

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO VIII NUMERO 3  
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



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

**EDITORIALE**  
Nessuno ci difende

**VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA**  
Cinquanta anni di Toga

**HISTORIA ET ANTIQUITATES**  
Della navigabilità  
del fiume Sarno

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO**  
La VII Conferenza  
Nazionale dell'Avvocatura

**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**

Barbara Barbato

Angela Cisale

Irene Coppola

Maria Coppola

Gianluigi Diodato

Gianluca Granato

Olindo Lanzara

Marco Mainardi

Antonia Marchino

Mariella Orlando

Piervincenzo Pacileo

Giuseppina Romano

Vincenzo Vanacore

**Segretario di Redazione**

Massimo De Martino Adinolfi

**Hanno collaborato a questo numero**

Rino Carpinelli

Renato Diodato

Raffaele Fasolino

Teobaldo Fortunato

Mauro Menicucci

Giuseppina Speziga

Orsola Vasaturo

**Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

[omniaiustitiae@foronocera.it](mailto:omniaiustitiae@foronocera.it)

Progetto grafico a cura di

**Marianna Federico**

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

Si ringrazia Natale Gentile per la foto a p. 45

**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](mailto:altrastampa@libero.it)

© 2011 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2011 Testi

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

# s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Marco Mainardi e Orsola Vasaturo</i> Il principio del contraddittorio e la tutela cautelare nel processo amministrativo <i>seconda parte</i>	24
<b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b> <i>la redazione</i> Cinquanta anni di Toga	6	<i>Mauro Menicucci</i> Brevi riflessioni su alcuni aspetti degli articoli 2 e 5 del d.lgs. n. 28/2010	29
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>Barbara Barbato</i> Ferie non godute e riposi: natura risarcitoria, prescrizione decennale	10	<i>Giuseppina Speziga</i> La pubblica amministrazione ed il silenzio-assenso (articolo 20, legge n. 80/2005)	33
<i>Maria Coppola</i> Legittimità della decurtazione cumulativa dei punti della patente di guida	12	<b>SOTTO LALENTE</b> <i>a cura di Renato Diodato</i> La semplificazione dei riti civili. Commento al d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150	35
<i>Antonia Marchino</i> Sussiste la responsabilità per custodia dell'ente proprietario per danni e lesioni causati dalla presenza sulla strada di fango e detriti	14	<b>CONTRIBUTI DAI COLLEGGI</b> <i>Raffaele Fasolino</i> Dal "libero convincimento"	37
<i>Mariella Orlando</i> Il condono non pregiudica il rimborso	15	<i>Rino Carpinelli</i> Spigolando	37
<i>Piervincenzo Pacileo</i> Dell'incontestabilità dell'estratto conto da parte del correntista bancario	17	<b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b> <i>Gianluca Granato</i> Della navigabilità del fiume Sarno	40
<i>Giuseppina Romano</i> Risponde del reato di trattamento illecito di dati personali il privato che diffonde a mezzo di chat line pubblica il numero di cellulare di un altro soggetto	19	<i>Teobaldo Fortunato</i> Il busto di San Prisco	45
<i>Vincenzo Vanacore</i> I concorsi pubblici e l'annosa questione dei titoli preferenziali	20	<b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b> <i>la redazione</i> La VII Conferenza Nazionale dell'Avvocatura	47
<b>DOTTRINA</b> <i>Angela Cisale</i> Per i giudici americani la memoria è ingiusta	22	Modifiche apportate al Codice Deontologico Forense a seguito dell'entrata in vigore dell'Istituto della Mediazione/Conciliazione	47
		Statistiche iscritti	48



Roccapiemonte, Chiesa di Santa Maria delle Grazie, Madonna del Rosario.

A. D. 1881 SVB PRIORATV DN. D. ANTONII REGA

## Editoriale di Luigi Ciancio

### Nessuno ci difende

La grave crisi economica che attanaglia il nostro Paese non può lasciare indenne l'Avvocatura che, anche se si vuole far finta di niente, attraversa uno dei momenti più difficili della sua esistenza.

Una progressiva contrazione degli affari a fronte di una costante crescita del numero degli iscritti fa registrare un diffuso disagio nell'ambito del settore, ampiamente rimarcato dalla gran parte dei colleghi.

A tanto si aggiunge il fatto che i nostri governanti, invece di rinvenire soluzioni migliorative, aggrediscono l'Avvocatura con decisioni che definire balzane è troppo poco.

Come se non bastasse l'aumento del contributo unificato per i processi in Cassazione e l'abolizione dei minimi tariffari, ora ritorna incombente la minaccia della liberalizzazione delle professioni, e, tra queste, la nostra.

Tentativo già avviato per il passato ma mai portato veramente a termine, anche se questo sembra il momento decisivo quasi che con la liberalizzazione delle professioni si potesse salvare l'economia italiana.

E niente di più facile che, al momento in cui andiamo in stampa con questo numero, il nuovo Governo non abbia già deciso assestando un colpo mortale alla nostra categoria.

Quest'ultima non ha bisogno di essere liberalizzata ma necessita di una profonda riforma, da sempre invocata e mai concessa: una riforma che sia seria e dignitosa.

Ma la verità è che la storia degli ultimi decenni ci ha insegnato come il Parlamento legiferi con pressapochismo preferendo interventi tampone e parziali, lasciando a metà percorsi iniziati e che potrebbero determinare innovazioni gradite alla maggior parte dei cittadini ed alle categorie interessate.

La legge professionale va profondamente modificata se si intende raggiungere livelli riformatori adeguati a quelli degli altri paesi europei.

Non sta a chi scrive suggerire gli interventi necessari alla modifica del nostro ordinamento professionale, ma è sicuramente imprescindibile ritrovare uno spirito unitario che si opponga alla disomogeneità ed alla mancanza di solidarietà che attualmente albergano nell'Avvocatura e che rappresentano punti di debolezza estremi, su cui hanno facile presa gli attentatori della più libera delle professioni.

L'Avvocatura, al di là delle insipienti iniziative del Legislatore, deve comunque sapersi modernizzare non senza rimarcare il suo ruolo sociale sul piano del proficuo apporto alla amministrazione della giustizia.

Ma quanti dei duecentomila iscritti, ci si chiede, hanno veramente a cuore le sorti dell'Avvocatura?

Quanti frequentano assiduamente le aule giudiziarie, svolgendo costante attività?

Sono queste le domande alle quali gli Ordini professionali devono sapere rispondere, senza infingimenti e senza ulteriori indugi.

Una volta trovata la risposta, si potrà seriamente porre mano ad una radicale modifica dell'Ordinamento Forense: ancor prima che lo facciano legislatori incompetenti.

La verità è che il nostro potere contrattuale è uguale a zero, per cui al legislatore è fin troppo facile assumere iniziative "sgarrupatorie" per la categoria e tali da far preoccupare seriamente per la sopravvivenza degli Ordini professionali.

Gli Organismi preposti, C.N.F., O.U.A. e le Associazioni di Categoria non ci difendono con la determinazione che l'attuale momento politico richiede, esponendo l'Avvocatura agli attacchi dei nostri governanti ai quali non sembra vero di poter attentare alla più libera delle professioni.

Si passi, se necessario, ad un piano di mobilitazione generale: purché si esca dalla fase di immobilismo nella quale attualmente ci troviamo.

Prima che sia troppo tardi!



\*\*\*\*\*

Questa Rivista, con questo numero, completa il suo ottavo anno di pubblicazione. Ci auguriamo che il Consiglio, ritenendo che questa iniziativa sia utile per sottolineare l'importanza del ruolo dell'Avvocatura, ne programmi la ulteriore realizzazione. Che è possibile solo ed esclusivamente grazie al contributo disinteressato di pochi Avvocati ai quali va il nostro più sentito ringraziamento. La partecipazione a questa Rivista, che può comunque continuare ad offrire un utile contributo alla crescita del nostro Foro è stata continuamente invocata e, ancora una volta, la si auspica. Così come auspichiamo che la funzione dell'Avvocatura continui ad essere, anche attraverso questo periodico, il presidio della legalità sul territorio e che le tante incertezze si trasformino in accettabili e risolutive certezze. All'anno prossimo!

Nocera Inferiore,  
Palazzo Fienga, cortile.

# Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione



## Cinquanta anni di Toga.

Un nuovo appuntamento per l'Avvocatura dell'agro nocerino sarnese ha inaugurato l'autunno forense. Il 24 settembre 2011 il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del foro nocerino ha dato appuntamento ai suoi iscritti presso l'aula "Emilio Alessandrini" del Palazzo di Giustizia, per l'assegnazione delle Medaglie d'Oro agli avvocati Aldo Di Vito e Luigi Gagliardi, per il compimento dei cinquanta anni di professione.

La cerimonia è stata introdotta dall'avvocato Edilberto Ricciardi alla presenza di una vasta platea di avvocati e cittadini. È seguita la consegna delle medaglie, con gli interventi degli avvocati Di Vito e Gagliardi, molto apprezzati, che hanno ricordato a tutti i presenti i valori della toga.

La cerimonia è proseguita con la premiazione delle Toghe d'Onore, intitolate alla memoria del-

l'avvocato Paolo Caruso, assegnate ai giovani colleghi Luigi Vignapiano e Maria Marchese, che hanno riportato il miglior risultato nelle sessioni di esame 2008 e 2009.

Di seguito, è stata consegnata, dall'avvocato Anna De Nicola direttore della Scuola di Formazione Fiorentino De Nicola, la borsa di studio intitolata alla memoria della collega Tessa Guerra alla dottoressa Nunzia Buondonno, per avere riportato il miglior risultato alla IV edizione del corso "Michele Ciarlo". Infine la cerimonia si è conclusa con il toccante ricordo dei colleghi scomparsi durante l'ultimo biennio, che vogliamo anche noi ricordare su queste pagine: Paola Annunziata, Cesare Cicchini, Alfonso Gargano, Gerardo Schiavo, Titina Vitiello. Di seguito riportiamo gli interventi del presidente Aniello Cosimato, dell'avvocato Luigi Vignapiano e della dottoressa Nunzia Buondonno.



In alto.  
Aniello Cosimato  
e Aldo Di Vito.

Sotto.  
Aniello Cosimato  
e Luigi Gagliardi.

Pagina precedente.  
Da sinistra,  
Edilberto Ricciardi,  
Aniello Cosimato  
e Anna De Nicola.

Autorità, Signore, Signori, Colleghe, Colleghi, Presidente Stefano Pignataro, oggi il Consiglio conferisce la Medaglia d'Oro, che nel suo contenuto spirituale esprime l'alto riconoscimento del dovere professionale, agli avvocati Aldo Di Vito e Luigi Gagliardi che hanno maturato cinquanta anni di attività forense onorando con il loro impegno la categoria e la dignità della toga.

La toga a cui hanno dedicato la maggior parte della loro vita richiama in loro, ma anche in tutti

noi che con loro viviamo intensamente e senza retorica questo solenne momento di commozione, il giuramento che prestammo ai doveri che la funzione sociale attribuisce alla nostra professione. Ricordare e celebrare questo importante traguardo significa ricordare e celebrare la vita di uomini che hanno dedicato alla professione gran parte della loro esistenza vivendola quotidianamente con passione e dedizione ed hanno, con decoro, con probità scrupolosa, con sapienza ed onestà esercitato assolvendo all'alto compito della tutela del diritto altrui dinanzi all'Autorità Giudiziaria.

Ecco perché il Consiglio, in concomitanza, ha voluto anche premiare i giovani colleghi Luigi Vignapiano e Maria Marchese che si sono particolarmente distinti nelle sessioni d'Esame di Avvocato 2008 e 2009 risultando i primi fra i candidati del circondario di Nocera Inferiore, rendendo più solenne la premiazione dinanzi agli anziani del diritto.

Ho chiamato a condividere la gioia e la solennità di questo momento un prestigioso avvocato che ha rappresentato e rappresenta un sicuro punto di riferimento per l'Avvocatura italiana, Edilberto Ricciardi. Ricordiamo l'avvocato Ricciardi Presidente di Cassa Forense agli inizi degli anni '80, Presidente del Consiglio Nazionale Forense, sottosegretario al Ministero della Giustizia, egli ha accolto con vivo entusiasmo il mio invito per portare un saluto ad Aldo Di Vito e Luigi Gagliardi e ai giovani Vignapiano e Marchese per parlare, inoltre, del futuro dell'Avvocatura al cospetto dei suoi anziani e dei suoi giovani, dei cambiamenti che la riforma ormai arenatasi nelle secche parlamentari dovrà apportare in special modo in tema di formazione, di accesso, di controllo deontologico e sulle forme di organizzazione dell'esercizio della professione.

Cambiamenti che dovranno tenere in debito conto la tradizione che costituisce una componente essenziale per l'uomo e per l'avvocato e tendere al recupero del prestigio della professione attraverso un recupero della qualità e della correttezza nell'esercizio della stessa.

Ritorno ai festeggiati. Aldo Di Vito e Luigi Gagliardi, due avvocati dalla spiccata personalità, penalista il primo dal notevole vigore dialettico con una personalità connotata dal forte spirito combattivo espresso nella professione così come in politica, civilista il secondo, non meno combattivo, che assumendo in ogni momento un comportamento sereno ha sempre posseduto argomentazioni valide ed efficaci sostenute da un notevole intuito, entrambi hanno svolto la propria attività con impegno ed attenzione e, soprattutto, con grande scrupolo senza mai concedere



Da sinistra, Aniello Cosimato, Nunzia Buondonno, la vedova Ciarlo e Anna De Nicola.

nulla alla improvvisazione ed alla superficialità formando con i loro insegnamenti tanti colleghi e costituendo dei sicuri punti di riferimento. Il Consiglio dell'Ordine alla loro presenza premia oggi con la Toga d'Onore, intitolata alla memoria del compianto Paolo Caruso, a cui va il nostro più commosso pensiero nella consapevolezza che in questo modo onoriamo la sua cara memoria, i candidati del circondario che, agli Esami di Avvocato hanno ottenuto i migliori risultati. Saluto con immutato affetto la signora Brunella Sarno, le famiglie dei premiati che oggi vivono a ragione un momento di grande soddisfazione. Luigi Vignapiano e Maria Marchese sono due giovani che ho il piacere di conoscere e stimare non solo per la preparazione ma anche per i comportamenti sempre ispirati a solidi principi deontologici che consentiranno loro di iniziare la professione forense con dignità, decoro e libertà. Il Consiglio li addita ad esempio, nel momento in cui entrano a pieno titolo nell'Avvocatura, ispirati da questi principi, ai giovani che si apprestano a sostenere nel prossimo mese di dicembre l'Esame di Avvocato; anche a loro va il nostro augurio sincero con l'assicurazione che saremo sempre vicini ai loro problemi e alle loro ansie. Con questo spirito inauguriamo il Corso di preparazione all'Esame di Avvocato intitolato alla memoria del collega Michele Ciarlo, premiando con la borsa di studio intitolata all'avvocato Tessa Guerra la dottoressa Nunzia Buondonno che ha riportato il miglior risultato nelle prove svoltesi nell'ambito della scorsa edizione. Alla fine di que-

sta cerimonia è doveroso commemorare i colleghi scomparsi nel corso di questo biennio consiliare che volge al termine: Paola Annunziata, giovane collega immaturamente scomparsa. La sua morte ha suscitato in tutti profonda costernazione poiché Paola aveva non comuni doti di sensibilità, di intelligenza, di amabilità; Cesare Cicchini, deceduto in udienza nel Tribunale di Napoli. Quanta parte ha avuto la nostra professione nel suo decesso? Molta, forse tutta; le ansie, le incertezze del diritto applicato, l'affaticamento fisico più che intellettuale rappresentano le cause determinanti e sostanziali della nostra professione; Alfonso Gargano e Gerardo Schiavo. Ricordiamo il loro culto per l'amicizia oltre alla preparazione e alla correttezza professionale e alla disponibilità. Voglio, infine, ricordare una altra collega del Foro di Torre Annunziata prematuramente scomparsa ma legata a noi da legami di affetto ed amicizia: Titina Vitiello.

dare una altra collega del Foro di Torre Annunziata prematuramente scomparsa ma legata a noi da legami di affetto ed amicizia: Titina Vitiello.

**Avv. Aniello Cosimato**

Voglio ringraziare il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera per questo riconoscimento che mi viene conferito, ringrazio, altresì, tutti coloro che oggi sono intervenuti a condividere con me questo bel momento. Non nascondo la mia profonda soddisfazione per la Toga d'Onore oggi conseguita, che mi infonde ulteriore voglia a fare meglio in questa professione che, nonostante i continui tentativi di delegittimazione e svilimento, nonostante lo stress ed i patemi che infonde in chi la pratica, rimane, a mio parere, una delle più nobili professioni, ricca di quotidiani spunti di interesse e gratificazioni. Permettetemi di dedicare questo successo alla mia famiglia ed alla mia compagna, che mi hanno sempre garantito le condizioni ed il supporto affinché svolgessi al meglio la mia professione. Qualcuno ricorderà che ho conseguito uno dei migliori risultati anche al I° Corso di preparazione "Michele Ciarlo", sapientemente approntato dal nostro Consiglio dell'Ordine, orbene questa più che mai è la testimonianza della utilità e serietà di quel corso, cui consiglio vivamente la partecipazione a tutti i colleghi che si apprestano a sostenere gli Esami di Avvocato. Grazie a tutti.

**Avv. Luigi Vignapiano**



Da destra, Luigi Vignapiano, Maria Marchese, Nunzia Buondonno, la vedova Ciarlo e la vedova Caruso.

È con immenso piacere che mi ritrovo qui a ricordare l'esperienza del Corso di preparazione all'Esame di Avvocato "Michele Ciarlo". Mi iscrissi ad esso con l'intenzione di mettermi alla prova. Avevo saputo, infatti, che si trattava di vere e proprie simulazioni d'esame, e, siccome l'esame mi preoccupava non poco, decisi di valutare il grado della mia preparazione. Dopo le prime simulazioni, però, cominciai a provarci gusto. Pian piano riscopro il piacere dello studio e la voglia di approfondire le questioni giuridiche al di là del loro aspetto pratico: riscopro la passione per il diritto, quella stessa passione che mi aveva spinto alla facoltà di giurisprudenza. Non posso negare di aver seguito il Corso con il massimo impegno possibile, ma quest'impegno era finalizzato all'acquisizione di nuove nozioni e all'approfondimento di quelle che già facevano parte del bagaglio delle mie conoscenze. La borsa di studio, quindi, passava in secondo piano, anche perché eravamo in tanti e la "concorrenza" era agguerrita e preparata! Tutto ciò spiega la mia incredulità nell'apprendere la notizia che ero stata proprio io la vincitrice della Borsa di studio "Tessa Guerra". Dopo un po', però, il sentimento di stupore ha lasciato il posto ad un sentimento di onore e di responsabilità. È mio obbligo, a questo punto, ringraziare il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore e la Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola", che

hanno reso possibile questa esperienza, nonché tutti gli avvocati che hanno fatto parte delle Commissioni. Il ringraziamento va soprattutto a quanti tra questi, sacrificando la propria professione, hanno non solo provveduto alla correzione obiettiva degli elaborati, ma hanno assistito alla redazione dei pareri, mostrandosi sempre disponibili. Neanche di fronte a qualche nostra castroneria hanno mai assunto un atteggiamento *ex cathedra*. Fin da subito si è respirata un'aria di cordialità e colleganza. La discussione dei pareri diventava un momento per scambiare idee e arricchirsi vicendevolmente. Un ringraziamento è doveroso anche nei confronti del mio *dominus*, l'avvocato Teresa D'Auria, sempre pronta a spronarmi e ad infondermi fiducia nelle mie capacità, talvolta anche sopravvalutandole. Consapevole del valore e dell'importanza della Borsa di studio "Tessa Guerra", non mi resta che augurarmi di poter al più presto fregiarmi dell'agognato titolo di avvocato in modo da ottemperare all'obbligo imposto dall'articolo 12, R.D.L. 1578/1933. Mi auguro, cioè, di poter presto esercitare la professione forense con dignità e decoro e di adempiere con lealtà, onore e diligenza ai miei doveri professionali. L'impegno e la passione mi hanno premiata ed ora mi sento gravata della responsabilità di non deludere le aspettative di chi mi ha positivamente valutata.

**Dott.ssa Nunzia Buondonno**

# Giurisprudenza

Barbara Barbato

## Ferie non godute e riposi: natura risarcitoria, prescrizione decennale.

Suprema Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 8 marzo-11 maggio 2011, n. 10341.

L'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti ha natura non retributiva, ma risarcitoria, con la conseguenza che è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale decorrente anche in pendenza del rapporto di lavoro (ndr. in ipotesi di stabilità reale). L'indennizzo è infatti correlato ad una inadempienza contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo, quando l'adempimento in forma specifica sia divenuto impossibile, al risarcimento del danno.

Quest'ultimo comprende, in primo luogo la retribuzione per il lavoro prestato nei giorni destinati al riposo e alle ferie, nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal dipendente a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche e non può non soggiacere alla prescrizione ordinaria decennale prevista dal Codice civile.

Con sentenza n. 10341 dell'11 maggio 2011, la Cassazione ha affermato che l'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali ha natura risarcitoria e non retributiva e che è soggetta alla prescrizione ordinaria decennale la quale decorre anche in pendenza del rapporto di lavoro. L'indennizzo è legato ad un inadempimento contrattuale che obbliga il datore di lavoro al risarcimento del danno, allorché l'adempimento in forma specifica sia impossibile.

Nel caso in questione un dipendente RAI, con la qualifica di capo redattore, inviato a Londra dal 1990 al 1994 (data di cessazione del rapporto di lavoro), al fine di sostituire un collega di lavoro corrispondente all'estero, ha agito per ottenere il pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute. Il Tribunale di Roma ha accolto la domanda, mentre la Corte d'Appello di Roma, ritenuta la prescrizione quinquennale del diritto alla corresponsione del compenso sostitutivo per ferie non godute, l'ha rigettata.

I giudici di secondo grado, infatti, si sono adeguati al filone giurisprudenziale secondo il quale, essendo l'indennità *de qua* in rapporto di corresponsione con la prestazione lavorativa che avrebbe dovuto essere effettuata nel periodo dedicato al riposo, essa ha carattere retributivo e sarebbe, dunque, assoggettabile a contribuzione previdenziale. La Suprema Corte ha ribaltato la sentenza d'appello, ritenendo di adeguarsi all'orientamento che riconosce all'indennità sostitutiva delle

ferie non godute natura risarcitoria (sentenze della Suprema Corte n. 9999/2009 e n. 3298/2002), e ciò in quanto essa è pur sempre correlata ad un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, che obbliga quest'ultimo (quando l'adempimento in forma specifica sia divenuto impossibile) al risarcimento del danno, che comprende, in primo luogo, la retribuzione dovuta per il lavoro prestato nei giorni destinati alle ferie o al riposo (nonché la riparazione di eventuali ulteriori danni subiti dal lavoratore a seguito del mancato ristoro delle energie psicofisiche) e che soggiace alla prescrizione ordinaria decennale prevista dall'articolo 2946 c.c., e non già a quella quinquennale ex articolo 2947 c.c. Per un più attento esame della problematica *de quo*, pare necessaria una breve premessa. Ogni anno il lavoratore matura delle ferie retribuite, funzionali al reintegro delle energie psico-fisiche ed alla cura delle relazioni affettive e sociali; si tratta di giorni di riposo, normalmente 26 giorni, che vanno fruiti per le prime due settimane entro l'anno di maturazione, e possibilmente in due settimane consecutive, e per le seconde due settimane entro i 18 mesi dalla fine dell'anno di maturazione. Nel caso di fruizione consecutiva, i giorni di ferie sono 28 giorni di calendario.

Il diritto alle ferie retribuite è un principio garantito dalla Costituzione all'articolo 36 ed un diritto irrinunciabile. Le ferie non fruiti al termine del periodo appena descritto devono essere differite, in applicazione del c.d. divieto di monetizzazione delle ferie. Vale a dire che ogni atto, sia individuale che collettivo, che deroga rispetto all'irrinunciabilità delle ferie è un atto nullo. La giurisprudenza, ribadendo tale principio, ha affermato che non è possibile pagare l'indennità sostitutiva in luogo della fruizione delle ferie.

Infatti, sono da dichiararsi nulle anche le clausole, siano esse individuali o collettive, che prevedono l'indennità sostitutiva del periodo feriale in via esclusiva a fronte del mancato godimento delle ferie da parte del lavoratore per un fatto imputabile al datore di lavoro. La conseguenza è che il lavoratore avrà diritto al risarcimento del danno in forma specifica, che può trasformarsi in diritto al risarcimento del danno per equivalente (ossia l'indennità sostitutiva delle ferie) se il primo risarcimento in forma specifica risulti eccessivamente oneroso per il datore di lavoro (secondo sentenze della Cassazione).

Il rifiuto irragionevole da parte del lavoratore di accettare ogni soluzione offerta dal datore di lavoro per la fruizione delle ferie determina l'estinzione delle pretese risarcitorie e quindi il lavoratore avrà diritto soltanto all'indennità sostitutiva. Però in alcuni casi, specificatamente previsti

dalla legge, all'articolo 10 del d.lgs. 66 del 2003, come ripreso anche dalla circolare n. 8 del 2005 del Ministero del Lavoro, è possibile compensare le ferie residue con il pagamento di una apposita indennità sostitutiva.

I casi in cui è consentito il pagamento al lavoratore dell'indennità sostitutiva delle ferie residue sono i seguenti:

- pagamento delle ferie residue al momento della cessazione del rapporto di lavoro (per licenziamento o dimissioni), che avviene nel corso dell'anno. In questo caso l'indennità sostitutiva è commisurata alla retribuzione in atto al momento della cessazione del rapporto (l'indennità sostitutiva delle ferie residue è calcolata sulla base della retribuzione oraria o giornaliera del mese in cui sono pagate);

- pagamento ferie eccedenti il periodo minimo di quattro settimane previsto dalla legge.

È il caso in cui il contratto collettivo deroghi aumentando le giornate di ferie maturate per ogni lavoratore. Il CCNL o l'accordo aziendale stabilisce se l'indennità sostitutiva è commisurata prendendo a riferimento la retribuzione in atto al momento del pagamento o quella in atto nel periodo di mancato godimento delle ferie;

- il caso delle ferie in un contratto di lavoro a tempo determinato di durata inferiore all'anno;

- il caso delle ferie per un lavoratore inviato all'estero non in regime di trasferta.

In ogni caso, il lavoratore che agisce in giudizio per vedersi riconosciuta l'indennità sostitutiva delle ferie residue non fruiti, sia che ci sia o non ci sia responsabilità del datore di lavoro, ha l'onere di provare l'avvenuta prestazione lavorativa nei giorni destinati alle ferie. Infatti, lo svolgimento di attività lavorativa in eccedenza rispetto alla normale durata del periodo di effettivo lavoro annuale si pone come fatto costitutivo del diritto all'indennità sostitutiva.

È irrilevante che il datore abbia maggiore facilità nel provare l'avvenuta fruizione delle ferie da parte del lavoratore. Quindi, nel caso del mancato godimento delle ferie, per colpa non attribuibile alla volontà del lavoratore, occorre corrispondergli l'indennità sostitutiva. Tuttavia ricordiamo che l'importanza del tempestivo godimento delle ferie è stato ripreso anche dal recente Collegato lavoro (legge 4 novembre 2010 n. 183), ove sono state modificate e aggravate le sanzioni amministrative. Infatti si è stabilito che il datore di lavoro, inadempiente rispetto al diritto alle ferie come sopra disciplinato, è passibile di sanzioni che variano da un minimo di 100,00 euro a 600,00 euro, tale sanzione viene aumentata da un minimo di 400,00 euro a 1.500,00 euro se la violazione riguarda più di cinque lavoratori o se si è verifica-

to in almeno due anni, ed è ulteriormente aumentata da un minimo di 800,00 euro a un massimo di 4.500,00 euro se si riferisce a più di dieci lavoratori o si è ripetuta per almeno quattro anni. In sostanza, si tratta di un sistema sanzionatorio progressivo che prevede l'aumento della somma da pagare, se le mancanze riguardano più lavoratori o sono ripetute nel tempo.

Per quanto concerne, poi, la natura della indennità per ferie non godute, l'orientamento giurisprudenziale non è assolutamente univoco, in quanto una parte ne sostiene il carattere retributivo (il datore non può restituire l'indebita prestazione ricevuta; egli è obbligato ex articoli 1463 e 2037 c.c. al pagamento di una somma, corrispondente alla retribuzione, quale maggior compenso dell'attività prestata). Da ciò ne consegue che non sarebbe rilevante né la responsabilità del datore di lavoro per il mancato godimento del riposo, e neppure l'autonoma scelta del prestatore di lavoro di non godere del periodo: l'indennità sostitutiva per ferie non godute rientra, così, nell'imponibile contributivo previdenziale. Secondo un altro orientamento giurisprudenziale, invece, si nega al compenso per ferie non godute la natura retributiva e si sostiene che si tratti di un indennizzo ossia una specie di risarcimento del danno subito dal prestatore, rappresentato dalla lesione del proprio diritto al godimento delle ferie. L'indennità in tal senso, pertanto, non può essere assoggettata a contributi previdenziali. Dalla mancanza, quindi, di univocità di un orientamento giurisprudenziale ne consegue la mancanza di univocità dei rispettivi orientamenti giurisprudenziali circa il termine prescrizione del diritto all'indennità per ferie non godute, ossia:

- è di 5 anni per quella parte della giurisprudenza che le riconosce natura retributiva;

- è di 10 anni per la parte della giurisprudenza che ne afferma la natura risarcitoria.

Con la sentenza in epigrafe, la Cassazione sostiene che il termine di prescrizione per chiedere il pagamento dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute, a cui si aggiunge anche l'indennità sostitutiva dei riposi settimanali non goduti, è quello ordinario decennale, perché il diritto rivendicato, essendo direttamente correlato ad un inadempimento contrattuale del datore di lavoro, ha natura risarcitoria.

Il principio da cui muove la Cassazione è la considerazione che il dipendente ha diritto a fruire per intero, in costanza del rapporto di lavoro e nell'arco di ciascun periodo temporale di maturazione, del monte ferie a lui spettante, con la conseguenza che, in presenza di ferie residue maturate e non godute dal dipendente, il datore di lavoro risulta inadempiente ad una precisa obbligazione,

che è legale e contrattuale. La richiesta successivamente avanzata dal dipendente di voler monetizzare in una corrispondente indennità economica le ferie che sono state accumulate e non godute per intero si pone, secondo l'interpretazione espressa nella sentenza n. 10341 dell'11 maggio 2011, in diretta relazione con l'inadempimento del datore di lavoro, che quelle ferie non ha fatto fruire al dipendente, e ha conseguentemente natura di risarcimento contrattuale. Resiste, peraltro, un orientamento di segno contrario della Suprema Corte, di cui la stessa sentenza n. 10341 dell'11 maggio 2011 da conto in sede di motivazione, per cui l'indennità sostitutiva delle ferie non godute si pone in rapporto di correttezza con la prestazione lavorativa che avrebbe dovuto essere resa nel periodo di riposo e ha dunque natura retributiva. Ne deriva, secondo quest'ultima interpretazione, che il termine di prescrizione per rivendicare il versamento dell'indennità sostitutiva delle ferie non godute, così come dei riposi settimanali non goduti, è quello ridotto quinquennale, che si applica ai diritti con natura retributiva.

Con la sua decisione dell'11 maggio 2011 la Cassazione rigetta questa tesi e afferma il principio per cui l'indennità sostitutiva delle ferie e dei riposi settimanali non goduti ha natura non retributiva, ma risarcitoria ed è soggetta al termine di prescrizione decennale, precisando che la decorrenza del termine prescrizione inizia in costanza di rapporto con stabilità reale.

Maria Coppola

### Legittimità della decurtazione cumulativa dei punti della patente di guida.

Nota a Consiglio di Stato, sezione IV, sentenza 29 settembre 2011, n. 5410.

Il provvedimento di revisione della patente ai sensi dell'articolo 126 bis del Codice della strada può essere disposto allorché l'accertamento della violazione sia divenuto definitivo (o perché accertato come tale dal giudice o in via amministrativa, o perché l'atto sia divenuto inoppugnabile). Ne consegue che la mancata adozione del provvedimento nei termini previsti non equivale a vizio di legittimità né del provvedimento sanzionatorio, né del provvedimento di revisione della patente, costituendo "una mera irregolarità che non pregiudica in alcun modo gli interessi del privato", ma semplicemente fa slittare il termine per la proposizione della eventuale impugnazione. La

decurtazione dei punti è, infatti, disposta dall'Anagrafe nazionale abilitati alla guida e produce i suoi effetti in modo diretto e immediato nella sfera giuridica dell'interessato come qualsiasi provvedimento sanzionatorio, non costituendo la successiva comunicazione di cui all'articolo 126 bis Codice della strada condizione di validità della decurtazione.

#### Il caso.

Risale a pochissimi mesi fa la sentenza del Consiglio di Stato, che, in sede giurisdizionale, si è pronunciato su una decisione del TAR Campania-Napoli, emessa a seguito del ricorso di un automobilista avverso il provvedimento di revisione della patente di guida, che disponeva un nuovo esame di idoneità tecnica, ex articolo 126 bis, comma 6, Codice della strada, a seguito di un'unica comunicazione di più decurtazioni di punti collegate a violazioni diverse e lontane nel tempo. Il giudice di prime cure accoglieva il ricorso e, nell'argomentare il proprio giudizio, precisava che "ad ogni violazione del Codice della strada deve seguire, nei tempi dettati dalla legge, sia la relativa decurtazione di punteggio sia una specifica e autonoma comunicazione al contravventore, così da consentire a quest'ultimo di riparare alla violazione commessa frequentando gli appositi corsi, allo stesso tempo alimentando il circuito educativo alla conoscenza e al rispetto del Codice della strada", così denunciando la illegittimità di comunicazioni cumulative di più decurtazioni collegate a violazioni diverse nel tempo.

Il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti impugnava detta pronuncia del TAR per la Campania-Napoli per i motivi di seguito riportati:

a) "La comunicazione di cui all'articolo 126 bis Codice della strada non sarebbe né condizione di validità del provvedimento sanzionatorio di decurtazione dei punti, che è adottato in precedenza dall'Anagrafe nazionale abilitati alla guida, e produce i suoi effetti immediatamente e direttamente nella sfera giuridica dell'interessato come qualsiasi provvedimento sanzionatorio, né tantomeno del provvedimento di revisione della patente, che consegue solo ed esclusivamente alla perdita totale dei punti della patente di guida". Con la conseguenza che ove il provvedimento di revisione non venga adottato nei termini previsti, non potrà in alcun modo determinare un vizio di legittimità, ma solo lo spostamento del termine per la proposizione della eventuale impugnazione.

b) "Il provvedimento di revisione della patente è un provvedimento necessariamente conseguente ai provvedimenti sanzionatori che ne costituisco-

no il presupposto", ragion per cui l'automobilista che rilevi un vizio del provvedimento di decurtazione dei punti della patente, costituito dalla mancata comunicazione nei tempi previsti dall'articolo 126 bis, comma 3, Codice della strada, dovrà proporre l'opposizione prevista dall'articolo 22 e seguenti della legge n. 689/1981, altrimenti non potrà, successivamente, far valere la mancata comunicazione come vizio proprio del provvedimento che dispone la revisione della patente. c) In ogni caso, la comunicazione ha ad oggetto la sola "variazione del punteggio" e, pertanto, non costituisce "requisito di validità di un altro provvedimento".

#### La decisione del Consiglio di Stato.

Si è ritenuto fondato l'appello, con la conseguenza dell'annullamento della sentenza appellata. Questo, il "ragionamento" seguito dal Consiglio di Stato nella costruzione della propria pronuncia. Dalla lettura dell'articolo 126 bis del Codice della strada, recante disposizioni in tema di "patente a punti", emerge la volontà del legislatore di confermare la natura di titolo abilitante alla guida della patente nell'ambito di un sistema di costante controllo della idoneità tecnica alla guida del soggetto alla stessa abilitato per effetto del superamento del prescritto esame.

Tale verifica dovrà essere modulata attraverso:

- sanzioni, per i trasgressori (naturalmente, il cumulo di sanzioni potrà anche determinare l'esigenza di un nuovo accertamento tecnico);
- premi, per coloro che mostrano la propria abilità alla guida nel rispetto delle norme del Codice della strada.

Il provvedimento di revisione della patente, ex articolo 126 bis, comma 6, atto vincolato, consegue al verificarsi della perdita dei 20 punti<sup>1</sup>. Detta decurtazione del punteggio assurge a misura sanzionatoria accessoria alle sanzioni relative alle singole violazioni<sup>2</sup>, potendo, tra l'altro, avvenire solo dopo la "definizione" della violazione: alla stessa, pertanto, non può procedersi fino a che non si definiscano le opposizioni proposte avverso il verbale di accertamento<sup>3</sup>.

E, allora, al verbale di accertamento conseguirà la decurtazione dei punti sulla patente, ma lo stesso non sarà immediatamente impugnabile con riferimento al punto *de quo*, atteso che non contiene un provvedimento irrogativo di sanzione amministrativa, ma solo un preavviso di quella specifica conseguenza della futura ed eventuale definitività del provvedimento. La decurtazione dei punti dalla patente, infatti, viene irrogata, ai sensi dell'articolo 126 bis Codice della strada, dall'autorità centrale preposta all'Anagrafe nazionale degli abilitati alla guida, all'esito della segnalazione

conseguente alla definizione della contestazione relativa all'infrazione<sup>4</sup> e produce i suoi effetti in modo diretto e immediato nella sfera giuridica dell'interessato come qualsiasi provvedimento sanzionatorio. La successiva comunicazione di cui all'articolo 126 bis Codice della strada non è condizione di validità della decurtazione.

Tanto meno l'omesso o intempestivo avviso riguarda in alcun modo il provvedimento di revisione della licenza di guida, che consegue esclusivamente alla perdita totale dei punti della patente. Tanto è vero che la mancata adozione del provvedimento nei termini previsti, determina come unico effetto lo spostamento del termine per la proposizione della eventuale impugnazione. L'omissione costituisce, dunque, una mera irregolarità che non pregiudica in alcun modo gli interessi del privato. Ne deriva che, rilevato un vizio del provvedimento di decurtazione dei punti della patente, costituito dalla mancata tempestiva comunicazione ex articolo 126 bis, comma 3, Codice della strada, l'automobilista che non voglia ritrovarsi all'improvviso "senza punti" (con la sicura conseguenza del rifacimento dell'esame), dovrà proporre subito l'opposizione prevista dall'articolo 22 e seguenti della legge n. 689/1981.

Secondo la Suprema Corte, "in tema di sanzioni amministrative per violazioni del Codice della strada, l'opposizione giurisdizionale, nelle forme previste dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, articoli 22 e 23, ha natura di rimedio generale esperibile, salvo espressa previsione contraria, contro tutti i provvedimenti sanzionatori, ivi compresi quelli di sospensione della validità della patente di guida e quelli prodromici a tale sospensione, quali la decurtazione progressiva dei punti; mentre, l'esclusione di tale rimedio per il provvedimento di decurtazione dei punti contrasterebbe con gli articoli 3 e 24 Cost., intaccando l'omogeneità del sistema sanzionatorio del Codice della strada"<sup>5</sup>.

Né, infine, - conclude il Consiglio di Stato - può sostenersi che, in assenza di comunicazione, il titolare del permesso di guida non sarebbe messo in condizioni di "recuperare" i punti decurtati, attraverso la frequenza di corsi previsti dall'articolo 126 bis, comma 4. Il conducente, infatti, è edotto della natura della violazione al Codice attraverso la conoscenza del verbale di accertamento e contestazione della violazione, verbale che, ai sensi dell'articolo 126 bis, comma 1, deve contenere "l'indicazione del punteggio relativo ad ogni violazione", ed, in ogni caso, la tabella allegata al medesimo articolo 126 bis indica in modo puntuale le conseguenze, in termini di decurtazione di punti, di talune violazioni al Codice della strada.



- .....  
 1 *Ex multis*, Cons. Stato, sezione III, 24 novembre 2009, n. 2146.  
 2 Corte Cost., ord. 24 giugno 2005, n. 247.  
 3 Cons. Stato, sezione III, 10 febbraio 2010, n. 1893.  
 4 Cass. Civ., sezione II, 19 novembre 2007, n. 23999; Cons. Stato, sezione IV, 28 settembre 2009, n. 5830.  
 5 In termini, Cass. Civ., SS.UU., 29 luglio 2008, n. 20544. Conformemente, anche Cons. Stato, sezione VI, 27 dicembre 2010, n. 9403.

Antonia Marchino

### Sussiste la responsabilità per custodia dell'ente proprietario per danni e lesioni causati dalla presenza sulla strada di fango e detriti.

Corte di Cassazione, III sezione civile, sentenza 18 ottobre 2011, n. 21508.

Ad affermarlo la terza sezione civile della Corte di Cassazione che con sentenza n. 21508, depositata il 18 ottobre 2011, ha rigettato il ricorso dell'Anas avverso la sentenza della Corte d'Appello di Catanzaro che la condannava a risarcire due motociclisti per i danni riportati in un sinistro stradale.

In effetti con questa pronuncia si chiarisce il dubbio inquadramento giuridico circa la responsabilità della pubblica amministrazione nella gestione e vigilanza dei beni demaniali. È noto che presupposto dell'imputazione degli effetti dannosi a norma dell'articolo 2051 c.c. è, innanzitutto, che il danno sia stato prodotto "dalla cosa", e non con la cosa, o perché la medesima sia suscettibile, per la sua intrinseca natura, di produrlo o perché in essa siano insorti agenti dannosi, anche se provocati da elementi provenienti dall'esterno. In secondo luogo, tra la cosa ed il responsabile deve ovviamente sussistere un rapporto di custodia, che non si identifica con una forma di custodia intesa nel senso contrattuale del termine, bensì in un effettivo potere fisico, che implica il governo e l'uso della cosa ed a cui sono riconducibili l'esigenza e l'onere della vigilanza affinché dalla cosa stessa, per sua natura o per particolari contingenze, non derivi danno ad altri. La presunzione di colpa può essere superata solo dalla prova che l'evento è dovuto a caso fortuito, inteso questo nel senso più lato, comprensivo anche della forza maggiore e del fatto del terzo. L'ente ricorrente denunciava l'erronea applicazione dell'articolo 2051 c.c. al caso di specie, invocando un orientamento giurisprudenziale, ormai superato, e che escludeva la presunzione di responsabilità per gli enti pubblici, ogni qualvolta il bene, sia esso demaniale o patrimoniale, per le sue caratteristiche era oggetto di una utilizza-

zione generale e diretta da parte di terzi, limitando in concreto la possibilità di custodia e vigilanza sulla cosa. Laddove tale attività di controllo non fosse oggettivamente possibile non si sarebbe potuto, dunque, invocarsi alcuna responsabilità della pubblica amministrazione proprietaria del bene demaniale a norma dell'articolo 2051 c.c., per la mancanza dell'elemento costitutivo della custodia (in assenza della controllabilità della cosa), residuando, in presenza degli estremi, esclusivamente la responsabilità dell'amministrazione in base al disposto normativo di cui all'articolo 2043 c.c. In realtà non si teneva conto dell'evoluzione della giurisprudenza in materia. Di fatti la Corte Costituzionale con pronuncia n. 156 del 10 maggio 1999 stabiliva che il fattore decisivo per l'applicabilità della disciplina ex articolo 2051 c.c. doveva individuarsi nella possibilità o meno di esercitare un potere di controllo e di vigilanza sui beni demaniali, con la conseguenza che l'impossibilità di siffatto potere non deve ricollegarsi puramente e semplicemente alla notevole estensione del bene e all'uso generale e diretto da parte dei terzi, da considerarsi meri indici di tale impossibilità, ma all'esito di una complessa indagine condotta dal giudice di merito con riferimento al caso singolo, che tenga in debito conto delle caratteristiche, della posizione, e dei sistemi di assistenza delle strade, in quanto tali caratteristiche acquistano rilievo condizionante anche delle aspettative degli utenti, rilevando ancora, quanto alle strade comunali, come figura sintomatica della possibilità del loro effettivo controllo, la circostanza che le stesse si trovino all'interno della perimetrazione del centro abitato (v. Cass., n. 3651/2006; n. 15384/2006). Per fugare ogni dubbio sul fatto che le grandi dimensioni del demanio stradale comunale siano di ostacolo ad un controllo e ad una manutenzione costanti, si ponga mente al fatto che la Corte di legittimità ha ritenuto applicabile l'articolo 2051 c.c. persino alle autostrade, e ciò in considerazione che all'ente proprietario non è impedita "... la possibilità di svolgere un'adeguata attività di vigilanza, che sia in grado di impedire l'insorgere di cause di pericolo per gli utenti..." (Cass., 13 gennaio 2003). Quale custode, la responsabilità risulta a suo carico peraltro configurata non già, come viceversa in altra fattispecie, in termini di responsabilità oggettiva, bensì di responsabilità meramente presunta, vincibile con la prova del fortuito. La presunzione posta dalla norma è da intendersi nel caso non già nel significato di derivazione del fatto ignoto da quello noto (v. Cass., 25 ottobre 2005, n. 20671), bensì quale finzione che, mediante un'eccezione al principio generale posto dall'articolo 2697 c.c., determina una dis-

tribuzione dell'onere della prova diversa rispetto a quella valevole in tema di illecito civile per la regola generale di cui all'articolo 2043 c.c., al fine di favorire il danneggiato, in ossequio al principio dogmatico di c.d. vicinanza alla prova ... la prova liberatoria del fortuito attiene infatti alla prova che il danno si è verificato in modo non prevedibile né superabile con l'adeguata diligenza, e cioè con lo sforzo diligente dovuto in relazione alle circostanze concrete del caso. Essa si sostanzia pertanto nella prova di aver adottato, in relazione alle condizioni della cosa e alla sua funzione, tutte le misure idonee ad evitare il danno. Nella prova che, pur essendosi mantenuto il comportamento diligente nel caso dovuto, il danno si è ciononostante verificato per un evento non prevedibile né superabile con la diligenza normalmente adeguata in relazione alla natura della cosa, alla sua funzione e alle circostanze del caso concreto. In riferimento al caso di specie della sentenza in commento, la Cassazione ha ritenuto che la responsabilità dell'ente nella determinazione del sinistro dipendesse dal mancato intervento manutentivo diretto alla rimozione del fango e dei detriti dalla sede stradale, su un'arteria importante di raccordo di Catanzaro, sulla quale i detriti erano stati trasportati dalle piogge torrenziali verificatesi senza che il giorno successivo, in cui si verificò il sinistro, fossero stati rimossi o, quantomeno, fosse stata predisposta un'idonea segnalazione del pericolo. Non vi è dubbio, infatti, che, tenuto conto della natura e della tipologia delle cause determinanti il danno, il custode doveva ritenersi nella specie obbligato a controllare lo stato della strada ed a mantenerla in condizioni ottimali d'impiego, dato che la presenza di fango e detriti a seguito di pioggia torrenziale rappresentava fattore di rischio conosciuto o conoscibile a priori dal custode.

Mariella Orlando

### Il condono non pregiudica il rimborso.

Corte di Cassazione, sezione tributaria, sentenza 26 ottobre 2011, n. 22262.

La Cassazione aggiunge un tassello alla complessa disciplina dei condoni fiscali. La definizione della lite non fa cadere il diritto del contribuente al rimborso delle somme non contestate. È quanto sancito dalla sezione tributaria che, con la sentenza n. 22262 del 26 ottobre 2011, ha respinto il ricorso dell'Agenzia delle entrate. Affrontando una questione nuova i giudici di legittimità

hanno affermato che "la definizione della lite fiscale ai sensi dell'articolo 16 della legge 289/2002 preclude al contribuente soltanto la restituzione delle somme versate per le imposte in relazione alle quali l'avviso impugnato contenga una pretesa impositiva contestata non preclude la restituzione delle somme versate per imposte che, pur contemplate nell'avviso, non abbiano formato oggetto di pretesa impositiva". Tale conclusione è suffragata dalla giurisprudenza secondo cui il condono elide la pretesa impositiva unitamente all'impugnazione del contribuente. In questo modo viene chiarito che gli effetti del condono operano in un perimetro segnato, da un lato, dalla pretesa impositiva dell'ufficio e dall'altro dalla correlativa impugnazione del contribuente. Il caso riguarda un'azienda di Firenze che aveva chiesto un rimborso IRPEG e ILOR per il 1990 su somme mai contestate dal fisco.

Contestualmente aveva aderito a un condono. Per questo l'ufficio aveva respinto l'istanza di rimborso della parte d'imposta mai chiesta dall'amministrazione. In particolare l'amministrazione finanziaria sosteneva che la presentazione della domanda di definizione di lite pendente sulla base di quanto previsto dall'articolo 16 della legge n. 289 del 2002<sup>1</sup> bloccherebbe la possibilità per il contribuente di ottenere, per gli anni e per le imposte oggetto dell'accertamento da cui era derivata la lite, i rimborsi di imposta richiesti in sede di dichiarazione. Il ricorso dell'Agenzia delle entrate si fondava su tre motivi. Con il primo, riferibile al vizio di omessa o insufficiente motivazione ex articolo 260 n. 5 c.p.c., si censura la sentenza gravata laddove questa affermerebbe che oggetto dell'accertamento in relazione al quale era stata chiesta la definizione agevolata ex articolo 12<sup>2</sup> legge 289/2002 sarebbe solo l'ILOR e non anche l'IRPEG. Con il secondo motivo, rilevabile al vizio di violazione di legge ex articolo 360 n. 3 c.p.c., si deduce che la Commissione Tributaria Regionale avrebbe violato l'articolo 16 legge 289/2002 nel ritenere che il rimborso dell'IRPEG non fosse impedito dalla definizione della lite pendente richiesta dal contribuente ai sensi di detta disposizione, ancorché l'avviso di accertamento oggetto di detta lite concernesse anche l'IRPEG. Con il terzo motivo si deduce che la Commissione Tributaria Regionale avrebbe violato l'articolo 16 legge 289/2002 anche sotto un ulteriore profilo, ritenendo che il divieto di restituzione previsto dal comma 5 di tale articolo, riguardi solo le somme versate per il condono e non anche quelle versate a titolo di imposta. Con la sentenza in oggetto e già con precedenti pronunce<sup>3</sup> la Corte ha avuto modo di rilevare come il condono ponga il contribuente di fronte ad una

libera scelta fra trattamenti distinti, che non si intersecano fra loro: o coltivano la controversia nei modi ordinari, conseguendo, ove del caso, i rimborsi di somme indebitamente pagate, oppure corrispondere quanto dovuto per la definizione agevolata, ma senza possibilità di riflessi o interferenze con quanto eventualmente già corrisposto sulla linea del procedimento ordinario. Il principio di diritto ora menzionato non è tuttavia dirimente ai fini della soluzione della questione, dato che l'attenzione della Corte è relativa alla richiesta di rimborso IRPEG richiesta dal contribuente e che non è stata oggetto di alcuna pretesa impositiva esercitata con detto avviso. In proposito - continua ancora la Corte - deve aversi riguardo al disposto dell'articolo 16 della legge 289/2002 e, in particolare, al comma 5 di tale articolo, nella parte in cui recita: "la definizione non dà comunque luogo alla restituzione delle somme già versate ancorché accedenti rispetto a quanto dovuto per il perfezionamento della definizione stessa". Dalla lettura della legge emerge che la "definizione" della lite costituisce, al contempo, fatto estintivo del credito restitutorio del contribuente e criterio di identificazione dei crediti restitutori investiti dalla vicenda estintiva; poiché l'oggetto della definizione si identifica con l'oggetto della lite, le imposte in relazione alle quali la definizione agevolata della lite estingue i crediti restitutori del contribuente si identificano in quelle per le quali sussiste una pretesa impositiva del Fisco contestata dal contribuente. Deve pertanto concludersi che - poiché l'oggetto della lite fiscale introdotta dall'impugnativa di un atto impositivo costituisce nell'accertamento negativo del credito tributario azionato dal Fisco con l'atto impugnato - la lite fiscale introdotta dall'impugnativa di un avviso di accertamento nel quale siano state formulate pretese impositive in relazione ad alcune soltanto delle imposte ivi contemplate, ha ad oggetto solo queste imposte e non anche quelle per le quali nell'avviso non sia stata formulata alcuna pretesa impositiva. È evidente che se la somma da versare per chiudere la lite fiscale pendente va calcolata in una percentuale dell'importo preteso dal Fisco con l'avviso di accertamento impugnato, l'effetto di preclusione alle restituzioni può riguardare solo quelle imposte in relazione alle quali il Fisco abbia esercitato una pretesa, che tale pretesa sia stata contestata e che il contribuente abbia effettuato un versamento per la definizione; mentre nessun effetto preclusivo può verificarsi in relazione alle imposte che, non avendo formato oggetto di pretese di Fisco, non hanno formato oggetto nemmeno di contestazione in primo grado e non rilevano in alcun modo ai fini della determinazione della somma da versare per la definizione della

lite fiscale. In conclusione deve affermarsi il principio che la definizione della lite fiscale ai sensi dell'articolo 16 legge 289/2002 preclude al contribuente soltanto la restituzione delle somme versate per le imposte in relazione alle quali l'avviso impugnato contenga una pretesa impositiva e non preclude la restituzione delle somme versate per imposte che, pur contemplate nell'avviso, non abbiamo formato oggetto di pretesa impositiva. La correttezza della conclusione risulta suffragata proprio dalla giurisprudenza (Cass., 7729/2008<sup>1</sup>) laddove si afferma che il condono "elide la pretesa impositiva unitariamente all'impugnazione del contribuente", in tal modo chiarendosi che gli effetti del condono operano nel perimetro segnato, da un lato, dalla pretesa impositiva dell'ufficio e, dall'altro, dalla correlativa impugnazione del contribuente. Del resto la stessa normativa del 2002<sup>2</sup> conferma tale conclusione nella parte dove specifica che il valore della lite da prendere a riferimento per il calcolo della definizione è costituito dall'importo che ha formato oggetto di contestazione in primo grado: ossia delle sole imposte per le quali il Fisco ha esercitato una pretesa.

<sup>1</sup> "I contribuenti che hanno presentato successivamente al 30 settembre 2002 una dichiarazione integrativa ai sensi dell'articolo 2, comma 8-bis, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 luglio 1998, n. 322, e successive modificazioni, possono avvalersi delle disposizioni di cui al presente articolo sulla base delle dichiarazioni originarie presentate. L'esercizio della facoltà di cui al periodo precedente costituisce rinuncia agli effetti favorevoli delle dichiarazioni integrative presentate".

<sup>2</sup> "Qualora gli importi da versare ai sensi del presente articolo, per ciascun periodo di imposta, eccedano complessivamente, per le persone fisiche, la somma di 2.000 euro e, per gli altri soggetti, la somma di 5.000 euro, gli importi eccedenti possono essere versati in due rate, di pari importo, entro il 16 marzo 2004 ed il 16 marzo 2005, maggiorati degli interessi legali a decorrere dal 17 marzo 2003. L'omesso versamento delle predette eccedenze entro le date indicate non determina l'inefficacia della integrazione; per il recupero delle somme non corrisposte a tali scadenze si applicano le disposizioni dell'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni, e sono altresì dovuti una sanzione amministrativa pari al 30 per cento delle somme non versate, ridotta alla metà in caso di versamento eseguito entro i trenta giorni successivi alla scadenza medesima, e gli interessi legali".

<sup>3</sup> Cass. n. 15995/2000 resa con riferimento al condono di cui al decreto legge 564/1994, convertito con legge 656/1994 e Cass. nn. 7729/2008 e 22767/2008 rese con riferimento all'articolo 7 della legge 289/2002.

<sup>4</sup> Con tale sentenza i giudici di legittimità hanno stabilito che una volta definito, attraverso il condono, il rapporto tributario, non può essere rimesso in discussione dal contribuente presentando istanza di rimborso per le imposte condonate che non ritiene dovute. Infatti, il contribuente che abbia scelto di avvalersi del condono, ex articolo 7 della legge 289/2002, rinuncia implicitamente al ricorso avverso il silenzio rifiuto formatosi sulla propria istanza di rimborso IRAP. Il condono, infatti, in quanto volto a definire "transattivamente" la controversia in ordine all'esistenza di tale presupposto, "pone il contribuente di fronte ad una libera scelta tra trattamenti distinti e che non si intersecano tra loro, ovvero coltivare la controversia nei modi ordinari, conseguendo se del caso il rimborso delle somme indebitamente pagate, oppure corrispondere quanto dovuto per la definizione agevolata, ma senza la possibilità di riflessi o interferenze con quanto eventualmente già corrisposto

in via ordinaria" (cfr. Cass., sentenze nn. 15995/2000, 15635/2004, 6212/2006, 3682/2007). La Suprema Corte ha, inoltre, precisato che le questioni relative al condono, avendo anche natura processuale, sono rilevabili d'ufficio dal giudice, senza che occorra una specifica proposizione ad opera della parte interessata a farle valere. Conseguentemente, il giudice deve rilevare d'ufficio l'operatività del condono convenendo a vantaggio della parte privata, riguardo alle liti relative agli accertamenti dell'obbligazione tributaria e alla debenza dell'imposta o dell'ente impositore, relativamente alle domande giudiziali riguardanti le richieste di rimborso d'imposta. Inoltre l'Agenzia delle entrate, con le circolari n. 7/2003 e n. 18/2003, aveva precisato che la presentazione di una dichiarazione di condono ex legge 289/2002 ha tra i suoi effetti anche la rinuncia all'eventuale richiesta di rimborso IRAP presentata dal contribuente. Infatti, "qualora l'istanza di rimborso presentata dal contribuente derivi da una pretesa esclusione dal campo di applicazione dell'IRAP, troveranno applicazione il comma 13 dell'articolo 7 e il comma 9 dell'articolo 9, i quali prevedono che "la definizione automatica, limitatamente a ciascuna annualità, rende definitiva la liquidazione delle imposte risultanti dalla dichiarazione con riferimento all'applicabilità di esclusioni".

In buona sostanza, a giudizio dell'amministrazione finanziaria, "il contribuente che abbia definito la propria posizione con le sanatorie previste dagli articoli 7 e 9 rinuncia ad eventuali cause di esclusione e, di conseguenza, ad ogni contenzioso derivante da esse", visto che il condono di cui alla legge 289/2002 rende definitivi gli imponderabili esposti nella dichiarazione originaria.

<sup>5</sup> Il condono tombale consentiva, a tutti i contribuenti, titolari e non di partita IVA, di regolarizzare le imposte relative alle dichiarazioni che andavano presentate entro il 31 ottobre 2002. Le imposte condonabili sono le imposte sui redditi (IRPEF, IRPEG e ILOR) e relative addizionali, le imposte sostitutive, l'IRAP, il contributo straordinario dell'Europa, l'IVA e l'imposta sul patrimonio netto. L'adesione al condono tombale comportava la necessità di sanare tutti i periodi d'imposta per i quali i termini di presentazione delle dichiarazioni sono scaduti entro il 31 ottobre 2002. Con tale condono era possibile sanare soltanto le imposte dirette e assimilate senza L'IVA o viceversa. Il condono cd. tombale si perfezionava mediante la presentazione di un'apposita dichiarazione e con un versamento per ciascun periodo d'imposta.

Piervincenzo Pacileo

### Dell'incontestabilità dell'estratto conto da parte del correntista bancario.

*Tribunale di Nocera Inferiore, I sezione civile, giudice rel. dott.ssa Marianna D'Avino, 24 febbraio 2011.*

In adempimento di quanto stabilito dall'articolo 2697 c.c., sull'attore incombe l'onere di provare quei fatti che (salva l'esistenza di fatti modificativi o estintivi della sua pretesa) producono gli effetti da lui invocati, ossia tutti gli elementi costitutivi del diritto. Il giudice, d'altro canto, può formare il proprio convincimento in ordine alla fondatezza di tale pretesa, traendo argomento da tutto ciò che risulta allegato e provato agli atti del processo, purché acquisito nel rispetto delle regole processuali, in ossequio al principio di cui all'articolo 116 c.p.c. L'estratto di saldaconto (già previsto dall'articolo 102 dell'abrogata legge bancaria e ora dall'articolo 50, d.lgs. n. 385/1993), dichiarazione unilaterale di un funzionario della banca creditrice accompagnata dalla certificazione della sua conformità alle scrit-

ture contabili e da una attestazione di verità e liquidità del credito, costituisce concetto ben distinto dall'ordinario estratto conto, destinato a certificare le movimentazioni debitorie e creditorie intervenute dall'ultimo saldo, con le condizioni attive e passive praticate dalla banca; tant'è che la giurisprudenza - anche di legittimità - ritiene che mentre il saldaconto riveste efficacia probatoria nel solo procedimento monitorio, l'estratto conto, trascorso il necessario periodo di tempo dalla sua comunicazione al correntista, assume carattere di incontestabilità ed è, conseguentemente, idoneo a fungere da prova anche nel successivo giudizio contenzioso instaurato dal cliente. In tema di controversie inerenti rapporti di conto corrente bancario<sup>1</sup> la produzione in giudizio da parte dell'istituto di credito dell'ordinario estratto conto deve considerarsi idonea a rappresentare prova sufficiente delle movimentazioni, tanto debitorie quanto creditorie relative al rapporto intercorrente con il correntista, nonché delle condizioni praticate dalla banca in riferimento ai singoli servizi offerti. Tale rendicontazione, infatti, assume una certa incontestabilità dopo che, inviato al correntista, questi non ne contesta il contenuto entro un certo periodo di tempo; in sede giudiziale, pertanto, è onere di quest'ultimo, a fronte di tale produzione da parte della banca, contestare in maniera puntuale e specifica le singole poste che assume essere illegittime, determinanti, in quanto tale, un saldo finale abnorme. La contestazione solo generica delle voci contenute nell'estratto conto asseritamente *contra legem*, pertanto, deve essere considerata insufficiente al fine di minare il valore probante di tale produzione<sup>2</sup>. Nei rapporti bancari in conto corrente, la banca non può sottrarsi all'onere di provare il proprio credito invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni dalla data dell'ultima registrazione, in quanto tale obbligo volto ad assicurare una più penetrante tutela dei terzi estranei all'attività imprenditoriale non può sollevarla dall'onere della prova piena del credito vantato anche per il periodo ulteriore<sup>3</sup>. Una volta che sia stata esclusa la validità, per mancanza dei requisiti di legge, della pattuizione di interessi ultralegali a carico del correntista, la banca non può dimostrare l'entità del proprio credito mediante la produzione, ai sensi dell'articolo 2710 c.c., dell'estratto notarile delle sue scritture contabili dalle quali risulti il mero saldo del conto, ma ha l'onere di produrre gli estratti a partire dall'apertura del conto; né la banca può sottrarsi all'assolvimento di tale onere invocando l'insussistenza dell'obbligo di conservare le scritture contabili oltre dieci anni, perché non si può confondere l'onere di conservazione della documentazione contabile

con quello di prova del proprio credito<sup>4</sup>. La tacita approvazione del conto corrente può valere, per la sua natura, *latu sensu* confessoria, come dichiarazione ricognitiva di una manifestazione negoziale precedente; discende dalla natura stessa dell'asserito carattere confessorio dell'approvazione tacita del conto che essa ha ad oggetto dei fatti storici (sfavorevoli al confidente) impregiudicata restando ogni questione in ordine al valore che l'ordinamento a quei fatti riconosca ed agli effetti giuridici che da essa faccia discendere.

Deve ritenersi pertanto che l'approvazione dell'estratto conto (per quel che riguarda gli aspetti sostanziali, restando invece disciplinati dal secondo comma dell'articolo 1832 c.c. quelli formali), abbia la funzione di rendere incontestabile in giudizio la verità storica dei fatti riportati nel conto - ivi compresa l'esistenza degli ordini e delle disposizioni del correntista nel conto stesso menzionate come causale di determinate annotazioni di addebito/accredito - lasciando aperta solo la possibilità di porre in questione la portata e il significato giuridico di quei fatti.

Pertanto, la tacita approvazione del correntista non solo significa che sono riconosciuti come veri fatti posti a base delle annotazioni contabili riportate nel conto, ma, altresì, l'inesistenza, nel periodo contestato, di fatti ulteriori dai quali avrebbero potuto scaturire altre e diverse annotazioni<sup>5</sup>.

Tuttavia, la mancata contestazione dell'estratto conto e la connessa, implicita approvazione delle operazioni in esso annotate non comportano l'incontestabilità del debito da esso risultante che sia fondato su negozio nullo, annullabile, inefficace o, comunque, su situazione illecita: la verifica in ordine alla sussistenza o meno dei detti requisiti è rimessa all'apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità, ove adeguatamente motivata<sup>6</sup>.

D'altronde, la mancanza di doglianze da parte del correntista per molti anni in ordine alla gestione del proprio conto corrente non è di per sé solo elemento sufficiente da cui ricavare la prova della volontà di quest'ultimo di abdicare ai propri eventuali crediti derivanti da un'illegittima gestione del conto in parola da parte della banca; in tal senso, infatti, si evidenzia come tale condotta omissiva è equivoca, in quanto può giustificarsi non tanto e non solo nella volontà abdicativa, bensì nella possibile ignoranza da parte del correntista di avere dei diritti da far valere, con l'unica preclusione, però, del termine di prescrizione decennale<sup>7</sup>.

.....

<sup>1</sup> In argomento si rinvia a R. Cafaro, *Il conto corrente bancario: opera-*

*zioni, comunicazioni bancarie e trasparenza*, Milano, 2011, *passim*; E. Verbena-M. Mercogliano, *Il conto corrente bancario: regole operative e modalità di utilizzo*, Torino, 2005, *passim*; G. Tarzia, *Il contratto di conto corrente bancario*, Milano, 2001, *passim*; V. Santoro, *Il conto corrente bancario*, Milano, 1992, *passim*; F. Maimeri-A. Nigro-V. Santoro, *Le operazioni bancarie in conto corrente*, Milano, 1991, *passim*; R. Repetto-M. Dallosta, *Aspetti operativi del conto corrente e dell'assegno bancario*, Milano, 1985, *passim*; F. Martorano, *Il conto corrente bancario*, Napoli, 1982, *passim*; V. Farina, *I diritti nascenti dell'annotazione in conto corrente bancario e ripetizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, 7, pp. 713-730; U. Salanitro, *L'inizio della decorrenza della prescrizione dell'azione di ripetizione degli interessi anatocistici nel conto corrente bancario: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2011, 3, pp. 400-410; D. Scano, *Operazioni in conto corrente ed obblighi di monitoraggio della banca*, in *Giur. comm.*, 2011, 3, pp. 605-611; F. Mastromarino, *Prescrizione dei diritti di ripetizione dell'indebito nel conto corrente*, in *Dir. prat. soc.*, 2011, 4, pp. 47-55; C. Morichini, *Lo scoperto di conto corrente*, in *Finanziamenti & credito*, 2011, 3, pp. 56-58; A.A. Dolmetta, *Versamenti in conto corrente e prescrizione dell'indebito*, in *Contratti*, 2011, 5, pp. 489-502; F. Accetella, *La "depurazione" del saldo del conto corrente dagli interessi anatocistici (tra assenza di estratti conto ed irrilevanza dei c.d. "conti d'ordine")*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2010, 5, pp. 631-640; A. Bonifazi-G. Troise, *Il controllo del conto corrente bancario*, in *Amministrazione & finanza*, 2008, 10, pp. 47-57; M. Nicolai, *Sull'adempimento delle obbligazioni della banca nel contratto di conto corrente bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, 2, pp. 241-252; M. Semeraro, *Divieto di anatocismo e squilibrio contrattuale nel conto corrente bancario*, in *Rass. dir. civ.*, 2007, 1, pp. 197-210; M.C. Frattagli, *Diligenza e responsabilità dell'istituto bancario in relazione alle operazioni di conto corrente*, in *Foro toscano*, 2007, 2, pp. 157-158; P. Russo, *Contratto di conto corrente bancario e applicazione di condizioni illegittime*, in *Il merito*, 2006, 1, pp. 27-32; A. Baroni Redeghieri, *Disciplina per l'apertura di credito nel contratto scritto di conto corrente*, in *Fall. altre proc. concor.*, 2006, 5, pp. 555-563; V. Zanichelli, *La prova documentale del credito delle banche per scoperti di conto corrente*, in *Fall. altre proc. concor.*, 2006, 3, pp. 295-300; C. Colombo, *Interessi anatocistici ed operazioni bancarie regolate in conto corrente: cosa va e cosa non va in archivio dopo l'intervento delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2005, 7-9, pp. 186-209; E. Staunovo-Polacco, *Revocabilità dei versamenti in conto corrente bancario*, in *Fall. altre proc. concor.*, 2005, 1, pp. 31-37; U. Morera, *Sulla non configurabilità della fattispecie "anatocismo" nel conto corrente bancario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 1, pp. 17-25; M. Sanna, *La capitalizzazione trimestrale degli interessi nel contratto di conto corrente bancario*, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 3, pp. 719-729; C. Chessa, *Note minime in tema di apertura di credito in conto corrente*, in *Riv. giur. sarda*, 2004, 3, pp. 781-782; P. Bernardini, *Rapporto di conto corrente: risultanze contabili contenute negli estratti conto*, in *Giud. pace*, 2003, 2, pp. 145-147; G. Cabras, *Banche e giudici: un dialogo difficile in tema di interessi nel conto corrente bancario*, in *Vita not.*, 2001, 1, pp. 3-14; F. Masotto, *Chiusura del conto corrente e conseguenze per l'istituto di credito*, in *Foro toscano*, 2000, 2, pp. 129-131; U. Morera, *L'apertura di credito in conto corrente in favore del "consumatore"*, in *Vita not.*, 1999, 1, pp. 3-8; E. Perego, *L'art. 1831 codice civile e il contratto di conto corrente bancario*, in *Contratti*, 1999, 8-9, pp. 854-857; V. Farina, *La determinazione giudiziale del credito "bancario" in conto corrente*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 3, pp. 340-372; C. Stingone, *Patto di interessi ultralegali e rilevanza dell'approvazione dall'estratto di conto corrente bancario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1999, 2, pp. 211-215; M.R. Moreli, *Materiali per una configurazione del conto corrente bancario come contratto legalmente tipico*, in *Giust. civ.*, 1998, 4, pp. 139-148; N. Oggiano, *Conto corrente: consigli per l'uso*, in *PMI*, 1996, 10, pp. 606-608; F. Palisi, *Sulla decorrenza della valuta nelle operazioni bancarie di conto corrente*, in *Banche e banchieri*, 1991, 7-8, p. 477; M. Viale, *Conto corrente bancario e interessi ultralegali*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 1990, 7-8, pp. 589-595; M. Bronzini, *Il conto corrente bancario di corrispondenza*, in *Riv. dott. comm.*, 1987, 1, p. 124.

<sup>2</sup> Così Tribunale di Bologna, 13 gennaio 2011.

<sup>3</sup> Cass. civ., sezione I, 26 gennaio 2011, n. 1842.

<sup>4</sup> Asseriscono ciò Cass. civ., sezione I, 25 novembre 2010, n. 23974; Cass. civ., sezione I, 10 maggio 2007, n. 10692.

<sup>5</sup> V. Tribunale di Borgomanero, 30 dicembre 2006.

<sup>6</sup> Cfr. Cass. civ., sezione III, 24 maggio 2006, n. 12372, in *Obbl. contr.*, 2006, 8-9, pp. 677 ss.

<sup>7</sup> Tribunale di Padova, 19 novembre 2010.

Giuseppina Romano

### Risponde del reato di trattamento illecito di dati personali il privato che diffonde a mezzo di chat line pubblica il numero di cellulare di un altro soggetto.

Corte di Cassazione, sezione III penale, sentenza 17 febbraio 2011 (deposito del 1 giugno 2011), n. 21839.

Con sentenza n. 21839, depositata in data 1 giugno 2011, la Suprema Corte di Cassazione, sezione III penale, ha confermato la condanna a 4 mesi di reclusione inflitta dalla Corte d'Appello di Milano nei confronti di un soggetto che aveva diffuso su una chat line pubblica, il numero di telefono cellulare di una persona con cui poco prima aveva intrattenuto una conversazione, poi degenerata. La sentenza, perfettamente al passo coi tempi, analizza un argomento estremamente attuale, quello delle chat line e delle informazioni che ivi si possono diffondere, dando disciplina a una delle numerose problematiche giuridiche sottese al mondo virtuale e soprattutto puntando i riflettori sulle condotte, penalmente rilevanti, che ogni giorno si possono perpetrare in rete. La vicenda giudiziaria in esame origina da un banale, banalissimo colloquio virtuale (come ogni giorno se ne verificano tanti) su una chat line, in occasione del quale l'imputato, utilizzando un nick name, si inseriva in un canale chat privato gestito dalla persona offesa, intrattenendo con la stessa una conversazione virtuale, poi degenerata. A seguito del predetto colloquio, seguito poi da una telefonata di insulti, l'imputato, per "mero intento ritorsivo", diffondeva sulla chat pubblica il numero dell'utenza cellulare della persona offesa, del quale era venuto in possesso nel precedente colloquio. Avverso la sentenza emessa dalla Corte territoriale, l'imputato proponeva ricorso per Cassazione con il quale denunciava violazione e falsa applicazione della norma penale (legge n. 196/2003, articolo 167) deducendo, innanzitutto, l'erroneità della sentenza in punto di identificazione nell'imputato, dell'autore del fatto in quanto ritenuto erroneamente destinatario della norma incriminatrice e, ancora, in punto di individuazione del danno, nella specie non solo insussistente ma inconfigurabile. Deduceva, altresì, l'imputato, carenza di motivazione con riferimento al mancato esame, da parte della Corte territoriale, delle censure mosse con i motivi di appello. La portata del ricorso appare, dunque, improntata a due censure essenziali e segnatamente, la cor-

retta individuazione del soggetto attivo del reato, da un lato, e il concetto di danno di cui all'articolo 167 Codice della privacy, dall'altro. Con riferimento alla prima doglianza, la difesa dell'imputato poneva in correlazione, al fine di dimostrare come il contenuto della norma incriminatrice non avesse portata *erga omnes*, l'articolo 167 della legge 196/2003 con l'articolo 4, comma 1, lettera f, che indica come titolare del trattamento "la persona fisica, la persona giuridica, la pubblica amministrazione o qualsiasi altro ente, associazione o organo cui competono le decisioni in ordine alle finalità o alle modalità del trattamento dei dati o agli strumenti attuativi". Tale definizione, secondo la tesi difensiva, consentirebbe di escludere dal novero dei destinatari della norma punitiva il privato cittadino che occasionalmente sia venuto in possesso di un dato c.d. sensibile appartenente ad un altro soggetto dandogli indebita diffusione. In altri termini, il privato cittadino che viene in possesso di un dato personale di un terzo non può essere qualificato come "titolare" secondo quanto stabilito dal Codice della privacy. Benché l'assunto difensivo abbia una sua dignità giuridica nella misura in cui sostiene che il trattamento dei dati sia un'attività qualificata, con l'ovvia conseguenza di strutturare il trattamento illecito dei dati come reato proprio, gli Ermellini superano l'argomentazione difensiva rilevando come l'incipit "chiunque" dell'articolo 167 Codice della privacy, esclude in radice la possibilità di inquadrare il reato *de quo* nella categoria summenzionata, collocandolo piuttosto tra i reati comuni. Ma, anche a voler collegare, come fa la difesa, l'articolo 167 con l'articolo 4 della legge 196/2003, il risultato non cambia, in quanto, osserva la Corte, per "persona fisica" ai sensi del sopra menzionato articolo 4 deve intendersi il soggetto privato *sic et simpliciter* e non solo quello che svolga un ruolo istituzionale (es. di depositario della tenuta dei dati sensibili). Una diversa interpretazione consentirebbe di escludere dall'area penale tutti i soggetti privati venuti in possesso dei dati sensibili di altre persone favorendo indebite intrusioni nelle vite altrui e violazioni della privacy che il legislatore vuole evitare. Né la punibilità può dirsi esclusa, osserva la corte, nel caso in cui il soggetto abbia acquisito il dato in via del tutto casuale, in quanto la norma non punisce il ricevimento del dato ma la sua indebita diffusione. La seconda censura mossa dalla difesa riguardava l'insussistenza del danno che nel caso di specie sarebbe addirittura inconfigurabile. Meno condivisibili appaiono le osservazioni svolte sul punto dai giudici di legittimità, i quali affermano che nel caso in esame il danno è individuabile nella diffusione illecita del numero

telefonico in quanto una "diffusione ad ampio raggio, indipendentemente dal tempo di stazionamento del messaggio sulla chat line (nel caso di specie non quantificabile), consente a chiunque di prendere cognizione di numeri telefonici riservati" generando ulteriori contatti non desiderati, lesivi della privacy. Per tali motivi, non si verrebbe, nel caso di specie, sempre secondo il Supremo Collegio, nell'ipotesi di "minimo *vulnus* all'identità personale del soggetto attivo e alla sua privacy" in presenza del quale la condotta materiale diffusiva sarebbe scriminata (Cass. Pen., sezione III, 28 maggio 2004, n. 30134, Barone, Riv. 229472). Sul punto, sommamente si osserva che l'articolo 167 Codice della privacy prevede il danno esclusivamente in relazione all'elemento soggettivo del reato (così recita la norma "chiunque, al fine di trarne profitto per sé o per altri o di recare ad altri un danno ingiusto..."), mentre parla di nocumento con riferimento alla condotta materiale. Ora, a prescindere dalla configurazione del nocumento come elemento costitutivo del reato o come condizione obiettiva di punibilità, si tratta di un *quid* che deve necessariamente sussistere e che va, dunque, provato e che, soprattutto, non può essere presunto nel fatto stesso della diffusione. In difetto di un "*vulnus* concreto" personale o patrimoniale, la condotta potrebbe essere non punibile (in tal senso si veda ancora Cass. Pen., sezione III, 28 maggio 2004, n. 30134 confermata anche dalla più recente pronuncia della Cass. Pen., sezione V, 25 giugno 2009, n. 40078 in Riv. Pen. 2010, 47). Desta, infine, qualche perplessità il passaggio in cui la Cassazione cataloga il numero di utenza cellulare nel novero dei dati sensibili e dunque intrinsecamente riservati. Orbene, partendo dalla definizione di dato sensibile ricavabile dall'articolo 4, comma 1, lettera d, non pare sussistano dubbi sul fatto che un numero di cellulare non sia idoneo a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, le opinioni politiche né tanto meno lo stato di salute e la vita sessuale di una persona: un numero di telefono, dunque, non è un dato sensibile. Trattasi, piuttosto di un dato personale, intendendosi per tale quello che costituisce una informazione relativa a una persona identificata o identificabile tenendo conto dell'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal titolare del trattamento per identificare una persona tramite un suo dato. In ogni caso, non è la riservatezza del dato ciò che il Codice della privacy mira a tutelare ma la modalità di trattamento dello stesso: è la conformità o meno alla legge di tale trattamento a determinare la sussistenza o meno del reato. Con queste motivazioni, la Corte di Cassazione, sezione III penale, con-

fermava la condanna a 4 mesi di reclusione inflitta dalla Corte territoriale di Milano nei confronti di un soggetto che aveva diffuso su una chat line pubblica il numero di telefono cellulare di una persona con cui poco prima aveva intrattenuto una conversazione, poi degenerata. Si tratta, al di là delle piccole osservazioni svolte, di una sentenza degna di nota per l'attualità dei contenuti. Un altro piccolo tassello che si va ad aggiungere a un grande mosaico nella direzione di una disciplina esaustiva e coerente di una realtà, quella virtuale, che rimane per molti aspetti sfuggente, e dove il discrimine tra liceità e illiceità è veramente labile.

Vincenzo Vanacore

### I concorsi pubblici e l'annosa questione dei titoli preferenziali.

La vicenda che si annota riguarda la controversa applicazione dei titoli di preferenza per l'assunzione nel pubblico impiego, con particolare riferimento alla prevalenza (o meno) della minore età rispetto al criterio dei figli a carico (c.d. carico familiare). Nel caso in esame, il ricorrente sostiene che l'amministrazione, con una lettura erronea dell'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997, avrebbe illegittimamente dato prevalenza alla minore età del controinteressato, perché non avrebbe considerato, in violazione dell'ordine dei criteri fissati dall'articolo 5, comma 4, del D.P.R. n. 487/1994, il criterio del maggiore carico familiare e l'aver prestato lodevole servizio presso la pubblica amministrazione; titoli ritenuti prevalenti rispetto all'età. Di contro, l'amministrazione ritiene che siffatta interpretazione sia erronea alla luce dell'attuale sistema delle fonti e meriti, pertanto, un ripensamento, perché al titolo preferenziale della minore età va riconosciuta prevalenza su tutte le altre ipotesi previste dal comma 4 dell'articolo 5, D.P.R. n. 487/1994. Secondo una parte della giurisprudenza, a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997, la minore età del candidato costituirebbe titolo preferenziale solo nell'ambito dei criteri residuali di cui al comma 3 del citato articolo 5, D.P.R. n. 487/1994, comma - quest'ultimo - sostanzialmente riscritto con una inversione dell'ordine di importanza dei tre criteri in esso previsti (in questo senso, Consiglio di Stato, sentenza 7 settembre 2009, n. 5234). Se così fosse, tuttavia, il criterio del "carico familiare", che figura tanto nel comma 4 quanto nel comma 5 dell'articolo 5, D.P.R. citato, sarebbe destinato ora a prevalere (comma 4), ora a recedere (comma 5) rispetto alla



minore età, in una lettura irrazionale della fattispecie normativa. Ed infatti, il maggior peso della prole a carico - criterio recessivo nell'ambito del comma 5 della disposizione regolamentare in commento - sarebbe in realtà destinato a prevalere sempre sul criterio dell'età. Invero, sembra ora che la questione interpretativa in esame debba riproporsi su basi argomentative diverse. Infatti, l'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997 (Bassanini bis), come successivamente modificato dalla legge n. 191/1998, non è una norma destinata a modificare parzialmente il regolamento di cui al D.P.R. n. 487/1994, quanto piuttosto a porre un criterio di prevalenza assoluta - in virtù del rango primario della fonte normativa - sul complesso delle norme regolamentari. In tal senso, l'espressione normativa contenuta nell'articolo 3, comma 7 in commento ("Se due o più candidati ottengono, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, pari punteggio, è preferito il candidato più giovane di età"), sembra riferibile non ai titoli di preferenza di cui al D.P.R. n. 487/1994, ma ai titoli selettivi idonei ad attribuire punteggio in aggiunta alle prove di esame. Secondo questa impostazione, ne deriva che - a parità di punteggio - le preferenze connesse alle categorie protette, di cui al regolamento del 1994, vanno oggi considerate recessive rispetto al criterio (primario) della minore età. Che sia questa la *ratio* dell'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997, pare confermato dall'ordinanza n. 268/2001 della Corte Costituzionale, secondo cui, "come è dato evincere anche dai lavori parlamentari sul punto, la disposizione censurata si inserisce in un progetto riformatore che ha per obiettivo di coniugare il principio di solidarietà con quello di efficienza della pubblica amministrazione, nel quadro della privatizzazione del pubblico impiego, ispirata ad un ampio rinnovamento del personale ammini-

strativo, particolarmente investendo in risorse umane giovani e meritevoli, si da garantire un servizio più efficiente e duraturo" (Corte Cost., ordinanza n. 268/2001). L'intenzione del legislatore resterebbe del tutto inattuata da una interpretazione restrittiva della disposizione, perché ne restringerebbe l'efficacia alle sole ipotesi dei criteri residuali del D.P.R. n. 487/1994. Con la conseguenza che, a pari merito, i candidati più giovani - pur preferiti dalla norma in commento - dovrebbero soccombere, ad esempio, ai "genitori vedovi non risposati" (articolo 5, comma 4, n. 13, D.P.R. n. 487/1994). Invero, appare maggiormente coerente riconoscere che il legislatore ha seguito una scelta di valore destinata a prevalere, nel contesto dell'articolo 5 da ultimo citato, su ogni altro criterio. Sta di fatto che il TAR Campania, sezione distaccata di Salerno, ha seguito l'interpretazione alla cui stregua "l'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997, dispone infatti che "... Se due o più candidati ottengono, a conclusione delle operazioni di valutazione dei titoli e delle prove di esame, pari punteggio, è preferito il candidato più giovane di età...": norma incompatibile con quella di cui all'articolo 5, comma 5, D.P.R. n. 487/1994 (ove il criterio della minore età è l'ultimo in ordine di importanza), per cui, in base alle regole sulla successione delle leggi nel tempo, si deve ritenere che, a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 3, comma 7, legge n. 127/1997, la norma regolamentare in questione deve essere intesa nel senso che, a parità di punteggio ed in assenza dei titoli di preferenza di cui al precedente comma 4, il criterio da applicare in caso di pari punteggio è quello della minore età, gli altri due risultando applicabili solo in maniera residuale (v. ordinanza Corte Costituzionale n. 268/2001), quando i candidati collocati a pari merito abbiano la stessa età (caso raro ma non impossibile)".

## Dottrina

Angela Cisale

### Per i giudici americani la memoria è "ingiusta".

"[...] Se poi l'anima non è profonda o è troppo piccola e ristretta, o ancora se è troppo liquida, le impronte si mescolano e si sovrappongono e ci vuole molto tempo a trovarle o addirittura è del tutto impossibile identificarle e si confonde un ricordo con un altro"<sup>1</sup>.

Per Platone la memoria, in modo metaforico, è paragonabile ad una tavoletta di cera, in cui ogni immagine sensoriale rilascia un'impronta, che può essere più o meno profonda. La tavoletta di cera, cioè la memoria è secondo Platone suddivisa in tre zone: la prima zona è la memoria permanente ove vengono impresse immagini che non devono essere cancellate, la seconda zona rappresenta la memoria a medio termine, mentre la terza zona rappresenta la memoria a breve termine, ove le immagini vengono salvate casualmente con il sovrapporsi l'una all'altra. Da qui la nascita del concetto delle c.d. false memorie.

Cos'è la memoria? È l'interrogativo che da millenni filosofi, poeti, scienziati e biologi si sono posti, e non da ultimo anche i giuristi; questi ultimi, infatti, hanno deciso di utilizzare i risultati raggiunti dalla più recente scienza per stabilire quando e quanto un ricordo possa essere ritenuto attendibile al punto tale da influenzare un intero processo giudiziario. Oggi la scienza, ben lontana dalle teorie filosofiche, è giunta ad affermare che l'uomo possiede due tipi di memoria, una cognitiva e una motoria. Quest'ultima è una memoria inconscia e riguarda le informazioni relative a movimenti automatici. Più complessa è, invece, la memoria cognitiva, che incamera tutte quelle informazioni trasmissibili e che vengono richiamate in modo conscio; la memoria cognitiva, poi, è anche a breve termine o a lungo termine. Tutte le informazioni che la nostra memoria assume sono informazioni a breve termine e solo attraverso un processo detto di consolidamento è possibile trasformarle a lungo termine. Al termine della lettura di questo articolo, ad esempio, per pochi minuti o anche ore la nostra mente ricorderà il contenuto ma solo un processo di consolidamento, che può essere sviluppato dall'interesse di conoscere o dalla necessità di superare un esame, potrà consentire alla nostra memoria di ricordarlo per lungo tempo, questo processo ovviamente richiede alcuni giorni. Ciò che arriva alla memoria, *ergo*, non è detto che diventi stabile. Allora, se un uomo assiste ad un omicidio per quanto tempo la sua memoria è in grado di con-

servare le informazioni inerenti l'omicida? Il testimone oculare è sempre attendibile? Numerosi sono i processi al termine dei quali ogni giorno gli organi giudicanti ritengono di dover pronunciare una sentenza di colpevolezza sulle sole dichiarazioni, legate ad un ricordo, della persona offesa o di un testimone. Questo è quanto accadde, anche, al termine del processo (non solo giuridico ma anche mediatico) celebratosi per l'omicidio della giovane studentessa Marta Russo, avvenuto nel maggio del 1997 presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università La Sapienza di Roma. Il caso creò un notevole interesse mediatico ma, a molti nel tempo è sfuggito quanto attentamente hanno evidenziato due scrittori, i quali analizzando la testimonianza di Gabriella Alletto hanno scritto: "dal giurare di non essere mai stata in quella stanza, negli ultimi interrogatori ritratta la sua iniziale versione dei fatti dicendo non solo di esserci stata ma diventando essa stessa la principale accusatrice e facendo condannare due persone, senza movente e senza aver ritrovato l'arma del delitto"<sup>2</sup>. È giusto, allora, condannare un uomo senza acquisire una prova certa ed inconfutabile in grado di confermare il ricordo della persona offesa o di un testimone? I giuristi del nuovo continente, dopo anni di esperimenti giudiziari, sono giunti ad affermare che ciò non è possibile e non può essere accettato. Paradossalmente, mentre i giuristi americani quest'estate sono giunti a siffatta conclusione, i nostri giudici di legittimità sono giunti ad affermare esattamente il contrario, a conferma ancora una volta del loro costante orientamento giurisprudenziale. Gli stati americani, così, stanno "mettendo al bando" il sistema di identificazione c.d. line-up, meglio noto come il confronto all'americana (che consiste nel disporre quattro persone uno accanto all'altro e porle di fronte alla vittima, che si trova nascosta dietro ad un vetro scuro) e che nel nostro sistema giudiziario prende il nome di ricognizione. La Corte Suprema del New Jersey, rifacendosi ai lunghi studi dello stato dell'Illinois, il 22 agosto è giunta a stabilire che non sono rari ma anzi sono molto frequenti gli errori in cui si imbattono le vittime e/o i testimoni oculari nel riconoscere l'ipotetico colpevole. Per la Corte del New Jersey è preoccupante la percentuale di errori giudiziari riscontrati nei processi ove era stato utilizzato il solo riconoscimento a fondamento delle pronunzie di colpevolezza. I giuristi americani, partendo dai concetti basilari sopra enucleati ed analizzando i casi concreti, hanno cercato di comprendere quanto la memoria possa essere ritenuta elemento unico su cui fondare una sentenza di condanna. Gli studi hanno portato alla delineazione di una statistica sconvolgente, infatti, secondo la

Suprema Corte americana: "Dei 75 mila sospetti scelti ogni anno con il sistema del line-up, della parata di quattro persone sicuramente estranee al crimine messe accanto all'arrestato, venticinquemila, ossia un terzo, risultano sbagliate. E almeno 200 condannati in via definitiva, sono stati poi successivamente scagionati dalla ben più decisiva prova del dna". Gli inquirenti americani appurata la fallacità in più occasioni del riconoscimento line-up hanno tentato di sostituirlo con un metodo "sequenziale", che consiste nel far sfilare le comparse e il sospetto uno per volta, separatamente. Ma studi recenti condotti in alcuni stati, tra i quali il New Jersey, l'Illinois, il Colorado ed il Texas, hanno tutti dimostrato che la possibilità di falsa identificazione con tale sistema risulta ancora più alta rispetto al line-up, con una percentuale che può raggiungere perfino il 60% dei casi. I giuristi americani sono pertanto giunti, a ritenere che il riconoscimento all'americana non può trovare attendibilità perché la scelta del testimone non risulta scevra di influenze esterne, quali segnali ed input inviatigli inconsciamente dalle stesse comparse o dagli stessi investigatori li presenti, i quali sono in grado di influenzare il testimone anche con la semplice domanda "è in grado di riconoscerlo?" o "ricorda qualche particolare del suo aggressore?". Il riconoscimento ad avviso dei giuristi americani è fallace non perché non esistono regole generali in grado di disciplinarlo anzi ve ne sono fin troppe, ma è tale perché fallace è la memoria, che si lascia influenzare continuamente dai vari input o persino dalla paura. I giudici d'oltre oceano, infine, sottolineano come nella mente del testimone si crei una convinzione che porta ad essere certi di poter riconoscere la vittima anche se tale certezza non vi è.

Siffatta certezza porta il testimone a sbagliare, ed infatti in molti casi questi finisce per indicare quale colpevole una persona che ha solo una mera somiglianza con il colpevole. I fattori esterni, la certezza, la pressione e la paura e via discorrendo influenzano fortemente la memoria del testimone, col concreto ed elevato rischio di far condannare un innocente se durante il processo non dovessero emergere prove a suo discarico. È sul giudizio di alcuni esperti di "psicologia della testimonianza" e sulle risultanze contenute in ben oltre 2000 articoli scientifici, che la Corte del New Jersey ha basato la propria decisione: "[...] memoria umana non funziona affatto come una macchina fotografica, che registra asetticamente ciò che accade ma, è piuttosto un processo fluido, o, un atto nel quale si riattivano varie informazioni, che vengono ricucite e riorganizzate in modo da creare un evento mentale che può essere chiamato da una persona 'ricordo'". Il nostro ordina-

mento giuridico non prevede, tra gli strumenti di ricerca dei mezzi di prova, il line-up ma disciplina la ricognizione, che ha lo scopo di pervenire alla individuazione dell'autore del reato e la testimonianza, che ha invece la funzione di dedurre nel processo un fatto storicamente avvenuto. Secondo l'illustre Corsero: "[...] nell'operazione ricognitiva qualcuno viene guidato a percepire qualcosa: e ripensando quel che aveva percepito in un dato contesto, compara le due esperienze; l'operatore gli domanda se abbiano lo stesso oggetto [...] nell'ipotesi tipica il ricognitore è un testimone, poi escusso dai contraddittori [...] rispetto al discorso testimoniale, l'atto ricognitivo appare alquanto più aleatorio: vi influiscono variabili emotive; e non esibendo trame logicamente elaborate, risulta poco verificabile"<sup>3</sup>. Poche parole bastano al Corsero per insinuare dubbi circa l'attendibilità dell'istituto ricognitivo. Vi è di più: il nostro sistema giudiziario consente (purtroppo) anche il ravvisamento o riconoscimento effettuato dagli organi di polizia giudiziaria. La individuazione fotografica, nonostante non sia prevista dal codice di rito, è ritenuta legittima dalla Suprema Corte: "l'individuazione fotografica, costituendo prova atipica in quanto non disciplinata dalla legge né collocabile nell'ambito della "ricognizione" personale prevista dall'articolo 213 c.p.p., legittimamente può essere assunta - se ritenuta dal giudice idonea ad assicurare l'accertamento dei fatti - ai sensi dell'articolo 189 c.p.p. In tal caso, infatti, la certezza della prova dipende non dal riconoscimento in sé, ma dalla ritenuta attendibilità della deposizione di chi, avendo esaminato la fotografia dell'imputato, si dica certo della sua identificazione"<sup>4</sup>.

Orientamento confermato con la pronuncia di una recentissima sentenza, con cui i giudici di legittimità hanno ribadito che: "I riconoscimenti fotografici effettuati durante le indagini di polizia giudiziaria, e i riconoscimenti informali dell'imputato operati dai testi in dibattimento, costituiscono accertamenti di fatto e sono utilizzabili nel giudizio in base ai principi della non tassatività dei mezzi di prova e del libero convincimento del giudice"<sup>5</sup>. Verrebbe allora da chiedersi: come è possibile che i giudici di legittimità rendano lecito uno strumento di ricerca della prova non espressamente previsto dal legislatore? Si estendono alla individuazione fotografica le stesse garanzie riconosciute all'indagato in caso di ricognizione? Perché gli americani ritengono fallace uno strumento giuridicamente disciplinato ed i giudici italiani ritengono attendibile uno strumento non giuridicamente disciplinato? Forse che un cittadino americano è più tutelato di un cittadino italiano? Tra qualche giorno anche la

Corte Suprema degli Stati Uniti sarà chiamata a decidere definitivamente se il riconoscimento è da ritenersi o meno strumento giudiziario. In attesa speriamo che anche il nostro legislatore vada a rivedere gli istituti richiamati alla luce delle più recenti ricerche scientifiche. Questi dovrebbe intervenire e disciplinare in modo più dettagliato, sottraendo il compito alla Suprema Corte di dover colmare continuamente le lacune legislative, quelli che sono comunemente chiamati strumenti di ricerca della prova. Sembra un'ovvietà quanto fin qui scritto ma le emozioni e le paure di un uomo che è stato costretto a dover "sopportare" un procedimento penale perché ritenuto presunto reo sulla base della sola ed un'unica ricognizione fotografica, tra l'altro foto risalente alla sua adolescenza, mi hanno portato a confrontare la nostra realtà giuridica con quella americana. Lascio a voi dedurre quale sistema possa ritenersi più garantista, ma una cosa è certa: la memoria quando è "troppo liquida, le impronte si mescolano e si sovrappongono" e ciò può essere causa di condanna di più innocenti che di colpevoli.

.....

- 1 Dal trattato filosofico del Teeteto di Platone (210 d.c.).
- 2 A. Beretta Anguissola-A. Figà Talamanca, *La prenderemo per omicida. Caso Marta Russo: il dramma dell'Alletto*, Koinè Nuove Edizioni, 2001.
- 3 F. Cordero, *Procedura Penale*, Ottava Edizione, Giuffrè, Milano, 2006.
- 4 Cass. pen., sezione II, sentenza n. 3382/1997, conforme Cass. pen., sezione IV, sentenza n. 16902/2004.
- 5 Cass. pen., sezione II, sentenza n. 17336/2011.

**Marco Mainardi e Orsola Vasaturo**

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

Seconda parte

### 5. Le misure cautelari monocratiche.

#### 5.1. Le misure cautelari monocratiche *post causam*.

L'introduzione nel giudizio amministrativo della tutela cautelare monocratica in corso di causa, cioè della possibilità di ottenere provvedimenti interinali urgenti nella forma di decreto monocratico, in attesa dell'esame da parte del collegio della domanda cautelare introdotta con ricorso già proposto, risale alla riforma del processo cautelare operata con l'articolo 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205, e trova ora conferma nell'articolo 56 del Codice del processo amministrativo, che riprende la disciplina previgente, arrecandovi modifiche e significativi arricchimenti sotto il

profilo procedurale. La previsione della possibilità di richiedere misure cautelari monocratiche trova la sua giustificazione nella considerazione per cui l'esigenza cautelare del ricorrente potrebbe essere tale da necessitare di un intervento immediato, che non può essere procrastinato sino all'udienza camerale, i cui termini di realizzazione, come già sopra esposto, sono fissati, dal nuovo codice, più in là nel tempo rispetto a quanto già previsto dalle norme precedenti, ovvero al ventesimo giorno dal perfezionamento della notifica all'ultimo destinatario e, comunque, non prima del decimo giorno successivo al deposito dell'istanza. I tentativi giurisprudenziali di attribuire, per via pretoria, al presidente un potere cautelare erano stati bocciati dal Consiglio di Stato<sup>1</sup>. Ciò, allora, aveva spinto il legislatore della legge 21 luglio 2000 n. 205, ad attribuire espressamente al presidente del TAR tale potere: le misure cautelari provvisorie dal medesimo adottate sarebbero potute essere confermate in sede di udienza camerale. Anche nel Codice del processo amministrativo si ribadisce tale previsione. Vediamo dunque in dettaglio la relativa disciplina. Innanzitutto, presupposto per l'adozione della misura cautelare presidenziale è la ricorrenza, ex articolo 56, comma 1, Codice del processo amministrativo, di una situazione di "estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della Camera di Consiglio" fissata per l'esame dell'istanza cautelare perché, nel frattempo, potrebbe consolidarsi una situazione irreversibile a tutto danno del ricorrente. Si è quindi di fronte, come si può comprendere, ad una forma aggravata del *periculum in mora* ordinariamente richiesto dall'articolo 55, c.p.a.. La differenza tra i due *pericula*, però, non si rinviene nell'aspetto quantitativo. "Non si tratta, infatti, di una diversità attinente l'entità del pregiudizio arrecato dall'esecuzione dell'atto impugnato o dal comportamento inerte dell'amministrazione, atteso che la gravità e l'urgenza non necessitano di diversi livelli. A ben vedere, la diversità è condizionata principalmente dalla differente prospettiva temporale in cui si assume una valutazione giudiziale. Mentre il Collegio valuta il *periculum* principalmente con riferimento al tempo, anche molto consistente, che può intercorrere fino alla definizione nel merito della vicenda, e a questo tempo fa riferimento nella ponderazione di interessi alla base della pronuncia, nel caso del giudizio monocratico, la valutazione è condizionata, in massima parte, dall'eccezionalità della fattispecie e dell'utilità garantita al ricorrente ed ha quindi come oggetto un presupposto che va necessariamente contestualizzato nella vicenda processuale, quale pregiudizio deri-

vante dal differimento dell'esame della domanda cautelare alla prima camera di consiglio utile"<sup>2</sup>. Quanto al *fumus boni iuris*, sebbene la norma non ne faccia riferimento, pare che anch'esso debba essere esaminato in sede di emissione del decreto presidenziale, essendo questo uno dei due presupposti che devono sussistere per poter accedere efficacemente alla tutela cautelare. La valutazione del *fumus* sarà, però, "necessariamente sommarissima"<sup>3</sup> o embrionale, in termini, quindi, di non manifesta infondatezza, a differenza di quanto accade in sede di decisione collegiale ove sarà invece necessario indicare "quei profili che, ad un sommario esame inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso"<sup>4</sup>.

Passando ad esaminare ora, le modalità con cui una misura cautelare può essere richiesta al giudice monocratico, il comma 1 della norma in esame, ribadisce la vecchia disciplina, precisando che la richiesta al presidente di disporre misure cautelari provvisorie sia proposta contestualmente alla domanda cautelare oppure con distinto "ricorso", mentre prima veniva utilizzata l'espressione "istanza". L'utilizzo del termine "ricorso", pone il problema se la richiesta di misura cautelare monocratica debba consistere in un atto che abbia i contenuti di un ricorso, sia pure sinteticamente motivato, oppure possa ancora consistere in una mera istanza, come previsto nel vecchio regime. Ad ogni modo, nel caso di domanda formulata con atto separato al ricorso, ma sempre a giudizio già instaurato, è necessario che la parte proponga, nello stesso atto, accanto alla richiesta delle misure cautelari presidenziali, la domanda cautelare collegiale. Poiché, infatti, la misura cautelare presidenziale deve essere confermata in sede di udienza collegiale, non sarà possibile proporre l'istanza ex articolo 56, comma 1, Codice del processo amministrativo, senza aver presentato anche la domanda di cui all'articolo 55, comma 3, c.p.a. Bisogna, infatti, ricordare che la pronuncia cautelare del Collegio successiva al decreto monocratico presidenziale ha ad oggetto non il decreto, bensì proprio la domanda cautelare e, pertanto, la misura cautelare, che può essere disposta in accoglimento della domanda, prescindendo da quanto già disposto dal presidente del tribunale, non essendo chiamato il Collegio ad esprimere una valutazione del provvedimento di quest'ultimo, come se si trattasse di una sorta di doppio grado cautelare<sup>5</sup>. Lo stesso comma 1, dell'articolo 56 c.p.a., introduce anche per le misure cautelari collegiali, la norma in base alla quale "la domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata istanza di fissazione d'udienza per il merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio". La possibilità di proporre l'istanza anche con

atto separato (ma sempre a giudizio già instaurato), comunque, creava e continua a creare perplessità: se, infatti, "la posizione giuridica soggettiva che legittima l'istanza era, sin dall'inizio, gravemente e immediatamente minacciata, dopo l'ulteriore tempo perduto con la notifica - oltre che del ricorso con l'eventuale istanza di sospensione - anche della separata istanza di misura cautelare provvisoria, a quel tempo certamente ha già esalato l'ultimo fiato!"<sup>6</sup>. Ciò per dire che l'utilità dell'istanza separata si dimostra davvero poco rilevante, se non in quelle ipotesi dove, depositato il ricorso senza istanza cautelare, l'esigenza che sta alla sua base, si manifesti, con urgenza, successivamente. Cosa che, allora, potrebbe giustificare la presentazione di tale separata istanza<sup>7</sup>. L'iter processuale da seguire, perché possa ottenersi una misura cautelare monocratica *post causam*, prevede che la domanda vada rivolta al presidente del tribunale amministrativo o della sezione cui è stato nel frattempo assegnato il ricorso<sup>8</sup>. Tribunale competente a ricevere la domanda cautelare sarà, dunque, quello investito della cognizione del merito della controversia. Nel caso in cui, poi, venga adito un giudice territorialmente incompetente, tale incompetenza sarà sempre rilevabile d'ufficio. Recita, infatti, l'articolo 56, comma 1, c.p.a., che "il presidente provvede sulla domanda solo se ritiene la competenza del Tribunale Amministrativo Regionale, altrimenti rimette le parti al Collegio per i provvedimenti di cui all'articolo 55, comma 13". Il presidente, pertanto, ove rilevi il difetto di competenza, non adotterà alcuna misura cautelare e, con decreto, fisserà l'udienza collegiale camerale. In quella sede il Collegio:

- se riterrà sussistente la competenza del tribunale, statuirà sulla domanda cautelare;
- nel caso opposto, invece, ai sensi dell'articolo 15, comma 5, c.p.a., potrà indicare il giudice competente ed, eventualmente, richiedere d'ufficio il Regolamento di competenza. Tornando all'iter attraverso cui si snoda il procedimento, si osserva come la domanda cautelare, per poter essere esaminata, deve essere stata previamente notificata, ex articolo 56, comma 2, c.p.a., nei confronti delle controparti (pubblica amministrazione e controinteressati) "o almeno della parte pubblica e di uno dei controinteressati". Sarà poi in facoltà del Tribunale Amministrativo ordinare l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri controinteressati, nella misura in cui ciò risulti compatibile con la situazione di urgenza allegata dal richiedente. Rimane però il dubbio, se il potere di integrazione del contraddittorio possa essere esercitato *ex officio* ovvero solo sul rilievo di parte. Ovviamente, ove la domanda sia stata pro-

posta, ex articolo 56, comma 1, c.p.a., "con distinto ricorso notificato alle controparti", la stessa andrà notificata alle parti già intimiate, nonché a quelle che si siano comunque costituite in giudizio. La precisazione per cui la domanda cautelare, per essere esaminata deve essere stata previamente notificata, comunque, risolve una *querelle* sorta sotto il vigore dell'articolo 21, comma 9, legge 6 dicembre 1971, 1034, in quanto in assenza di una chiara disciplina, ci si era chiesti se, per poter accedere alle misure cautelari presidenziali, fosse o meno necessaria la previa notifica della domanda alle controparti, tanto è che, sul punto, si erano registrati due orientamenti. Il primo<sup>9</sup> che, facendo leva sul fatto che il presidente poteva provvedere "anche in assenza di contraddittorio", riteneva che fosse possibile adottare le misure cautelari provvisorie anche quando, per ragioni di estrema gravità ed urgenza, il ricorso non fosse stato previamente notificato. Il secondo<sup>10</sup>, maggioritario ed avvallato, sia pur in via incidentale, dalla Corte Costituzionale<sup>11</sup>, richiedeva la previa notifica. Ora, è dunque chiaro che il legislatore ha scelto di aderire al secondo orientamento, con le specificazioni di cui di seguito si dirà. Al fine di agevolare l'istante, infatti, si prevede all'articolo 56, comma 2, c.p.a., che la notificazione possa essere effettuata "da parte del difensore anche a mezzo fax", sebbene le misure cautelari eventualmente concesse perdano comunque "efficacia se il ricorso non viene notificato per via ordinaria entro cinque giorni dalla richiesta delle misure cautelari provvisorie" (cfr. articolo 56, comma 5, c.p.a.). Il comma 2, dell'articolo 56 c.p.a. prosegue ancora, stabilendo che il presidente possa comunque provvedere "qualora l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notificazioni, per cause non imputabili al ricorrente". Tale ultima previsione, non dispensa il ricorrente dal procedere alla notifica - ed è bene sottolinearlo - ma gli consente di portare in decisione la domanda cautelare, anche se non sia possibile, per cause oggettive, accertare se la notifica sia o meno andata a buon fine. La disposizione si presenta di difficile comprensione<sup>12</sup>, perché non è dato capire quando si possa verificare tale impossibilità, che avrebbe senso se la notifica potesse essere eseguita solo con i mezzi ordinari, e non anche, invece, come espressamente previsto, tramite fax, che consente, da subito, di verificare, attraverso il rapporto di ricezione, se il documento trasmesso sia o meno giunto a destinazione. Forse, tale impossibilità si potrebbe verificare nell'ipotesi in cui non sia stato possibile avvalersi della notifica a mezzo fax, perché, ad esempio, la controparte non possedeva un numero di fax, ecc. In ogni caso, ai sensi dello stesso articolo 56,

comma 2, c.p.a., ove il presidente si pronunzi senza aver previamente potuto accertare il perfezionamento delle notifiche, viene fatto salvo il potere di revoca del provvedimento adottato. Potere che, nella specifica ipotesi, pare esercitabile, *ex officio*, prima che la misura cautelare venga discussa in sede di Camera di Consiglio. Il presidente, infatti, potrebbe avere concesso la misura cautelare con invito rivolto all'istante di produrre le prove dell'avvenuta notifica, di cui è stato impossibile accertare il perfezionamento, entro un termine breve, anteriore all'udienza camerale, con la conseguenza che, ove tale prova non venga fornita, il presidente potrebbe anche revocare il provvedimento adottato. Di regola, poi, il presidente si pronunzia sulla base della domanda contenuta nel ricorso proposto dalla parte. Nulla esclude, tuttavia, che, "ove ritenuto necessario", il presidente, prima di decidere, possa, "fuori d'udienza e senza formalità" sentire "anche separatamente, le parti che si siano rese disponibili". Il presidente ha dunque la possibilità di chiamare a chiarimenti le parti, senza l'obbligo di rispettare particolari formalità, ove, ad esempio, il contenuto del ricorso non gli permetta di avere un quadro completo della questione. Da ciò l'assoluta necessità di consentire un contraddittorio informale, anche in via telefonica o a mezzo fax o posta elettronica certificata che annulli, o almeno riduca, l'indubbio vantaggio del ricorrente che conosce e sceglie il momento della notifica e del deposito in relazione alle proprie esigenze<sup>13</sup>. La descritta deformalizzazione del procedimento pare costituire un buon compromesso tra l'esigenza del rispetto del principio del contraddittorio (che vorrebbe che tutte le parti potessero interloquire) e di quello di effettività della tutela giurisdizionale (che, nell'ambito della tutela cautelare, richiede che l'intervento sia immediato).

### 5.2. Le misure cautelari monocratiche *ante causam*.

L'articolo 61, Codice del processo amministrativo, introduce un nuovo strumento cautelare: quello delle misure *ante causam*. Ora, come noto, si può parlare di tutela cautelare *ante causam* quando è possibile proporre al giudice la relativa domanda, anche se il giudizio per il merito non è ancora pendente e, pertanto, in un momento antecedente a quest'ultimo. Secondo l'articolo 61, comma 1, Codice del processo amministrativo, "in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che

appaiano indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa". La citata disposizione riprende, pressoché integralmente, il contenuto dell'articolo 245, comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice De Lise), sostituito dall'articolo 3, comma 19, lettera d), allegato IV, al Codice del processo amministrativo: "La tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo è disciplinata dal Codice del processo amministrativo". Innanzitutto, si può allora notare come il presupposto che legittima la richiesta della tutela cautelare *ante causam* è più stringente rispetto a quello richiesto per la tutela cautelare presidenziale *post causam*: in quest'ultima ipotesi, infatti, deve sussistere, ex articolo 56, comma 1, Codice del processo amministrativo, una situazione di "estrema gravità ed urgenza". Nel secondo caso, invece, ex articolo 61, comma 1, Codice del processo amministrativo, una situazione di "eccezionale gravità ed urgenza", tale da non consentire nemmeno la previa notifica del ricorso di merito e della domanda cautelare. In realtà, risulta difficoltoso operare un distinguo tra le due situazioni<sup>14</sup>, visto che appare arduo individuare dei casi in cui l'urgenza è tale "da non consentire al difensore del ricorrente di portare il ricorso a notifica, farsi restituire l'originale e depositarlo, tenuto conto che della redazione e del deposito del ricorso stesso non può comunque farsi meno..."<sup>15</sup>. Ciò nonostante non è stato prestato ascolto a quanto aveva evidenziato il Consiglio di Stato, Sez. Cons. Atti Normativi 6 febbraio 2006, n. 355: "Appare evidente, al riguardo, che occorre uniformare da un punto di vista lessicale le due previsioni, al fine di evitare difficoltà interpretative ad applicative, e pertanto, rendere identici i presupposti di fatto per l'esercizio del potere cautelare *ante causam* e in corso di causa. Né la diversa sfumatura delle due aggettivazioni - pur esistente - appare giustificata dalla diversità della tipologia di intervento cautelare". In ogni caso, stante il tenore della disposizione, si deve prendere atto che il rimedio della tutela *ante causam* non potrà essere efficacemente attivato nelle medesime ipotesi in cui è ammissibile la tutela presidenziale. Tentando di schematizzare, si potrebbe dire che, "in un'ipotetica scala ordinata in base alla crescente intensità del presupposto, il primo gradino" sarebbe "occupato dalla tutela cautelare collegiale di stampo tradizionale"<sup>16</sup>, che richiede l'allegazione di un 'pregiudizio grave e irreparabile', ex articolo 55, comma 1, Codice del processo amministrativo; il secondo dalla tutela monocratica *post causam*, che richiede una situazione di estrema "gravità ed urgenza", ai sensi dell'articolo 56, comma 1 del codice; il terzo, per l'ap-

punto, dalla tutela monocratica *ante causam*. In altre parole presupposto crescente per poter accedere alle ricordate misure cautelari sarebbe:  
- un *periculum in mora* normale, per la tutela cautelare collegiale;  
- un pericolo assai grave ed urgente, per la tutela cautelare presidenziale *post causam*;  
- una fortissima ed eccezionale imminenza di pericolo, tale che nemmeno la tutela cautelare presidenziale *post causam*, di cui all'articolo 56 comma 1, del codice sarebbe in grado di arginare, per le misure *ante causam*.  
"In questo senso, pacifico essendo che il danno temuto dall'istante *ante causam* deve essere grave (ossia, di non lieve entità), la situazione di urgenza non può farsi coincidere *tout court* con la imminenza del pregiudizio; appare decisiva, piuttosto, l'emersione di una situazione di eccezionalità, ossia di straordinarietà, tale da imporre un provvedimento assolutamente indilazionabile da parte del magistrato onde evitare che l'esecuzione materiale del provvedimento (più che la sua efficacia giuridica), o comunque l'avanzamento della procedura, possa determinare immutazioni fattuali esiziali e non più reversibili in forza di successive (e, a questo punto, tardive) cure cautelari. Quanto al *fumus boni iuris*, si può osservare come la norma non ne contenga alcun riferimento. Eppure ciò non pare idoneo "a sostenere che il ricorrente possa limitarsi ad allegare alla propria istanza la mera sussistenza del *periculum*, essendo evidente il carattere necessario di una valutazione, ancorché sommaria, riguardo alla verosimile fondatezza della doglianza fatta valere. Non vi sarebbe, infatti, alcuna apparente ragione per concedere la tutela cautelare prima della proposizione del ricorso, quando vi fosse poi la certezza che la misura accordata non potrebbe in alcun caso essere confermata dopo la notificazione ed il deposito dello stesso"<sup>17</sup>. Nonostante il silenzio della legge, dunque, è da ritenere che una siffatta valutazione, quanto meno in termini di non manifesta inammissibilità ed infondatezza del proponendo (trattandosi di cautela *ante causam*) ricorso, non possa difettare, essendo connaturale ad ogni giudizio cautelare; cosa che impone all'istante di indicare, sia pur sommariamente, quelli che sono i vizi del provvedimento che si contesta. "Una domanda cautelare disgiunta dall'allegazione e sintetica illustrazione dei profili di illegittimità del provvedimento... non potrà consentire al giudice di apprezzare la meritevolezza della pretesa. Tale conclusione è imposta dal principio della domanda di parte che permea il processo amministrativo (in tutte le sue fasi), non potendo il giudice integrare d'ufficio il *thema decidendum*, rimesso all'esclusivo dominio della parte istante. I

fondamentali principi del nostro ordinamento processuale amministrativo impediscono di ritenere ammissibile la proponibilità di un'istanza cautelare al buio o meramente esplorativa (motivata in forza del solo *periculum*)<sup>18</sup>. Analizzando, ora, l'iter attraverso cui si snoda il procedimento cautelare *ante causam*, l'articolo 61 c.p.a., al comma 2, stabilisce che "l'istanza, notificata con le forme prescritte per la notificazione del ricorso, si propone al presidente del Tribunale Amministrativo Regionale competente per il giudizio". Innanzitutto la domanda cautelare *ante causam* può essere proposta dal "soggetto legittimato al ricorso" (cfr. articolo 61, comma 1 del codice). E ciò pare ovvio, visto che sarebbe irragionevole che la misura cautelare potesse essere chiesta da un soggetto privo di legittimazione attiva, atteso che la misura cautelare è strumentale alla decisione del ricorso. L'istanza, poi, deve essere notificata con le stesse forme previste per il ricorso, ivi compresa la notifica a mezzo fax per opera del difensore, al presidente del TAR competente, il quale personalmente o tramite un magistrato delegato provvede sull'istanza, dopo aver accertato il perfezionamento della notificazione per i destinatari e sentite, laddove lo ritenga necessario, le parti. Come per la tutela cautelare monocratica, è previsto che laddove l'esigenza cautelare non consenta l'accertamento del perfezionamento delle notifiche per cause non imputabili al ricorrente, il presidente può comunque provvedere, salvo il potere di revoca. Anche per il procedimento cautelare *ante causam*, vale il principio della rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza territoriale del giudice adito (articolo 61, comma 3, c.p.a.), conformemente a quanto previsto nell'ambito del procedimento cautelare collegiale (cfr. articolo 55, comma 13, Codice del processo amministrativo), e di quello monocratico *post causam* (cfr. articolo 56, comma 1, ultima parte, c.p.a.). La rilevabilità d'ufficio dell'incompetenza, è opportuno ricordarlo, a seguito dell'entrata in vigore del Codice del processo amministrativo, costituisce regola generale e non più eccezione, come invece si prevedeva nel vigore della previgente disciplina. La rilevabilità officiosa dell'incompetenza, anche in sede cautelare, è previsione chiaramente volta "ad evitare il fenomeno delle c.d. "migrazioni cautelari"<sup>19</sup>, ovvero di consentire al ricorrente, in sede di domanda cautelare, di rivolgersi a quei tribunali che sa essere più propensi a concedere la misura richiesta, anche se non competenti a conoscere il merito della controversia. Ove il presidente adito rilevi l'incompetenza del tribunale di cui fa parte, sebbene l'articolo 61, Codice del processo amministrativo, nulla dica al riguardo, circa lo sviluppo del proce-

dimento, pare<sup>20</sup> che la disciplina applicabile sia quella di cui all'articolo 56, comma 1, ultima parte, Codice del processo amministrativo. Per cui il presidente, con proprio decreto, dichiarerà incompetente il tribunale, e rimetterà le parti avanti il Collegio. Nello spogliarsi della controversia, non potrà adottare alcun tipo di misura cautelare; il Collegio, ove non condivida la tesi del presidente, potrà adottare la misura cautelare chiesta, altrimenti, ai sensi dell'articolo 15, comma 5, Codice del processo amministrativo, potrà indicare il giudice che ritiene competente (con possibilità delle parti di riassumere il giudizio davanti a quest'ultimo), ovvero chiedere d'ufficio, con ordinanza, il regolamento di competenza, sempre indicando il tribunale reputato competente. Può anche accadere, tuttavia, che il presidente ritenga competente il tribunale adito ma questi, in sede di udienza camerale, non ne condivida poi la conclusione. In tal caso, il collegio potrà revocare il decreto del presidente (argomentando ex articolo 61, comma 5, Codice del processo amministrativo) declinando la propria competenza, con conseguente applicazione del citato articolo 15, comma 5, Codice del processo amministrativo. Ai sensi dell'articolo 61, comma 5, c.p.a., "qualora dall'esecuzione del provvedimento cautelare... *ante causam* derivino effetti irreversibili", il presidente "può disporre la prestazione di una cauzione, anche mediante fideiussione, cui subordinare la concessione della misura cautelare". Come si può verificare, rimane una diversità della disciplina contenuta nell'articolo 61, c.p.a., rispetto a quella contenuta nell'articolo 56, c.p.a.: mentre nell'ambito del procedimento per decreto presidenziale *post causam* la cauzione può condizionare tanto la concessione, quanto il diniego, della misura cautelare, nel procedimento per decreto presidenziale *ante causam*, invece, sembra che la cauzione possa condizionare solo il provvedimento di accoglimento. Ma questo è un aspetto che in questa sede non si intende approfondire. In conclusione, l'articolo 61, comma 2, c.p.a., stabilisce che il giudice, accertato il perfezionamento della notificazione per i destinatari - che, come detto, è categoria che dovrebbe comprendere, quanto meno, l'amministrazione resistente e uno dei controinteressati - provvede sull'istanza, sentite, ove necessario, le parti e omessa ogni altra formalità. Come evidente il contraddittorio viene comunque rimesso alla discrezionalità del giudice, fermo restando che, anche in assenza di convocazione, l'amministrazione resistente e le altre parti intimare potranno comunque costituirsi in giudizio per far valere le loro ragioni e contrastare quelle del ricorrente. In sostanza, se si volesse trarre delle conclusioni, dunque, si potrebbe

dire che nell'ambito della tutela *ante causam*, il contraddittorio è assicurato mediante la previsione che il ricorso sia portato a conoscenza dei soggetti interessati. In altre parole, l'effettività del principio del contraddittorio è assicurata, comunque, anche laddove non si possa accertare il perfezionamento delle notifiche, per cause non imputabili all'istante<sup>21</sup>, in quanto la parte che non sia riuscita ad esplicitare le sue ragioni, ove ritenga che tale minorazione abbia determinato l'esito a sé sfavorevole del giudizio cautelare, potrà sempre agire in giudizio per la revoca o la modificazione del provvedimento laddove concesso<sup>22</sup>.

- 1 Cfr. Cons. Stato, sezione IV, 19 maggio 1988, n. 814, in *Banca dati De Jure*, Giuffrè, in cui si legge che "Il decreto di sospensione dell'aggiudicazione della gara per l'appalto per il servizio di spedizione/trasporto da e per l'estero di materiali delle Forze Armate, emanato *inaudita altera parte* dal Presidente della III sezione del TAR Lombardia, ex articolo 700 c.p.c., è affetto da nullità assoluta, come pure gli atti direttamente consequenziali, perché emesso da un soggetto non investito di potere giurisdizionale e con indebita sottrazione all'amministrazione del diritto di difesa riconosciuto nel procedimento cautelare tipico del giudizio amministrativo".
- 2 Cfr. A. Scalcione, *La tutela cautelare monocratica nel processo amministrativo*, in *Foro Amm.*, TAR, 2006, 5, 1932 e ss.
- 3 Cfr. Cons. Stato, sezione V, decr. 20 settembre 2000, n. 1, in *Guida al Diritto*, Il Sole 24 Ore, 2000, 37, p. 68.
- 4 Cfr. articolo 55, comma 9, *Codice del processo amministrativo*.
- 5 TAR Catania, sezione I, 28 novembre 2006, n. 2380, in *www.diritto.it*.
- 6 Cfr. R. De Piero, *Commento all'art. 3, in La Giustizia amministrativa - commento alla legge 21 luglio 2000, n. 205*, Giuffrè, 2000, p. 69.
- 7 Cfr. A. Pavan, *La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 131.
- 8 Cfr. C.E. Gallo, *Presidente e collegio nella tutela cautelare: novità e prospettive nella disciplina della legge n. 205/2000*, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- 9 Cfr. a titolo esemplificativo TAR Sicilia, sezione II, 6 dicembre 2001, n. 32, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- 10 Cfr. a titolo esemplificativo, TAR Lazio, sezione III, decr. pres. 5 gennaio 2005, n. 9, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
- 11 Cfr. Corte Cost. ord. 10 maggio 2002, n. 179 in *Banca dati De Jure*, Giuffrè. La Corte ha escluso l'illegittimità dell'articolo 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui escludeva l'applicabilità dell'articolo 700 c.p.c. davanti al giudice amministrativo, sotto il profilo che le modifiche introdotte dalla legge 205 del 2000 presupponevano "sempre l'avvenuta redazione, la notifica, nonché il deposito del ricorso in sede giurisdizionale, affinché la misura cautelare provvisoria" potesse "essere reputata ammissibile".
- 12 In tal senso A. Pavan, *La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 134.
- 13 In tal senso M.A. Sandulli, *La tutela cautelare nel processo amministrativo*, in G. Pellegrino (a cura di), *Verso il Codice del processo amministrativo*, Nel diritto editore, 2010, p. 145.
- 14 Cfr. Cons. Stato, Sez. Cons. Atti Normativi, 6 febbraio 2006, n. 355, in *Foro Amm.*, CDS, 2006, 2, 600.
- 15 Cfr. F. Saitta, *Relazione alla giornata di studio su: il nuovo Codice dei contratti pubblici: prime riflessioni*, Lamezia Terme, 18 maggio 2006, in *www.giustamm.it*. L'autore prosegue evidenziando che "l'introduzione della tutela cautelare *ante causam* consente al difensore del ricorrente di risparmiare soltanto la previa notifica del ricorso: adempimento che, se si prendono opportuni accordi con l'ufficiale giudiziario, non porta via troppo tempo, anche perché le misure cautelari provvisorie vengono spesso adottate dal presidente prima ancora che il ricorso - che, com'è noto, si considera ormai notificato al momento della consegna all'ufficiale giudiziario - sia effettivamente giunto a conoscenza della parti intimare".
- 16 Cfr. S. Tarullo, *La nuova tutela cautelare ante causam introdotta dall'arti-*

colo 245, codice degli appalti, in *www.giustamm.it*.

- 17 Cfr. S. Ruscica, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2008, p. 214.
- 18 Cfr. A. Mezzotero, *La tutela cautelare ante causam nel processo amministrativo: uno strumento di cui non si poteva davvero fare a meno?*, in *www.neldiritto.it*.
- 19 Cfr. S. Ruscica, *Le novità in tema di tutela cautelare nel processo amministrativo*, Giuffrè, 2008, p. 220.
- 20 A favore di tale tesi, cfr. A. Pavan, *La tutela cautelare nel nuovo Codice del processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 199.
- 21 Cfr. articolo 61, comma 2, quarto periodo, c.p.a.
- 22 Cfr. S. Barchiesi, resoconto al convegno *La tutela cautelare alla luce del Codice del processo amministrativo*, tenutosi presso l'Avvocatura Generale dello Stato il 23 marzo 2011, in *www.diritto.it*.

Mauro Menicucci

Ripubblichiamo il testo che segue per una precedente erronea attribuzione. Ce ne scusiamo con l'autore e con i lettori.

## 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 risolu-



zione della controversia. Si è osservato, sul punto<sup>1</sup>, 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 commerciale 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 osservato<sup>2</sup> 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 pre-

stazione 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 rilevato<sup>3</sup> 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”<sup>4</sup>. 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 commerciale 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”<sup>5</sup>.

## 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)”<sup>6</sup>. 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 d.lgs. 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 rapporto 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”<sup>7</sup>. 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 obbligatoria, l’improcedibilità potrà essere rilevata d’ufficio non oltre la prima udienza<sup>8</sup>. 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 proposito<sup>9</sup>, 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”<sup>10</sup>. Peraltro, quello del giudicante 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 "i termini 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 6<sup>11</sup>; peraltro, una recente sentenza di merito<sup>12</sup> 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 merito<sup>13</sup> ha statuito che "una interpretazione orientata alla salvaguardia 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 merito<sup>14</sup> 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 sentenza<sup>15</sup>, 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 raggiungersi, senza oneri, in tempi più brevi e con la certezza della inoppugnabilità, nelle sedi specificamente previste dalla legge.

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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, pp. 26 ss.

<sup>3</sup> Da Castagnola-Delfini, *op. cit.*, pp. 21 ss.

<sup>4</sup> Castagnola-Delfini, *op. cit.*, p. 22.

<sup>5</sup> Castagnola-Delfini, *op. cit.*, p. 23.

<sup>6</sup> 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".

<sup>7</sup> Cuomo-Ulloa, *La conciliazione. Modelli di composizione dei conflitti*, Padova, 2008, p. 373.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> Da M.M. Andreoni-G. Battaglia-S. Giavarrini-S. Romano, *op. cit.*, pp. 88 ss.

<sup>10</sup> Tribunale di Varese, 6 luglio 2011, reperibile all'indirizzo internet [www.ilcaso.it](http://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".

<sup>11</sup> M.M. Andreoni-G. Battaglia-S. Giavarrini-S. Romano, *op. cit.*, p. 90.

<sup>12</sup> App. Napoli 15 luglio 2010, reperibile all'indirizzo internet [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>13</sup> Tribunale di Varese, cit.

<sup>14</sup> Tribunale di Varese, 10 giugno 2011, reperibile all'indirizzo internet [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>15</sup> App. Napoli, cit.

Giuseppina Speziga

### La pubblica amministrazione ed il silenzio-assenso (articolo 20, legge n. 80/2005).

Oggi è la regola del nostro ordinamento per i procedimenti ad istanza di parte, pur se scandita da una serie di importanti e molteplici eccezioni. Consiste in una qualificazione giuridica formale del silenzio, nel senso che, decorso il termine di provvedere senza che la pubblica amministrazione si sia pronunciata, l'istanza presentata dal privato si considera accolta. Il silenzio-assenso ha in comune con il mero silenzio solo il fatto dell'inerzia della pubblica amministrazione, ma se ne differenzia per gli effetti sostanziali che la legge collega all'inerzia.

In questo caso, a differenza del silenzio-inadempimento, l'ordinamento ricollega all'inerzia il venire in essere di quell'assetto di interessi previsto in astratto dalla legge e concretamente voluto dal privato con la presentazione dell'istanza<sup>1</sup>. Il silenzio-assenso è regolato dall'articolo 20 della legge n. 241/1990, norma completamente riformulata dall'articolo 3, comma 6-ter, del d.lgs. n. 35/2005, nel testo risultante dopo la legge di conversione n. 80/2005. Il nuovo articolo 20 della legge 80/2005 prevede che "il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità

di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato il provvedimento di diniego". Ma ancora, lo stesso articolo prosegue con l'elencare quali siano i casi di esclusione del silenzio-assenso: "... gli atti e i procedimenti finalizzati alla tutela del patrimonio culturale, paesaggistico e dell'ambiente, a quelli rilasciati dalle amministrazioni preposte alla difesa nazionale, alla pubblica sicurezza e all'immigrazione, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come oggetto dell'istanza, nonché agli atti ed ai procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, di natura non regolamentare, su proposta del Ministro per la Funzione Pubblica, di concerto con i ministri competenti". L'individuazione dei procedimenti esclusi dal silenzio-assenso è affidata ad appositi decreti del Presidente del Consiglio, di natura non regolamentare, da emanarsi, su proposta del ministro competente, sentito il Ministro per la Commissione Pubblica<sup>2</sup>.

Tutti gli altri procedimenti sono sottoposti *ope legis*, a prescindere dalla natura degli interessi in gioco e dell'ampia sfera discrezionale di cui ne gode la pubblica amministrazione. Il vecchio testo dell'articolo 20 stabiliva che il silenzio-assenso era un'eccezione al principio della conclusione del procedimento mediante provvedimento espresso, ed era ammesso in ipotesi tassativamente determinate. Con la legge n. 80/2005, esso diviene una regola di generale applicazione e le eccezioni sono tassative. L'articolo 20 comma 3 prevede che: "nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione competente equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinques e 21-nonies", disponendo in questo modo l'annullamento d'ufficio ovvero la revoca tacitamente formatosi. Dopo la formazione di tale tipologia di silenzio, la pubblica amministrazione può, dunque, attivare un procedimento di autotutela, ma non può provvedere sull'istanza del cittadino poiché il potere di prima battuta si è ormai consumato. Resta da comprendere, però, ferma l'esistenza di uno stato patologico del provvedimento di rigetto dell'istanza adottato dopo la formazione del silenzio-assenso, se si tratta di annullabilità o di nullità per carenza di potere.

Prima della novella del 2005, a pronunce che ravvisavano ipotesi di annullabilità si affiancarono pronunce in cui il provvedimento tardivo di rigetto era qualificato nullo o come inesistente<sup>3</sup>. Secondo il Consiglio di Stato, l'avvenuta consu-



mazione del potere di provvedere sull'istanza del cittadino, impedisce all'amministrazione di deliberare validamente l'impugnata negazione del titolo, in questo caso, essa deve ritenersi illegittimamente disposta in carenza di potere (inesistente), ossia quando si è formato il silenzio-assenso e l'amministrazione irrimediabilmente ha perduto la potestà di definire il procedimento attivo con l'originaria istanza<sup>4</sup>. Anche in un'altra significativa pronuncia<sup>5</sup>, il giudice ha ritenuto giuridicamente inesistente il provvedimento di diniego adottato dopo la formazione del tacito assenso, affermando che il "meccanismo del silenzio-assenso" si caratterizza per limitare il potere attribuito all'amministrazione ad un certo arco temporale, trascorso il quale l'amministrazione viene privata della titolarità del potere stesso, annullando l'atto *factus* illegittimamente formatosi per l'effetto del silenzio-assenso<sup>6</sup>. Si ritiene, allora, preferibile che l'amministrazione possa annullare l'assenso tacitamente formatosi solo previa valuta-

zione dell'interesse pubblico alla rimozione dell'assenso medesimo<sup>7</sup>. In conclusione, sulla base della valorizzazione testuale dell'articolo 20, comma 3, si può affermare che per poter rimuovere in via di autotutela un assenso tacitamente formatosi devono sussistere i presupposti richiesti dagli articoli 21-quinques 21-nonies della legge 241/1990, ai fini dell'esercizio del potere di revoca e di quello di annullamento d'ufficio del provvedimento.

- .....
- <sup>1</sup> In termini, A.M. Sandulli, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1977, 169.
  - <sup>2</sup> M. Corradino, *Termini, Efficacia dei provvedimenti e silenzio dell'Amministrazione nelle "riforme" della legge n. 241/1990*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
  - <sup>3</sup> *Ex multis*, TAR Puglia, sez. Bari, sezione II, 16 marzo 2004, n. 1316.
  - <sup>4</sup> In termini, Consiglio di Stato, 8 aprile 2003, n. 1854.
  - <sup>5</sup> In termini, Consiglio di Stato, sezione IV, 22 giugno 2004, n. 4395.
  - <sup>6</sup> M. Lipari, *I riti abbreviati*, in F. Caringella-M. Proto, *Il nuovo processo amministrativo dopo due anni di giurisprudenza*, Milano, 2002, 262 ss.
  - <sup>7</sup> M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo, certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in *Dir. amm.*, 2003, 292 ss.

## Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato



La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "La semplificazione dei riti civili. Commento al d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150".

Renato Diodato  
Presidente della Commissione Biblioteca

**La semplificazione dei riti civili. Commento al d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150.**

**Autore: Luigi Viola.**

CEDAM, pp. 411, € 42,00.

L'avvocato Luigi Viola esercita la professione in Roma e Lecce. È docente di diritto processuale civile, direttore scientifico del *Massimario Altalex*, nonché autore di svariate pubblicazioni in materia di diritto civile e processuale. L'avvocato Viola è autore del volume, edito dalla CEDAM, *La semplificazione dei riti civili*, che ha per oggetto il commento al d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150. La legge 18 giugno 2009, n. 69, recante "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, nonché in materia di processo civile", non soltanto ha inciso notevolmente su molteplici disposizioni del Codice di rito, ma ha anche delegato il governo a legiferare, adottando "uno o più decreti legislativi", da un lato, in mate-



ria di mediazione e conciliazione stragiudiziale (delega attuata con il d.lgs. 4 marzo 2010, n.28), e, dall'altro, per la riduzione e la semplificazione dei riti civili (delega attuata con il d.lgs. 1 settembre 2011, n.150). Detto decreto legislativo, che non potrà risolvere tutti i problemi, che affliggono il "sistema giustizia", ed, in particolare, quello civile, non dà luogo ad una rottura con l'esistente, ma si limita a razionalizzare, semplificandola, la situazione processuale esistente. Lo stesso può essere considerato come un "testo unico", cioè una raccolta delle disposizioni normative già vigenti, ma riordinate, e mira alla semplificazione dei riti riguardanti la procedura civile c.d. di parte speciale. Il sopramenzionato provvedimento normativo ha come scopo di porre in essere un accorpamento di riti. Dai numerosi 33 riti di parte speciale si passa a 3 riti complessivi, e cioè il rito del lavoro, il rito sommario di cognizione, ed il rito ordinario di cognizione.

Vengono ricondotti al rito del lavoro i riti di parte speciale riguardanti:

- 1) l'opposizione ad ordinanza di ingiunzione (articolo 6),
- 2) l'opposizione al verbale di accertamento di violazione del codice della strada (articolo 7),
- 3) l'opposizione a sanzione amministrativa in

tema di stupefacenti (articolo 8),  
 -4) l'opposizione ai provvedimenti di recupero di aiuti di Stato (articolo 9),  
 -5) le controversie in materia di applicazione delle disposizioni del codice in materia di protezione dei dati personali (articolo 10),  
 -6) le controversie agrarie (articolo 11),  
 -7) l'impugnazione dei provvedimenti in materia di registro dei protesti (articolo 12),  
 -8) l'opposizione ai provvedimenti in materia di riabilitazione del debitore protestato (articolo 13).  
 Sono regolate dal rito sommario di cognizione:  
 -1) le controversie in materia di liquidazione degli onorari e dei diritti di avvocato (articolo 14),  
 -2) l'opposizione al decreto di pagamento delle spese di giustizia (articolo 15),  
 -3) le controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri stati membri dell'Unione Europea o dei loro familiari (articolo 16),  
 -4) le controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri stati membri dell'Unione Europea o dei loro familiari (articolo 17),  
 -5) le controversie in materia di espulsione dei cittadini stranieri di stati che non sono membri dell'Unione Europea (articolo 18),  
 -6) le controversie in materia di riconoscimento della protezione internazionale (articolo 19),  
 -7) l'opposizione al diniego del nulla osta al ricongiungimento familiare e del permesso di soggiorno per motivi familiari, nonché agli altri provvedimenti dell'autorità amministrativa in materia di diritto all'unità familiare (articolo 20),  
 -8) l'opposizione alla convalida del trattamento sanitario obbligatorio (articolo 21),  
 -9) le azioni popolari e le controversie in materia di eleggibilità decadenza ed incompatibilità nelle elezioni comunali, provinciali e regionali (articolo 22),  
 -10) le azioni in materia di eleggibilità e di incompatibilità nelle elezioni per il Parlamento europeo (articolo 23),  
 -11) l'impugnazione delle decisioni della commissione elettorale circondariale in tema di elettorato attivo (articolo 24),  
 -12) le controversie in materia di riparazione a seguito di illecita diffusione del contenuto di intercettazioni telefoniche (articolo 25),  
 -13) le impugnazioni dei provvedimenti disciplinari a carico dei notai (articolo 26),  
 -14) le impugnazioni delle deliberazioni del Consiglio nazionale dell'Ordine dei giornalisti (articolo 27),  
 -15) le controversie in materia di discriminazione

(articolo 28),  
 -16) le controversie in materia di opposizione alla stima nelle espropriazioni per pubblica utilità (articolo 29),  
 -17) le controversie in materia di attuazione di sentenze e provvedimenti stranieri di giurisdizione volontaria e contestazione del riconoscimento (articolo 30).  
 Sono regolate dal rito ordinario di cognizione:  
 -1) le controversie in materia di rettificazione di attribuzione di sesso (articolo 31),  
 -2) l'opposizione a procedura coattiva per la riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato e degli altri enti pubblici (articolo 32),  
 -3) le controversie in materia di liquidazione degli usi civici (articolo 33).  
 È importante far presente che le norme del d.lgs. 150/2011 valgono e si applicano solamente ed esclusivamente ai giudizi, instaurati dopo l'entrata in vigore dello stesso, e cioè dopo il 6 ottobre 2011. Per i giudizi già instaurati si continueranno ad applicare i vecchi riti. Inoltre, pur attenendo alla parte speciale, sono diverse le procedure non toccate e non travolte dalla riforma. Sta di fatto che quest'ultima non riguarda, nel modo più assoluto, le procedure fallimentari, i procedimenti in materia di famiglia e di minori, i procedimenti in materia di titoli di credito, i procedimenti in materia di diritto del lavoro, i procedimenti afferenti il Codice della proprietà industriale, ed i procedimenti riguardanti il Codice del consumo. L'opera dell'avvocato Viola espone, in modo chiaro e lineare, i punti cruciali della riforma. Il volume è arricchito da recenti sentenze, sia di svariati tribunali, sia di molteplici Corti di Appello, sia di diverse sezioni della Suprema Corte di Cassazione, sia di quest'ultima a Sezioni Unite. È un manuale pratico e aggiornato, e costituisce un valido strumento del quale nessuno, né giudici, né avvocati, né cancellieri, né altri operatori del diritto, può fare a meno.

## Contributi dai Colleghi

### Dal "libero convincimento".

di Raffaele Fasolino

Nell'aula "Fadda" dell'Università di Napoli "Federico II" gli illustri professori della mia lontana epoca impartivano lezioni il cui contenuto è rimasto ben impresso nelle menti di noi studenti. Fra i principi, sui quali i docenti fermavano la nostra attenzione, erano certamente le fonti interpretative della legge ed il modo di decidere del Giudice.

E così apprendemmo che la legge va essenzialmente interpretata nella sua dizione letterale e, in caso di difficoltà, sovveniva o altra legge chiarificatrice (interpretazione autentica) o, sempre per gradualità, si ricorreva alla interpretazione giurisprudenziale, dottrinale, analogica ed infine applicando gli usi e consuetudini locali curate dalle Camere di Commercio territoriali.

Quando, poi, al modo di giudicare del Magistrato asserivano (sempre gli illustri Docenti) che le decisioni erano da questi assunte, esaminando gli *alligata et probata* ma con il loro "libero convincimento" che non stava a significare "decisione arbitraria" ma solo decisione senza condizionamenti esterni, soggettivi o oggettivi.

Fatte le premesse, vengo alle osservazioni sul tema. Il "libero convincimento" è, a mio avviso, morto e sepolto perché ormai, tralasciandosi la gradualità delle interpretazioni, il libero convincimento si identifica nelle decisioni della Suprema Corte, in modo costante, metodico e martellante, di guisa che è scomparso non solo il libero convincimento del Giudice di merito, ma anche la sua prerogativa di interpretare le leggi secondo la esposta gradualità.

Il bello è (*rectius*: il guaio è!!!) che la Corte Suprema (che parolona!!!) a sua volta, perviene alle più disparate e contrastanti interpretazioni che, qualificarle singolarmente si incorre in una espressione fin troppo ottimistica in una situazione di estremo disagio e di grande confusione che "seppellisce" anche "la certezza del diritto".

E, ovvio che anche gli Avvocati citano "massime" contrastanti a secondo delle loro "necessità" difensive ed i Giudici, a loro volta, per non essere da meno, decidono su "decisioni" della Corte Suprema.

Ed in questa "giostra" al cittadino comune non resta che trovare un qualche "appoggio" per evitare di precipitare in seguito al continuo "girare" ed agli "operatori della giustizia" (si fa per dire!!) non resta che recitare un *requiem* per i principi sepolti sperando nella loro "resurrezione".

### Spigolando.

di Rino Carpinelli

#### I dolci napoletani.

Terza parte

Mea culpa! Mea culpa! Mea culpa! Ma come ho potuto dimenticare i mustaccioli, i roccocò, i susamielli, i divinamore e i raffiuoli, i tipici dolci, che ci deliziano alla fine del pranzo durante le feste natalizie o che "spullechiamme" durante le realtà, se proprio lo volete sapere, non li avevo dimenticati ma avevo riservato questo argomento per un altro articolo sui dolci tradizionali).

Mostaccioli (a me piace di più chiamarli mustaccioli): il loro nome è legato al mosto usato dai contadini per preparare dolci, in quanto il suo contenuto di zuccheri è molto alto. Questo tipo di dolci veniva anticamente offerto ai invitati al momento del congedo come ultima attenzione per l'ospite che partiva, da sgranocchiare durante il viaggio. Già nel suo *De Agricoltura* Catone parla dei *mustacei*, ottenuti impastando farina, mosto, formaggio, anice, cumino, grasso e corteccia di alloro (insomma 'na *mmescafrancesca* - credo - immangiabile). Fino al Medioevo anche la torta nuziale, a base di mosto, farina e cannella, era chiamata *mustaceus*. Tracce dei mustaccioli si rinvennero nelle opere del Corrado (XVIII secolo) e di Bartolomeo Scappi, cuoco personale di Pio V. Con il passare del tempo questi dolci sono stati confezionati con ingredienti vari ed oggi ogni regione ha la sua versione. I mustaccioli napoletani sono dolci romboidali ricoperti da una glassa di cioccolato e caratterizzati da una pasta morbida al sapore di cannella.

Roccocò: il termine deriva dal francese *rocaille* per la forma barocca e tondeggiante simile a una conchiglia. Questo dolce è simile ad una ciambella schiacciata della grandezza di circa 10 cm e si prepara con farina, mandorle, zucchero, canditi, spezie varie e cannella soprattutto. È un dolce particolarmente duro, che può essere ammorbidito inzuppandolo in un liquore dolce. Molto probabilmente i roccocò, nella versione attuale, furono inventati nel 1320 dalle monache del Real Convento della Maddalena e sono il primo dolce delle feste natalizie, perché a Napoli si usa mangiarlo già il giorno dell'Immacolata.

Susamielli: la loro origine è da ricercarsi nelle focacce rituali preparate nell'antichità in nome di Demetra e Core, divinità dei Misteri Eleusini. Il nome deriva dal latino *sesamum+mel*, in quanto nella loro preparazione venivano appunto impie-



gati il sesamo e il miele, da cui il nome susamielli. Secondo altri il nome deriverebbe semplicemente dal fatto che hanno forma di S. C'è però anche una variante con forma ellittica, le sapienze, inventate nel convento delle clarisse di Santa Maria della Sapienza di Sorrento. Il termine si rinviene anche nelle *Prammatiche del Regno di Napoli* del 1509, che riportavano la proibizione di fare taralli e susamielli in tempo di carestia, in quanto la farina doveva servire esclusivamente per fare il pane. Anticamente ne esistevano tre tipi a seconda degli ingredienti, più o meno costosi utilizzati in rapporto alle persone a cui erano destinati. Si distinguevano in: susamielli nobili, fatti con farina bianca, per persone di riguardo; susamielli per zampognari, fatti con farina ed ingredienti di scarto per il personale di servizio, contadini e zampognari; susamielli del buon cammino ripieni di marmellata di amarene per i religiosi. Sono dolci a base di farina, zucchero, mandorle, miele, cannella e noce moscata. A Napoli si definisce susamiello una persona greve, scostante, opprimente e che non familiarizza con gli altri, facendo forse riferimento agli ingredienti di questo tipo di dolci non facili da digerire. Molto più verosimilmente l'espressione è da riferirsi ad un altro significato della parola susamiello e più precisamente ai ceppi a forma di S, che venivano messi alle caviglie dei condannati ai bagni penali.

I roccocò.

Raffiuoli (a me piace chiamarli raffaiuoli): sono dolci di forma ellittica fatti con pan di spagna e ricoperti da glassa. Devo però confessare che ho assaggiato anche una versione molto più sofisticata, che è una specie di sandwich di pan di spagna con farcia di cassata. Una vera prelibatezza! Divinamore: sono dolcetti preparati per la prima volta dalle monache del convento del Divino Amore, che si trovava a Spaccanapoli, in onore della madre di Carlo D'Angiò. E con questo vi prometto che non vi annoierò più con i dolci napoletani. Ma non siate tanto sicuri!

#### 'O munaciello.

Avete mai sentito parlare del "munaciello"? Correva l'anno 1445 e regnava Alfonso V il Magnanimo D'Aragona. Due giovani, Stefano Mariconda, umile garzone di bottega, e Caterinella Trezza, figlia di un ricco mercante di stoffe, si erano follemente innamorati. Le rispettive famiglie non vedevano di buon occhio quest'amore, per cui i giovani erano costretti ad incontrarsi solo di notte su di un terrazzo appartato e buio nel quartiere dei Mercanti, per raggiungere il quale bisognava attraversare strade pericolose. Una notte Stefano, mentre raggiungeva il luogo dell'incontro con la propria amata, fu ucciso. Caterinella, impazzita dal dolore, scappò di casa e si rifugiò in un monastero, dove, dopo alcuni



mesi, diede alla luce un bambino deforme. Con il passare degli anni il piccolo divenne simile a un nano e, poiché la madre gli faceva indossare un piccolo saio, il popolino lo chiamò "o munaciello". I parenti materni deridevano il bambino, che non sorrideva mai ed era sempre triste e malinconico. Ben presto si diffuse l'idea che il ragazzo avesse in sé qualcosa di magico e di soprannaturale, per cui la gente si segnava e mormorava parole di scongiuro quando lo incontrava. Si diceva inoltre che se il munaciello portava un cappuccio rosso, dono della madre, sarebbero arrivate buone notizie; se invece il cappuccio era nero, bisognava aspettarsi tremende sciagure. Considerato come la causa di tutte le disgrazie di quegli anni, contro di lui furono commesse le cattiverie più atroci. Ma una notte il munaciello scomparve, forse ucciso da un membro della famiglia materna.

La sua storia però non finisce con la sua morte. Ancora oggi questo personaggio si aggirerebbe lì dove è vissuto e ha sofferto, forse per vendicarsi di tutto il male subito. C'è chi giura di averlo visto o di aver subito i suoi scherzi e i suoi dispetti. I napoletani gli attribuiscono piccoli incidenti domestici ma anche i propri vizi o le proprie debolezze. Insomma uno spiritello bizzarro, un piccolo diavolo, che si insedia nelle case dei napoletani, temuto e rispettato. Ancora oggi i napoletani credono nel munaciello, che descrivono come un nano mostruoso dalle scarpe con fibbie argentate, con chierica e berretto. Questo essere

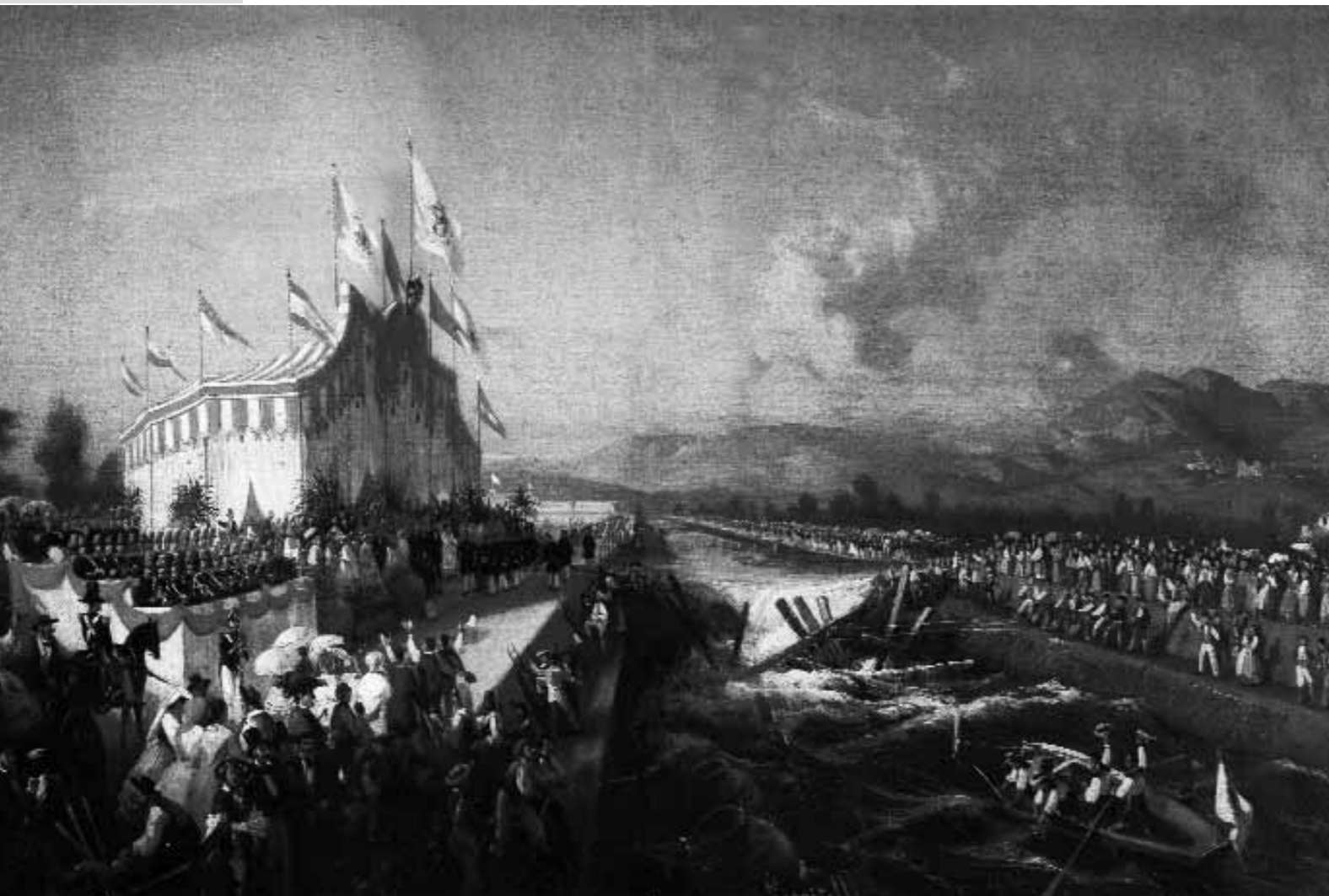
'O munaciello.

dalla doppia personalità si intrufola nelle case dei napoletani: se i padroni di casa hanno la fortuna di essere presi in simpatia, il munaciello dispenserà loro buona sorte e prosperità; in caso contrario, dispenserà guai e dispetti. Può lasciare anche monete d'oro sul luogo della sua apparizione quasi a ripagare qualcuno, ma il fortunato di turno non dovrà rivelare mai a nessuno la provenienza di quei guadagni, altrimenti ogni fortuna cesserebbe e il malcapitato rischierebbe di trovare escrementi di capra. In genere i destinatari dei suoi doni sono avvenenti fanciulle per ripagarle dello spavento nell'incontrarlo, oppure ignare vittime di determinate confidenze "palpatorie", che il malandrino spiritello sarebbe solito concedersi. Molti però anche i casi di persone comuni beneficiarie dei doni del munaciello.

La gente, ancora oggi, non ha perso affatto la speranza di rivederlo e di riavere i suoi favori. Il popolino che vive nell'attesa di vedere d'incanto risollevarsi la propria miseria con un nobile dono, un gentile omaggio, un cospicuo atto di bontà. I vecchi, che vivono di ricordi, lo aspettano ancora nel buio tetro e solitario dei vicoli napoletani. E se una nonna, una vecchia zia, dovessero smarrire per caso un paio d'occhiali o qualche altro oggetto per casa, non esiterebbero, a distanza di tanto tempo, ad attribuirgli ancora la colpa. Sempre lui, 'o munaciello.

Per un ultimo dispetto. O magari per un ultimo barlume di felicità.

# Historia et Antiquitates



## Della navigabilità del fiume Sarno.

di Gianluca Granato

**“Memorie storico-critiche sullo stato fisico ed economico antico e moderno della città di Sarno e del suo circondario”. La vertenza tra l’abate D. Emanuele La-via ed il curatore del patrimonio dei Conti di Sarno.**

“... Tu solamente, cortese e benevolo Leggitore, che qual ragionevole, e sincero uomo, che sei, riputandoti nazionale non tanto di questo, o di quell’altro paese, dove per accidente sei nato, quanto per quegli, che in realtà tu medesimo ti devi considerare, cioè come un vero Cosmopolita, tutt’i luoghi della terra, e tutt’i popoli, che li abitano da Lisbona fino a Pekino, e dagli Ottentotti dell’Africa fino a i Groenlandesi del Nord ti devo-

no egualmente interessare. Ma quantoppiù non dovrà crescere questo tuo interesse alla conoscenza, che acquisterai, leggendo questo mio piccolo libro, di un paese della nostra Italia quanto poco noto, e quasi oscuro, e negletto ne i fasti della Storia, altrettanto degno di tutte le tue più serie riflessioni per la fertilità del suo terreno, per la espansione del suo commercio, per la coltura de’ suoi abitanti. Compiacciate dunque di accogliere di buon garbo questa operetta, onoralo de’ benigni tuoi sguardi, della tua paziente lettura, de’ tuoi generosi compatimenti: e se per la sua indegnità non si merita essa le tue acclamazioni ed i tuoi applausi, benignati almeno di difenderla dagli assalti di quei Zoili maligni (nдр: Zoilo di Anfipoli (400-320 a.C.) è passato alla storia come il critico invidioso per antonomasia), e di quegli Aristarchi invidiosi (nдр: Aristarco (310-230 a.C.) fu condannato per empietà e come corruttore della gioventù per aver insegnato la teoria elio-



Sant’Egidio del Monte Albino, la fontana romana raffigurante il dio Sarno.

Pagina precedente Napoli, Museo di San Martino, Giovanni Serritelli, La deviazione del fiume Sarno.

centrica), che a guisa di Corsari, non avendo nella propria nave nulla che perdere, drizzeranno le loro nemiche prore contro questo debole legno. Vivi felice”.

Così Nicol’Andrea Siani, canonico e teologo della Chiesa Cattedrale di Sarno, introduce la sua “operetta” stampata, nel 1816, dalla tipografia della società Filomatica di Napoli, narrando della geografia della città, del fiume Dragone, dei Sarrasti, dei prodotti della terra sarnese, della condizione politica dell’urbe, dei fenomeni fisici ivi radicati, del carattere “de’i Naturali del circondario”, del loro valore nelle arti e nelle scienze e di tanto altro, proiettando nel futuro l’immagine di un territorio, non più illibato, la cui anima si presenta, tuttavia, ancora oggi, sostanzialmente immutata. Ed ivi si legge di quelle stesse acque che vediamo scorrere, putride, tra rovi, rifiuti e cemento, di cui avvertiamo puzza e vergogna, in un tempo, relativamente lontano, quando erano

ancora leggenda. Il fiume Sarno. “Che navigabile sia un tal fiume, e che abbia negli andati tempi sostenuti sul dorso legni da carico, chiaro appare si dall’autorità di Strabone, che parlando dell’antica città di Pompei, dice, essere stata questa l’emporio, ed il centro di ogni commercio con tutte le altre convicine Città, e specialmente con quelle di Nola, Acerra, e Nocera per mezzo del fiume Sarno, onde le merci in questi paesi si venivano a trasportare; ... come pure da che si osservano anche oggidi a fianco del commune di Scafati, fin dove si estendeva l’antica Pompei, i ruderi di una bellissima fabbrica, chiamata il Parco, tutta recinta di Torri, e di baloardi, dove si riponevano le merci, e si custodivano per traggitarle. Eravi anche poco discosto dalla città di Sarno lo scaricatojo delle suddette barche in un luogo, che anche al dì d’oggi dicesi il Porto, ed un altro consimile anche ve n’era presso Scafati, che dicesi il Porticello. Quindi è, che dalle scafe (nдр: grosse



zattere che con due carrucole scivolavano lungo una fune posta attraverso il fiume; la fune impediva che la zattera venisse trascinata a valle e, in quelle più piccole, serviva allo scafaiuolo che, stando sulla zattera, vi si aggrappava facendo camminare l'imbarcazione sull'acqua), che in questi piccoli porti approdavano per condurvi le merci, e per traggitarle coi passeggeri, prese l'antica già ruinata città di Pompei, e poi man mano risorta, il nome di Scafati ...". Strabone tramanda: *Hoc, et quod proxime sequitur, et Sarno amne alluitur, Pompejas, tenuerunt olim Oscii, deinde Hetrusci, et Pelasgi: post hos Samniitae, qui et ipsi inde sunt expulsi. Est autem hoc comune navale Nolae, Nuceriae, et Acerrarum, Sarno amne merces simul excipiente, et emittente. Super haec loca situs est Vesuvius Mons.* "Ma - prosegue Siani - quando poi venne in testa sulle prime al Conte di Celano, già padrone di Scafato, e delle altre terre limitrofe, sotto il pontificato forse di Pio II, allorché la famiglia Piccolomini si trovava nel maggior colmo delle sue grandezze, d'innalzare quel parapetto alle acque del fiume Sarno, presso il luogo detto Bottaro, che dicesi di presente la Barra, per così restringere le acque suddette, e renderle atte a far lavorare i loro molini fatti costruire in quel luogo; e poi ... verso la fine del secolo XVI a Muzio Tuttavilla Conte di Sarno il fumo nel cerebro anche saltò di trasportare le acque di questo fiume dalla sua sorgente della foce nella Torre dell'Annunciata, per animare con esse i molini fatti da sé costruire in questo paese a maggior comodo dell'allora molto più vasta, e maggiormente ingrandita città di Napoli: onde costretto fu ad incavare quell'alveo si celebre per la sua notevole profondità, e tanto famoso per la sua lunghezza, che il fiume del Conte perciò si appella, e per cui tanto la sua famiglia s'indebitò: allora fu che il fiume Sarno, parte per il libero suo

corso impedito, e parte per la notevole diminuzione delle sue acque perdé la sua antica navigabilità: allor fu, che le acque superiori di questo fiume si vennero a restringere in tanti piccoli laghetti, e a ristagnare ne' fossi; allora fu, che vi s'introdussero le fusare (ndr: fuscelletti); ed allora anche fu, che l'aria di questo cratere cominciò a divenir malsana, ne' mesi estivi, per modo che, per apporvi qualche riparo, tutte le comuni d'intorno e disperse per le campagne, dove il fiume Sarno serpeggia, son costrette da lustro in lustro a purgar le sue acque da tutte le immondezze, che da un tale ristagnamento risultano, e a dispendiarsi molto bene colla così detta mena delle bufole per il detto fiume (ndr: la mena delle bufale consisteva nel far calpestare il letto del fiume da quaranta bufale, per quaranta giorni e per sei ore al giorno, affinché schiacciando la terra e le pietre, potessero farle fluire colle acque).

Il giureconsulto ed avvocato sarnese cav. D. Antonio Cervo in una sua giuridica allegazione stampata in Napoli nel 1783 narra di quanto han dovuto patire le popolazioni a fronte della prepotenza baronale per ottenere di "far demolire la detta Barra", ma sempre invano: "... questa gran lite, già introdotta fin dall'anno 1650 tra il Conte di Celano, e le popolazioni di Sarno, Nocera, Scafati, Striano, S. Pietro, S. Valentino, Lettere, Angri, S. Marzano ec., è stata per ben due volte decisa fin dalla metà del secolo XVII a favore delle popolazioni suddette dal Regio Consiglio del Collaterale di Napoli, coll'aver anche questo supremo e rispettabile Magistrato richiamati alla loro osservanza gli antichi privilegj che i nostri principi Aragonesi avevano per questo riguardo alla città di Sarno accordati. Ma che i Conti di Celano, ora approfittando delle circostanze de' tempi, ed ora prevalendosi del lor potere, non li



han fatti mai essere né allora, né in appresso eseguiti". Lo stesso Giuseppe M. Galanti nella sua *Nuova descrizione geografica e politica delle Sicilie*, riferendo anch'egli la storia di questa gran lite, conclude così il suo racconto: "Colla riforma del Magistrato del Commercio questa causa passò nel S. Consiglio, dove non ancora è stata decisa: e non ostante una particolar premura del Re, al fiume non più si è restituita la sua navigazione: quelle contrade nella lunghezza di quattro miglia continuano ad essere allagate, e le popolazioni distrutte. I molini oggi rendono ducati ottomila, e questo interesse combatte quello di centomila abitanti". Ogni cosa, d'altra parte, trova riscontro nella relazione fatta "al Sovrano dal degnissimo Magistrato il Marchese D. Nicola Vivencio, allora Avvocato Fiscale dell'abolito tribunale della Regia Camera della Sommara, per le acque della foce di Sarno nella vertenza del litigio tra l'abate D. Emanuele La-via, e il Curatore del patrimonio dei Conti di Sarno; affin d'indagare, se mai queste acque fossero di pertinenza del patrimonio suddetto, ovvero appartengano in pieno dominio a Sua Maestà. Il prelodato degnissimo signore Avvocato Fiscale opina con somma giustizia a favore della Reggia Corte, aderendo alle ragioni dell'abate La-via, e colla storia de' fatti alla mano, ricavata da più processi compilati ne' tribunali tanto di Roma, quanto di Napoli, per le cause anzidette ci viene a dare altresì delle sicure notizie sulla costruzione dell'alveo del fiume del Conte. Rilevasi dunque dall'anzidetta relazione...:

I. Che verso la fine del secolo XVI per maggior comodo della città di Napoli, allora molto ampliata e cresciuta in popolazione, non essendovisi potute trasportare le acque dal fiume Sarno per la loro notevole relativa bassezza, si pensò da quel Conte, chiamato Muzio Tuttavilla, di

costruire almeno de' molini nella Torre dell'Annunciata, e di farli animare dalle acque suddette, per il meno incomodo, ed il più facile uso di quella vasta metropoli.

II. Che questa grande opera incontrò de' forti ostacoli tanto dalla parte del Conte di Celano, che se ne ingelosì per il discapito, che ne veniva ai suoi molini di Bottaio, quanto dalla parte del Vescovo di Sarno, che allora era Monsignor D. Antonio d'Aquino, che si reputava offeso nei dritti della sua mensa vescovile; perché le acque della Foce sorgendo dal Monte S. Angelo, che alla sua mensa si apparteneva, credeva, giusta il pensar di quel tempo, esserne lui solamente l'unico ed assoluto padrone.

III. Che perciò essendosi venuto a piatire in giudizio fin dall'anno 1594, per sentenza della corte di Roma, le acque suddette furono giudicate di pertinenza del Vescovo; ma pochi anni appresso per decreto del Collaterale di Napoli avendo il Tuttavilla guadagnata questa causa tanto contro il Vescovo di Sarno, quanto contro il Conte di Celano, stimò con prudenza di convenirsi col primo, obbligandosi di corrispondergli in compenso delle acque e de' molini in perpetuum, annui ducati 750; e niente più dal canto dell'altro avendo a temere, si accinse alla grande opera da lui disegnata, e la compì felicemente, ma dopo di aver contratta una immensa somma di debiti.

IV. Che morto il Conte Muzio nel 1604, senza lasciar di sé che una sola Figliuola per nome Maria, costei si maritò nel 1608 con Pier Francesco Colonna Principe di Galliciano, figlio di D. Maurizio Colonna Duca di Zagarola nobile Romano, dandogli in dote tutt'i suoi beni.

V. Che trascurando Pier Francesco Colonna di soddisfare i prefati debiti, i creditori ne dedussero il patrimonio nel S.R.C., onde egli stesso il

Colonna nel 1614 comprò il feudo di Sarno per ducati 76600; e con questa somma, e con altre ancora pervenute da altri beni de' Conti di Sarno furono soddisfatti moltissimi Creditori del patrimonio; restando agli altri per decreto del S. R. C. nel 1619 aggiudicata una porzione della rendita de' Molini nella somma di ducati 5742 annui.

VI. Che nel 1631, per la grand'eruzione del Vesuvio allora avvenuta, essendosi interrato il canale, e per conseguenza i Creditori del Patrimonio avendo perduto il cespite de' Molini, onde potersi introitare gli annui ducati 5742 loro assegnati, pensarono di riaprire a loro spese il canale, e di rimettere i sopraddetti Molini, per lo che presero a debito ducati 10856 dal Banco dell'Annunziata, dal Principe di Morsico nuovo, dal Monte di Ciarletta, e dal Principe di Forino.

VII. Che questi Molini così rifatti rimasero nuovamente inoperosi nell'anno 1648 per una grande alluvione allora avvenuta, che interrò nuovamente il canale, e che per i popolari tumulti di Masaniello contemporaneamente successi, non si pensò più alla loro rifazione, onde rimasero abbandonati.

VIII. Che intanto nell'anno 1652 il Viceré di quel tempo vedendo, che la fabbrica della polvere da cannone, esistente a porta Nolana, per la sua vicinanza alla Capitale era sempre sospetta, siccome già lo era stata pochi anni avanti per quei popolari tumulti, pensò di trasferirla nella Torre dell'Annunziata, dove stavano gli anzidetti Molini; per lo che riaprì di nuovo il canale a spese immense della R.C. E poiché quei molini non erano più necessari alla Capitale, giacché Cesare Carmignano vi stava trasportando attualmente le acque dal Monte Taburno, perciò rifece egli quelle fabbriche nel 1654 e le adattò al lavoro della Polveriera, accordando però ai creditori del Patrimonio il dritto di potersi fabbricare altri molini al di sotto, per potersi, indennizzare del credito loro.

IX. Finalmente, che nel 1661, Pompeo Colonna figlio di Pier Francesco morì contumace alla Corte di Napoli per le passate rivoluzioni, onde i suoi beni restarono devoluti al Fisco; e quindi si per la dicostui inconfidenza, che per le spese immense dalla R.C. erogate nella riapertura dell'alveo, e costruzione della Polveriera, questa opera da ind'in poi è rimasta in pieno dominio della R.C. di Napoli; per lo che la Real Maestà di Carlo III vi trasferì pure la fabbrica delle armi bianche, e da fuoco, essendosi sempre benignati i nostri Sovrani di contribuire a tutti i Vescovi di Sarno senza nessuna interruzione, gli annui ducati 750 convenuti la prima volta tral Conte Muzio Tultavilla e Monsignor D. Antonio d'Aquino". Tuttavia, non più navigabile il fiume - conclude

Siani - lo stesso non lascia "di apportare a tutto questo cratere degli infiniti vantaggi. Oltre all'essere stato ne i tempi antichi di un comodo inesplicabile alla città di Pompei, dove per mezzo di sotterranei cunicoli, per le strade, per le case, per i vicoli, per il foro copiosamente si distendeva ... Ed oltre al dare moto anche oggidì a varie macchine idrauliche, e specialmente a più molini esistenti dentro la Città, nella Foce, e per la soggiacente pianura; e ad animar gualchiere (nдр: macchinario usato per lo più nella manifattura laniera), cartiere, e ramiere; e a far lavorare la polveriera, e la fonderia di arme da fuoco, e bianche, che la Corte di Napoli tiene alla Torre.

Oltre dico a tutti questi vantaggi, somministra pure a' coloni un indicibile comodo per innaffiare, specialmente nella più arida stagione estiva, i prodotti della terra tanto industriosi, che naturali. E per potersi ottenere più agevolmente un tal fine, si sono scavati infiniti euripi (nдр: tubazioni per convogliare l'acqua nei giardini o nelle case), e condotti a traverso delle campagne, per dove le acque derivano, e dall'uno all'altro capo comunicano... Or tanto per l'alveo del suddetto fiume, quanto per mezzo di tutti questi canali, i campagnuoli del circondario di Sarno sopra di alcune gondole, quanto anguste, e ben incavate, altrettanto prolisse, che essi chiamano i Londri, trasportano con agevolezza da luogo in luogo i prodotti della terra, e delle loro industrie, e soprattutto quelli del fiume. Sembrano quindi le campagne di Sarno, al ben vederle da qualche luogo eminente, le pianure dell'Egitto, intersecate da canali per ogni verso, e tutte dalle acque irrigate, in mezzo alle quali il fiume in cinque rami diviso, e poi ristretto in un solo tra Valentino e Scafati bellamente serpeggia. Ed oh così anche voi, Esteri che legete, vi compiaceste qualche volta di venirle qui ad osservare! Voi non potreste allora gittare sulle une e le altre rive di tutti gli alvei di questo fiume i vostri sguardi curiosi, senza vedervi delle opulente borgate qua, e là disperse, delle case di campagna bellamente disposte, degli ubertosi terreni, che si ricoprono in tutto l'anno, senza nessuna interruzione, di più messi dorate, degli Agricoltori industriosi, che vi compariscono sempre oppressi sotto il fardello niente pesante de' frutti, e delle derrate di questo suolo, delle verdeggianti praterie sempre ripiene di armenti, che o se ne pascolano, o le concimano, ovvero, solcandole cogli aratri, ne fendono il polveroso terreno e ne rivoltolano profondamente le glebe (nдр: campi coltivabili); e fin delle ninfe, e dei pastori, che fan ripetere da ogni lato i dolci suoni de' loro naccari (nдр: nacchere), e delle loro zampogne, e i soavi concetti delle loro canzoni a tutti gli echi d'intorno".



## Il busto di San Prisco.

di Tebaldo Fortunato, foto di Natale Gentile

### Un esempio di argenteria napoletana nella Valle del Sarno.

La sezione del Museo Diocesano San Prisco, a Nocera Inferiore, dedicata agli arredi liturgici, comprende solo una esigua parte del grande patrimonio di argenti, paramenti sacri, ex voto dell'intera Diocesi di Nocera-Sarno che da alcuni

anni, è oggetto di una sistematica catalogazione, giunta ormai alla fase conclusiva. Le travagliate vicende storiche della Valle del Sarno e della Diocesi Nocerina non hanno reso possibile talora la conservazione di tutti quegli oggetti liturgici di pregio o d'uso, legati al rango sociale dei loro antichi detentori. È verosimile che nell'ultimo ventennio del XVIII secolo, gran parte dell'argenteria del clero nocerino, abbia subito la medesima sorte degli argenti del clero di tutto il Regno. Difatti, il processo iniziato nel 1783, con la confisca delle argenterie dei religiosi da parte di



Ferdinando IV di Borbone, subito dopo il terremoto che sconvolse la Calabria, raggiunse l'apice nel 1798 con l'editto del 28 marzo con cui si diffidavano i componenti del clero di tutto il Regno di Napoli "dall'aver, tenere e conservare da ora in avanti...vasellame monetabile d'oro e d'argento", escludendo le statue dei santi e quanto fosse indispensabile al culto. Tale situazione non migliorò durante il Decennio francese. Pochi anni prima, nel 1771, il vescovo nocerino Benedetto dei Monti Sanfelice aveva commissionato a "Saverio Mansone argentiere della città di Napoli" l'eccezionale busto di San Prisco, tempestato di pietre semipreziose che sostituì "l'antica statua di legno dorato". Accadeva molto spesso, soprattutto nei secoli XVII e XVIII che le vetuste immagini lignee dei santi patroni venissero sostituite con altre più nuove e realizzate nel prezioso metallo.

Il busto, pagato 900 ducati fu traslato nella Cattedrale con una solenne processione, iniziata "fra sparo di mortaretti e suono di campane". L'opera d'arte che rappresenta a pieno titolo l'emblema della Diocesi stessa, rientra in quella produzione artistica napoletana di cui rimangono moltissimi esempi di statuaria. È realizzato in fusione d'argento parzialmente dorato, bronzo, rame dorato, cristalli sfaccettati, pietre dure, tutti elementi raccordati mirabilmente insieme su un'anima lignea. Dell'autore del San Prisco di Nocera, Saverio Manzone, figlio di Francesco, un altro argentiere napoletano, si hanno notizie documentate dal 1747 sino al 1778; si sa che continuò a lavorare al busto di San Sabino di Canosa, commissionato al padre, dal principe Capece Minutolo ed a lui si attribuiscono sia la statua di Sant'Antonio da Padova nella Chiesa Maggiore di Montemoroni sia il reliquiario (datato al 1747) tuttora nel Convento di Santa Chiara.

Lo schema iconografico, la plastica del modellato e la ricchezza del panneggio avvicinano la scultura di San Prisco al busto del San Paolino conservato nella Cattedrale di Nola, opera di Andrea de Blasio e realizzato nell'anno 1741; affinità inoltre, sono rintracciabili nel San Felice Vescovo realizzato da Giacinto Buonacquisto (1729), sempre nel Tesoro della Cattedrale di Nola. Ma il particolare della veduta della città di Nocera sotto la mano sinistra protettrice, riecheggia la Sant'Irene della Cappella di San Gennaro, nel Duomo di Napoli, opera dell'argentiere Carlo Schisano; nonostante, tale scultura fosse stata approntata nel 1733, come testimoniano i bolli del consoli, fu consegnata quasi trent'anni dopo, nel 1760. Il particolare della città si ritrova anche nel coevo Sant'Emidio opera di Domenico de Angelis sempre nella Cappella di San Gennaro, anche se l'allusione alla città è resa in maniera più "monu-

mentale" e non a volo d'uccello. Sono solo alcuni degli esempi più vicini al nostro esemplare ma è indubbio che in moltissimi paesi dell'Italia Meridionale si conservino busti in argento del santo patrono. Nella Chiesa di San Giovanni Battista ad Anagni, dove si è preservato un cospicuo numero di argenti sacri, troviamo il bellissimo busto di San Giovanni Battista, opera di Nicola Avitabile (1719) che è stato messo in rapporto con l'omonima scultura di Lorenzo Vaccaro nella Cappella del Tesoro di San Gennaro nel Duomo di Napoli. Al 1771, anno di realizzazione del busto nocerino si data anche l'ostensorio con l'allegoria della Fede utilizzata quale nodo figurato del fusto che potrebbe essere identificato, sia pur in via ipotetica e tutta da verificare, con la "bellissima ... sfera d'argento" commissionata dal vescovo Sanfelice. L'architetto Margaret Bico, nell'esame di tutta la documentazione d'archivio relativa alla *rifazione* del complesso intero della Cattedrale, riferisce che il vescovo Volpe, prima della sua scomparsa, avvenuta nel gennaio del 1768, fece dono alla chiesa nocerina di alcuni mobili personali, venduti dal Capitolo per 228 ducati e che il suo successore, Benedetto Maria dei Monti Sanfelice, li spese "nella formazione di una bellissima... sfera d'argento" che sostituì quella più antica. L'ultima notazione in merito al busto del santo patrono nocerino concerne invece la croce reliquiaria pettorale sul busto del Santo Patrono, possiamo affermare che è realizzata in cristalli molati di ametiste e topazio centrale, montati su argento, contornati da cristalli sfaccettati. Nella parte posteriore, al centro si apre una piccola teca circolare che un tempo doveva contenere reliquie del Santo. Un anello occultato da un cristallo bianco raccorda il fastoso terminale con ametista centrale alla croce e la rende particolarmente preziosa.

È molto verosimile che la croce reliquiaria non sia coeva al busto (1771) ma si tratti piuttosto di un rifacimento moderno forse realizzato nel Ventesimo secolo, su un modello settecentesco, ben attestato in Italia; un confronto molto vicino almeno per ambiti geografici potrebbe essere quello con la croce sulla statua di San Celso a Pozzuoli databile intorno alla metà del XVIII secolo, opera di maestranze siciliane.

Tuttavia, bisogna sottolineare che la croce puteolana risulta più elaborata per la ricca cornice in oro traforato, lungo i bracci.

Ma spostandoci più al nord, sicuramente più vicina alla nostra, per linee stilistiche appare quella presente nella Curia Arcivescovile di Gorizia, inviata nel 1753 dall'imperatrice Maria Teresa d'Austria a Carlo Michele d'Attems, primo arcivescovo di Gorizia.

## Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

### La VII Conferenza Nazionale dell'Avvocatura.

#### PREMESSO

a) Che l'avvocatura è impegnata con costanza e lealtà nella difesa dei diritti dei cittadini e, particolarmente, della giustizia, quale fondamento della pace sociale, valore previsto e garantito dalla Carta Costituzionale;

b) Che in tale ottica tutte le componenti dell'avvocatura si sono costantemente impegnate a collaborare con il legislatore e l'esecutivo con lo scopo di individuare le iniziative atte a modernizzare il sistema ordinistico e adeguare l'agibilità della macchina giudiziaria nella direzione del recupero dell'efficienza, dell'economicità e dell'agibilità;

c) Che, in funzione di tale obiettivo e della individuazione delle proposte da formularsi ai poteri esecutivo e legislativo, è stata indetta la conferenza nazionale;

d) Che l'avvocatura italiana, nel corso dei lavori del 25 e 26 novembre, ha preso atto dei reiterati attacchi alla centralità della giustizia nell'organizzazione sociale, concretizzatisi anche mediante la limitazione della libertà e indipendenza dell'esercizio della professione legale;

e) Che, tuttavia, ha espresso nuovamente la ferma volontà di confronto con l'esecutivo e le forze politiche, nonché di leale collaborazione ai fini dell'adozione delle misure, anche legislative, atte allo scopo;

#### PRESO ATTO

1) Della mancata convocazione da parte del nuovo esecutivo dei vertici dell'avvocatura per procedere all'esame dello stato attuale della giustizia e l'analisi dei provvedimenti da adottarsi;

2) Della necessità che tale confronto sia immediato al fine di adottare i provvedimenti più urgenti;

3) Della dichiarata condivisione delle posizioni dell'avvocatura, qui espressa dai rappresentanti di tutte le forze politiche;

#### CHIEDE

a) Al Capo dello Stato, quale supremo garante della Costituzione, il quale in occasione del XXX Congresso nazionale forense di Genova ha scritto che: "L'avvocatura costituisce una componente peculiare dello Stato di diritto perché a essa spetta l'insostituibile funzione di assicurare una efficace tutela dei diritti fondamentali della persona", per impedire l'adozione di provvedimenti che si pongano in contrasto con i principi della Carta Costituzionale, del Trattato di Lisbona e della Carta dei Diritti dell'Uomo a tutela della libertà dei cittadini e dell'indipendenza dell'avvocatura,

che esercita una attività che costituisce professione intellettuale e non attività di impresa o mercantile;

b) Al Presidente del Consiglio, al Ministro della Giustizia e ai Presidenti di Camera e Senato di convocare *ad horas* l'avvocatura italiana, rappresentata dalle componenti nazionali istituzionali, politiche e associative;

c) All'Oua, al CNF e alla Cassa di Previdenza di insistere perché si instauri con il nuovo governo un immediato e serrato confronto sui temi di cui innanzi e di assumere, in mancanza di riscontro alle sollecitazioni di cui sopra, legittime iniziative di protesta, con invito a tutti gli iscritti agli Ordini, esercenti funzioni di VPO, giudici di pace, GOT, giudici tributari, componenti dei consigli giudiziari a rinunciare all'esercizio delle funzioni;

d) Di attuare su tutto il territorio nazionale uno stato di agitazione a tempo indeterminato con manifestazioni pubbliche, locali e nazionali, e mediante la indizione di tutte le legittime forme di protesta, anche le più dure e radicali, per la mancata considerazione della giustizia e della difesa come un diritto dei cittadini;

e) Di convocare un congresso straordinario dell'avvocatura all'esito delle suindicate istanze.

Roma 26 novembre 2011

### Modifiche apportate al Codice Deontologico Forense a seguito dell'entrata in vigore dell'Istituto della Mediazione/Conciliazione.

#### Articolo 55 bis. Mediazione.

L'avvocato che svolga la funzione di mediatore deve rispettare gli obblighi dettati dalla normativa in materia e le previsioni del regolamento dell'organismo di mediazione, nei limiti in cui dette previsioni non contrastino con quelle del presente codice.

I. L'avvocato non deve assumere la funzione di mediatore in difetto di adeguata competenza.

II. Non può assumere la funzione di mediatore l'avvocato:

a) Che abbia in corso o abbia avuto negli ultimi due anni rapporti professionali con una delle parti;

b) Quando una delle parti sia assistita o sia stata assistita negli ultimi due anni da professionista di lui socio o con lui associato ovvero che eserciti negli stessi locali.

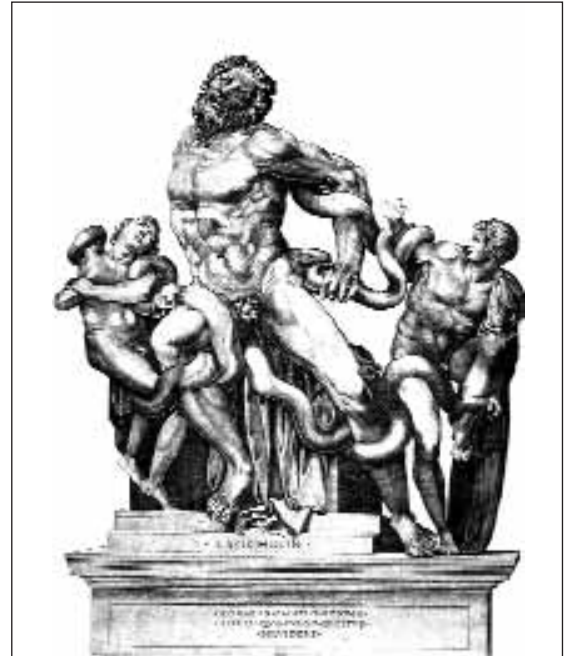
In ogni caso costituisce condizione ostativa all'assunzione dell'incarico di mediatore la ricorrenza di una delle ipotesi di cui all'articolo 815, comma

1, del Codice di procedura civile.  
 III. L'avvocato che ha svolto l'incarico di mediatore non può intrattenere rapporti professionali con una delle parti:  
 a) Se non siano decorsi almeno due anni dalla definizione del procedimento;  
 b) Se l'oggetto dell'attività non sia diverso da quello del procedimento stesso.  
 Il divieto si estende ai professionisti soci, associati ovvero che esercitano negli stessi locali.  
 IV. È fatto divieto all'avvocato consentire che l'organismo di mediazione abbia sede, a qualsiasi titolo, presso il suo studio o che quest'ultimo abbia sede presso l'organismo di mediazione.

**Articolo 16. Doveri di evitare incompatibilità.**  
 Modifica del canone I nel senso che segue (in corsivo la modifica apportata):  
 L'avvocato non deve porre in essere attività commerciale o comunque attività incompatibile con i doveri di indipendenza e di decoro della professione forense.

**Articolo 54. Rapporti con arbitri e consulenti tecnici.**  
 Modifica dell'articolo 54 nel senso che segue (in corsivo la modifica apportata):

**Articolo 54. Rapporti con arbitri, conciliatori,**



**mediatori e consulenti tecnici.**

L'avvocato deve ispirare il proprio rapporto con gli arbitri, conciliatori, mediatori e consulenti tecnici a correttezza e lealtà nel rispetto delle reciproche funzioni.

**STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)**

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totale
CASSAZIONISTI	158	6	0	0	164
AVVOCATI	1236	8	6	1	1251
<b>TOTALE</b>	<b>1394</b>	<b>14</b>	<b>6</b>	<b>1</b>	<b>1415</b>

PRAT. SEMPLICI	243
PRAT. ABILITATI	422
<b>TOTALE</b>	<b>665</b>

CASSAZ. E AVVOCATI	1415
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	665
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>2080</b>

**STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)**

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totale M • F
CASSAZIONISTI	137 • 21	5 • 1	0 • 0	0 • 0	142 • 22
AVVOCATI	606 • 630	2 • 6	5 • 1	0 • 1	613 • 638
<b>TOTALE</b>	<b>743 • 651</b>	<b>7 • 7</b>	<b>5 • 1</b>	<b>0 • 1</b>	<b>755 • 660</b>

	M • F
PRAT. SEMPLICI	97 • 146
PRAT. ABILITATI	172 • 250
<b>TOTALE</b>	<b>269 • 396</b>

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	755 • 660
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	269 • 396
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>1024 • 1056</b>