

OMNIA *i*USTITIAE

ANNO III NUMERO 3
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

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



EDITORIALE
Avvocatura:
potere contrattuale zero

CONTRIBUTI DAI COLLEGI
L'indulto

ANTIQUITATE
La fontana di San Nicola
a Sant'Egidio
del Monte Albino

SOTTO LALENTE
Il nuovo mercato del lavoro

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Bando esame
di abilitazione all'esercizio
della professione di Avvocato

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

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

Presidente

Aniello Cosimato

Direttore Editoriale

Luigi Ciancio

Direttore Responsabile

Marianna Federico

Comitato di Redazione

Matteo Baselice

Silvio Calabrese

Maria Coppola

Gianluigi Diodato

Gianluca Granato

Marco Mainardi

Piervincenzo Pacileo

Annalisa Spinelli

Giuseppe Tortora

Alessandro Vella

Segretario di Redazione

Massimo De Martino Adinolfi

Hanno collaborato a questo numero

Luigi Canova

Rino Carpinelli

Renato Diodato

Alba De Felice

Antonino Di Somma

Arturo Ferrante

Marici Magalhaes

Rita Marchitello

Annunziata Senatore

Proposte e suggerimenti ai contatti

Ordine degli Avvocati

di Nocera Inferiore

Tel./Fax 081.929600 - 081.927432

e.mail:

omniaiustitiae@foronocera.it

Progetto grafico a cura di

Marianna Federico

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

In copertina:

Nocera Inferiore, torre del Castello Fienga.

Foto Archivio Altrastampa

Realizzazione Editoriale

Altrastampa Edizioni

cell. 338.7133797

altrastampa@libero.it

© 2006 Foto

Altrastampa Edizioni

© 2006 Testi

Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA IUSTITIAE
ANNO III - NUMERO 3

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Rita Marchitello</i> L'eutanasia: un "diritto" in via di riconoscimento?	20
DOTTRINA E GIURISPRUDENZA		HISTORIA ET ANTIQUITATES	
<i>Gianluigi Diodato</i> Rapporto di lavoro subordinato. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Requisiti e legittimità	6	<i>Marici Magalhaes</i> La fontana di San Nicola a Sant'Egidio del Monte Albino e un magistrato di <i>Nuceria Constantia</i>	28
<i>Gianluigi Diodato</i> Rapporto di lavoro subordinato. Nozione ed elementi costitutivi. Insussistenza ed esclusione	7	CONTRIBUTI DAI COLLEGHI	
<i>Antonino Di Somma</i> Il nuovo provvedimento prefettizio di espulsione degli stranieri	8	<i>Luigi Canova</i> L'indulto	31
<i>Annunziata Senatore</i> Applicazione della pena su richiesta delle parti e revoca della sospensione condizionale della pena, alla luce della recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione	11	<i>Rino Carpinelli</i> Giustizia e paremiologia	32
<i>Alba De Felice</i> Disconoscimento di paternità ed adulterio: via libera alle indagini genetiche ed ematologiche anche in assenza di prova certa sull'adulterio	15	LA PAGINA DEI CONVEGNI	
<i>Arturo Ferrante</i> Sul concorso della persona offesa nella causazione dell'evento: il nesso di casualità nei reati colposi omissivi impropri	18	<i>Maria Coppola</i> Risarcimento dei danni da circolazione stradale tra rito ordinario e rito speciale	34
		SOTTO LALENTE	
		<i>a cura di Renato Diodato</i> Il nuovo mercato del lavoro. D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276	40
		NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE	
		<i>la redazione</i> Bando esame di abilitazione all'esercizio della professione di Avvocato	41
		"Decreto Bersani": osservazioni del Consiglio Nazionale Forense	43
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Avvocatura: potere contrattuale zero.

Ci siamo lasciati, prima della pausa estiva, con l'astensione dalle udienze proclamata in seguito alla emanazione del cosiddetto "decreto Bersani", per ritrovarci, nel periodo post feriale, con una nuova astensione. Che va a coincidere con la celebrazione del Congresso Nazionale Forense, nel corso del quale - ci si augura - vengano affrontati, in maniera decisa, i problemi della categoria; o meglio, per la sopravvivenza dell'avvocatura.

È fuori di dubbio che quest'ultima abbia la indilazionabile necessità di rinnovarsi, dandosi delle norme regolatrici in linea coi tempi, atteso che la legge professionale è datata 1933.

E sicuramente non è, a nostro avviso, una legge che statuisce in materia di liberalizzazione delle professioni lo strumento più idoneo a porre mano ad una riforma seria e dignitosa.

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

Il decreto Bersani, oggi convertito nella Legge 4 agosto 2006, n. 248, è la esemplificazione di quanto scritto.

Non è con l'abrogazione dei minimi tariffari o del divieto di pubblicizzare la propria capacità professionale e ancor meno quello dell'utilizzo di studi professionali interdisciplinari che si può tendere ad una concreta riforma del settore.

Va, invece, prontamente modificata la legge professionale allo scopo di raggiungere livelli riformatori adeguati a quelli degli altri paesi europei.

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

La riprova di quanto sostenuto (avremmo piacere di essere smentiti del contrario) è di data recente: 21 luglio 2006.

Nel giorno detto, l'avvocatura italiana, forte dei suoi 180mila iscritti, si era data appuntamento a Roma per una "Manifestazione Nazionale di protesta" contro il decreto Bersani.

Il piano di mobilitazione prevedeva una massiccia presenza di iscritti a disposizione dei quali i Consigli dell'Ordine avrebbero assicurato mezzi di trasporto gratuiti.

Da Nocera, a fronte di 60 prenotazioni su 1648 iscritti, si è partiti in 23, di cui 10 consiglieri del locale Ordine. Alla faccia della unitarietà e della mobilitazione!

Meglio non è andata agli altri Ordini ove si consideri che a Roma, quella che doveva essere un'adunata oceanica si è rivelata, a nostro avviso, una scampagnata fuori porta, poco più affollata di qualche congresso nazionale di categoria.

Il piano di mobilitazione non ha sortito effetto alcuno dimostrando - qualora ce ne fosse stato bisogno - quanto poco continuo le proteste degli avvocati. Al punto che, nella sfilata organizzata estemporaneamente al termine dell'Assemblea e che aveva come tappa palazzo Chigi, dove peraltro era riunito il Consiglio dei Ministri, nessuno di questi ultimi ed ancor meno il presidente ha inteso ricevere i "manifestanti". Maggiore affronto non poteva registrarsi!

A tutte le categorie interessate dal decreto Bersani è stato concesso un tavolo di concertazione; di qualcuna sono state accolte anche le richieste; qualche altra è riuscita a strappare una promessa anche se poi non suffragata in sede di conversione. Alla categoria degli avvocati, niente!

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



Resta valido, quindi, il ragionamento relativo all'assenza di omogeneità dell'avvocatura dove ognuno pensa a sé, ignorando problemi e difficoltà dell'altro: figuriamoci, dell'intera classe forense.

La mobilitazione ha un senso, se ad essa partecipa non il 2 o 3 per cento degli iscritti ma almeno il 50 per cento degli avvocati; l'astensione ha una sua valenza, se tutti gli iscritti realmente rinunciano a celebrare le udienze e non, invece, a giocare d'astuzia facendo rientrare tra quelle "trattabili" anche le cause di risarcimento danni.

Di contro, resta vanificata ogni iniziativa tesa a restituire all'avvocatura il ruolo che le compete esponendola ad una progressiva emarginazione che, allo stato, è più che evidente.

Ma quanti dei 180mila iscritti, ci si chiede, hanno veramente a cuore le sorti dell'avvocatura?

Quanti di essi hanno saputo, sanno o cercano di sapere per quali reconditi motivi l'avvocatura ha proclamato l'astensione dalle udienze?

Quanti frequentano assiduamente le aule giudiziarie, svolgendovi costante attività?

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

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

Carlo Coppola,
Avvocati in piazza
della Vicaria,
Napoli,
Museo di San Martino.

Dottrina e Giurisprudenza

Gianluigi Diodato

Rapporto di lavoro subordinato. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Requisiti e legittimità.

Tribunale di Nocera Inferiore, Sezione Lavoro, Giudice dott. Francesco Ruggiero, sentenza n. 663/06 del 20 aprile 2006, Esposito/Italblok srl/Eredi Taglietti + altri.

Il motivo oggettivo di licenziamento, determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, atteso che la scelta dei criteri di gestione dell'impresa è espressione della libertà di iniziativa economica protetta dall'articolo 41 della Costituzione. Trattasi, pertanto, di profili insindacabili da parte del Giudice del Lavoro, al quale, invece, spetta il compito di condurre un'accurata indagine al fine di accertare l'effettiva sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore.

La fattispecie rilevante nel provvedimento innanzi richiamato è quella del c.d. licenziamento per giustificato motivo oggettivo. A mente dell'art. 3 della L. n. 604 del 15/7/1966, il licenziamento per giustificato motivo può essere determinato, oltre che da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro (c.d. giustificato motivo soggettivo), anche da "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Alla base della risoluzione unilaterale del rapporto di lavoro, pertanto, vi sono circostanze e situazioni, di immediata incidenza sulla realtà aziendale o facenti capo al lavoratore ma non riconducibili ad un suo inadempimento, che non consentono "obiettivamente" la prosecuzione del rapporto di lavoro e che "giustificano" la recisione *ante tempus* dello stesso.

Se da un lato è opinione pacifica in dottrina che il predetto licenziamento può considerarsi legittimamente irrogato solo se costituisce un rimedio estremo, imponendo all'imprenditore l'obbligo primario di ricercare ogni alternativa percorribile per scongiurare la perdita del posto di lavoro¹, dall'altro si può certamente osservare che tale istituto è disciplinato da una c.d. norma in bianco, ovvero da una disposizione di legge di sostanziale genericità che rimanda agli operatori di diritto il

compito - tutt'altro che agevole - di attribuirle un contenuto concreto².

A tal uopo, sommariamente ed a titolo meramente esemplificativo, sulla scorta di molteplici ma non sempre univoci precedenti giurisprudenziali, si può affermare che la soppressione del settore lavorativo, del reparto, ovvero del posto cui era addetto il dipendente licenziato, conseguente ad un effettivo e non pretestuoso riassetto organizzativo operato dall'imprenditore per una più economica gestione dell'impresa³, per l'avvenuta ultimazione dei lavori appaltati⁴, ovvero per effetto dell'affidamento a soggetti esterni all'azienda dello svolgimento della medesima attività del lavoratore⁵ rappresentano le principali *species* di risoluzione sussumibili nel *genus* delle richiamate ragioni dell'organizzazione del lavoro e dell'attività produttiva.

Tali ragioni, difatti, sono solite essere analizzate congiuntamente, in quanto, secondo l'orientamento dottrinario prevalente, le stesse riguardano decisioni in ordine all'assetto aziendale che interessano solitamente una pluralità di lavoratori⁶.

Lo scarso rendimento del lavoratore⁷, la sopravvenuta inidoneità fisica dello stesso⁸, il superamento del periodo di comporto anche per le ipotesi di c.d. eccessiva mobilità⁹, la carcerazione preventiva per fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro¹⁰ e l'incapacità di proseguire l'intercorso rapporto *per factum principis*¹¹ rappresentano, invece, quelle circostanze soggettive, differenti dall'inadempimento, sanzionabili dall'imprenditore al fine di garantire ed assicurare il regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro.

Nella pronuncia in epigrafe, il lavoratore si rivolgeva al competente Magistrato del Lavoro ed impugnava l'intimato licenziamento per riduzione di personale, riconducibile alla grave situazione di mercato del momento ed alla conseguente impossibilità del datore di continuare l'intercorso rapporto di lavoro. A suffragio della spiegata impugnativa, parte ricorrente asseriva, tra l'altro, che nel periodo in esame non c'era stato alcun segnale di contrazione del mercato, concludendo per la declaratoria di illegittimità dell'avvenuto recesso datoriale con l'immediata reintegrazione nel posto di lavoro in precedenza occupato.

Rependo *in toto* il consolidato orientamento giurisprudenziale, a mente del quale il Giudice non può sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione

della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione¹², l'adito Giudicante ha proceduto ad un'accurata verifica della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore.

Orbene, poiché la situazione di crisi del datore recedente è risultata di palmare evidenza dalla documentazione esibita (ultimi bilanci societari, libro matricola), dalla mancata assunzione di nuovo personale prima e dopo l'avvenuto recesso e dall'impossibilità di ricollocare *aliunde* la dipendente, il Giudice ha concluso per il rigetto dell'agitata impugnativa e per la piena liceità dell'intimato licenziamento, ravvisando nello stesso gli estremi del giustificato motivo oggettivo.

È necessario, difatti, nel caso di specie, garantire un congruo temperamento di interessi antitetici, quali l'interesse di chi fa impresa all'autodeterminazione nelle proprie scelte economico-organizzative, e l'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro.

Risulta inevitabile, pertanto, che, poiché va qualificato "giustificato" il licenziamento solo se questo costituisca una *extrema ratio*, grava sull'imprenditore l'onere di provare la sussistenza di elementi univoci e concordanti, volti a dimostrare che nell'ambito della organizzazione aziendale, esistente all'epoca del licenziamento, non vi erano altre possibilità di evitare la risoluzione del rapporto se non quella, vietata dall'art. 2103 c.c., di adibire il lavoratore ad una mansione dequalificante rispetto a quella dallo stesso esercitata prima della ristrutturazione aziendale¹³.

Come più volte precisato nel provvedimento in esame, è necessario, inoltre, che la motivazione della sanzione trovi fondamento in circostanze attuali e non future ed eventuali¹⁴, e che il datore di lavoro assolva l'obbligo di c.d. "*repechage*", ovvero dimostri l'effettiva impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni nell'ambito della propria organizzazione aziendale¹⁵.

Quest'ultimo obbligo, tuttavia, in uno al relativo *onus probandi*, non sussiste in capo al datore di lavoro, qualora il dipendente non possa più svolgere le mansioni cui sia stato addetto a causa di impedimento allo stesso imputabile per dolo o colpa. Tale prova, infatti, si rende necessaria solo quando l'impedimento non sia addebitabile al lavoratore¹⁶.

Licenziamenti, Milano, 2003, Galantino, *I licenziamenti collettivi*, Milano, 1986.

² Giugni, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Intervento in, Milano, 1969.

³ Ad esempio, Cass. civ., Sez. Lavoro, 24/02/2005, n. 3848.

⁴ Si veda Cass. civ., Sez. Lavoro, 09/06/2005, n. 12136.

⁵ In particolare, Cass. civ., Sez. Lavoro, 23/06/1998, n. 6222.

⁶ Per tutti, Pera, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.

⁷ Cass. civ., Sez. Lavoro, 05/03/2003, n. 3250, contra, inteso come g.m. soggettivo, Cass. civ., Sez. Lavoro, 09/09/2003, n. 13194.

⁸ Cass. civ., Sez. Lavoro, 27/06/2003, n. 10272.

⁹ Cass. civ., Sez. Lavoro, 06/09/2005, n. 17780.

¹⁰ Cass. civ., Sez. Lavoro, 05/05/2003, n. 6803.

¹¹ Ad esempio, per il ritiro del porto d'armi ad una guardia giurata, v. Cass. civ., Sez. Lavoro, 08/11/2005, n. 21672.

¹² Sul punto, tra le tante, Cass. civ., Sez. Lavoro, 04/11/2004, n. 21121, Cass. civ., Sez. Lavoro, 23/03/2004, n. 5808, Cass. civ., Sez. Lavoro, 16/05/2003, n. 7717.

¹³ Al riguardo, si segnalano Cass. civ., Sez. Lavoro, 20/08/2003, n. 12270 e Cass. civ., Sez. Lavoro, 20/08/2003, n. 12261.

¹⁴ In tal senso, Cass. civ., Sez. Lavoro, 20/08/2003, n. 12261, Cass. civ., Sez. Lavoro, 14/12/2002, n. 17928, Cass. civ., Sez. Lavoro, 16/05/2000, n. 6363.

¹⁵ Cass. civ., Sez. Lavoro, 09/06/2005, n. 12136, Cass. civ., Sez. Lavoro, 09/06/2004, n. 10916, Cass. civ., Sez. Lavoro, 01/10/1998, n. 9768.

¹⁶ Tra le ultime, Cass. civ., Sez. Lavoro, 06/06/2005, n. 11753.

Gianluigi Diodato

Rapporto di lavoro subordinato. Nozione ed elementi costitutivi. Insussistenza ed esclusione.

Tribunale di Nocera Inferiore, Sezione Lavoro, Giudice dott. Francesco Ruggiero, sentenza n. 742/06 dell'11 maggio 2006, Tizio + altri/Gamma srl + 1.

Requisiti essenziali, ai fini della qualificazione di un rapporto di lavoro subordinato ex art. 2094 c.c., sono l'accertamento dell'effettiva inserzione del prestatore di lavoro nel funzionamento e nella struttura organizzativa aziendale, lo svolgimento dell'attività lavorativa in modo continuativo e l'assoggettamento del lavoratore al potere direttivo e gerarchico del datore di lavoro.

A norma dell'art. 2094 del Codice civile, "è prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore".

Collaborazione nell'impresa, dipendenza dall'imprenditore, eterodirezione: sono questi, secondo l'orientamento dottrinario maggioritario, gli elementi essenziali per qualificare un rapporto di lavoro come subordinato¹.

Nel corso degli anni, tuttavia, l'ineludibile mutamento del mercato del lavoro ha comportato la creazione di nuove forme contrattuali, che hanno

¹ Tra i tanti, Mazzotti, *Diritto del Lavoro*, Napoli, 2005, Mazzotta, I

reso inadeguati per eccessiva genericità i criteri normativamente previsti ed innanzi richiamati.

Al fine di ovviare a tale situazione, la giurisprudenza, tanto di legittimità quanto di merito, ha provveduto ad individuare una serie di indici empirici e di circostanze sintomatiche, in presenza delle quali si può ragionevolmente desumere la sussistenza della natura subordinata di un determinato rapporto lavorativo.

Nella pronuncia di cui all'oggetto, diversi lavoratori, sulla premessa di aver dispiegato le proprie energie lavorative alle dipendenze della società resistente e di non aver ricevuto una retribuzione adeguata alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato, instavano al fine di ottenere il pagamento di emolumenti per le causali indicate in ricorso. Parte resistente, a seguito di rituale costituzione, eccepiva, *in limine litis*, la propria carenza di legittimazione passiva, deducendo che i ricorrenti avevano disimpegnato le asserite prestazioni alle dipendenze di un altro soggetto, al quale erano stati concessi in subappalto i lavori oggetto dell'agitata vertenza.

Ammessa ed espletata la prova per testi, il Giudice del Lavoro, sulla scorta di un'accurata indagine condotta in sede istruttoria, rigettava la domanda ritenendo che, nel caso di specie, non sussistevano quelli che, secondo giurisprudenza univoca della Suprema Corte, costituiscono gli elementi essenziali della subordinazione, ovvero l'effettivo inserimento dei lavoratori nel funzionamento e nell'organizzazione aziendale, l'espletamento di una prestazione avente il crisma della continuità e la soggezione al potere direttivo e gerarchico del datore di lavoro².

Nella parte motiva dell'epigrafata sentenza, sulla scia di un orientamento ormai consolidato del Supremo Collegio, l'adito Giudicante ha, inoltre, ricordato che, per la sussunzione di un rapporto di lavoro nella fattispecie della subordinazione di cui all'art. 2094 c.c., valore meramente sussidiario e marginale assume l'accertamento di altri elementi, quali l'osservanza di un orario determinato, il versamento a cadenze fisse di una retribuzione prestabilita e l'appartenenza di mezzi o di strumenti di produzione all'una od all'altra parte contraente³.

Va da sé, inoltre, che ai fini della distinzione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato, occorre far riferimento non già al *nomen juris*, concordato ed attribuito *ab initio* dalle parti, bensì al concreto e fattuale svolgimento di tale rapporto ed alle sue

effettive modalità di estrinsecazione. In un rapporto contrattuale che si protrae nel corso del tempo, difatti, la qualificazione dello stesso costituisce soltanto l'esternazione iniziale della volontà delle parti, che ben può essere, tuttavia, modificata in costanza del predetto rapporto⁴.

Pertanto, l'esatta qualificazione va desunta, oltre che dal dato formale, anche e soprattutto dalle concrete modalità di attuazione del rapporto, nella consapevolezza che, in caso di eventuale contrasto fra dati formali e dati fattuali relativi alle caratteristiche della prestazione, è necessario - *ca va sans dire* - dare prevalente rilievo ai secondi, atteso che la tutela relativa al lavoro subordinato, per il suo rilievo pubblicistico e costituzionale, non può essere elusa per mezzo di una configurazione formale non rispondente alla sua effettiva manifestazione⁵.

Va ricordato, infine, che in tema di qualificazione di rapporto di lavoro come autonomo o subordinato, è sindacabile in Cassazione la sola individuazione dei criteri generali ed astratti che presiedono alla differenziazione delle contrapposte figure. Rappresenta, al contrario, una *questio facti* l'accertamento in concreto dell'effettiva natura del rapporto ed, in quanto tale, quest'ultima è insindacabile in sede di legittimità, se l'*iter* argomentativo seguito dal Giudice *a quo* sia immune da vizi logici e si appalesi congruamente ed adeguatamente motivato⁶.

¹ Tra i tanti, O. Mazzotta, *Diritto del Lavoro*, Milano, 2005, Pizzoferrato, *Gratuità e Lavoro subordinato*, Milano, 1995, Ghera, *Diritto del Lavoro*, Bari, 2000.

² Tra le più recenti, Cass. Sez. Lavoro, n. 5495/2006.

³ In senso conforme, Cass. Sez. Lavoro, n. 5495/2006 innanzi menzionata, Cass. Sez. Lavoro, n. 20002/04, Cass. Sez. Lavoro, n. 4682/2002.

⁴ Al riguardo, si veda Cass. Sez. Lavoro, n. 5495/2006, Cass. Sez. Lavoro, n. 3042/2006.

⁵ Ex multis, Cass. Sez. Lavoro, n. 13884/2004, Cass. Sez. Lavoro, n. 9151/2004, Cass. Sez. Lavoro, n. 5665/2001.

⁶ Sul tema, conformemente, Cass. Sez. Lavoro, n. 2249/2006, Cass. Sez. Lavoro, n. 27583/2005, Cass. Sez. Lavoro, n. 15275/2004.

Antonino Di Somma

Il nuovo provvedimento prefettizio di espulsione degli stranieri.

Il secondo decreto di espulsione non può essere eseguito mediante l'ordine per iscritto di allontanamento da parte del Questore ma necessariamente con accompagnamento alla frontiera, se del caso previo trattenimen-

to in un centro di permanenza temporanea. Difatti, la locuzione "in ogni caso" riferita al nuovo provvedimento di espulsione esclude qualunque richiamo all'eccezione contemplata dall'art. 14 comma 5 bis D.Lgs. 286/98 e cioè alla possibilità che il secondo decreto di espulsione venga eseguito mediante ordine di allontanamento emesso dal Questore. Ne deriva che in caso di mancata esecuzione del secondo decreto di espulsione non è configurabile la responsabilità penale in capo al destinatario del provvedimento che non vi ottemperi spontaneamente (Tribunale di Salerno, Giudice monocratico dott.ssa Maria Concetta Criscuolo, 11 maggio 2006).

Stop al balletto delle udienze di convalida ed alle finte espulsioni degli stranieri. Il Tribunale di Salerno (Giudice monocratico la dottoressa Maria Concetta Criscuolo), in linea col recente orientamento della Corte di Cassazione, sancisce il principio secondo cui non si può arrestare all'infinito gli extracomunitari destinatari del provvedimento prefettizio di espulsione che non abbiano abbandonato il suolo italiano, laddove questi non siano stati accompagnati alla frontiera, come prevede la Legge.

Ancora problemi applicativi per il Decreto Legislativo 25/7/1998 n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), integrata dalla Legge 30/7/2002 n. 189 (la cosiddetta "Bossi-Fini") e dal Decreto Legge 14/9/2004 n. 241, convertito con modificazioni nella Legge 12/11/2004 n. 271 (disposizioni urgenti in materia di immigrazione). La Legge è concepita nel senso che al provvedimento di espulsione debba seguire - di regola - l'accompagnamento alla frontiera.

L'eccezione alla regola è prevista dall'art. 14 del Testo Unico, rubricato "Esecuzione dell'espulsione", che prevede la possibilità di disporre - con provvedimento del Questore - che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso il centro di permanenza temporanea e assistenza più vicino, nel caso in cui occorre procedere al suo soccorso, ad accertamenti supplementari in ordine alla sua identità o nazionalità, ovvero all'acquisizione di documenti per il viaggio, ovvero per l'indisponibilità di vettore o altro mezzo di trasporto idoneo. Qualora non sia possibile trattenere lo straniero presso un centro di accoglienza, ovvero siano trascorsi i termini di permanenza senza aver eseguito l'espulsione o il respingimen-

to, il Questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni.

Il dettato normativo viene completamente disatteso poiché gli extracomunitari espulsi non vengono accompagnati alla frontiera né parcheggiati nei centri di accoglienza ed il provvedimento di espulsione, così come l'ordine di allontanamento, resta - nella maggior parte dei casi - ineseguito. Lo straniero, che continua a soggiornare in Italia, consuma il reato previsto dall'art. 14 ed è passibile di arresto in flagranza, anche se in contrasto con tale interpretazione si pongono alcune pronunce di merito (cfr Tribunale di Torre Annunziata, sezione distaccata di Gragnano, Giudice monocratico dott. Anzalone, sentenza 28/12/2005, imp. Samath Lo) orientate nel senso che la mancata predisposizione dei mezzi da parte dell'Autorità costituisce giustificato motivo di trattenimento nel territorio italiano.

È sempre più frequente, nella prassi, che l'extracomunitario sprovvisto del permesso di soggiorno venga espulso, arrestato ma non accompagnato alla frontiera come invece dispone la Legge. Continuando a soggiornare sul territorio nazionale, lo stesso extracomunitario viene arrestato, processato e condannato per la seconda volta. Si potrebbe, pertanto, continuare all'infinito, con ampia soddisfazione della P.G., che gonfia di arresti le note statistiche, dei Tribunali che emettono sentenze in tempi rapidissimi, poiché gli arrestati optano quasi sempre per i riti alternativi, e (ammettiamolo!) degli avvocati che vengono pagati dallo Stato, poiché gli extracomunitari hanno diritto al patrocinio a spese dello Stato.

La sentenza del Tribunale di Salerno, con puntuale, coerente e logica motivazione, interpretando la norma in senso letterale e sistematico, secondo i criteri di cui all'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile (cd. "preleggi"), compie un'analisi profonda che consente di orientarsi in quel ginepraio che è la Bossi-Fini, giungendo alla conclusione che il primo decreto di espulsione esaurisce la sua portata esecutiva qualora si opti per l'ordine di allontanamento da parte del Questore e che se al secondo decreto di espulsione non viene data attuazione, mediante accompagnamento alla frontiera o collocamento nei centri di permanenza, la mancata assicurazione dell'esecuzione del decreto è addebitabile esclusivamente alla Pubblica Amministrazione inerte e non al destinatario del provvedimento.

La sentenza.**Conclusioni.**

P.M.: emettersi sentenza di condanna alla pena di mesi sei di reclusione.

DIFESA: emettersi sentenza di assoluzione; in via graduata emettersi sentenza di condanna al minimo della pena.

Svolgimento del processo.

In data 11.5.2006 **** veniva condotto, in stato di arresto, all'udienza celebrata dinanzi al Tribunale in composizione monocratica per la convalida dell'arresto ed il contestuale giudizio direttissimo. Il Tribunale, all'esito dell'escussione dei militari che avevano operato l'arresto e dell'interrogatorio del prevenuto, convalidava l'arresto e concedeva il nulla-osta all'espulsione; quindi l'imputato chiedeva di essere ammesso al giudizio abbreviato. Il Giudice disponeva il mutamento del rito, acquisiva il fascicolo delle indagini preliminari, ed all'esito della Camera di Consiglio, emetteva la presente sentenza, dando lettura del dispositivo e fissando il termine di trenta giorni per il deposito della motivazione.

Motivi della decisione.

Ritiene il Tribunale che gli elementi emersi dall'istruttoria dibattimentale non consentono di pervenire all'affermazione della responsabilità penale di ****.

Dagli atti delle indagini preliminari, tutti utilizzabili in relazione al rito prescelto, è possibile pervenire alla seguente ricostruzione della vicenda. Nella notte tra il dieci e l'undici maggio 2006, su segnalazione della centrale operativa, i Carabinieri **** e ****, a bordo di una volante in servizio di controllo del territorio, si recavano presso il bar **** sito in corso Lungomare Trieste. Sul posto trovavano ****, in stato di forte agitazione, dovuta sia allo stato di ebbrezza sia dal fatto che aveva sul corpo numerose ferite. Il gestore del bar riferiva ai militari che l'imputato nel corso della serata aveva speso una ingente somma di denaro (circa 180,00 euro) in video giochi, credendo erroneamente che si trattasse di videopoker, adirandosi poi perché nulla aveva vinto. Aveva, pertanto, rotto una bottiglia di vetro con la quale si era ferito alle braccia e al torace. I carabinieri soccorrevano ****, procedendo poi ad identificarlo ed accertando che lo stesso era stato destinatario di un ordine di espulsione

emesso dal Prefetto di Salerno il 25.1.2005 seguito da un ordine di allontanamento emesso dal Questore di Salerno in pari data e da un nuovo ordine di allontanamento emesso (sempre dal Questore di Salerno in esecuzione del decreto del 25.1.2005) il 28.3.2006.

Orbene come dichiarato dall'imputato nel corso dell'interrogatorio reso in sede di udienza di convalida, e come emerge dal certificato penale nonché dalla copia della sentenza emessa dal Tribunale di Salerno in composizione monocratica - dott. Boccassini - il giorno 1.2.2005, irrevocabile il 30.4.2005, all'imputato è stata già applicata una pena, ai sensi dell'art. 444 c.p.p. in ordine al reato di cui all'art. 14 comma 5 *ter* D.Lgs. 286/98 per essersi trattenuto nel territorio dello Stato Italiano in violazione del Decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Lecce nell'anno 2002.

Ciò posto si osserva che il D.Lgs. 286/98 ha previsto che i cittadini extracomunitari non muniti del permesso di soggiorno sul territorio nazionale debbano essere espulsi mediante accompagnamento alla frontiera da parte della forza pubblica (art. 13 comma quarto D.Lgs. 286/98).

Quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione mediante accompagnamento alla frontiera (per situazioni inerenti alla persona dello straniero ovvero per indisponibilità del vettore o di altro mezzo di trasporto idoneo) il Questore dispone che sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso un centro di permanenza temporanea (art. 14 comma 1 D.Lgs. 286/98).

Quando, poi, non sia stato possibile trattenere lo straniero presso un centro di permanenza temporanea, ovvero siano trascorsi i tempi di permanenza senza aver eseguito l'espulsione, il Questore ordina allo straniero di lasciare il territorio dello Stato entro il termine di cinque giorni (art. 14 comma 5 *bis* D.Lgs. 286/98).

Nell'ipotesi in cui il cittadino extracomunitario venga nuovamente sorpreso sul territorio nazionale, nonostante sia stato destinatario di un ordine di espulsione del Prefetto seguito da un ordine di allontanamento del Questore (non essendosi quindi proceduto all'espulsione mediante accompagnamento coatto alla frontiera con o senza previo trattenimento presso un centro di permanenza), è possibile emettere un nuovo decreto di espulsione che però dovrà essere eseguito in ogni caso mediante accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.

Tale conclusione si ricava dall'art. 14 comma 5 *ter* D.Lgs. 286/98 ai sensi del quale "lo straniero che senza giustificato motivo si trattiene nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine impartito dal questore ai sensi del comma 5 *bis*, è punito con la reclusione da uno a quattro anni se l'espulsione è stata disposta per ingresso illegale sul territorio nazionale ai sensi dell'art. 13, comma 2, lettere a) e c), ovvero per non aver richiesto il permesso di soggiorno nel termine prescritto in assenza di cause di forza maggiore, ovvero per essere stato il permesso revocato o annullato. Si applica la pena dell'arresto da sei mesi ad un anno se l'espulsione è stata disposta perché il permesso di soggiorno è scaduto da più di sessanta giorni e non ne è stato richiesto il rinnovo. In ogni caso si procede all'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica".

Orbene, la locuzione "in ogni caso" riferita al nuovo provvedimento di espulsione esclude qualunque richiamo all'eccezione contemplata dall'art. 14 comma 5 *bis* D.Lgs. 286/98 (e cioè alla possibilità che il secondo decreto di espulsione venga eseguito mediante ordine di allontanamento emesso dal Questore).

Del resto apparirebbe del tutto irragionevole - in presenza di un secondo decreto di espulsione emesso in quanto il primo, eseguito secondo le modalità di cui all'art. 14 comma 5 *bis* D.Lgs. 286/98 non è stato attuato - affidarsi ancora una volta alla spontanea osservanza dell'ordine amministrativo di espulsione da parte di un soggetto che ha già manifestato di non voler ottemperare.

Alla conclusione interpretativa innanzi rappresentata si perviene sulla base di un'ulteriore argomentazione di carattere ermeneutico: l'art. 14 comma 5 *quinquies* D.Lgs. 286/98, dopo aver sancito l'obbligatorietà dell'arresto dello straniero che pur essendo stato espulso venga ancora sorpreso sul territorio nazionale e l'obbligatorietà del rito direttissimo per il reato previsto al comma 5 *ter*, dispone che "al fine di assicurare l'esecuzione dell'espulsione il Questore dispone i provvedimenti di cui all'art. 14 comma 1 D.Lgs. 286/98" (il Questore dispone che lo straniero sia trattenuto per il tempo strettamente necessario presso un centro di permanenza temporanea).

Ne deriva che se a seguito dell'adozione di un secondo decreto di espulsione lo straniero non venga accompagnato alla frontiera a mezzo della forza pubblica, costui non commette una nuova violazione dell'art. 14 comma 5 *ter* D.Lgs. 286/98,

trattenendosi senza giustificato motivo sul territorio italiano.

Ed infatti una volta esauritasi l'efficacia del primo provvedimento di espulsione a seguito dell'emissione della sentenza di condanna nell'ambito del giudizio per il reato di cui all'art. 14 comma 5 *ter* D.Lgs. 286/98, è possibile l'adozione di un nuovo provvedimento di espulsione che però deve essere eseguito "in ogni caso" con le modalità indicate dall'art. 14 comma 5 *ter* ultima parte D.Lgs. 286/98 (accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica), ovvero qualora non sia possibile eseguire l'espulsione immediatamente in questo modo, disponendo il trattenimento dello straniero presso un centro di permanenza temporanea (cfr. Cass. Sez. I, 14.12.2005, Barbaros).

Orbene **** è stato destinatario di un decreto di espulsione emesso dal Prefetto di Lecce in data 22/8/2002, a seguito del quale veniva emesso un ordine di allontanamento da parte del Questore, che tuttavia rimaneva inadempito visto che l'odierno imputato veniva tratto a giudizio e condannato dal Tribunale di Salerno - dott. Boccassini - il giorno 1.2.2005, con sentenza divenuta irrevocabile il 30.4.2005.

In data 25.1.2005 nei confronti di **** veniva emesso un nuovo decreto di espulsione da parte del Prefetto di Salerno, il quale tuttavia non veniva eseguito mediante accompagnamento alla frontiera mediante la forza pubblica, con o senza previo trattenimento in un centro di permanenza temporanea, ma con due nuovi ordini di espulsione emessi dal Questore di Salerno, l'uno il 25.1.2005 e l'altro il 28.3.2006 (cfr. documenti in atti).

Per tutte le argomentazioni innanzi esposte deve pertanto escludersi la configurabilità del delitto contestato con la conseguenza che l'imputato deve essere mandato assolto dal reato a lui ascritto.

P.Q.M.

Letti gli artt. 438 e 530 c.p.p. assolve **** dal reato a lui ascritto perché il fatto non sussiste. Indica in giorni trenta il termine per il deposito della motivazione. Salerno, 11.5.06.

Annunziata Senatore**Applicazione della pena su richiesta delle parti e revoca della sospensione**

condizionale della pena, alla luce della recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione.

(SS.UU. sentenza 29 novembre 2005 depositata il 23 maggio 2006, n. 17781).

La sentenza oggetto del presente commento analizza una questione processuale che ha interessato, per lungo tempo, sia dottrina che giurisprudenza, ovvero la natura giuridica della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Il ricorrente, che nella sentenza in esame, pone a base del proprio ricorso le precedenti statuizioni delle sezioni della Suprema Corte, si vede rigettare lo stesso dalle Sezioni Unite. A queste, infatti, è stato rimesso il ricorso, al fine di riesaminare, alla luce della nuova disciplina introdotta dalla Legge n. 134/03, la questione concernente la revoca della sospensione condizionale della pena in forza dell'art. 168 comma 1 n. 1 c.p. a seguito di una sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a tale fine, enunciano un nuovo principio di diritto e precisano *“la sentenza emessa all'esito della procedura di cui agli artt. 444 e seguenti del c.p.p. poiché è, ai sensi dell'art. 445, comma 1 bis, equiparata, salvo diverse disposizioni di legge, ad una pronuncia di condanna, costituisce titolo idoneo per la revoca, a norma dell'art. 168 comma 1 n. 1 c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa”*.

Il caso.

Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Brescia, con sentenza applicava, secondo il disposto di cui all'art. 444 c.p.p., la pena come determinata sulla base della concorde richiesta delle parti; con lo stesso provvedimento, tenuto conto della contestata recidiva specifica infra quinquennale, revocava la sospensione condizionale della pena concessa in precedenza prima dal Tribunale di Bergamo e poi dal Tribunale di Brescia.

I difensori dell'imputato hanno proposto ricorso in Cassazione avverso tale sentenza per inosservanza ed erronea applicazione degli artt. 168 c.p. e 444 c.p.p. ed hanno chiesto l'annullamento della sentenza nella parte in cui ha disposto la revoca delle sospensioni condizionali precedentemente concesse, deducendo che la revoca valica i limiti dell'accordo tra le parti e si fonda sull'erroneo presupposto che la sentenza di patteggiamento

implichi l'accertamento della responsabilità dell'imputato.

Con ordinanza la quarta sezione della Corte di Cassazione, cui il ricorso è stato assegnato, rimette il ricorso stesso alle Sezioni Unite.

La natura della sentenza di applicazione della pena su richiesta e gli orientamenti giurisprudenziali.

Un istituto processuale ben noto, non solo ai giuristi ma anche alla collettività, è quello dell'applicazione della pena su richiesta delle parti, o meglio conosciuto come *“patteggiamento”*.

Con tale rito processuale, disciplinato dall'art. 444 c.p.p., il Giudice con sentenza applica quella pena che è stata precisata da una concorde *“richiesta delle parti”*, cioè dall'imputato e dal Magistrato del Pubblico Ministero.

Al Giudice spetta solamente di controllare la correttezza della qualificazione giuridica del fatto e la congruità della pena richiesta, poiché la decisione avviene allo stato degli atti, ossia sulla base del fascicolo per le indagini preliminari e dell'eventuale fascicolo del difensore.

Tale sentenza, come dispone l'art. 445 c.p.p., salvo diverse disposizioni di legge, è equiparata ad una pronuncia di condanna.

Proprio quest'ultima espressione ha fatto sorgere rilevanti problemi interpretativi, poiché l'equiparazione fa sì che anche alla sentenza di patteggiamento si ricolleghino determinati effetti processuali e sostanziali riconosciuti alla statuizione di condanna.

In realtà, il legislatore, con il Codice del 1988, pur non volendo qualificare come condanna la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti, negli anni successivi, rendendosi conto del vuoto interpretativo esistente in relazione agli effetti penali di tale sentenza, ha operato una serie di interventi con i quali ha ricollegato ad essa quasi tutti gli effetti sostanziali e processuali di una sentenza di condanna.

In riferimento agli effetti processuali non sorgono rilevanti problemi, poiché il Codice di procedura penale si occupa della loro disciplina in molteplici articoli (si vedano, ad esempio, l'art. 656 comma 1 e art. 300 comma 4, c.p.p.).

La problematica, invece, è più accentuata in relazione agli effetti *“penali”* poiché si è sempre ritenuto che con la sentenza di patteggiamento il Giudice, non dovendo compiere nessun accertamento sulla sussistenza di una responsabilità del-

l'imputato in relazione al fatto di cui all'imputazione, dovesse limitarsi a verificare se la richiesta presentata sulla base dell'accordo delle parti fosse rispondente al quadro normativo delineato dal legislatore. Ed è proprio in relazione alla astratta configurabilità dell'obbligo in capo al Giudice di operare un accertamento della responsabilità dell'imputato, quando accoglie tale richiesta, che si registra un contrasto tra diversi filoni interpretativi, poiché a seconda della soluzione adottata, ad essa si ricollegano o meno gli effetti della sentenza di condanna.

In realtà, la necessità di operare un accertamento della responsabilità dell'imputato in relazione al fatto contestato, anche nell'ipotesi di applicazione della pena su richiesta delle parti, era stato ritenuto indispensabile già dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 313 del 1990. È stato detto che, il Giudice non è vincolato alla volontà delle parti ma solo alla legge, in osservanza dell'art. 101 della Costituzione. Pertanto la sua decisione di accoglimento dell'accordo deve contenere un accertamento della responsabilità dell'imputato perché solo in presenza di esso può applicare una limitazione alla libertà personale. Tale interpretazione, che evita sicuramente di porsi in contrasto con i principi enunciati nella Carta Costituzionale, non trova riscontro nella lettera del Codice di procedura penale, il quale esclude la configurabilità in tale materia di una vera e propria sentenza di condanna allorché utilizza l'espressione *“equiparata”*.

Secondo la tesi opposta e fino a pochi mesi fa prevalente, invece, la sentenza che accoglie il *“patteggiamento”* non contiene alcun accertamento, neanche implicito, della responsabilità dell'imputato, poiché il Giudice deve limitare la sua attività ad un controllo in positivo, ossia verificare se è stata correttamente operata la qualificazione giuridica del fatto, l'applicazione e la comparazione delle circostanze prospettate dalle parti, e in negativo, vale a dire valutare se ricorrono le circostanze per un proscioglimento dell'imputato.

Quest'ultima tesi, però, con l'entrata in vigore della Legge n. 134 del 2003 (che ha introdotto il cd. patteggiamento allargato, ossia la possibilità di applicare una pena detentiva fino a cinque anni), ha perso il suo vigore poiché è parso in dubbio applicare l'istituto del patteggiamento senza aver operato un accertamento, anche implicito, di reità. Tanto più se si considera che, in base alla Legge n. 97 del 2001, la sentenza di patteg-

giamento ha efficacia di giudicato ai fini della responsabilità disciplinare *“quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso”* (art. 653 c.p.p.). Tale legge, quindi, dà per scontato che tale accertamento debba essere fatto.

In tale quadro si pone la questione della compatibilità della sentenza di patteggiamento con la ammissibilità della revoca della sospensione condizionale della pena.

Se si segue l'orientamento che ha prevalso per lungo tempo, la sentenza che applica la pena, come tale, non è titolo idoneo per la revoca della sospensione condizionale della pena, a norma dell'art. 168 comma 1, n. 1 c.p., considerate le differenze formali, strutturali, genetiche e funzionali rispetto alla decisione di condanna, alla quale è solo equiparata.

In ordine alla questione in esame sono intervenute, più volte, anche le Sezioni Unite, le quali hanno negato che la sentenza di patteggiamento, in quanto priva della natura di sentenza di condanna, possa costituire titolo per la revoca di diritto della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa, dal momento che presupposto della medesima è che la successiva sentenza di condanna contenga un *“accertamento di responsabilità”* ovvero un giudizio di colpevolezza in ordine ad un delitto o ad una contravvenzione, con conseguente condanna dell'imputato. Secondo una prima pronuncia (Cass., Sez. Un., 08 maggio 1996, Di Leo) il giudizio di colpevolezza non può essere desunto da una sentenza con la quale viene applicata la pena su richiesta delle parti, poiché essa non presuppone quell'accertamento pieno e incondizionato sui fatti che, invece, deve esistere, nel rito ordinario, ai fini dell'applicazione della pena.

Una successiva sentenza delle Sezioni Unite oltre a confermare tale tesi (Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni) ha precisato che la revoca della sospensione condizionale della pena non poteva essere compresa tra gli effetti penali conseguenti alla pronuncia della sentenza di patteggiamento, perché si trattava di un effetto estraneo alla sfera di previsione dell'art. 445 c.p.p.

Questo perché la revoca della sospensione condizionale della pena, come disciplinata nella previsione di cui all'art. 168 comma 1 n. 1 c.p., è correlata non alla mera applicazione di una pena, ma all'accertamento giudiziale della attribuzione di

un fatto-reato ad un soggetto, accertamento da cui si prescinde nella sentenza di cui all'art. 444 c.p.p.

Le Sezioni Unite, inoltre, con una sentenza molto più recente (Sez. Un., 22 novembre 2000, Sormani) hanno chiarito la differenza esistente tra l'ipotesi prevista al numero 1 comma 1 dell'art. 168 c.p. e quella di cui al n. 2 dello stesso articolo; precisamente è stato affermato che il presupposto della revoca di cui all'art. 168 comma 1 n. 2 c.p. non è (diversamente da quanto previsto al numero 1) l'accertamento e l'affermazione di responsabilità, ma il mero superamento, per cumulo delle pene, del limite imposto dall'articolo 163 dello stesso Codice.

L'ultimo orientamento della Suprema Corte di Cassazione.

In riferimento alla questione in esame, le Sezioni Unite, alla luce dello *ius superveniens* costituito dalle Leggi n. 479 del 1999, n. 97 del 2001 e n. 134 del 2003, hanno ritenuto superato il precedente orientamento (Sez. Un., 8 maggio 1996, Di Leo; Sez. Un., 26 febbraio 1997, Bahrouni; Sez. Un., 22 novembre 2000, Sormani), che negava alla sentenza di patteggiamento l'idoneità a costituire causa di revoca della sospensione condizionale della pena ed hanno conseguentemente affermato il principio di diritto per il quale la stessa, poiché, ai sensi dell'art. 445 comma 1 *bis* c.p.p., è equiparata, salvo diverse disposizioni di legge, a una pronuncia di condanna, costituisce titolo idoneo per la revoca di diritto, a norma dell'art. 168 comma 1 n. 1 c.p., della sospensione condizionale della pena precedentemente concessa.

La Suprema Corte di Cassazione, chiamata a pronunciarsi su questo aspetto, non ha negato la necessità di porre in luce l'esistenza di un triplice indirizzo giurisprudenziale alla cui base vi è proprio il tentativo di individuare la natura della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti.

Secondo un primo orientamento, il Giudice dovrebbe revocare, ai sensi dell'art. 168, 1 comma, n. 1, c.p., il beneficio della sospensione precedentemente concesso, o perché la sentenza di patteggiamento presuppone comunque un accertamento di responsabilità ed ha, dunque, natura di sentenza di condanna, conseguendone l'effetto penale della revoca del beneficio o perché in ogni caso, pure a prescindere dall'accertamento di responsabilità, la revoca della sospensione si sostanzia in

un effetto penale che consegue automaticamente alla sentenza di patteggiamento, equiparata alla sentenza di condanna e, quindi, produttiva di tutti gli effetti propri di una simile pronuncia, senza che tali effetti possano essere neutralizzati dalla base negoziale che costituisce il fondamento della decisione; stando ad un secondo orientamento, la sentenza di patteggiamento non può contenere la statuizione sulla revoca di diritto della sospensione precedentemente concessa, sia in applicazione del principio della immutabilità dell'accordo delle parti ad opera del Giudice, sia perché la detta sentenza non implica alcun accertamento positivo e costitutivo di responsabilità dell'imputato, dal momento che si fonda su un accertamento incompleto, che non comporta una piena verifica cognitiva del fatto; un terzo orientamento, nel tentare una mediazione tra le prime due linee interpretative, afferma la necessità che la revoca della sospensione condizionale si conformi alla particolare natura del rito premiale, con la conseguenza che si dovrebbero ritenere sospesi gli effetti della revoca disposta con la sentenza di patteggiamento sino alla scadenza dei termini per l'estinzione, a date condizioni, del reato per il quale era intervenuta la sentenza di patteggiamento.

Superando i divergenti orientamenti giurisprudenziali esistenti in materia, la Corte è giunta all'enunciazione del nuovo principio diritto ponendo a base del ragionamento l'interpretazione della volontà *legis* caratterizzante gli ultimi interventi legislativi in materia processuale.

Così ha richiamato una serie di provvedimenti legislativi dai quali traspare la volontà, seppure implicita, del legislatore di modificare la natura della sentenza di patteggiamento.

Tra questi, la Legge n. 97 del 2001, che modificando il regime dei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo disciplinare, ha sancito che la sentenza di "patteggiamento" è equiparata ad una sentenza di condanna ai fini degli effetti del giudicato nel giudizio di responsabilità disciplinare davanti alle pubbliche autorità (attuale comma 1 *bis* dell'art. 445 c.p.p.); e la Legge n. 134 del 2003 che ha interpolato l'art. 629, comma 1, c.p.p. assoggettando a revisione anche le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti. In particolare, alla luce della novella del 2003, la Corte ha operato una distinzione tra la sentenza resa al termine del patteggiamento "tradizionale" e quella riconducibile al patteggiamento "allarga-

to". Quest'ultimo, prevedendo una serie di effetti penali tipici delle sentenze di condanna, implica la necessità di operare un accertamento del fatto-reato e della penale responsabilità dell'imputato; accertamento dal quale, secondo logica, non si può prescindere in toto stante l'unitarietà dell'istituto processuale previsto agli artt. 444 e ss. del c.p.p.

Il richiamo a questi interventi legislativi non vuole intendere l'avvenuta totale identificazione tra i due tipi di pronuncia (patteggiamento e sentenza di condanna), ma vuol semplicemente significare che il regime di equiparazione non consente di rigettare l'applicazione delle conseguenze penali della sentenza di condanna, tranne nelle ipotesi in cui esse siano categoricamente escluse.

La Corte di Cassazione, quindi, dopo molti anni di giurisprudenza costante, cambia il suo tradizionale orientamento sul patteggiamento ed enuncia una decisione che sarà destinata ad avere un rilevante effetto per chi decide di ricorrere a tale rito alternativo, in particolare per i pregiudicati.

In sintesi, per effetto di questo orientamento giurisprudenziale, nei confronti di chi sceglie di patteggiare, sarà pur sempre pronunciata una sentenza "equiparata" ad una pronuncia di condanna, perché pronunciata allo stato degli atti e, quindi, omettendo l'accertamento della colpevolezza, ma ci saranno conseguenze molto più vicine a quella della sentenza di condanna.

Una considerazione finale si impone.

Il legislatore del 1988 ha creato tale rito assegnandogli la funzione precipua di deflazionare gli ingenti carichi di lavoro della Magistratura giudicante e di evitare, il più possibile, che un gran numero di processi per i reati minori (inizialmente quando la pena detentiva non superava 2 anni, oggi con il patteggiamento allargato fino a 5 anni) giungessero alla fase dibattimentale.

Per far ciò, inducendo l'imputato a richiederlo o ad accettare la proposta del Magistrato del Pubblico Ministero, il Codice, aveva contemplato, oltre alla riduzione della pena fino ad un terzo, una ulteriore serie di previsioni premiali.

Oramai la natura premiale tipica di questo istituto va scomparendo e, al contrario, si apre sempre più spazio ad una sentenza di condanna pronunciata a discapito del rispetto delle garanzie difensive poste a base del nostro ordinamento processuale.

Alba De Felice

Disconoscimento di paternità ed adulterio: via libera alle indagini genetiche ed ematologiche anche in assenza di prova certa sull'adulterio!

Il 21 giugno 2006, la Corte Costituzionale, con una sentenza, destinata, senz'altro, a restare memorabile (la n. 266, depositata il 6 luglio 2006), ha dichiarato "l'illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, cc, nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche (da cui risulta che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre), alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie".

In particolare, secondo la Consulta, assumono rilievo, nella questione: "l'ampliamento della legittimazione attiva; i progressi della scienza biomedica che, ormai, attraverso le prove genetiche o ematologiche, consentono di accertare l'esistenza o la non esistenza del rapporto di filiazione; la difficoltà pratica, chiaramente evidenziata nell'ordinanza della Corte di Cassazione (Giudice rimettente), di fornire una piena prova dell'adulterio; l'insufficienza di tale prova ad escludere la paternità".

Quindi, secondo la Corte "il subordinare l'accesso alle prove tecniche - sulla base del diritto vivente in precedenza richiamato - ... alla previa prova dell'adulterio, è, da una parte, irragionevole, attesa l'irrelevanza di quest'ultima prova ai fini dell'accoglimento, nel merito, della domanda proposta; e, dall'altra, si risolve in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione, garantito dall'art. 24 della Costituzione. E ciò, per giunta, in relazione ad azioni volte alla tutela di diritti fondamentali, attinenti allo status ed alla identità biologica".

Orbene, questa pronuncia rappresenta una vera e propria *rivoluzione copernicana*, diretta, innegabilmente, a stravolgere e sconvolgere il precedente assetto normativo, il cd. "diritto vivente", [sinora] esistente in materia, [ossia quello] secondo cui l'indagine sul verificarsi dell'adulterio aveva carattere assolutamente preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo.

Tanto, con la conseguenza che la prova genetica o ematologica - anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio - poteva essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimen-

to di quest'ultima, ed al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda.

In tale (ci si consenta assurda), ottica, l'azione di disconoscimento della paternità, in difetto di prova certa sull'adulterio, doveva essere, comunque, (ahimè!) respinta - ex art. 235, comma 1, n. 3, cc - addirittura, anche in presenza della dimostrazione che il figlio presentava caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre!

Tant'è che, in passato, più volte, la Suprema Corte, nel rispetto della precedente formulazione dell'art. 235, comma 1, n. 3 cc attenendosi, doverosamente, al testo della norma e sulla scorta di una mera interpretazione letterale, aveva precisato che *"in tema di disconoscimento della paternità del figlio concepito durante il matrimonio, fondato sull'adulterio della moglie, l'indagine sul verificarsi di tale adulterio ha carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo e deve prescindere dalle prove a quest'ultimo inerenti, incluse quelle ematologiche, che non possono essere utilizzate in giudizio per integrare la prova dell'adulterio"* (tra le altre, Cass. Civ., Sez. I, 22/10/02 n. 14887).

Oggi, però - alla luce della citata, recentissima, pronuncia (Corte Cost. n. 266/06) - tale ottica dovrà, necessariamente e radicalmente, mutare.

Difatti, la Consulta ha ritenuto che - tenendo presenti, da un lato, i progressi della scienza biomedica, grazie ai quali è possibile, allo stato, appurare, con matematica certezza, l'esistenza o l'assenza del rapporto di filiazione, e, dall'altro, la difficoltà pratica di fornire piena prova dell'adulterio - sarebbe totalmente irragionevole e quasi anacronistico, subordinare, ancora oggi, le indagini ematologiche alla previa prova sull'adulterio.

Tanto attesa, comunque, l'obiettivo irrilevanza di tale prova (adulterio) ai fini dell'accoglimento, nel merito, della domanda di disconoscimento.

Oltretutto - prosegue la Corte - tale accertamento preliminare, per le obiettive ed innegabili difficoltà, allo stesso conseguenti, si risolverebbe in un sostanziale impedimento all'esercizio del diritto di azione, tutelato e garantito, proprio, dall'art. 24 della Costituzione.

Difatti, le norme che rendono estremamente difficile l'esercizio di tale diritto possono comportare violazione del precetto costituzionale sancito dall'art. 24, secondo cui *"tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi. La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento..."*.

Inoltre, la valutazione delle difficoltà all'esercizio di tale diritto, pur se deve prescindere dalle peculiarità di casi particolari, non può, tuttavia, trascurare del tutto la considerazione della realtà sociale.

Orbene - osserva la Corte - i radicali cambiamenti intervenuti nella società italiana, relativamente ai modelli di vita, coinvolgono, indubbiamente, anche i rapporti coniugali, modificati, tra l'altro, ad esempio, per effetto della diffusione del lavoro femminile, della mobilità richiesta ai lavoratori, della lontananza dei luoghi di lavoro dall'abitazione/domicilio coniugale, etc.

Inoltre, è ormai costume diffuso che i coniugi trascorrono separatamente parte del loro tempo libero, ed anche periodi di vacanza.

In questo quadro - ritiene la Corte - la prova dell'adulterio della moglie potrebbe essere estremamente ed obiettivamente difficile, in quanto l'adulterio potrebbe consistere, anche, in un unico atto di infedeltà, conseguenza di un rapporto occasionale, del quale sarebbe, praticamente, impossibile fornire prova certa!

D'altra parte, è dubbio che possa considerarsi ancora ragionevole, oggi, una previsione legislativa che - ai fini del disconoscimento della paternità - richiede la previa prova dell'adulterio della moglie, in presenza di un progresso scientifico che consente, invece, di ottenere direttamente - e quindi senza passare attraverso la dimostrazione dell'adulterio - una sicura esclusione della paternità (che rappresenta il vero obiettivo finale dell'azione di cui si tratta), attraverso accertamenti tecnici capaci di fornire risultati la cui piena attendibilità è unanimemente riconosciuta.

In considerazione, proprio, di tali, determinanti, valutazioni, la Consulta - investita, da tempo, della problematica, a seguito di specifiche ordinanze di rimessione, di cui appresso si tratterà - è pervenuta, quindi, nel giugno 2006, alla declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3 cc, nei termini sopra citati, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, data la irragionevolezza della previsione innanzi richiamata, e per violazione dell'art. 24, comma 2, della Costituzione.

Le ordinanze di rimessione.

In buona sostanza, il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3, cc, risulta provocato, in concreto, da tre ordinanze di rimessione, tendenti tutte, ovviamente, a denunziare

profili di illegittimità costituzionale della norma in questione.

Più specificamente: a) dall'ordinanza del 5/6/04, emessa dalla Corte di Cassazione, per violazione degli artt. 3, 24 e 30 della Costituzione; b) dall'ordinanza del 28/10/04, emessa dal Tribunale di Rovigo, per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione; c) dall'ordinanza del 30/3/05, emessa dalla Corte di Venezia, per violazione degli artt. 3, 24 e 111 della Costituzione.

La Consulta, all'esito, ha ritenuto manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte di Venezia, mentre ha considerato ben fondate le altre due questioni (Corte di Cassazione e Tribunale di Rovigo).

Con la prima ordinanza (reg. ord. n. 737 del 2004), la Corte di Cassazione, I Sez. Civ. - investita a seguito di ricorso avverso una pronuncia della Corte di Appello di Roma, che aveva confermato una precedente sentenza del Tribunale di Roma, statuente il rigetto della domanda di disconoscimento della paternità, proposta ex art. 235 cc, dal presunto padre - sollevò la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, comma 1, n. 3 cc, per violazione degli artt. 3, 24 e 30 della Costituzione, *"nella parte in cui ammette il marito a provare che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre soltanto se nel periodo del concepimento la moglie ha commesso adulterio"* e soltanto se di tale adulterio sia stata, previamente, fornita prova certa.

La Suprema Corte, quale Giudice *a quo*, ritenne, infatti, la questione rilevante in quanto il ricorrente (presunto padre) si doleva, giustamente, del fatto che la ctu ematologica, da lui richiesta, non fosse stata espletata perché non ritenuta ammissibile dal Giudice di merito per integrare la prova, carente, dell'adulterio della moglie.

Nel caso di specie, tuttavia - secondo la Corte - la prova per testi, dedotta dall'attore, essendo, effettivamente, carente, era stata, correttamente, a norma di legge, ritenuta inidonea dal Giudice di merito a dimostrare che la moglie del ricorrente avesse commesso adulterio nel periodo del concepimento.

Oltretutto - osservava la Corte - l'esistenza di relazioni intrattenute in altra epoca non poteva fornire la prova per presunzioni dell'adulterio in detto periodo, nemmeno ai fini dell'espletamento della consulenza tecnica ematologica, gravando, invece, sull'attore - ex art. 235, comma 1, n. 3, cc -

l'onere della prova certa di un vero e proprio adulterio nel periodo del concepimento.

A parere della Corte di Cassazione, quindi, l'esclusione, così come disposta dal Giudice del merito (ndr.: pur se ingiusta), era, senz'altro, corretta, perché basata su di una esatta interpretazione dell'art. 235 cc.

Oltretutto, la stessa appariva coerente con la giurisprudenza di legittimità, in quanto l'indagine sul verificarsi dell'adulterio aveva - a rigore di legge - carattere preliminare rispetto a quella sulla sussistenza o meno del rapporto procreativo.

Di conseguenza, la prova genetica o ematologica, anche se espletata contemporaneamente alla prova dell'adulterio, poteva essere esaminata solo subordinatamente al raggiungimento di quest'ultima prova ed al diverso fine di stabilire il fondamento del merito della domanda.

Pertanto, la Corte - preso atto, da un lato, delle valutazioni, correttamente operate dal Giudice di merito, perché totalmente conformi al testo della norma (art. 235, comma 1, n. 3, cc) e, dall'altro, della obiettiva irragionevolezza della citata previsione - ritenne opportuno calarsi, invece, in altro tipo di indagine, al fine di considerare se la norma in questione, così come formulata, non fosse, invece, essa stessa, in contrasto con il precetto costituzionale di cui agli artt. 3 e 24, comma 2, della Carta, per irragionevolezza e violazione del diritto di difesa, così come argomentato dal ricorrente.

La Corte, sul punto, ritenne non manifestamente infondata la questione.

Da qui, l'ordinanza di rimessione n. 737 del 5/6/04, attentamente esaminata dalla Consulta, la quale ha, poi, effettivamente dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 235, comma 1, n. 3 cc, proprio per violazione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, *"nella parte in cui, ai fini dell'azione di disconoscimento della paternità, subordina l'esame delle prove tecniche, da cui risulta «che il figlio presenta caratteristiche genetiche o del gruppo sanguigno incompatibili con quelle del presunto padre», alla previa dimostrazione dell'adulterio della moglie"*.

Con la seconda ordinanza - emessa in data 28/10/04 (reg. ord. n. 203 del 2005), nel corso di un procedimento promosso da un soggetto nei confronti dei genitori, entrambi contumaci, per il disconoscimento di paternità - il Tribunale di Rovigo sollevò, sempre con riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale dell'art. 235, primo comma, n. 3,

cc. Nello specifico, il Collegio *a quo* (cui la causa, dopo la istruzione mediante prove testimoniali sull'adulterio della madre e consulenza tecnica ematologica e genetica, era stata rimessa) - rilevando che l'esito delle prime appariva quanto meno dubbio, mentre certo era, invece, l'esito delle indagini genetiche (che escludevano categoricamente la paternità del convenuto, presunto padre) - osservò che detta prova, pur essendo certa, non consentiva, comunque, a rigore di legge, l'accoglimento della domanda.

Difatti (secondo l'orientamento, ormai, consolidato della giurisprudenza della Suprema Corte), l'art. 235, comma 1, n. 3 cc andava, doverosamente, interpretato nel senso che l'adulterio doveva essere preliminarmente ed autonomamente provato con certezza, perché potesse darsi rilievo alle prove genetiche ed ematologiche.

"Così interpretata, peraltro, detta norma - secondo il rimettente - si pone in palese contrasto con gli artt. 3 e 24, secondo comma, della Costituzione, con riferimento al principio di ragionevolezza ed al diritto di difesa".

Al riguardo, il Collegio richiamava, nell'ordinanza di rimessione, le argomentazioni già poste a base dell'altra, precedente, analoga, questione, sollevata dalla Corte di Cassazione (ord. r.o. n. 737 del 2004: già sopra riferita), cui veniva aggiunto il rilievo (riguardante, nello specifico, il caso di specie), che la prova dell'adulterio, già ben difficile per il marito, diventa quasi diabolica per il figlio, il quale viene, per lo più, a conoscenza dell'adulterio della madre a distanza di vari anni, quando ormai, cioè, la prova testimoniale diventa pressoché impossibile!

Quindi, la Consulta - nell'esaminare, congiuntamente all'altra, anche questa seconda ordinanza di rimessione e ritenendo parimenti fondata la questione - ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma, nei termini sopra evidenziati, statuendo, testualmente, altresì, che: *"ad identiche conclusioni deve pervenirsi anche con riguardo all'azione proposta dagli altri legittimati, ipotesi ricorrente nel procedimento innanzi al Tribunale di Rovigo"*.

Orbene, il dato, evidente, scaturente dalla pronuncia n. 266/06, è, quindi, che il *favor veritatis* (ossia la sollecitudine per l'interesse, sia del genitore che del figlio, a conoscere la realtà dei rapporti di sangue) costituisce, a ragione, un valore assoluto che - se pur limitato nel tempo, allo scopo di non turbare all'infinito i ritmi della famiglia legittima - non può tollerare limitazioni di prova, pena la violazione degli artt. 3 e 24 della

Carta Costituzionale.

In attesa che possa, pertanto, consolidarsi una valida prassi in tal senso, si plaude a questa, recentissima ed innovativa, sentenza della Corte Costituzionale, vero preludio di un giudizio di disconoscimento, finalmente, più celere e non più attanagliato da assurdi formalismi giuridici.

Resta l'auspicio che a tale, più dinamica, ottica possa far seguito, poi, una effettiva e concreta tutela del soggetto che - all'esito - risulti, nel caso, realmente danneggiato da una presunta verità poi smentita!

Arturo Ferrante

Sul concorso della persona offesa nella causazione dell'evento: il nesso di causalità nei reati colposi omissivi impropri.

Nel reato colposo omissivo improprio, il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento con elevato grado di probabilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva.

L'accertamento del nesso causale implica, quindi, un giudizio di natura induttiva, da effettuare utilizzando anche criteri di probabilità statistica ma tenendo ben presente che si tratta di criteri strumentali al fine di pervenire ad un giudizio di probabilità logica, la cui credibilità razionale si riassume, conclusivamente, nella formula che l'evento specifico, *hic et nunc* prodottosi, può essere causalmente ricollegato all'agente al di là di «ogni ragionevole dubbio».

A tal proposito la IV sezione della Suprema Corte con sentenza del 15 novembre 2002 n. 38334, ha ribadito che: *"In tema di responsabilità per colpa per poter affermare sussistente il nesso causale, è necessaria al riguardo la "certezza processuale", che deve essere desunta dal Giudice valorizzando tutte le circostanze del caso concreto, secondo un procedimento logico - analogo a quello seguito quando si tratta di valutare la prova*

indiziaria, la cui disciplina è dettata dal secondo comma dell'art. 192 c.p.p. - che consenta di poter ricollegare un evento ad una condotta omissiva "al di là di ogni ragionevole dubbio" (vale a dire, "con alto o elevato grado di credibilità razionale" o "probabilità logica")».

In altri termini, non è consentito dedurre automaticamente dal coefficiente di probabilità, espresso dalla legge statistica, la conferma, o meno, dell'ipotesi accusatoria sulla esistenza del nesso causale, poiché il Giudice deve verificarne la validità nel caso concreto sulla base delle circostanze del fatto e dell'evidenza disponibile, così che, all'esito del ragionamento probatorio, che abbia altresì escluso l'interferenza di fattori alternativi, risulti giustificata e processualmente certa la conclusione che la condotta omissiva tenuta è stata condizione necessaria dell'evento lesivo.

Tra i fattori alternativi, di cui il Giudice deve tenere conto ai fini decisionali, vi è senz'altro il comportamento della persona offesa e la valutazione di come la sua condotta abbia potuto innestarsi sul decorso causale.

L'aspetto non è di poco conto, in quanto nei reati colposi, il concorso della persona offesa nella produzione dell'evento lesivo è diretto non solo a stabilire l'entità del risarcimento del danno ma anche a determinare la pena da applicare nel caso concreto.

In tema di reati colposi, il comportamento di chi determina una situazione di pericolo è collegabile causalmente con l'evento, riducendosi ad una semplice occasione, allorché tale pericolo rivesta carattere di evidenza assoluta e sia, quindi, comprensibile e percepibile *ictus oculi* in tutti i suoi aspetti, così da poter essere evitato da chiunque con l'uso della normale diligenza (C.C. IV sezione, sentenza del 14 aprile 1989 n. 5684).

Al riguardo, già la Corte Costituzionale ha da tempo osservato (sentenza del 24 marzo 1988 n. 364) come il rispetto di tale principio comporti che una persona non possa essere chiamata a rispondere penalmente se non per gli effetti di condotte da essa controllabili, e *"mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate"*; aggiungendo che a nulla varrebbe *"garantire la riserva della legge statale, la tassatività delle leggi, ecc., quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può comunque impedire"*.

E, nella medesima ottica, in dottrina si è sottolineato che il principio del *"fatto proprio"* richiami energicamente ad un più accentuato rigore nel perseguimento del livello di certezza, in particola-

re scartando quelle soluzioni genericamente probabilistiche, che lasciano residuare consistenti o comunque significativi margini di aleatorietà sulla spiegazione della riferibilità di «quel» concreto evento ad una specifica condotta che l'agente doveva (o poteva) avere.

Il giudizio sulla autonoma idoneità causale del fattore esterno, costituito dalla condotta colposa del danneggiato (c.d. fortuito incidentale), va infatti adeguato alla natura della cosa, nel senso che quanto più la situazione di pericolo è suscettibile di essere prevista e superata attraverso l'adozione delle normali cautele da parte della persona offesa, tanto più incidente, nel dinamismo causale del danno, deve considerarsi l'efficienza causale del comportamento imprudente della stessa fino ad interrompere il nesso eziologico tra cosa e danno (v., *ex pluribus*, Cass. Civ. III sezione 17 gennaio 2001 n. 584; Cass. Civ. III sezione 9 febbraio 2004 n. 2430).

Ciò posto, va rilevato che, sulla scorta della giurisprudenza di legittimità in tema di responsabilità del custode *ex art. 2051 c.c.*, in senso sicuramente restrittivo rispetto ai principi generali della colpa penalisticamente intesa, l'agente viene ritenuto esente da responsabilità nell'esclusivo caso in cui rimanga acclarata la sussistenza del caso fortuito. Ebbene, detta esimente ben può essere integrata dalla stessa condotta colpevole della persona offesa, nel senso che la volontaria e consapevole esposizione al pericolo da parte di quest'ultima, mediante l'utilizzo della cosa in maniera non conforme alla sua destinazione, specialmente quando esistano valide ed agevoli alternative idonee a scongiurare l'eventualità di accadimenti dannosi, comporta la rottura del nesso di causalità tra la situazione sussistente, sia pur di per sé pericolosa, e l'evento pregiudizievole che ne possa derivare, giacché in tal caso è alla volontà dello stesso danneggiato ed alla sua decisione di correre un pericolo, da lui conosciuto e facilmente evitabile, che l'evento deve essere collegato in nesso eziologico (v., *ex pluribus*, Cass. Civ. III sezione 10 novembre 1993 n. 1191 con esplicitata e ribadita equiparazione dei profili civilistico e penalistico: *"occorre sottolineare che l'interruzione del nesso causale opererebbe anche nell'ambito di un preteso reato"*; Cass. Civ. III sezione 26 marzo 2002, con esplicita equiparazione degli effetti della condotta colposa del danneggiato ai fini dell'accertamento della responsabilità *ex artt. 2051 e 2043 c.c.*).

Al riguardo, va peraltro sottolineato che la più

convicente giurisprudenza della Suprema Corte è nel senso che ove ciò accada, neppure occorrono, ai fini della prova liberatoria, gli ulteriori requisiti della imprevedibilità e della inevitabilità da parte del custode del fatto stesso del danneggiato, poiché l'esclusione del rapporto causale tra cosa in custodia e danno esaurisce in radice ogni possibile aspetto della questione, in questa ottica il fatto che il custode avesse potuto impedire l'uso del bene da parte di terzi o il pericolo connesso alla specifica situazione potesse essere segnalato, nulla aggiunge al problema che resta tal quale, collocandosi le due circostanze sul medesimo piano logico causale della conoscenza della pericolosità della cosa (v., *ex pluribus*, Cass. Civ. III sezione 21 ottobre 1998; Cass. Civ. III sezione 22 agosto 1999 n. 3737).

Se, difatti, l'esercizio dei poteri di controllo e sorveglianza sul bene in custodia è finalizzato ad impedire che dagli stessi possano derivare danni a terzi, la loro esplicazione non può che essere adeguata alla natura della cosa stessa.

Ne deriva che se la persona offesa fa un uso anormale della cosa (ad es. percorre con un ciclomotore una strada chiusa al traffico ed adibita a cantiere edilizio), nella piena consapevolezza di non aver alcun titolo all'uso della stessa, non può ravvisarsi neppure l'ipotesi dell'insidia, da ricollegarsi alla colpa generica di cui all'art. 2043 c.c., intesa quale situazione di pericolo "idonea ad ingannare o a non rendere vigile una persona normalmente accorta e prudente".

In definitiva, è alla mera volontaria condotta della persona offesa, alla sua determinazione di correre un pericolo da lui non solo conoscibile bensì conosciuto nonché facilmente evitabile - con violazione dei più elementari principi di prudenza - che l'evento deve essere collegato in senso eziologico.

Infatti, la (quasi) certezza del nesso, che è oggetto della verifica, attiene non alla probabilità statistica, ma piuttosto alla probabilità logica (*alias* credibilità razionale), e questa reclama indagini processuali rigorose che volgano ad accertare la pertinenza della Legge statistica al caso concreto e la reale riconducibilità di questo a quella, nel contempo necessariamente verificando la non interferenza nella causazione del fatto lesivo di eventuali processi causali alternativi.

Il Giudice, pertanto, dovrà fare un uso ancora più accorto e rigoroso del regime della prova nell'accertamento della causalità omissiva e quando la

oggettiva difficoltà dell'accertamento non consenta di oltrepassare il limite del ragionevole dubbio, debba comportare gli esiti dell'art. 530 c.p.p., secondo il canone dell'*in dubio pro reo* e non la forzatura ed il sostanziale mutamento del concetto giuridico di causa.

In conclusione, l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza del riscontro probatorio sulla ricostruzione del nesso causale, quindi il ragionevole dubbio, in base all'evidenza disponibile, sulla reale efficacia condizionante del soggetto agente rispetto ad altri fattori interagenti nella produzione dell'evento lesivo, comportano la neutralizzazione dell'ipotesi prospettata dall'accusa e l'esito assolutorio del giudizio.

Rita Marchitello

L'eutanasia: un "diritto" in via di riconoscimento?

Di fronte ad un uomo ormai vicino alla morte o terribilmente debole, intubato, in preda ad atroci sofferenze oppure trattato con sedativi fino all'incoscienza, collegato a dozzine di macchine che esplicano la maggior parte delle sue funzioni vitali, ci si chiede se l'eutanasia, la "dolce morte", possa essere l'unico rimedio a tali atroci conseguenze e se il poter decidere in autonomia, libertà e consapevolezza il tempo e il modo della propria morte possa essere rivendicato come un vero e proprio "diritto" dell'uomo.

Il progressivo avanzare della medicina sul terreno della "fine vita" ha dotato l'uomo di strumenti tali da consentirgli di procrastinare l'evento letale e tenere in vita, per settimane e talvolta per anni, soggetti, ormai inguaribili, con ridotta aspettativa di vita, bisognosi di assistenza continuativa nei cui confronti appare vano il ricorso a qualsiasi terapia di tipo eziologico, restando possibile soltanto la messa in opera di trattamenti sintomatici o di natura palliativa.

Verrebbe spontaneo in questi casi invocare il rispetto dell'autonomia e della dignità della persona, sostenere quel malato terminale, adulto e nel pieno possesso delle proprie facoltà, che chiede l'intervento del medico per morire nel momento e nel modo che ritiene preferibili, al fine di realizzare quella che egli ritiene essere una morte dignitosa, liberamente scelta.

Ma vi è chi, come Edmund Pellegrino, critica l'ilusione del controllo sulla propria morte, inteso

come espressione ultima dell'autonomia del morente. Se la sofferenza del malato, ricorda Pellegrino, è tanto intensa da limitare tutte le opzioni mediche e l'eutanasia si presenta come l'unica scelta possibile, proprio allora la scelta non è realmente libera ed autonoma.

Ragioni economiche, sociali, emotive e psicologiche influiscono sulle scelte e decisioni di ogni individuo, sia egli sano o malato; il malato terminale è esposto più di chiunque altro alle influenze dei medici ed infermieri, della famiglia e della società che potrebbero "premere" a favore della scelta eutanasica. In queste condizioni la decisione di morire potrebbe configurarsi come il risultato di una serie di condizionamenti che il paziente subisce e quella che in apparenza sembra una scelta autonoma potrebbe rivelarsi quasi come un percorso obbligato.

Allora come comportarsi? Bisogna difendere la vita, come valore da presidiare ad ogni costo? o bisogna salvaguardare la dignità umana, intesa come diritto all'autodeterminazione dell'individuo? Di fronte ad un malato terminale che chiede di porre fine alle proprie sofferenze è giusto riconoscergli il "diritto di morire", quando diagnosi e prognosi sono dichiaratamente infauste? E se sì quale è il limite a tale "diritto"?

Domande che ruotano intorno al dibattito sull'eutanasia a cui hanno saputo dare una risposta solo l'Olanda ed il Belgio, gli unici ordinamenti giuridici al mondo ad avere in vigore una disciplina che espressamente legalizza l'"eutanasia attiva volontaria".

L'Olanda, con l'approvazione il 10 aprile del 2001 della Legge n. 137 dal titolo: "Riforma delle procedure per porre fine alla vita su richiesta e per il suicidio assistito", ha reso legali sia l'"eutanasia attiva volontaria" che il "suicidio medicalmente assistito", apportando delle modifiche al Codice penale olandese. In effetti, gli articoli che puniscono l'"eutanasia attiva volontaria" (art. 293, c.p.) ed il "suicidio medicalmente assistito" (art. 294, c.p.) restano in vigore, ma la Legge n. 137 del 10 aprile 2001, con un emendamento contenuto nell'art. 20, stabilisce le circostanze in cui tali atti vengono depenalizzati. Più precisamente essi non costituiscono più, e fin dall'inizio, condotte rilevanti dal punto di vista penale, qualora siano compiute da un medico che abbia rispettato i "criteri di adeguatezza" previsti dall'art. 2 della stessa legge e abbia osservato determinati vincoli procedurali di autodenucia. Resta, invece, reato l'aver compiuto le medesime

azioni senza il rispetto delle prescrizioni legislative o da parte di persona che non sia il medico curante.

Secondo i termini di questa legge, quindi, per "eutanasia attiva volontaria" si intende l'uccisione indolore posta in essere nei confronti di un paziente, affetto da sofferenze fisiche intollerabili e senza prospettive di miglioramento, da parte di un medico, il quale agisce attivamente con lo scopo di porre intenzionalmente fine alla vita del paziente su esplicita e persistente richiesta di questi; mentre nel "suicidio medicalmente assistito" la morte è la conseguenza diretta di un atto suicida del paziente, ma consigliato e aiutato da un medico, che ad esempio prescrive i medicinali e ne indica le dosi letali, o anche prepara l'occorrente per la somministrazione, ma poi lascia che l'atto finale sia compiuto dal paziente.

La Legge n. 137 del 10 aprile del 2001 segna il punto d'arrivo di una vicenda storica durata circa un trentennio, che ha visto la crescita dell'orientamento pro eutanasia nell'opinione pubblica e nella stessa categoria dei medici, segnalata, rispettivamente, dal "Rapporto Rimmelink" del 1991 e dal "Rapporto Van Der Mass" del 1995.

L'esito delle stesse votazioni in Parlamento, 104 voti favorevoli e 40 contrari alla Camera dei Deputati e 46 voti a favore e 28 contrari al Senato, ha dimostrato come l'intera compagine politica abbia risentito fortemente dell'influenza sia della classe medica olandese, che voleva essere completamente garantita da possibili conseguenze penali derivanti dalla pratica eutanasica; sia della giurisprudenza olandese, che fin dagli anni Settanta, aveva iniziato ad interpretare gli artt. 293 e 294 c.p., che punivano rispettivamente l'"eutanasia attiva volontaria" ed il "suicidio medicalmente assistito", alla luce di un reato commesso in una situazione di forza maggiore (art. 40, c.p.), ammettendo la configurabilità di tale scriminante anche nel caso in cui riteneva che il medico non avesse altro modo per adempiere al proprio dovere professionale di lenire le sofferenze del paziente se non ponendo termine alla vita dello stesso, nel rispetto di determinati "criteri di adeguatezza" individuati già dal 1973 dalla *Royal Dutch Medical Association* (KNMG), la maggiore associazione medica olandese; sia dell'opinione pubblica olandese, che da anni si vede schierata a favore della possibilità di abbreviare il più presto possibile le atroci sofferenze che possono accompagnare, talvolta per mesi, a volte per anni, un paziente, sia

egli un malato terminale che un soggetto le cui condizioni sono considerate "senza prospettiva di miglioramento" (M. Aramini, *Commento giuridico-etico della nuova legge olandese*, Milano, 2003).

Diverso è, invece, il caso belga, dove ad innescare la svolta che ha portato, il 16 maggio del 2002, all'adozione della "Legge belga sull'eutanasia" (DOC 50 1488/001), è stata la coalizione "Arcobaleno", composta dai liberali del premier Guy Verhofstadt, dai socialisti e dai verdi, al Governo dal giugno 1999, dopo 40 anni di presenza ininterrotta dei social-cristiani nell'esecutivo, confermando come la legalizzazione dell'eutanasia non fosse stata l'espressione del particolare indirizzo assunto dalla popolazione olandese, ma come potesse essere, in realtà, l'inizio di un processo che avrebbe potuto portare anche in altri Paesi a delle legislazioni simili.

In effetti, fino a quando la scelta dell'eutanasia era limitata all'Olanda, per sua natura e nell'immaginario collettivo il Paese della massima libertà, si sarebbe potuto pensare che questa scelta era un qualcosa di irripetibile in un contesto radicalmente diverso come può essere quello italiano.

La situazione diventa, però, completamente diversa quando la scelta della legalizzazione dell'eutanasia viene fatta dal Belgio, e cioè da un Paese a maggioranza cattolica, in cui non è certo facile mettere d'accordo, su argomenti così controversi, le due componenti culturali che ne fanno parte. È importante notare come, a differenza della legge olandese, l'"assistenza medica al suicidio" non rientri nella ambito di applicazione della "Legge belga sull'eutanasia" (DOC 50 1488/001).

Il Consiglio di Stato Belga nel "Parere" espresso il 2 luglio 2001, su richiesta del Presidente del Senato del 22 marzo 2001, si è interrogato sulla pertinenza della scelta, operata dalle Commissioni riunite del Senato, di escludere il "suicidio medicalmente assistito" dal campo di applicazione della legge proposta sull'eutanasia, sottolineando come la sola differenza, tra l'eutanasia ed il suicidio medicalmente assistito consiste nel fatto che l'atto che conduce direttamente alla morte sia compiuto dal medico oppure no.

Ma l'appello del Consiglio di Stato Belga di regolare questo aspetto della morte assistita non ha sortito nessuna variazione del testo della legge approvato senza emendamenti.

Inoltre, diversamente dalla legge olandese che prevede come condizione che il paziente patisca sofferenze fisiche intollerabili, per la legge belga

la sofferenza che la malattia procura al paziente non necessariamente deve essere fisica, ma può anche essere solo di tipo psichico.

In realtà, anche se non disciplinata espressamente dalla legge olandese relativa all'eutanasia, tale pratica è stata tollerata dalla giurisprudenza olandese la quale ha ritenuto che lo stato di necessità previsto dall'art. 40 c.p. olandese potesse applicarsi anche a quei pazienti che avevano una sofferenza puramente psicologica.

Per quanto riguarda i malati mentali, significativa sembra essere la risposta del Ministro per la Salute, il Benessere e lo Sport olandese all'interrogazione della Camera dei Deputati in materia di demenza ed eutanasia.

Egli sostenne che la demenza può portare a situazioni di vita inaccettabili. In questo caso, se la persona in questione avesse considerato lo stato di demenza come inaccettabile e ne avesse fatto menzione nelle sue volontà sarebbe stato possibile praticare l'eutanasia.

Per quanto riguarda gli altri punti le due Leggi in linea di massima si somigliano: entrambe prevedono le c.d. "direttive anticipate" nel caso in cui il paziente non sia più capace di intendere e di volere, entrambe prevedono delle Commissioni esaminatrici che giudicano preventivamente sul rispetto dei criteri di adeguatezza previsti dalla legge, notificando al p.m. solo quei casi in cui il medico curante, nell'opinione della Commissione, non ha agito nel rispetto delle prescrizioni previste dalla legge; per entrambe non è necessario, per rendere legale l'eutanasia, che la malattia sia al suo stadio terminale, ma è sufficiente che essa sia classificata come "grave e incurabile", anche se non mortale.

Diversamente, invece, dalla legge olandese, la legge belga considera la persona deceduta a seguito dell'eutanasia, defunta di morte naturale per quanto concerne l'approvazione dei contratti stipulati, in particolare delle polizze assicurative; ed inoltre la stessa prevede la possibilità, da parte del personale sanitario, di rifiutare la pratica eutanassica per ragioni di coscienza.

Il tema dell'eutanasia, anche nel nostro Paese, è al centro di un intenso dibattito.

Da un lato i sostenitori della "sacralità della vita", di cui si fa paladina la Chiesa Cattolica, i quali ritengono che la vita umana è un dono di Dio, il primo e più importante di tutti e non vi è autorità terrena che possa avocare a sé il potere di sopprimere, consapevolmente e volontariamente,

una creatura umana innocente, in nessun caso, per nessuna ragione al mondo, neppure quando sia il titolare a farne richiesta.

Dall'altro chi, come la Chiesa Valdese italiana, ribatte che, di fronte a situazioni c.d. "di fine vita", "solo l'essere umano pienamente cosciente è in grado di decidere se la propria vita è ancora degna di essere vissuta e... nessuno, medico, istituzione religiosa, o società, può in ultima analisi imporre l'obbedienza a valori non condivisi".

Attualmente in Italia manca una norma specifica che prenda espressamente in considerazione il fenomeno, facendo ricadere i vari moventi eutanassici nella regolamentazione di fattispecie criminologiche dettate indipendentemente dalla peculiarità del fenomeno in esame e in ragione, piuttosto, di esigenze di tutela ritagliate su fenomenologie criminologiche sensibilmente diverse.

Più precisamente, posto che la tutela della vita è assicurata da un'articolata costellazione di fattispecie di omicidio, è da queste ultime che deve necessariamente procedere l'inquadramento penale delle ipotesi che si sogliono ricondurre al concetto di eutanasia.

Ne deriva un quadro non privo di rigorismi paradossali. Basti pensare che l'omicidio *pietatis causa* commesso senza il consenso del paziente, se da un lato, può risultare attenuato in virtù della rilevanza che il Codice penale riconosce ai motivi di particolare valore morale e sociale (art. 62, n. 1, c.p.), dall'altro, risulterà con ogni probabilità aggravato dalla premeditazione (artt. 576, 1° comma, n. 2; 577, 1° comma, n. 3, c.p.).

Cosicché, quell'intervallo temporale tra la deliberazione dell'azione e la sua realizzazione, nell'ordinamento italiano, può far risalire il fatto, addirittura, tra le ipotesi punite con l'ergastolo.

Una soluzione, questa, cui si perviene anche nel caso in cui l'agente adoperi sostanze venefiche come strumento di morte, o all'azione partecipi, anche solo a titolo di concorso morale, un ascendente o un discendente del soggetto passivo (artt. 576, 1° comma, n. 2; 577, 1° comma, nn. 1 e 2, c.p.).

L'inadeguatezza e la severità dell'attuale assetto legislativo in materia di eutanasia risultano solo in parte compensate dalla previsione dell'"omicidio del consenziente" (art. 579, c.p.) come fattispecie meno grave di omicidio, ma punita pur sempre con una sanzione che può arrivare fino ai quindici anni di reclusione.

Il quadro normativo dell'attuale trattamento del-

l'eutanasia sarebbe, poi, gravemente lacunoso, ove si omettesse di considerare le implicazioni, sia di principio, sia applicative, che discendono, sul tema dell'eutanasia, dalla previsione dell'"istigazione o aiuto al suicidio" (art. 580, c.p.), come ipotesi autonoma di reato, punito con una reclusione fino a dodici anni (M. B. Magro, *Eutanasia e diritto penale*, Torino, 2001).

Si è cercato di colmare le lacune che l'ordinamento italiano manifesta in materia di eutanasia con delle proposte di legge.

Attualmente, in attesa di essere discusse giaccono in Parlamento ben 8 proposte di legge: rispettivamente, 3 "Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari", volte a legalizzare l'eutanasia passiva consensuale; 1 concernente il "divieto di eutanasia", intenta a vietare, in modo esplicito, qualsiasi forma di eutanasia; e 4 volte ad un'esplicita legalizzazione dell'"eutanasia attiva volontaria", anche sulla spinta di tre organizzazioni, "Exit-Italia", "LiberaUscita" e "Consulta di Bioetica", le quali da anni sostengono l'urgenza, nell'ordinamento italiano, di una riforma legislativa in senso permissivo dell'"eutanasia attiva volontaria".

Indubbiamente sull'impostazione del problema ha influito ed influisce tuttora la Chiesa Cattolica, che rappresenta l'ostacolo più difficile da superare qualora si decidesse di adottare una legislazione simile a quella olandese e belga.

Le tre proposte di legge in materia di "eutanasia passiva consensuale", dal titolo: "Disposizioni in materia di consenso informato e di dichiarazioni di volontà anticipate nei trattamenti sanitari" sono incentrate sul principio di autodeterminazione in ordine alle cure mediche e sulla pretesa che ogni persona, una volta ricevuta un'informazione completa e corretta della diagnosi, della prognosi e di ogni altro elemento che concerna la scelta che la persona stessa è chiamata a effettuare, ha il diritto di essere protagonista delle scelte riguardanti la propria salute, sia nel senso di accettare sia nel senso di rifiutare l'intervento medico; e questo, anche qualora il paziente non sia più in grado di intendere e volere, attraverso le c.d. "direttive anticipate", alla luce di quanto stabilito dall'art. 32, 2° comma della Costituzione e dall'art. 5 della "Convenzione di Oviedo" del 1997.

Tali proposte si limitano a rivendicare la "centralità del malato e della sua soggettività", prendendo in considerazione la possibilità che il malato possa decidere della propria vita solo limitata-

mente al "diritto di prestare o di negare il proprio consenso in relazione ai trattamenti sanitari che stiano per essere eseguiti o che siano prevedibili nello sviluppo della patologia in atto" (art. 2, punto 1, 1° comma, proposte di legge nn. 5673, 4694 e 2279).

La proposta di legge dell'ADUC e dell'Associazione Luca Coscioni riconosce, all'art. 3, il diritto ad essere informato compiutamente e a prestare il consenso ad ogni trattamento medico sanitario alla persona capace di intendere e volere che abbia un'età maggiore di anni quattordici; tale consenso, art. 2, opera anche per il futuro decorso in caso di perdita della capacità naturale e, art. 4, il dichiarante ha la possibilità di nominare un fiduciario che divenga titolare dei diritti di cui agli artt. 1 e 2 ovvero interprete e garante della sua volontà in presenza di direttive anticipate.

Quanto all' "eutanasia attiva consensuale", gli interventi di riforma possono essere distinti in due tipi. Un primo tipo di intervento, mantiene la punibilità dell' "eutanasia attiva consensuale" e si limita a proporre una modificazione della disciplina vigente, dando un adeguato rilievo alla situazione di chi agisce allo scopo puramente altruistico di evitare al soggetto passivo un'agonia dolorosa.

A tal fine, particolarmente opportuna è parsa la creazione di un'autonoma fattispecie incriminatrice, punibile con una pena inferiore a quella prevista dall' "omicidio del consenziente" (art. 579, c.p.), che si caratterizzi per il fine esclusivamente altruistico dell'agente, per l'uso di mezzi indolori e per le condizioni del soggetto passivo, quale malato certamente non guaribile, afflitto da dolori non mitigabili.

Queste condizioni andrebbero tenute presenti allo scopo di introdurre, per il caso di "eutanasia attiva non consensuale", un'apposita circostanza attenuante dell'omicidio doloso, come soluzione largamente preferibile al ricorso alla grazia, che, anche se può essere un rimedio in casi estremi e particolari, non può certo costituire una soluzione al problema.

Una proposta di legge concernente il "divieto di eutanasia", è stata presentata alla Camera dei Deputati il 19 dicembre del 2002².

Partendo dalla premessa che l'eutanasia non è esplicitamente considerata dal nostro ordinamento, ed è di volta in volta ritagliata, con un'operazione interpretativa, all'interno dei reati già previsti dalla Codice penale, la proposta di legge

in esame tende a colmare le lacune che l'ordinamento italiano manifesta, sia vietando, in modo esplicito, qualsiasi forma di eutanasia, che specificando i diritti dei pazienti nei confronti di quelle pratiche mediche che operano a cavallo tra la vita e la morte.

Punto fondamentale di partenza della proposta di legge in esame è che, sia l'eutanasia "attiva" che "passiva", rientrano all'interno di tre fattispecie del nostro ordinamento penale: il reato di "omicidio" di cui all'art. 575, c.p.; il reato di "omicidio del consenziente" di cui all'art. 579, c.p.; e, il reato di "istigazione o aiuto al suicidio" di cui all'art. 580, c.p. È importante specificare che il consenso sarà ritenuto rilevante solo come possibile attenuante della pena, ma non potrà essere utilizzato come elemento di assoluzione del colpevole dal reato.

La proposta di legge in esame disciplina anche il c.d. "divieto di accanimento terapeutico", inteso come ricorso a interventi medici di prolungamento della vita non rispettosi della dignità del paziente. In circostanze, poi, di malattie fortemente invalidanti e terminali è necessario limitare l'attività medica all'assistenza morale e alle cure volte a ridurre al minimo le sofferenze del paziente.

Un secondo tipo di intervento, al contrario, è orientato verso il riconoscimento della impunità dell' "eutanasia attiva consensuale", almeno nelle ipotesi in cui la repressione della stessa crei una discriminazione tra il paziente che può procurarsi da solo la morte e il paziente che, a causa del tipo di malattia o dello stato avanzato della stessa, non può provvedere autonomamente, ma deve dipendere dalla collaborazione attiva del terzo, anzitutto il medico.

A sostenere l'urgenza, nell'ordinamento italiano, di una riforma legislativa in senso permissiva dell' "eutanasia attiva consensuale" sono le tre principali organizzazioni: "Exit-Italia", "LiberaUscita" e "Consulta di Bioetica"; le quali hanno messo a punto, rispettivamente, delle proposte di legge in tema di eutanasia, di cui una, quella di "Exit-Italia", è stata presentata in Parlamento.

In effetti, giacciono in Parlamento quattro proposte di legge volte ad un'esplicita legalizzazione dell' "eutanasia attiva volontaria": una, come detto, d'iniziativa popolare, proposta da "Exit-Italia"³ grazie alla collaborazione del partito Radicale; una del deputato Giuliano Pisapia di Rifondazione Comunista⁴; ed una elaborata dall'associazione "LiberaUscita"⁵; una presentata dal senatore Biscardini di Rosa nel Pugno con n. 3726

l'11 gennaio 2006; una proposta dal deputato Enrico Buemi di Rosa nel Pugno con n. 6269 il 17 gennaio 2006.

La proposta di legge di "Exit-Italia" pone in essere la rivendicazione del diritto di autodeterminazione dell'individuo, correttamente informato e capace, attraverso il c.d. "Testamento biologico", meglio conosciuto come "Living will".

Attraverso questi, il paziente, "nella pienezza delle sue facoltà, detta le proprie volontà, riguardo ai trattamenti sanitari cui vuole essere sottoposto, o, riguardo alle modalità con cui vuole porre in essere la propria morte, ricorrendo all'eutanasia o al suicidio assistito da parte di un medico".

Tale dichiarazione di volontà deve essere sottoscritta dall'interessato e controfirmata da testimoni e da "un fiduciario", il quale, "nel caso sopravvenga uno stato di incapacità naturale del soggetto stesso, è tenuto a garantire l'adempimento delle indicazioni contenute nella dichiarazione di volontà".

La proposta di legge presentata dal deputato Giuliano Pisapia nasce, invece, dallo studio della "Legge belga sull'eutanasia" (DOC 50 1488/001) approvata il 16 maggio del 2002 dalla Camera dei Rappresentanti.

L'ottica nella quale si pone la proposta di legge in esame è quella del riconoscimento della possibilità di scegliere le modalità della fine della propria esistenza, nel caso di "patologie non curabili e in fase terminale", quale aspetto sia del diritto all' "eutanasia attiva consensuale", che del diritto a non essere sottoposti a trattamenti sanitari senza il consenso, sancito dall'art. 32, 2° comma della Costituzione e dalla "Convenzione di Oviedo" del 1997, resa esecutiva ai sensi della Legge n. 145 del 28 marzo del 2001.

In pratica la proposta presentata dal deputato Giuliano Pisapia è identica a quella belga, tranne in un punto, dove alla malattia "grave e incurabile", quale requisito affinché "l'eutanasia attiva diretta e volontaria" non sia considerata reato, viene sostituita la "patologia con prognosi infausta e in fase terminale".

Riguardo alla proposta di legge di "LiberaUscita", essa è incentrata sulla depenalizzazione dell'eutanasia qualora il medico, che provoca o agevola la morte di una persona che lo ha richiesto, accerti che la persona si trovi in uno "stato patologico o accidentale gravemente invalidante e irreversibile, causa di sofferenze fisiche o psichiche insopportabili e senza prospettive di miglioramento".

Delle tre proposte già formulate, volte ad un'e-

splicita legalizzazione dell'eutanasia, rispettivamente quelle di "Exit-Italia", Giuliano Pisapia e "LiberaUscita", quella di "Exit-Italia" si pone come ponte fra il vuoto attuale e l'introduzione dell'eutanasia nella Legislazione, prevedendo il riconoscimento sia del diritto all'informazione ed al consenso, sia la possibilità di legiferare in materia di suicidio assistito e di eutanasia.

Gli altri due dispositivi, quello di Giuliano Pisapia e di "LiberaUscita", appaiono meno articolati e più "centrati" nel merito dell'interruzione della sopravvivenza, attraverso la non punibilità del medico, ma dando come quasi acquisito il diritto all'autodeterminazione.

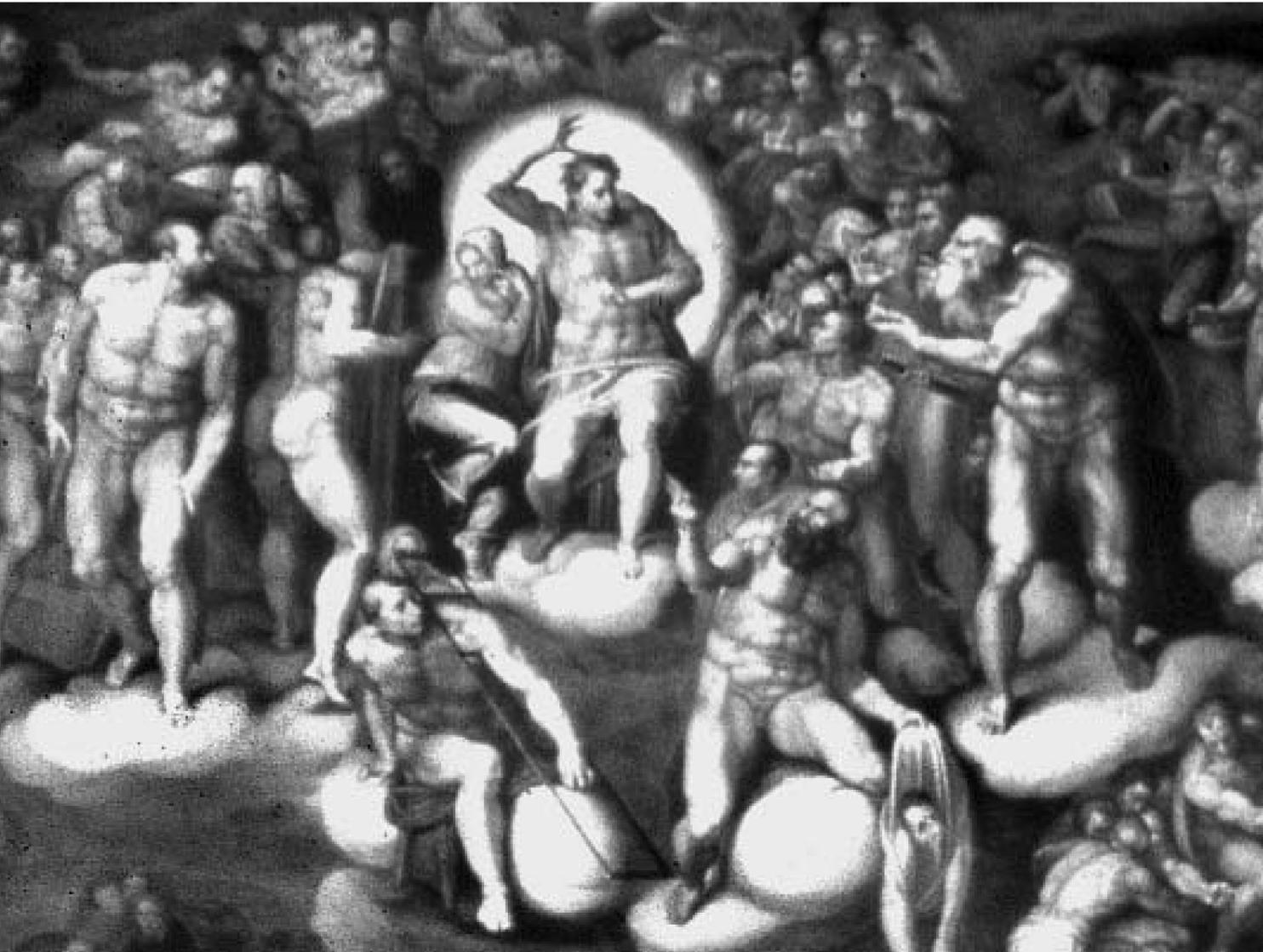
La proposta di legge presentata dal senatore Biscardini, in data 17 febbraio 2006, concerne le "Norme sulla tutela della dignità della vita e disciplina della eutanasia", il cui fine è quello di dispensare l'individuo dall'accanimento terapeutico, introducendo il divieto dell'accanimento che si manifesta come deformazione violenta del processo naturale del morire.

Essa introduce, art. 3, il testamento biologico "mediante il quale una persona può chiedere di essere sottoposto all'eutanasia attiva in caso di malattia che provochi la perdita delle facoltà psichiche ed intellettive, se la richiesta è stata formulata per iscritto quando era pienamente capace di intendere e volere."

Secondo questa proposta l'eutanasia può essere praticata qualora il paziente si trovi "in condizioni terminali, e cioè: incurabile stato patologico cagionato da lesioni e malattia e dal quale secondo cognizione medico-scientifica, consegue la inevitabilità della morte, il cui momento sarebbe soltanto ritardato ove si facesse ricorso a terapie di sostenimento vitale utilizzando tecniche meramente rianimative nonché apparecchiature meccaniche o artifici per sostenere, riattivare o sostituire una naturale funzione vitale".

Importante è sottolineare che tutti i progetti di legge, in analogia alla legge olandese ed a quella più recente belga, non presuppongono mai la legalizzazione di alcuna forma di eutanasia, ma sempre e solo la sua depenalizzazione come deroga a quanto previsto dagli artt. 579 ("omicidio del consenziente") e 580 ("istigazione o aiuto al suicidio") del Codice penale italiano.

Quanto alla "Consulta di Bioetica", dal 2000 sta lavorando ad un progetto legislativo ancora oggi in fase di elaborazione, incentrato prevalentemente sulla tutela del medico e del paziente e sul ruolo, ritenuto fondamentale, delle cure palliative. Riguardo alle associazioni che sostengono



Marcello Venusti,
Il Giudizio Universale (part.),
Napoli,
Museo di Capodimonte.

l'urgenza, nell'ordinamento italiano, di una riforma legislativa in senso permissivo dell' "eutanasia attiva consensuale", merita considerazione la "Legge Italiana Abolizione Concordato" (LIAC), un movimento di impianto laico e libertario, che ultimamente è sceso in campo per la rivendicazione di una piena libertà e dignità del morire. "La libertà di morire dignitosamente da parte di chi soffre per malattia terminale", sostiene la LIAC, "è un diritto del cittadino e deve essere sancita da un'apposita legge che dovrà basarsi su dichiarazioni scritte o verbali dell'interessato".

Un'ultima riflessione va dedicata alle cure palliative. È da notare come in Italia non esista una cul-

tura diffusa su di esse. Tali cure, anche se ritenute da molti un'alternativa valida all'eutanasia, non hanno ricevuto in Italia un'attenzione adeguata. Basti pensare che la formazione di strutture dedicate all'assistenza palliativa è stata prevista solo recentemente con l'adozione del D.Lgs. n. 450 del 28 dicembre 1998, convertito, con modificazioni, con Legge n. 39 del 26 febbraio 1999; e che, solo nel 2001, dopo molteplici lotte politiche, è stata approvata la legge per "Agevolare l'impiego dei farmaci analgesici oppiacei nella terapia del dolore", con l'obiettivo di ridurre gli scogli, anche burocratici, per la somministrazione di antidolorifici, in particolare della morfina, nei confronti di pazienti

affetti da dolori insopportabili, in corso di patologia neoplastica o degenerativa.

I radicati pregiudizi nei confronti delle sostanze oppiacee continuano a impedire la pratica di un'efficace terapia del dolore, scoraggiando quei medici che vedono tali sostanze, come un rimedio estremo, da adottare nella fase ultima della lotta contro il dolore.

L'80% dei medici, non ritira neppure il ricettario speciale, necessario per le prescrizioni di oppioidi e molte farmacie non ottemperano all'obbligo di avere morfina a disposizione.

Del resto perfino negli ospedali, nei quali ci sono ampie libertà d'uso degli oppioidi, disponibilità di mezzi adeguati di somministrazione e possibilità di controllo dei loro effetti, il regime di sospetto istituito dal legislatore fa sentire i suoi effetti, ostacolando lo sviluppo di una sistematica terapia del dolore posta sullo stesso piano degli altri interventi terapeutici e favorendo la mentalità per la quale le pratiche antalgiche hanno sempre qualcosa di eccezionale e sfiorano l'illecito.

Combattere il dolore non può più essere considerato un compito minore e facoltativo del medico, ma deve essere posto tra i suoi doveri principali.

In un Paese come il nostro in cui l'eutanasia non risulta essere la via d'uscita preferibile ai problemi "di fine vita", un impegno serio e coerente a favore della medicina palliativa sarebbe, in ogni caso, una prima risposta che la società dovrebbe offrire alla domanda di aiuto di un malato terminale.

Anche se un po' in ritardo l'ordinamento giuridico italiano sembra, quindi, essersi avvicinato alle problematiche riguardanti i malati terminali.

Fino ad oggi si è preferito nascondere il problema, incentrandolo sull'accanimento terapeutico e confidando sulla labilità dei suoi confini, ma questa scelta si è risolta nell'accentuare la discrezionalità dei medici nella prescrizione delle cure, tanto che il potere e le possibilità di cui essi godono hanno portato alcuni a parlare di medicalizzazione della vita e lo stesso concetto di morte naturale ha finito per perdere ogni suo significato.

Alcuni, come il legislatore belga, vedono la soluzione del problema nella considerazione che non tutti i fenomeni sono giuridicizzabili e che pertanto scelte estreme di tale portata appartengono ad ogni persona.

Compito della società è predisporre le migliori condizioni affinché sia praticabile tanto la scelta di una morte consapevole quanto quella della cura fino al limite di ogni possibilità.

Il rischio per il legislatore italiano è quello di vedere arrivare prima il legislatore europeo incline a tracciare quanto meno i confini di una legislazione possibile per tutti i Paesi membri.

Il legislatore italiano, come quello degli altri Paesi europei, non potrà ancora a lungo eludere il problema evitando di interrogarsi sulle possibili soluzioni giuridiche.

Se è vero che la disciplina penale dell'omicidio è, di fatto, a oggi, la soluzione giuridica offerta al problema, è anche vero che tale disciplina ormai risulta per molti versi inadeguata e insoddisfacente, non tenendo conto dei profili di complessità importati dal progresso medico e dalla secolarizzazione.

Il legislatore ha il dovere di offrire soluzioni giuridiche certe ai problemi che emergono nella realtà sociale. Tra questi, la rivendicazione di poter decidere le modalità e i tempi della propria morte "bussa" risposta⁶.

1 Il riferimento va alla proposta di legge n. 5673 presentata alla Camera dei Deputati il 10 febbraio del 1999 dai deputati: Grignaffini, Bracco, Furio Colombo, Mancina, Petrella, Acciarini, Bielli, Brancati, Brunale, Capitelli, Cennamo, Dedoni, Mazzochin, Labate, Manzini, Raffaelli, Sbarbati, Siniscalchi; alla proposta di legge, presentata al Senato, per la prima volta, con n. 4694, il 29 giugno del 2000 dai senatori: Manconi, Carella, Pettinato, Scopelliti, Bruno Ganeri e Parola; e, in seguito, ripresentata con n. 2279, il 23 maggio del 2003 dai senatori: Ripamonti e Del Pennino e alla proposta di legge n. 1463 del 25 luglio 2006 dell'ADUC e dell'associazione Luca Coscioni presentata in Parlamento dalla deputata Donatella Poretti.

2 Il riferimento va alla proposta di legge n. 3495, dal titolo: "Disposizioni concernenti il divieto di eutanasia", presentata alla Camera dei Deputati il 19 dicembre del 2002 dai deputati: Cè (Lega Nord), Ercole, Lussana, Ballaman, Bricolo, Caparini, Didonè, Guido Dussin, Luciano Dussin, Fontanini, Dario Galli, Gibelli, Martinelli, Francesca Martini, Parolo, Polledri, Rizzi; e ripresentata con n. 752 da Polledri al Senato in data 5 luglio 2006.

3 Il riferimento va alla proposta di legge n. 2974, dal titolo: "Disposizioni in materia di legalizzazione di eutanasia", presentata alla Camera dei Deputati l'8 luglio del 2002 dai deputati: Pisapia (Rifondazione Comunista), Annunziata, Bertolini, Bova, Caldarola, Cesaro, Chiaromonte, Craxi, Falanga, Giachetti, Grillini, Lainati, Landi Di Chiavenna, Macerati, Rocchi, Taormina, Trupia.

4 La proposta di legge n. 3132, dal titolo: "Norme in materia di eutanasia", è stata presentata alla Camera dei Deputati il 4 settembre del 2002 dai deputati: Pisapia (Rifondazione Comunista), Titti De Simone, Deiana, Alfonso Gianni, Mascia, Russo Spena, Valpiana; e ripresentata con n. 1190 da Mascia alla Camera il 25 luglio 2006.

5 La proposta di legge n. 2758/A.S., dal titolo: "Norme per la depenalizzazione dell'eutanasia" è stata recentemente presentata al Senato, il 17 febbraio del 2004, dai senatori: Alessandro Battisti, Natale D'Amico, Nando dalla Chiesa (DL-Margherita), Gerardo Labellarte, Giovanni Crema (SDI), Luigi Malabarba, Livio Togni, Tommaso Sodano (Rifondazione Comunista), Antonio Falomi, Franco Bassanini, Guido Calvi (DS), Natale Ripamonti e Stefano Boco (Verdi); e ripresentata con n. 843 da Zanotti alla Camera in data 25 luglio 2006.

6 Cfr. F. Botti, *Eutanasia: necessità e attualità di un dibattito*, in *Quad. Cost.*, 1/2003, pp. 164-166.

Historia et Antiquitates

di Marici Magalhaes

La fontana di San Nicola a Sant'Egidio del Monte Albino e un magistrato di Nuceria Constantia.

La fontana in marmo bianco di Sant'Egidio del Monte Albino, appena restaurata, con la sua preziosa iscrizione, sono state segnalate per la prima volta nel 1819 dal (P. D.) A. Di Meo, il quale la vide all'epoca di una sua visita a questo Comune, e la cui descrizione (*Annali critico-diplomatici del Regno di Napoli della mezzana età*) probabilmente sarà servita come fonte a Giuseppe Fiorelli che, nel 1883, ne farà una descrizione nelle *Notizie degli Scavi di Antichità*. La vasca, ancora *in situ* funge come fontana di San Nicola, ubicata nella piazza Giovan Battista Ferraioli.

Secondo alcuni studi recenti eseguiti da M. De' Spagnolis nel 2000 (*Il Sarno e i suoi dèi: la fontana di Sant'Egidio Montalbino e Terra dei Sarrasti*) e da Vincenza Iorio nel 2002 (*Il Sarno: un fiume, un dio*), il dio *Sarnum* è raffigurato su due dei tre lati visibili della vasca: sulla faccia principale il dio è seminudo, disteso a terra (direttamente sulla modanatura del basamento) e le gambe incrociate e coperte da un mantello; la testa è barbata e rivolta a sinistra, presentando una folta capigliatura; il braccio sinistro regge un corno dell'abbondanza dal quale esce dell'acqua; il braccio destro, sollevato sulla testa, sostiene il velo che si alza; a sinistra (ai piedi del dio) si trovano tre canne su tre protuberanze che danno alla scena il suo carattere fluviale. Nella faccia orientale (lato breve, il dio è raffigurato giovane e seduto mentre guarda verso il basso, oppure si riflette in uno specchio d'acqua, con le gambe coperte da un mantello drappeggiato; la mano sinistra è poggiata sulla gamba sinistra mentre la destra su un piccolo podio (o un'arula) che gli è accanto; a sinistra del dio ci sono due lance che si intrecciano a forma di X e con le punte conficcate nel terreno; nel lato opposto e a un livello di poco più alto del pavimento, è un piccolo animale ora poco leggibile (cane o porcellino rampante) che poggia la zampa anteriore sinistra sul podio o sull'arula. Infine sul lato breve occidentale è raffigurato quello che sembra un Nettuno/Poseidone. Le due prime figure potrebbero rappresentare la nascita

e la maturità del fiume Sarno, mentre il suo sbocco a mare la figura del dio marittimo.

L'iscrizione è incisa sul lato lungo della balaustra o fregio, liscio, che presenta una modanatura composta da listello e gola rovescia inquadrando i rilievi centrali già descritti. La parte superiore della balaustra è quasi completamente corrosa dall'azione umana, molto consumata e discendente verso destra, e risultò abbastanza difficile identificare l'intero testo, anche dopo due esami autoptici da chi scrive (settembre e novembre 2002), ma fu possibile invece ricavarne e trasmettere quel che è rimasto. Sul lato lungo o frontale si legge:

P. Helvius P. f. Ilvir i(ure) d(icundo), aug(ur)?, [- c.6 -], p(ecunia) s(ua).

Innanzitutto si osservi che i numerosi fori rotondi, abbastanza profondi, e i larghi solchi alle estremità delle lettere inducono a pensare che queste potessero essere bronzee, il che combacia sia con l'importanza dei rilievi ivi rappresentati (comunque eseguiti da un'officina locale) che con le cariche occupate dal nostro personaggio, come si vedrà più avanti.

Della lettura *P(ublius) Helvius P(ublii) f(ilius)* non si ha nessun dubbio ('Publio Helvio, figlio di Publio'). Benché la parte superiore di queste due ultime lettere siano ben consumate, i due tratti verticali dopo *Helvius* sono abbastanza distanti l'uno dell'altro, per cui si è potuto integrare una P e una F. Nello stesso stato consumato si trovano gli altri due tratti verticali successivi, questi ultimi indicanti il numerale II; nonostante siano visibili soltanto le parti inferiori delle aste, entrambi sono molto vicine perché potessero comporre due altre lettere facenti parte di un *cognomen* o altro [ad es. *P(ublii) n(epos)*]. Dopo *P(ublii) f(ilius)*, le tracce di tre altri segni vanno identificati con la carica di *Ilvir* (cioè, pretore), che molto probabilmente il nostro personaggio occupava; infatti i tre fori lasciati dalle grappe bronzee potrebbero aver fissato, due di loro una V e il terzo una sbarra verticale corrispondente ad una I; altri due fori discendenti verso destra sembrano comporre quello che restò della coda di una R. Dopo l'integrazione VIR, la distanza tra due altri fori ciechi inducono a ricomporre quasi perfettamente le abbreviature ID [da sciogliere *i(ure) d(icundo)*], ossia 'con poteri giurisdicenti'. Ancora verso la destra non sono più visibili tracce di altre lettere o fori sui quali si potrebbero poggiare. Soltanto nel manoscritto di Di Meo, che la vide ancora in



buon stato, si fa qualche riferimento alle abbreviature AVG e PS, che chiudono l'iscrizione quasi all'estremità destra della balaustra. È possibile che le lettere AVG siano state individuate da lui sotto la frattura centrale, ma non sono riuscite a riconoscerle; mentre dell'abbreviatura PS [da sciogliere *p(ecunia) s(ua)*], si intravedono, forse, la parte inferiore della pancia della P e la parte centrale di S, quest'ultima ancora con il foro cieco allineato alla base. In realtà uno spazio per ca. 9/10 lettere è rimasto tra VIR e PS; se si accetta l'antica lettura AVG di Di Meo (cfr. sopra), questo spazio va ridotto a soltanto ca. 6 lettere, di cui non si può dire altro, perché quello che si vede ora sono soltanto due fori per fissaggio ben allineati all'altezza della base scrittoria. Si osservi una sola interpunzione tonda rimasta tra *P* e *Helvius* all'inizio dell'iscrizione.

Comunque sia, l'assenza di un *cognomen* dopo la filiazione e le caratteristiche 'a squadra' un po' pesanti delle lettere inducono a collocare l'iscri-

zione non oltre ai primi anni di Augusto, dato in perfetta consonanza con il quanto ha ricavato la De' Spagnolis per la datazione del rilievo.

Quindi sembra ora possibile arricchire ancora di più l'elenco dei componenti dell'*ordo Nucerninus* di prima età augustea con il nome di *P(ublius) Helvius P(ublii) f(ilius)*, e quasi certamente con l'incarico municipale di *Ilvir i(ure) d(icundo)*, che fece erigere a proprie spese (*pecunia sua*) almeno una fontana a Sant'Egidio Monte Albino, sicuramente un *pagus* con *vicus* sotto la giurisdizione di *Nuceria Constantia* e dove, con molta probabilità aveva anche degli interessi perché abbia provveduto l'approvvigionamento idrico.

Come si sa, almeno otto dei magistrati di *Nuceria* attivi tra l'inizio dell'età augustea e il 79 d.C. sono noti attraverso i *programmata* elettorali dipinti sulle tombe della cd. *via Nucerna* a S di *Pompeii*, e come già accennato da A. Varone nel suo *Panorama epigrafico* del 1994 (in *Nuceria Alfaterna e il suo territorio*): candidati alla quinquennalità



(censori) in epoca augustea erano *L. Magius Celer* e *L. Munatius Caeserninus*, che già appaiono prima come candidati a *Ilviri* o pretori; questi sono seguiti dai contemporanei *Q. Fabricius*, *L. Lusius Saturninus* e *C. Tampius Sabeinus* (quest'ultimo con poca probabilità), sempre come candidati al duovirato; infine candidato all'edilità nello stesso periodo è un [- -] *Niger* e ad una carica incerta un

P. Vitellius. A sua volta le tre testimonianze lapidarie da noi note comprovano che partecipavano all'amministrazione nocerina di epoca augustea *M. Virtius M. f. Ceraunus* come *Ilvir* e con la carica di edili o *quattuorviri M. Antonius M. f. C[- -]*, *C. Coranus C. f. Tuscus* e [*M.?*] *Vibius M. f. Men. Coelianus*. L'unico punto rimasto dubbio è se considerare l'antica lettura AVG del Di Meo al centro della vasca. Se così fosse, si scioglierebbe come *aug(ur)* - non è da escludere che il nostro personaggio esercitasse a *Nuceria* questa funzione sacerdotale (*augure*). Esempi simili di personaggi di rango simile si trovano nella vicina *Pompeii*, come ad esempio i censori *M. Tullius M. f. (Ilvir quinq. III* in epoca augustea) e *M. Stlaborius Veius Fronto* (candidato alla quinquennalità in età giulio-claudia); praticamente lo stesso accade a *Surrentum* in piena età tiberiana, dove un personaggio di rango equestre, *L. Cornelius L. f. Men. M[- -]*, raggiunse la quinquennalità anch'egli come *augur* e *flamen Romae Ti. Caesaris Aug(usti)* (il personaggio è stato recentemente pubblicato da chi scrive, in *Storia, istituzioni e prosopografia di Surrentum romana*). Sicuramente le nuove indagini epigrafiche eseguite sul territorio nocerino-sarnese da chi scrive, porteranno alla luce nuovi illustri personaggi, ancora inediti e di grado equestre, appartenenti all'*élite* cittadina della *Nuceria Constantia* di epoca romana.

Infine, un altro testo è passato inosservato dai precedenti editori: sul bordo del lato destro della vasca (in cui è raffigurato Nettuno), quasi vicino alla parete della terrazza dove è ora murata la stessa, è incisa a solchi leggeri e con la metà superiore molto consunta l'abbreviatura AVG, da sciogliersi: *Aug(usto)*. Questa abbreviatura è molto suggestiva, e potrebbe essere anche quella stessa riferita dal Di Meo per la prima iscrizione sul fronte della fontana, e con cui avrebbe fatto un po' di 'confusione'. Le lettere sono abbastanza snelle e lunghe in confronto con quelle della precedente iscrizione, e come prova l'integrazione della metà mancante. Intanto non sono coeve alla prima, ma incise in un momento di molto posteriore, a giudicare anche dal tratto orizzontale della A, spezzato, frequente nel tardo impero. Si potrebbe quindi pensare che su quel lato si abbia voluto aggiungere, a *posteriori* ma pur sempre pubblicamente, una dedica ad un Augusto, uno degli imperatori regnanti in tardiva età.

Tratto da: *Nuceria. Scritti in memoria di Raffaele Pucci*.

Contributi dai Colleghi

L'indulto.

di Luigi Canova

Il 31 luglio 2006 è stata pubblicata, sulla Gazzetta Ufficiale, la Legge n. 241/2006 di concessione dell'indulto, entrata in vigore dal primo agosto 2006. Con la promulgazione del provvedimento legislativo *de quo* si è posto fine a due settimane di scontri, non solo tra i parlamentari, ma che hanno coinvolto l'intero Paese, ponendo in risalto il problema urgente del sovraffollamento e del degrado delle carceri.

Nel testo definitivamente approvato dal Parlamento, l'indulto è stato concesso per tutti i reati commessi fino a tutto il 2 maggio 2006, e comporta l'estinzione delle pene detentive, in misura non superiore a tre anni, e delle pene pecuniarie (sole o congiunte) in misura non superiore a 10.000,00 euro.

L'applicazione dell'indulto è stata, però, esclusa per una serie di reati e, specificamente, per i reati previsti dagli artt. 270, comma 1, (associazioni sovversive), 270 *bis* (associazioni con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico), 270 *quater* (arruolamento con finalità di terrorismo anche internazionale), 280 (attentato per finalità terroristiche o di eversione), 280 *bis* (sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione), 306 (banda armata), 416 comma 6 (associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale), 416 *bis* (associazione di tipo mafioso), 422 (strage), 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù), 600 *bis* (prostituzione minorile), 600 *ter* (pornografia minorile), 600 *quater* (detenzione di materiale pornografico), 600 *quinqies* (iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile), 601 (tratta di persone), 602 (acquisto ed alienazione di schiavi), 609 (violenza sessuale), 609 *quater* (atti sessuali con minorenne), 609 *quinqies* (corruzione di minorenne), 609 *octies* (violenza sessuale di gruppo), 630, commi 1, 2 e 3 (sequestro di persona a scopo di estorsione), 644 (usura), 648 (riciclaggio).

Al fine di scongiurare la commissione di ulteriori reati, da parte dei destinatari dell'atto di clemenza, è stata prevista, altresì, la revoca di diritto del beneficio concesso a chi, entro cinque anni dalla data di entrata in vigore di questa legge, commette un delitto non colposo, per il quale riporti una

condanna a pena detentiva non inferiore a due anni.

A questo punto le carceri esplodono di gioia. L'indulto in Campania (che, con 7800 detenuti, è la seconda Regione d'Italia per numero di presenze nelle carceri, dati del Ministero dell'Interno) spalancherà le porte a più di 2000 detenuti, considerando la presenza delle carceri di Poggioreale, a Napoli, Lauro, ad Avellino, il carcere femminile di Pozzuoli, Fuorni.

Oltre alle scarcerazioni, sarà necessario accertare anche gli effetti indiretti dell'indulto: molti detenuti, infatti, grazie allo sconto di pena, avranno diritto alle misure alternative alla detenzione come l'affidamento ai servizi sociali e la semilibertà.

Un'enorme mole di lavoro per gli uffici penitenziari, che dopo l'input dell'autorità giudiziaria, che ordinerà le liberazioni, dovrà valutare le singole posizioni giuridiche.

Al provvedimento sull'indulto è strettamente connesso il rilancio dell'applicazione del Decreto Legislativo n. 230/99, sul diritto alla salute nelle carceri.

Secondo quanto denuncia il *totum* nazionale per il diritto alla salute dei detenuti, al mancato trasferimento delle funzioni sanitarie alle Regioni, ed all'aumento dei flussi detentivi nell'ultimo quinquennio, ha corrisposto una diminuzione delle risorse economiche per la cura e la prevenzione. La spesa pro-capite si è ridotta ad una somma per detenuto corrispondente a quella per un cittadino libero.

A ciò va affiancato il fenomeno HIV e quello della dipendenza dall'alcool e delle patologie connesse. Un quadro gravissimo che fotografa una situazione indegna per un Paese civile.

Il diritto alla salute per i cittadini reclusi oggi non è reso esigibile, non è universale. Solo nella Regione Toscana è stata approvata una legge regionale per l'attivazione di un sistema sanitario completo nelle carceri ubicate nella Regione.

Il reinserimento sociale dei detenuti spetta agli enti locali.

Tuttavia, la libertà per alcuni detenuti è durata poco, in quanto si sono verificati casi che hanno visto l'uscita dal carcere e l'ingresso di nuovo dopo poche ore.

È di nuovo dietro le sbarre un uomo scarcerato ad Udine, che scontava una pena per maltrattamenti familiari, che ha aggredito a San Daniele del Friuli l'ex moglie, tentando di soffocarla e man-

dandola in ospedale con una prognosi di trenta giorni, nonostante fosse soggetto alla misura del divieto di rientro nel territorio comunale. Ora deve rispondere di tentato omicidio. Un cittadino marocchino è stato arrestato con l'accusa di violenza sessuale poche ore dopo la sua liberazione per l'indulto.

Una curiosità: a Spinazzola (Bari), c'è un detenuto che ha un carcere tutto per lui.

L'indulto, infatti, ha svuotato le celle dalle quali sono usciti 44 detenuti su 45 persone dietro alle sbarre. Dovevano scontare tutti, tranne uno accusato di reati sessuali, pene fino a due anni, completamente azzerate dall'indulto.

L'indulto è un provvedimento di indulgenza a carattere generale e si differenzia dall'amnistia perché si limita ad estinguere in tutto od in parte la pena principale, che viene in tutto od in parte condonata oppure commutata in altre specie di pena consentita dalla legge e pertanto non estingue le pene accessorie, salvo che la legge di concessione non disponga diversamente e, a maggior ragione, lasci sussistere gli altri effetti penali della condanna, mentre l'amnistia estingue il reato.

Diversamente dalla grazia, che è un provvedimento individuale, l'indulto è un istituto di carattere generale e si riferisce a tutti i condannati che si trovino in determinate condizioni di pena.

L'utilizzo dell'indulto, ad ogni modo, deve rendere giustizia ed essere un provvedimento che permetta di liberare persone secondo criteri di equità, evitando che si creino ulteriori danni alla cittadinanza.

Giustizia e paremiologia.

di Rino Carpinelli

I proverbi o adagi, che dir si voglia, rappresentano la più bella ed alta espressione della saggezza popolare.

In quanto testimonianza di una cultura popolare - dall'ormai incerto futuro -, essi abbracciano i contesti più disparati della nostra vita: lavoro, amore, famiglia, amicizia e così via.

Molto probabilmente essi sono nati dalla necessità di comunicare e trasmettere vari concetti in maniera semplice ed efficace.

Anche la napoletanità ha i suoi proverbi, ai quali si affiancano i "napoletanismi" ovvero modi di dire, il cui unico scopo era (ed è) quello di rendere intelleggibili anche al popolino concetti non

sempre alla sua portata culturale e perciò spesso sono infarciti anche con qualche volgarismo.

Mi accingo, pertanto, a fare di seguito un *excursus* tra i proverbi napoletani e i napoletanismi, che più da vicino riguardano la nostra professione.

In ogni aula di Giustizia campeggia a chiare lettere la scritta "La Legge è uguale per tutti".

Tutti però sappiamo che i soldi possono molto, perché "A legge è uguale pe' tutte, ma chi tene 'e cianfrune se ne fotte", al quale fa eco un altro modo di dire "Chi tene 'e denare è sempre 'nnucente" o anche "Chi tene denare àve sèmpe ragione, chi nun ne tene àve sèmpe tuorto".

Infatti "A falanga (traversa di legno) si nun se serògna, mmozza e nun cammina 'a varca".

E dove non arrivano i soldi, interviene la violenza: "A forza suprafà 'a giustizia".

È anche però vero che "A legge è fatta p' 'e fesse", perché i dritti con i loro modi di fare discutibili riescono sempre a farla franca e che "A forza è fatta pe' 'e puverielle", perché il poveraccio, non potendosi permettere un avvocato, è destinato a soccombere (oggi però c'è il gratuito patrocinio!).

Oltre alla corruzione e alla violenza, bisogna ricordare che con una buona dose di conoscenza "del cognato di un lontano parente di...": "cù denare e amicizia s'accatta pure 'a giustizia"; "Denare e amicizie curròmpeno 'a giustizia"; "Chi tene 'e denare e la amicizia va 'nculo a la giustizia".

I praticanti poi devono sapere che "A prattica fa l'ommo, no 'a scola", perché: "Vale cchiù n' oncia 'e prattica, che na libbra 'e scienza".

Ciò testimonia quindi l'importanza e la necessità di eseguire un buon praticantato, che mette il futuro avvocato in grado di affrontare e risolvere - appunto praticamente - i tanti problemi della nostra professione senza però trascurare la preparazione di fondo.

Pratica e studio consentiranno al praticante di migliorarsi e raggiungere una buona affermazione, perché "Appriesso 'o poco vene l'assaje" passando da una iniziale difficoltà (anche economica) a migliori traguardi professionali.

Quasi sempre uno dei problemi più travagliati della nostra attività è rappresentato dalle procedure esecutive, perché oggi come oggi sono lunghe, costose ed il più delle volte infruttuose "Povero a chi add' avè, viate a chi adda dà".

Sia, pertanto, di monito il seguente modo di dire "Da nu malo pavatore scippa chello che può",



perché "Chi nun tene niente, nun ave che perdere" e perché "Tre songo 'e putiente: 'o Papa, 'o rre e chi nun tene niente".

Infatti il debitore nulla tenente è solito dire: "Aspetta, aspetta, ca mo te dongo 'a capa e zi' Vicenzo!" (corruzione di "caput sine censo" cioè privo di beni).

In conseguenza di tanto e secondo una mia personalissima opinione è "Meglio 'nu mal' accordo e no 'na causa vinciuta", in quanto spesso, al fine di evitare di imbarcarsi in un giudizio dall'esito incerto e certamente dispendioso, è preferibile addivenire ad una transazione, che accontenti tutte le parti, onde evitare una sentenza, che invece può lasciare scontente entrambe le parti.

A volte però anche raggiungere una transazione diventa un'impresa difficile, perché succede di trovare l'intesa sulle cose più importanti e non sulle inezie, per cui possiamo dire: "Avimmo cumbinato 'a carrozza: nun cumbinammo 'o scurriato?". Si è soliti dire poi che: "L' avvucato fesso va a leggere 'into 'o codice", nel senso che un legale non ben preparato, per difendere il proprio cliente si riporta semplicemente a quello che c'è scritto nel Codice, in quanto non è capace di trovare le giuste tesi a favore del cliente.

Filippo Palizzi,
Lo scrivano pubblico,
da De Bourcard,
Usi e costumi
di Napoli e contorni.

A questo proposito penso tuttavia che tutti gli avvocati siano fessi, perché con le spesso cervelotiche riforme varate a raffica dai nostri governanti specialmente negli ultimi tempi, siamo continuamente costretti a consultare il Codice.

Opinione diffusa, soprattutto dalle nostre parti, è quella secondo cui l'avvocato per essere bravo deve essere "mbruglione", in quanto "All'avvucato se dice 'a verità; s'addà vedè isse po' comme l' addà 'mbruglià".

A riprova però della laboriosità dei legali sempre con tanti impegni e con mille adempimenti da fare a Napoli dicevano: "Galline, prièvete e pagliette nun trovano màje arricietto" (Il termine paglietta a Napoli era sinonimo, anche se in senso dispregiativo, di avvocato, in quanto molto tempo fa gli avvocati durante i periodi caldi erano soliti coprirsi il capo con un cappello di paglia). Anche i testimoni non vengono risparmiati dalla paremiologia napoletana.

A chi non è capitato di trovarsi di fronte ad un testimone reticente, il quale interrogato sui fatti di causa, risponde: "Nun saccio quà santo era, nun saccio comme se chiamava, nun saccio quà miraculo facette".

(Forse continua alla prossima puntata)

La Pagina dei Convegni

Risarcimento dei danni da circolazione stradale tra rito ordinario e rito speciale.

di Maria Coppola

Il processo infortunistico ha subito di recente, a seguito dell'entrata in vigore della Legge n. 102/06, uno stravolgimento profondo.

Se esso, infatti, con le sue limitate, eppure significative caratteristiche di specialità, ha sempre vissuto tranquillamente a lato del processo di ordinaria cognizione, in un settore collocato a metà strada tra rito ordinario e rito del lavoro, del quale aveva anticipato alcune delle soluzioni più "acceleratorie", oggi, con l'espressa introduzione del rito lavoro¹, sorgono una serie di dubbi anche sul rito ordinario che resterà applicabile.

Proprio sull'argomento e sulle numerose problematiche che da esso derivano, si è svolto il 17 giugno scorso, presso il Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore, il Convegno sul "Risarcimento dei danni da circolazione stradale tra rito ordinario e rito speciale" promosso dal nostro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e dalla Scuola di Formazione Forense "Fiorentino De Nicola", con la collaborazione del Centro Studi Seneca, Scuola per la Formazione degli Studi Giuridici.

Il Convegno si è aperto con gli indirizzi di saluto del Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, Avv. Aniello Cosimato, del Presidente del Tribunale di Nocera Inferiore, dr. Guglielmo Amato, e del Presidente del Centro Studi Seneca, avv. Carmen Battipaglia. Il Presidente Cosimato ha esordito con un'espressione presa in prestito da Guido Alpa, Presidente del Consiglio Nazionale Forense, definendo la normativa in parola una "leggina con effetto deflagrante".

Ha evidenziato, infatti, che, se la *ratio* di questa legge è senz'altro apprezzabile, essendo quella di rendere celere i processi, il metodo utilizzato dal legislatore appare abbastanza "ingenuo", per la possibilità di notevoli ricadute negative sugli interessi dei cittadini, sul lavoro degli avvocati, degli stessi magistrati e degli addetti alle Cancellerie.

Questa legge - ha proseguito il Presidente Cosimato - è stata ispirata da quella corrente di pensiero che intende rendere i processi più veloci, con interventi che vanno ad incidere soltanto sul rito, sulla forma. Ecco perché, se gli intenti sono

buoni, gli effetti diventano, invece, deflagranti, atteso che, se il rito muta, nulla è cambiato rispetto agli organici della magistratura e degli amministrativi. Quindi, nulla muta sul piano sostanziale.

Anche il dr. Amato - che non ha mancato di sottolineare il suo compiacimento per l'organizzazione del Convegno e per l'attenzione che il nostro Consiglio dell'Ordine non manca mai di prestare alla formazione - ha espresso preoccupazione per lo stato attuale del "pianeta giustizia", ricordando i tempi, ancora troppo lunghi, necessari per la conclusione di un processo penale, per non dire dell'elevato numero di processi penali prescritti, e dei ritardi accumulati per ottenere una sentenza nei processi civili.

Di fronte a queste patologie, la "terapia" del legislatore è consistita nello sminuzzare non solo le norme, ma anche il processo civile in tanti processi, ognuno con le proprie regole procedurali, ognuno col proprio rito: basti solo pensare al processo del lavoro, al processo industriale, al rito fallimentare, al rito societario, alle norme particolari in materia di esecuzione... ed ora anche al rito lavoro in materia di risarcimento danni da circolazione stradale.

Dopo una breve presentazione del Centro Studi Seneca da parte dell'avv. Carmen Battipaglia, i lavori si sono aperti con la relazione introduttiva del dr. Salvatore Russo, Presidente della II sezione civile del Tribunale di Nocera Inferiore, il quale ha, col suo intervento, diretto e incisivo, evidenziato subito lo spirito del convegno, quello cioè di creare un momento di discussione e di approfondimento su problematiche dalla risoluzione ancora incerta, ma di rilievo e significato notevolissimi. Egli ha, infatti, posto alla platea una serie di soluzioni.

Preliminarmente, ha affrontato il problema dell'applicabilità o meno del tentativo obbligatorio di conciliazione alla materia in questione.

Le norme lavoristiche prevedono, appunto, l'esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione, devoluto agli organi e agli uffici del lavoro, e, quindi, agli organi di conciliazione specializzati. La dottrina non ritiene generalmente applicabile questo istituto alle cause per lesioni e per morte per varie ragioni, la prima delle quali è che molte norme del processo di lavoro sono modellate, appunto, sulla tipologia del rapporto di lavoro: ne deriva che non è possibile espletare questo tipo di tentativo di conciliazione davanti agli uffici del

lavoro anche per il contenzioso infortunistico.

Le norme dei contratti collettivi o nozioni specifiche, come, per esempio, l'associazionismo sindacale, non sono evidentemente applicabili alle cause in materia di risarcimento danni.

Si è anche dubitato, poi, del pagamento del contributo unificato poiché i processi del lavoro ne sono esentati.

Anche qui - ha precisato il dr. Russo - il problema non si pone, perché l'art. 10 del Testo Unico sulle spese di giustizia esenta dal pagamento del contributo unificato le cause che erano esentate dal pagamento del bollo, che sono solo quelle di lavoro. Un altro dubbio che non ha ragione di essere è quello sulla legittimazione al patrocinio dei praticanti procuratori abilitati.

Se non c'è modifica di competenza, è chiaro che i praticanti procuratori abilitati continuano a mantenere lo *ius postulandi* davanti al Giudice di Pace e al Tribunale in composizione monocratica per le cause che non eccedono i 25.000,00 euro.

Questi i problemi preliminari affrontati a cui sono seguiti quesiti sostanziali e processuali.

Il primo di questi ha riguardato la necessità o meno del mutamento di rito: detto altrimenti, la vigenza della legge, dal primo aprile 2006, vale solo per le cause nuove oppure si applica anche ai processi in corso?

È evidente che il legislatore non si è posto il problema: i componenti della Commissione parlamentare che, in sede referente, hanno approvato il progetto di legge non hanno, infatti, vagliato questa necessità.

Ciò probabilmente - ha spiegato il dr. Russo - perché si tratta di una legge di fine legislatura, che è stata approvata nel corso di pochi mesi.

I lavori delle Commissioni, nell'imminenza della fine della legislatura, sono stati enormemente accelerati e, alla fine, si è deciso, appunto per l'impellenza della scadenza, di approvare in sede referente il progetto di legge per, poi, lasciare che fosse l'Aula a decidere se apportare eventuali modifiche alle imperfezioni emerse oppure approvare la legge *tout court*.

Ad ogni modo, l'opinione che sembra più problematica è quella della mancata conversione, ossia dell'applicazione del nuovo rito solo ai processi iniziati dopo il primo aprile 2006.

Viene, quindi, applicato il brocardo *tempus regit processum*, e non *tempus regit actum*: si applica, cioè, la norma vigente al momento del processo ed è l'opinione che - ha ribadito il dr. Russo - viene

spostata anche dal nostro Tribunale, nonostante questi aspetti del diritto intertemporale si rivelino sempre problematici.

Gli argomenti a favore di questa conclusione si ricavano dai principi generali: i mutamenti del rito in corso di processo si applicherebbero solo ai casi in cui si verificano cambiamenti di singoli istituti processuali, non quando si sostituisca integralmente un "blocco" rituale con un altro "blocco" rituale.

A favore di questa tesi militano, altresì, il principio di unitarietà e di immodificabilità degli schemi processuali, i principi di razionalità del processo e di conservazione della intima coerenza dello stesso, non ultimo il principio della tutela dell'affidamento delle parti, che hanno iniziato il processo, tenendo conto di un determinato "blocco" di norme, rituale e processuale, e che non devono vedersi costrette, proprio per un principio di affidamento generale, a mutare la tipologia di norme processuali da applicare.

Tra l'altro, il mutamento di rito in corso di causa può contrastare proprio con le esigenze di accelerazione volute dal legislatore (per esempio, mutando il rito in un processo contumacia, occorrerà notificare l'ordinanza di mutamento del rito anche al contumace).

Si richiamano anche degli argomenti storici e sistematici: quando fu adottato il rito del lavoro, con la Legge n. 533/1973 il legislatore si preoccupò, con una norma espressa, l'art. 20, di applicare le norme del processo del lavoro anche ai processi in corso.

Dunque, quando il legislatore ha voluto il mutamento di rito per le cause pendenti lo ha previsto espressamente.

Ebbene, il fatto che non sia stata seguita questa tecnica dovrebbe dimostrare la vigenza del principio di affidamento delle parti al blocco processuale adoperato all'inizio del processo e dell'immodificabilità di queste norme quando, appunto, in corso di causa non c'è la semplice sostituzione di singoli istituti, ma dell'intero blocco processuale di norme.

Questo, dunque, sembra essere l'orientamento del Tribunale di Nocera Inferiore: non procedere al mutamento del rito in corso di causa. Ciò, sia per esigenze di razionalità che per esigenze di interpretazione "ragionevole", appunto, della norma.

Tuttavia, si registra che molti Giudici di Pace, stanno procedendo al detto mutamento del rito.

Per giustificare tale mutamento, vengono adoperati altri argomenti.

Prima di tutto, si richiama il contenuto secco dell'art. 11 delle preleggi: ossia la legge dispone per l'avvenire. Quindi, accogliendo *sic et simpliciter* il contenuto di questa norma, la nuova legge processuale si applica a tutti gli atti processuali che vengono in essere dopo la sua entrata in vigore: pertanto, *tempus regit actum* e non *tempus regit processum*.

Si richiamano, *a contrario*, anche esigenze di accelerazione: si dice, cioè, che, se attendessimo che solo per i processi iniziati dopo il primo aprile venga applicato il rito del lavoro, sarebbe vanificata la *ratio* acceleratoria immediata della riforma. Ad ogni modo, il dr. Russo ha precisato che la conversione del rito non sanerà tutte le decadenze verificatesi nel corso del processo tenuto secondo il rito mutato: dunque, se i termini relativi a decadenze, a chiamate in cause, a domande riconvenzionali, all'attività probatoria, etc., sono già spirati, il nuovo rito non consentirà alcuna sanatoria.

Tutte le preclusioni che si sono verificate, continueranno a restare.

E per la fase dell'appello?

Ebbene, ove la causa sia stata legittimamente decisa col rito ordinario, l'appello verrà proposto con le forme del rito ordinario.

Ove, invece, la causa abbia subito la conversione del rito e sia stata decisa col rito del lavoro, l'appello verrà proposto col rito del lavoro.

Nell'ipotesi, però, in cui la causa sia stata erroneamente istruita e decisa col rito ordinario (cioè, erroneamente non si sia proceduto alla conversione in rito del lavoro), si verifica una sorta di ultrattività del rito e la parte non potrà sopperire alla mancata conversione del rito ordinario in rito del lavoro, ma dovrà attenersi alla forma adoperata in primo grado: l'appello, quindi, dovrà essere proposto con le forme del rito ordinario. Sarà il Giudice d'Appello ad attivare, con l'art. 439 c.p.c., il cambiamento del rito d'appello.

Infine, se la causa si trova in fase di appello nel momento in cui è entrata in vigore la legge, il Giudice d'Appello deciderà la causa col rito del lavoro.

Non procederà, però, all'applicazione dell'art. 439 c.p.c., che si applica solo nel caso di erronea decisione della causa col rito ordinario da parte del Giudice di primo grado: Egli procederà semplicemente al mutamento di rito, o meglio alla fissa-

zione dell'udienza di discussione e, quindi, deciderà la causa con la lettura del dispositivo, dopo la discussione orale.

Altro problema affrontato è stato quello della deroga alla sospensione feriale dei termini.

Per le cause di lavoro, la legge prevede la deroga alla sospensione feriale dei termini: questa regola si applica, però, appunto, alle sole cause di lavoro, non anche a quelle decise col "rito" del lavoro.

Ottima anche la relazione successiva, quella del dr. Mario Pagano, Giudice del Tribunale di Salerno.

Egli ha individuato e sviluppato spunti di grande interesse, richiamando l'attenzione, in particolare, sul problema della connessione tra cause relative a risarcimento danni sia a persone sia a cose. Ebbene, il dr. Pagano non ha mancato di illustrare le varie teorie sul punto.

Secondo una prima teoria, infatti, dovrebbe trovare applicazione il rito ordinario, stante il dato normativo ricavabile dall'art. 40 comma 3 c.p.c., secondo cui "Nei casi previsti negli artt. 31, 32, 34, 35 e 36, le cause cumulativamente proposte o successivamente riunite debbono essere trattate e decise col rito ordinario, salva l'applicazione del solo rito speciale quando una di tali cause rientri fra quelle indicate negli artt. 409 e 442 c.p.c."

Il rito ordinario, quindi, prevale sui riti speciali, salva l'eccezione del giudizio avente ad oggetto una causa di lavoro o di previdenza: in tale ipotesi prevale il rito speciale su quello ordinario.

Il rinvio viene effettuato alle materie previste dagli artt. 409 e 442 c.p.c. ed il rito speciale prevale solo ed esclusivamente in relazione a tali materie.

Di diversa opinione è altra parte della dottrina, secondo cui l'art. 40, comma 3, c.p.c. deve trovare applicazione soltanto nell'ipotesi di connessione qualificata (l'esempio tipico è costituito dalla domanda riconvenzionale da parte del convenuto di risarcimento per danni a persone, in ipotesi soggetta al rito speciale, a fronte di domanda principale di risarcimento per danni a cose, sempre soggetta al rito speciale, o viceversa).

Per converso, le fattispecie di cumulo soggettivo (ex art. 33 c.p.c.) e di cumulo oggettivo (ex art. 104 c.p.c.) non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 40, comma 3, (non essendo consentito, ex art. 25 Cost., che la scelta del rito possa essere conseguenza di una mera scelta dell'attore con riferimento a cause non connesse o non collegate da rapporti di subordinazione).

In tali ultimi casi (cumulo soggettivo e cumulo oggettivo) deve escludersi la possibilità di proporre più domande connesse soggettivamente ai sensi dell'art. 33 o dell'art. 103 c.p.c. o cumulate oggettivamente ex art. 104 c.p.c., ma soggette a riti diversi.

Secondo altra teoria, anche in questa fattispecie dovrebbe trovare applicazione il rito del lavoro poiché, da un punto di vista letterale, l'art. 3 fa riferimento alle cause con danni da morte o lesione senza escludere espressamente che il rito speciale si applichi nel caso di connessione con causa con danni a cose. Tra l'altro, escludere in tali ultime ipotesi l'applicazione del rito speciale svuoterebbe la sfera di applicazione della nuova disposizione, rendendola del tutto superflua.

L'interpretazione più aderente al dato letterale e sistematico - ha concluso il dr. Pagano - è quella secondo cui il rito speciale troverà applicazione in tutte le ipotesi in cui nella causa si controverta "anche" di danni per morte o lesione.

Il dr. Pagano ha, poi, affrontato i temi della proposizione del ricorso e della costituzione in giudizio dei resistenti.

La domanda si proporrà, infatti, con ricorso da depositarsi nella Cancelleria del Tribunale competente, determinato in base agli ordinari criteri di competenza per territorio indicati negli artt. 18 e seguenti c.p.c. (art. 414 c.p.c.).

Ai sensi dell'art. 416 c.p.c., il convenuto (ora resistente) dovrà costituirsi almeno dieci giorni prima della udienza (comma 1), mediante deposito in Cancelleria di una memoria difensiva nella quale andranno proposte, a pena di decadenza, le eventuali domande riconvenzionali e le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio (comma 2).

Nella stessa memoria il convenuto dovrà prendere posizione, in maniera precisa, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi e, in particolare, i documenti che dovrà contestualmente depositare (comma 3).

Ha chiuso i lavori il dr. Giuseppe Fortunato, Giudice del Tribunale di Nocera Inferiore, con un contributo critico, analitico ed approfondito.

Il suo intervento è partito da un breve excursus storico sull'evoluzione del sistema di risarcimento dei danni da circolazione stradale dalla prima metà degli anni Settanta ad oggi, quindi, al recen-

te Codice delle assicurazioni private ed alla Legge n. 102/2006.

Da qui, il primo quesito: il rinvio dell'art. 3 della Legge n. 102/06 alle norme processuali di cui al libro II, titolo IV, capo I, del Codice di procedura civile, investe il Giudice del lavoro anche delle controversie in tema di lesioni personali o morte in relazione all'art. 413 c.p.c.?

Certamente - ha subito chiarito il dr. Fortunato - questo rinvio al processo del lavoro non può che ritenersi solo parziale, data l'incompatibilità che sussiste rispetto alle peculiarità del regime delle controversie r.c. auto nel suo insieme.

Farebbe propendere, in ogni caso, per la competenza del Giudice del lavoro, il fatto che il legislatore, ogni volta che ha voluto scegliere le norme lavoristiche da applicare al di fuori dell'ambito delle controversie comprese nell'art. 409 e seguenti, lo ha sempre fatto espressamente.

L'art. 3, Legge n. 102/2006 (e, quindi, l'art. 413 c.p.c.), affiancato dall'art. 7, comma 2, c.p.c., (che pure contempla una generale competenza per materia per i danni da circolazione dei veicoli, condizionata solo da un limite di valore) pone, poi, un altro problema: tale norma sopravvive, per i danni da lesioni o morte, o deve ritenersi abrogata *in parte qua* per incompatibilità?

Ebbene, se l'intento della legge, lungi dal creare un Giudice specializzato per tali controversie, resta semplicemente quello di regolare il rito, in modo da accelerare la definizione dei processi infortunistici, è preferibile optare per un'interpretazione restrittiva dell'art. 3, quale disposizione finalizzata ad attuare un rinvio alle sole norme sullo svolgimento del giudizio, con esclusione delle norme sulla competenza.

Chiarito ciò, il dr. Fortunato ha affrontato il problema del concorso tra azione di danno a cose ed azione di danno a persona, pur premettendo che le relative questioni sono talmente diverse e sfaccettate, che sfuggono a soluzioni pienamente soddisfacenti o, comunque, efficaci per tutte le ipotesi che certamente si presenteranno in concreto.

La premessa immediatamente evidente, tuttavia, è che da un punto di vista sostanziale, non può dirsi corretta l'attrazione del danno alle cose nel danno alla persona, dato il carattere scomponibile e complesso di quest'ultimo, che già di per sé contiene voci a contenuto patrimoniale.

Per quanto attiene alle ipotesi che possono verificarsi, una prima attiene al caso in cui le due domande (per danno a cose e alla persona) pen-

dano tra le stesse parti o tra parti parzialmente diverse in relazione allo stesso sinistro.

Nella fattispecie si tratterà, quindi, di azioni connesse solo per titolo od oggetto, non per ragioni di accessorietà, garanzia, riconvenzionale, etc.

Ove esse vengano proposte dinanzi a giudici diversi (frequentemente la domanda del danno a cose viene proposta dinanzi al Giudice di Pace, quella relativa al danno a persona dinanzi al Tribunale) competenti per valore per ciascuna di esse, il Giudice successivamente adito (in ipotesi il Tribunale) non potrà dichiarare la connessione, rimettendo l'intero giudizio dinanzi al primo Giudice, poiché violerebbe i criteri di competenza per valore.

Ed, infatti, ex art. 40 c.p.c., commi 6 e 7, nei rapporti tra Giudici di Pace e Tribunale, solo in presenza di un vincolo di connessione propria, tutte le azioni saranno proponibili dinanzi al Tribunale, mentre, se pendenti dinanzi al Tribunale e al Giudice di Pace, quest'ultimo dovrà rimettere la causa al Giudice superiore.

Ove, invece, la connessione venga generata da una domanda riconvenzionale, l'intera causa passerà al Tribunale e si applicherà il rito ordinario.

Vi è, poi, l'ipotesi che le domande vengano proposte innanzi allo stesso Giudice.

A voler rigidamente adottare l'art. 40, comma 3, c.p.c., non sarebbe possibile assoggettare entrambe al rito ordinario, perché non si delinea una vera e propria connessione.

Si avrebbero, pertanto, cause sottoposte a riti diversi per le quali non è sancito un criterio di prevalenza, con la conseguenza che, non essendo realizzabile il *simultaneus processus*, esse andrebbero separate e trattate autonomamente, ciascuna in base alle rispettive regole processuali.

Tuttavia, - ha precisato il dr. Fortunato - una soluzione di questo tipo cede malamente nelle ipotesi in cui le azioni di danno a cosa e a persona siano proposte da più danneggiati.

In tal caso, infatti, esse, sottostando al vincolo di litisconsorzio necessario ex art. 102 c.p.c., come richiamato dall'art. 140, ultimo comma, del Codice delle assicurazioni, fanno sì che le azioni, se formulate nello stesso giudizio, non possano essere separate e, ove proposte separatamente, debbano essere riunite.

E, purtroppo, anche in questa ipotesi si evidenzia il vuoto normativo sul rito.

Nonostante ciò, il Giudice, almeno per i giudizi a trattazione cumulativa necessaria, dovrà pur ope-

rare una scelta.

Ebbene, se l'art. 40, comma 3, c.p.c., non è suscettibile di applicazione, non può prevalere il rito speciale: danni a cose e a persona andranno, pertanto, tutte sottoposte al rito del lavoro dinanzi al Giudice di Pace o dinanzi al Tribunale, sempre che, però, siano proposte domande da più danneggiati per lo stesso sinistro e nei confronti dello stesso assicuratore (nel caso, infatti, le azioni possano essere indirizzate verso più assicuratori, non ricorre il principio di uniformità di pronunce che giustifica il litisconsorzio e le esigenze concorsuali appena delineate).

Invece, nell'ipotesi di danno a cose o a persona proposte da un unico danneggiato, non essendo applicabile l'art. 40, comma 3, c.p.c., le cause rimarranno separate e seguiranno riti diversi.

Certo, ha precisato il relatore, molte possibili soluzioni restano tutt'altro che tranquillizzanti e le stesse novità introdotte dal Codice delle assicurazioni, anzitutto per quanto riguarda il danno da trasporto, appaiono ancor meno appaganti.

La disciplina relativa al danno da trasporto è stata, infatti, completamente stravolta dall'art. 141 del Codice assicurativo, disposizione che prevede la possibilità, per il terzo danneggiato - salvo nell'ipotesi di danno provocato da caso fortuito - di richiedere il risarcimento dall'assicuratore del veicolo sul quale egli si trovava al momento del sinistro, a prescindere dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti dal sinistro.

L'obbligo di indennizzo viene, dunque, in questo modo, completamente avulso dall'accertamento della responsabilità dei conducenti dei veicoli coinvolti nel sinistro.

Si tratta di una rivoluzione radicale che non riesce, naturalmente, a rimanere scevra da ulteriori, conseguenti, dubbi.

Come si evolverà, per esempio, il giudizio se il vettore verrà chiamato in causa per la condanna solidale al risarcimento?

In questa ipotesi, che sarà sicuramente frequente, ma anche nel caso dell'esercizio della rivalsa verso il vettore, in giudizio dovranno, infatti, essere approfondite tutte le questioni relative alla domande proposte, ivi incluse il grado di compartecipazione nel danno da parte dei conducenti e l'operatività della polizza nel cd. rapporto assicurativo interno.

La sentenza non sarà, però, opponibile all'assicuratore convenuto con la rivalsa, se questi non



Jacopo del Fiore,
Trittico della Giustizia (part.),
Venezia, Galleria
dell'Accademia.

abbia partecipato al giudizio o non sia intervenuto. Come, poi, per la responsabilità da trasporto, anche per la nuova disciplina dell'indennizzo diretto viene esclusa l'azione diretta nei confronti dell'assicuratore del responsabile, posto che la domanda va proposta dal danneggiato nei confronti del proprio assicuratore.

L'indennizzo diretto verrà, poi, corrisposto solo nello scontro tra due veicoli (non, ad esempio, nel tamponamento a catena) per i seguenti danni: al veicolo, alle cose trasportate del conducente o del proprietario e per le lesioni lievi del conducente che si dichiara non responsabile.

Ne deriva che, nel caso che il conducente abbia riportato danni alle cose trasportate e danni alla persona superiori a nove punti, l'azione dovrà essere nuovamente proposta verso soggetti diversi. Egualmente nel caso che vi siano più danneg-

giati, taluni per danni a cose ed altri per danni alla persona (per esempio, trasportato).

In conclusione, si assisterà ad una notevole complicazione processuale, in favore della proposizione di cause autonome.

Le relazioni di questo convegno hanno, dunque, chiarito molti dubbi, ma comune a tutte sembra essere rimasto un quesito irrisolto: questa riforma porterà davvero dei benefici in termini di celerità? E se anche così fosse, il conseguente sacrificio di tanti aspetti, come sopra chiariti, varrà la pena? Non resta che attendere e verificarlo, come sempre, nell'applicazione pratica.

1 Ai sensi dell'art. 3 della Legge n. 102/2006, "alle cause relative al risarcimento danni per morte o lesioni conseguenti ad incidenti stradali si applicano le norme processuali di cui al libro II, titolo IV, capo I, del Codice di procedura civile".

Sotto la lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce il libro "Il nuovo mercato del lavoro".

Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

Il nuovo mercato del lavoro.

D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

Commentario di Luigi Montuschi, Francesco Liso, Marcello Pedrazzoli, Pietro Ichino ed altri
Zanichelli Editore, Bologna, 2004.

Gli autori illustrano e commentano, in modo semplice e lineare, le nuove norme in materia di occupazione e mercato del lavoro, contenute nel D.Lgs. n. 276 del 10/9/2003, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 235 del 9/10/2003.

Detto Decreto cerca di fronteggiare, in modo autorevole ed efficace, le sollecitazioni di un mercato del lavoro in continua e profonda evoluzione, e si propone di rendere più flessibile il mercato del lavoro, di aumentarne l'efficienza, e di incrementare ed implementare i tassi di occupazione, migliorando la qualità del lavoro.

Inoltre, il provvedimento di cui innanzi rende più efficaci i modi per entrare o rientrare nel mercato del lavoro, consente e favorisce la permanenza al lavoro regolare di persone che hanno bisogno di rendere compatibile il tempo di lavoro con quello da dedicare allo studio, alla famiglia, o ad altri scopi, nonché soddisfa contemporaneamente le esigenze del lavoratore e dell'impresa, con particolare riguardo all'orario di lavoro.

Detto Decreto, che ha riformato il sistema di collocamento e le vie di accesso al lavoro, consente a tutti la possibilità di attendere ad una nuova occupazione, contemperando i bisogni delle imprese e dei lavoratori, per cui ogni individuo, in cerca di una prima occupazione od in cerca di un nuovo lavoro, è a conoscenza che i nuovi servizi per l'impiego, pubblici e privati, non lo lasciano solo, ma gli forniscono un sostegno solido ed efficiente.

Con tale provvedimento sono state introdotte nuove tipologie contrattuali, tra le quali meritano particolare attenzione il contratto intermittente e quello ripartito. Il contratto di lavoro "intermittente", anche noto come contratto di lavoro "a chiamata", può essere concluso per lo svolgimento di prestazioni di carattere discontinuo o intermittente, ed il datore di lavoro è obbligato a cor-



rispondere al lavoratore, oltre alla retribuzione per i periodi di lavoro, anche una indennità corrispettiva della sua disponibilità.

Il contratto di lavoro "ripartito", invece, è uno speciale contratto di lavoro, mediante il quale due lavoratori assumono "in solido" l'adempimento di una unica ed identica obbligazione lavorativa, e si dividono la retribuzione.

Inoltre, il sopramenzionato Decreto ha, tra l'altro, modificato i rapporti di collaborazione coordinata e continuativa, nel senso che gli stessi, instaurati senza l'individuazione di uno specifico progetto, programma di lavoro o fase di esso, sono considerati rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato sin dalla data di costituzione del rapporto. Queste e tutte le altre innovazioni normative sono trattate con estrema chiarezza e competenza dagli illustri autori che hanno contribuito, con la loro esperienza, a dare vita ad un'opera di grande spessore.

Si tratta, in definitiva, di un testo di estremo interesse ed utilità, che costituisce un valido ed efficace strumento di studio e di conoscenza per chi intenda approfondire i cambiamenti più rilevanti che hanno investito il mercato del lavoro e delle sue molteplici problematiche.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

a cura della redazione

Bando esame di abilitazione all'esercizio della professione di Avvocato.

IL MINISTRO DELLA GIUSTIZIA

Visti il Regio Decreto-Legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito con modificazioni nella Legge 22 gennaio 1934, n. 36, relativo all'ordinamento delle professioni di avvocato; il Regio Decreto 22 gennaio 1934, n. 37 contenente le norme integrative e di attuazione del predetto; la Legge 23 marzo 1940, n. 254, recante modificazioni all'ordinamento forense; il Decreto Legislativo C.P.S. 13 settembre 1946, n. 261, contenente norme sulle tasse da corrispondersi all'Erario per la partecipazione agli esami forensi, come da ultimo modificata dal Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 21 dicembre 1990, art. 2, lettera b); l'art. 2 della Legge 24 luglio 1985, n. 406; la Legge 27 giugno 1988, n. 242; la Legge 20 aprile 1989, n. 142; il Decreto del Presidente della Repubblica 10 aprile 1990, n. 101; la Legge 24 febbraio 1997, n. 27, relativa alla soppressione dell'albo dei procuratori legali e a norme in materia di esercizio della professione forense; il Decreto-Legge 21 maggio 2003, n. 112, convertito, con modificazioni, nella Legge 18 luglio 2003, n. 180, recante modifiche urgenti alla disciplina degli esami di abilitazione alla professione forense; Visto il Decreto del Presidente della Repubblica 15 luglio 1988, n. 574 contenente le norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino Alto Adige in materia di uso della lingua tedesca e della lingua ladina nei rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione e nei procedimenti giudiziari e succ. mod., nonché l'art. 25 Decreto Legislativo 9 settembre 1997, n. 354, che istituisce la sezione distaccata in Bolzano della Corte di Appello di Trento;

Ritenuta l'opportunità di indire una sessione di esami di avvocato presso le sedi delle Corti di appello di Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento, Trieste, Venezia e presso la sezione distaccata di Bolzano della Corte di Appello di Trento per l'anno 2006;

Visto il Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165; Vista la Legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Decreta:

Art. 1.

È indetta per l'anno 2006 una sessione di esami per l'iscrizione negli albi degli avvocati presso le sedi di Corti di Appello di Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento, Trieste, Venezia e presso la sezione distaccata in Bolzano della Corte di appello di Trento.

Art. 2.

1. L'esame ha carattere teorico-pratico ed è scritto ed orale.

2. Le prove scritte sono tre. Esse vengono svolte sui temi formulati dal Ministero della Giustizia ed hanno per oggetto:

a) la redazione di un parere motivato, da scegliersi tra due questioni in materia regolata dal Codice civile;

b) la redazione di un parere motivato, da scegliersi tra due questioni in materia regolata dal Codice penale;

c) la redazione di un atto giudiziario che postuli conoscenze di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale ed il diritto amministrativo.

3. Le prove orali consistono:

a) nella discussione, dopo una succinta illustrazione delle prove scritte, di brevi questioni relative a cinque materie, di cui almeno una di diritto processuale, scelte preventivamente dal candidato, tra le seguenti: diritto costituzionale, diritto civile, diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto penale, diritto amministrativo, diritto tributario, diritto processuale civile, diritto processuale penale, diritto internazionale privato, diritto ecclesiastico e diritto comunitario;

b) nella dimostrazione di conoscenza dell'ordinamento forense e dei diritti e doveri dell'avvocato.

Art. 3.

Le prove scritte presso le sedi indicate nell'art. 1 si terranno alle ore nove antimeridiane nei giorni seguenti:

12 dicembre 2006: parere motivato su questione in materia civile;

13 dicembre 2006: parere motivato su questione in materia penale;

14 dicembre 2006: atto giudiziario su quesito proposto, in materia di diritto privato, di diritto penale e di diritto amministrativo.

Art. 4.

1. La domanda di ammissione agli esami di cui all'art. 1, redatta su carta da bollo, dovrà essere presentata, entro il 13 novembre 2006, alla Corte di appello competente.

2. Si considerano prodotte in tempo utile le domande spedite a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento entro il termine di cui al precedente comma. A tal fine fa fede il timbro a data dell'ufficio postale accettante.

3. Nelle domande dovranno essere indicate le cinque materie scelte tra quelle indicate nel precedente art. 2, n. 3 lettera a).

4. Le domande stesse dovranno essere corredate dai seguenti documenti soggetti all'imposta di bollo (Euro 14,62):

a) diploma originale di laurea in giurisprudenza o copia autentica dello stesso ovvero documento sostitutivo rilasciato dalla competente autorità scolastica attestante l'avvenuto conseguimento della laurea;

b) certificato di compimento della pratica prescritta, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 del Regio Decreto 22 gennaio 1934, n. 37 e degli articoli 9 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 aprile 1990, n. 101, come sostituito dall'art. 1 Legge 18 luglio 2003, n. 180 e 11 del Decreto del Presidente della Repubblica 10 aprile 1990, n. 101; dovrà essere altresì allegata la ricevuta della tassa di Euro 12,91 (dodici/novantuno) per l'ammissione agli esami versata direttamente ad un concessionario della riscossione o ad una banca o ad una agenzia postale, utilizzando il Modulario F/23, indicando per tributo, la voce 729/T. Allo scopo si precisa che per «Codice Ufficio» si intende quello dell'Ufficio delle Entrate relativo al domicilio fiscale del candidato.

5. I candidati potranno avvalersi del diritto di cui all'art. 46 Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 (autocertificazione) limitatamente alla certificazione del conseguimento della laurea in giurisprudenza.

6. I candidati hanno facoltà di produrre dopo la scadenza del termine stabilito per la presentazione delle domande, ma non oltre i venti giorni (22 novembre 2006) precedenti a quello fissato per l'inizio delle prove scritte, il certificato di cui al n. 4 lettera b) del presente articolo.

Il termine perentorio di cui sopra sarà da considerarsi osservato solo se il certificato perverrà (e non sarà meramente spedito) alle Corti di appello entro il termine stesso. Ciò al fine di consentire

alle commissioni il rispetto del termine previsto dall'art. 17 Regio Decreto 22 gennaio 1934, n. 37.

7. Coloro che si trovano nelle condizioni previste nell'art. 18, comma secondo, del Regio Decreto - Legge 27 novembre 1933, n. 1578 debbono presentare, in luogo del documento di cui al n. 4 lettera b) del presente articolo un certificato dell'Amministrazione presso la quale hanno prestatato servizio, che comprovi il requisito prescritto.

8. Per coloro che abbiano ricoperto la carica di vice pretori onorari, per i vice procuratori onorari e per i giudici onorari di Tribunale, nel certificato saranno indicate le sentenze pronunciate, le istruttorie e gli altri affari trattati.

Art. 5.

I cittadini della provincia di Bolzano hanno facoltà di usare la lingua tedesca nelle prove dell'esame per l'iscrizione negli albi degli avvocati che si terranno presso la sezione distaccata in Bolzano della Corte di appello di Trento.

Art. 6.

1. Ciascun commissario dispone di dieci punti di merito per ogni prova scritta e per ogni materia della prova orale e dichiara quanti punti intende assegnare al candidato.

2. Sono ammessi alla prova orale i candidati che abbiano conseguito, nelle tre prove scritte, un punteggio complessivo di almeno novanta punti e con un punteggio non inferiore a trenta punti per almeno due prove.

3. Sono considerati idonei i candidati che ricevono un punteggio complessivo per le prove orali non inferiore a centottanta punti ed un punteggio non inferiore a trenta punti per almeno cinque prove.

Art. 7.

1. I candidati portatori di handicap debbono indicare nella domanda l'ausilio necessario in relazione all'handicap, nonché l'eventuale necessità di tempi aggiuntivi.

2. Per i predetti candidati la commissione provvede ai sensi dell'art. 20 della Legge 5 febbraio 1992, n. 104.

Art. 8.

Con successivo Decreto ministeriale saranno nominate la commissione e le sottocommissioni esaminatrici di cui all'art. 1 bis della Legge 18 luglio 2003, n. 180.

Roma, 26 giugno 2006

Il Ministro: Mastella

Il fac-simile della domanda è accessibile sul sito www.foronocera.it

“Decreto Bersani”: osservazioni del Consiglio Nazionale Forense.

Interpretazione e applicazione del D.Lgs. 4 luglio 2006, n. 223 (in G.U. n. 153 del 4 luglio 2006), coordinato con la legge di conversione 4 agosto 2006, n. 248 (in G.U. n. 186 dell'11 agosto 2006 - Suppl. Ord. n. 183) recante: «Disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale».

1. Premessa.

La nuova disciplina - al di là delle sue connotazioni di politica istituzionale e di politica del diritto, oltre che di carattere strutturale che investono direttamente la nostra professione - involge aspetti civilistici e aspetti deontologici riguardanti tra l'altro la determinazione del compenso professionale, il patto di quota lite, la pubblicità informativa, le associazioni e le società professionali.

La nuova disciplina dovrebbe avere natura transitoria, tenendo conto di tre fattori:

(I) le prossime pronunce della Corte di Giustizia riguardante la legittimità delle tariffe obbligatorie quale compenso per l'attività stragiudiziale forense e la legittimità del divieto della libera negoziazione del compenso professionale forense;

(II) l'eventuale pronuncia della Corte Costituzionale, ove essa fosse investita della questione di costituzionalità dell'art. 1 della legge di conversione e dell'art. 2 del Decreto Legge in epigrafe;

(III) l'esito del processo di riforma della disciplina forense, che si avvierà con la ripresa autunnale dinanzi alle Camere, con gli esponenti governativi, anche sulla base degli esiti del congresso di Roma.

Poiché è lecito ritenere che i tempi delle vicende sub (I), (II), (III) saranno tendenzialmente lunghi, occorre riflettere sulle questioni interpretative e applicative della disciplina entrata in vigore nel testo convertito.

2. Norme legislative e norme deontologiche.

La premessa dell'analisi muove da un presupposto fondamentale: la coesistenza di norme di legge e di norme deontologiche; le norme di legge

possono abrogare norme deontologiche (come quelle forensi) aventi natura di norme primarie, ma di origine consuetudinaria; in ogni caso, anche se si potesse sostenere la loro equiparazione totale, si dovrebbe applicare il principio della posteriorità della nuova disciplina rispetto alla normativa deontologica (che data, nella sua ultima versione, dal 27 gennaio 2006). Le due categorie di norme non sono però tra loro sovrapponibili, in quanto la legge ordinaria, come quella in esame, ha effetti *erga omnes*, mentre le norme deontologiche riguardano soltanto i soggetti esercenti l'attività professionale forense. In più, le norme deontologiche, per loro natura, possono essere più restrittive delle norme ordinarie, in quanto riflettono valori etici il cui ambito di applicazione può essere più ampio di quello della norma ordinaria.

Tale distinzione - come si dirà tra poco - vale anche per gli effetti civilistici degli accordi conclusi con il cliente e per gli effetti deontologici di tali accordi, che potrebbero essere divergenti.

3. Adeguamento dei codici deontologici alla nuova disciplina.

Il rapporto tra i due ordini di norme è riflesso dall'art. 2 del d.l., come convertito, il quale dispone, al c. 3, che «Le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1 gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle».

Poiché nel comma si fa riferimento alle norme (deontologiche) in contrasto con quanto previsto al c. 1 - di cui si dirà - e si prevede che tali norme siano in ogni caso nulle a partire dal 1 gennaio 2007, fino a tale data le regole contenute nel nostro Codice si debbono ritenere vigenti e idonee a produrre effetto (ovviamente, di natura deontologica). Gli studiosi di diritto costituzionale non hanno dubbi sul fatto che la nullità di pattuizioni concluse a seguito di norme dichiarate abrogate non immediatamente, ma susseguentemente ad una determinata data, sia rispondente ai canoni di corretta redazione legislativa. Pertanto, sia che la nullità sia riferita:

- alle regole deontologiche considerate di natura pattizia (e non quali norme consuetudinarie);

- alla loro vera e propria abrogazione, se si trattasse di norme consuetudinarie;
- alle pattuizioni concluse tra i privati fondate sulle norme qualificate come nulle (a decorrere da una certa data), gli effetti dell'art. 2 del Decreto come convertito non si produrranno sul Codice deontologico se non a decorrere dal 1 gennaio 2007.

In virtù del principio *tempus regit actum* gli accordi tra il professionista e il cliente sono validi e producono effetti ai fini civilistici, ma dal punto di vista deontologico sono assoggettati al Codice forense vigente fino al 1 gennaio 2007, e dopo tale data alla versione del Codice che (ove la legge in esame sia ancora vigente) risulterà dal suo adeguamento ad essa.

Va da sé che, ove il Codice deontologico forense fosse modificato anteriormente a tale data, quanto sopra deve essere inteso come anticipato alla data di entrata in vigore del Codice deontologico forense emendato.

Più oltre si esamineranno le fattispecie più ricorrenti che riguardano concretamente la distinzione tra effetti civilistici ed effetti deontologici della normativa in esame.

4. Disciplina delle tariffe professionali.

Considerati i presupposti di cui sopra, ne deriva che gli accordi relativi ai compensi professionali dal punto di vista civilistico possono essere svincolati dalle tariffe fisse o minime (art. 2 c. 1 lett. a), mentre rimangono in vigore le tariffe massime. Il fatto che le tariffe minime non siano più "obbligatorie" non esclude che - sempre civilisticamente parlando - le parti contraenti possano concludere un accordo con riferimento alle tariffe come previste dal D.M.

Tuttavia, nel caso in cui l'avvocato concluda patti che prevedano un compenso inferiore al minimo tariffario, pur essendo il patto legittimo civilisticamente, esso può risultare in contrasto con gli artt. 5 e 43 c. 2 del Codice deontologico in quanto il compenso irrisorio, non adeguato, al di sotto della soglia ritenuta minima, lede la dignità dell'avvocato e si discosta dall'art. 36 Cost.

Poiché la nuova disciplina si occupa soltanto delle tariffe fisse o minime, restano in vigore le disposizioni che riguardano le tariffe massime (con le ipotesi in cui esse possono essere derogate in aumento). Anche in questo caso le deroghe debbono essere effettuate mediante patto scritto e non possono implicare un compenso spropor-

zionato.

In ogni caso il D.M. è ancora in vigore per le tariffe ai fini della liquidazione delle spese di giudizio e dei compensi professionali sia in caso di liquidazione giudiziale sia in caso di gratuito patrocinio, ai sensi dell'art. 2 c. 2 del Decreto così come convertito. L'avvocato dunque può chiedere che la controparte soccombente sia tenuta a pagare secondo tariffa (ma non secondo gli accordi effettuati con il cliente, di cui si dirà tra poco).

Ai sensi dell'art. 2 c. 1 lett. a) del Decreto convertito è possibile parametrare il compenso al «raggiungimento degli obiettivi perseguiti». La formula un po' ellittica dovrebbe significare che all'avvocato si può riconoscere da parte del cliente un premio, proporzionato ai risultati conseguiti.

L'art. 45 c. 1 consente un aumento del compenso, giustificato dal risultato conseguito e in limiti ragionevoli. Pertanto la formula legislativa può considerarsi omologa a quella del Codice deontologico.

Entro il 1 gennaio 2007 dovrà essere modificato il disposto dell'art. 43 c. 5 del Codice deontologico, essendo già ora legittimo civilisticamente concordare onorari forfettari per le prestazioni continuative in caso diverso dalla consulenza e dall'assistenza stragiudiziale.

In ogni caso, lo si ripete, anche dopo il 1 gennaio 2007, sarà possibile sindacare il comportamento deontologico, ai sensi degli artt. 5 e 43 c. 2 del Codice, se il compenso sia sproporzionato all'impegno.

5. Patto sui compensi e patto di quota lite.

La nuova disciplina aggiunge però un comma all'art. 2 cit. che riguarda ancora i compensi. Il testo ora dispone che il terzo comma dell'art. 2233 Cod. civ. sia sostituito dal seguente: «Sono nulli, se non redatti in forma scritta, i patti conclusi tra gli avvocati ed i praticanti abilitati con i loro clienti che stabiliscono i compensi professionali».

Dal punto di vista civilistico, il patto è valido se rispetta l'onere della forma scritta; esso può avere effetti solo tra le parti; non può essere opposto ai terzi, neppure in giudizio, non quindi nei confronti della controparte del cliente, né può essere richiesto al Giudice, in caso di liquidazione del compenso e delle spese, che si attenga al patto. Diverso è il discorso tra avvocato e cliente: l'avvocato può chiedere al Giudice di liquidare il pro-

prio compenso secondo quanto stabilito nel patto (che, civilisticamente parlando, è valido) ma come sopra si è detto il suo comportamento può essere segnalato all'Ordine di riferimento perché ne controlli la correttezza deontologica con riguardo alla proporzionalità del compenso rispetto all'attività prestata.

La disposizione in esame è stata intesa anche come tale da legittimare il patto di quota lite, dal momento che essa ha sostituito il testo dell'art. 2233 previgente del Cod. civ. L'abrogazione non è effettuata nel senso di sopprimere direttamente ed espressamente il divieto del patto di quota lite; la disposizione si riferisce infatti in generale ai patti sui compensi. Tuttavia, la sostituzione implica che viene meno il divieto esplicito e preciso concernente i patti «relativi a beni che formano oggetto della controversia».

Pertanto, ove dovesse maturare una interpretazione permissiva, occorre segnalare che la nuova disciplina non ha abrogato un'altra disposizione del Codice civile, l'art. 1261 che fa divieto (tra gli altri soggetti, anche) ad avvocati e patrocinatori di «rendersi cessionari di diritti sui quali a sorta contestazione davanti all'autorità giudiziaria (...) nella cui giurisdizione esercitano le loro funzioni, sotto pena di nullità e dei danni».

I patti con cui si cedono diritti dal cliente all'avvocato suo difensore sono dunque nulli e rimangono tali anche a seguito della entrata in vigore della nuova disciplina. Per verificare - civilisticamente - la validità di un patto concluso tra avvocato e cliente il cui oggetto sia il compenso professionale sotto forma di patto di quota lite, occorre distinguere caso da caso.

Si possono infatti distinguere:

(I) il patto di quota lite nella configurazione frutto di una lettura estensiva dell'art. 2233, 3 comma, c.c. e cioè come patto col quale si stabilisce un compenso correlato al risultato pratico dell'attività svolta e comunque in ragione di una percentuale sul valore dei beni o degli interessi litigiosi; un patto di tal natura deve ritenersi ora civilisticamente legittimo giusta la previsione del comma 1, lett. a) dell'art. 2 della legge di conversione;

(II) il patto di quota lite nella configurazione definibile come classica cioè quella anche semanticamente coerente con il divieto ex art. 2233, 3 comma, c.c., nel testo previgente: questo tipo di patto deve ritenersi tuttora civilisticamente vietato e nullo ex art. 1418 c.c. nella misura in cui il

suo assetto concreto replica la previsione dell'art. 1261 c.c. e cioè quante volte esso realizzi, in via diretta o indiretta, la cessione del credito o del bene litigioso;

Sul piano deontologico, tuttavia:

- per effetto di quanto si è detto sub (I) la norma dell'art. 45 del Codice deontologico forense va adeguata - ex art. 2, comma 3, legge cit. - limitatamente a quella sua parte in cui si vieta la pattuizione di un compenso in percentuale rapportata al valore della lite;

- per effetto di quanto detto sub (II) la norma dell'art. 45 del Codice deontologico forense non va adeguata non essendo in questo caso la configurazione del patto di quota lite ricompresa nel novero di quelle rese lecite dal comma 1 dell'art. 2 legge cit.; essa andrà semmai specificata nel senso che l'illiceità deontologica del patto sussiste a misura che esso realizzi, direttamente o indirettamente, la cessione di un credito o un bene litigioso.

6. Esecutività e parere di congruità.

Se il patto tra avvocato e cliente è effettuato in forma scritta, si applica comunque l'art. 633 c. 1 Cod. proc. civ., secondo il quale «Su domanda di chi è creditore di una somma liquida di danaro o di una determinata quantità di cose fungibili, o di chi ha diritto alla consegna di una cosa mobile determinata, il Giudice competente pronuncia ingiunzione di pagamento o di consegna: 1) se del diritto fatto valere si dà prova scritta».

Il disposto del n. 2 («se il credito riguarda onorari per prestazioni giudiziali o stragiudiziali o rimborso di spese fatte da avvocati, procuratori, cancellieri, ufficiali giudiziari o da chiunque altro ha prestato la sua opera in occasione di un processo»), in risposta a quanti hanno sollevato dubbi sulla sua avvenuta abrogazione, rimane invariato: infatti non vi è alcun riferimento e tanto meno abrogazione esplicita nel testo normativo in commento.

Il parere di congruità può essere sempre fatto dall'Ordine, tenendo conto quale parametro delle tariffe in vigore ai fini della liquidazione giudiziale.

La valutazione di congruità rimane dunque necessaria a fini esecutivi e posto che non vi sia accordo scritto. D'altra parte, il disposto dell'art. 633 Cod. proc. civ. prevede una particolare procedura esecutiva per le prestazioni effettuate in occasione di un processo e per gli avvocati in

quanto tali per l'esercizio professionale prestato. Non è vietato l'uso delle tariffe quale parametro di riferimento. E quindi l'Ordine richiesto del parere di congruità può fare riferimento alle tariffe. Se la tariffa è al di sotto del minimo, l'Ordine distinguerà tra la congruità agli effetti civilistici, valutando il compenso alla luce dell'attività prestata, ma valuterà anche il comportamento deontologico dell'avvocato, come sopra si è precisato.

7. Pubblicità informativa.

La cornice entro la quale le altre disposizioni del Decreto convertito che riguardano la disciplina della professione forense si debbono leggere dal punto di vista deontologico è sempre data dall'art 5 del Codice (probità, dignità e decoro), dall'art. 6 (lealtà e correttezza), dall'art. 9 (segretezza e riservatezza), dall'art. 17 (informazioni sull'attività del professionista), dall'art. 17 *bis* (mezzi di informazione consentiti), dall'art. 18 (rapporti con la stampa), dall'art. 19 (accaparramento di clientela) e dall'art. 20 (uso di espressioni sconvenienti od offensive).

Ora, letto alla luce di queste disposizioni, il disposto dell'art. 2 c. 1 lett. b) del d.l. come convertito non introduce novità di particolare momento. Ed infatti, esso rimuove un divieto (anche parziale) i cui contenuti per molti aspetti già sono stati soppressi nel Codice deontologico vigente. Come si legge nel testo dell'art. 2 c. 1 lett. b) « sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono (...) il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine».

Innanzitutto preme sottolineare che le regole deontologiche in contrasto con il d.l. rimangono in vigore almeno fino al 1 gennaio 2007, termine entro il quale dovranno essere adattate alle nuove previsioni legislative, in quanto la rimozione immediata del divieto riguarda regole legislative e regolamentari, ma non le norme deontologiche, qualunque natura esse abbiano.

In secondo luogo, delle disposizioni deontologiche sopra richiamate (artt. 5, 6, 9, 17, 20) nessuna appare in contrasto con il disposto indicato. Già gli artt. 17 e 17 *bis* consentono l'informazione (che nel d.l. prende il nome di pubblicità informativa). Ora è appena il caso di precisare che nel gergo del marketing la pubblicità informativa riguarda due aspetti che possono investire l'esercizio dell'attività forense: la pubblicità istituzio-

nale, inerente al soggetto che la promuove, e la pubblicità che ha lo scopo di informare il pubblico delle caratteristiche del servizio prestato. E comunque usandosi l'espressione "pubblicità" ci si riferisce alla disciplina prevista dalla L. n. 287 del 1990, e succ. integrazioni, che sanziona il messaggio ingannevole.

Quanto alla pubblicità istituzionale, già ora è consentito esibire i titoli che sono appropriati all'esercizio professionale, sempreché non siano decettivi. Si possono esibire i diplomi di specializzazione (in quanto le "specializzazioni" di cui parla il d.l. debbono essere riferite a qualificazioni professionali ottenute mediante regolare procedura, là dove le singole professioni lo prevedano), mentre non si può utilizzare l'espressione "specializzazione" per indicare i settori e le materie di attività prevalente; occorre indicare allora non il termine "specializzazione", ma altro termine non decettivo. Vi è quindi perfetta coincidenza tra questo aspetto del d.l. e il Codice deontologico.

Quanto alle "caratteristiche del servizio offerto" è difficile pensare a messaggi informativi che non facciano riferimento alla diligenza professionale. È lo stesso legislatore che sollecita gli Ordini a vigilare perché il messaggio indichi con trasparenza e veridicità «il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni».

A questo proposito assumono rilievo deontologico le regole già richiamate a proposito della appropriata retribuzione dell'avvocato. Saranno perciò perseguibili deontologicamente gli avvocati che espliciteranno, per l'attività stragiudiziale, una misura del corrispettivo non adeguata alla dignità professionale e all'entità del lavoro svolto, e, quanto alla attività giudiziale, se la valutazione è fatta a forfait per una o più cause, oltre al controllo sulla adeguatezza, si potrà effettuare il controllo sulla veridicità e trasparenza, qualora il cliente non sia informato sui gradi della causa, sulle complicazioni processuali, sulle fase istruttoria, e così via.

Il d.l. in esame non fa cenno né alla pubblicità comparativa (che pure si era affacciata in precedenti progetti di riforma delle professioni) né ai mezzi pubblicitari. Pertanto, restano confermate le disposizioni del Codice deontologico che vietano la pubblicità comparativa e quelle che prevedono restrizioni in materia di mezzi utilizzati. Non è ammesso l'uso di mezzi disdicevoli, che contrastino con gli artt. 5, 17, 17 *bis*, 18, 19, come gli organi di stampa, la radio e la televisione, l'affissione di cartelli negli esercizi commerciali, nei luoghi pubblici, etc.

Particolare attenzione dovrà essere prestata dagli Ordini all'utilizzazione di Internet, dove già ora, come in una selvaggia prateria, circolano messaggi di ogni tipo, altamente repressibili, quali l'associazione di nomi di professionisti al server, oppure l'uso di informazioni sulla legislazione e sulla giurisprudenza per farsi pubblicità, etc. Si tratta - per dirlo con le stesse parole del testo in esame - di pubblicità non informativa, non trasparente e quindi non ammissibile.

Non è neppure ammessa la pubblicità che si ottiene mediante insegne che non rispondano ai criteri di correttezza e dignità. Anche i luoghi ove si svolge la professione (nulla dicendo al riguardo il Decreto) possono essere sindacati deontologicamente: l'avvocato non può esercitare in un supermercato, in un esercizio commerciale aperto al pubblico sulla pubblica via, etc.

Resta in ogni caso in vigore il divieto di accaparramento della clientela.

8. Forme associative dell'attività professionale.

Anche il disposto dell'art. 2 c. 1 lett. c) può essere letto in *bonam partem*.

Il legislatore ha rimosso «il divieto di fornire all'utenza servizi professionali di tipo interdisciplinare da parte di società di persone o associazioni tra professionisti, fermo restando che l'oggetto sociale relativo all'attività libero-professionale deve essere esclusivo, che il medesimo professionista non può partecipare a più di una società e che la specifica prestazione deve essere resa da uno o più soci professionisti previamente indicati, sotto la propria personale responsabilità».

Il limite di esclusività stabilito dalla norma non può essere inteso nel senso che la società o l'associazione possa esercitare solo nell'ambito di un singolo settore di attività professionale, ma piuttosto nel senso che la società o l'associazione non possa esercitare un'attività diversa da quella, più generica, della prestazione di servizi professionali. L'attività può ricomprendere l'intero ambito delle diverse discipline di elezione dei professionisti che partecipano alla società.

Tale norma, peraltro, non ha reale portata innovativa riguardo alle associazioni tra professionisti, poiché già l'art. 1 della Legge 23.11.1939, n. 1815, contempla la possibilità di associazioni professionali tra esercenti professioni diverse, con la sola precisazione che i soggetti partecipi della associazione devono usare nella denominazione del loro ufficio e nei rapporti coi terzi, esclusivamente la dizione di "studio tecnico, legale, commerciale, contabile, amministrativo o tributario",

seguita dal nome e cognome, coi titoli professionali, dei singoli associati.

La novità introdotta dalla norma consisterebbe, quindi, nel solo fatto di consentire l'esercizio di attività professionali multidisciplinari nella forma della società di persone.

Va, tuttavia, rilevato che il divieto di costituzione di società professionali multidisciplinari è già stato rimosso con l'art. 24 della Legge 7 agosto 1997, n. 266 (c.d. Legge Bersani), che, al primo comma, ha abrogato l'art. 2 della Legge 23.11.1939, n. 1815 e, al secondo comma, ha tuttavia previsto che «Ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della Legge 23 agosto 1988, n. 400, il Ministro di grazia e giustizia, di concerto con il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e, per quanto di competenza, con il Ministro della sanità, fissa con proprio decreto, entro centoventi giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, i requisiti per l'esercizio delle attività di cui all'articolo 1 della Legge 23 novembre 1939, n. 1815».

L'art. 2 del testo in esame non innova in alcun modo rispetto all'art. 24 della precedente legge e non supera l'esigenza dell'emanazione di un regolamento di attuazione, che individui i requisiti e il contenuto della disciplina delle c.d. società professionali multidisciplinari, posto che l'art. 24, comma 2, della precedente Legge Bersani è tuttora vigente. Anzi, la nuova normativa ha un'apparente portata abrogativa che è più restrittiva della norma contenuta nell'art. 24, comma 2, in quanto ammette società professionali multidisciplinari costituite soltanto nella forma delle società di persone.

Restano, tuttavia, attuali i problemi connessi alla mancata emanazione del regolamento governativo, sui quali si è, già in passato, espressa la giurisprudenza di merito, che, per un verso ha escluso che, in mancanza del regolamento di attuazione, possano essere costituite società professionali multidisciplinari nella forma della società di capitali, in presenza di un rinvio ad un istituto non introdotto da specifica fonte normativa e, quindi, indeterminato quanto a contenuto e non valutabile come conforme al sistema (Tribunale di Milano, Decreto 27.05.1998 in *Giur. It.*, 1999, 1012) e, per altro verso, ha ritenuto legittima la costituzione di tali società nella forma delle società di persone e, particolarmente, nella forma della società semplice (Tribunale di Milano, Decreto 5 giugno 1999, in *Società*, 1999, pag. 984).

Di conseguenza, anche gli avvocati possono partecipare a società professionali multidisciplinari nella forma della società di persone, disciplinate

dal Codice civile, non essendo di ostacolo il divieto, da ritenersi tuttora vigente, di esercitare attività commerciali, stabilito dall'art. 3 dell'ordinamento professionale, perché tali società eserciterebbero una "impresa civile", che secondo parte della giurisprudenza e della dottrina, rappresenterebbe un *tertium genus* rispetto a quella dell'impresa commerciale e di quella agricola.

Deve, comunque, escludersi che a tali società possano partecipare anche soggetti non esercenti attività professionale per il disposto dell'art. 2232 c.c., che impone al prestatore d'opera di eseguire personalmente l'incarico (in tal senso, T.A.R. Lazio, sez. III, 19.05.2000, n. 4107). Il principio della personalità della prestazione, posto a presidio del rapporto fiduciario tra cliente e professionista, esclude che, in difetto di un'espressa e diversa previsione normativa l'incarico professionale possa essere conferito direttamente alla società professionale, ma non esclude l'imputazione del compenso alla stessa.

Resta da chiedersi se il Decreto Bersani recentemente convertito in legge incida sulla disciplina delle STP, di cui al D.Lgs. 2.02.2001, n. 96, approvato in attuazione della direttiva 98/5/CE.

Ed invero, l'art. 16, comma 1, del richiamato Decreto Legislativo dispone che «l'attività professionale di rappresentanza, assistenza e difesa in giudizio può essere esercitata in forma comune esclusivamente secondo il tipo della società tra professionisti, denominata nel seguito società tra avvocati».

Pare, quindi, che la norma indicata si ponga come legge speciale, rispetto alla disciplina generale, escludendo che l'attività di rappresentanza e difesa giudiziale, che è oggetto di tutela costituzionale, possa essere esercitata in forma societaria diversa da quella delle STP.

Se così fosse, l'art. 2 del Decreto convertito, avendo portata generale, non potrebbe derogare la disciplina speciale e avrebbe il solo effetto di consentire l'esercizio, in forma di società, multidisciplinare della sola attività di consulenza.

Quanto alle "associazioni", sono ammesse anche associazioni temporanee, ma esse debbono essere esclusive, perché il testo in esame mantiene il divieto di partecipare a più associazioni o a più società di professionisti.

In ogni caso, vi è ribadita la personale responsabilità del professionista per l'attività prestata.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totale
CASSAZIONISTI	116	6	0	0	122
AVVOCATI	889	7	6	1	903
TOTALE	1005	13	6	1	1025

PRAT. SEMPLICI	169
PRAT. ABILITATI	390
TOTALE	559

CASSAZ. E AVVOCATI	1025
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	559
TOTALE ISCRITTI	1584

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totale M • F
CASSAZIONISTI	107 • 9	5 • 1	0 • 0	0 • 0	112 • 10
AVVOCATI	475 • 414	2 • 5	5 • 1	0 • 1	482 • 421
TOTALE	582 • 423	7 • 6	5 • 1	0 • 1	594 • 431

	M • F
PRAT. SEMPLICI	77 • 92
PRAT. ABILITATI	140 • 250
TOTALE	217 • 342

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	594 • 431
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	217 • 342
TOTALE ISCRITTI	811 • 773