

# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO IX NUMERO 3  
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

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



**EDITORIALE**  
**L'Avvocato, oggi**

**VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA**  
**La Toga d'Onore**

**CONTRIBUTI DAI COLLEGHI**  
**Ammissione**  
**al patrocinio penale**  
**dei non abbienti**

**HISTORIA ET ANTIQUITATES**  
**Il calice argenteo di Angri**

**NOTIZIE DAL CONSIGLIO**  
**Rateazione di contributi**  
**già iscritti a ruolo**

## **Periodico Quadrimestrale 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

Maria Grazia Coppola

Francesca Del Grosso

Renato Diodato

Vincenza Esposito

Raffaele Fasolino

Alfredo Franco

Annarita Marrazzo

Emiliana Matrone

Francesco Ricciardi

Eleonora Stefanelli

Michele Tibaldi

### **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

### **In copertina:**

Pagani, Chiesa della Madonna del Carmine  
detta delle galline, particolare della facciata  
Foto archivio Altrastampa

Realizzazione Editoriale

**Altrastampa Edizioni**

cell. 338.7133797

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

© 2012 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2012 Testi

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

# s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Emiliana Matrone</i> Il nuovo rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti	24
<b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b> <i>la redazione</i> La Toga d'Onore	6	<i>Francesco Ricciardi</i> Limiti di operatività dello <i>stare decisis</i> nel nostro ordinamento giuridico: principio di diritto e diritto vivente	26
<i>Gennaro Rescigno e Mattia Faiella</i> Il ricordo di Gennaro Corvino	8	<i>Francesco Ricciardi</i> La responsabilità da cose in custodia, con particolare riguardo ai beni della Pubblica Amministrazione	29
<b>GIURISPRUDENZA</b> <i>Maria Coppola</i> Correttezza e collaborazione tra gli uffici: sui ricorsi proposti ad organo diverso da quello competente, ma appartenente alla stessa amministrazione	10	<i>Eleonora Stefanelli</i> La disciplina giuridica dei servizi pubblici locali	32
<i>Maria Grazia Coppola</i> La scuola non è responsabile se il bambino scivola e cade sui gradini d'ingresso dell'edificio scolastico	10	<b>CONTRIBUTI DAI COLLEGGI</b> <i>Francesca Del Grosso e Vincenza Esposito</i> Buone prassi nell'istituto dell'ammissione al patrocinio penale dei non abbienti	37
<i>Mariella Orlando</i> Donazione: operazione non elusiva	12	<i>Rino Carpinelli</i> Spigolando. I peccati dell'avvocato	41
<i>Giuseppina Romano</i> Pronunciata l'ordinanza di ammissione al rito abbreviato condizionato, non si torna più indietro	12	<i>Raffaele Fasolino</i> Il pungiglione	42
<i>Michele Tipaldi</i> Brevi note sulla pronuncia adottata dalla Corte Costituzionale sull'istituto della mediazione	15	<b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b> <i>Alfredo Franco</i> Tra fede e rappresentazione di ceto: sui committenti del calice argenteo di Angri	44
<b>DOTTRINA</b> <i>Barbara Barbato</i> I licenziamenti individuali dopo la riforma Fornero	17	<b>SOTTO LALENTE</b> <i>Renato Diodato</i> La nuova parcella degli Avvocati e i parametri per la liquidazione	46
<i>Annarita Marrazzo</i> Il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano del concordato preventivo nel dibattito giurisprudenziale	22	<b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b> <i>la redazione</i> Le notifiche a mezzo PEC	47
		Brevi dalla Cassa Forense	47
		Statistiche iscritti	48

## Editoriale di Luigi Ciancio

### L'Avvocato, oggi.

Il XXXI Congresso Nazionale Forense, celebrato a Bari nel decorso mese di novembre, ha posto al centro del dibattito l'Avvocato quale soggetto insostituibile per l'attuazione concreta della Giustizia nella società moderna. Egli ha la funzione indispensabile di garantire al cittadino la tutela dei suoi diritti in ogni sede.

È stata quindi ribadita l'importanza della funzione di una professione che, oggi più che mai, ha bisogno di essere salvaguardata dagli sconsiderati attacchi di chi vuole attentare alla sua libera autonomia.

In assenza di principi cardine volti ad orientare il ruolo dell'Avvocatura nell'immediato futuro, si impone la necessità di una rapida approvazione della riforma dell'Ordinamento Forense, da troppo tempo bloccata dinanzi alle Camere.

L'urgenza di fissare alcune regole precise per l'accesso alla professione si impone per la salvaguardia dell'Avvocatura assediata dal proliferare di mestieranti e da orde di laureati i quali, in attesa di migliori traguardi, si iscrivono agli albi professionali senza aver mai fatto un minimo di pratica o frequentato aule di udienza.

È invece solo con l'insegnamento pratico che si acquisisce il "mestiere". L'applicazione quotidiana dei principi normativi, la frequenza assidua delle aule giudiziarie laddove si riscontrano le reali capacità di apprendimento dell'arte forense sono elementi essenziali per la formazione del giovane Avvocato.

Il quale non deve dimenticare che quella dell'Avvocato è una professione ammantata sempre da un clima di diffidenza che rende estremamente difficili i rapporti con gli altri.

Con i clienti ancor di più, quasi che tutti i problemi del sistema giudiziario venissero causati dagli Avvocati. Un lungo rinvio di una causa: è colpa dell'Avvocato perché è un poco "lento".

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

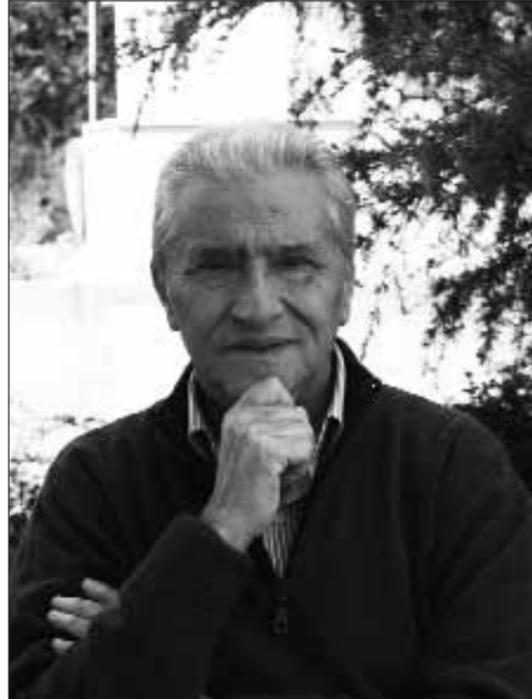
Emerge una falsa rappresentazione dell'Avvocatura che va combattuta con estrema lucidità da chi interpreta l'attività professionale con perseverante serietà, bandendo le approssimazioni ed ancor più quelli che per mestiere tendono a deformare la verità delle cose.

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

Le esibizioni demagogiche appartengono a chi ha vista corta e l'animo afflitto da gelosie incontenibili. Il prestigio dell'Avvocatura va ribadito ancor più ove si pensi che il sistema giudiziario è in una fase di grave crisi, ad onta di quanto affermato dal politico di turno che tende a minimizzare tutto senza preoccuparsi di individuare la causale di quanto accade ed a ricercare la soluzione necessaria.

Ben venga la riforma purché in essa non difettino le più elementari necessità quotidiane, la certezza della pena, la concreta attuazione del giusto processo.

Una riforma che faccia recuperare credibilità ed autorevolezza alla Giustizia ed all'Avvocatura; un'Avvocatura che sappia sempre essere in linea coi tempi moderni.



Allegoria della Giustizia,  
Roma, Città del Vaticano,  
Stanza della Segnatura.

# Voci dal Palazzo di Giustizia

la redazione

## La Toga d'Onore.

L'Avvocatura dell'agro nocerino sarnese si è ritrovata il 6 ottobre scorso presso l'aula "Biblioteca" del Palazzo di Giustizia, per l'assegnazione della Toga d'Onore "Paolo Caruso" all'avvocato Carmela Bonaduce - figlia d'arte, infatti il padre Francesco è Consigliere dell'Ordine e avvocato penalista di lungo corso. Il neo avvocato Carmela Bonaduce ha riportato il miglior risultato nella sessione di esame di avvocato del 2010.

È stata, inoltre, consegnata la borsa di studio "Tessa Guerra" all'avvocato Francesco Ricciardi, miglior classificato al Corso "Michele Ciarlo" di preparazione all'esame di avvocato. La cerimonia si è svolta alla presenza del dottor Matteo Casale, Presidente della Corte di Appello di Salerno e di una vasta platea di avvocati e cittadini.

Hanno consegnato gli ambiti premi la signora Brunella Sarno, vedova del compianto collega Paolo Caruso ed i figli del collega prematuramente scomparso per mano della malavita organizzata 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: Diego De Pascale, Emilio Giglio, Paolo Laperuta, Donata Miano e Giovanni Ragosta.

*Di seguito riportiamo gli interventi del Presidente Aniello Cosimato e dei premiati avvocati Carmela Bonaduce e Francesco Ricciardi.*

Signore, Signori, Colleghi, Colleghe, eccellentissimo Presidente dottore Matteo Casale, celebriamo oggi questa importante manifestazione che costituisce un riconoscimento tributato dal Consiglio al primo classificato nella sessione d'esame 2010 di abilitazione alla professione forense. Oggi, il Consiglio, interprete dei sentimenti della Classe Forense del Circondario, si stringe intorno alla giovane collega Carmela Bonaduce che dopo avere espletato con assiduità il biennio di pratica sotto la guida di suo padre, il nostro carissimo Franco, è riuscita ad ottenere un così splendido risultato costituito da dedizione, sacrifici, passione e impegno, fatto di serietà e precisione nella condotta professionale.

Queste cerimonie, oltre a rappresentare il suggerimento per il nostro grande amore per la professione forense, rappresentano momenti di riflessione per noi tutti e sulla stessa avvocatura che può, anzi deve, adeguarsi ai tempi, ma non è suscettibile di cambiamenti radicali, soprattutto non può essere colpita da provvedimenti in grado di snaturarne la funzione sempre ispirata ai valori della

indipendenza.

Oggi come per il passato si deve essere avvocati più che sentirsi avvocati, ovvero professionisti rispettosi dell'ordinamento e delle altrui funzioni e soprattutto delle proprie ai quali tutti devono deferenza. Avvocati significa anche essere uomini aperti al dialogo ed al confronto costruttivo ed in grado di potere isolare chi indegnamente indossa la toga, simbolo su cui gravitano doveri ed obblighi, ed espressione di quella dignità che l'avvocato è chiamato a tutelare.

Chi dell'Avvocatura ha autentica consapevolezza, sa bene che non potrà mai separare impegno tecnico e lealtà professionale dalla passione civile.

Quando si premia un giovane un doveroso pensiero deve andare anche al *dominus* che gli ha fornito i necessari insegnamenti non solo di giurisprudenza ma anche deontologici e di condotta di vita, oggi pertanto il festeggiato è anche Franco Bonaduce che può andare fiero di sua figlia così come il Consiglio è orgoglioso di entrambi.

Orgoglioso di Franco Bonaduce per il suo costante e prezioso impegno nell'ambito del Consiglio dell'Ordine e in seno al Consiglio Giudiziario del Distretto di Salerno, di Carmela Bonaduce per la sua preparazione e per i suoi comportamenti ispirati sempre al massimo decoro.

Questa cerimonia si presenta diversa dagli anni scorsi per i tanti legami che congiungono i festeggiati e gli "assenti" ma sempre presenti.

Oggi, infatti, a Carmela Bonaduce sarà consegnata dalla signora Brunella Sarno la Toga d'Onore dedicata alla memoria dell'avvocato Paolo Caruso, prematuramente scomparso ed il cui ricordo è sempre vivo nella mente di chi lo ha conosciuto come uomo corretto e penalista tenace e soprattutto di chi gli era amico come tanti di noi.

Quel Paolo Caruso praticante di Marcello Torre con cui Franco Bonaduce ha vissuto momenti intensi ed esaltanti di vita professionale.

Oggi, inoltre, inizia un nuovo Corso di preparazione all'esame di avvocato dedicato alla memoria di un altro giovane avvocato prematuramente scomparso Michele Ciarlo legato professionalmente a Franco Bonaduce.

Con il Corso il Consiglio intende fornire ai praticanti i necessari strumenti per affrontare con sufficiente tranquillità l'esame di abilitazione, e devo con soddisfazione affermare che la media dei promossi dei nostri iscritti, è sempre più alta rispetto a quella del Distretto di Corte di Appello segno che il Consiglio ha operato bene e che soprattutto i praticanti si sono impegnati a dovere.

È presente oggi anche la figlia della signora Alessandra Guerra, vedova del caro Michele



Ciarlo e sorella della indimenticabile Tessa, che consegnerà al dottore Ricciardi, primo classificato al corso precedente, un buono di mille euro per l'acquisto di testi giuridici, premio questo intitolato alla memoria proprio della compianta collega Tessa Guerra che è stata Consigliere dell'Ordine nel biennio 2000/2001.

Ora la signora Brunella Sarno consegnerà alla collega Carmela Bonaduce la Toga d'Onore.

Ora la figlia della signora Alessandra Guerra consegnerà al dottore Ricciardi il premio per l'acquisto di testi giuridici.

A chiusura di questa breve e sobria cerimonia voglio ricordare i nostri carissimi colleghi e carissimi amici di recente scomparsi, tutti prematuramente, di tutti ricordo la serietà e la preparazione professionale adeguata ai ritmi ai quali ci costringono i nostri legislatori.

Di Paolo Laperuta ricordo la compostezza ed il gran senso dell'ironia pronto a sorridere di sé stesso e degli altri, ma anche l'affetto che nutriva per i propri figli che seguiva e guidava amorevolmente in ogni occasione.

Di Donata Miano, Emilio Giglio, Diego De Pascale e Giovanni Ragosta sottratti a questa vita da un male inesorabile, ricordo lo spirito dei forti con cui consapevolmente e stoicamente hanno affrontato la malattia che minava il proprio fisico. Loro non sono andati via, rappresentano una parte di noi tutti, fanno parte dei nostri ricordi e della nostra stessa esistenza, invito tutti, a chiusura di questa cerimonia, ad un generoso e sentito applauso alla loro cara memoria.

## Gli interventi dei premiati.

Il 6 ottobre 2012 è una data che difficilmente potrò dimenticare.

La consegna della Toga d'Onore ha rappresentato senza ombra di dubbio uno dei momenti più importanti ed intensi della mia vita.

Ricevere un premio così prestigioso, di fronte a tante persone che erano venute lì per me, che mi guardavano con orgoglio, che mi rivolgevano parole di stima ed affetto, mi ha riempita di gioia e mi ha ripagata dei tanti sacrifici affrontati negli anni universitari e in quelli *post lauream*.

Molti mi hanno chiesto come si faccia a raggiungere un obiettivo tanto importante. In realtà, io non ho fatto altro che seguire l'insegnamento dei miei genitori che, da sempre, mi hanno detto quanto sia importante lo studio e che mi hanno supportato (e sopportato) nei momenti di avvillimento che, certo, non sono mancati.

Alla fine, se si è determinati - e anche un po' fortunati - arriva il momento di festeggiare, di raccogliere i frutti e di trovare, così, nuovi stimoli per

affrontare un nuovo percorso.

E allora, ricevuto con orgoglio l'onore che il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore ha voluto conferirmi, ringraziai tutti coloro che mi sono sempre stati accanto, non posso fare a meno di guardare avanti e di augurarmi a me stessa di restare una persona curiosa, desiderosa di capire e di conoscere cose sempre nuove e di poter svolgere il mestiere d'avvocato con tutta la dignità ed il decoro che esso richiede.

*Carmela Bonaduce*

Con grande piacere ricevo questo inaspettato riconoscimento. A tale riguardo, non posso che esprimere il mio più sincero ringraziamento al Presidente, ai Consiglieri e ai colleghi dello staff accademico che hanno messo a disposizione il loro tempo e la loro professionalità affinché i futuri avvocati potessero affrontare l'esame con maggiori possibilità di successo. È opinione condivisa che proprio la carenza in sede universitaria di insegnamenti rivolti all'esercizio delle doti della scrittura e, nello specifico, all'apprendimento delle tecniche redazionali degli atti giudiziari, rappresenta un serio ostacolo al superamento della prova ed un *vulnus* alla preparazione di ogni candidato. Risulta pertanto evidente l'utilità di tale corso di preparazione ed approfondimento giuridico, organizzato dal Consiglio nell'ottica di favorire il superamento della selezione, in special modo mediante le numerose opportunità di confronto con avvocati di nota esperienza, dalle quali risulta possibile mutuare metodologie e prassi di analisi e correzioni analoghe a quelle applicate dalle commissioni giudicatrici. Invito, quindi, tutti i neo aspiranti avvocati del Foro ad avvantaggiarsi di questa interessante opportunità.

*Francesco Ricciardi*



In alto.  
Carmela Bonaduce con il  
padre e Brunella Sarno.  
In basso.  
Francesco Ricciardi con  
Anna De Nicola e i figli  
dell'avvocato Ciarlo.



### Il ricordo di Gennaro Corvino

#### Egregio Avvocato Aniello Cosimato

Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

Carissimo Presidente, sicuro di fare una cosa gradita, Vi invio una foto di mio nonno, il professore Gennaro Corvino, venuto a mancare lo scorso 6 ottobre.

Come ho avuto modo di dirvi quando ci siamo incontrati, sarei molto felice ed onorato se trovasse un modo per ricordarlo, anche con un articolo sul giornale del Consiglio dell'Ordine. Sono certo che anche mio nonno sarebbe molto contento, vista la profonda stima e considerazione che nutriva per Voi.

Permettetemi di aggiungere qualche altro piccolo pensiero. Il professore Gennaro Corvino era, parlando con modestia, una persona straordinaria; ma non perché fosse mio nonno, ma per tutto ciò che ha rappresentato. Tutta la sua vita è stata la prova provata di questa sua "straordinarietà": orfano in tenera età di entrambi i genitori ha patito la fame, poi appena diciottenne la seconda guerra mondiale (che lui ha sempre ricordato con tanta tristezza, pur tenendo a sottolineare di non aver mai sparato un solo colpo!), poi i suoi tre grandi amori: la scuola, il giornalismo e la politica, tre passioni che ha coltivato sino alla fine.

Insomma, riprendendo le Vostre stesse parole, 92 anni davvero vissuti in pieno!

Ma mio nonno è stato, soprattutto, una continua sorpresa, giorno dopo giorno. Vi voglio raccontare uno degli ultimi episodi che mi lega a lui. Qualche mese fa, forse avvertendo che si stava avvicinando alla fine dei suoi giorni, mi volle consegnare due suoi diari personali, nei quali ho scoperto, con grande stupore, che annotava ogni giorno tutti i suoi pensieri, anche quelli più intimi. Ebbene tra questi suoi appunti ne ho ritrovato uno relativo al "nostro" mondo forense. Riferendosi al concetto di giustizia e al delicato ruolo del giudice, mio nonno scriveva:

"Anche la giustizia, quella che fanno gli uomini, attenendosi alle leggi, deve essere difesa. Ma anche gli operatori della giustizia devono essere giusti con se stessi e con gli altri, amministrando la giustizia, appunto, con serenità, senza motivazioni faziose, come, purtroppo, accade spesso: perché la giustizia è solo quella di Dio.

L'uomo-giudice se si sforzasse di usare la coscienza, non avremmo tanto male". Parole che, pur potendo apparire banali, a mio avviso nascondono un significato profondo.

Con la certezza che anche Voi lo ricordiate con uguale affetto e stima e scusandomi per avervi sottratto del tempo prezioso, porgo i miei più cordiali saluti.

Avv. Gennaro Rescigno

### Il Professore Corvino

Avrebbe compiuto 92 anni il 17 novembre 2012... quel giovane "maestro, giornalista, politico" (come ha voluto si indicasse sulla sua lapide).

Questo ed altro è stato Gennaro Corvino, il "Professore" Gennaro Corvino, orfano in tenera età e subito obbligato a trovar come mangiare dormendo in un garage.

Uomo democratico ed amante della legalità, nel 1936, a 15 anni, fu accolto in casa dell'avvocato Raffaele Lanzara, cui fece da accompagnatore nei suoi spostamenti presso il Tribunale di Salerno. Proprio durante uno di quei viaggi l'avvocato Lanzara gli inculcò l'antifascismo, apostrofando Re Vittorio Emanuele quale "traditore", per essersi rifiutato di opporsi a Mussolini divenendo servo del regime. Fu assorbito dalla guerra all'età di 19 anni. Albania, Grecia, Balcani, Austria, Germania, Russia, Polonia, campi di concentramento, bucce di patate e tanti morti!

Invitato da emissari fascisti ad unirsi a loro in cambio della libertà. Rifiutò!

Liberato dai Russi, nel 1946 divenne maestro di scuola elementare. Primo stipendio 12mila lire!

L'anno successivo scrisse il suo primo articolo su "Azione Sociale", organo dell'Associazione Cristiana Lavoratori Italiani, divenendo poi corrispondente de "Il Risorgimento".

Col ritorno del giornale "Il Mattino" nelle edicole, con a capo Giovanni Ansaldo, iniziò, il 9 aprile del 1950, la sua sessantennale militanza presso il quotidiano napoletano.

Da allora Gennaro Corvino, nei suoi più di ottomila articoli, ha raccontato, "alla buona - come lui stesso diceva - fatti belli e brutti della sua terra", con passione, tutelando i diritti della gente comune e condannando il malcostume, il sangue, la malavita!

Dal 2010 ha scritto per "La Città", fino a quando, privo di forza, il suo articolo quotidiano è stato l'unica cosa che riuscisse a fare ed a cui non ha mai rinunciato.

"Un bel giorno - racconta nei suoi scritti - il postino mi consegnò un plico. Lo scartocciò e vi trovai una pergamena... di tutto rispetto: il Presidente della Repubblica, Gronchi, mi aveva nominato Cavaliere della Repubblica".

Premi, riconoscimenti, e tanto lavoro per gli

altri... non per se stesso... per gli altri!

Coerentissimo politico e membro della DC ha ricoperto cariche di consigliere comunale, sia di maggioranza che di opposizione, assessoriali, di vicesindaco e di difensore civico. Oggi a Castel San Giorgio tutti "gli chiedono scusa" per avergli negato la candidatura a sindaco, pur facendone le veci di molti. È stato autore di due testi. Il primo, *Giovanni Amendola e Raffaele Lanzara, sei lettere inedite*. Laureato in giurisprudenza, professore di filosofia all'Università, deputato e giornalista il primo; avvocato il secondo. Uno scambio epistolare risalente alla Prima Guerra Mondiale tra due illustri critici del tempo; un passaggio di impressioni tra la nostra terra ed il fronte.

Il secondo... il suo "congedo". *Il Mezzogiorno... nei miei primi novant'anni*. Una commovente autobiografia perfettamente immersa tra la Seconda Guerra Mondiale e le vicissitudini della sua terra. La fame, il lavoro arrangiato... fino ai risultati di cotanti sacrifici. Scuola, giornali, politica... la famiglia... i nipoti... la sua vita!

Si svegliava molto presto il Professore Corvino, perché doveva fare il suo giro di telefonate a chi tra Carabinieri, pronto soccorso, Vigili del fuoco, aveva effettuato il turno notturno, prima del cambio, in modo da avere la notizia fresca e veritiera da inviare al giornale.

Telefonava quotidianamente anche qui in Tribunale; lo sanno bene il Presidente del Consiglio dell'Ordine Aniello Cosimato ed il Procuratore Capo Gianfranco Izzo.

Anche i nostri problemi ha affrontato Gennaro Corvino, dai disagi logistici a quelli sul personale, dalle lungaggini dei giudizi ai fatti legali più clamorosi. Telefonava anche ad alcuni studi legali per rendersi conto delle difficoltà e delle trasformazioni che la nostra professione ha subito nel corso degli anni.

Si è spento il 6 ottobre 2012.

A quante persone, dalla sua postazione, ha riservato quella telefonata con cui, con tanta praticità, apprendeva la notizia?

A quante persone, alzando semplicemente la cornetta, ha dispensato consigli e a quante ancora ha rivolto le sue preghiere da profondo cristiano qual era?

Mancherà a tutti quella telefonata!

Mattia Faiella

# Giurisprudenza

Maria Coppola

## Correttezza e collaborazione tra gli uffici: sui ricorsi proposti ad organo diverso da quello competente, ma appartenente alla stessa amministrazione.

Nota a T.A.R. Campania-Napoli, sezione IV, sentenza 1 agosto 2012 n. 3716.

I ricorsi proposti tempestivamente ad organo diverso da quello competente, ma appartenente alla stessa amministrazione, devono essere trasmessi d'ufficio all'organo competente.

### Atti della P.A. e tutela del cittadino.

È direttamente la nostra Carta Costituzionale, al primo comma dell'articolo 113, a prevedere che avverso gli atti della Pubblica Amministrazione sia sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Il cittadino, tuttavia, potrà scegliere anche una terza forma di tutela - stavolta non giurisdizionale - in via amministrativa: attraverso un procedimento amministrativo e al di fuori di ogni intervento del giudice ordinario o amministrativo, avrà la possibilità, infatti, di "presentare istanza ad una autorità amministrativa perché questa risolva, *ex auctoritate sua*, una controversia insorta nell'ambito del sistema della Pubblica Amministrazione". In questo caso la funzione svolta dall'amministrazione adita, lungi dall'essere di tipo giurisdizionale, sarà un'attività amministrativa "giustiziale", ossia una funzione amministrativa di secondo grado in quanto chiamata a decidere in contraddittorio con le parti interessate, una controversia concreta ed attuale, occasionata da un proprio antecedente atto amministrativo. Può succedere, nell'occasione, che, per errore, il relativo ricorso venga proposto ad organo diverso da quello competente seppure appartenente alla stessa amministrazione: la fattispecie è stata decisa con la sentenza oggi annotata.

### La decisione del T.A.R. Campania-Napoli.

Nella fattispecie in esame la ricorrente aveva impugnato, chiedendone l'annullamento, il provvedimento con il quale il Comune di Napoli dichiarava improcedibile la richiesta di rilascio del permesso di costruire concernente l'installazione di opere di arredo urbano. L'improcedibilità era stata motivata con l'intervenuta presentazione dell'istanza ad un ufficio incompetente dello stesso Comune (precisamente, al Servizio Edilizia

Privata). Il T.A.R. adito ha giustamente accolto il ricorso, dichiarando illegittimo il provvedimento finale di improcedibilità adottato dal Servizio Edilizia Privata sulla scorta delle seguenti motivazioni. La circostanza che il ricorso sia stato presentato ad un ufficio diverso dello stesso Comune non può certamente determinare, in virtù dei fondamentali criteri di correttezza e di leale collaborazione tra gli uffici di una stessa amministrazione, l'improcedibilità della richiesta, ma, semplicemente, l'onere di trasmissione della stessa all'ufficio competente, da parte della stessa amministrazione. Di più. L'articolo 2, comma 3, del D.P.R. n. 1199 del 1971 prevede espressamente che il ricorso presentato ad un organo diverso da quello competente, ma appartenente alla stessa amministrazione, non sia affatto soggetto a dichiarazione di irricevibilità, dovendo, invece, essere trasmesso all'organo competente. È, questo, un principio generale previsto in tema di ricorsi gerarchici, ma valido altresì per ogni ipotesi di istanza presentata alla P.A. Ne è derivata, pertanto, l'illegittimità del provvedimento finale di improcedibilità adottato dal Servizio Edilizia Privata.

Detto ufficio, inoltre, nell'adottare il provvedimento di improcedibilità, aveva riportato anche considerazioni negative, concernenti l'accogliibilità, nel merito, dell'istanza di cui parte ricorrente contestava il fondamento. Trattandosi di richiesta di rilascio di permesso di costruire, si obiettava che, in ogni caso, sarebbe stato necessario acquisire il parere del Servizio Edilizia Privata, che sarebbe stato, quindi, tenuto comunque ad esprimere un parere in ordine al rilascio del richiesto provvedimento di sanatoria. Tuttavia, dovendo l'istanza - per le ragioni appena esplicitate - essere trasmessa al competente ufficio, l'adito T.A.R. ha ritenuto di non poter entrare nel merito delle valutazioni in tale atto effettuate: tale parere, infatti, in quanto atto endoprocedimentale non sarebbe risultato comunque impugnabile.

Maria Grazia Coppola

## La scuola non è responsabile se il bambino scivola e cade sui gradini di ingresso dell'edificio scolastico.

Corte di Cassazione, Sezione Terza Civile, 6 novembre 2012, n. 19160, Presidente Massera, Relatore Amendola.

Fuori dall'edificio scolastico sono i genitori che devono tutelare la salute dei propri figli, considerato che il dovere di vigilanza della scuola inizia con l'ingresso nello stabile o nelle aree inequivocabilmente ad esso collegate.

### Il fatto.

La Terza Sezione Civile della Cassazione con la sentenza n. 19160 ha declinato a due genitori un risarcimento per le consistenti spese mediche sostenute per curare la figlioletta che all'epoca dei fatti frequentava la terza elementare, caduta sui gradini esterni dell'istituto scolastico che frequentava, riportando delle lesioni piuttosto gravi al volto e ai denti.

### Legittimazione passiva.

*In primis*, quanto all'aspetto strettamente processuale, legittimato passivo non è né l'insegnante né la scuola, sebbene dotata di personalità e autonomia nel suo funzionamento, bensì il Ministero della Pubblica Istruzione, in virtù del rapporto di collegamento organico con il personale dipendente.

L'articolo 61, comma 2, della legge 11 luglio 1980, n. 312 esclude in radice la possibilità che gli insegnanti siano direttamente convenuti, salvo rivalsa qualora l'amministrazione sia condannata a risarcire il danno, ove sia dimostrata la sussistenza del dolo o della colpa grave.

### Responsabilità contrattuale dell'istituto scolastico.

In tale tipo di controversie per il risarcimento del danno da c.d. "autolesione", in virtù della natura contrattuale della responsabilità dell'istituto, è applicabile il regime probatorio dell'articolo 1218 Codice civile per il quale l'attore deve provare che il danno si è verificato durante lo svolgimento del rapporto, mentre sul convenuto incombe l'onere di dimostrare che l'evento dannoso è stato determinato da causa non imputabile né alla scuola né all'insegnante.

Più volte la Suprema Corte regolatrice ha ribadito tale indirizzo statuendo che: "nel caso di danno cagionato dall'allievo a se stesso, la responsabilità dell'istituto scolastico e dell'insegnante non ha natura extracontrattuale, bensì contrattuale, atteso che - quanto all'istituto scolastico - l'accoglimento della domanda di iscrizione, con la conseguente ammissione dell'allievo alla scuola, determina l'instaurazione di un vincolo negoziale, dal quale sorge a carico dell'istituto l'obbligazione di vigilare sulla sicurezza e l'incolumità dell'allievo nel tempo in cui questi fruisce della prestazione scolastica in tutte le sue espressioni, anche al fine di evitare che l'allievo procuri danno a se stesso" (Cass. Civ., sezione III, 3 marzo 2010, n. 5067; conf. Cass. Civ., sezione III, 20 aprile 2010, n. 9325).

### Svolgimento e motivi della decisione.

I genitori della bambina avevano fatto causa al Ministero dell'Istruzione ritenendolo unico

responsabile dell'accaduto, in base al rilevamento oggettivo che i gradini della scalinata scolastica fossero instabili e sdruciolevoli ed avevano, inoltre, invocato la responsabilità contrattuale dell'istituto anche nel lasso di tempo in cui avviene l'ingresso nella struttura e gli alunni si trovano sulle scale di accesso facenti parte dell'edificio. Essi si dolevano del fatto che i Giudici di Appello non avessero esteso la nozione di orario scolastico anche alla fase di ingresso nell'edificio, sì che si potesse ritenere sussistente, sin dal momento in cui l'allievo si trovi sulle scale esterne di accesso allo stabile, ovvero in area immediatamente a questo prospiciente, l'obbligo dell'istituto di vigilare sull'incolumità dello scolaro. Eppure, per la Cassazione, le censure formulate sono prive di pregio, in quanto, esclusivamente volte ad anticipare nel tempo la responsabilità contrattuale dell'istituto, ignorando il profilo della responsabilità extracontrattuale del custode, ovvero del genitore. Secondo gli ermellini di Piazzale Clodio la tesi dei genitori non è condivisibile in quanto, per vero, "anticipa l'operatività del vincolo negoziale, e del connesso regime di responsabilità, a un arco spaziale e temporale dai contorni indefiniti, nel quale, per soprammercato, il personale della scuola non ha, a ben vedere, alcuna seria possibilità di esercizio delle funzioni sue proprie". Alla luce di quanto affermato, il ricorso è stato respinto sul presupposto che: "in realtà gli obblighi di sorveglianza e di tutela dell'istituto scattano solo allorché l'allievo si trovi all'interno della struttura, mentre tutto quanto accade prima, per esempio sui gradini di ingresso, può, ricorrendone le condizioni, trovare ristoro attraverso l'attivazione della responsabilità del custode, ex articolo 2051 Codice civile". Ne consegue che sono solo i genitori o chi per essi ad essere responsabili della salute dei propri figli fino a quando i medesimi non sono entrati all'interno dell'edificio scolastico e soprattutto fino al momento in cui hanno inizio le lezioni e i bambini vengono "affidati" alla protezione e custodia del personale docente, salvo, anche in questo caso, la possibilità per tali soggetti di fornire prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto o che l'evento dannoso si è verificato per caso fortuito! Questa sentenza della Cassazione che "scagiona" un istituto scolastico dalla responsabilità per gli incidenti che accadono agli alunni sulle scale dell'edificio, non è la prima. Difatti, la stessa decisione è stata adottata dalla Corte di Appello di Mestre e confermata dalla Cassazione nel 2010 con la sentenza n. 1721 che ha escluso ogni ipotesi di colpa a carico degli insegnanti che stavano accompagnando un bambino all'uscita da scuola. Il fatto che fosse scivolato e avesse picchiato la testa contro un gradino, riportando delle lesioni, andava ricondotto ad

una fatalità che non poteva essere prevista. In definitiva, le probabilità per i genitori di bambini che purtroppo subiscono degli incidenti a scuola di vedersi riconoscere anche un minimo ristoro per le spese mediche sostenute in caso di incidenti gravi, sono molto basse soprattutto se si tratta di risarcimenti per danni accaduti al di fuori delle sedi scolastiche.

*Mariella Orlando*

### **Donazione: operazione non elusiva.**

Corte di Cassazione, sezione tributaria, n. 11357 del 6 luglio 2012.

Con la sentenza n. 11357 del 2012 la Corte ritorna sulla questione della possibile configurazione con finalità ed effetti elusivi in una operazione negoziale.

La questione trae origine dal ricorso presentato dall'Agenzia Finanziaria (Amministrazione Finanziaria e Agenzia delle Entrate) nell'aver ravvisato finalità ed effetti antielusivi nella donazione di un terreno ai figli, che successivamente avevano rivenduto ad una società che cedeva - a sua volta - un appartamento a ciascuno di essi come conguaglio dell'importo. Per tale ragione l'Agenzia Finanziaria richiedeva al donante la plusvalenza imponibile ex articolo 67 TUIR, con conseguente accertamento della maggiore imposta ai fini IRPEF. La possibilità di configurare un abuso degli strumenti giuridici negoziali da parte dei contribuenti, con conseguente inopponibilità al Fisco degli effetti tributari di tale abuso, passa per un accertamento volto a chiarire se la finalità elusiva sia stata essenziale e dunque la ragione economica puramente marginale. La Corte sostiene che la potenzialità elusiva della fattispecie concreta rimessa alla valutazione del giudice si compendia nell'accertamento della predisposizione, da parte del proprietario del terreno, di un frazionamento volto a scorporare le particelle edificabili in data anteriore di pochi giorni alla donazione. Dal risultato dell'indagine condotta dal Fisco si inquadrava un'operazione volta ad eludere le imposte previste. Nello specifico la questione era se "nelle ipotesi di doppio trasferimento di uno stesso immobile, prima a titolo gratuito poi a titolo oneroso, caratterizzato da un previo frazionamento strettamente funzionale alla vendita, nonché dalla mancanza di prova circa il destinatario del pagamento del prezzo, il generale principio di non opponibilità degli atti essenzialmente volti al risparmio fiscale operi per la cessione a titolo gratuito, consentendo l'imputazione della plusvalenza accertata in capo al dante causa in

tale negozio". Ebbene la Corte di Cassazione - confermando quando già disposto nelle sentenze di primo e secondo grado - ha ritenuto che l'intento elusivo dedotto dall'Amministrazione Finanziaria non era stato dimostrato. Infatti risultava accertato che i pagamenti ricevuti dai donatori erano rimasti sempre nella loro disponibilità, mentre la scansione temporale ravvicinata delle diverse operazioni poste in essere non aveva rilevanza probatoria. Non vi erano motivi di dubitare della concreta volontà del donante di beneficiare i propri figli per aiutarli nell'acquisto della propria casa, anticipando gli effetti della successione, con la conseguenza che le ragioni prospettate dall'ufficio non presentavano le necessarie caratteristiche di presunzioni gravi, precise e concordanti. Anche sulla questione circa la destinazione del pagamento del prezzo, la Corte ha respinto l'eccezione formulata dai ricorrenti, stabilendo che non vi è motivo di dubitare della concreta volontà del donante di beneficiare i propri figli per aiutarli a inserirsi e a compiere scelte, quale l'acquisto della prima casa, determinanti per il loro avvenire, anticipando così gli effetti della successione e che i motivi prospettati dall'ufficio non presentavano le caratteristiche della gravità, precisione e concordanza necessaria per configurare la presunzione sulla base della quale l'ufficio stesso aveva effettuato la ripresa a tassazione, fermo restando che in materia tributaria, il divieto di abuso di diritto si traduce in un principio generale antielusivo, il quale preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pure se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici (Cass. S.U. 2008/30055). In conclusione i giudici di Cassazione non ravvedono in questo caso un uso distorto della norma che rende indebito il risparmio fiscale conseguito.

*Giuseppina Romano*

### **Pronunciata l'ordinanza di ammissione al rito abbreviato condizionato, non si torna più indietro.**

Sezioni Unite Penali, Presidente E. Lupo, relatore M. Cassano, sentenza n. 41461/12 del 19 luglio 2012, depositata il 24 ottobre 2012.

L'ordinanza con la quale si ammette l'imputato al

giudizio abbreviato condizionato non può essere revocata neppure se l'integrazione probatoria, cui pure risulta condizionata la scelta del rito speciale, diventa impossibile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte. Un esempio? Quando si rende irreperibile uno dei testimoni le cui dichiarazioni costituiscono la prova dedotta in condizione. Lo stabiliscono le Sezioni Unite Penali della Cassazione nella pronuncia n. 41461/12 del 19 luglio 2012 pubblicata in data 24 ottobre 2012.

Nella sentenza in commento, il Supremo Collegio, dirimendo un potenziale contrasto giurisprudenziale, ha osservato come il vincolo di subordinazione insito nella richiesta condizionata debba ritenersi utilmente assolto con l'instaurazione del rito e l'ammissione della prova sollecitata dall'imputato: non rileva, dunque, l'assunzione effettiva delle ulteriori acquisizioni probatorie. La Corte ha, altresì, precisato come, presentando una richiesta condizionata, l'imputato assuma sin dall'inizio il rischio che l'integrazione probatoria invocata non sia in concreto esperibile, senza per questo vedere leso il suo diritto di difesa, atteso che anche nel caso di retrocessione dal rito alternativo a quello ordinario, egli non potrebbe comunque avvalersi della prova la cui acquisizione è divenuta impossibile.

Nella fattispecie sottoposta al vaglio degli Ermellini, il prevenuto, vice-ispettore della Polizia di Stato, condannato, con sentenza del giugno 2006 emessa all'esito del giudizio abbreviato e confermata dalla Corte Territoriale, alla pena di tre anni e quattro mesi di reclusione per il reato di concussione continuata, censurava, nell'ambito del secondo motivo di doglianza, la mancata revoca del giudizio abbreviato una volta divenuto impossibile procedere all'acquisizione dell'integrazione probatoria richiesta, rilevando che contrariamente a quanto sostenuto dalla Corte Territoriale, la difesa aveva avanzato espressa richiesta di retrocessione dal rito per impossibilità sopravvenuta dell'assunzione della prova.

Il ricorso veniva assegnato alla Sesta Sezione Penale che con ordinanza del 30 marzo 2012 lo rimetteva alle Sezioni Unite rilevando la potenziale insorgenza di un contrasto interpretativo sulla revocabilità o meno dell'ordinanza di ammissione al giudizio abbreviato condizionato ad integrazione probatoria nel caso in cui la condizione, alla quale il rito era subordinato, si riveli non realizzabile per circostanze imprevedibili e sopraggiunte. In proposito, i giudici remittenti osservano come sulla problematica sottoposta, non si registri allo stato attuale alcun contrasto interpretativo, atteso che l'indirizzo esegetico, univoco e costante, della giurisprudenza di legittimità sul

punto è sempre stato nel senso della irrevocabilità dell'ordinanza ammissiva del rito alternativo nel caso in cui l'integrazione probatoria, cui l'imputato abbia subordinato la richiesta, non possa aver luogo per circostanze imprevedibili, ancorché, osserva ancora l'ordinanza di rimessione, si registrino, in alcune isolate pronunce, affermazioni incidentali che sembrerebbero evocare la facoltà del giudice di disporre la retrocessione del rito con il consenso dell'imputato. Ciò costituirebbe espressione del più generale principio - anch'esso pacifico nella giurisprudenza di legittimità - della non revocabilità del giudizio abbreviato, salvo i casi stabiliti espressamente dall'articolo 441 bis c.p.p. Sostengono, tuttavia, i giudici della Sesta Sezione Penale di non poter condividere il principio suesposto stante la imprescindibilità della volontà dell'imputato non solo al momento dell'ammissione del rito ma, altresì, in relazione alla sua prosecuzione nelle condizioni illustrate, in quanto, il fondamento costituzionale del giudizio abbreviato risiede nel quinto comma dell'articolo 111 Cost., il quale autorizza una deroga al principio di formazione della prova nel contraddittorio delle parti proprio sul presupposto che l'imputato vi consenta. Non di meno, osservano ancora, i giudici della Sesta Sezione Penale, la compatibilità del rito abbreviato con i principi sanciti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo è stata riconosciuta dalla Corte di Strasburgo esclusivamente sulla base della spontanea rinuncia dell'imputato alle garanzie del rito ordinario. In tal senso, concludono i giudici remittenti, la subordinazione della volontà di accettare il rito semplificato ad una integrazione probatoria assume natura essenziale e la mancata realizzazione di tale condizione, qualora non addebitabile allo stesso imputato, impedirebbe, in ossequio ai sopra ricordati principi, la prosecuzione del giudizio abbreviato senza il suo consenso, sia esso espresso o tacito.

La lettura prospettata nell'ordinanza di rimessione, ad avviso degli Ermellini, non appare condivisibile. L'ordinamento processuale vigente non contempla la possibilità di revocare il giudizio abbreviato, già ammesso, al di fuori delle ipotesi espressamente regolate dalla legge. Unica disposizione di carattere eccezionale e, come tale, non suscettibile di generalizzazione o di applicazione analogica, è quella dell'articolo 441 bis, comma 4, che prevede la revoca obbligatoria dell'ordinanza, su richiesta dell'imputato, solo in caso di nuove contestazioni formulate dal pm all'esito dell'integrazione probatoria sollecitata dallo stesso imputato o dell'esercizio officioso di tale potere da parte del giudice. Il combinato disposto degli articoli 441 bis, comma 1, 438, comma 5, 441

comma 5, c.p.p. rende quindi evidente che solo in questo caso può determinarsi una regressione del processo alla fase e allo stato in cui si trovava al momento della presentazione della richiesta di giudizio abbreviato. L'irrevocabilità dell'ordinanza, spiega il massimo collegio, non contrasta con i principi generali dell'ordinamento. Nel momento in cui formula la domanda di rito alternativo composto o condizionato, l'imputato accetta l'eventualità che la prova possa non essere assunta per cause che potrebbero determinarsi anche nel giudizio ordinario. In altri termini, come osservato anche da autorevole dottrina, o l'assunzione della prova risulta effettivamente impossibile e, quindi, nessuna lesione del diritto di difesa si verifica perché tale impossibilità connoterebbe anche il giudizio ordinario, oppure la decisione di soprassedere all'assunzione della prova è illegittima e, in quanto tale, sindacabile in sede di gravame ed emendabile con l'assunzione della relativa prova in appello. L'irrevocabilità dell'ordinanza ammissiva del giudizio abbreviato, non contrasta, spiegano le Sezioni Unite, neanche con i principi della Carta Fondamentale. È di tutta evidenza che nel momento in cui formula richiesta di giudizio abbreviato, sia pure condizionata, l'imputato - come contropartita ad una riduzione di pena nel caso di condanna - accetta l'utilizzabilità ai fini della decisione di merito, dell'intero materiale probatorio raccolto nelle indagini preliminari fuori del contraddittorio delle parti. In tale ottica, la violazione dell'articolo 111 Cost. prospettata nell'ordinanza di rimessione è stata ritenuta insussistente, posto che il consenso all'utilizzazione degli atti di indagine ricade nell'ambito delle ipotesi di deroga al principio di formazione della prova di cui al quinto comma dell'articolo 111 Cost., con la conseguente esclusione di ogni contrasto tra la nuova disciplina dell'abbreviato e i principi del giusto processo. Privata di consistenza è stata ritenuta pure la denuncia della presunta violazione dell'articolo 3 Cost., stante la palese eterogeneità - quanto a presupposti e disciplina - dei due moduli processuali posti a confronto e cioè rito ordinario con piene garanzie dibattimentali e rito abbreviato con istituzionale rinuncia dell'imputato alle citate garanzie in cambio di uno sconto di pena. Da parte sua, la Consulta, pur non essendosi mai espressamente pronunciata sulla questione all'attenzione delle Sezioni Unite, ha in più occasioni affermato l'irrilevanza della sopravvenuta impossibilità della prova dedotta in condizione ai fini della corretta instaurazione del rito alternativo.

Questo approdo ermeneutico si armonizza anche con i principi espressi dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo che pur non affrontando ex

professo la questione, ha affermato la complessiva compatibilità della disciplina contenuta negli articoli 438 e ss. c.p.p. con la Convenzione. La domanda di accesso al giudizio abbreviato rappresenta infatti l'espressione di una scelta consapevole e ponderata, caratterizzata dalla volontaria accettazione della riduzione delle garanzie conseguenti all'adesione al rito speciale in cambio di una consistente riduzione della pena in caso di condanna. L'instaurazione del giudizio abbreviato comporta più rilevanti limiti al diritto del pubblico ministero di appellare le sentenze di condanna. Tali innegabili vantaggi giustificano una attenuazione delle garanzie processuali.

Nel caso in commento, all'udienza preliminare celebrata dinanzi al GUP del Tribunale di Catania veniva formulata richiesta di ammissione al rito abbreviato condizionato ad integrazione probatoria e, segnatamente all'escussione di due testimoni. Il GUP respingeva l'istanza di integrazione probatoria osservando che O. e R. avevano reso ampie ed esaurienti dichiarazioni in sede di indagini preliminari, che la difesa non aveva precisato le circostanze in merito alle quali si rendeva necessario il loro ulteriore esame e che, pertanto, l'integrazione probatoria richiesta non appariva necessaria ai fini della decisione. Introdotta la fase dibattimentale, la difesa reiterava la richiesta di giudizio abbreviato subordinandola all'integrazione probatoria costituita dall'assunzione delle dichiarazioni dei due sopraindicati testimoni. In tale sede, si precisava, altresì, da parte della difesa che, nel caso di irreperibilità dei testimoni, si sarebbe dovuti ritornare "all'attività ordinaria". Alla successiva udienza l'imputato e il suo difensore venivano resi edotti della circostanza che era stata effettuata con esito positivo la citazione di uno soltanto dei testimoni, essendo l'altro irreperibile. Preso atto di ciò la difesa, premesso che detta irreperibilità incideva sulla condizione cui era stata subordinata la richiesta, non affermava di voler proseguire il giudizio nelle forme ordinarie, revocando così la domanda di rito semplificato ma, ferma restando la richiesta già inoltrata, si limitava a formulare rilievi circa la inutilizzabilità delle sommarie informazioni rese dal teste diventato irreperibile. Tale ultimo rilievo risulta completamente avulso dal paradigma del rito abbreviato condizionato. Da una analisi letterale dell'articolo 438, comma 5, c.p.p. si evince chiaramente che la scelta del rito alternativo può essere subordinata solo ed esclusivamente ad una integrazione probatoria, sia essa una testimonianza, un documento o una perizia, ma non certamente alla condizione sospensiva del riconoscimento della inutilizzabilità di una prova acquisita in fase investigativa. Sulla base di questi elementi, i giu-

dici della Suprema Corte, pronunciando a Sezioni Unite, hanno ritenuto non meritevoli di accoglimento le censure prospettate dalla difesa, non versandosi, nel caso di specie, in una ipotesi di modifica unilaterale, da parte del giudice, della condizione processuale alla quale l'imputato aveva subordinato l'atto abdicativo.

D'altronde, dicono gli ermellini, presentando una richiesta condizionata - con tutti i vantaggi che ne derivano in termini di pena - l'imputato assume sin dall'inizio il rischio che l'integrazione probatoria invocata non sia in concreto esperibile, senza che ciò possa configurare una lesione del diritto di difesa di cui dolersi in sede di gravame, atteso che, anche nel caso di retrocessione dal rito alternativo a quello ordinario, egli non potrebbe comunque avvalersi della prova la cui acquisizione è divenuta impossibile.

Michele Tipaldi

### Brevi note sulla pronuncia adottata dalla Corte Costituzionale sull'istituto della mediazione.

Nota a Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2012, n. 272.

La recente riforma del processo civile, al fine di ridurre il notevole carico giudiziario, ha favorito la diffusione della cultura della mediazione ed il ricorso a strumenti di risoluzione alternativa delle controversie. Il 23 ottobre 2012 si è tenuta l'udienza pubblica in occasione della quale la Consulta si è pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale sollevata in merito all'obbligatorietà della mediazione. Si tratta di una sentenza che ha tenuto col fiato sospeso gli operatori del diritto, in quanto dalla decisione sulla riforma della mediazione ad opera dei giudici della Corte Costituzionale dipende la vanificazione o valorizzazione degli sforzi profusi da professionisti, imprenditori e tutti coloro che hanno investito nel creare enti ed organismi dove poter svolgere l'attività di formazione e di mediazione e anche di tutti coloro che sono diventati mediatori sostenendo determinate spese e frequentando dei corsi specifici. La Corte Costituzionale, con la sentenza in rassegna, ha bocciato la mediazione obbligatoria nelle controversie civili e commerciali. La scure del Giudice delle leggi si è abbattuta su coloro che hanno investito nella mediazione, suscitando un vespaio di polemiche da parte dei soggetti summenzionati. La sentenza emessa dalla Consulta è destinata, senza dubbio, a diventare una vera e propria pietra miliare in tema di mediazione. Nel

dibattito scientifico italiano, la sentenza del 6 dicembre 2012, n. 272, ha costituito l'occasione per tornare a discutere dell'istituto della mediazione, gettando benzina sul fuoco appiccato dal comunicato diramato dall'ufficio stampa della Corte Costituzionale. Ci sono sicuramente più profili da distinguere e da disaminare: procediamo con ordine. È bene, innanzitutto, precisare che la parte del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28 (che ha introdotto nell'ordinamento l'istituto in esame) dichiarata illegittima, è quella che prevede il carattere obbligatorio della mediazione. Il decreto in rassegna (in attuazione della delega contenuta nella legge n. 69/2009), ha individuato per la conciliazione in materia civile e commerciale un doppio binario: da un lato, sono state dettate norme dalla cui lettera si evince il carattere facoltativo del tentativo di conciliazione, dall'altro, è stata disegnata una disciplina che dipinge tale tentativo come condizione di procedibilità per l'eventuale futura azione giudiziaria. La riforma in commento prevede che chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale, sempre che si tratti di diritti disponibili. La conciliazione diventa condizione di procedibilità per presentare la domanda giudiziale in un'ampia gamma di materie. Nelle materie oggetto di tentativo obbligatorio di conciliazione, la causa è improcedibile, ma non improponibile, ciò comporta che la domanda giudiziale, in mancanza del tentativo di conciliazione, può essere presentata comunque, ma la parte interessata dovrà eccepire l'improcedibilità, a pena di decadenza nel primo atto difensivo. Il giudice può rilevare in ogni caso l'improcedibilità non oltre la prima udienza. Dunque la causa è improcedibile sia nel caso di eccezione tempestiva della parte, sia di rilievo d'ufficio del giudice. Il secondo elemento di riflessione è rappresentato dalla motivazione offerta dall'Autorità giudiziaria: per eccesso di delega legislativa. Si legge proprio nella sentenza, la "legge delega, tra i principi e criteri direttivi di cui all'articolo 60, comma 3, non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione finalizzata alla conciliazione". In dottrina, è stato osservato che: "La lacuna testuale della legge delega era evidente anche se si immaginavano soluzioni ermeneutiche orientate anche dal percorso comunitario segnato dalla direttiva che consente l'adozione di strumenti conciliativi obbligatori (sulla base di quanto deliberato da ciascuno Stato membro)". È bene precisare che la disciplina del procedimento di formazione del decreto legislativo è contenuto nell'articolo 14 della legge n. 400 del 1988: il decreto legislativo va deliberato dal Governo entro il termine fissato dalla legge di



delega e va presentato almeno venti giorni prima della scadenza di detto termine al Presidente della Repubblica, il quale provvederà all'emanazione. Si chiama legge delega una legge approvata dal Parlamento, che delega il Governo ad esercitare la funzione legislativa su di un determinato oggetto. L'atto con forza di legge emanato dal Governo, in base alla legge di delega, è denominato decreto legislativo. Se l'esecutivo non rispetta la legge di delegazione, cioè i criteri direttivi ed i principi stabiliti in essa, si ha il cd. eccesso di delega che, se sottoposto al giudizio della Corte Costituzionale, ne comporta la dichiarazione di illegittimità nella parte che ecceda la delega. Nel caso in esame, l'articolo 60 della legge delega n. 69/2009, in attuazione della direttiva europea 52/2008, non contemplava l'obbligatorietà della mediazione, ma il Governo emanò lo stesso il decreto legislativo n. 28/2010 prevedendone, appunto, l'obbligatorietà. Le motivazioni a cui la Corte è giunta sono, orbene, da ricercarsi "nell'eccesso di delega" da parte del Governo. Si è trattato di un "errore formale" da parte dell'esecutivo, risolvibile eventualmente attraverso la formulazione di un decreto legge da convertirsi in legge oppure mediante una legge ad hoc. È da sottolineare il fatto che la decisione adottata non disattende l'istituto della mediazione in sé, ma sindaca la condotta propria del Governo, che ha evaso il dettato normativo. La Corte, orbene, non valuta la legittimità costituzionale dell'istituto in sé, ma si limita ad affermare che i paletti fissati dalla Carta Costituzionale non erano stati rispettati. Sembrano vanificate le "speranze" riposte dalla dottrina circa la possibilità che la Consulta faccia chiarezza "nei punti oscuri della novella legge". Un altro esempio offerto circa la ritrosia della Consulta a pronunciarsi su questioni difficili e delicate riguarda il riconoscimento della sufficienza di un coefficiente numerico per la valutazione delle prove di esame, intervenuto dopo un iter lungo e burrascoso. In ogni caso, le sentenze adottate dalla Corte Costituzionale non sono impugnabili. Infatti, ai sensi dell'articolo 137 Cost., comma 3, "Contro le decisioni della Corte Costituzionale non è ammessa alcuna impugnazione". Oltre alla Corte Costituzionale sarà investita della questione della mediazione anche la Corte di Giustizia e sarà chiamata a pronunciarsi anche sulla compatibilità del sistema sanzionatorio con

la direttiva di riferimento "e viene ora da scommettere che la mediazione obbligatoria come congegnata, non supererà neppure il vaglio del giudice europeo". Proprio con riferimento alla normativa europea, è bene precisare, che il carattere obbligatorio della mediazione non può trovare fondamento neanche nella disciplina normativa comunitaria. Osservano ciò le parti costitutesi (20 dicembre 2011) nel giudizio di legittimità costituzionale; si legge nel corpo della sentenza, "La previsione dell'articolo 5 del decreto legislativo n. 28 del 2010, pertanto, non troverebbe aderenza non solo nel contesto normativo nazionale, ma anche in quello comunitario". Da tenere in debita considerazione è anche il fatto che non siano più previste per chi non partecipa al procedimento di mediazione sanzioni pecuniarie, mentre rimane l'obbligo di avviso, da parte del legale, di informare dell'esistenza dell'istituto, non riferendo ovviamente più l'ipotesi di conciliazione obbligatoria. Il Consiglio Nazionale Forense ha mostrato soddisfazione nei confronti dell'atteggiamento di chiusura dall'autorità giudiziaria. Tale presa di posizione è stata diramata mediante un comunicato stampa pubblicato il giorno stesso di quello relativo alla decisione (24 ottobre 2012). Il CNF ha, infatti, mostrato non poche perplessità nei confronti della mediazione: "non solo rendeva oltremodo difficoltoso l'accesso alla giustizia da parte dei cittadini; ma era una previsione anomala con riguardo alla natura propria di un istituto che risulta tanto più efficace quanto basato sulla reale volontà delle parti". Ad avviso dello scrivente, la decisione entra a gamba tesa nell'istituto in esame, svuotandolo di significato. Nonostante il trend positivo delineato dai dati forniti dal Ministero della Giustizia, l'istituto della mediazione perderà smalto, dato che è rimasto orfano del carattere dell'obbligatorietà: è destinato a crollare su se stesso. In ogni caso, appare necessario decongestionare i tribunali, prevedendo degli istituti procedurali più snelli ed efficaci. Indubbiamente, è fondamentale correre ai ripari, abbreviando i tempi di celebrazione dei processi e cercando di ridurre il più possibile il gap rispetto alla media europea. La bocciatura, infine, non deve tradursi in un punto d'arrivo, bensì di partenza: bisogna rimboccare le maniche, affinché i cittadini riescano ad ottenere giustizia in tempi congrui.

## Dottrina

Barbara Barbato

### I licenziamenti individuali dopo la riforma Fornero.

Il 27 giugno 2012, il Parlamento ha approvato la legge di "riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita" presentata dal Ministro del Lavoro, Elsa Fornero, con la quale sono state modificate, rispetto alla vigente normativa, numerosi aspetti del rapporto di lavoro, attinenti alle forme contrattuali c.d. flessibili, agli ammortizzatori sociali, ai licenziamenti individuali e collettivi, alle dimissioni. Comprensibilmente, non stupisce che la parte della riforma più discussa sia quella che ha modificato la disciplina dei licenziamenti, andando ad incidere su un regime di garanzie a tutela dei lavoratori che persisteva immutato da oltre 40 anni. Infatti, il tema del licenziamento individuale per motivi economici è da anni al centro di un incessante dibattito sulle politiche regolative del lavoro ed anche in questi mesi ha assunto un ruolo centrale nella discussione sulla riforma proposta dal Governo Monti, sulla base delle affermate necessità di adeguamento del nostro ordinamento al quadro europeo. La riforma mira a creare maggiore flessibilità in uscita, sul presupposto che il mercato del lavoro italiano sia caratterizzato da una eccessiva rigidità rispetto alle esigenze del contesto attuale e, più in generale, rispetto ai mercati di altri paesi. Da qui tutta una serie di interventi in tema di licenziamenti individuali (in particolare sull'articolo 18 Statuto Lavoratori), licenziamenti collettivi, dimissioni e risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, ammortizzatori sociali, rito del lavoro. Quando si parla di "flessibilità in uscita" si intende soprattutto fare riferimento alla possibilità per il datore di lavoro di sopportare minori vincoli nella scelta di ridurre il personale, per fare fronte a situazioni di difficoltà o alla necessità di apportare modifiche all'organizzazione del lavoro. Tale "flessibilità in uscita" si sviluppa, poi, nella forma giuridica dei licenziamenti individuali per motivi economici, che possono poi essere individuati nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo (articolo 3, legge n. 604 del 1966). Quello che stupisce maggiormente, però, è che l'obiettivo del legislatore è stato conseguito non attraverso la modifica delle ragioni che possono essere poste alla base di un licenziamento, bensì attraverso la modifica del regime di tutela applicabile nel caso in cui il giudice si pronunci per l'ingiustificatezza del licenziamento. In altre parole, il legislatore con tale riforma è intervenuto non sulla disciplina sostanziale dei licenzia-

menti (eccetto la modifica processuale prevista nei commi da 47 a 66 dell'articolo 1), ma su quella sanzionatoria, attenuando le conseguenze di un licenziamento invalido, contenuta nel comma 42 dell'articolo 1 che riforma pressoché integralmente l'articolo 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300 introducendo, con i commi dal quarto al settimo, una diversa disciplina e sanzione, rispetto alla disciplina previgente, in tema di licenziamenti illegittimi per difetto di giusta causa e giustificato motivo oggettivo o soggettivo. La legge n. 92/2012, ad ogni buon conto, non è intervenuta sul regime giuridico previsto nell'articolo 8 della legge n. 604/1966, ossia la cd. tutela obbligatoria, applicabile in caso di licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo, se comminato da datore di lavoro con meno di 16 dipendenti per unità produttiva. Pertanto, in tali casi, una volta dichiarata l'illegittimità del licenziamento, resta il diritto del datore di lavoro nello scegliere tra la riassunzione del lavoratore, o, in alternativa, la corresponsione di un'indennità risarcitoria compresa tra due e mezzo e sei mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto percepita. Tale indennità può raggiungere le dieci o quattordici mensilità a seconda dell'anzianità di servizio del lavoratore. La riforma Fornero, invece, è intervenuta sul regime di tutela reale, previsto dall'articolo 18 della legge n. 300/1970, applicabile nei casi di licenziamento ingiustificato comminato dai datori di lavoro con più di quindici dipendenti per unità produttiva. Ricordiamo ancora che, prima della citata riforma, in materia di licenziamenti esistevano sostanzialmente due differenti tipi di tutele per il lavoratore ingiustamente licenziato (tutela reale e tutela obbligatoria) la cui applicazione - salvo alcune eccezioni - dipendeva dalle dimensioni occupazionali dell'azienda. Si applicava la tutela reale, che prevedeva il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, nonché il diritto al risarcimento del danno pari alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione (ed in ogni caso non inferiore a cinque mensilità), solo alle aziende che occupavano nello stesso comune un numero di dipendenti superiori a quindici, o complessivamente nelle varie unità produttive più di sessanta prestatori di lavoro, sia nelle ipotesi di licenziamento inefficace che ingiustificato o nullo. Per gli altri datori di lavoro con dimensioni occupazionali inferiori ai quindici dipendenti si applicava la tutela obbligatoria, che prevedeva (in caso di licenziamento illegittimo) soltanto il diritto ad una indennità risarcitoria, fissata dal giudice, tra un minimo di due mensilità e mezzo ed un massimo di sei mensilità. Oggi lo scenario è radicalmente cambiato poiché

il vecchio criterio dimensionale dei quindici (o sessanta dipendenti in più sedi), che fungeva da spartiacque tra le due tutele (reale o obbligatoria), oggi assume rilevanza anche ai fini dell'iter procedurale che l'azienda dovrà adottare in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e la "vecchia" reintegrazione nel posto di lavoro, indipendentemente dalla consistenza numerica aziendale, viene garantita soltanto nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio o ritorsivo.

Alla luce delle modifiche apportate all'articolo 18, attualmente, a seconda del vizio che inficia il licenziamento, è prevista l'applicazione di quattro differenti regimi di tutela per il lavoratore. Si va dalla forma di tutela massima per il lavoratore, consistente nel diritto alla reintegra del lavoratore, compresa la corresponsione di un'indennità risarcitoria che in ogni caso non può essere inferiore a cinque mensilità, alla risoluzione del rapporto di lavoro con diritto del lavoratore ad un'indennità compresa tra sei e dodici mensilità.

**Tutela speciale piena (articolo 18, comma 1 e 2).** Sancisce il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro oltre il risarcimento del danno con una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative. In ogni caso l'indennità non potrà essere inferiore a cinque mensilità. Tale tutela è prevista nei casi di licenziamenti dichiarati illegittimi o nulli.

#### **I.I. Licenziamento comminato per motivi discriminatori.**

Il regime di tutela più completo per il lavoratore è previsto nelle ipotesi di licenziamento nullo.

In particolare, tale regime trova applicazione nei casi di:

- licenziamento nullo perché comminato per motivi discriminatori (ossia per motivi politici, sindacali, religiosi, di razza, di sesso, di lingua);
- licenziamento nullo perché comminato in concomitanza di matrimonio (l'articolo 35 del decreto legislativo n. 198/2006, il Codice delle pari opportunità tra uomo e donna, dispone la nullità del licenziamento comminato a causa di matrimonio, e si presume che il recesso sia causato da ciò quando viene comunicato dal momento della richiesta di pubblicazioni del matrimonio fino ad un anno dopo la celebrazione dello stesso);
- licenziamento nullo perché comminato in contrasto con i divieti posti dalla legge a tutela della paternità o maternità (articolo 54 del decreto legislativo n. 151/2001, ad esempio licenziamento

comminato nel periodo di gravidanza e fino ad un anno di vita del bambino, licenziamento comminato in occasione della richiesta o della fruizione del congedo parentale, in occasione della malattia del bambino);

- licenziamento nullo nelle altre ipotesi previste dalla legge;
- licenziamento determinato da motivo illecito, perché in contrasto con norme imperative di legge, ordine pubblico o buon costume, ai sensi dell'articolo 2345 c.c. (ad esempio licenziamento comminato come ritorsione nei confronti del lavoratore che ha promosso un'azione giudiziaria nei confronti del suo datore di lavoro);
- licenziamento inefficace perché privo della forma scritta (in tal caso, l'assenza di forma scritta comporta la nullità del licenziamento e, di conseguenza, la sua inefficacia).

Nei casi sopra descritti, il giudice ordina la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e condanna il datore di lavoro a corrispondere un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto percepita dal lavoratore, dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra. La misura dell'indennità non può essere comunque, inferiore a cinque mensilità e deve essere sottratto l'*aliunde perceptum* da parte del lavoratore. In ogni caso, sono dovuti per il periodo suddetto anche i contributi previdenziali e assistenziali.

Tale regime trova applicazione indipendentemente dal numero di lavoratori occupati presso il datore di lavoro; inoltre trova applicazione anche nel caso di licenziamento di dirigenti. In tutte le altre ipotesi di licenziamenti ingiustificati o inefficaci, previste nell'articolo 18, gli speciali regimi di tutela dei lavoratori saranno applicabili, invece, solo se tali licenziamenti risultino comminati da datori di lavoro, imprenditori o non imprenditori, con più di quindici dipendenti per unità produttiva (i criteri di calcolo delle dimensioni dell'impresa non sono stati modificati rispetto alla disciplina precedente).

#### **Tutela reintegratoria attenuata (articolo 18, comma 4 e 7).**

Prevede il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro oltre il risarcimento del danno con una indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto eventualmente percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione. In ogni caso l'indennità non potrà essere superiore a dodici

mensilità. Tale tutela è prevista nei casi in cui il giudice accerti che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa secondo quanto previsto dai CCNL o dai codici disciplinari applicabili. Il giudice applica la medesima disciplina anche quando accerta il difetto di giustificazione del licenziamento intimato per motivo oggettivo consistente nella inidoneità fisica o psichica del lavoratore o per violazione dell'articolo 2110 c.c., relativamente al periodo di comportamento. Inoltre, può applicare tale tutela anche nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

#### **I.II. Licenziamento comminato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo.**

Le ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo rientrano nella categoria del cd. licenziamento disciplinare, in quanto si tratta di ipotesi di recesso del datore di lavoro causate da comportamenti inadempienti del lavoratore. Tali forme di licenziamento devono essere comminate nel rispetto della procedura disciplinare prevista nell'articolo 7 della legge n. 300/1970, e se prima della riforma costituivano il tipico caso in cui nell'ipotesi di ingiustificatezza davano luogo all'applicazione della tutela reale, adesso la situazione è cambiata.

Nelle ipotesi in cui il giudice ritiene insussistente il fatto addotto dal datore di lavoro alla base del licenziamento, o nel caso in cui ritiene che il fatto doveva essere punibile con una sanzione di carattere conservativo sulla base di quanto stabilito dai contratti collettivi o dal codice disciplinare, ordina la reintegra del lavoratore e condanna il datore di lavoro alla corresponsione di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto percepita, dal giorno del licenziamento a quello della effettiva reintegrazione. Da tale somma deve essere detratto l'*aliunde perceptum* (quanto il lavoratore ha percepito come frutto di altra attività lavorativa eventualmente svolta) e l'*aliunde percipiendum* (ossia quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire se avesse cercato con diligenza un'altra occupazione). Ciò vuol dire, dunque, che incombe sul lavoratore l'onere di dimostrare di aver fatto il possibile per trovare una nuova occupazione. In ogni caso, l'indennità risarcitoria non può superare le 12 mensilità della retribuzione globale di fatto: tale disposizione favorisce il datore di lavoro in quanto, in caso di durata eccessiva del processo, il tempo

gioca a sfavore del lavoratore. Ad ogni modo i tempi di decisione delle cause di impugnativa di licenziamenti dovrebbero essere drasticamente ridotti, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo rito speciale accelerato introdotto dall'articolo 1, commi 47-69 della legge n. 92/2012.

Infine, è prevista anche la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali per lo stesso periodo di tempo. Negli altri casi in cui il giudice ritiene non sussistenti la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento (ad esempio si può ipotizzare che tale caso si verifichi nell'ipotesi di intempestività del licenziamento in quanto indice di uno scarso interesse del datore di lavoro nella comminatoria della sanzione espulsiva), il rapporto di lavoro si risolve, ma al lavoratore viene riconosciuta un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità, tenuto conto dell'anzianità del lavoratore, del numero dei lavoratori occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti (si tratta degli stessi parametri previsti nell'articolo 8 della legge n. 604/1966). In altre parole, sembra giusto far refluire nella disciplina di cui al comma 5 alcuni vizi (quali l'intempestività della contestazione disciplinare), che prima venivano considerati come vizi del procedimento disciplinare di cui all'articolo 7, in quanto questi ultimi, se riscontrati dal giudice, danno luogo solo alla corresponsione di un'indennità tra sei e dodici mensilità, secondo il comma 6.

#### **Tutela meramente obbligatoria (articolo 18, comma 5 e 7).**

Essa non rimuove gli effetti del licenziamento poiché non prevede la reintegra, ma attribuisce solo il diritto al pagamento di una indennità risarcitoria tra dodici e ventiquattro mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione ad alcuni criteri indicati dalla legge (anzianità lavorativa, numero dei dipendenti occupati in azienda, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti). Essendo confermata la cessazione del rapporto di lavoro non è previsto alcun diritto sul piano previdenziale (in questo caso, a differenza di quella in cui opera la reintegrazione, il lavoratore avrà però diritto a conservare i benefici di reddito e copertura contributiva collegati all'indennità di disoccupazione; egualmente, rimarranno fermi i pagamenti del preavviso e del TFR, quali conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro). Questa tutela (residuale) si applica nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo e della

giusta causa adottati dal datore di lavoro, nonché nelle altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo (ipotesi diverse da quelle del comma 4 che prevede l'insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa). Ciò ad esempio può accadere quando il fatto contestato o il motivo indicato sussiste ma non giustifica il licenziamento.

### **I.III. Licenziamento comminato per giustificato motivo oggettivo.**

L'articolo 3 della legge n. 604/1966 dispone che il licenziamento può essere comminato, previo preavviso, "per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"; si tratta del cd. giustificato motivo oggettivo, ossia essenzialmente del licenziamento comminato per motivi economici. Il regime da applicare nel caso di annullamento del licenziamento per assenza del motivo economico costituisce la principale modifica apportata dalla legge n. 92/2012 all'articolo 18 della legge n. 300/1970.

Partendo dal presupposto che la riforma si prefigge di garantire una maggiore flessibilità in uscita dal lavoro, per spronare i datori di lavoro ad assumere, creando così una maggiore occupazione e maggiore produzione, è evidente che il principale intervento sull'articolo 18 riguardasse proprio i casi di licenziamento comminati per ragioni di tipo economico, fornendo sostanzialmente ai datori di lavoro la possibilità di licenziare i propri lavoratori per fronteggiare crisi economiche che richiedono una contrazione dell'organico o anche solo una riorganizzazione della produzione. La maggiore novità consiste, dunque, nella circostanza che le ipotesi che prima rientravano nella cd. stabilità reale, oggi sono trasigrate prevalentemente nei casi in cui viene sancita la risoluzione del rapporto di lavoro.

Sostanzialmente, anche se il datore di lavoro ha più di 15 dipendenti, nel caso in cui il licenziamento comminato per motivi economici risulterà ingiustificato, si avrà comunque la risoluzione del rapporto di lavoro, laddove prima era garantita la reintegra. Più precisamente:

- Se il giudice rileva che il motivo economico addotto dal datore di lavoro alla base del licenziamento è manifestamente insussistente (si ritiene che in tale ipotesi rientrino gli accertamenti relativi allo svolgimento dei fatti: la ragione aziendale posta dal datore di lavoro alla base del licenziamento, il nesso di causalità tra il problema economico aziendale e il posto di lavoro del lavoratore da licenziare, l'impossibilità di collocare il lavoratore con altre mansioni o in altre unità operative

dell'azienda stessa, ecc.), può trovare applicazione il regime di cui all'articolo 18, comma 4, ossia la reintegrazione del lavoratore, insieme alla condanna del datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra, detratto quanto il lavoratore ha guadagnato o quanto avrebbe potuto guadagnare usando la normale diligenza per trovare un altro posto di lavoro, e comunque fino ad un massimo di dodici mensilità e con tutte le altre conseguenze di legge sopra ricordate:

- in tutti gli altri casi in cui il giudice rileva l'insussistenza del motivo economico (che sostanzialmente attengono alla valutazione giuridica dell'idoneità dei motivi adottati dal datore di lavoro alla base del licenziamento), si ha la risoluzione del rapporto di lavoro con diritto del lavoratore dell'indennità risarcitoria tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità commisurate all'ultima retribuzione globale di fatto percepita. I criteri per il computo dell'indennità sono quelli di cui al comma 4, ed inoltre, il giudice deve tener conto del comportamento assunto dalle parti nell'ambito del procedimento preventivo di conciliazione di cui all'articolo 7 della legge n. 604/1966, e dei tentativi del lavoratore di trovare una nuova occupazione;

- inoltre, costituiscono casi di obbligatoria reintegra con applicazione del regime di cui al comma 4, le ipotesi in cui il giudice rileva l'insussistenza del superamento del periodo di comportamento per malattia e infortunio o il difetto di idoneità fisica o psichica del lavoratore posti a base del licenziamento (tale disposizione vale anche per i casi in cui la sopravvenuta idoneità venga accertata con la speciale procedura di cui alla legge n. 68/1999 per i lavoratori disabili).

Dunque, tali casi sono espressamente qualificati dal legislatore come giustificato motivo oggettivo di recesso (laddove prima c'erano posizioni oscillanti in dottrina e in giurisprudenza in quanto tali ipotesi venivano ricondotte alla risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione: la risoluzione era legittima qualora il datore di lavoro non aveva più interesse a ricevere la prestazione lavorativa, considerata la durata prevedibile dell'impedimento).

La riduzione di tutela del lavoratore licenziato per motivi economici (riduzione che si è verificata a danno di dipendenti di imprese con più di 15 unità lavorative), è in parte compensata dalla previsione di una procedura preventiva di natura amministrativa che il datore di lavoro deve obbligatoriamente attivare prima di licenziare il lavoratore per tali motivi.

L'articolo 1, comma 40, della legge n. 92/2012, infatti, ha modificato l'articolo 7 della legge n. 604/1966 (dove prima era prevista una procedura conciliativa attivabile dal lavoratore dopo il licenziamento), prevedendo che il datore di lavoro deve comunicare alla Direzione territoriale del lavoro, e per conoscenza al lavoratore, la sua intenzione di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del lavoratore e "indicare i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato". Si ritiene che tale procedura debba essere applicata anche nelle ipotesi in cui il datore di lavoro ha intenzione di procedere al licenziamento per inidoneità fisica o psichica del lavoratore, in quanto potrebbe essere utile per trovare un nuovo collocamento del lavoratore all'interno dell'azienda, mentre si esclude che possa valere per il caso di superamento del periodo di comporta.

Successivamente, la Direzione territoriale del lavoro comunica entro 7 giorni, al lavoratore e al datore di lavoro il giorno della convocazione di essi dinanzi alla Commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 c.p.c.

Durante la procedura dinanzi alla Commissione provinciale di conciliazione le parti possono farsi assistere da un sindacalista, da un avvocato o da un consulente del lavoro. La procedura ha lo scopo di trovare soluzioni alternative al recesso e dura 20 giorni dal momento in cui viene comunicata la data della convocazione, salvo proroghe volute da entrambi le parti. Se la conciliazione non riesce, e comunque trascorso il termine di 20 giorni, il datore di lavoro può procedere al licenziamento. Si ritiene che il datore possa procedere al licenziamento anche nel caso in cui la Direzione territoriale del lavoro non proceda a fissare la convocazione entro sette giorni dalla comunicazione del datore di lavoro. Nel caso in cui la conciliazione riesce e si è pervenuti ad una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro il lavoratore può accedere all'Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI). In ogni caso il comportamento tenuto dalle parti davanti alla Commissione provinciale di conciliazione verrà valutato dal giudice nel calcolo dell'indennità di cui all'articolo 18, comma 7, legge n. 300/1970. A tal proposito, si ritiene non opportuno che il datore di lavoro, nel corso della procedura conciliativa subordini l'accordo con il lavoratore alla rinuncia da parte di quest'ultimo di ogni ulteriore pretesa riguardo all'intercorso rapporto di lavoro, in quanto il mancato accordo sarà da ascrivere interamente al datore. È importante ricordare che ai sensi dell'articolo 1, comma 41, della legge n. 92/2012, prevede che nel caso di

licenziamento comminato a seguito della procedura disciplinare prevista nell'articolo 7 della legge n. 300/1970, o della procedura preventiva di cui all'articolo 7 della legge n. 604/1966, il licenziamento decorre in modo retroattivo, dal momento della comunicazione dell'avvio di tali procedure, fatto salvo il periodo di preavviso, o la corrispondente indennità sostitutiva del preavviso. Ciò significa che le prestazioni lavorative rese dal lavoratore, dopo la comunicazione dell'avvio della procedura e prima del licenziamento sono da ascrivere al periodo di preavviso.

### **Tutela obbligatoria ridotta (articolo 18, comma 6).**

La tutela obbligatoria "ridotta", prevista dal comma 6, consiste in un'indennità variabile tra sei e dodici mensilità della retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro. Tale regime sanziona il vizio formale di carenza di motivazione e quelli di inosservanza degli obblighi procedurali previsti per il licenziamento disciplinare e per il giustificato motivo oggettivo.

### **I.IV. Licenziamento comminato in presenza di vizi formali.**

Il comma 6 dell'articolo 18 della legge n. 300/1970 ha disciplinato il caso in cui il licenziamento risulti comminato in modo irregolare per:

- inosservanza dell'articolo 2, comma 2, della legge n. 604/1966, ossia nel caso del licenziamento inefficace per mancata comunicazione dei motivi (a differenza del licenziamento inefficace perché non comunicato in forma scritta che è sottoposto al regime previsto nel comma 1);

- vizio commesso nella procedura disciplinare ex articolo 7 della legge n. 300/1970;

- vizio commesso nella procedura di cui all'articolo 7 della legge n. 604/1966.

In tali casi trova applicazione il regime della risoluzione del rapporto di lavoro, con diritto del lavoratore a ricevere un'indennità risarcitoria compresa tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità della ultima retribuzione globale di fatto. Le ipotesi di mancata comunicazione scritta dei motivi e di violazione del procedimento disciplinare, nella precedente disciplina venivano sanzionate con la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro, perché considerate, comunque, ipotesi di licenziamento ingiustificato, soprattutto alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 398 del 1994. Ovviamente tale disposizione trova applicazione, qualora, previa apposita domanda del lavoratore, il giudice non abbia anche rilevato nella fattispecie una ingiusti-

ficatezza del licenziamento, nel qual caso trovano applicazione i diversi regimi sanzionatori previsti per il licenziamento discriminatorio/per giusta causa/giustificato motivo.

Da un'attenta lettura della riforma Fornero si evince che la manomissione e lo svuotamento dell'articolo 18 rappresenta, palesemente, il disegno organico di ulteriore precarizzazione del mondo del lavoro, soprattutto perché da oggi i lavoratori vivranno drammaticamente il rischio di perdere il posto di lavoro, senza neanche esser messi nelle condizioni di sapere se, potenzialmente, quel posto di lavoro, qualora illegittimamente venuto meno, gli potrà essere restituito, per decisione del giudice. Dall'altro canto alle imprese viene data la possibilità di scegliere la motivazione che rende più agevole la possibilità di licenziare, in ossequio alle proprie esigenze e bisogni economici per una migliore gestione dell'organico.

La reintegra da regola che era, diventa dunque eccezione, caso "estremo e improbabile".

Ovviamente tali dubbi interpretativi saranno soltanto fonti di contenziosi e di conseguenza di costi aggiuntivi per le aziende, lasciando presumibilmente consistenti margini di discrezionalità ai giudici nelle decisioni.

Annarita Marrazzo

### Il controllo giudiziale sulla fattibilità del piano del concordato preventivo nel dibattito giurisprudenziale.

L'accentuata natura privatistica del concordato preventivo, enunciata nella relazione al decreto correttivo n. 169 del 2007, ha mostrato un'intento *legis* volta ad esaltare il profilo contrattuale del concordato preventivo, fondato su un accordo intercorso tra debitore e maggioranza ponderale dei creditori.

Il trend del legislatore è quello di ridurre la presenza del giudice nella gestione delle procedure di crisi di impresa, per consentirgli compiti decisionali sui conflitti in una posizione di terzietà rispetto ai contendenti.

Nel senso della connotazione privatistica della interpretazione delle procedure di concordato preventivo, si è espressa la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza del 23 giugno 2011 n. 13817, laddove, ribadendo l'assenza di un potere di controllo *ex officio* sul contenuto della proposta e sul piano concordatario in capo al tribunale, ha affermato espressamente "che tale potere appartiene solo ai creditori e che, peraltro, in tale prospettiva interpretativa, il tribunale non potrebbe neppure avvalersi degli elementi risultanti dalle

indagini svolte dal commissario giudiziale, giacché l'apparato conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale non è destinato al giudice, ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell'esperto attentatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione".

Dunque viene negata la fattibilità come presupposto di ammissibilità del concordato preventivo. Di conseguenza il tribunale è privato della legittimazione di valutare il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori; solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale può intervenire risolvendo il contrasto con valutazione di merito. Si ritiene, quindi, che la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale. La fattibilità esce dal cono visivo del giudice, ma entra prepotentemente in quello del commissario giudiziale<sup>1</sup>; infatti il commissario ha il compito di offrire ai creditori una lettura indipendente della prospettiva di adempimento, e ciò al fine di consentire ai creditori di ponderare le conseguenze del voto<sup>2</sup>. Ebbene, con tale pronuncia, la Corte, ha confermato una "concezione ultraprivatistica" del concordato preventivo in nome dell'accentuazione del carattere contrattuale e negoziale dell'istituto in esame<sup>3</sup>.

Tuttavia vi sono una serie di norme della novella che sembrano espressive di un accresciuto potere del tribunale di controllo sul merito del piano concordatario. Si riportano, a titolo esemplificativo, talune evidenze numerative che possono rilevare ai fini dell'analisi della materia.

Nel caso di concordato preventivo con riserva, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163, il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni (articolo 161, comma 7); senonché, per autorizzare gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, non vi è dubbio che il tribunale debba entrare nel merito della gestione della società: com'è dunque possibile che possa farlo esercitando unicamente un controllo di legittimità<sup>4</sup>? Ancora, nel caso di concordato preventivo con continuità aziendale, l'articolo 186 bis, comma 6, legge fallimentare, prevede che "se nel corso della procedura l'esercizio dell'attività cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173". Si tratta, all'evidenza, di un penetrante controllo giudiziale di merito, attraverso l'attivazione officiosa del meccanismo di revoca dell'intero concordato.

Supponiamo che in sede di omologazione, il commissario giudiziale ritiene che manchino le risorse per pagare i creditori privilegiati. Il tribunale potrebbe, in questa circostanza, omologare il concordato? È chiaro che manca la fattibilità.

Dunque potrebbe il tribunale, in quest'ultima ipotesi, limitarsi a controllare la regolarità formale della procedura e, dunque, l'intervenuta approvazione da parte dei creditori chirografari?

Il tribunale dovrebbe valutare l'adeguatezza della proposta del debitore e lasciare alla valutazione dei creditori solo la convenienza economica della proposta?

Sul punto è già intervenuta la Corte che con sentenza n. 21860 del 25 ottobre 2010, ha affermato il principio secondo cui "In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 169 del 2007, che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della legge fallimentare, articoli 162 e 163, ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione possa corrispondere alla funzione, che le è propria di fornire elementi di valutazione ai creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alla condizioni di cui alla legge fallimentare, articolo 180<sup>5</sup>. Tale principio è stato pienamente condiviso dalla sentenza della Cass. Civ., sezione I del 23 giugno 2011, n. 13817. La Cassazione, trattando della questione della revoca del concordato preventivo ex articolo 173 legge fallimentare, ha posto sullo stesso livello il giudizio di fattibilità e il giudizio di convenienza, affermando e ribadendo che il controllo sulla fattibilità, quale cognizione di merito, deve intendersi interdetto al tribunale, che è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta... in quanto tale potere appartiene solo ai creditori che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un

giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile nella fase in esame. Il Tribunale di Novara, pronunciandosi in materia di concordato preventivo, ha affermato che "In sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, al tribunale non compete il sindacato su un accertamento della veridicità dei dati aziendali essendo tale valutazione, unitamente a quella di fattibilità del piano, riservata al professionista attentatore".

Il Tribunale di Latina il 18 ottobre 2012, pronunciandosi anch'esso in materia di concordato preventivo, non ha ritenuto condivisibili le affermazioni della Suprema Corte in tema di limiti del potere di controllo del tribunale in sede di giudizio di ammissione ex articoli 162 e 163 legge fallimentare e di omologazione del concordato. Ha statuito che "Se è vero che nella regolazione dell'insolvenza e della crisi d'impresa intervengono, unitamente agli interessi privatistici dei creditori, anche rilevanti interessi pubblicistici dello Stato alla risoluzione corretta ed ordinata dell'insolvenza, anche attraverso il ricorso a soluzioni negoziali rimesse all'autonomia privata del debitore e dei creditori, allora è necessario riconoscere al tribunale, già in sede di giudizio di ammissione al concordato, un potere interdittivo in ordine alla verifica di fattibilità giuridica ed economica del piano, così da fare in modo che siano sottoposte alla volontà negoziale dei creditori solo quelle proposte concordatarie dotate di plausibilità giuridica ed economica e tali da consentire ai creditori una corretta valutazione della convenienza". Quindi il ceto creditorio può esprimere un corretto e cosciente giudizio di convenienza sulla proposta concordataria soltanto all'esito dell'esercizio, da parte del tribunale, dei poteri di scrutinio e verifica relativi al giudizio di fattibilità del piano<sup>6</sup>.

La verità è che, se per un verso, la volontà del legislatore è stata quella di ridurre il potere di intervento interdittivo del tribunale nella gestione della crisi d'impresa e di privilegiare la volontà negoziale delle parti, tuttavia e per altro verso, tale *voluntas legis* non sembra avere escluso il mantenimento in capo al giudice fallimentare di una potestà di scrutinio, anche nel merito, delle condizioni di ammissibilità della proposta, e dunque, sotto questo peculiare profilo, anche in ordine alla fattibilità del piano che costituisce senza ombra di dubbio, un'altrettanto prevista condizione di ammissibilità della proposta, come si ricava agevolmente dal combinato disposto degli articoli 162, comma 2, e 161 legge fallimentare.

Alcune recenti pronunce della Suprema Corte (Cass. Sent., 15 settembre 2011, n. 18864) ricono-

scono in capo al tribunale un potere di scrutinio del merito della proposta concordataria. Si afferma che "In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione di controllo della regolarità formale della procedura, dovendo, invece, egli intervenire, anche d'ufficio ed in difetto di opposizione ex articolo 180 legge fallimentare, sollevando le eccezioni di merito, quale quella di nullità, ex articolo 1421 c.c.; in particolare, se è vero che l'apprezzamento della realizzabilità della proposta, come mera prognosi di adempimento, compete ai soli creditori, ove sussista, invece, un vero e proprio vizio genetico della causa, accertabile in via preventiva in ragione della totale ed evidente inadeguatezza del piano, non rilevata nella relazione del professionista attestatore, il giudice deve procedere ad un controllo di legittimità sostanziale, trattandosi di vizio non sanabile dal consenso dei creditori e così svolgendo il predetto giudice una funzione di tutela dell'interesse pubblico, evitando forme di abuso del diritto nella utilizzazione impropria della procedura.

All'evidenza, la giurisprudenza di legittimità rivendica, pertanto il potere di controllo in capo al tribunale sul merito della proposta concordataria sotto il profilo della verifica della esistenza di vizi genetici del contratto.

Alla luce di questo dibattito giurisprudenziale la prima Sezione civile della Suprema Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria 15 dicembre 2011, n. 27063, accogliendo finalmente un auspicio formulato da più parti, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per consentirgli di valutare l'opportunità di sottoporre all'esame delle Sezioni Unite alcune questioni in tema di esercizio del potere di sindacato del tribunale nel giudizio di omologazione del concordato preventivo in ordine al profilo della fattibilità, avendo registrato questa problematica un contrasto interpretativo interno alla medesima Prima Sezione<sup>7</sup>.

.....

- 1 S. Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, cit., 100.
- 2 Nella vigente legge fallimentare la parola fattibilità compare una sola volta e cioè all'articolo 161 legge fallimentare a proposito del fatto che un professionista (3) deve attestare in una relazione che il piano è fattibile.
- 3 Secondo alcune opinioni, il controllo di fattibilità non si giustifica nemmeno sotto il profilo della nullità dell'oggetto del contratto. Si sostiene che poiché la nullità è una causa di invalidazione del contratto rilevabile d'ufficio (articolo 1418 c.c.), il tribunale dovrebbe rilevarla e non ammettere il concordato. Tale tesi non appare convincente in quanto l'equiparazione del concetto di fattibilità del piano a quello di possibilità dell'oggetto negoziale non risulta immune da un'oggettiva forzatura.

- 4 Incontro di studio svoltosi presso la Corte di Cassazione, l'11 ottobre 2012, dal titolo "Controllo del Giudice ed autonomia privata nel concordato preventivo e le novità della legge n. 134 del 2012". Intervento di Paolo Vella.
- 5 In dottrina, cfr. Pirruccio, *Limitati i poteri di controllo sulle conclusioni del professionista allegato alla proposta*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 5, p. 91; Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fall.*, 2011, 167; Brescia, *Relazione dell'esperto per l'ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, 361; Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento ed altre procedure concorsuali* diretto da Fauceglia e Panzani, III, Torino, 2009, 1608; Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, 265; Arato, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lg. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. fall.*, 2008, 59; Coen, *Ammissione alla procedura di concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, in *Il concordato preventivo* a cura di Villanacci, Padova, 2010, 45 s.; Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 185; Fauceglia, *Ruolo del Tribunale e concordato preventivo: quando la scelta risiede nel favorire la soluzione della crisi d'impresa*, in *Giur. it.*, 2011, 347 s. e ivi ulteriori richiami di dottrina e di giurisprudenza anche di merito; Pacchi, D'Orazio, Coppola, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare* a cura di Didone, II, Torino, 2009, 1838; Michelotti, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 961; Fauceglia, Rocco Di Torrepadula, *Diritto dell'impresa in crisi*, Bologna, 2010, 330; Schiano Di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 304; Ambrosini, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, ivi, I, 551 ss.; Censoni, *Il concordato preventivo*, in Bonfatti, Censoni, *Le disposizioni correttive e integrative della riforma della legge fallimentare*, Padova, 2008, 78.
- 6 La soluzione interpretativa che, nel concordato preventivo, vorrebbe demandare il giudizio sulla fattibilità del piano esclusivamente al professionista attestatore ed all'approvazione dei creditori comporta il rischio che la maggioranza del ceto creditorio avalli manovre fraudolente o truffaldine dell'imprenditore.
- 7 Il Presidente ha fissato per il 20 novembre 2012 l'udienza in cui le SS.UU. si pronunceranno.

Emiliana Matrone

### Il nuovo rito speciale per l'impugnazione dei licenziamenti.

La recente legge 28 giugno 2012, n. 92 (la cd. riforma Fornero del lavoro) ha introdotto un nuovo rito speciale per le controversie in materia di impugnazione dei licenziamenti. In pratica, si tratta di un nuovo rito "iper-speciale" o "speciale al quadrato" dal momento che inerisce al rito speciale del lavoro. Nell'intento del legislatore del 2012, il nuovo rito, perché connotato da una particolare snellezza, dovrebbe ridurre i tempi del processo e consentire la tutela rapida ed efficace del lavoratore licenziato. Il rito in esame è finalizzato alla celerità, speditezza e concentrazione, caratteristiche proprie del procedimento cautelare, di cui all'articolo 700 c.p.c., la cui ammissibilità è, però, condizionata dalla sussistenza del *periculum in mora* e, quindi, del danno grave e irreparabile in capo al lavoratore.

In realtà, contrariamente alle previsioni del legislatore, l'attuazione delle disposizioni contenute ai commi da 47 a 68 dell'articolo 1 della legge di

riforma in commento contribuisce a complicare non poco l'attività degli avvocati e dei giudici del lavoro, ciò per diversi ordini di ragione e sotto molteplici profili che di seguito si annoverano.

La legge 92/2012, infatti, oltre ad essere frammentaria e lacunosa, risulta di difficile interpretazione, se non addirittura di ardua e finanche oscura interpretazione, sicché, generando situazioni di incertezza, si presta a diventare essa stessa un motivo di lentezza ed appesantimento per la giustizia del lavoro. Ebbene, la nuova procedura trova applicazione per le controversie in materia di licenziamento instaurate successivamente alla data di entrata in vigore della legge di riforma (ossia dal 18 luglio 2012).

Sul punto, al comma 47 dell'articolo 1, la legge letteralmente prevede che il nuovo rito speciale è riservato alle "controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 e successive modifiche, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro".

Pertanto, l'ambito applicativo del nuovo rito deve intendersi circoscritto ai soli licenziamenti cd. in regime di tutela reale. Va da sé che tutte le altre controversie in tema di licenziamento non regolate dal nuovo articolo 18 continuino a rientrare nell'ambito di applicazione del rito speciale del lavoro disciplinato dagli articoli 409 e ss. c.p.c. e, in particolare, dall'articolo 8 della legge 604/1966. Il comma 47 soggiunge che la nuova procedura trova applicazione "anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro". Al momento, però, l'individuazione delle questioni "relative alla qualificazione del rapporto di lavoro" cui si riferisce il comma 47, risulta di oscura interpretazione anche per i giuristi più autorevoli. Pertanto, sul punto è auspicabile un intervento chiarificatore da parte dello stesso legislatore.

Proseguendo nell'analisi delle novità processuali, si evidenzia che il nuovo rito consta di un giudizio di primo grado suddiviso in due fasi:

- una prima fase necessaria, di natura urgente, che si conclude con un'ordinanza del giudice di accoglimento o di rigetto della domanda del lavoratore;
- una seconda fase eventuale, che consegue all'opposizione proposta contro la predetta ordinanza. Con riferimento alla prima fase, la domanda introduttiva si propone con ricorso al tribunale in funzione di giudice del lavoro e i documenti allegati al predetto ricorso vanno depositati in cancelleria in duplice copia.

Una prima novità è che l'atto introduttivo deve essere dotato degli elementi prescritti dall'articolo 125 c.p.c. (non viene richiamato l'articolo 414

c.p.c.). Quindi, a pena d'inammissibilità, siffatto ricorso deve contenere: l'indicazione dell'ufficio giudiziario, le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda, le conclusioni; ancora, la procura alle liti (rilasciata anteriormente alla costituzione in giudizio), la sottoscrizione del difensore, oltre all'indicazione del codice fiscale, del numero di fax e dell'indirizzo di posta elettronica certificata (PEC) di quest'ultimo.

La legge in commento, a questo punto, ha omissis di contemplare le conseguenze nel caso dell'errata scelta del rito.

Allo stato, ad esempio, non è facile dire come debba comportarsi il giudice di fronte ad un'impugnativa di licenziamento proposta secondo i crismi del tradizionale rito del lavoro e, magari, con ricorso ex articolo 414 c.p.c. con aggiunta di richiesta economica accessoria a quella principale di impugnativa del licenziamento. Per dare risposte compiute, dunque, è necessario attendere il formarsi della prassi e l'evolversi degli orientamenti giurisprudenziali.

Una seconda novità è che con il nuovo rito speciale "non possono essere proposte domande diverse da quelle di cui al precedente comma 47, salvo che siano fondate su identici fatti costitutivi". In proposito, sembra che sia "possibile che il ricorrente chieda la declaratoria di illegittimità del licenziamento intimato e, a seconda dei casi, la reintegrazione con risarcimento integrale delle mensilità perdute dal licenziamento alla reintegra, dedotto il solo *aliunde perceptum*, compreso l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, oppure la reintegrazione con un risarcimento massimo di dodici mensilità, dedotti *aliunde perceptum* e *percipiendum*, sempre con versamento integrale dei contributi previdenziali e assistenziali, dedotta la contribuzione accreditata al lavoratore per effetto dello svolgimento di altre attività lavorative, ovvero, ancora, la corresponsione di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva tra le dodici e le ventiquattro, o, in altre ipotesi, tra le sei e le dodici, mensilità" (*Il nuovo rito per l'impugnazione dei licenziamenti* di Andrea Giordano, [www.treccani.it](http://www.treccani.it)).

Ogni altra domanda non inerente al licenziamento (ad esempio, la richiesta di differenti voci retributive, TFR, mancato preavviso e quant'altro) dovrà essere proposta in separata sede secondo il rito del lavoro di cui agli articoli 409 e ss. c.p.c. Sotto questo aspetto, la conseguenza immediata ed ovvia della riforma è il moltiplicarsi dei giudizi. Per contrappasso, secondo la *ratio* del legislatore, si dovrebbe assistere all'accelerazione dell'impugnativa di licenziamento.

In primo luogo, nell'ottica acceleratoria, la legge di riforma riduce i termini processuali di cui agli

articoli 415 e 416 c.p.c. Infatti, una volta depositato il ricorso, "il giudice del licenziamento" fissa con decreto l'udienza non oltre quaranta giorni dal deposito del ricorso (termine ordinatorio), assegnando un termine per la notifica del ricorso e del relativo decreto non inferiore a venticinque giorni dalla data dell'udienza, con termine di costituzione per il convenuto non inferiore a cinque giorni. La riduzione dei termini per notificare, purtroppo, diventa motivo di ulteriore affanno per la parte ricorrente, in quanto non essendo stato previsto un adeguato potenziamento strutturale delle cancellerie e degli uffici di notificazione, è facile immaginare che, da un lato, le cancellerie non saranno in grado di rilasciare al ricorrente in tempi brevi le copie del ricorso da notificare, né, dall'altro lato, gli ufficiali giudiziari riusciranno a perfezionarne la notificazione nel rispetto dei ridotti termini di legge.

Se, per fatalità, la notifica dovesse andare a buon fine, si giunge alla prima udienza, ove il giudice "sentite le parti, ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili" richiesti dalle parti stesse o disposti d'ufficio ai sensi dell'articolo 421 c.p.c.

Del resto, mancando il riferimento all'articolo 420 c.p.c., il giudice non dovrà provvedere all'interrogatorio libero delle parti, all'esperimento del tentativo di conciliazione né alla formulazione della proposta transattiva.

In tale fase, non vi sono riferimenti alle preclusioni processuali per le parti. Purtroppo, per prudenza è consigliabile impostare gli atti difensivi nel modo più completo e puntuale possibile.

Un elemento di novità è, altresì, il provvedimento con il quale il giudice decide il giudizio e cioè l'emissione di ordinanza immediatamente esecutiva, avverso la quale può essere proposta opposizione dinanzi al medesimo tribunale che ha emesso il provvedimento con ricorso ex articolo 414 c.p.c., nel termine di trenta giorni dalla notifica dell'ordinanza o dalla sua comunicazione, se anteriore. Questa seconda fase del giudizio di primo grado dell'impugnativa di licenziamento segue la struttura propria del giudizio del lavoro di cui agli articoli 409 e ss. c.p.c., giacché la legge esplicitamente richiama gli articoli 414 e 416 c.p.c. Avverso la sentenza che decide sul ricorso è ammesso "reclamo" innanzi alla Corte d'Appello, da proporsi con ricorso entro trenta giorni dalla comunicazione, o dalla notificazione, se anteriore. Contro tale sentenza è possibile proporre ricorso per Cassazione entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della stessa, o dalla notificazione se anteriore.

L'intento del legislatore è che la controversia si

possa risolvere con una sola udienza nella prima fase del procedimento di primo grado.

Ma, l'esperienza insegna che la parte soccombente, di fatto, farà sempre opposizione all'ordinanza, con la conseguenza che la riforma del diritto del lavoro del 2012 finisce per aggravare il rito per impugnare il licenziamento con un ulteriore grado, determinando in concreto il passaggio da tre gradi del giudizio a quattro.

Peraltro, per la situazione in cui si trovano molti tribunali e per l'enorme carico delle agende dei magistrati, è impensabile che alle domande proposte in conformità al nuovo rito si possa dedicare "particolari giorni del calendario delle udienze", se non a discapito delle altre cause in materia di lavoro e di previdenza.

In conclusione, le questioni problematiche che discendono dall'attuazione del rito introdotto dalla legge di riforma sembrano essere superiori ai preventivati benefici e, nell'inerzia del legislatore che, in maniera attenta e puntuale, sappia dare certezza giuridica, si dovrà attendere ancora una volta che siano gli operatori giuridici direttamente impegnati sul campo a tracciare in concreto le linee guida.

Francesco Ricciardi

### Limiti di operatività dello *stare decisis* nel nostro ordinamento giuridico: principio di diritto e diritto vivente.

Il principio dello *stare decisis* o del valore vincolante del precedente giudiziale rappresenta un elemento distintivo dei sistemi giuridici di *common law*. Nel Regno Unito le riforme giudiziarie del XIX secolo, che vanno sotto il nome di *Judicature Acts*, privarono lo *jus dicere* delle tradizionali formule di azione (*forms of action*), le quali si tramandavano nella prassi sin dal 1066 d.c. (anno della battaglia di Hastings e dell'invasione normanna), ingrossando l'enorme fiume del *common law*. Alla estrema rigidità processuale delle formule originarie (*writ*/brevi), le quali privarono i giuristi di ogni possibile istanza creativa, subentrò la totale assenza di parametri legali entro cui ricondurre le decisioni<sup>1</sup>. Il correttivo all'uopo elaborato dai giudici inglesi si concretò nell'irrigidimento del criterio del precedente vincolante, pena il trionfo dell'incertezza ed imprevedibilità dei *dicta*. A sostegno di tali iniziative, i seguaci della cd. teoria dichiarativa del precedente giudiziario sostennero che il *common law* non fosse un mero diritto di creazione pretoria (*judge made law*), ma che esso inerisse alla verbalizzazione di una regola di diritto consuetudinario. Con maggior sforzo riassun-

tivo, il giudice inglese affermando il valore vincolante del precedente non creava il diritto, innovando l'ordinamento giuridico, ma si limitava a sussumere e a verbalizzare una regola esistente allo stato amorfo e da tempo immemorabile, rendendola disponibile per future decisioni analoghe (*judge find the law*). La teoria *de qua* è stata oggetto di diversi correttivi (*ex multis, Practice Statement* del 1966) tesi a renderne meno rigida la vincolatività, permettendo una graduale e moderata erosione del monopolio della giurisprudenza rispetto al formante dottrinale e legislativo: ne è derivata una diffusa consolidazione di principi a carattere generale ed un irrobustimento del ruolo della legge, anche nell'ottica di adeguamento al processo di uniformazione giuridica in corso nell'area UE. Parzialmente diversa è stata, invece, la ricezione del *common law* inglese nelle colonie nord americane, solo che si consideri il fatto dell'esistenza di un testo fondamentale scritto, la costituzione federale degli Stati Uniti ed il connesso sistema diffuso di controllo costituzionale (*judicial review*), onde la maggiore attitudine dei giuristi americani al confronto con l'interpretazione di un testo codificato<sup>2</sup>. Attualmente, lo *stare decisis* è ivi considerato quale precipitato dei principi di certezza e prevedibilità del diritto, da contemperare però con le necessarie esigenze di aggiornamento normativo (*overruling* e *dissenting opinions*) specie in quelle materie (es: contratti) dove risulta maggiore l'intensità dei mutamenti sociali. Quanto al nostro ordinamento giuridico, l'esercizio della giurisdizione ordinaria mediante provvedimenti affermativi di "principi di diritto" non afferisce al sistema delle fonti, ma alla diversa materia dell'interpretazione della legge. Ciò si evince, seppur indirettamente, dall'esame contestuale delle norme costituzionali disciplinanti gli atti normativi primari, nonché dal tassativo catalogo contenuto nell'articolo 1 disp. prel. c.c. Diverso è invece il valore delle decisioni della Corte Costituzionale, autorizzate dalla stessa *Grundnorm* ad incidere sul sistema normativo, nell'alveo del sindacato accentrato di costituzionalità (si pensi alle sentenze cd. additive o manipolative suscettibili di estendere o ridurre la portata normativa della disposizione contestata). Con maggiore sforzo riassuntivo, la giurisdizione ordinaria non incide sulla formulazione letterale delle norme, non innova l'ordinamento, ma si limita ad interpretare la singola disposizione, lasciandola invariata e quindi aperta a successive difformi valutazioni: in pratica, essa procede alla formulazione del cd. "principio di diritto", intendendosi con tale espressione l'operazione di generalizzazione di una data interpretazione della norma, la quale è applicata come criterio di deci-

sione in altre fattispecie uguali o analoghe. Nonostante la loro importante valenza ordinamentale, nondimeno i "principi di diritto" non sono norme di legge. A sostegno di tale assunto, autorevole dottrina richiama quella giurisprudenza costituzionale di censura in cui la Suprema Corte ha negato che il giudice *a quo* potesse azionare la questione di costituzionalità in riferimento a norme "non corrispondenti a specifiche disposizioni di legge e tuttavia rinvenute dalla Corte di Cassazione nell'ordinamento". Ne deriva che il principio di diritto elaborato dalla suprema Corte di Cassazione, seppur autorevole e consolidato, non può mai assurgere a parametro di valutazione del giudizio di legittimità costituzionale: il giudice *a quo*, quindi, al fine di ottemperare al disposto di cui all'articolo 101 Cost. (i giudici sono soggetti soltanto alla legge) e articolo 23, legge n. 87/1953 (il giudice *a quo* deve indicare le disposizioni di legge che assume viziate da incostituzionalità), dovrà risalire dal principio di diritto che ritiene in contrasto con la Costituzione fino alla norma oggetto dell'attività interpretativa generalizzata e poi potrà investire la Corte della questione di legittimità costituzionale<sup>3</sup>. Proprio in ragione della presenza nella nostra Costituzione dell'articolo 101, il quale presuppone l'inesistenza di una gerarchia delle pronunce giurisdizionali, un'attenta dottrina ne fa derivare la preclusione dell'operatività del principio dello *stare decisis* tipico degli ordinamenti di *common law*. In buona sostanza, il giudice nel decidere un caso concreto può utilizzare il principio di diritto quale mezzo di persuasione per la sua valutazione, ma non è obbligato ad effettuare un mero rinvio a quanto deciso da altri giudici. C'è nondimeno nel sistema processuale una fattispecie di vero e proprio vincolo interpretativo: quello che ha il giudice di rinvio dopo la pronuncia di Cassazione ex articolo 384, comma 2, c.p.c. e articolo 627, comma 3, c.p.p. Al riguardo, si è notato che il vincolo *de quo* ha natura interna al processo. La regola di giudizio si è formata nel contraddittorio delle parti attraverso i diversi gradi di giudizio e non si impone *ex se*, come nei sistemi di *common law*, ma si forma nella dialettica delle parti interne al giudizio. A conferma di ciò il fatto che il giudice di rinvio, qualora ritenga che la norma sottesa al principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte non sia conforme a Costituzione, può comunque sollevare l'incidente di costituzionalità. A fronte dell'assenza di imperatività formale dei principi di diritto si è posta un'altra esigenza, quella della certezza ed unità del diritto nazionale. I principi di diritto pur essendo formalmente esterni al sistema normativo, non appartenendo al novero delle fonti del diritto, tuttavia comple-

tano la fattispecie: il perpetuarsi di un indirizzo costante concreta una situazione di “diritto vivente”, cioè di una norma di legge attualizzata dai principi ad essa afferenti, idonea per questo a creare situazioni di affidamento, certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Accanto, quindi, al problema della valenza del cd. principio di diritto si colloca anche quello del cd. diritto vivente, nell’ottica dell’uniforme interpretazione della legge e dell’unità del diritto oggettivo nazionale. Anche qui, la Corte Costituzionale tende a dichiarare inammissibili le questioni sollevate dal giudice *a quo* in ordine all’interpretazione di una norma in modo difforme dal diritto vivente, come prodotto dalla Suprema Corte di Cassazione nell’esercizio della sua funzione nomofilattica. Dal bilanciamento delle opposte esigenze (assoggettamento del giudice alla sola legge e certezza del diritto), autorevole dottrina deduce l’esistenza di una forma “debole” di *stare decisis*: il precedente, pur sempre non vincolante, è però comunque presidiato da misure processuali dirette a tutelare la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione. In tal senso, si annoverano diverse disposizioni normative, tra cui l’articolo 374, comma 3, c.p.c., il quale dispone che “se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso” ovvero all’articolo 618, c.p.p., a tenore del quale “se una sezione della Corte rileva che la questione di diritto sottoposta al suo esame ha dato luogo o può dar luogo a contrasto giurisprudenziale, su richiesta delle parti o d’ufficio, può con ordinanza rimettere il ricorso alle Sezioni Unite”, essendo in tale ultima ipotesi una facoltà e non un obbligo per il giudice. Il vincolo di cui all’articolo 374, c.p.c. ha natura di vincolo meramente negativo “a non adottare l’interpretazione di una norma contrastante con quella già espressa dalle Sezioni Unite e non già di un vincolo positivo ad adottare proprio quell’interpretazione”. In pratica, la sezione semplice che giunga ad un diverso convincimento rispetto al principio enunciato dalle Sezioni Unite non può far altro che rimettere la causa a queste ultime, invocando il *revirement* del principio di diritto non condiviso. Trattasi di misura posta a presidio della competenza esclusiva delle ss.uu. all’*overruling* del precedente, vietando così alle sezioni semplici di adottare pronunce difformi, misura che comunque non sembra accompagnata da idonee garanzie processuali sanzionatorie. Ancora, sempre nell’ottica dell’esistenza di una forma debole del principio dello *stare decisis* si è allegata la disposizione di cui all’articolo 420 bis, c.p.c., che nell’area delle controversie di lavoro prevede l’accertamento pregiudiziale

sull’efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi. La norma *de qua* contempla una sentenza interpretativa pregiudiziale del giudice di prime cure su di una norma contrattuale collettiva nazionale da applicare per risolvere la controversia principale, impugnabile dalle parti con ricorso immediato per Cassazione. Trattasi di un meccanismo teso a realizzare una funzione paranomofilattica in relazione alla normativa collettiva controversa, come disposto dall’articolo 146 bis, disp. att. c.p.c., che prevede espressamente la possibilità di sospensione dei processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. La giurisprudenza ha affermato che da questo meccanismo processuale deriva una sorta di “vincolo” per gli altri giudici di merito: trattasi di vincolo meramente processuale, perché il giudice può non uniformarsi alla pronuncia di Cassazione, ma deve farlo con sentenza ex articolo 420 bis, c.p.c., in modo da consentire alle parti il ricorso immediato alla Suprema Corte e la contestuale verifica della correttezza dell’interpretazione difforme di quel giudice di merito. Ancora nello stesso senso si pone l’articolo 384, c.p.c., rubricato “enunciazione del principio di diritto e decisione della causa nel merito” il quale prevede che la Corte di Cassazione enunci il principio di diritto ogniqualvolta si tratti di decidere un ricorso per violazione di legge. Inoltre, la Corte deve enunciare il principio di diritto anche quando, decidendo il ricorso per un motivo diverso dalla violazione di legge, risolve comunque una questione di particolare importanza. In entrambe le ipotesi, poi, a differenza della precedente enunciazione della norma, il principio di diritto non è più indirizzato esclusivamente al giudice di rinvio, che può mancare (nel caso di rigetto del ricorso o di cassazione senza rinvio o di cassazione con decisione nel merito), ma concorre alla formazione del cd. diritto vivente con funzione nomofilattica (l’articolo 384, c.p.c. ante riforma del 2006 prevedeva che il principio di diritto fosse enunciato solo in caso di accoglimento del ricorso per cassazione, indirizzando questa enunciazione al solo giudice di rinvio tenuto ad uniformarsi). Dunque, l’evidente conseguenza che il principio di diritto può essere enunciato anche nei casi di rigetto del ricorso. Altresì, l’articolo 363, c.p.c., prevede l’istituto dell’enunciazione del principio di diritto “nell’interesse della legge”, la cui *ratio* è ancora quella di consolidare la funzione nomofilattica della Suprema Corte. In via ordinaria la Corte enuncia principi di diritto nell’esercizio del cd. *ius litigatoris*, cioè al fine di risolvere controversie concrete, ma, invece, nel ricorso *de quo* la Cassazione

si pronuncia *ius constitutionis*, cioè al fine della mera implementazione della funzione nomofilattica *tout court*, essendo la controversia concreta affetta da inammissibilità del ricorso o dalla cessazione della materia del contendere per rinuncia allo stesso. La richiesta dell’enunciazione può provenire dal Procuratore generale presso la Corte ovvero *ex officio* da parte della Corte stessa, qualora si ritenga che la questione da decidere sia di particolare rilevanza, requisito quest’ultimo che permette al primo Presidente di invocare l’intervento delle ss.uu. Con maggiore sforzo riassuntivo, quindi, nell’ipotesi prevista dall’articolo 363, c.p.c., la Corte di Cassazione non si pronuncia su un provvedimento impugnato, eventualmente cassandolo, ma esercita un’autonoma potestà nomofilattica di enunciazione del principio di diritto, avulsa dall’alveo dell’ordinario *ius dicere*. Inoltre, sempre in tal senso, l’articolo 360 bis, comma 1, n. 1, c.p.c., rubricato “inammissibilità del ricorso”, prevede la sanzione dell’inammissibilità quando il provvedimento impugnato è giuridicamente conforme alla giurisprudenza della Corte e non si ravvisino motivi per eventuali conferme o mutamenti di orientamento. Per superare il vaglio di ammissibilità il ricorso deve essere orientato ad invocare argomenti di tale novità da essere ritenuti idonei per un *revirement* del principio, ovvero per confermare il precedente orientamento arricchendolo di ulteriori considerazioni. Può riconoscersi, quindi, che tale necessario vaglio di ammissibilità del ricorso comporta per la Suprema Corte la necessità di esaminarne comunque i motivi, procedendo ad una continua opera di controllo sulla attualità e permanenza dei propri precedenti. Infine, ancora in relazione alla presunta esistenza di un principio dello *stare decisis* cd. debole nel nostro ordinamento, alcuni autori si sono riferiti agli effetti che il potere discrezionale del giudice produce sull’esatta individuazione del contenuto delle “norme elastiche” o clausole generali, potere che assume la sua massima estensione quando la questione pervenga in Cassazione. Come noto, il sindacato di legittimità esercitato dalla Cassazione si concreta per eccellenza nel vizio di “violazione o falsa applicazione di norme di diritto” ex articolo 360, comma 1, n. 3, c.p.c. Nello specifico, il vizio di falsa applicazione (interpretazione e conseguente sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta), è deducibile come motivo di ricorso per Cassazione nei limiti in cui venga in rilievo l’astratta estensione della norma, *id est* i suoi esatti confini. Non risulta agevole definire l’ambito del sindacato di legittimità allorché il vizio di violazione o falsa applicazione concerna proprio clausole generali o norme elastiche, cioè quelle dispo-

sizioni formulate mediante precetti generici la cui esatta definizione e perimetrazione è rimessa all’opera creatrice della giurisprudenza: si pensi, per esemplificazione, alle nozioni di buona fede, di giusta causa, di proporzionalità, di equità. In tali casi, le discrezionali scelte di politica legislativa richiedono alla giurisprudenza l’esercizio di una funzione “paranormativa”, poiché tesa ad integrare il precetto mediante l’incorporazione di statuizioni pretorie di diritto vivente. Si ritiene che tale attività d’integrazione operata dal giudice di merito possa essere suscettibile di sindacato di legittimità (ex articolo 360, comma 1, n. 3), dovendo però il ricorrente lamentare la non coerenza della valutazione con gli standards ordinamentali vigenti, cioè con i principi costituzionali, i principi generali dell’ordinamento, con le disposizioni simili o analoghe, con il cd. diritto vivente. Quindi, la funzione di nomofilachia esercitata dalla Suprema Corte di Cassazione si insinua anche negli spazi normativi lasciati aperti dal legislatore per l’integrazione di quelle norme elastiche, clausole generali, norme in bianco, attraverso l’esatta puntuazione di quelli che sono i limiti del diritto giurisprudenziale vivente. In conclusione, si ritiene di aderire alle teorie che rinvergono nei meccanismi processuali posti a presidio della funzione nomofilattica della Suprema Corte, *id est* il valore dei principi di diritto e del diritto vivente, indici sintomatici dell’esistenza dello *stare decisis*, seppur nella sua connotazione più debole, perché sussunto nell’alveo delle esigenze di uniforme applicazione e di certezza del diritto, anziché nel novero formale delle fonti giuridiche, come avviene normalmente in un sistema di *common law*.

<sup>1</sup> Gambaro, Sacco, *Trattato di diritto comparato*, Utet, ult. ed.

<sup>2</sup> S. Gambino, *Forme di Governo*, Giuffrè, 2007.

<sup>3</sup> AA.VV., *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte Suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2011, con speciale riguardo al contributo di G. Amoroso.

Francesco Ricciardi

### La responsabilità da cose in custodia, con particolare riguardo ai beni della Pubblica Amministrazione.

La responsabilità civile per violazione degli obblighi di custodia è un istituto giuridico che si pone al confine tra contratto e torto. Esso si rinvia in materia contrattuale, sia con riguardo alle ipotesi in cui gli obblighi di custodia rappresentano la prestazione principale di un contratto (si pensi, per esemplificazione, al contratto di deposito), sia quando gli stessi operano quali mere prestazioni accessorie (per esempio, nel contratto di traspor-

to, ovvero, ex articolo 1177 c.c.). Quanto alla diversa ipotesi della responsabilità aquiliana, l'inosservanza degli obblighi di custodia si riconduce nell'alveo delle previsioni di cui agli articoli 2047 ss. c.c., le quali disciplinano forme di responsabilità aggravata, dette anche *ex rezepto*, in omaggio alle obbligazioni di romanistica memoria in cui il ricorso ai custodi rappresentava una condizione dettata dall'intrinseca peculiarità della prestazione, comportando una responsabilità di natura oggettiva che non ammetteva prova di esonero. Nella concezione tradizionale dell'illecito extracontrattuale, l'elemento psicologico della colpa assumeva una posizione di prevalenza, attribuendo al risarcimento una funzione essenzialmente sanzionatoria. Da tale assunto, quindi, derivava il principio della necessaria tipicità dell'illecito civile, il quale ammetteva la sussistenza dell'elemento colposo solo allorché lo stesso si fosse concretato nella violazione di obblighi predeterminati, normalmente riconducibili alla tutela di posizioni di diritto soggettivo perfetto. Successivamente, una volta superati i dogmi della tipicità e dell'unitarietà del sistema, la responsabilità per fatto illecito è stata ricondotta sotto la previsione di due grandi categorie: la responsabilità per colpa, la responsabilità oggettiva.

Sotto quest'ultima, hanno trovato asilo le diverse fattispecie di cui agli articoli 2047 ss. c.c. Recentemente, a tal proposito, si è parlato di ipotesi speciali di responsabilità, per differenziarle dalla disciplina generale dettata dall'articolo 2043. In tal senso, si è evidenziato che tra gli articoli 2043 e 2047 ss. c.c. sussisterebbero marcate differenze. L'articolo 2043 rappresenterebbe una clausola generale, espressione dell'acclarata atipicità dell'illecito civile, il quale permetterebbe la risarcibilità di ogni posizione giuridica lesa, a prescindere dalla sua natura di diritto soggettivo o di interesse legittimo. Gli articoli 2047 ss. c.c., invece, individuerebbero ipotesi tipiche speciali, la cui applicazione sarebbe limitata ai casi di specie, insuscettibili di interpretazione analogica o estensiva. A sostegno di tale posizione si è allegato il fatto che l'articolo 2043 sembrerebbe richiedere il *minimum* della colpa ai fini della configurazione di responsabilità, mentre per gli articoli 2047 ss. sarebbe sufficiente il mero riscontro di dati obiettivi, non rilevabili discrezionalmente, quali lo svolgimento di attività pericolose (2050, 2054 c.c.), la titolarità del diritto di proprietà (2053, 2054, comma 3), una specifica qualifica soggettiva (2049). Alla *summa divisio* tra ipotesi di responsabilità generale per colpa e speciali di natura oggettiva, se ne è aggiunta così un'altra, la quale ha distinto le ipotesi di cui agli articoli 2047 ss. c.c. in tre categorie: quella della responsabilità per fatto altrui (*culpa in educando* e *in vigilando* ex

articoli 2047, 2048 c.c., *in eligendo* ex articoli 2049, 2054 comma 3, c.c.); quella della responsabilità derivante dall'esercizio di attività pericolosa (2059, 2054 c.c.); quella che presuppone in capo al responsabile la titolarità del diritto di proprietà o, comunque, una situazione di custodia (articoli 2051, 2052, 2053, 2054 comma 4 c.c.).

Quest'ultima categoria di responsabilità è quella che inferisce al caso *de quo*. Perciò, con riguardo alla responsabilità per cose in custodia e sempre in un'ottica di specialità rispetto all'ipotesi di cui all'articolo 2043 c.c., un'attenta dottrina ha individuato nell'articolo 2051 c.c. una fattispecie più generica, alla quale si ricondurrebbero i casi specifici di cui agli articoli 2052, 2053, 2054 comma 4 c.c. (si tratterebbe di "maggiore specialità").

Infatti, alla responsabilità di chiunque custodisce cose dalle quali sia derivato un danno (2051), si aggiungerebbero previsioni specializzanti connesse all'operato pregiudizievole di animali (2052), di edifici (2053), di veicoli (2054 comma 4), i quali costituiscono il mezzo attraverso cui il danno si produce, ma la cui causa è comunque ravvisata nell'inosservanza degli obblighi di custodia gravanti in capo al titolare. Una rilevante problematica relativa all'articolo 2051 c.c. riguarda la sua applicabilità o meno anche in capo alla P.A., per i danni derivanti da beni appartenenti al demanio o patrimonio pubblico. L'orientamento più risalente escludeva tale applicabilità nei confronti dei soggetti pubblici in forza della presunzione di legittimità dell'*agere* amministrativo, secondo cui ogni pretesa risarcitoria per illeciti ad essa imputabili doveva essere necessariamente corredata dalla prova del dolo o della colpa ex articolo 2043 c.c. Inoltre, non poteva configurarsi la responsabilità per cose in custodia a causa della notevole estensione dei beni demaniali, nonché del loro uso generale e diretto da parte dei privati: tali caratteri sarebbero risultati ostativi rispetto alle concrete possibilità dell'ente di esercitare un'adeguata vigilanza e controllo sul bene, al fine di prevenire pericoli per i terzi. Secondo tale teorica, quindi, l'unica forma di responsabilità imputabile alla P.A. era quella di cui all'articolo 2043, limitata però ai soli casi in cui il danneggiato avesse fornito la prova del pericolo occulto e non prevedibile, ossia, l'ipotesi del cd. danno da insidia o trabocchetto. Pertanto, si evinceva chiaramente come l'*onus probandi* in capo al danneggiato risultasse particolarmente gravoso: ai fini della configurazione di responsabilità, l'utente avrebbe dovuto provare oltre che l'esistenza del danno ed il relativo nesso causale, anche il carattere occulto ed inevitabile del pericolo, nonché la colpa dell'amministrazione per omessa prevenzione e rimozione dello stesso. Alla luce di tali considerazioni, con la *precipua* finalità di erigere un confine

tra le due ipotesi *de quibus* (2043/2051), la Corte Costituzionale è intervenuta con sentenza n. 156/1999, disponendo che l'articolo 2051 c.c. non si applica alla P.A. ogni qualvolta il bene pubblico, per la sua natura demaniale, per la sua notevole estensione e per la diretta e generale fruizione collettiva, non consenta di effettuare il controllo sui potenziali danni per i terzi.

Tuttavia, si è evidenziato come l'impossibilità di esperire la vigilanza dovesse essere oggetto di accertamento in concreto, rappresentando i caratteri della demanialità, estensione e diffusa fruizione, meri indici esemplificativi e non tassativi. In astratto, quindi, non risulta preclusa in via assoluta la responsabilità per cose in custodia, ma essa deve ammettersi solo qualora si accerti la possibilità materiale e giuridica del controllo entizio. In difetto, potrà eventualmente operare la diversa fattispecie del danno da insidia o trabocchetto, con applicazione della disciplina generale di cui all'articolo 2043 c.c. In verità, inoltre, non manca chi ammette la possibilità di cumulo tra le due forme di responsabilità (all'uopo, per esemplificazione, si è fatto riferimento alla responsabilità del padrone e/o committente di cui all'articolo 2049, con la quale potrebbe concorrere quella del commesso ex articolo 2043).

Successivamente al *dictum* della Suprema Corte, la giurisprudenza si è interrogata circa la necessaria sussistenza, ai fini dell'esclusione della responsabilità *de qua*, di tutti o anche solo di uno dei requisiti intrinseci del bene pubblico, giungendo a conclusioni piuttosto contrastanti. Si è comunque escluso, in buona sostanza, che la mera qualifica demaniale o patrimoniale del bene pubblico e la sua fruizione collettiva possano costituire aprioristici indici impeditivi del controllo e, quindi, della responsabilità (interessante risulta al riguardo quella giurisprudenza che, in relazione alle minori o maggiori dimensioni territoriali dell'ente comunale ed a quelle della strada su cui si è verificato il fatto dannoso, ne fa discendere la possibilità o meno di un perdurante controllo). Successivamente, la Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 19653/2004 ha in parte mutato le finalità applicative dei detti criteri, da indici sintomatici officiosi dell'impossibilità di un controllo, a circostanze scriminanti da provare ai fini del fortuito, senza peraltro consolidare tali posizioni, anzi, ritirandosi poi spesso su fortilizi più risalenti (cfr. Cass. civ., n. 3745/2005).

Ora, con specifico riguardo alla natura dell'articolo 2051 c.c., si sono sviluppate due opposte teorie: la tesi oggettiva, la quale facendo leva sulla rilevanza del mero rapporto di custodia e sul mero stato di fatto della *res*, giunge a definire come obiettiva tale forma di responsabilità; la tesi soggettiva, che riconduce gli obblighi di custodia

nella più ampia categoria delle regole di diligenza, in omaggio alle obbligazioni cd. *custodiendae rei*, di romanistica memoria. Autorevole dottrina ha inferito dall'avvenuta riformulazione dell'articolo 1153 codice previgente, mediante la quale si è sostituita l'espressione "responsabilità generata colle cose" con quella di "danno prodotto dalle cose in custodia" di cui all'articolo 2051, il passaggio da un sistema dinamico di responsabilità riferito all'azione del soggetto (la cosa costituiva il semplice mezzo attraverso cui si realizzava l'illecito, rilevando essenzialmente la condotta del soggetto), ad una concezione statica (il danno deriva dalla intrinseca natura della *res* custodita, a prescindere dalla inosservanza di regole cautelari e fatto salvo il fortuito).

Quindi, per quanto detto, ampio è risultato il dibattito teso a ricondurre, di volta in volta, la responsabilità *de qua* nell'alveo dell'una o dell'altra ipotesi, anche e soprattutto nell'ottica della diversa robustezza dell'onere probatorio richiesto: non si può prescindere in tale sede, quindi, dal darne brevi cenni. La giurisprudenza di legittimità più risalente poneva l'accento sulla diligenza con cui il custode avesse ottemperato al proprio dovere di custodia, in tal modo, ascrivendo la fattispecie di cui all'articolo 2051 alla categoria della responsabilità presunta, fondando la stessa su di una presunzione relativa di colpevolezza, superabile mediante la prova della diligenza esigibile nella vigilanza della *res* (principio di nessuna responsabilità senza colpa, cfr. Cass. civ., n. 870/1999). In tale sede, il danneggiato avrebbe dovuto provare l'esistenza del danno, la sua derivazione causale dalla cosa, l'esistenza della relazione di custodia fonte di relativamente presunti obblighi di diligenza inadempiti.

Altra giurisprudenza di legittimità, distinguendo tra "fatto della cosa" e "fatto dell'uomo" e riconducendo nell'alveo del primo l'ipotesi di cui all'articolo 2051, ha invitato a tener presente che la custodia non implica necessariamente un obbligo di custodire (esistenza di una norma cautelare quale parametro di diligenza), ma si riferisce ad una situazione di fatto, cioè a quella derivante dal dominio e governo della *res*. In tal modo, la Cassazione è sembrata ricondurre tale responsabilità nell'alveo delle ipotesi oggettive, richiedendosi in capo al danneggiato la prova della mera sussistenza del danno e del relativo nesso eziologico, gravando invece sul custode l'onere di disculparsi mediante il fortuito (inversione dell'onere probatorio rispetto alla regola ordinaria di cui all'articolo 2043 c.c. e restrizione delle possibilità di esonero al solo caso fortuito, prescindendosi dalla diligenza concreta della condotta).

Quest'ultimo orientamento risulta allo stato prevalente (recentemente cfr. Cass. civ., sezione III, 8

maggio 2012, n. 6903), anche se, comunque, si auspica da più parti un intervento risolutore delle Sezioni Unite. Quanto alle concrete problematiche applicative, esse si sono attestate precipuamente attorno all'esatta individuazione dei casi in cui il danno promana dalla cosa, alla natura del rapporto definibile come "custodia" ai sensi dell'articolo 2051 c.c., nonché, alla prova liberatoria gravante sul custode. Quanto alla prima problematica, aderendo alle tesi più ampie, si sono ricomprese nel danno arrecato dalla cosa le diverse ipotesi di lesioni causate da cadute, scivoloni, perdite di equilibrio e, più in generale, dall'impatto della vittima contro cose inerti.

Interessante, all'uopo, risulta la casistica di merito in tema di responsabilità degli enti pubblici proprietari di strade (articolo 14 c.d.s.) per omissione dei doveri di manutenzione, gestione, pulizia delle stesse e delle loro pertinenze, cui consegua un danno per gli utenti (cfr. sentenza Tribunale di Monza, 8 febbraio 2011, g.u. Bertolozzi, con speciale riguardo alla responsabilità dell'ente comunale ex articolo 2051 c.c. per i danni causati alla circolazione veicolare, a causa dell'omessa custodia di un tratto viario situato in prossimità di un sottopasso, con conseguente allagamento della sede stradale).

Rientrano così nell'alveo dell'articolo 2051 le ipotesi di vizi costruttivi o manutentivi intrinseci alla res, mentre, esulano dalla previsione *de qua*, le cause estemporanee non conoscibili, né eliminabili con immediatezza, come la perdita o l'abbandono sulla sede stradale di oggetti da parte dei terzi. In relazione alla seconda questione, cioè alla natura del rapporto di custodia, esso si rinviene laddove esista un effettivo potere del soggetto sul bene, estrinsecantesi nella possibilità di vigilanza e controllo sullo stesso: si pensi, quindi, alla titolarità del diritto di proprietà o di altro diritto reale o personale di godimento, al possesso, alla detenzione (in verità, non meramente occasionale). In ordine alla tematica della prova liberatoria gravante sul custode, la stessa consisterà, a seconda che si aderisca alla tesi della responsabilità per colpa presunta ovvero a quella della responsabilità oggettiva, rispettivamente nella dimostrazione della condotta diligente del custode oppure nell'intervento deterministico del caso fortuito. Ulteriore e diverso profilo d'interesse, comune ad entrambe le ipotesi di responsabilità di cui agli articoli 2043 e 2051 c.c., risulta essere quello della rilevanza dell'eventuale condotta colposa del danneggiato che, incidendo sul nesso causale, può escluderne o ridurne l'operatività, svilendo l'ammontare del relativo risarcimento. Infatti, aderendo all'orientamento prevalente, nella materia civile il nesso eziologico assume una duplice forma:

causalità materiale, quale nesso intercorrente tra condotta illecita ed evento lesivo, accertabile mediante il ricorso alle teorie penalistiche della *condicio sine qua non*, temperata dai correttivi della sussunzione sotto leggi scientifiche o statistiche (articoli 40, 41 c.p.) e dell'equivalenza delle cause; causalità giuridica, operante tra il fatto ed il danno, ex articolo 1223 c.c.

Ebbene, tale ultima previsione normativa situata in territorio contrattuale, ma operante anche per il torto in forza del richiamo di cui all'articolo 2056 c.c., consente un frazionamento della causalità giuridica, a dispetto dell'unità fenomenica della causalità materiale.

Infatti, a differenza della responsabilità penale in cui la concorrenza di cause preesistenti, simultanee o sopravvenute alla condotta dell'agente non elide il nesso eziologico tra questa e l'evento (salvo che siano di per sé efficienti), lasciando solo lo spazio ad un eventuale concorso sul piano soggettivo-psicologico, l'articolo 1223 c.c. in combinato disposto con la successiva previsione di cui all'articolo 1227 dello stesso codice, prevede espressamente la rilevanza del concorso colposo del creditore ai fini della diminuzione o esclusione del *quantum debeatur*.

Così, a tal fine, dovrà procedersi in concreto ad una valutazione della diligenza comportamentale dell'utente, anche in relazione all'affidamento che l'utente stesso possa aver riposto nella condotta di custodia della Pubblica Amministrazione, valutato alla stregua di parametri oggettivi. In conclusione, con maggiore sforzo di sintesi, sembrano potersi condividere quegli orientamenti giurisprudenziali che, qualificando come oggettiva ed aggravata la responsabilità per danni provocati da cose in custodia, ne ammettono l'estensione ai beni pubblici, seppur condizionando l'operatività del meccanismo di inversione dell'onere probatorio al concreto accertamento delle possibilità di controllo e all'eventuale efficacia del concorso colposo del danneggiato.

Eleonora Stefanelli

## La disciplina giuridica dei servizi pubblici locali.

### I. Definizione di "servizio pubblico": impostazione soggettiva ed oggettiva.

Il concetto di *utilitas publicae* è stato sin dalle origini ampiamente utilizzato nell'ambito della scienza economica con il fine di indicare tutte quelle prestazioni di qualsiasi natura idonee a soddisfare un bisogno umano e che sono pertanto suscettibili di valutazione economica. Tuttavia,

tenendo conto della natura giuridica del produttore che li eroga e del tipo di bisogni che sono diretti a soddisfare, è possibile operare una prima e classica distinzione intercorrente tra servizi privati e servizi pubblici. In particolar modo, questi ultimi hanno assunto negli Stati moderni una sempre maggiore importanza, soprattutto a seguito dell'espandersi dell'attività pubblica nei diversi aspetti della vita della nazione. Di non poco rilievo è il fondamento costituzionale dei servizi pubblici, rinvenibile, *ictu oculi*, nell'articolo 43 della Costituzione, il quale prevede la possibilità di riservare in via originaria o trasferire, con espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, a enti pubblici o anche a comunità di lavoratori o di utenti, imprese o categorie di imprese che svolgono servizi pubblici essenziali.

Tuttavia, nonostante il tenore delle disposizioni normative ed il fondamento costituzionale è possibile rinvenire un *punctum dolens* rappresentato dalla mancanza di una chiara ed esatta definizione di servizio pubblico, laddove il legislatore si è limitato alla sola disciplina della materia. La motivazione di siffatto vuoto va ricercata senza dubbio nella carenza di un rigore sistematico dell'intero corpus normativo ed, altresì, nella vastità di scopi a cui è possibile collegare il concetto di servizio pubblico. L'indeterminatezza della fattispecie ha portato a numerosi dubbi classificatori e ad altrettante ambiguità definitorie che hanno contribuito all'elaborazione di diversi orientamenti dottrinali. Difatti, le definizioni attualmente più diffuse sono il frutto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza. Secondo una prima impostazione "soggettiva", l'elemento caratterizzante va ricercato nel soggetto da cui promana l'attività, con la conseguenza che il servizio deve essere considerato pubblico quando sia imputabile ad un soggetto avente natura pubblica. Siffatta elaborazione dottrinale ha, infatti, focalizzato l'attenzione sul profilo soggettivo dell'assunzione del servizio da parte dell'Amministrazione, ritenendo elemento centrale della nozione l'assunzione e la gestione, da parte di un soggetto pubblico, in modo diretto o tramite specifiche articolazioni, di una data attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato al pubblico e finalizzata al soddisfacimento dei bisogni della comunità locale. Ben presto, alla visione originaria si è venuta a contrapporre una concezione oggettiva avente l'intento di attribuire rilevanza all'interesse perseguito nonché all'oggetto della prestazione. Pertanto, emerse sempre più l'esigenza di una qualificazione oggettiva di servizio pubblico tale da comprendere le attività economiche *lato sensu*, profilandosi una sorta di indipendenza della prestazione dal soggetto al quale la stessa

era istituzionalmente collegata. Anche in campo giurisprudenziale prevalse siffatto orientamento, tant'è che lo stesso ha trovato ulteriore conferma nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, atteso che quest'ultimo ha definito il servizio pubblico quale "attività economica imprenditoriale esercitata con l'obiettivo di erogare prestazioni atte a soddisfare bisogni collettivi incompressibili in un determinato contesto storico e sociale e collocata in un ordinamento di settore al cui vertice è collocata un'autorità pubblica che ne coordina, vigila ed indirizza l'esercizio". Ciò ha determinato una scissione all'interno dell'impostazione dottrinale tradizionale che restava così divisa tra due posizioni del tutto contrapposte.

Successivamente ci si rese conto dei punti di debolezza e soprattutto della non esaustività di siffatti orientamenti. In questo senso è stato illuminante l'intervento della dottrina più moderna, sostenuta da Giannini, che propende per un temperamento delle due teorie. In tal modo si è assistito allo sviluppo di una ulteriore tesi definita mista, la quale sembra aver voluto compiere uno sforzo di mediazione tra le due concezioni, soggettiva ed oggettiva, mutuando da entrambe aspetti salienti. Basta annoverare, a titolo esemplificativo, l'articolo 112 del decreto legislativo 267/2000 (Testo Unico sull'ordinamento degli Enti locali) che si pone in linea con la suddetta ricostruzione mista; difatti, la normativa in questione, da un lato, pone l'attenzione sul ruolo dell'Ente locale, il quale "deve provvedere alla gestione dei servizi" e, dall'altro, delinea il contenuto del servizio pubblico, stabilendo che deve avere per oggetto "la produzione di beni ed attività volte a realizzare fini sociali e a valorizzare lo sviluppo economico e sociale delle comunità locali". Ciò dimostra il raggiungimento di una maggiore consapevolezza, atteso che si assiste al superamento della correlazione tra servizi locali ed attività economiche. Difatti, in questa prospettiva i servizi vanno rapportati ad una nuova dimensione che tenga altresì conto delle nuove esigenze espresse dalle collettività locali. Pertanto, si può parlare di ampliamento della categoria dei servizi pubblici locali, laddove la normativa consente di ricondurre nel concetto di servizio pubblico attività non solo di carattere imprenditoriale, ma che abbraccino tutti i settori in cui possa estrinsecarsi l'attività dell'organo pubblico.

### II. Breve excursus sull'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali.

La prima normativa riguardante il settore dei servizi pubblici locali risale all'epoca giolittiana, ovvero al 1903, meglio nota sotto il nome di "legge Montemartini". Quest'ultima ebbe il pre-

gio di introdurre un'importante novità sotto il profilo giuridico, rappresentata dall'istituto della municipalizzazione con riguardo alla disciplina dei pubblici servizi.

A tal proposito, non possiamo non chiederci quale sia il significato da attribuire all'azienda municipalizzata.

Fu proprio l'economista Giovanni Montemartini, studioso e uomo politico, ad elaborare una vera e propria teoria in base alla quale l'istituto del municipio andava qualificato non come semplice e puro accordo economico bensì in termini di impresa politica avente quale fine la ripartizione dei costi della produzione. Grazie alla suindicata legge, gli Enti locali ottennero una prima riforma significativa: l'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni.

Ma la svolta significativa si è registrata con l'entrata in vigore della legge n. 142/1990 che provvede all'introduzione di nuovi moduli gestionali, rappresentati dalla gestione in economia, dalla concessione a terzi, dall'azienda speciale, dall'istituzione (prevista per i soli servizi sociali) e dalla società per azioni a prevalente capitale pubblico locale nei casi di partecipazione di altri soggetti pubblici o privati.

Tuttavia, non va dimenticato che già nel sistema preesistente alla legge 8 giugno 1990 n. 142, i comuni e le province conoscevano altri e possibili modelli di gestione dei servizi, quali la gestione in economia (vale a dire tramite una struttura interna alla propria organizzazione) e il provvedimento di concessione amministrativa (introdotto dal T.U. 15 ottobre 1925 n. 2578).

Ma, nonostante ciò, non possiamo non attribuire alla legge sull'ordinamento degli Enti locali un merito: la scissione dell'azienda municipalizzata in due figure organizzative, rappresentate rispettivamente dall'istituzione e dall'azienda speciale. A parere della stessa giurisprudenza pur trattandosi di forme organizzative attraverso le quali comuni e province esternalizzano i servizi pubblici, si distinguono nettamente quanto a configurazione giuridica, con la conseguenza che trova applicazione un diverso regime giuridico.

Entrando nel dettaglio, secondo quanto indicato anche dall'articolo 22 legge 241/1990, i due istituti vanno debitamente tenuti distinti sulla base di due aspetti: la natura del servizio gestito e l'autonomia giuridica loro conferita. Difatti, la disposizione normativa prevede che l'azienda speciale sia un ente dotato di personalità giuridica deputato alla gestione di servizi aventi rilevanza economica ed imprenditoriale; diversamente, le istituzioni sono definite quali organismi strumentali dell'ente locale dotati di sola autonomia gestionale e finalizzati alla gestione di servizi

sociali privi di rilievo imprenditoriale. Il differente grado di autonomia riconosciuto in capo ai due diversi moduli di gestione porta, inevitabilmente, a considerare le diversità concernenti l'ordinamento ed il funzionamento delle stesse. Ne consegue che l'azienda speciale è retta da un proprio statuto, approvato dall'organo consiliare, comunale o provinciale; l'ordinamento dell'istituzione, invece, è disciplinato dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipende. Le differenze rispetto all'azienda municipalizzata di memoria giolittiana sono a dir poco evidenti. Difatti, l'azienda speciale acquista il riconoscimento formale di ente pubblico economico, continuando a qualificarsi come *longa manus* della realtà locale.

A tale normativa va riconosciuto un ulteriore e indubbio pregio rappresentato dal fatto di aver dato il via al processo di privatizzazione, seppur in via formale, con riferimento a tutti quegli organismi ed enti deputati alla conduzione dei pubblici servizi. In particolare, tale *iter* ha ottenuto maggiore riconoscimento grazie all'introduzione della forma societaria, quale altra modalità di gestione dei servizi pubblici esterna alla realtà locale. In tal caso, la norma di cui all'articolo 22, lettera e, della legge 142/1990 richiede espressamente che: "l'Ente valuti, in via preventiva ed in relazione alla natura del servizio da erogare, l'opportunità della partecipazione di altri soggetti pubblici o privati". Nel corso degli anni Novanta il processo di privatizzazione a livello locale ha raggiunto uno stadio più elevato.

Non a caso il modello di gestione societaria si sviluppa ulteriormente grazie all'intervento di numerosi progetti legislativi; si pensi alla legge 23 dicembre 1992 n. 498 che ammise la società a partecipazione pubblica minoritaria nonché alla legge 127 del 1997, meglio conosciuta quale riforma Bassanini, contenente forti incentivi e misure urgenti per lo snellimento dell'attività pubblica. Nello specifico, con riguardo a quest'ultima normativa, la disposizione che merita particolare attenzione è rappresentata dall'articolo 17, atteso che, per un verso, finisce con il favorire il processo di privatizzazione formale e sostanziale degli enti e, dall'altro, va ad integrare l'articolo 22 della legge 142/1990 dal momento che consente una maggiore estensione del modello societario in risposta alle richieste degli enti di minore dimensione. Il suddetto quadro normativo appena evidenziato viene così trasfuso nel Testo Unico degli Enti locali, approvato con decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267. Ma ad interessarci è soprattutto la legge 28 dicembre 2001 n. 448 che, nel riformare l'articolo 113 TUEL, ha classificato i servizi pubblici in due categorie sulla scorta di un

primo e fondamentale criterio distintivo: la rilevanza industriale. Più specificatamente, la normativa in questione tendeva ad assoggettare i servizi aventi rilievo industriale al regime della concorrenza attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica; diversamente, in merito ai servizi privi di rilevanza industriale veniva richiesto l'affidamento diretto.

Successivamente, la suddetta distinzione è stata archiviata grazie ad un nuovo intervento normativo rappresentato dal D.L. 269 del 2003 che ha sostituito il precedente carattere con il requisito dell'economicità. A tal proposito, con riferimento alla distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, occorre sottolineare gli interventi giurisprudenziali che hanno portato ad una rivisitazione della normativa in questione, essendo le due tipologie disciplinate in modo del tutto differente.

Nel dettaglio, l'articolo 113 bis TUEL, disciplinante le forme gestionali con riguardo ai servizi privi di carattere economico, è stato dichiarato illegittimo a seguito della pronuncia 272/2004 della Corte Costituzionale. In sostanza, la motivazione risiede nel fatto che non si pone il problema di assicurare la presenza di requisiti di concorrenzialità per i servizi non rientranti nella sfera delle attività economiche, con la diretta conseguenza che non possano trovare alcuna legittimazione nelle materie oggetto di competenza esclusiva dello stato tassativamente elencate dall'articolo 117 della Costituzione ma, diversamente, possono essere lasciate alla sola autonomia regionale. Discorso diverso, invece, vige per i servizi cristallizzati nell'articolo 113 del TUEL, laddove questi ultimi sono riconducibili alle fondamentali funzioni delle realtà locali e pertanto alla determinazione dei livelli essenziali, quali livelli minimi riguardanti le prestazioni fondamentali poste a tutela dei diritti civili e sociali.

Ulteriore intervento riformistico introdotto dal D.L. 269/2003 è rappresentato dall'abbandono al ricorso esclusivo alla gara, seguito dalla reintroduzione delle seguenti e possibili forme gestionali: la gara per il servizio, la gara per il socio e l'*in house providing*. Invero, non bisogna dimenticare che già in precedenza il settore dei servizi ha conosciuto forme di gestione *in house*, forme di affidamento diretto qualificabili in termini di moduli gestionali in economia interni alla struttura dell'Ente locale. La cristallizzazione a livello normativo delle suindicate modalità di esternalizzazione ha provocato un temporaneo assestamento del processo di privatizzazione, che sembra aver poi ripreso il suo definitivo decorso in seguito all'approvazione dell'articolo 23 bis della legge 133 del 2008, convertito nel decreto legisla-

tivo 112/2008, successivamente modificato dall'articolo 15 del D.L. 25 settembre 2009 n. 135. Grazie a quest'ultima rielaborazione normativa il legislatore ha inteso favorire la più ampia diffusione dei principi di derivazione comunitaria, rappresentati rispettivamente dalla libera concorrenza, dalla libertà di stabilimento e dalla libera prestazione dei servizi.

Pertanto, deve considerarsi che le disposizioni previste dall'articolo 23 bis non trovano applicazione per quei servizi pubblici locali (di rilievo economico) in ordine ai quali non si manifesti alcuna esigenza di tutela dei predetti principi. Vale a dire, quei principi che, pur essendo destinati a soddisfare interessi di carattere pubblico, possono essere svolti anche da privati senza la necessità di alcuna concessione da parte degli enti locali, salvo la necessità di autorizzazioni o licenze sancite *ex lege* per le attività cui i servizi si riferiscono. Tuttavia, in tale prospettiva, di non poco conto risulta la *vexata quaestio* inerente la privatizzazione dei servizi pubblici locali. Sul punto, merita particolare attenzione la legge Ronchi (D.L. 25 settembre 2009 n. 135) che, nel modificare il precedente articolo 23 bis della legge 133/2008, ha incentivato la privatizzazione dei servizi idrici e degli altri servizi pubblici. Non a caso, l'intento della normativa è duplice: da un lato, mira all'affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica a favore di imprenditori o società in qualunque forma costituite mediante il ricorso a procedure ad evidenza pubblica o, in alternativa, a società a partecipazione mista pubblica e privata con capitale privato non inferiore al 40%; dall'altro, viene messo in discussione il modello organizzativo dell'affidamento *in house* (o *in house providing*), quale espressione del potere di auto-organizzazione della Pubblica Amministrazione e, più in generale, del principio comunitario di autonomia istituzionale. La battuta di arresto arriva nel giugno 2011 a seguito del referendum sui servizi pubblici con l'abrogazione dell'articolo 23 bis della legge 133/2008. Ciò ha condotto inevitabilmente ad un ritorno della normativa europea previgente tesa a garantire alle realtà locali una più incisiva libertà di decisione in merito all'applicazione tra le possibili forme di moduli gestionali. Ma si è trattato di un apparente assestamento giuridico, difatti il complesso *iter* non ha avuto una così rapida e semplice conclusione.

Non a caso, a distanza di pochi mesi dalla caducazione della legge 133/2008 e s.m.i. e del relativo regolamento attuativo (D.P.R. 268/2010), il Governo con la manovra aggiuntiva varata con il D.L. 138/2011, recante "Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo", tornava



*ex novo* a disciplinare la tematica dei servizi pubblici dotati del carattere dell'economicità. In particolare, la cd. "manovra ferragosto" reintroduceva l'obbligo della privatizzazione, finendo col riprodurre quasi integralmente la regolamentazione venuta meno a seguito del suindicato referendum abrogativo.

Seppur con minore *severitatem*, le nuove norme finivano con il riproporre le prescrizioni normative proprie dell'articolo 23 bis della legge 133/2008, disponendo che l'affidamento dei moduli gestionali avvenisse tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite, nel pieno rispetto dei principi di derivazione comunitaria e della normativa riguardante la contrattazione pubblica. Tuttavia, in tempi più recenti è intervenuta la Corte Costituzionale sulla definizione del pluriennale nodo gordiano inerente la privatizzazione dei servizi pubblici.

Quest'ultima con sentenza 199/2012 ha adottato una scelta ermeneutica quanto rivoluzionaria, laddove ha inteso dichiarare l'illegittimità dell'articolo 4 del D.L. 138/2011 nonché modificare ulteriormente e radicalmente l'impianto normativo attraverso la rimozione delle ultime innovazioni legislative. La motivazione di tale cancellazione, secondo la Consulta, va semplicemente ricercata nell'inammissibilità della riproposizione di norme appena abrogate a seguito del voto popolare, atteso che siffatta riproduzione *de facto* rappresenta un tradimento della volontà collettiva espressa in occasione del referendum ex articolo 75 della Costituzione.

### III. (Segue) La liberalizzazione dei servizi pubblici: un incentivo alla promozione della concorrenza.

In ultima analisi, appare opportuno, un breve accenno al principio di liberalizzazione delle attività economiche, essendo quest'ultimo un concetto macroscopico e di difficile predeterminazione, connotato da una intrinseca complessità strutturale dovuta al suo carattere poliedrico e multidimensionale. Va detto che già nel corso dagli anni Novanta, in gran parte degli Stati fu avviato un processo di liberalizzazione che spinse gran parte degli studiosi ad interrogarsi sulla natura e il significato di liberalizzazione e a ricercare negli interventi normativi una qualche definizione. Invero, non bisogna tralasciare un dato di fatto, ovvero che si tratta di principio di derivazione costituzionale, in quanto richiamato, seppur indirettamente, dalla norma di cui all'articolo 117 Costituzione nell'ambito della potestà esclusiva statale in tema di "tutela della concorrenza". A sua volta, lo stesso concetto di concorrenza presenta un contenuto alquanto complesso, laddove ricomprende anche azioni di liberalizzazione, dirette ad assicurare e a promuovere la concorrenza "nel mercato" e "per il mercato", sulla scorta degli orientamenti ormai consolidati nell'ordinamento europeo e internazionale e più volte ribaditi dalla stessa giurisprudenza.

Sicché, la liberalizzazione può configurarsi in termini di razionalizzazione della regolazione, costituendo un valido strumento di valorizzazione della concorrenza capace di produrre effetti virtuosi per l'economia di mercato.

## Contributi dai Colleghi

*Ospitiamo in questa rubrica il contributo della dottoressa Francesca Del Grosso, Direttore Amministrativo del Tribunale di Nocera Inferiore, e della dottoressa Vincenza Esposito, Direttore Amministrativo del Tribunale di Salerno.*

### Buone prassi nell'istituto dell'ammissione al patrocinio penale dei non abbienti.

di Francesca Del Grosso e Vincenza Esposito

L'accesso del ceto socialmente ed economicamente debole alla giustizia sancito dalla Costituzione (articoli 3 e 24 Cost.) emerge dalla lettura dell'articolo 6, § 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, secondo cui "ogni accusato... se non ha i mezzi per pagare un difensore "ha diritto" a essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono esigenze di giustizia"; in tal senso anche la Direttiva 2003/8/CE del Consiglio dell'Unione Europea del 27 gennaio 2003 e il decreto legislativo attuativo 27 maggio 2005 n. 116 con l'obiettivo di migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere, attraverso il patrocinio a spese dello Stato. Ma, come recentemente sottolineato, è indubbio che tali diritti debbano far "i conti con la realtà economica e sociale del Paese, se si vuole evitare il rischio che gli stessi vengano confinati in un ambito meramente metafisico". Lo sfondo in cui si è sviluppato l'istituto giuridico in esame non è così semplice, soprattutto alla luce delle progressive riduzioni degli stanziamenti nei bilanci per le spese di giustizia. Non meno rilevante è stato il dibattito parlamentare inerente, dal quale emergeva la necessità di verificare se l'attuale normativa "si presti ad un uso improprio, come sembrerebbero dimostrare i numerosi casi di ammissione al gratuito patrocinio, riferiti a vicende giudiziarie collegate al fenomeno dell'immigrazione", ovvero ancora di prevedere "l'istituzione di un ufficio pubblico che, come avviene in altri Paesi, gestisca e controlli l'attuazione dell'istituto, in modo tale da eliminare o comunque ridurre le ipotesi di abuso cui l'istituto si presta".

A tal fine può apparire utile ricordare l'indirizzo dato agli uffici giudiziari per il contenimento delle spese di giustizia, stimolando magistrati e funzionari amministrativi a introdurre "buone prassi di gestione" per la razionalizzazione delle spese, esortandoli al rigoroso rispetto del reticolo normativo per ogni fase di attività che determini esborso per l'erario. Costoro "sono responsabili delle liquidazioni e dei pagamenti da loro ordina-

ti e sono tenuti al risarcimento del danno subito dall'erario a causa degli errori e delle irregolarità delle loro disposizioni, secondo la disciplina generale in tema di responsabilità amministrativa". Sulla scia di quanto previsto dalla circolare richiamata, sono state diramate da alcune Corti di Appello precise indicazioni in ordine agli elementi formali del decreto di liquidazione ed al suo contenuto con particolare riferimento all'obbligo della motivazione. Il decreto di liquidazione "per costituire un valido titolo di pagamento deve essere necessariamente motivato" risultando necessaria "l'analitica descrizione delle attività prese in considerazione dal magistrato ai fini della determinazione degli importi liquidati in quanto, trattandosi di danaro pubblico, per ragioni di trasparenza si richiede la verificabilità della decisione adottata; "pertanto dal decreto" deve emergere la motivazione che giustifica la determinazione dell'importo, per consentire il controllo sulla legalità della decisione". Si è altresì rammentato di fare attenzione alla "esatta individuazione del difensore che dovrà essere scelto tra coloro che sono in possesso dei titoli richiesti per la difesa" e, al fine di accelerare le procedure di liquidazione, si invitano i funzionari a favorire le comunicazioni del decreto in forma abbreviata "ricorrendo all'unep solo nei casi di effettiva necessità". Il Ministero appare poi sensibile alla semplificazione delle richieste di liquidazione: con nota ministeriale CISIA di Napoli prot. 5066.U del 22 febbraio 2010, si sono date alcune indicazioni in merito affinché dal sistema SIAMM/ spese di giustizia, predispongano on line le richieste indicate.

Proprio perché trattasi di danaro pubblico, occorre, altresì, che le istanze depositate siano dettagliate ed analitiche nonché corredate dalla allegazione in originale dei documenti giustificativi delle eventuali spese sostenute per una maggiore trasparenza degli importi liquidati e per verifica degli organi di controllo contabile (funzionario delegato, ragioneria dello Stato, organi ispettivi del Ministero delle Finanze e del Ministero della Giustizia). Il patrocinio è interamente disciplinato dal T.U. del 30 maggio 2002 n. 115, così come modificato dalla legge 24 febbraio 2005 n. 25, estendendo per la prima volta il beneficio a tutte le esigenze di giustizia e, dal punto di vista dei soggetti che ne possono beneficiare, a tutti i cittadini, apolidi e stranieri con regolare permesso di soggiorno nonché agli enti non aventi scopo di lucro. In particolare, nell'ambito del patrocinio penale, l'ammissione dà diritto alla gratuità delle copie degli atti necessari per l'esercizio della difesa, all'anticipazione di alcune spese, alla prenotazione a debito di altre. Ciò allo scopo di "rimuo-

vere gli ostacoli di ordine economico e sociale che... impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'uguaglianza dei cittadini". Il patrocinio penale è assicurato per la difesa del cittadino non abbiente, sia egli indagato, imputato, condannato, persona offesa da reato, danneggiato che voglia costituirsi parte civile, responsabile civile ovvero civilmente obbligato per la pena pecuniaria. Il T.U. nella valutazione dei requisiti per l'ammissione al beneficio prende in considerazione soltanto la capacità economica del soggetto che faccia richiesta di ammissione al beneficio.

Gli articoli 76 e 77 non lasciano infatti, spazio a dubbi interpretativi: il "non abbiente" è considerato colui che, indipendentemente dal prevedibile costo del processo, è titolare di un reddito imponibile inferiore all'ammontare determinato (con adeguamenti biennali) da decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministero dell'Economia e Finanze.

Recentissimo è l'adeguamento che ha elevato la soglia della "non abbienza" a 10.766,33 euro, aumentato, nelle ipotesi del patrocinio penale, di 1.032,91 euro per ogni familiare convivente.

Sono interessanti al riguardo, sia alcune risoluzioni dell'Agenzia delle Entrate sia alcune sentenze della Cassazione che danno rilievo, ai fini delle valutazioni di cui all'articolo 76 TUSG, anche ai redditi non assoggettabili ad imposta ma indicativi delle condizioni personali, familiari e del tenore di vita dei richiedenti ovvero al complesso dei redditi (in considerazione dell'evoluzione della realtà sociale), prodotti nell'ambito della famiglia di fatto. Si pone poi il problema del reddito derivato da attività illecite. Sin dall'inizio della disciplina dell'istituto l'orientamento della giurisprudenza era nel senso di attribuire ad esso rilevanza in quanto "le condizioni di spettanza del beneficio devono essere coerenti con il presupposto della non abbienza e tali non sarebbero se l'accertamento di tale stato fosse ingiustificatamente limitato ad alcuni redditi con l'esclusione di altri"; si deve tener conto di tutti quegli "elementi probatori che inducono a ritenere redditi (anche di provenienza illecita) in base a nozioni di comune esperienza, e purché gli elementi siano gravi, precisi e concordanti".

In tale ambito va richiamata la legge 24 luglio 2008 n. 125, nella parte in cui ha integrato l'articolo 76, comma 4 bis del D.P.R. 115/02. È stata, infatti, introdotta per i mafiosi e i trafficanti di droga condannati con sentenza irrevocabile una presunzione reddituale (il reddito si ritiene superiore ai limiti previsti). La Corte Costituzionale ha però dichiarato l'illegittimità della norma menzionata nella parte in cui non ammette la prova contraria. Per costoro infatti non vi è stata esclu-

sione dal beneficio così come stabilito per altre tipologie di reato, ma si è introdotta una presunzione assoluta che la Corte ha ritenuto violare il principio di eguaglianza. Sarà però necessario "che vengano indicati e documentati concreti elementi di fatto, dai quali possa desumersi in modo chiaro e univoco l'effettiva situazione economico-patrimoniale dell'imputato".

Rispetto a tali elementi di prova, il giudice avrà l'obbligo di condurre una valutazione rigorosa e potrà avvalersi degli strumenti di verifica che la legge mette a sua disposizione, anche di quelli, particolarmente penetranti, indicati all'articolo 96, comma 3, del D.P.R. 115/02.

Va infine evidenziata la pubblicazione in G.U. n. 235 dell'8 ottobre 2012, della legge n. 172 di "Ratifica ed esecuzione della convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale", adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 12 luglio 2007 ed aperta alla firma il 27 luglio 2012 a Lanzarote. L'articolo 9 introduce l'articolo 76, comma 4 ter D.P.R. 115/2002 prevedendo che le persone vittime di violenze sessuali (offese dei reati di cui agli articoli 609 bis, 609 quater e 609 octies c.p.) ovvero di prostituzione e pornografia minorile (di cui agli articoli 600, 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, 601, 602, 609 quinquies e 609 undecies c.p.) sono ammesse al gratuito patrocinio anche "in deroga" ai limiti di reddito. Nello stesso senso la legge n. 38/2009 introduttiva nel nostro ordinamento del reato di stalking, per l'ammissione al beneficio del gratuito patrocinio della persona offesa.

Infine, assume rilievo la previsione per lo Stato di recuperare le somme esborsate in caso di revoca dell'ammissione. La disciplina del recupero è disciplinata come sanzione e quindi non è subordinata alla condanna per le spese ordinariamente anticipate e ripetibili.

Da segnalare sul punto le modifiche apportate all'articolo 112 TUSG, lettera d, atteso che, nelle ipotesi di mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni reddituali previste dalla legge, non era ritenuto sussistente in capo al giudice "un generale potere di revoca d'ufficio del provvedimento di ammissione al gratuito patrocinio ... in assenza della richiesta del competente ufficio finanziario" rimanendo subordinato l'intervento giudiziario alla sola richiesta dell'Ufficio finanziario, a differenza delle ipotesi di cui alle lettere a, b, c, per le quali è prevista da sempre la revoca d'ufficio. Inoltre, lo stesso articolo 98 TUSG prevede che gli atti relativi all'ammissione al beneficio vadano trasmessi all'ufficio locale dell'Agenzia delle Entrate nell'ambito della cui competenza territoriale è situato l'ufficio del

magistrato mentre al comma 2, è disciplinata l'attività di controllo degli uffici finanziari successivamente all'ammissione al gratuito patrocinio. Alla luce di tale disposizione, alcuni uffici giudiziari non emettevano l'ordine di pagamento se non con il preventivo rilascio del nulla osta da parte dell'ufficio finanziario tenuto ai controlli.

Della problematica fu investita l'Agenzia delle Entrate, affermando come la prassi non fosse corretta atteso che alcun nulla osta è previsto al riguardo dal TUSG in quanto l'attività di controllo è esercitata in un arco temporale di cinque anni a far dalla chiusura del procedimento, comunicata dall'organo giurisdizionale.

Il problema del controllo resta, tuttavia, attuale, soprattutto considerando l'irrisorietà delle ipotesi di revoca. In realtà, il giudice "riuscirà ad arginare il notevole flusso di istanze di ammissione al gratuito patrocinio facendo affidamento sulla tempestiva e puntuale collaborazione degli organi tecnico-finanziario" di cui agli articoli 96 e 127 TUSG. Con il TUSG, quindi, si assiste al superamento di controlli meramente cartacei sul reddito dichiarato per giungere alla reale possibilità di controllo effettivo sulle potenzialità economiche del dichiarante per il tramite della attività della Guardia di Finanza ovvero della DDA o DNA, per i reati di più grave allarme sociale.

Attraverso l'operato di tali organi investigativi, infatti, il giudice potrà, al di là degli atti contenuti nello scarno fascicolo processuale, verificare in ogni momento se il tenore di vita dell'aspirante al beneficio o di colui che già ne gode, sia compatibile con le dichiarazioni rese. In tale ottica, fondamentale appare gettare le condizioni per un efficace coordinamento tra l'autorità giudiziaria e quella deputata al controllo.

Sarebbe auspicabile il collegamento diretto con l'amministrazione finanziaria attraverso sistemi informatici che diano riscontri quasi immediati ed effettivi. Parrebbe, pertanto, opportuna la stipula di protocolli organizzativi tra le due autorità. Allo scopo di rendere effettivo tale accertamento e mettere in condizioni l'ufficio finanziario di operare nel senso previsto dalla legge in esame, sarà buona prassi per l'ufficio giudiziario comunicare ad esso la chiusura del processo e (preliminarmente) la corretta formazione e conservazione dei documenti inerenti all'istanza di ammissione al patrocinio.

La Direzione Generale della Giustizia Civile Ufficio I ha rilevato la necessità di creare "una separata fascicolazione" per ogni istanza presentata nella quale deve essere inserita la documentazione prodotta dall'interessato nonché l'originale provvedimento di ammissione, di inammissibilità o di rigetto. Considerando infatti sia le condizio-

ni generali in cui versano i fascicoli processuali nonché le esigenze di tutela dell'interessato, l'istituzione di una separata raccolta consente una migliore custodia degli atti, con alleggerimento del fascicolo "principale", ed una più efficiente gestione del servizio; ulteriore buona prassi sarà quella di annotare sulla copertina del fascicolo le vicende relative al patrocinio.

Non solo, ma al fine di avere contezza della totalità delle spese anticipate e recuperabili sarà importante la correttezza delle iscrizioni sul foglio delle spese.

Ulteriori argomenti di interesse e fonti di problematiche afferiscono alla gestione efficiente del carico di lavoro che grava sulle cancellerie-segretarie negli adempimenti e nel front office con gli aventi diritto alla liquidazione delle somme anticipate, ed alla doglianza da parte di costoro della lentezza delle pratiche relative e delle disparità che a volte si verificano nei decreti emessi da magistrati pur appartenenti al medesimo ufficio giudiziario. Appare condivisibile l'assunto secondo il quale "il buon funzionamento delle procedure relative al Patrocinio a spese dello Stato rappresenta una condizione indispensabile per l'effettiva attuazione dell'istituto e, quindi, per la attuazione concreta dei principi contenuti nella Costituzione e nelle Convenzioni internazionali in materia di difesa nel processo penale". Diffuso, pertanto, è il convincimento che il diritto di difesa possa trovare effettiva realizzazione anche attraverso il miglioramento delle prassi con particolare riferimento alle modalità di presentazione delle istanze di ammissione al beneficio e di liquidazione delle relative somme.

Lodevoli appaiono in tal senso le iniziative adottate presso numerosi uffici giudiziari che semplificano ed accelerano le procedure di liquidazione e pagamento degli onorari ai difensori di soggetti ammessi a vario titolo al patrocinio statale con immediato positivo impatto sull'organizzazione degli uffici giudiziari. La prassi della definizione di un "prontuario" ha avuto la sua genesi nella diramazione di apposita circolare organizzativa interna da parte del Presidente del Tribunale di Roma nel 2005. A fronte delle difficoltà insorte nelle varie fasi di liquidazione del compenso (anche a causa dei diversi orientamenti assunti dai giudici), l'elaborazione di un "prontuario" operativo per le più frequenti tipologie di liquidazioni avrebbe, da un lato, assicurato agli avvocati procedure tempestive ed uniformi di liquidazione evitando possibili ipotesi di disparità di trattamento e, dall'altro, permesso ai legali di conoscere preventivamente tutto ciò che occorre fornire al giudice per ottenere la liquidazione del compenso evitando successive integrazioni delle

istanze e verosimilmente di instaurare defatiganti contenziosi conseguenti ai giudizi di opposizione. L'esperienza della circolare romana rappresenta, come opportunamente evidenziato, un provvedimento "giudiziario" atteso che gli avvocati dissenzienti avrebbero dovuto percorrere la strada del ricorso e solo le decisioni di eventuale accoglimento dei medesimi avrebbero consentito l'aggiornamento del prontuario.

Sulla scorta dell'esperienza romana, in altri uffici giudiziari si è preferito percorrere la strategia del confronto con la classe forense pervenendo così, all'esito di un dialogo franco e collaborativo, all'individuazione di procedure condivise racchiuse in "prontuari". Il prontuario, consente di centrare una serie di obiettivi altrimenti più difficilmente conseguibili:

- individua procedure standard per l'ammissione al patrocinio e per la richiesta di liquidazione del compenso con modulistica uniforme;

- attraverso parcelle standard per le più frequenti tipologie di processi, garantisce celerità ed uniformità nelle liquidazioni, evitando disparità di trattamento e deflazionando gli uffici da potenziali conflittualità ed eventuali opposizioni;

- contiene in modo esponenziale la spesa pubblica e scongiura alla radice possibili declaratorie di "abnormità" di eventuali provvedimenti che esporrebbero il magistrato a responsabilità disciplinari e contabili;

- semplifica la procedura della liquidazione rendendo meno gravoso il lavoro del magistrato che opererà un controllo formale sulla rispondenza dell'istanza di liquidazione ai parametri concordati nel protocollo (dispensandolo dall'obbligo della motivazione del decreto);

- accelera la procedura rendendo meno gravoso il lavoro della cancelleria che sarà dispensata nella più gran parte dei casi dall'articolata serie di adempimenti connessi alle comunicazioni dei provvedimenti di liquidazione.

I vantaggi qui sintetizzati rendono l'instaurazione e la diffusione di tali prassi di particolare rilievo soprattutto in una fase congiunturale, come quella attuale, che da un lato vede il sempre più risicato personale amministrativo degli uffici giudiziari impegnato a confrontarsi con difficoltà gestionali quotidiane e dall'altro impone la formulazione di obiettivi organizzativi modulati considerando la esiguità delle risorse economiche. In tale contesto, non più rinviabile appare un utilizzo diffuso di tutto il supporto tecnologico disponibile con riferimento al flusso delle spese di giustizia nei più recenti applicativi. In tal senso, facendo seguito alla nota del Ministero della Giustizia Direzione Generale per i Sistemi Informativi Automatizzati del 9 marzo 2011,

prot. 6573, di diffusione del progetto SIAMM, recentissima e della medesima direzione è la diffusione della funzionalità "istanza web" per l'invio telematico delle istanze di liquidazione da parte dei professionisti. L'utilizzo della piattaforma SIAMM-spese di giustizia consente dunque attualmente la compilazione delle maschere relative alla qualifica fiscale ed all'istanza di liquidazione direttamente a cura dell'istante con invio a mezzo PEC all'ufficio giudiziario competente. Quest'ultimo riceve la richiesta ed attraverso il flusso informatizzato per la gestione delle spese di giustizia anticipate dall'erario, procede ai vari step lavorativi sino all'emissione del provvedimento al netto delle ritenute.

Altresì è possibile l'invio al beneficiario istante di una e-mail con copia allegata del provvedimento lordo, per la predisposizione della relativa fattura e l'invio della medesima all'ufficio telematicamente. Il beneficiario, attraverso le maschere di consultazione presenti nel sistema, ha la possibilità di visualizzare i provvedimenti al netto delle ritenute e monitorare tutti i vari stadi della lavorazione della propria richiesta di liquidazione, fino alla possibilità di ottenere on line la personale certificazione dei redditi per tutte le somme liquidate dal funzionario delegato nell'anno di competenza, senza doversi più fisicamente recare negli uffici uiudiziari.

I benefici sono immediati:

- decongestionare le cancellerie atteso che le informazioni da parte degli utenti vengono acquisite da remoto, nel proprio studio, ed il personale di cancelleria, in buona parte esonerato dal front office, potrà esser destinato ad una più efficiente organizzazione;

- ridurre i tempi legati alla procedura consentendo di riversare i dati contenuti nelle istanze direttamente nei provvedimenti di liquidazione e, infine, negli ordinativi emessi dal Funzionario Delegato.

La strada della comunicazione telematica inoltre (anche in tema di gratuito patrocinio), contribuisce alla dematerializzazione progressiva dei documenti cartacei, pur nei limiti del rispetto delle norme della contabilità generale dello Stato. La concertazione collaborativa delle diverse esigenze di cui i vari operatori sono portatori, consente la individuazione di soluzioni condivise alle comuni problematiche, smussando criticità reciproche ed ingenerando un virtuoso circolo di reciproca fiducia in un leale confronto propositivo.

A tutto vantaggio della maggiore celerità e credibilità della funzione giurisdizionale, del rispetto sostanziale delle garanzie difensive costituzionalmente enunciate e della dignità professionale di tutti i soggetti coinvolti.

## Spigolando. I peccati dell'avvocato.

di Rino Carpinelli

Scartabellando documenti e testi vari e navigando anche in rete, ho trovato qualcosa che mi ha incuriosito non poco, perché si tratta di un argomento, che riguarda la nostra professione molto ma molto da vicino. E così questa volta vi parlerò di Ahasuer Fritsch (1629-1701). Mi sembra già di vedere le vostre facce a mo' di punto interrogativo: *E mo' chiste chi è?* Ahasuer Fritsch (Assuero per gli amici) fu un giurista tedesco, docente di legge nelle università di Halle e di Jena tra il 1650 ed il 1675 e poi cancelliere nel principato di Schwarzburg-Rudolstadt. Assuero dovette essere un tipo molto "pipì", cioè un precisino, un meticoloso, un pignolo, uno scrupoloso e soprattutto un moralista (a me è sembrato più uno che non si faceva i fatti suoi). Infatti, anche scrittore molto prolifico, scrisse una marea ma veramente una marea di libri, di cui diversi dedicati al modo di comportarsi di diverse persone. E vado ad elencarli: *Medicus peccans, sive tractatus de peccatis medicorum; Tutor peccans, sive tractatus de tutorum & curatorum peccatis; Senator peccans, sive tractatus de consulum ac senatorum peccatis; Subditus peccans, sive tractatus de subditorum peccatis; Opifex peccans, sive tractatus de peccatis artificum & opificum; Venator peccans, sive tractatus de peccatis venatorum; Mercator peccans, sive tractatus de peccatis mercatorum et negotiatorum; Parens peccans, sive tractatus de peccatis parentum; Filius peccans, sive tractatus de peccatis liberorum; Minister peccans, sive tractatus de peccatis ministrorum; Scholaris peccans, sive tractatus de vitiis et erroribus scholarum; De vitiis creditorum; Quaestor peccans, sive tractatus de peccatis quaestorum et officialium; Aulicus peccans, sive tractatus de peccatis aulicorum; Miles peccans, sive tractatus de peccatis militum; Nobilis peccans, sive tractatus de peccatis nobilium; Princeps peccans, sive tractatus de peccatis principum; Famulus peccans, sive tractatus de peccatis famulorum.*

In questa oceanica produzione libraria non poteva certo mancare un testo sugli avvocati. (E ti pareva) Ed infatti il nostro bravo amico Assuero scrisse anche *Advocatus peccans sive tractatus de peccatis advocatorum et procuratorum*. Il testo, pubblicato nel 1788, era scritto in tardo latino, per cui, dopo una traduzione (mi auguro) accurata e fedele, facendo ricorso alle mie affievolite reminiscenze liceali, vi propongo un breve assaggio. Dopo aver disquisito ampiamente sui peccati dell'avvocato, l'autore ne fa una completa elencazione nell'*index conclusionum*.

Ed andiamo a cominciare: 1) Commette peccato colui, che, ignorante ed imperito, assume la difesa delle cause; 2) Pecca l'avvocato, che si avventura in un processo, prima di aver appreso dal cliente l'importanza della causa; 3) Pecca l'avvocato, che promette al cliente la vittoria della lite alla leggera; 4) Pecca l'avvocato, che senza giusto, rilevante e legittimo motivo nega la difesa di una causa (evidentemente il cliente non ha una lira, pardon, un euro per pagare la parcella); 5) Pecca l'avvocato, che nega il suo patrocinio alle persone povere e miserabili (*ut dixeram ante*); 6) Pecca l'avvocato, che garantisce al cliente il risultato di una causa del tutto ingiusta con una difesa favorente; 7) Pecca l'avvocato, che spinge le parti a litigare; (altrimenti noi che facciamo); 8) Pecca l'avvocato, che in una causa dubbia, allontana il cliente da un accordo amichevole; 9) Pecca l'avvocato, che in una causa ingiusta spinge il cliente ad una transazione; 10) Pecca l'avvocato, che va in cerca del patrocinio di molte cause, che tuttavia a causa del gran numero non è in grado di seguire; 11) Pecca l'avvocato, che viola la sacralità del giuramento dell'avvocato; 12) Pecca l'avvocato, che ignora la norma prescritta per un processo giudiziario; 13) Pecca l'avvocato, che in una causa, nella quale prima fu giudice, esegue prestazioni di difesa; 14) Pecca l'avvocato, che propone al suo cliente una causa senza chiarezza, confusamente e inopportuno; 15) Pecca l'avvocato, che per negligenza pregiudica il suo cliente in una causa; 16) Pecca l'avvocato, che segue le cause dei clienti poveri in modo più negligente di quelle dei ricchi e dei potenti; (vedi 4 e 5); 17) Pecca l'avvocato, che si presenta nei confronti di un giudice in maniera sconveniente; 18) Pecca l'avvocato, che inveisce contro le parti in causa ed i loro avvocati scherzando e insultando; 19) Pecca l'avvocato, che in una causa, anche buona, si serve di cose fallaci e di cautele; 20) Pecca l'avvocato, che con false allegazioni si adopera per trascinare il giudice in una sua sentenza; 21) Pecca l'avvocato, che propone formule giuridiche al proprio cliente con eccessiva verbosità e inopportuna prolissità; 22) Pecca l'avvocato, che non si vergogna di negare ciò che il cliente stesso una volta ha confessato; 23) Pecca l'avvocato, che tenta di corrompere l'animo e l'integrità di un giudice con doni e favori; 24) Pecca l'avvocato, che difende gli assassini e i ladri scelleratissimi e famosi; 25) Pecca l'avvocato, che difende i più malfamati imputati di crimini; 26) Pecca l'avvocato, che, assumendo la difesa di un innocente, protrae la causa a motivo di assicurarsi un maggiore guadagno con inutili sottigliezze; 27) Pecca l'avvocato, che, riconoscendo l'ingiustizia di una causa nel corso di un giudizio, non la denuncia; 28) Pecca l'avvocato, che rinuncia al

patrocinio del suo cliente a metà giudizio; 29) Pecca l'avvocato, che difende la parte avversa dopo aver sentito le ragioni del suo cliente; 30) Pecca l'avvocato, che cerca di prolungare un processo chiedendo inutili rinvii; 31) Pecca l'avvocato, che propone appello avverso una sentenza di nessun valore; 32) Pecca l'avvocato, che, parlando in modo frivolo di debiti liquidi e riconosciuti, prolunga la loro soluzione; 33) Pecca l'avvocato, che corrompe, alterando, distruggendo, cancellando e storpiando gli atti giudiziari e le prove; 34) Pecca l'avvocato, che convince il suo cliente a non mostrare segnali di cristiano sentimento nel corso di giudizio contro il suo avversario; 35) Pecca l'avvocato, che esagera troppo le circostanze di un fatto per odio e a discapito di una parte in causa; 36) Pecca l'avvocato, che chiede al cliente un onorario maggiore di quello che merita; 37) Pecca l'avvocato, che stipula con il cliente un patto di quota lite; 38) Pecca l'avvocato, che si procaccia le cause degli altri a modico prezzo (oggi è la regola); 39) Pecca l'avvocato, che con la scusa del pagamento di una restante parte di onorario rifiuta di restituire le carte al cliente; 40) Pecca l'avvocato, che nei giorni dedicati alla celebrazione di un processo non si presenta.

E qui finiscono i nostri peccati, leggendo i quali mi sembra di capire che dal tempo del nostro amico non sia cambiato proprio niente. Lo scritto in esame potrebbe essere considerato l'antesignano dell'attuale Codice deontologico a dimostrazione del fatto che già a quei tempi eravamo un poco discoli (a voler essere buoni). E tanto per concludere l'argomento, voglio parlarvi brevemente anche di Vincenzo Moreno, che nel 1843 diede alle stampe a Napoli un'opera intitolata *Galateo degli avvocati*, dalla quale trasudano tra l'altro i concetti di dignità e di decoro, ai quali dovrebbe ispirarsi un avvocato. Tra i vari argomenti trattati, il titolo V è dedicato al modo di vivere dell'avvocato, nel quale l'autore testualmente afferma: "l'avvocato deve curare i tempi e i modi del suo vivere siccome ogni altro cittadino, accomodandoli all'ufficio suo. Pertanto deve essere sollecito delle fogge del suo vestire, delle ore del sonno, dei modi del pranzo, dell'andare, del sollazzarsi". Secondo l'autore l'avvocato può vestirsi come ogni altro gentiluomo, evitando però il vestire attillato, indice di "troppa sollecitudine della persona", il profumarsi troppo i capelli e "l'andare vezzoso", cose queste che non gli si addicono, in quanto danno "mostra di non maturi e sodi pensieri" e perché il dedicarsi a leziosità e vezzi implica molto tempo e studio, che "potrebbe altrimenti spendere meglio". L'uso di gioielli e di profumi è consentito solo in caso di "cene festive e di sollazzi solenni". Insomma il vestire

dell'avvocato deve essere sempre mondo, acconcio, commisurato ai tempi, all'età, alle persone ed ai luoghi frequentati, e mai dia mostra di noncuranza della propria persona. Il cibo poi deve essere sobrio e frugale e, poiché il desinare costituisce una pausa nelle faccende dell'avvocato, non bisogna eccedere in cibo e bevande. Infatti il pranzo è destinato a confortare il corpo non a dilettarlo o ad esaltarlo o ad opprimerlo. Passando ai sollazzi dell'avvocato, l'autore ritiene che essi debbano essere commisurati alla dignità del suo ruolo. Sono quindi vietati quei giochi e trastulli, che si addicono invece alle persone spensierate, a donne o fanciulli; sono anche vietate la caccia e la pesca, perché richiedono troppo tempo; i giochi d'azzardo, perché "commuovono gli affetti" e, potendo determinare perdite pecuniarie, andrebbero ad incidere sulla fede e la dignità. Anche i giochi ginnastici sono considerati dall'autore inopportuni (quindi non andate in palestra), perché essi comportano dispendio di energie e, pertanto, un corpo stanco perde vigore ed intelletto. Secondo l'autore l'avvocato non deve evitare completamente questa forma di giochi ma può dedicarsi ad essi con prudenza e non andarseli a cercare (se capitano, vanno bene). Inoltre non è consentito fare il mimo, il saltatore, il buffone e cantare nelle comitive o danzare smodatamente. Tra i giochi di carte sono permessi solo quelli, che richiedono ingegno e non fortuna, come ad esempio il quadriglio.

Tutto quanto innanzi lo ha detto Vincenzo Moreno nel 1843 e non ho aggiunto niente di mio. I suoi precetti mi sembrano un po' troppo rigidi, anche se, oggi come oggi, un po' di rigore non farebbe male. Monti *docet!*

## Il pungiglione.

di Raffaele Fasolino

Ho scelto questo titolo perché quello che mi accingo a scrivere provocherà certamente qualche "fastidio" a mo' del pungiglione degli insetti ma, anche con tale consapevolezza, esprimerò liberamente il mio "pensiero" frutto non di fantasia ma di esperienza di vita civile e professionale.

Prima, però, di iniziare la semplice trattazione, avendo la certezza che gli argomenti susciteranno tante polemiche e molte critiche, devo fare due precisazioni:

a) che tutto quanto scriverò è "frutto" di osservazioni in vari uffici giudiziari e non solo in quello di Nocera Inferiore;

b) che non intendo riferirmi assolutamente a persone individuabili trattando le questioni in modo

del tutto impersonale, per cui se qualcuno si identifica nel soggetto "positivo" o "negativo" non sarà colpa mia ma della sua approfondita filosofia del "conosci te stesso".

E vengo agli argomenti:

A) Della Magistratura Onoraria.

La Magistratura Onoraria, fu rappresentata, fino alla soppressione delle Preture e la creazione del Giudice di Pace, dai Conciliatori e dai V. Pretori che costituivano la "Vera Magistratura Onoraria" perché assolutamente gratuita e, di conseguenza, qualificata. Successivamente di "Onorario" è rimasto ben poco (o niente) dal momento che è stato previsto (ancorché in misura molto modesta ed, a volte, offensiva) un qualche "compenso", di guisa che si è verificata una pleora di "domande" sollecitate finanche (almeno inizialmente per i Giudice di Pace) con spot televisivi. Le conseguenze sono sotto gli "occhi" di tutti perché, accanto a tanti Magistrati "onorari" validissimi sotto tutti gli aspetti, siano essi G.O.T. V.P.O. o Giudici di Pace, si sono "inserite" persone inadeguate al delicato compito di giudicare, sia per competenza che per preparazione, onde le doglianze (legittime) di "utenti" ed avvocati. Sarebbe, pertanto, opportuno che si tornasse alla Magistratura "Onoraria" senza compensi: si avrebbe certamente una riduzione numerica ma una qualificazione maggiore perché gli "Onorari" sarebbero persone "innamorate" (esistono ancora !!!) del diritto.

B) Amici e conoscenti.

Un professore, vera e propria "istituzione" del liceo classico "G.B. Vico" di Nocera Inferiore, mi concedeva il piacere e l'onore di frequentarlo quasi serotinamente ed in questi nostri incontri mi arricchiva di "esperienze". Una sera ritenne di precisarmi che usiamo troppo spesso il termine e la qualifica di "amico" senza conoscere bene il significato perché si dovrebbe usare comunemente il termine "conoscente" e solo raramente quello di "amico". A mia richiesta per qualche ulteriore chiarimento espose un esempio: allorché indichi una festa ed inviterai un centinaio di persone, questi saranno quasi tutti presenti e li qualificherai "amici". Se di lì a poco avrai bisogno di un aiuto (morale o materiale che sia) si presenteranno non più di una decina dei cento invitati alla festa: solo questi potranno essere qualificati "amici" mentre i restanti sono semplici "conoscenti". E come dargli torto?

C) Ignoranza e presunzione.

Sempre lo stesso professore affermava che durante i suoi tanti lustri di insegnamento e di frequentazioni varie aveva maturato la certezza che "ignoranza e presunzione sono sorelle siamesi". All'epoca ebbi qualche dubbio sulla sua "certez-

za" ma nel corso degli anni (purtroppo) ho potuto direttamente constatare che effettivamente "ignoranza e presunzione" sono sorelle siamesi e che neanche il più valido chirurgo può separarle perché sono, per natura, destinate a convivere (purtroppo!!!).

D) Rapporto giudici e avvocati.

Dal secondo anno di università volli dare inizio ad una "sommatoria" pratica forense e ciò feci presso lo studio del gran signore e dell'eccellente avvocato Mario Santini al quale, quotidianamente, correvo dietro con la borsa. La frequentazione degli uffici giudiziari mi affascinò soprattutto per il rapporto reciproco di stima e cordialità (che non era connivenza !!) fra giudici e avvocati e fra costoro vicendevolmente anche se non era stato dato alla "stampa" il "Codice deontologico". Con il passare degli anni (e sono trascorsi tanti e tanti lustri) questi rapporti sono andati modificandosi *in peius* nel senso che fra giudici e avvocati si è quasi genericamente formato un ingiustificato ed ingiustificabile solco.

E) Della defunta mediazione.

In un mio precedente "articoletto" qualificai la "mediazione" un "nuovo mostro" e la Corte Costituzionale, sia pure con la lentezza del bradipo, ha dichiarato incostituzionale la legge che la istituiva. Allora è lecito soffermarsi sul "pressapochismo" dei nostri "dilettanti" legislatori, capaci non solo di creare disordine su disordine, incertezze su incertezze ma di impegnare i "paludati" custodi della costituzione nel sovrumano "sforzo" di dichiarare incostituzionale una legge che tale appariva non già ai soloni del diritto ma finanche ad un modesto "ciabattino del diritto" come mi sono sempre ritenuto.

F) Dell'etica professionale.

Chi scrive, per chi non lo sappia, è un ottantenne onde è vissuto "professionalmente" in più di una generazione e può affermare, senza offesa per chicchessia, l'esistenza di un decadimento etico nonostante la "codificazione" dei comportamenti da tenere. È ben vero che l'intero sistema di vita è mutato negli anni ma (vivaddio !!) ben potevasi conservare quell'etica "antica" fra avvocati improntata alla reciproca stima e rispetto. Oggi, purtroppo, dell'Avvocatura (e non solo) il rispetto reciproco spesso viene a mancare e non può, a mio avviso, essere giustificato, dalla necessità di "emergere" di "fare strada" di sottrarre ad altri qualche "cliente" dimostrando che davvero *homo hominis lupus est*.

G) Consiglio finale: se a taluni il pungiglione oltre che al normale "prurito" ha aggiunto gonfiore e bruciore consiglio una semplice pomata fatta di umiltà, buon senso ed onestà.

E per oggi può bastare.

# Historia et Antiquitates

Siamo grati al dottore Alfredo Franco per questo suo studio che ha dato nuova interpretazione al calice di Anagri donando agli studiosi del settore indicazioni preziose. Ricordiamo ai lettori che il 31 gennaio 2010 il nostro amico, ricercatore, paleografo e scrittore di 'Storia Patria', è stato nominato 'Personaggio sarnese della cultura', con questa motivazione: "Per la sua lodevole attività di studio e ricerca, con la quale ha contribuito ad accrescere, con inedite pagine di storia, il prestigio della Città di Sarno".

## Tra fede e rappresentazione di ceto: sui committenti del calice argenteo di Anagri.

di Alfredo Franco

Dal 2008 è esposto nel Museo Diocesano "San Prisco" di Nocera Inferiore un prezioso calice d'argento dorato e smaltato proveniente dalla chiesa di San Giovanni Battista in Anagri, la cui esecuzione è stata posta convincentemente in Napoli tra 1350 e 1375.

Sui lobi della base vi sono tre tondi con l'arme del donante sinora rimasta non identificata poiché le ricerche sul prezioso oggetto si sono concentrate poco sull'aspetto meramente araldico privilegiando gli aspetti stilistici e l'iconografia votiva di corredo. Lo stemma che compare è «costituito da uno scudo con tre fiori stilizzati su una banda orizzontale ed il corpo pieno di ovuli» e che, in accordo con un antico stemmario d'area campana, meglio si direbbe - in modo però meno comprensibile a chi non è avvezzo al linguaggio criptico del blasone -: *truncato d'argento e di rosso, alla fascia d'oro attraversante sulla partizione e accompagnata in capo da tre rose male ordinate di rosso, in punta da sei losanghe d'argento* (ordinate 3, 2, 1). In altri codici lo stemma appare con colori diversi e con la disposizione delle losanghe piuttosto varia, ma in buona sostanza l'aspetto è omografo. L'arme appartiene alla famiglia De Risi ed è chiaramente uno stemma definito "parlante", poiché le losanghe od ovuli posti nella parte inferiore richiamano alla memoria dei chicchi di riso. (figure 1 e 2) La più antica attestazione di questa famiglia nelle nostre contrade rimonderebbe ad un giudice



Sergio de Riso vivente in Nocera alla fine del secolo XII secondo la non sempre attendibile opera dei nostri eruditi. La famiglia si sarebbe stabilita in Anagri con Riso de Risis il quale nel 1308 avviò i lavori di costruzione della chiesa di Santa Maria e San Nicola «ai Rafanoli» nel luogo che in seguito sarà il centro del Casale Risi, contrada della cittadina. Lo stesso personaggio avrebbe presenziato alla consacrazione della pia fondazione nel 1321 ed avrebbe donato un calice d'argento. Tale prassi di donare calici o oggetti preziosi alle fondazioni religiose, sebbene antica, è scarsamente attestata durante il medioevo per il contesto territoriale dell'alta Valle del Sarno. Per la sola città di Sarno, ad esempio, nel tardo secolo XV sono documentate solo quattro disposizioni testamentarie in cui vi è la donazione di un calice argenteo ad un pio luogo, ad una congregazione o alla propria cappella. La più tarda di queste è relativa ad una innominata *nobilis mulier* che nel 1498 dona un calice di argento alla congrega laicale di San Bernardino, indicandone il prezzo in ben dieci ducati. Uno dei discendenti di Riso de Risis, o forse un suo figlio considerato il poco scarto cronologico tra dotazione della cappella e realizzazione dell'oggetto custodito nel Museo Diocesano, commissionò quindi un altro calice di fattura più elaborata e munito di stemma, indice di una specifica volontà di rappresentare anche graficamente la preminenza del casato in quella cittadina.

A questa forte connotazione familiare, mediante lo stemma, segue poi l'altra di natura religiosa. Nei castoni ovoidali posti nel nodo tra gambo e coppa dell'oggetto (19,5 mm Ø maggiore, 17,5 mm Ø diametro minore) sono inserite le effigi del Cristo, di San Pietro, di Santa Maria, di San Giovanni Battista, di San Paolo, e di un santo che con una mano regge la Bibbia o il Vangelo e con l'altra benedice. Ora, tenendo presente l'intitolazione della chiesetta «ai Rafanoli», si potrebbe identificare la figura con San Nicola di Myra, il cui culto è assai diffuso nell'agro sarnese-nocerino tanto in epoca medievale quanto in epoca moderna e le cui spoglie mortali nella cattedrale barese erano oggetto di devoti pellegrinaggi. Considerando meglio l'iconografia del tondo, tuttavia, si rileva come l'aspetto del presule non è quella tradizionale poiché non presenta né barba né pastorale.

All'epoca della presunta fondazione della chiesa dei De Risis era abbastanza diffuso nel Meridione il culto di San Ludovico d'Angiò, vescovo di Tolosa, santo "dinastico" e perciò in un certo qual modo anche "nazionale", il che potrebbe aver indotto il patrono della chiesetta a riportarne l'effigie sul calice. Una diversa ipotesi (e sembrerebbe

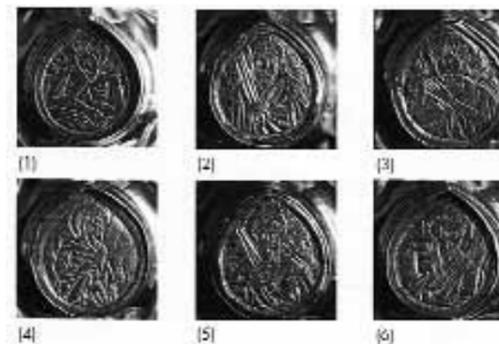


Fig 3. Immagine votiva del Santo del castone 6.

Fig 4. Schema di lettura dell'invocazione.



la più attendibile ed anche la più semplice) porterebbe invece alla identificazione di questo santo con San Giovanni Evangelista che è raffigurato con le sembianze giovanili anche in dipinti che sono conservati localmente, come appunto nel polittico dell'altare maggiore. L'immagine del tondo votivo, quindi, potrebbe essere attribuita a uno di questi santi in via del tutto ipotetica vista la genericità degli attributi. (figura 3)



Castoni ovoidi.

Nella stretta fascia posta proprio al di sotto dei castoni (circa 7 mm di altezza, per la lunghezza di circa 16 mm per sezione) vi corre una invocazione alla Vergine realizzata in una tarda gotica epigrafica dalla forma assai particolare, molto ricca di svolazzi e banderuole esornative. Con una certa difficoltà si può leggere la seguente iscrizione: *Ad ad* (sic! ripetuto) *Maria ave Maria d + r a m +* (vedi schema allegato). Si può notare come le prime due lettere D siano realizzate in una capitale dai tratti ispessiti, mentre la terza è in stile onciale forse per sottolinearne la valenza. Ciò detto e fatta salva una possibile e miglior lettura, soprattutto per la stranezza della ripetizione della preposizione iniziale *ad* che resta da spiegare, è possibile proporre la seguente interpretazione: *Ad ad Maria ave Maria d(omina) + r(egina) a(c) m(ater) +*. (figura 4)



Particolari della fascia con l'invocazione.



Il calice argenteo.

## Sotto la lente

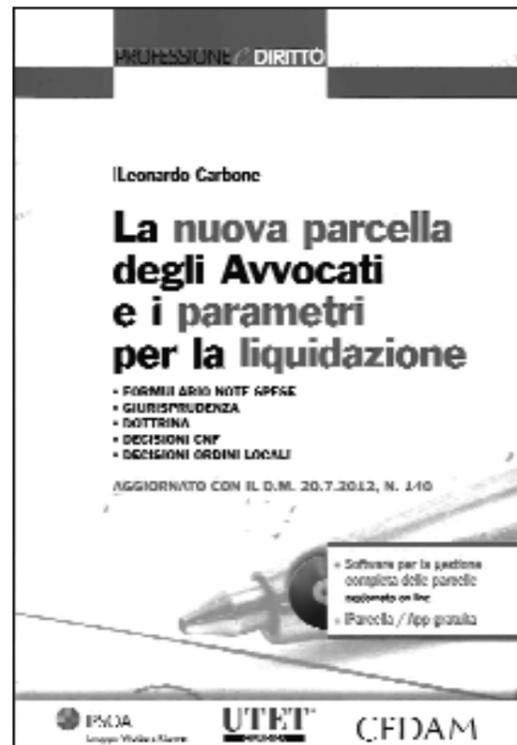
a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "La nuova parcella degli Avvocati e i parametri per la liquidazione".

Renato Diodato  
Presidente della Commissione Biblioteca

**La nuova parcella degli Avvocati e i parametri per la liquidazione. Leonardo Carbone.**  
Ipsa editore, 2012, pp 300, € 55,00.

L'avvocato Leonardo Carbone, oltre ad esercitare la professione di avvocato, è anche un docente a contratto presso la Scuola delle Professioni Legali delle Università di Macerata e di Camerino, e presso la Scuola di specializzazione in Diritto Sindacale, del Lavoro e della Previdenza dell'Università di Macerata. È anche autore di numerose pubblicazioni in materia di diritto del lavoro e previdenza dei liberi professionisti e delle tariffe forensi. Inoltre, è direttore delle riviste *La previdenza forense* e *Diritto e lavoro nelle Marche*. L'avvocato Leonardo Carbone è l'autore di una recentissima pubblicazione dell'ottobre 2012, e cioè *La nuova parcella degli Avvocati e i parametri per la liquidazione*. Dopo l'abrogazione della tariffa forense di cui al D.M. 8 aprile 2004, n. 127, ad opera dell'articolo 9 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni nella legge 24 marzo 2012, è stato emanato il D.M. 20 luglio 2012 n. 140, entrato in vigore il 23 agosto 2012. Quest'ultimo prevede, tra l'altro, che l'attività giudiziale civile, amministrativa e tributaria è distinta nelle seguenti fasi: fase di studio della controversia, fase introduttiva, fase istruttoria, fase decisoria, e fase esecutiva. Per la determinazione del compenso spettante all'avvocato per le attività sopraindicate sono stati previsti dei parametri specifici di cui all'allegata tabella A-AVVOCATI. Il compenso è liquidato per fasi. Per la determinazione del compenso spettante all'avvocato per l'attività giudiziale penale, sono state previste egualmente le cinque fasi sopramenzionate, con l'indicazione di parametri specifici di cui all'allegata tabella B-AVVOCATI. Il compenso è liquidato egualmente per fasi. In ordine all'attività stragiudiziale, prestata dall'avvocato, la stessa viene liquidata, tenendo presente la materia ed il valore dell'affare, l'importanza ed il numero delle questioni trattate, il pregio dell'opera prestata, i risultati ed i vantaggi, anche non economici, conseguiti dal proprio assistito, nonché dell'eventuale urgenza della prestazione effettuata. Quando la controversia si conclude con una conciliazione, il compenso è aumentato fino al 40%. L'autore esamina, poi, le disposizioni concernenti i dottori commercialisti ed esperti contabili, i quali devono



essere tutti iscritti all'albo, le disposizioni concernenti i notai, quelle riguardanti le professioni dell'area tecnica, tra i quali l'architetto, l'ingegnere, il geometra, ed, infine, quelle che interessano le altre professioni, stabilendo per tutti il parametro in base al quale vanno liquidati agli stessi i compensi professionali.

Il volume contiene la documentazione e fac-simili per determinare e recuperare le competenze professionali, quali la tabella di anticipo del fondo spese, dovuto dal cliente, la richiesta del parere di congruità su parcella al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, il ricorso per decreto ingiuntivo per il recupero delle spettanze professionali. Contiene, ancora, contratti d'opera professionale avvocato-cliente, nonché circa 50 fac-simili di parcella per le prestazioni professionali. L'opera, alla fine, è munita di un indice analitico-alfabetico, molto dettagliato, che ne rende semplice e facile la consultazione, in quanto, sia il giudice, sia l'avvocato, sia il cliente, possono subito individuare non solo il fac-simile, ma anche l'argomento che interessa.

Inoltre, al volume è allegato un CD ROM, che contiene, tra l'altro, fac-simili di parcella, che consentono di compilare la stessa in tempi brevi. La redazione della parcella ha creato sempre delle difficoltà all'avvocato, anche dopo l'abrogazione della tariffa forense. Un aiuto importante a superare detta difficoltà viene, senza ombra di dubbio, dall'opera dell'avvocato Carbone, che costituisce, tra l'altro, uno strumento facile e sicuro per la conoscenza e per l'applicazione dei parametri, da parte dei giudici, degli avvocati, e dei clienti, anche perché detta opera è arricchita da una copiosa e recentissima giurisprudenza, sia di merito che di legittimità.

## Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

### Le notifiche a mezzo PEC.

Estratto D.L. 179/2012, articolo 16, Biglietti di cancelleria, comunicazioni e notificazioni per via telematica.

**4.** Nei procedimenti civili le comunicazioni e le notificazioni a cura della cancelleria sono effettuate esclusivamente per via telematica all'indirizzo di Posta Elettronica Certificata risultante da pubblici elenchi o comunque accessibili alle pubbliche amministrazioni, secondo la normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. Allo stesso modo si procede per le notificazioni a persona diversa dall'imputato a norma degli articoli 148, comma 2 bis, 149, 150 e 151, comma 2, del Codice di procedura penale. La relazione di notificazione è redatta in forma automatica dai sistemi informatici in dotazione alla cancelleria.

**5.** La notificazione o comunicazione che contiene dati sensibili è effettuata solo per estratto con contestuale messa a disposizione, sul sito internet individuato dall'amministrazione, dell'atto integrale cui il destinatario accede mediante gli strumenti di cui all'articolo 64 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.

**6.** Le notificazioni e comunicazioni ai soggetti per i quali la legge prevede l'obbligo di munirsi di un indirizzo di Posta Elettronica Certificata, che non hanno provveduto ad istituire o comunicare il predetto indirizzo, sono eseguite esclusivamente mediante deposito in cancelleria. Le stesse modalità si adottano nelle ipotesi di mancata consegna del messaggio di posta elettronica certificata per cause imputabili al destinatario. ...

**14.** All'articolo 40 del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115 è aggiunto, in fine, il seguente comma: "1 ter. L'importo del diritto di copia, aumentato di dieci volte, è dovuto per gli atti comunicati o notificati in cancelleria nei casi in cui la comunicazione o la notificazione al destinatario non si è resa possibile per causa a lui imputabile".

### Brevi dalla Cassa Forense.

#### Rateazione di contributi già iscritti a ruolo.

Il Consiglio di Amministrazione della Cassa Forense, nel quadro di una revisione e armonizzazione del sistema di rateazione dei crediti contributivi, per facilitare il pagamento dei contributi dovuti e già iscritti a ruolo, ha deliberato di stipulare una convenzione con Equitalia. Tale convenzione è già operativa dal 1° agosto 2012.

L'agente della riscossione, su richiesta del professionista, può concedere la dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo fino a un massimo di 72 rate mensili (6 anni) nelle ipotesi di temporanea situazione di obiettiva temporanea difficoltà. L'importo minimo di ogni rata non può, comunque, essere inferiore a 100 euro mensili. Il tasso di interesse applicato è del 3% in ragione d'anno, come previsto dalla convenzione stipulata dalla Cassa. La disciplina che regola la concessione del beneficio è differenziata a seconda dell'importo del debito:

- per importi fino a 20.000,00 euro il numero massimo di rate concedibile è pari a 48, fermo restando l'importo minimo della singola rata non inferiore a euro 100. La concessione di tali rateazioni è automatica senza la necessità di allegare alcuna documentazione comprovante la situazione di difficoltà economica;

- per importi superiori a 20.000,00 euro il numero massimo di rate concedibile è pari a 72, fermo restando l'importo minimo della singola rata non inferiore a euro 100.

La concessione di tale rateazioni è subordinata alla verifica della situazione di difficoltà economica. L'agente della riscossione analizza l'importo del debito e la documentazione idonea da allegare alla richiesta. In ogni caso, la domanda di rateazione va presentata, all'agente della riscossione competente per territorio, tramite raccomandata a/r oppure recandosi direttamente agli sportelli del concessionario. Il beneficio della dilazione decade al mancato pagamento di due rate consecutive.

#### Dal 1° novembre iscrizioni alla Cassa on-line.

A partire dal 1° novembre, infatti, per chi si iscrive per la prima volta alla Cassa, sarà possibile avvalersi di una comoda procedura on-line per inoltrare la domanda di iscrizione in modo veloce, completo e sicuro. Per accedere alla procedura è necessario accreditarsi alla sezione riservata del sito internet della Cassa ([www.cassaforense.it](http://www.cassaforense.it)) mediante codice meccanografico e PIN. La procedura richiederà, inoltre, l'indicazione obbligatoria della PEC personale.

Tra gli indubbi vantaggi del nuovo servizio, oltre ai risparmi in termini di costi e di tempi di spedizione, va segnalato anche un canale preferenziale per i tempi di istruttoria che verranno, così, drasticamente abbattuti. L'iniziativa rientra in un più ampio progetto di modernizzazione dei rapporti con gli iscritti che prevede, in un futuro prossimo, l'estensione delle modalità on-line anche per le domande di riscatto, di prestazioni previdenziali, ecc., con un ampio ricorso alla PEC per accelerare i tempi delle comunicazioni.



### STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totale
CASSAZIONISTI	176	6	0	0	182
AVVOCATI	1259	10	6	2	1277
<b>TOTALE</b>	<b>1435</b>	<b>16</b>	<b>6</b>	<b>2</b>	<b>1459</b>

PRAT. SEMPLICI	225
PRAT. ABILITATI	449
<b>TOTALE</b>	<b>674</b>

CASSAZ. E AVVOCATI	1459
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	674
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>2133</b>

### STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totale M • F
CASSAZIONISTI	150 • 26	5 • 1	0 • 0	0 • 0	155 • 27
AVVOCATI	610 • 649	3 • 7	5 • 1	1 • 1	619 • 658
<b>TOTALE</b>	<b>760 • 675</b>	<b>8 • 8</b>	<b>5 • 1</b>	<b>1 • 1</b>	<b>774 • 685</b>

	M • F
PRAT. SEMPLICI	99 • 126
PRAT. ABILITATI	174 • 275
<b>TOTALE</b>	<b>273 • 401</b>

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	774 • 685
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	273 • 401
<b>TOTALE ISCRITTI</b>	<b>1047 • 1086</b>