamente previste dalla legge.

- 1 Da G. Dinacci, *Mediazione, conciliazione e risoluzione alternativa delle controversie*, in AA.VV., *Materiali e commenti sulla mediazione civile e commerciale*, a cura di R. Martino, Bari, 2001, p. 46.
- 2 Castagnola-Delfini, sub art. 2, in AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, a cura di Castagnola e Delfini, Padova, 2010, p. 26 s.
- 3 Da Castagnola-Delfini, *op. cit.*, p. 21 s.
- 4 Castagnola-Delfini, *op. cit.*, p. 22.
- 5 Castagnola-Delfini, *op. cit.*, p. 23.
- 6 Si tenga peraltro conto che, a norma dell'articolo 768 octies c.c. "le controversie derivanti dalle disposizioni di cui al presente capo sono devolute preliminarmente a uno degli organismi di conciliazione previsti dall'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5".
- 7 Cuomo-Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 373.
- 8 M.M. Andreoni-G. Battaglia-S. Giavarrini-S. Romano, sub art. 5, in AA.VV., *La mediazione nelle controversie civili e commerciali. Commentario al decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*, cit., p. 109.
- 9 Da M.M. Andreoni-G. Battaglia-S. Giavarrini-S. Romano, *op. cit.* p. 88 ss.
- 10 Tribunale di Varese, 6 luglio 2011, reperibile all'indirizzo internet www.ilcaso.it, ove si afferma pure che "il giudice può invitare le parti a valutare la possibilità di un tentativo stragiudiziale di mediazione [...] là dove taluni elementi della causa siano indicativi di una buona probabilità di chances di conciliazione. Tanto avviene, in particolare, dove la causa interessi, dal punto di vista soggettivo, due litiganti legati da un pregresso rapporto di origine familiare, destinato a proiettarsi nel tempo in modo durevole e, quindi, allorché meriti di essere salvaguardata la possibilità di conservazione del vincolo affettivo in essere".
- 11 M.M. Andreoni-G. Battaglia-S. Giavarrini-S. Romano, *op. cit.*, p. 90.
- 12 App. Napoli 15 luglio 2010, reperibile all'indirizzo internet www.ilcaso.it.
- 13 Tribunale di Varese, cit.
- 14 Tribunale di Varese, 10 giugno 2011, reperibile all'indirizzo internet www.ilcaso.it.
- 15 App. Napoli, cit.

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale".

Renato Diodato

Presidente della Commissione Biblioteca

Commentario breve al Codice penale. Complemento giurisprudenziale.
A cura di Giuseppe Zuccalà.
CEDAM, pp. 2256, € 180,00.

Quest'opera risponde meglio alle esigenze di tutti gli operatori del diritto, compresi giudici ed avvocati. In via generale, il *Complemento giurisprudenziale* raccoglie le massime, relative a ciascun articolo del Codice penale. Le stesse sono selezionate, ordinate per argomento, e coordinate con cura, tali da diventare di fatto un vero e proprio commento ragionato ad ogni articolo del codice. Il volume è aggiornato con le più recenti novità giurisprudenziali, e tutta la giurisprudenza superata è stata eliminata e sostituita da quella più recente.

Le massime relative alle decisioni della Corte Costituzionale sono citate con l'indicazione dell'anno e del numero. Invece, le massime relative alle decisioni della Suprema Corte di Cassazione sono citate, indicando il numero, la sezione, e l'anno dell'udienza.

Il manuale è diviso in tre libri, con sottostanti titoli. Il libro primo tratta della legge penale, e, precisamente, delle pene, del reato, del reo e della persona offesa dal reato, della modificazione, applicazione ed esecuzione della pena, dell'estinzione del reato e della pena, delle sanzioni civili, e delle misure amministrative di sicurezza personale e patrimoniali. Il libro secondo ha per oggetto i delitti in particolare, e, più precisamente, dei delitti contro la personalità dello Stato, contro la pubblica amministrazione, contro l'amministrazione della giustizia, contro il sentimento religioso e la pietà dei defunti, contro l'ordine pubblico, contro l'incolumità pubblica, contro la fede pubblica, contro l'economia pubblica, contro l'industria ed il commercio, contro la morale pubblica ed il buon costume, contro il sentimento per gli animali, contro l'integrità della stirpe, contro la famiglia, contro la persona, e contro il patrimonio. Il libro terzo, invece, riguarda le contravvenzioni in particolare, e, più segnatamente, le contravvenzioni di polizia, le contravvenzioni concernenti l'attività sociale della pubblica amministrazione, e le contravvenzioni riguardanti la tutela della riservatezza.

L'opera è all'ottava edizione, e nella stessa, tra l'al-



tro, sono riportate anche le questioni di legittimità costituzionale, le modifiche legislative, nonché il rapporto con altre figure di reato. L'evidenziazione delle parole chiavi in neretto facilita la consultazione e l'individuazione delle sentenze utili, così come il raggruppamento delle massime in paragrafi titolati supporta il lettore nella selezione rapida.

Inoltre, un completo e dettagliato "indice analitico alfabetico" consente una facile ricerca, nonché un accesso mirato ai contenuti, in particolare, laddove sia essenziale spaziare tra argomenti collegati.

È noto che il legislatore ha continuato e continuerà ad apportare modifiche ed innovazioni in tutte le materie, tra cui anche quella penale, per cui gli avvocati, i magistrati, gli studenti, e tutti gli altri operatori del diritto dovranno essere sempre vigili ed attenti ad ogni novità legislativa o giurisprudenziale. Corre l'obbligo di ricordare che, tra le ultime novità legislative, sono operanti, tra l'altro, la legge 13/8/2010, n. 136, riguardante il piano straordinario contro le mafie, che ha modificato alcuni articoli del Codice penale, la legge 6/4/2010, n. 52, di conversione, con modificazioni, del d.lgs. 12/2/2010, n. 10, in materia di competenza per i procedimenti penali a carico di autori di reati di grave allarme sociale, nonché la legge 31/3/2010, n. 50, di conversione, con modificazioni, del d.lgs. 4/2/2010, n. 4, recante disposizioni di contrasto alla criminalità organizzata.

Contributi dai Colleghi

Ospitiamo in questa rubrica il contributo della dottoressa Francesca Del Grosso, Direttore Amministrativo, Tribunale di Nocera Inferiore.

Corso di formazione: la figura professionale dell'assistente giudiziario.

di Francesca Del Grosso

La sede decentrata di Salerno della Scuola di Formazione del personale dell'Amministrazione giudiziaria ha organizzato in adesione al Piano di formazione - anno 2011 - e in sinergia con gli uffici giudiziari del distretto della Corte di Appello, un corso di formazione per gli assistenti giudiziari (ex operatori giudiziari B2) prestanti attualmente servizio negli stessi.

L'opportunità del corso, per la mappatura delle competenze, si è profilata in quanto il contratto collettivo integrativo per il personale non dirigenziale della giustizia del 29.7.2010 ha ridefinito i profili professionali e ridisegnato le mansioni, prevedendo, in particolare per gli assistenti giudiziari, "l'assistenza al magistrato nell'attività istruttoria e nel dibattimento con compiti di redazione e sottoscrizione dei relativi verbali".

Il corso è stato pertanto finalizzato ad illustrare gli aspetti fondamentali connessi alla nuova mansione attribuita a tale figura professionale, nella consapevolezza della delicatezza dell'attività di assistenza all'udienza sia civile che penale e degli adempimenti inerenti.

Presso il distretto del Tribunale di Nocera Inferiore il corso si è articolato in due moduli nel corso del mese di aprile, nei quali sono stati accorpati tutti i dipendenti legittimati a parteciparvi. I relatori (funzionari D'Angelo, Del Grosso, Milano e Scarpa) coadiuvati dai tutors in aula, oltre ad argomentare in ordine ai profili giuridici di alcuni istituti peculiari al processo civile e penale, hanno voluto dare un taglio pratico alle lezioni, simulando la redazione di verbali di udienza e svolgendo proficue (sia pure non esaustive) esercitazioni nelle cancellerie e nelle segreterie giudiziarie.

Il corso, per la prima volta organizzato in sede locale, è stato un significativo esempio di sinergia tra uffici diversi che si sono ricordati tra loro per uno scopo comune: l'aggiornamento del personale dell'amministrazione giudiziaria per il continuo miglioramento dell'offerta del servizio della giustizia all'utenza.

Nello svolgimento del corso si sono inoltre raccontate e confrontate esperienze, si sono eviden-

ziate alcune buone prassi adottate nell'ambito dell'ufficio giudiziario di Nocera Inferiore, mirando a proiettarle anche all'esterno (in sintonia a quanto di recente testimoniato anche dal CSM con la circolare n. 6810/2011 illustrativa della c.d. banca dati delle buone prassi), ed è emersa l'opportunità di un costante e sano confronto dialettico tra colleghi che sia pure operanti in settori diversi, appartengono, quali parte del tutto, ad un'unica organizzazione.

La formazione del resto, così come sottolineato dal Piano citato in premessa, "riveste un ruolo strategico di gestione della complessità in un contesto di sviluppo caratterizzato da continui cambiamenti normativi, tecnologici e culturali". Attraverso la formazione potranno favorirsi stili di azione comuni e innovativi tesi a migliorare il livello di qualità e quindi di efficienza del servizio pubblico.

L'azione formativa è anzi estremamente importante rappresentando le risorse umane le leve necessarie ai processi di cambiamento.

Tali principi vengono ancor più avvalorati se riflettiamo su due circostanze che, a parere di chi scrive, scaturiscono dall'attuale panorama normativo di riforma della pubblica amministrazione. In primo luogo vanno ricordati la direttiva n. 10/2010 del Dipartimento della Funzione Pubblica che attribuisce alla formazione il ruolo di "leva strategica per la modernizzazione dell'azione amministrativa e per la realizzazione di effettivi miglioramenti qualitativi dei servizi ai cittadini e alle imprese" e quindi il d.lgs. n. 150 del 27/10/2009 (riforma Brunetta), che valorizzando il merito nell'ambito di un sistema organizzativo finalizzato al raggiungimento dei risultati prevede, di riflesso, l'accesso a percorsi di alta formazione e crescita professionale in ambito nazionale ed internazionale.

In secondo luogo la formazione non rappresenta, come evidenziato, solo lo strumento per l'accrescimento della professionalità del dipendente, ma è anche uno degli ambiti in cui si pone la valutazione della dirigenza amministrativa.

Ciò proprio perché il dirigente, quale gestore delle risorse umane (d.lgs. n. 240/2006) e quindi colui che ha cura delle medesime, dovrà essere capace di indirizzare il personale diretto, agli aggiornamenti strumentali allo svolgimento della funzione rivestita e che si esercita.

Historia et Antiquitates

'O cunto 'e Masaniello.

di Gianluca Granato

La storia cantata di Tommaso Aniello d'Amalfi, "Capitano generale del fedelissimo popolo".

Il canto di poco posteriore alla figura storica di Masaniello, forse risalente ai primi anni del XVIII secolo, racconta l'epopea del pescivendolo-rivoluzionario, che capeggia la ribellione del popolo napoletano contro le pressanti tasse imposte dal viceré. La Nuova Compagnia di Canto Popolare lo propose, nel 1974, nell'album *Li Sarracini adorano lu sole*:

*A lu tiempo de la malora
Masaniello è nu piscatore,
piscatore nun le rincresce
Masaniello se magna 'nu pesce.
Vene subbeto 'o Vicerrè
chistu pesce spett' a mme
tutt' a mme e niente a tte
po' si a tassa vuo' pava',
chistu pesce t' 'o può 'mpigna'...
A lu tiempo de la malora
Masaniello è nu piscatore.
A lu tiempo de trivule 'mpizze
Masaniello se veste 'a scugnizzo,
nu scugnizzo stracciato e fetente,
Masaniello se magna 'e semmente.
Vene subbeto 'o Vicerrè
'sta semmenta spett' a mme
tutt' a mme e niente a tte
cu 'a semmenta tu te 'ngrasse,
e t' 'a metto n'ata tassa...
A lu tiempo de trivule 'mpizze
Masaniello se veste 'a scugnizzo...
A lu tiempo de li turmiente
Masaniello se veste 'a fuyente.
Senza rezza e senza cchiù varca,
fa' 'nu vuto a' Maronna 'e ll'Arco...
Vene 'o prevete e 'o Vicerrè
'sta Maronna spett' a mme
tutt' a mme e niente a tte,
chesta è a tassa p' 'o Pataterno,
o vai subbet' all' inferno...
A lu tiempo de li turmiente
Masaniello se veste a fuyente.
A lu tiempo d' 'a disperazione
Masaniello se veste 'a liona
nu liona cu ll'ogne e cu 'e riente,
tene 'a famma e tutt' 'e pezziente.
Vicerrè mò fete 'o ccisto
songo 'o peggio cammurrista,*



*o me songo fatto 'nzisto,
e cu 'a 'nziria e Masaniello
faie marenna a sarachiello...
A lu tiempo d' 'a disperazione
Masaniello se veste 'a liona.
A lu tiempo de primmavera
Masaniello se veste 'a bannera.
'Na bannera ca 'o popolo bascio
sona arreto tammorra e grancascia.
Attenzione... battagliaione
s'è sparato nu cannone,
è asciuto pazzo lu patrone,
ogge 'nce ha avasciato 'o ppane
ma nun saie fino a dimmane...
A lu tiempo de primmavera
Masaniello se veste 'a bannera.
A lu tiempo de trarimientu
Masaniello 'o vestono 'argiento,
tutt' argiento 'e signure cumpite
mò ce 'o coseno 'stu vestito.
Dice subbeto 'o Vicerrè
simmo eguale io e te
pazziammo cucù e settè,
si rispunne a chist' invito,
t'aggia cosere n'atu vestito...
A lu tiempo de trarimientu
Masaniello 'o vestono 'argiento.
A lu tiempo de li 'ntrallazze*



Masaniello è bestuto da pazzo.
Quanno tremma e 'o vestito se straccia,
pure 'o popolo 'o sputa 'nfaccia
'Stu vestito fà appaura
Masaniello se spoglia annuro,
'a Maronna nun se ne cura
po' si 'a capa 'nterra ce lassa
accussi pava ll'urdema tassa.
A lu tiempo de li 'ntrallaze
Masaniello è bestuto da pazzo.
A lu tiempo de 'sti gabelle
Masaniello è Pulicenella.
Si è rimasto cu 'a capa a rinto
ll'ate ridono areto 'e quinte.
Pò s'augmenta 'o ppane e ll'uoglio
saglie 'ncoppa n'atu 'mbruoglio
tira 'o popolo ca ce cuoglie,
nun ce appizza mai la pelle
chi cummanna 'sti guarattelle.
A lu tiempo de 'sti gabelle
Masaniello è Pulicenella
A lu tiempo de chisti scunfuorte
Masaniello è bestuto da muorto.
Dint' 'a nicchia 'na capa cu ll'ossa
nce ha lassato 'na coppola rossa.
Chesta coppola dà 'na voce,
quanno 'a famme nun è doce,
quann' 'o popolo resta 'ncroce,
quanno pave 'stu tributo
pure 'a tassa 'ncopp' 'o tavuto.
A lu tiempo de chisti scunfuorte
Masaniello è bestuto da muorto.
Masaniello s' 'o credono muorto...

Masaniello - Tommaso Aniello - era un umile pescivendolo nato nel 1620 da Francesco D'Amalfi e da Antonia Gargani; era finito spesso in carcere per le proteste contro il governo del viceré spagnolo e per il contrabbando del pesce; una condotta che l'aveva reso molto popolare tra le classi umili, e tra i borghesi che videro in lui l'individuo capace di farsi interprete del malumore generale e di guidare l'insurrezione contro il governo spagnolo. Nella prima metà del '600 Napoli era precipitata in una gravissima crisi socio-economica, aggravata dall'assoggettamento alla corona di Spagna che, combattendo guerre sempre più dispendiose, esigeva da Napoli esosi tributi. Nel 1646 il viceré spagnolo Rodrigo Ponce de León, duca d'Arcos, aveva ulteriormente



umentato il carico di tasse applicate, sicché l'anno successivo bastò l'aumento del prezzo della frutta fresca, perché il 7 luglio del 1647 la rivolta scoppiasse in tutta la sua violenza al grido di "Viva il re di Spagna, mora il malgoverno". I lazzaroni, guidati da alcuni capi, tra cui Masaniello e suo cugino Maso, armati con armi sottratte alle caserme e ai soldati, sbaragliarono la guardia spagnola e si riversarono in Palazzo Reale. Travolto chiunque tentasse di fermarli, irrupero negli appartamenti del viceré abbandonandosi alla devastazione. L'ira popolare si abbatté contro nobili e borghesi: nella notte tra il 7 e l'8 luglio furono puniti tutti coloro che erano ritenuti responsabili delle gabelle, primo fra tutti Girolamo Letizia, il colpevole dell'arresto della moglie di Masaniello, a cui fu bruciata la casa nei pressi di Portauova; seguirono la stessa sorte diversi palazzi nobiliari, le case di ricchi mercanti e quelle di altri influenti oppressori. Furono poi dati alle fiamme tutti i registri delle imposte e liberati tutti coloro che erano stati imprigionati per evasione o contrabbando. Il duca d'Arcos, riuscito miracolosamente a salvarsi da un'aggressione, si rifugiò nel Convento di San Luigi e da qui fece recapitare all'arcivescovo di Napoli, il cardinale Ascanio Filomarino, un messaggio in cui prometteva l'abolizione di tutte le imposte più gravose. Temendo ancora per la sua sorte, il viceré si spostò prima a Castel Sant'Elmo ed infine a Castel Nuovo. Masaniello, nominato "Capitano generale del fedelissimo popolo", consigliato dal letterato Giulio Genoino - che secondo alcuni fu il vero ideatore della rivolta - ottenne dal viceré la concessione di una costituzione popolare, redatta dallo stesso Genoino. Seguirono alcuni giorni di pace apparente che servirono agli Spagnoli per rifornire abbondantemente i castelli della città. Tuttavia, Tommaso, inebriato del potere, cominciò ad ordinare provvedimenti ed esecuzioni arbitrarie, tanto che la sua breve esperienza rivoluzionaria si concluse appena nove giorni dopo l'inizio dell'insurrezione, il 16 luglio, quando fu ucciso. Quel giorno, in cui si festeggiava Maria SS. del Carmine, affacciandosi alla finestra della sua casa, aveva pronunciato un discorso farneticante ed i popolani, venuti ad ascoltarlo, gli si rivoltarono contro, cominciando a dar credito alla notizia che fosse improvvisamente divenuto pazzo. Sentendosi braccato Masaniello cercò rifugio

nella Basilica del Carmine e qui, interrompendo la celebrazione della messa, pregò l'arcivescovo Filomarino di poter partecipare prima di morire, insieme a lui, al viceré ed alle altre autorità della città, alla tradizionale cavalcata in onore della Vergine. Poi salì sul pulpito per tenere il suo ultimo discorso: "Amice miei, popolo mio, gente: vuie ve credite ca io sò pazzo e forze avite raggione vuie: io sò pazze overamente. Ma nunn'è colpa da mia, so state lloro che m'hanno fatto'asci afforza n'fantasia! Io ve vulevo sulamente bbene e forze sarrà chesta 'a pazzaria ca tengo 'ncapa. Vuie primme eravate munnezza e mò site libbere. Io v'aggio fatto libbere. Ma quanto pò durà sta libbertà? Nu juorno?! Duie juorne?! E già peccché po' ve vene 'o suonno e ve jate tutte quante 'a cuccà. E facite bbuone: nun se pò campà tutta a vita cu na scuppetta 'mmano. Facite comm'a Masaniello: ascite pazze, redite e vuttateve 'nterra, ca site pat' 'e figlie. Ma si ve vultite tenere 'a libbertà, nun v'addurmite! Nun pusate ll'arme! 'O vedite? A me m'hanno avvelenate e mò me vonno pure accidere. E ci 'hanno raggione lloro quanno diceno ca nu pisciavinnolo nun pò addeventà generalissimo d'a pupulazione a nu mumento a n'ato. Ma io nun vulevo fa niente 'e male e manco niente voglio. Chi me vo' bbene overamente dicesse sulo na preghiera pe me: nu requia-materna e basta pé quanno moro. P' 'o rriesto v' 'o torno a di: nun voglio niente. Annudo so' nato e annudo voglio muri. Guardate!!!". Dopo essersi spogliato ed essere stato deriso dai presenti, fu invitato a calmarsi dall'arcivescovo e fatto accompagnare in una delle celle del convento. Qui venne raggiunto da alcuni capitani delle ottine (antichi quartieri - Napoli era divisa in 29 ottine, ognuna aveva un capitano il cui compito era mediare tra il governo vicereale spagnolo e le istituzioni locali) corrotti dagli spagnoli che lo freddarono con una serie di archibugiate. Il corpo fu decapitato, trascinato per le strade e gettato in un fosso tra Porta del Carmine e Porta Nolana, vicino ai rifiuti, mentre la testa fu portata al viceré come prova della sua morte. Ben presto si incominciò a sentire la mancanza di colui che era riuscito, anche se per pochissimo tempo, a migliorare le condizioni di vita della popolazione, finché un gruppo di persone ne recuperò pietosamente il corpo e la testa, che dopo essere stati lavati furono ricuciti insieme. Le autorità spagnole, temendo l'infuriare di una nuova sommossa, ordinarono di assecondare tutte le manifestazioni di devozione verso il capopopolo assassinato. Il corteo funebre, uscito dalla Basilica del Carmine due ore prima del tramonto, era seguito da migliaia di persone, mentre da tutte le finestre venivano esposte coperte e lumi come tributo d'onore. Il feretro, avvolto in un lenzuolo di seta bianco ed in una coltre di velluto nero, con alla destra una spada ed alla sinistra il bastone di capitano generale, fu

portato in processione per tutta la città quasi si trattasse delle spoglie di un santo. Attraversò tutti i sei seggi di giustizia della città, seguendo l'itinerario della rituale cavalcata che i viceré tenevano al momento dell'insediamento. Dopo aver attraversato via Toledo, passando di fronte al Palazzo Reale, il duca d'Arcos ordinò di abbassare le bandiere spagnole in segno di lutto. Alle tre del mattino, finita la processione, fu data sepoltura al feretro nella Basilica del Carmine, dove i resti di Masaniello rimasero fino al 1799: in quell'anno, dopo aver represso violentemente la rivoluzione napoletana, Ferdinando IV di Borbone ne ordinò la rimozione e la dispersione allo scopo di cancellare il ricordo di ogni opposizione al potere regio. La tradizione vuole che la presunta pazzia di Masaniello fosse stata causata dalla *roserpina*, un potente allucinogeno che gli sarebbe stato somministrato durante un banchetto nella reggia. È più probabile, tuttavia, che il comportamento di Masaniello fosse mutato a causa dell'improvvisa ascesa al potere, e che le sue follie trovassero, in realtà, ogni origine nell'incapacità di gestire grandi responsabilità di comando; al culmine del potere i segni di squilibrio che manifestò furono numerosi: il lancio di un coltello tra la folla; interminabili galoppate; tuffi notturni nel mare; l'insistere nel progetto strampalato di trasformare piazza del Mercato in un porto e di costruirvi un ponte per collegare Napoli alla Spagna. Con la fine di Masaniello la rivolta, in ogni caso, non si spense: gli scontri contro la nobiltà ed i soldati si susseguirono violentissimi nei mesi successivi, fino alla cacciata degli spagnoli dalla città. Il 17 dicembre fu, infine, proclamata la Real Repubblica Napoletana sotto la guida del duca francese Enrico II di Guisa, che in qualità di discendente di Renato d'Angiò rivendicava diritti dinastici sul trono di Napoli. L'esempio di Masaniello fu, inoltre, seguito anche da popolani di altre città: da Giuseppe d'Alesi a Palermo, e da Ippolito di Pastina a Salerno. La parentesi rivoluzionaria si concluse solo il 6 aprile 1648, quando don Giovanni d'Austria, figlio naturale di Filippo IV, alla guida di una flotta proveniente dalla Spagna riprese il controllo della città. Il giudizio negativo degli storici Michelangelo Schipa e Benedetto Croce intaccò pesantemente la figura di Masaniello, tanto che finì per personificare tutti quegli stereotipi e pregiudizi che volevano il popolano napoletano rozzo, incolto, furbo, prepotente con i deboli, e servile con i potenti, finendo per essere accostato alla figura di Pulcinella: è da questa visione del personaggio che deriva il modo di dire *essere un Masaniello* o *fare il Masaniello*, rivolto a coloro che incitano le folle con argomenti di facile demagogia e populismo.

La Pagina dei Convegni

La SCIA tra semplificazione procedimentale e tutela giudiziaria dei terzi controinteressati.

di Maria Buonavita

Sabato 18 giugno 2011, nell'ambito del programma della formazione permanente della Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola", si è tenuta, presso l'aula E. Alessandrini del Tribunale di Nocera Inferiore, una lezione sul Diritto Amministrativo dal titolo "La SCIA tra semplificazione procedimentale e tutela giudiziaria dei terzi controinteressati".

Il tema, molto attuale e pur denso di implicazioni teoriche e pratiche, è stato trattato dal relatore incaricato dell'incontro, prof. Francesco Armenante, Ricercatore di Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno, con chiarezza e precisione, risultando così fluido ed interessante ai tanti avvocati e praticanti presenti all'incontro.

L'apertura della lezione è stata riservata all'avv. Maria Coppola, del Foro di Nocera Inferiore, che, dopo una breve illustrazione degli argomenti da affrontare e dei punti principali della riforma introdotta dalla legge n. 122 del 2010, ha presentato il relatore.

Il primo punto affrontato dal prof. Armenante ha riguardato gli istituti della semplificazione, in generale, e, più in particolare, il quadro della "vecchia" DIA.

La DIA, introdotta dalla legge n. 241/90, rientrava tra quegli istituti aventi l'obiettivo di rendere più snelli e meno soggetti ad attività autorizzatoria i rapporti tra P.A. e terzi.

Essa si concretava in una dichiarazione di parte del privato che dichiarava, appunto, di possedere tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi necessari per iniziare l'attività e, nel caso in cui la dichiarazione non avesse trovato riscontri negativi da parte dell'amministrazione accertante nel termine previsto, il privato poteva iniziare l'attività.

Questo istituto era, dunque, molto simile a quello del silenzio assenso perché comportava l'attesa di un tempo entro il quale l'amministrazione avrebbe potuto verificare l'eventuale insussistenza delle condizioni necessarie per l'inizio dell'attività e dopo il quale il privato poteva esercitare l'attività. Il potere della P.A. in quella fase era, dunque, sia preventivo che successivo.

Quello preventivo si manifestava nel senso che, prima del decorso del termine previsto dalla legge

n. 241/90, l'amministrazione poteva esercitare un controllo formale e vietare l'attività al privato dichiarante. Quello successivo, invece, consisteva in un ulteriore lasso di tempo (altri 30 giorni) in cui l'amministrazione poteva disporre la sospensione dell'attività iniziata.

Lo schema originario della D.I.A. prevedeva, altresì, in capo alla P.A., un potere di autotutela in ogni caso e tempo, un potere cioè di rimuovere sempre gli effetti della dichiarazione, consentendo, così, alla P.A. d'intervenire in autotutela, annullando, in ogni tempo, gli effetti della DIA.

Il secondo punto focale della *lectio* del prof. Armenante è stato quello della riforma introdotta dalla legge n. 69/2009, la quale prevedeva - recependo numerose direttive comunitarie intervenute in materia - che, soprattutto per l'attività di prestazione di servizi, l'interessato con la semplice presentazione della DIA potesse avviare un'attività senza attendere alcun termine.

Ovviamente, erano previsti controlli successivi da parte della P.A. (sospensivi o addirittura interdittivi dell'attività iniziata) laddove non sussistessero i necessari requisiti da parte del privato.

Primo elemento di novità della legge n. 69/09, dunque, era che la presentazione della DIA consentiva immediatamente all'interessato di iniziare la sua attività. Il secondo era che, una volta presentata la DIA, in mancanza di un controllo da parte della P.A., si formava un provvedimento di silenzio assenso e, proprio con questo tipo di modifica, la DIA veniva equiparata al silenzio assenso (che, nel nostro ordinamento, è un atto implicito di autorizzazione). Illustrate le tematiche generali dell'argomento, il relatore ha trattato con esaustività anche gli aspetti salienti delle riforme più recenti intervenute in materia. In particolare, l'ultima, in ordine di tempo, è intervenuta il 30 luglio 2010, con la legge n. 122, che converte il decreto legge n. 78 del 2010 (sullo sviluppo economico), ed ha previsto, in luogo della D.I.A., un nuovo strumento di semplificazione, la Segnalazione Certificata d'Inizio Attività. L'articolo 49, comma 4 bis, della legge n. 122/2010, infatti, riformula interamente l'articolo 19 della legge n. 241/1990, sostituendo la Dichiarazione di Inizio Attività (DIA), con la Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA). Quando può essere usata quest'ultima?

La norma prevede che "Ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o di atti amministrativi

a contenuto generale, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato. La segnalazione deve essere corredata dalle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà (ai sensi degli articoli 46 e 47 del DPR 445/2000), nonché dalle attestazioni di tecnici abilitati o dalle dichiarazioni di conformità rese dalle Agenzie per le imprese (istituite dall'articolo 38 comma 4 del d.lgs. 112/2008), relative alla sussistenza dei requisiti e dei presupposti per l'avvio dell'attività. Tali attestazioni e asseverazioni sono corredate dagli elaborati tecnici necessari per consentire le verifiche di competenza dell'amministrazione. Tale documentazione sostituisce anche eventuali pareri di organi o enti appositi, ovvero l'esecuzione di verifiche preventive eventualmente richieste dalla legge".

Laddove, dunque, l'attività sia avviabile e, cioè, sussistano le condizioni soggettive ed oggettive previste dalla legge, predeterminabili da parte della P.A. per queste attività, l'interessato, in luogo della precedente DIA, può segnalare all'amministrazione che avvierà l'attività.

Questa segnalazione si compone, essenzialmente, di due documenti: una dichiarazione sostitutiva dell'interessato (il quale dichiara che sussistono tutti i presupposti soggettivi e le condizioni oggettive per intraprendere quella attività) ed una perizia asseverata di un tecnico abilitato (il quale dichiara che, oggettivamente, l'immobile in cui si andrà a svolgere l'attività è conforme a quanto previsto dalla legge). Presentando tali documenti a corredo della segnalazione, l'interessato può immediatamente intraprendere l'attività in base a quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 19 legge n. 241/90, secondo cui "L'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata dalla data della presentazione della segnalazione all'amministrazione competente".

Ci sono, però, dei limiti oggettivi alle materie per cui queste segnalazioni possono avvenire.

Il comma 3 dell'articolo 19 prevede, infatti, "L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività ed i suoi effetti entro un termine fissato dall'amministrazione, in ogni caso non inferiore a trenta giorni. È fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determi-

nazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21 quinquies e 21 nonies. In caso di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci, l'amministrazione, ferma restando l'applicazione delle sanzioni penali di cui al comma 6, nonché di quelle di cui al capo VI del testo unico di cui al DPR 28 dicembre 2000, n. 445, può sempre e in ogni tempo adottare i provvedimenti di cui al primo periodo".

La grande novità è, dunque, che anche per il potere di autotutela (revoca o annullamento) della P.A. è previsto un termine, un *dies ad quem*, un termine congruo per intervenire da parte della stessa mentre, in precedenza, all'autotutela non esisteva un termine finale.

Dopo l'analisi della normativa sopra esposta, il prof. Armenante ha affrontato l'ultimo punto previsto per l'incontro del 18 giugno, ovvero la tutela che il terzo può attivare contro il privato che abbia iniziato una attività a seguito della presentazione di una DIA, ora SCIA.

Il relatore non ha mancato di ricordare che inizialmente, per risolvere tale problema, fu predisposto uno strumento, processualmente molto farraginoso, individuato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 777/05. Tale procedimento prendeva le mosse dalla considerazione che la DIA, oggi SCIA, è una dichiarazione di un privato e non un provvedimento amministrativo, che è l'unico che può essere impugnato davanti al TAR. Il terzo controinteressato, pertanto, doveva diffidare l'amministrazione ad intervenire, cioè ad esercitare quei poteri di controllo che la stessa non aveva esercitato. A quel punto, se l'amministrazione interveniva, poteva prendere atto di quell'attività e redigere un verbale nel senso nell'ibizione o della continuazione dell'attività. Qualora, invece, si fosse espressa nel senso del mantenimento dell'attività intrapresa, allora il privato poteva impugnare l'atto che successivamente si formava. Se, invece, fosse rimasta inerte, l'interessato poteva proporre ricorso contro il silenzio inadempiuto. Si trattava evidentemente di un procedimento molto lungo e di dubbio esito! Per risolvere questo problema, la legge n. 69/2009 prevede che, presentata la DIA, se l'amministrazione non fosse intervenuta nel termine previsto, si sarebbe formato un provvedimento implicito di assenso, che il terzo controinteressato poteva, dunque, impugnare nei termini normativamente previsti (ossia nel termine di 60 giorni dalla conoscenza).

A ben vedere - ha evidenziato il relatore - la descritta formazione di un silenzio assenso automaticamente impugnabile dal terzo concreta una *factio iuris*. Anche il nuovo comma 5 dell'articolo 19 legge 241/90, così come introdotto dalla legge



n. 122/2010 prevedeva che sulla SCIA si formasse un atto di assenso. Ebbene, se questa riforma aveva facilitato le cose, però, è intervenuto il decreto legislativo n. 104 del 2010 ovvero il Codice del Processo Amministrativo a complicarle in quanto quest'ultimo, nell'allegato 4, articolo 4, ha espressamente abrogato il comma 5 dell'articolo 19 prevedendo, anche, la giurisdizione esclusiva davanti al G.A. per questioni che riguardano la DIA e la SCIA.

Allora, a questo punto, cosa può impugnare il terzo leso da una attività iniziata a seguito della presentazione di una DIA, ora SCIA?

Il decreto legislativo n. 104/2010 crea un problema emeneutico risolto, in parte, dal DPR 160/2010 sul SUAP (Sportello Unico Attività Produttive). Il suo articolo 5, infatti, prevede che, una volta presentata al SUAP la SCIA, lo sportello debba rilasciare una ricevuta che attesti formalmente che la SCIA è stata protocollata e che la stessa sia completa formalmente dei due documenti richiesti (dichiarazione sostitutiva dell'interessato e perizia asseverata del proprio tecnico). Rilasciata la ricevuta, questa costituisce non solo il titolo attraverso cui l'interessato può esercitare la sua attività, ma anche il titolo contro cui può ricorrere il terzo controinteressato.

Quest'ultimo, infatti, potrà proporre al TAR un ricorso contro la suddetta ricevuta al giudice amministrativo, in via esclusiva.

Infine, a completamento dell'incontro, il relatore ha affrontato un'ultima interessante novità, relativa alla possibile applicabilità della SCIA all'edilizia. Il problema è sorto sia in seguito dell'espressa abrogazione del comma 5 dell'articolo 19 legge 241/90, di cui si è detto, sia in seguito alle dichiarazioni del Ministero per la semplificazione, che ha espressamente chiarito che la SCIA si applica in tutti i casi in cui era prevista la DIA, quindi anche in materia edilizia. Secondo altri, invece, la DIA è prevista espressamente dal legislatore solo per attività imprenditoriali o produttive e la SCIA, dunque, non è applicabile all'edilizia.

La questione era talmente importante che la Regione Toscana ha sollevato questione di legittimità costituzionale.

Nel frattempo, però, è intervenuta un'altra norma molto importante, ovvero, l'articolo 5 del d.lgs. n. 70/11 che prevede "Costruzioni private. 1. Per liberalizzare le costruzioni private sono apportate modificazioni alla disciplina vigente nei termini che seguono: a) introduzione del "silenzio assenso" per il rilascio del permesso di costruire, ad eccezione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali; b) estensione della segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) agli interventi edilizi precedentemente compiuti con denuncia di inizio attività (DIA) (omissis)" dunque, per il permesso a costruire, la norma dispone, espressamente, la formazione di in silenzio assenso. Prima di tale decreto, invece, se l'amministrazione non si determinava sulla richiesta del Permesso a Costruire si formava il silenzio rifiuto. Pure quest'atto andava impugnato davanti al TAR, ma in tal caso il silenzio equivaleva a rifiuto. Oggi, invece, il legislatore, modificando questa norma, ha previsto che l'inerzia del Comune di fronte alla richiesta di permesso a costruire equivalga a silenzio assenso! L'effetto del silenzio è stato, dunque, ribaltato. Lo stesso articolo, prevede, altresì, che la SCIA si applichi anche in edilizia, e sostituisce l'ipotesi di interventi edilizi minori, mentre laddove fosse necessario il permesso a costruire questo rimane e non è sostituito dalla SCIA. Oggi, dunque, salvo modifiche in sede di conversione, l'articolo 5 estende la SCIA anche alla materia edilizia. Ovviamente, salvo anche eventuali problemi di costituzionalità della norma, essendo la materia del governo del territorio di competenza regionale, infatti, la Regione potrebbe individuare norme di dettaglio diverse. La disponibilità e la competenza del relatore hanno consentito, infine, di sciogliere alcuni dubbi dei presenti su peculiari caratteristiche concernenti l'applicazione pratica dell'istituto.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Inasprite le sanzioni per i professionisti che non emettono fattura.

Con il decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 "tassazione delle rendite finanziarie, limite all'uso dei contanti, studi di settore e sanzioni accessorie per professionisti ed esercenti attività commerciali", sono inasprite le sanzioni per i professionisti che non emettono fattura con la sospensione dall'Ordine da un minimo di 3 giorni ad un massimo di 1 mese nel caso di 4 fatture omesse in 5 anni.

L'articolo 2, comma 5:

All'articolo 12 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471, dopo il comma 2-quinquies, sono inseriti i seguenti:

"2-sexies. Qualora siano state contestate a carico di soggetti iscritti in albi ovvero ad ordini professionali, nel corso di un quinquennio, quattro distinte violazioni dell'obbligo di emettere il documento certificativo dei corrispettivi compiute in giorni diversi, è disposta in ogni caso la sanzione accessoria della sospensione dell'iscrizione all'albo o all'ordine per un periodo da tre giorni ad un mese. In caso di recidiva, la sospensione è disposta per un periodo da quindici giorni a sei mesi. In deroga all'articolo 19, comma 7, del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 472, il provvedimento di sospensione è immediatamente esecutivo. Gli atti di sospensione sono comunicati all'ordine professionale ovvero al soggetto competente alla tenuta dell'albo affinché ne sia data pubblicazione sul relativo sito internet. Si applicano le disposizioni dei commi 2-bis e 2-ter.

2-septies. Nel caso in cui le violazioni di cui al comma 2-sexies siano commesse nell'esercizio in forma associata di attività professionale, la sanzione accessoria di cui al medesimo comma è disposta nei confronti di tutti gli associati".

Sanzioni per gli avvocati in caso di mancata indicazione sugli atti del numero di fax, dell'indirizzo di posta certificata e del codice fiscale. I nuovi importi del contributo unificato.

Il decreto legislativo n. 98/2011 (convertito con legge n. 111/2011) ha introdotto una serie di novità in materia di giustizia. L'articolo 37, rubri-

cato "Disposizioni per l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie", modifica nuovamente il T.U. sulle spese di giustizia (DPR n. 115 del 2002). Sono ridotti i casi di esenzione. Non sono più esenti: il processo esecutivo per consegna e rilascio; i processi in materia di separazione personale dei coniugi; i giudizi di lavoro e quelli in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie (a patto che la parte ricorrente abbia un reddito IRPEF superiore a € 31.884,48). In base agli aumenti previsti dall'articolo 37, il contributo unificato è dovuto in ragione dei seguenti importi:

Valore della lite	C.U.	C.U. precedente
Fino a euro 1.100 e per i processi in materia di previdenza ed assistenza obbligatorie	37	33
da euro 1.101 a 5.200, per i processi di volontaria giurisdizione e per i processi in materia di famiglia e stato	85	77
da euro 5.201 a 26.000	206	187
da euro 26.001 a 52.000	450	374
da euro 52.001 a 260.000	660	550
da euro 260.001 a 520.000	1056	880
oltre 520.000	1466	1221
Esecuzioni immobiliari	242	220
Esecuzioni mobiliari fino a 2.500 euro	37	30
Opposizioni agli atti esecutivi	146	132
Controversie di lavoro	½ del C.U.	Esente
Procedura fallimentare (dalla sentenza dichiarativa di fallimento in poi)	740	672

Il comma 3 bis, nell'articolo 13 del T.U. prevede una sanzione per gli avvocati e, dunque, per le parti patrocinati, nel caso di mancata indicazione, sugli atti, del numero di fax, dell'indirizzo di posta certificata e del codice fiscale. Difatti, il contributo unificato viene aumentato della metà. Fin qui il processo civile.

Per quanto attiene al processo amministrativo:

Materia del ricorso	C.U.	C.U. precedente
Ricorsi in materia di accesso agli atti, ricorsi avverso il silenzio, per quelli aventi ad oggetto il diritto di cittadinanza, di residenza, di soggiorno e di ingresso nel territorio dello Stato e per i ricorsi di esecuzione nella sentenza o di ottemperanza del giudicato	300	250
Ricorsi in materia di pubblico impiego	½ del C.U. civile	Esente
Riti abbreviati relativi a speciali controversie	1500	1000
Ricorsi in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché di provvedimenti delle Autorità	4000	2000
Tutti gli altri casi	600	



Anche per i ricorsi amministrativi vige la regola per cui la mancata indicazione, sugli atti, del numero di fax, dell'indirizzo di posta certificata e del codice fiscale comporta l'aumento della metà del contributo unificato. Inoltre, la norma ha precisato che il contributo deve essere versato tanto per il ricorso principale, quanto per quello incidentale, quanto ancora per i motivi aggiunti. Quanto, infine, al processo tributario, il contributo unificato prevede il versamento in ragione dei seguenti importi:

Valore della lite	C.U.
Fino a euro 2.582,28	30
da euro 2.582,28 a 5.000	60
da euro 5.000 a 25.000	120
da euro 25.000 a 75.000	250
da euro 75.000 a 200.000	500
oltre 200.000	1500

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	157	6	0	0	163
AVVOCATI	1216	8	6	1	1231
TOTALE	1373	14	6	1	1394

PRAT. SEMPLICI	183
PRAT. ABILITATI	406
TOTALE	589

CASSAZ. E AVVOCATI	1394
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	589
TOTALE ISCRITTI	1983

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totali M • F
CASSAZIONISTI	136 • 21	5 • 1	0 • 0	0 • 0	141 • 22
AVVOCATI	594 • 622	2 • 6	5 • 1	0 • 1	601 • 630
TOTALE	730 • 643	7 • 7	5 • 1	0 • 1	742 • 652

	M • F
PRAT. SEMPLICI	69 • 114
PRAT. ABILITATI	172 • 234
TOTALE	241 • 348

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	742 • 652
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	241 • 348
TOTALE ISCRITTI	983 • 1000