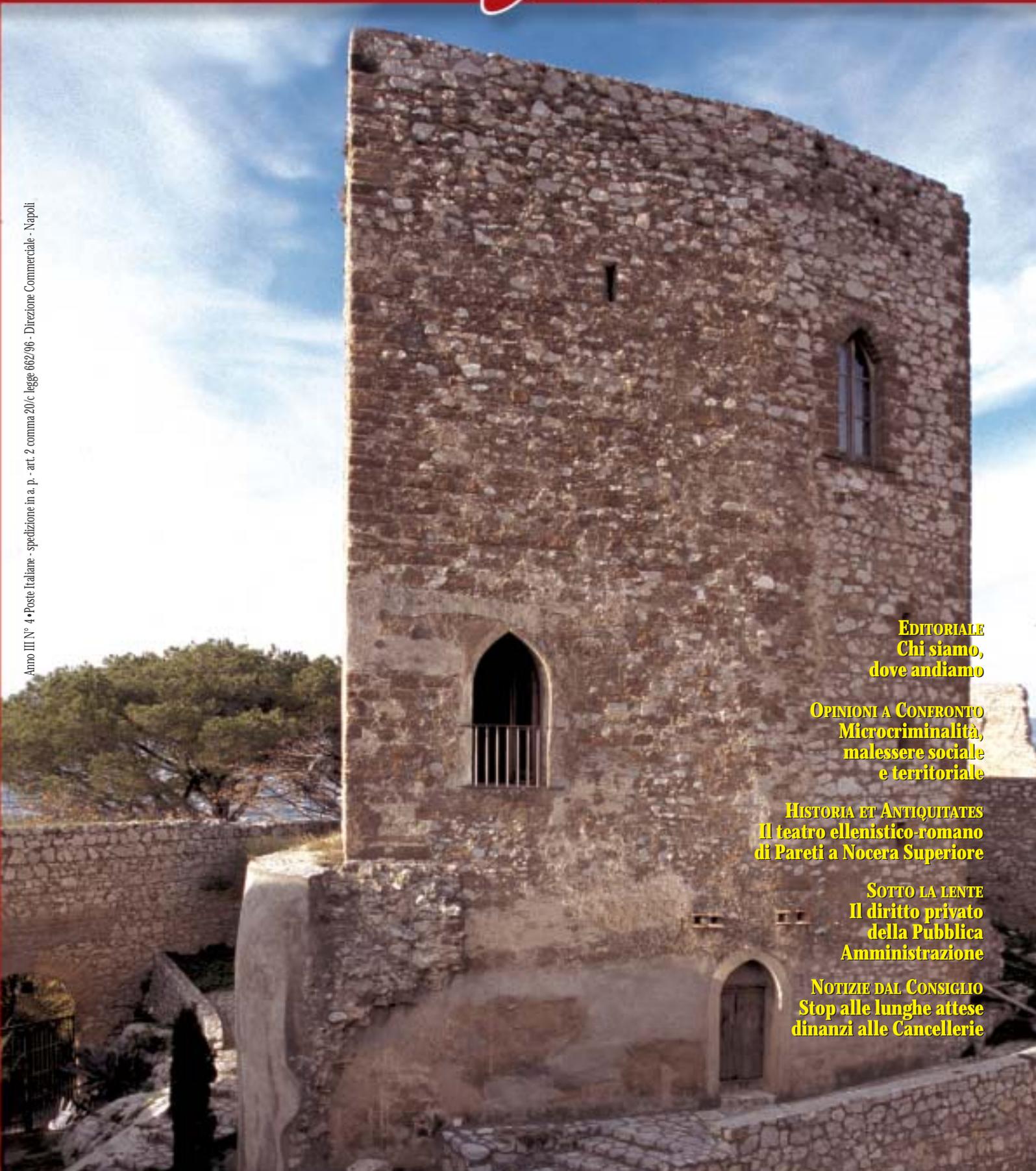


OMNIA *i*USTITIAE

ANNO III NUMERO 4
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore



EDITORIALE
Chi siamo,
dove andiamo

OPINIONI A CONFRONTO
Microcriminalità,
malessere sociale
e territoriale

HISTORIA ET ANTIQUITATES
Il teatro ellenistico-romano
di Pareti a Nocera Superiore

SOTTO LALENTE
Il diritto privato
della Pubblica
Amministrazione

NOTIZIE DAL CONSIGLIO
Stop alle lunghe attese
dinanzi alle Cancellerie

**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

Carmen Battipaglia
Rino Carpinelli
Renato Diodato
Luigi Ferrara
Tebaldo Fortunato
Paola Lanzara
Giovanna Loreto
Enrico Lubrano
Graziano Marrazzo

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 4

s o m m a r i o

<i>Luigi Ciancio</i> Editoriale	4	<i>Paola Lanzara</i> Famiglia di fatto	34
VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA <i>la redazione</i> Incontro con il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore Aniello Cosimato	6	OPINIONI A CONFRONTO <i>a cura della redazione</i> Microcriminalità, malessere sociale e territoriale	37
GIURISPRUDENZA <i>Maria Coppola</i> Obbligo di congrua motivazione in caso di esito sfavorevole della prova scritta dell'esame di abilitazione forense	10	HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>Teobaldo Fortunato</i> Il teatro ellenistico-romano di Pareti a Nocera Superiore	40
<i>Carmen Battipaglia e Luigi Ferrara</i> Autorità garante della concorrenza e del mercato	12	CONTRIBUTI DAI COLLEGHI <i>Rino Carpinelli</i> Giustizia e paremiologia • Il parte	42
<i>Giovanna Loreto</i> Illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi e tutela cautelare	17	SOTTO LALENTE <i>a cura di Renato Diodato</i> Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici	44
<i>Piervincenzo Pacileo</i> Responsabilità medica ed attività svolta in équipe	19	Il diritto privato della Pubblica Amministrazione	45
DOTTRINA <i>Enrico Lubrano</i> Ordinamento sportivo e giustizia statale	21	NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Stop alle lunghe attese dinanzi alle Cancellerie	46
<i>Graziano Marrazzo</i> Irrinunciabilità delle ferie ed indennità sostitutiva	28	Istituto lo sportello notifiche presso l'Ordine degli Avvocati	46
		Accesso on line gratuito ai registri civili e penali della Cassazione	47
		Statistiche iscritti	48

Editoriale di Luigi Ciancio

Chi siamo, dove andiamo.

L'anno che se ne va, al di là delle forti tematiche che hanno interessato e continuano ad interessare il "pianeta giustizia", è stato caratterizzato da episodi che rimarcano come si stia vivendo in un'epoca di forte decadimento morale.

Basta sfogliare i giornali degli ultimi tempi (rectius: giorni) per avere la conferma di tutto ciò.

Solo alcuni titoli: "Soffoca il figlio di nove mesi"; "Ragazzine molestate davanti alla scuola"; "Anziano parroco violentava un bambino col consenso della madre"; "Ragazzo down offeso e picchiato";

"Professoressa sorpresa in atteggiamenti inequivocabili con tre suoi allievi"; "Insegnante picchiata davanti gli alunni". Una lunga teoria di fatti che sono il segno di un diffuso disagio che accompagna le nostre giornate, disagio che si propaga nella immediatezza degli avvenimenti ma che sembra, poi, divenire assuefazione ad un sistema di vita, tolleranza alla illegalità, rinuncia alla consapevolezza dei propri diritti e della propria dignità.

Ed anzi, il ripetersi di certi fatti, l'amplificazione quotidiana degli stessi, soprattutto a mezzo della televisione, produce una sorta di pericolosa epidemia imitativa per cui anche i recenti episodi di bullismo ne sono la esemplificazione più evidente.

Lasciando alla sapienza degli altri (o forse ad uno studio di psicologi) la ricerca delle motivazioni che portano all'attuale degrado comportamentale, quello che più crea inquietudine al giurista è la preoccupazione che la illegalità diventi regola, normalità ed abitudine e che la violazione delle regole dilaghi a vista d'occhio, soprattutto tra i minori, divenendo non solo un fenomeno sociale. E sulle devianze da cui genera la criminalità minorile è anche possibile leggere in questo ultimo numero della nostra Rivista.

Che, sin dalla sua prima pubblicazione, ha sostenuto la necessità di rimuovere le anomalie che rallentano, quando non la negano, un'adeguata risposta alla domanda di giustizia invocando provvedimenti e regole certe da parte di legislatori distratti sempre più dal loro particolare.

In presenza di fenomeni sempre più degradanti, tali da sfociare in una perenne trasgressione delle norme giuridiche, si impone una nuova figura di avvocato, capace non solo di interpretare il Codice, rappresentandolo a chi di competenza, ma anche di ampliare le sue conoscenze onde far fronte alle nuove esigenze di chi domanda Giustizia.

L'Avvocatura, al di là delle insipienti iniziative del legislatore, deve sapersi modernizzare non senza rimarcare il suo ruolo sociale sul piano di un proficuo apporto all'amministrazione della Giustizia.

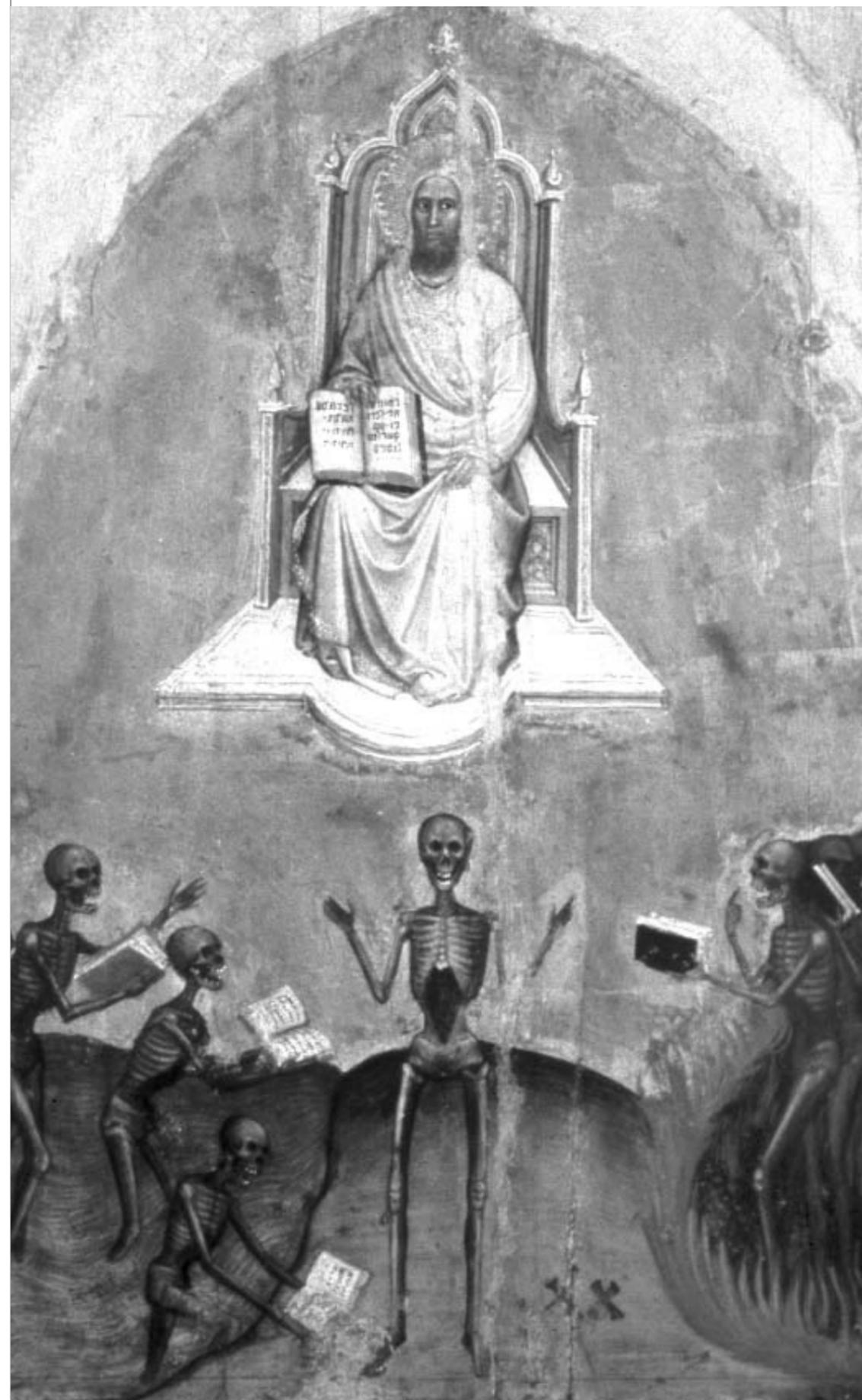
Di tanto perdiamo memoria tutti, noi avvocati ed il legislatore; quest'ultimo teso a modificare "pur di modificare", senza entrare nei meccanismi reali di una professione liberale anche se antica quanto il mondo e comunque sempre tesa a garantire i diritti individuali; noi altri perché proiettati più all'arricchimento materiale che culturale e professionale.

L'Avvocatura è stata capace di ritrovare la necessaria unitarietà per fare arrivare nei "palazzi" la protesta più vibrata; anche se in ritardo, lo ha fatto.

E se è vero che essa non ha conseguito i risultati auspicati, è sicuramente vero che ha riscoperto la dignità del ruolo che le va riconosciuto, che è e resta quello di un pilastro fondamentale per l'amministrazione della Giustizia.

Si perseveri su questa strada, che è anche di forte motivazione civile. Ai cambiamenti della società, nel bene e nel male, bisogna saper rispondere con la serietà degli intendimenti, che costituiscono già di per sé una forte base professionale, con competenza, con l'aggiornamento costante e con una più incisiva qualificazione professionale. Sappiamo chi siamo, per avere radici antiche. Dobbiamo sapere anche dove andiamo, se crediamo nella nostra professione.

"A noi giuristi è toccato il compito più difficile. Credere alla nostra professione eppure, contemporaneamente, in un angolo profondo del nostro essere dubitare sempre di essa" (Radbruch).



Jacopo Albregho,
Il Giudizio Finale (part.),
Venezia,
Galleria dell'Accademia.

Voci dal Palazzo di Giustizia

Intervista al Presidente Aniello Cosimato.

Incontriamo in questo ultimo numero dell'anno il Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, l'avvocato Aniello Cosimato, per tracciare con lui il bilancio dell'avvocatura nocerina dell'anno che si sta chiudendo.

Presidente, un anno travagliato per l'Avvocatura nazionale. Il riferimento alla famigerata "Bersani" è d'obbligo. Quali i nodi della protesta?

Il nuovo Governo ha, in effetti, esordito con un Decreto Legge, poi convertito in Legge, inaspettato e non concertato che, non solo lede i diritti dei professionisti, ma secondo me anche i più elementari diritti dei cittadini. I minimi tariffari costituivano, infatti, una garanzia per questi. La loro mancata applicazione produce effetti negativi in quanto non viene così ad essere garantita la qualità della prestazione. La Legge introduce, poi, dei controlli fiscali macchinosi e deleteri, colpevolizzando un'intera categoria che è tra quelle più produttive e che contribuiscono in modo sostanzioso alle entrate dello Stato. Gli adempimenti previsti in tale Legge creano disagi non solo per gli avvocati ma anche per le parti assistite, che dovranno, qualora non l'avessero ancora fatto, aprire un conto corrente per provvedere ai pagamenti degli onorari. Le compagnie di assicurazione, inoltre, si stanno attivando per stipulare convenzioni con avvocati che prevedono pagamenti molto al di sotto dei minimi. Devo, pertanto, arrivare alla conclusione che, più che liberalizzare il mercato in senso favorevole ai consumatori, la Legge non fa altro che conferire ai poteri forti, quali le banche e le assicurazioni, nuovi vantaggi attribuendo loro una posizione di superiorità ancor più netta. Critiche alla sostanza, ma la forma non è da meno. Innanzitutto il ricorso alla decretazione di urgenza e poi la assoluta mancanza di rispetto da parte del Ministro Bersani nei confronti dell'Avvocatura, sostanziata con l'assenza di un seppur minimo livello di concertazione con i vertici nazionali. La mia personale speranza è che il Ministro della Giustizia possa mettere mano alla riforma della professione forense, regolata ancora in gran parte da una Legge del 1933, concertandola con gli organismi nazionali. L'intransigenza del Ministro Bersani ha portato ad un'astensione degli avvocati nel periodo di luglio, effettuata sempre nel rispetto degli interessi delle parti assistite e del Codice di autoregolamentazione.

La Legge Bersani e le prospettive di riforma professionale sono stati l'argomento principale della discussione del Congresso Nazionale Forense svoltosi a Roma nel mese di settembre scorso.

Le iniziative del Congresso Nazionale?

Il Congresso ha approvato, con il valido contributo dei delegati del nostro Foro, una mozione politica che prevede la richiesta al Governo ed al Parlamento di sospensione dell'efficacia delle norme contestate, in attesa e per il tempo strettamente necessario alla concertazione ed emanazione della Legge di riforma degli ordinamenti professionali e di quello forense in particolare. L'assise congressuale ha, peraltro, invitato nuovamente il Governo ed il Parlamento, come già proposto dall'Avvocatura a partire dalla Conferenza di Pisa del 1998, a provvedere, in sede di approvazione della Legge finanziaria, ad emanare misure fiscali più coraggiose e realmente efficaci, quali la detrazione degli importi delle parcelle dei professionisti, unitamente, con particolare riferimento a quelle degli avvocati, ad un'adeguata riduzione dell'aliquota IVA, in considerazione della rilevanza costituzionale del diritto alla difesa. Il Congresso nel proclamare lo stato di mobilitazione dell'Avvocatura e l'astensione per i noti periodi di ottobre, novembre e dicembre, ha invitato i Presidenti delle Commissioni Giustizia della Camera e del Senato a fissare l'immediata audizione dei rappresentanti dell'Avvocatura per discutere i progetti di riforma delle professioni, con formale impegno alla loro trattazione entro il 31.12.2006, eventualmente con la concessione della sede deliberante. La fase romana è culminata con l'elezione dei delegati nazionali dell'Organismo Unitario dell'Avvocatura fra i quali vi è quella del collega Mario Cretella, noto lavorista del nostro Foro, il quale garantirà la presenza della voce della Classe Forense nocerina in ambito nazionale.

Il 12 ottobre si sono riuniti a Roma gli stati generali dell'Avvocatura per manifestare il proprio dissenso alla Legge Bersani. Il Consiglio dell'Ordine ha garantito la partecipazione dei propri iscritti organizzando un servizio pullman gratuito per la manifestazione.

La partecipazione degli avvocati nocerini alle manifestazioni di protesta?

Il Consiglio ha provveduto a divulgare l'iniziativa intrapresa, tramite comunicati stampa inviati ai



mezzi di informazione, e-mail e comunicati pubblicati sul proprio sito istituzionale. Devo purtroppo dire che c'è stata una scarsa partecipazione sia alla precedente manifestazione di luglio che a quella successiva alla quale non ho partecipato perché convalescente. Un solo pullman, neppure pieno, è partito per Roma il 12 ottobre.

Quali sono i motivi della limitata partecipazione di tutta l'Avvocatura non solo di quella nocerina? Forse la domanda deve essere diversa. Citando il direttore editoriale della rivista, l'amico e collega Luigi Ciancio, chiediamoci: "Quanti Colleghi 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?"

Gli effetti degli stati generali di Roma?

Nessun riscontro immediato se non quello di vedere un'Avvocatura compatta. È stata proclamata ancora una settimana di astensione. Sarà a breve presentato il decreto di riforma delle professioni predisposto dal Ministro Mastella, che, dalla lettura dei quotidiani, sembra aperto alla

concertazione ed al dialogo con il mondo delle professioni. La speranza è che attraverso il richiamato dialogo si possa arrivare ad una concreta e significativa riforma della disciplina dell'attività forense che incontri il favore dell'Avvocatura e dei Cittadini.

Le ultime elezioni forensi hanno visto il successo della lista da lei capeggiata. Dall'insediamento del nuovo Consiglio ad oggi, quali gli obiettivi raggiunti?

Intendo precisare che ogni Consigliere rappresenta l'intera classe forense. Infatti, il Consigliere Rosanna Pacelli, pur essendo l'espressione di una lista "concorrente", contribuisce in modo fattivo e qualificato alle scelte del Consiglio partecipando alle attività istituzionali. Rispondendo alla sua domanda, debbo rilevare che un biennio rappresenta un margine temporale esiguo per concretizzare progetti rilevanti. Il Consiglio in carica che mi onoro di presiedere, in questo scorcio di anno, dal suo insediamento nel mese di marzo, ha diretto la propria attività verso un obiettivo in particolare: avvicinarsi il più possibile ai propri iscritti, garantendo loro nuovi servizi e adoperandosi nel-

l'offerta di una formazione sempre più qualificata e qualificante.

Voglio ricordare in questa sede il corso di aggiornamento professionale organizzato dalla Scuola Forense "Fiorentino De Nicola" nel mese di giugno, che ha visto la partecipazione di qualificati magistrati nel ruolo di relatori ed una massiccia partecipazione degli iscritti, in numero maggiore di 400. Abbiamo affrontato in modo deciso il problema dell'U.N.E.P. di Nocera Inferiore, arrivando a denunciare alle Autorità Giudiziarie le gravi inadempienze e cercando di offrire un servizio integrativo - a partire dal mese di ottobre - tramite l'istituzione, presso i locali dell'Ordine, di uno sportello per le notifiche. Sono stati raggiunti e stipulati accordi con le Autorità Giudiziarie per la gestione delle udienze civili presso il Tribunale ed il Giudice di Pace di Nocera Inferiore. La prossimità degli esami di avvocato ed in particolare delle prove scritte ha portato poi il Consiglio, e in particolare la Scuola Forense diretta dalla collega Anna De Nicola, ad organizzare un corso pratico sulla redazione di pareri e atti, rivolto ai praticanti avvocati che dovranno sostenere le prove d'esame. La novità è stata anche nella maggiore informatizzazione delle procedure per la partecipazione al corso, che ha consentito, tramite il sito istituzionale, la redazione dei pareri e degli atti tramite appositi spazi in esso riservati.

Un'attenzione particolare, quindi, è stata rivolta alle nuove tecnologie e agli strumenti informatici legati alla professione forense. Il sito istituzionale dell'Ordine è stato totalmente rinnovato. Quali sono le opportunità che offre un portale elastico come quello dell'Ordine?

Ritengo che le nuove tecnologie informatiche debbano trovare sempre maggiore applicazione nel settore della giustizia, sia per velocizzarne l'azione che per renderla meno onerosa per gli utenti e per lo Stato. Per quanto riguarda il sito, ricordo che la mattina del 10 marzo il funzionario dell'Ordine, Massimo De Martino Adinolfi, mi comunicava che collegandosi al sito www.foronocera.it, aveva avuto l'amara sorpresa di trovarlo inspiegabilmente privo di contenuti. Mesi di lavoro andati perduti. Un haker aveva attaccato il sito. L'occasione è comunque servita, innanzitutto, per dotarsi di più idonei mezzi di difesa verso intrusioni non volute, ma anche e soprattutto per provvedere al restyling del sito, inserendovi

nuovi contenuti e servizi. La piattaforma informatica del portale è stata affidata ad una nuova ditta con provata esperienza, che garantisce gli opportuni standard qualitativi. Sono stati garantiti a tutti gli iscritti nuove e-mail gratuite, che rispetto alle precedenti risultano essere estremamente professionali e con struttura in lingua italiana. Nel nuovo sito l'iscritto può trovare i calendari di udienza del Tribunale civile di Nocera Inferiore, la normativa forense, una sezione per la domanda e l'offerta per gli studi legali di praticanti e/o collaboratori, le porte di accesso per i recenti e tecnologicamente avanzati servizi di accesso on line alle cancellerie, parcelle on line e sentenze on line. Quest'ultimo è in fase di test avanzato e, pertanto, contiamo di renderlo disponibile con il nuovo anno. Esso prevede la possibilità per l'iscritto dotato di smart card rilasciata dall'Ordine di accedere alle proprie sentenze del Tribunale Civile di Nocera Inferiore, previo versamento dei prescritti diritti on line, nei giorni immediatamente successivi al loro deposito in cancelleria, collegandosi, tramite il sito, ad un server "protetto" e "dedicato". Presto sarà poi disponibile una pagina per i servizi offerti da lextel s.p.a. per visure catastali ed altro. Sono questi alcuni dei nuovi contenuti del sito www.foronocera.it.

Un problema sentito dai giovani: la necessità di una continua e qualificata formazione professionale.

Effettivamente è mancata fino ad ora una struttura in grado di consentire agli oltre 300 praticanti del nostro Foro di partecipare attivamente a corsi di formazione che, comunque, il Consiglio, con notevole sforzo economico, ha organizzato. I corsi, infatti, si sono sempre tenuti nei soli giorni di sabato in quanto sono quelli in cui non si celebrano udienze, rendendo possibile predisporre le aule del Tribunale in videoconferenza. È pur vero che in questi eventi di qualificante formazione notiamo un'assenza dei praticanti ovvero una presenza di alcuni poco interessati. Vanno comunque elogiati i giovani praticanti che con notevole sacrificio svolgono la pratica con grande diligenza e partecipano ai corsi con attenzione e profitto. Il corso di preparazione alle prove scritte di esame, che si sta svolgendo in questi giorni, ha visto l'utilizzo sistematico del sito dell'Ordine per l'invio dei pareri redatti. Il successo riscontrato da questo noviziato informatico per i corsi di formazione ci ha indotto a pensare di poter predisporre

un sistema informatico atto a creare una sorta di scuola di formazione on line. Il sistema garantirebbe la frequenza degli oltre 300 praticanti, che avrebbero la possibilità di seguire le lezioni on line e produrre atti e pareri tramite il sito della scuola. È un progetto ambizioso, che per essere realizzato necessita un percorso lungo di analisi dei problemi e dei costi ad esso correlati. Comunque, il Consiglio continuerà ad offrire eventi formativi di grande spessore garantendo ai giovani praticanti ed agli avvocati del Foro una formazione il più continua e qualificata possibile.

Un problema in via di soluzione quello delle lunghe attese degli avvocati dinanzi la Cancelleria del ruolo generale del Tribunale per il deposito delle note di iscrizione a ruolo?

Ci siamo attivati concretamente per la soluzione del problema. Il Consiglio dell'Ordine, infatti, al fine di ridurre sensibilmente i tempi di attesa dinanzi le cancellerie per la iscrizione a ruolo di nuovi procedimenti, proseguendo nel cammino dell'innovazione tecnologica, ha aderito, per primo nel distretto di Salerno, al progetto EasyNota. Con questo nuovo software è possibile stampare agevolmente presso il proprio studio la nota di iscrizione a ruolo su codice a barre. La cancelleria del ruolo generale presso il Tribunale di Nocera Inferiore ha già attivato uno sportello che provvede, utilizzando un lettore ottico laser, ad acquisire i dati per la compilazione dei registri informatizzati, fornendo, pertanto, immediatamente il numero di registro generale all'avvocato, con grande risparmio di tempo e senza rischio di errori nella trascrizione. Il cd con la documentazione a corredo del software EasyNota è ritirabile gratuitamente presso la segreteria dell'Ordine. Lo sportello notifiche di recente istituzione, fornisce, inoltre, per coloro i quali hanno scarsa dimestichezza con gli strumenti informatici, il servizio di elaborazione della nota di iscrizione a ruolo con codice a barre, previo il versamento di un modesto diritto. Colgo l'occasione per invitare tutti i colleghi a ritirare ed utilizzare il nuovo strumento messo a loro disposizione, sicuro che attraverso un suo diffuso utilizzo si potranno apprezzare notevoli miglioramenti nello svolgimento dell'attività professionale.

La Cittadella Giudiziaria: una chimera o un progetto concreto che a breve sarà compiuto? Quali gli spazi assegnati all'Avvocatura nocerina?

Lo stato dei lavori avanzato della Cittadella Giudiziaria induce a pensare che entro la prossima primavera saranno operative le sedi dei Giudici di Pace e del Tribunale civile. Per quanto riguarda la sede del Consiglio dell'Ordine, la Commissione di Manutenzione non si è ancora pronunciata. Tuttavia il Procuratore Romano in uno degli ultimi incontri, con la sua solita sensibilità, ha espresso già il suo voto favorevole alla dislocazione della sede del Consiglio anche nella nuova sede c.d. "padiglione delle donne". Riteniamo che anche il Presidente del Tribunale, in virtù dello spirito di collaborazione con l'Avvocatura che ha sempre contraddistinto il suo operato, sia in linea con tale orientamento.

Presidente quali i progetti in cantiere per il nuovo anno?

L'obiettivo principale che il Consiglio si pone è quello di eliminare o quantomeno ridurre i disagi derivanti dalle carenze croniche di organico del Tribunale. Innanzitutto sollecitando ancora le istituzioni politiche ed amministrative competenti ad una maggior attenzione per l'amministrazione della giustizia in un territorio dal tessuto sociale delicato com'è quello dell'Agro Nocerino-Sarnese. Progetti pratici sono la scuola di formazione on line, la realizzazione, a Cittadella ultimata, della nuova sede dell'Ordine, la progressiva informatizzazione degli uffici di segreteria con l'implementazione del protocollo informatico e del fascicolo elettronico. Altro progetto che dovrebbe partire con il nuovo anno la creazione di una rassegna delle massime delle sentenze del Tribunale di Nocera Inferiore fruibile tramite il sito dell'Ordine che sarà, pertanto, dotato di apposito motore di ricerca. L'attenzione del Consiglio infine, non mancherà sui nuovi strumenti per lo sviluppo della professione forense introdotti dal Decreto ministeriale 24 luglio 2006 con la possibilità per gli Ordini di istituire organismi di conciliazione.

Molti gli obiettivi della nostra politica forense dovuti anche al particolare clima di emergenza in cui versa l'Avvocatura non solo nocerina, ciò nel tentativo, spero apprezzato dai colleghi, di fornire servizi sempre di maggiore qualità. Ringrazio la redazione di OMNIA IUSTITIAE per l'attenzione rivolta al Consiglio e formulo a tutti i colleghi i miei migliori auguri di un sereno natale ed un anno nuovo ricco di soddisfazioni professionali ed umane.

Giurisprudenza

Maria Coppola

Obbligo di congrua motivazione in caso di esito sfavorevole della prova scritta dell'esame di abilitazione forense.

Nota a T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, n. 1446 del 14.09.2006.

In tema di prove scritte agli esami per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato, la Commissione giudicatrice ha l'obbligo di motivare, in maniera congrua ed esaustiva, il proprio giudizio di insufficienza.

I presupposti normativi dell'obbligo di motivazione.

Il generale obbligo di motivazione degli atti amministrativi costituisce un consolidato principio del nostro ordinamento come, d'altronde, di quello comunitario¹.

Ex art. 3 L. n. 241/1990, co. 1, infatti, "ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria".

La ratio di un obbligo così sentito - che è, poi, conseguenza diretta dello stesso principio di buon andamento della P.A., sancito dall'art. 97 Cost. - risiede in quella regola fondamentale di trasparenza cui l'intera attività amministrativa deve conformarsi in modo da tutelare le ragioni del cittadino, il quale, solo se posto in grado di conoscere le giustificazioni contenute nell'atto, può operare una verifica concreta della congruità e della ragionevolezza dell'operato della P.A., anche al fine di un'eventuale impugnazione in sede giurisdizionale².

Contenendo il predetto articolo 3 una disposizione generale applicabile ad ogni fattispecie provvedimento³, si comprende agevolmente come la questione della sufficienza e della congruità motivazionale si ponga anche con riferimento all'esame di abilitazione forense, quando all'esito negativo della prova scritta consegua, naturalmente, la non ammissione del candidato alla successiva prova orale.

Tra l'altro, la stessa legislazione più recente fa chiaramente propendere per la necessità di una

motivazione dettagliata anche nei casi di giudizio negativo dell'esame di abilitazione forense.

Il d.lgs. n. 166/2006, per esempio, che disciplina le modalità di svolgimento delle prove del concorso notarile, all'art. 11, co. 5, in ordine al giudizio per le prove scritte precisa che "il giudizio di non idoneità è motivato. Nel giudizio di idoneità il punteggio vale motivazione". Per ciò che concerne la successiva prova orale, invece, l'art. 12, co. 5, dispone che "la mancata approvazione è motivata. Nel caso di valutazione positiva il punteggio vale motivazione".

Come a dire che, nell'ipotesi di valutazione positiva, il punteggio è un equivalente della motivazione; mentre, nell'ipotesi di valutazione negativa, il punteggio non sostituisce affatto la motivazione. Ebbene, queste norme, discendendo direttamente dai principi sanciti dall'art. 3 L. n. 241/90, dispongono di portata generale e sono, pertanto, applicabili ogni volta si discuta di giudizi di inidoneità e chiaramente, quindi, anche per l'esame di abilitazione alla professione di avvocato⁴.

La resistenza della giurisprudenza a considerare insufficiente il mero voto alfanumerico.

Nonostante la normativa appena richiamata, in passato, e purtroppo ancora oggi, nella generalità dei casi il giudizio di insufficienza elaborato dall'apposita Commissione giudicatrice agli esami per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato non reca riferimento alcuno ad errori, insufficienze, o omissioni degli elaborati giudicati carenti: unico segno concreto di valutazione dell'elaborato è, infatti, costituito dall'apposizione di un voto alfanumerico che qualifica la prova come insufficiente⁵.

Un semplice voto alfanumerico, dunque...

Questa scelta delle commissioni d'esame è stata per lo più giustificata stanti le esigenze di economicità e celerità sottese alle procedure concorsuali. La giurisprudenza, dal canto suo, ha dato negli anni risposte diverse a quanti invocavano, con ricorso al G.A., l'illegittimità di un'esclusione dalle prove orali in seguito all'inidoneità disposta con un mero voto numerico.

Secondo un primo orientamento, l'obbligo di motivazione del giudizio reso dalla Commissione giudicatrice degli esami per l'abilitazione all'esercizio della professione di avvocato era sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio numerico, configurandosi quest'ultimo come una formula sintetica ma idonea ad ester-

nare compiutamente la valutazione tecnica eseguita dall'organo collegiale⁶.

Seguì un'inversione di tendenza e secondo un successivo orientamento il voto esprimeva soltanto il giudizio e non la sua motivazione, cosicché i provvedimenti di esclusione disposti con mero voto numerico erano da considerarsi illegittimi per violazione dell'art. 3 L. n. 241/90⁷.

Sulla stessa scia il Consiglio di Stato ritenne che, in seguito all'entrata in vigore della L. n. 241/1990, l'onere di motivazione dei giudizi concernenti prove scritte ed orali di un concorso pubblico o di un esame non fosse sufficientemente adempiuto con l'attribuzione di un punteggio alfanumerico, essendo, invece, necessaria un'apposita motivazione negativa delle prove di concorso "che consenta di ricostruire ab externo l'iter logico del giudizio valutativo"⁸.

Successivamente, però, lo stesso Consiglio di Stato, facendo un passo all'indietro, sentenziò che "il voto numerico attribuito alle prove scritte od orali di un concorso pubblico o di un esame di abilitazione esprime e sintetizza il giudizio tecnico-discrezionale della Commissione giudicatrice, contenendo in sé la sua motivazione, senza bisogno di ulteriori spiegazioni e chiarimenti, in quanto il detto voto, oltre a rispondere ad un evidente principio di economicità dell'attività amministrativa di valutazione, assicura la necessaria chiarezza sulle valutazioni di merito compiute dalla commissione"⁹. Questa soluzione, a dire il vero poco rassicurante, fu presto superata dallo stesso Consiglio di Stato, sez. V, che, con sentenza n. 8095 dell'8.06.2004, ritenne che "la questione relativa alla idoneità della motivazione va risolta, non in astratto, ma in concreto, con riguardo ad una serie di aspetti, tra cui la tipologia dei criteri di massima fissati dalla commissione, potendosi ritenere sufficiente il punteggio laddove i criteri sono rigidamente predeterminati e insufficiente nel caso in cui si risolvano in espressioni generiche". Si trattava, a ben vedere, ancora di una soluzione compromissoria.

La dottrina e la recente giurisprudenza amministrativa di primo grado¹⁰ hanno, infine, intrapreso un percorso più deciso, che è, poi, quello scelto dalla sentenza del T.A.R. Sicilia-Catania che si andrà di qui a poco a commentare¹¹.

La pronuncia del T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, n. 1446 del 14.09.2006.

La sentenza *de qua*, dopo aver richiamato l'art. 3 L. n. 241/90 e gli artt. 11, co. 5, e 12, co. 5, del D.Lgs. n. 166/2006, apertamente dichiara di superare

l'orientamento di quella parte maggioritaria di giurisprudenza che, pur dopo l'entrata in vigore della L. n. 241/1990, aveva ritenuto che, nelle procedure concorsuali, l'attribuzione del punteggio numerico soddisfacesse l'obbligo della motivazione. Ciò in quanto la mera attribuzione di un punteggio numerico non costituisce una motivazione valida e sufficiente, non essendo affatto idonea a dare contezza dell'iter logico che ha condotto la Commissione giudicante ad una valutazione negativa dell'elaborato.

Un giudizio negativo motivato col solo punteggio numerico non reca evidentemente alcun riferimento ai presupposti di fatto e alle ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione in relazione alle risultanze dell'istruttoria, così come, invece, prescrive l'art. 3 L. n. 241/90, ed è, pertanto, illegittimo.

Tra l'altro, acutamente la menzionata sentenza non manca di sottolineare la "natura composita" della valutazione di una prova.

Tale valutazione, infatti, "costituisce l'espressione di un giudizio tecnico-discrezionale, che si esaurisce nell'ambito del procedimento concorsuale, allorché tale giudizio è positivo, di modo che essa può essere resa con un semplice voto numerico", ma, allo stesso tempo, rappresenta, "oltre che un giudizio, un provvedimento amministrativo che conclude il procedimento concorsuale, tutte le volte in cui alle prove di un candidato venga attribuito un punteggio insufficiente, donde la necessità, in tale ipotesi, che all'assegnazione del voto faccia seguito l'espressione di un giudizio di non idoneità, con il quale vengano esplicitate le ragioni della valutazione negativa, conformemente al disposto di cui all'art. 3 della L. n. 241/1990, ove questo venga interpretato - conformemente all'orientamento prevalente - nel senso che la motivazione è necessaria solo per gli atti aventi contenuto provvedimentale"¹².

L'auspicio è che la giurisprudenza si conformi e che la fattispecie dell'esame di abilitazione forense non continui a sottrarsi ingiustificatamente al puntuale obbligo di motivazione normativamente riconosciuto.

¹ Gli articoli 230 e 253 del Trattato istitutivo della Comunità Europea e l'art. 65 del Trattato CECA prevedono che gli atti comunitari vincolanti debbano essere motivati, pena l'annullamento per violazione di Legge.

² In tal senso, T.A.R. Toscana, sez. II, 4.11.2005, n. 5557.

³ Vengono esclusi dal detto obbligo motivazionale gli atti normativi e quelli a contenuto generale (art. 3, co. 2, L. n. 241/90).

⁴ Cfr. Buffone G., *Obbligo di motivazione degli elaborati scritti: stessa querelle, nuova norma*, in *Altalex* del 13.6.2006.

⁵ Gli articoli 23, co. 7, 24, co. 1, e 17 bis, co. 2, del R.D. n. 37/1934,

come novellati dal D.L. n. 112/2003, nel testo integrato dalla Legge di conversione n. 180/2003, dispongono che, nel valutare le prove scritte dell'esame di abilitazione alla professione di avvocato, la Commissione giudicatrice assegna dei voti numerici ai singoli elaborati.

6 In tal senso, C.d.S., sez. IV, 15.05.2002, n. 2600; C.d.S., sez. IV, 1.03.2003, n. 1162, in *Foro Amm. CDS*, 2003, 906.

7 *Ex multis*, T.A.R. Lazio-Latina, 17 aprile 2000, n. 194.

8 Sul punto, C.d.S., sez. VI, 30.04.2003, n. 2331, in *Guida al Diritto*, 2003, 26, 91.

9 C.d.S., sez. IV, 17.09.2004, n. 6155; C.d.S., sez. V, 25.01.2003, n. 344, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 402.

10 T.A.R. Marche, 30.03.2005, n. 266; T.A.R. Veneto, sez. I, 4.08.2006, n. 2307; T.A.R. Veneto, sez. I, 7.09.2006, n. 2875.

11 Non ci si può, ad ogni modo, esimere dal ricordare che la questione di legittimità costituzionale, rispettivamente dell'art. 3 della L. n. 241/1990 e degli artt. 23, comma 5, 24, co. 1 e 17 bis, co. 2, del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37 e successive modificazioni, più volte sollevata da diversi T.A.R., è stata costantemente dichiarata inammissibile dal Giudice delle Leggi (da ultimo, con le ordinanze 14 novembre 2005, n. 419 e 27 gennaio 2006, n. 28).

12 In termini, T.A.R. Sicilia-Catania, sez. IV, n. 1446 del 14.09.2006.

Carmen Battipaglia e Luigi Ferrara

Autorità garante della concorrenza e del mercato.

1. Premessa.

Sui ricorsi in appello concernenti il mercato relativo alle imprese di imballaggi metallici sud e nord Italia tutte sanzionate dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

contro Autorità garante della concorrenza e del mercato;

e nei confronti di ANFIMA (Associazione Nazionale Fabbricanti Imballaggi Metallici) e altre venti società del settore in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica;

tutti per la riforma della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, sez. I, 5 settembre 2005, n. 6546, resa tra le parti.

Sentenza di Appello (sez. VI, 30 maggio 2006, n. 4017) che così dispone:

"Visti i ricorsi principali e incidentali con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti tutti gli atti di causa;

relatore alla pubblica udienza del 30 maggio 2006 il Consigliere Rosanna De Nictolis e uditi gli avvocati ..., nonché l'avvocato dello Stato D. Del Gaizo,

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue ...

DISPOSITIVO DI DECISIONE

Per quanto esposto:

- va accolto in parte il ricorso n. 19/2006, proposto da ...,

con esclusione delle sanzioni, e con rigetto della domanda di risarcimento del danno;

- va respinto il ricorso n. 395/2006 proposto da ..., essendo tardivo il ricorso di primo grado;

- vanno respinti i ricorsi nn. 548/2006, 666/2006, 730/2006, 880/2006, 981/2006, proposti, rispettivamente, da ...;

- va accolto in parte il ricorso n. 740/2006 proposto da ..., quanto alla misura della sanzione per l'illecito relativo al settore general line;

- vanno dichiarati irricevibili gli appelli incidentali relativi all'appello n. 981/2006.

Attesa la complessità delle questioni e la reciproca soccombenza le spese di lite possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sezione VI), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe:

- riunisce gli otto appelli;

- dichiara irricevibili gli appelli incidentali proposti da ... e da ... nel ricorso principale n. 981/2006;

- accoglie in parte il ricorso n. 19/2006 (proposto da...) e il ricorso n. 740/2006 proposto da ..., nei sensi di cui in motivazione;

- respinge i ricorsi nn. 395/2006; 548/2006, 666/2006, 730/2006, 880/2006, 981/2006;

- compensa interamente tra le parti le spese e gli onorari di lite.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'amministrazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 30 maggio 2006, con la partecipazione di:

Giorgio Giovannini - Presidente

Sabino Luce - Consigliere

Luigi Maruotti - Consigliere

Luciano Barra Caracciolo - Consigliere

Rosanna De Nictolis - Cons. rel. ed est. "

2. L'ANFIMA e le intese sanzionate dall'Antitrust.

L'ANFIMA (l'associazione nazionale fra i fabbricanti di imballaggi metallici e affini) raccoglie due comparti o gruppi di produttori di imballaggi metallici il comparto General line che produce gli imballaggi metallici di grossa taglia (es. scatole di latta per vernici e simili) ed il gruppo Open top che produce gli imballaggi metallici per alimenti (es. pelati ed affini).

L'Associazione di categoria è in realtà nata dall'esigenza, di avere un punto di riferimento per lo svolgimento dell'attività, dato dalla possibilità di

disporre di normative nazionali e comunitarie riguardanti il settore degli imballaggi, studi e casistiche, informazioni tecniche.

La partecipazione alle riunioni ANFIMA hanno lo scopo di avere una maggiore cognizione della situazione generale del settore ai sensi del terzo comma dell'art. 85 del Trattato UE, tale norma consente alla Commissione Antitrust di ignorare le norme punitive in presenza di accordi che migliorino la produzione o la distribuzione e facilitino il progresso tecnologico, mentre l'art. 2 della L. 287/90, vieta le intese dirette a fissare:

a) ...direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;

b) impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico...

Con provvedimento 29 luglio 2004 l'Autorità garante della concorrenza e del mercato accertava, ai sensi dell'art. 2, L. n. 287/1990, l'esistenza di due distinte intese restrittive della concorrenza volte al coordinamento delle politiche di prezzo, poste in essere nei mercati degli imballaggi metallici *General line* e *Open top*, poste in essere dall'ANFIMA e numerose imprese del settore.

L'Autorità riteneva le violazioni molto gravi e irrogava sanzioni pecuniarie variabili.

Il T.A.R., Lazio in prima istanza, riuniva i ricorsi di diciassette imprese sanzionate:

- dichiarava inammissibile per tardivo deposito il ricorso della società Sicom;

- accoglieva in parte gli altri ricorsi, quanto alla quantificazione della sanzione pecuniaria riducendola di poco.

In seconda istanza proponevano appelli principali sette delle società ricorrenti in primo grado.

Proponeva altresì appello principale anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in relazione al quale altre società, proponevano due distinti appelli incidentali autonomi.

Tutti i ricorsi venivano riuniti.

L'Autorità ha affermato la dimensione nazionale dei due mercati rilevanti.

L'Autorità riteneva essere state poste in essere due distinte intese restrittive della concorrenza, nei due mercati sopra delineati.

In entrambi i casi, le intese sarebbero state poste in essere per il tramite dell'ANFIMA, associazione di categoria, nel cui ambito sarebbe stata assunta la decisione di procedere ad aumento dei prezzi degli imballaggi, a seguito dell'aumento dei costi delle materie prime. La decisione associativa

sarebbe stata poi attuata, mediante comunicazioni delle singole imprese ai propri clienti di voler aumentare i prezzi, e mediante scambi di informazioni tra le imprese concorrenti.

3. L'orientamento del Consiglio di Stato.

La sentenza richiamata precisa alcuni punti cardine nella ricerca dei comportamenti sanzionabili.

In essa si precisa che in base al richiamato art. 2, L. n. 287/1990, si puniscono, come illecito anti-concorrenziale, le intese che hanno come scopo o come effetto la restrizione della concorrenza sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante.

Le intese di cui all'art. 2, possono estrinsecarsi, in accordi espressi, o in pratiche concordate, o in deliberazioni, anche se adottate ai sensi di disposizioni statutarie o regolamentari, di consorzi, associazioni di imprese ed altri organismi similari. Mentre la fattispecie dell'accordo ricorre quando le imprese hanno espresso la loro comune volontà di comportarsi sul mercato in un determinato modo, la pratica concordata corrisponde ad una forma di coordinamento fra imprese che, senza essere spinta fino all'attuazione di un vero e proprio accordo, sostituisce consapevolmente una pratica collaborazione fra le stesse per sottrarsi ai rischi della concorrenza (*Corte di Giustizia CE 8 luglio 1999, causa C-49/92P, Commissione c. Anic; Corte di Giustizia CE, 31 marzo 1993, C.-89, 104, 114, 116-117, 125-129/95; Trib. I grado Comunità Europee, 15-03-2000, nn. 25, 26, 30-32, 34-39/95; C. Stato, sez. VI, 20 marzo 2001, n. 1671; C. Stato, sez. VI, n. 926/2004, cit.*).

I criteri del coordinamento e della collaborazione, che consentono di definire tale nozione, vanno intesi alla luce dei principi in materia di concorrenza, secondo cui ogni operatore economico deve autonomamente determinare la condotta che intende seguire sul mercato; la suddetta esigenza di autonomia vieta rigorosamente che fra gli operatori abbiano luogo contatti diretti o indiretti aventi per oggetto o per effetto di creare condizioni di concorrenza non corrispondenti alle condizioni normali del mercato (*Trib. I grado Comunità Europee, 15.03.2000, nn. 25, 26, 30-32, 34-39/95*).

L'intesa restrittiva della concorrenza mediante pratica concordata richiede comportamenti di più imprese, ripetuti e non episodici, uniformi e paralleli, che appaiano frutto di concertazione e non di iniziative unilaterali.

Il concetto di «pratica» si riferisce a condotte di più soggetti e che si ripetono costanti nel tempo, e implica dunque che:

vi siano comportamenti di più imprese; detti comportamenti si ripetano costantemente nel tempo, e non siano meramente episodici; detti comportamenti siano, per le varie imprese, uniformi e paralleli, quanto meno nella impostazione di fondo; detti comportamenti appaiano il frutto non di iniziative unilaterali, ma di una concertazione;

gli stessi siano insuscettibili di una spiegazione alternativa rispetto allo scopo anticoncorrenziale. Nella pratica concordata manca, o comunque non è rintracciabile da parte dell'investigatore, un accordo espresso, il che è agevolmente comprensibile, ove si consideri che gli operatori del mercato, ove intendano porre in essere una pratica anticoncorrenziale, ed essendo consapevoli della sua illiceità, tenderanno con ogni mezzo di celarla, evitando accordi scritti, e anche accordi verbali espressi, e ricorrendo invece a reciproci segnali volti ad addivenire ad una concertazione di fatto. Ne consegue che la prova della pratica concordata, oltre che documentale, può essere indiziaria, purché gli indizi siano seri, precisi e concordati. Nella pratica concordata l'esistenza dell'elemento soggettivo della concertazione deve perciò desumersi in via indiziaria da elementi oggettivi, quali: la durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti; l'esistenza di incontri tra le imprese; gli impegni, ancorché generici e apparentemente non univoci, di strategie e politiche comuni; i segnali e le informative reciproche; il successo pratico dei comportamenti, che non potrebbe derivare da iniziative unilaterali, ma solo da condotte concertate.

Deve per completezza osservarsi che nella logica dell'art. 2, L. n. 287/1990, la nozione di «intesa» è oggettiva e tipicamente comportamentale anziché formale, avente al centro l'effettività del contenuto anticoncorrenziale ovvero l'effettività di un atteggiamento comunque realizzato che tende a sostituire la competizione che la concorrenza comporta con una collaborazione pratica (Cass. Civ., sez. I, 1 febbraio 1999, n. 827; C. Stato, VI, 20 marzo 2001, n. 1671).

Sotto il profilo dell'onere probatorio, va rilevato che in presenza di un sistematico scambio di informazioni tra imprese, in relazione alle quali vi sono ragionevoli indizi di una pratica concordata anticoncorrenziale, grava sulle imprese indagate

l'onere probatorio di una diversa spiegazione lecita delle loro condotte (Corte di Giustizia UE, 8 luglio 1999, C. 49/92, Anic; Cons. Stato, VI, n. 926/2004, cit.). Per quanto attiene, in particolare, ai «comportamenti ripetuti» occorrenti per la pratica concordata, gli stessi sono i comportamenti ripetuti da più imprese, e non necessariamente i comportamenti ripetuti da una singola impresa, sicché acquistano rilevanza anche singoli comportamenti di ciascuna impresa, purché si inseriscano in un contesto di comportamenti ripetuti e omogenei tenuti anche da altre imprese, da riguardare in maniera globale, perché è l'insieme delle condotte che denota l'esistenza di una concertazione. Per quanto attiene alla valenza probatoria di scritti e documenti rinvenuti presso un'impresa, lo scritto proveniente da un terzo è avvicicabile ad una prova testimoniale, di cui va vagliata l'attendibilità. La giurisprudenza di questo consesso e la giurisprudenza comunitaria hanno del resto già più volte affermato che i documenti di cui è accertata l'attendibilità esplicano la loro rilevanza probatoria anche nei confronti di società diverse da quelle presso le quali sono stati materialmente reperiti, o alle quali sono attribuibili (C. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1191).

L'utilizzo come prova a carico di documenti provenienti da terzi è stato ammesso dalla Corte di Giustizia CE (cfr. Corte di Giustizia, 16 dicembre 1975, cause riunite 40-48, 50, 54-56, 111, 113 e 114/73, Suiker Unie, par. 159 ss.), che ha ritenuto che sia difficile ammettere che un'impresa possa avere assolutamente inventato il contenuto di uno scritto relativo ad un comportamento che possa esporla a sanzioni.

Nulla vieta, quindi, di ammettere, come prova del comportamento di un'impresa, documenti provenienti da terzi, purché il contenuto degli stessi sia attendibile per quanto si riferisce al comportamento stesso.

Inoltre, non è rilevante il ruolo svolto all'interno dell'impresa dai soggetti che materialmente hanno posto in essere i comportamenti vietati o hanno predisposto i documenti rinvenuti durante le ispezioni, ma anzi deve ritenersi che la condotta da parte del singolo dipendente, accompagnata dal conseguente comportamento della società, sia sufficiente per rendere gli impegni assunti o gli atti rinvenuti riferibili alla società (cfr. Corte di Giustizia, 21 febbraio 1984, causa 86/82, Hasselblad).

Pertanto, sono riferibili alle imprese anche docu-

menti redatti da soggetti privi del potere di rappresentanza (C. Stato, sez. VI, n. 1191/2001, cit., che ha meditante superato l'opposto orientamento espresso da C. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1996, n. 1792).

Sulla scorta di tali principi e considerazioni giurisprudenziali il Consiglio di Stato, ancora una volta ha ritenuto nel caso specifico che una intesa anticoncorrenziale c'è stata ed in vero, ha precisato che l'intesa restrittiva è intervenuta tra un numero di imprese che coprono una elevata percentuale di produzione del prodotto oggetto dell'intesa, e che si è trattato di intesa finalizzata ad un aumento di prezzi su tutto il territorio nazionale, giustificando pertanto la valutazione in termini di gravità secondo il coinvolgimento di ciascuna impresa commisurando la sanzione alla luce della durata, comunque non breve (diversi anni in alcuni casi) e del comportamento delle varie imprese appellanti, secondo il ruolo attivo e propulsivo all'intesa.

Applicando però le circostanze attenuanti con riduzione dimezzata della sanzione, disposta dal T.A.R.

4. Note conclusive.

Con l'accoglimento del ricorso il Supremo organo giurisdizionale dello Stato ha confermato l'orientamento secondo cui la qualificazione di una pratica concordata si ha solo se vi sono gli elementi della durata, uniformità e parallelismo dei comportamenti che devono essere per giurisprudenza univoca costanti e ripetuti nel tempo (T.A.R. Lazio, Roma, I sez., 23 marzo 2004, n. 2715), difettando tali elementi non può giungersi ad affermare l'accertamento di una condotta vietata (cfr., circa gli elementi e parallelismo, Cons. di Stato, VI sez., 23 aprile 2002, n. 2199). Ha confermato inoltre, che la mancanza di indizi gravi precisi e concordanti costituiscono una mancanza assoluta di prova logica come spiegazione alternativa (cfr. giurisprudenza comunitaria Corte di Giustizia 31 marzo 1993 "pasta di legno"). Nella richiamata decisione, la Corte ha escluso l'esistenza di una pratica concordata, rilevando che in quel caso il parallelismo di comportamenti (dei prezzi) poteva trovare giustificazione nelle particolari caratteristiche del mercato.

La sentenza non può andare esente da una importante critica sul terreno interpretativo dell'art. 2 della Legge 287/90.

Innanzi tutto vediamo il ragionamento dell'Autorità Garante riportato e sanzionato dal

T.A.R. Lazio a pagina 34 della parte motiva della sentenza di primo grado si legge che "... sono state considerate le discussioni in sede ANFIMA (cfr. verbali delle riunioni del 31 gennaio 2002, del 6 marzo 2003 e del 9 aprile 2003, recanti indicazioni sui volumi produttivi da mantenere per limitare le quantità offerte sul mercato e recuperare per intero il maggior corso della Banda Stagnata; § 222) nonché le critiche delle associate circa la scarsa incisività dell'azione dell'organismo rappresentativo a favore delle imprese del comparto (§ 234), con la nota distintiva, rispetto al settore GL, che le lettere sugli aumenti erano state "predisposte dal Direttore dell'ANFIMA di concerto con FABA, IMPRESS e INCAM" (§ 235) "..., continuando il ragionamento si sofferma su un unico collegamento: "... È stato perciò evidenziato il rilevante ruolo dei "contatti diretti tra le stesse FABA, IMPRESS e INCAM aventi ad oggetto i volumi di produzione" (§§ 236 ss.) sulla base dei documenti già indicati nell'esame delle violazioni procedurali (appunto manoscritto del settembre 2000; trascrizione, datata gennaio 2001, di una telefonata intercorsa tra Amadei e Del Rio, già amministratore di FABA fino al 1997; documento rinvenuto presso IMPRESS attestante l'assunzione di impegni con FABA) e delle audizioni degli interessati... Alla luce degli elementi raccolti, l'Autorità ha pertanto ritenuto (§ 239) che erano state fornite "indicazioni alle associate sulle condotte da tenere per recuperare gli aumenti di costo della materia prima, individuando, in alcuni casi, una percentuale fissa di aumento dei prezzi valida per tutte le associate tale da rappresentare un prezzo obiettivo di riferimento", mentre il coordinamento tra le imprese sulla limitazione della produzione costituiva "il complemento dell'intesa di prezzo", essendosi reso possibile, "attraverso detta limitazione, [...] un rialzo artificiale dei prezzi, che non trova alcuna giustificazione economica alternativa alla finalità di ostacolare il funzionamento del meccanismo concorrenziale". Questo l'unico collegamento considerato incriminatorio dal T.A.R.

Tale collegamento non è andato esente da importanti e incisive critiche alla luce degli elementi a carico, sostenuti nel ricorso proposto e neppure toccati dal Consiglio di Stato.

Il T.A.R. non aveva dato alcun rilievo al punto riguardante l'inversione di tendenza dell'andamento dei prezzi dal periodo 1998-2000 al periodo 2000-2003 (Tasso medio di variazione da -6,01% a 0,00%) che risultava assolutamente in linea con gli aumenti di materia prima subiti nel medesimo periodo e che i prezzi di vendita dei contenitori e le relative variazioni sono stabiliti in

conformità a quelli richiesti dalle sole quattro ferriere a livello europeo che operano quasi con abuso di posizione dominante come imprese in situazione di quasi monopolio.

Tale stato di cose delle ferriere hanno comunque determinato *ex se* una quasi (ma non totale) uniformità di reazioni da parte degli operatori circa l'aumento della materia prima comportando ciò un fattore assolutamente fisiologico che non abbisognava di alcun accordo!

Tale riscontro si trova in tutte le teorie economiche ovvero, le più accreditate riportano che è fisiologico per il mercato che aumentando il costo della materia prima si ha un automatico aumento dei costi di produzione (aumento del costo materia prima = aumento costo di produzione = spostamento verso l'alto della curva dell'offerta [a parità di prezzo converrà produrre minore quantità di prodotto]), il risultato finale di tale spostamento verso l'alto della curva di offerta, a parità di domanda è stato nel caso del comparto Open top la diminuzione della quantità prodotta (scambiata) e l'aumento del prezzo di equilibrio (cfr. S. Vinci, *Introduzione alla microeconomia*, Napoli, 2000).

Tutto ciò per la ricorrente in ogni caso non ha riscontri su base concordata come vuole sostenere l'Antitrust!

D'altro canto, e cosa più pericolosa, è che si è avuta nella vicenda una più estesa interpretazione dell'art. 2 L. 287/90. Il Consiglio di Stato ha dato rilievo al comportamento di adesione che l'Autorità desume sull'aumento dell'8% coniano una nuova definizione: quella relativa ad un "Prezzo obiettivo" così facendo ha in definitiva effettuato una interpretazione eccessivamente estensiva degli articoli della Legge in esame, privilegiando in tal modo solo gli aspetti formali del ragionamento dell'Antitrust. Per meglio dire il comportamento di adesione che l'Autorità desume sull'aumento dell'8% non concerne un aumento del prezzo di vendita, che deve essere unico per tutti, ma solo un aumento in percentuale sui prezzi, che così restano diseguali in quanto ognuno non conosce il prezzo di base del concorrente al momento della conclusione del proprio contratto, infatti se uno pratica 10 e l'altro 9, la percentuale unica porta ad un prezzo differente e quindi alla concorrenza perfetta.

L'estensione normativa del ragionamento del supremo consesso comporta per il futuro una pericolosa applicazione sanzionatoria per le

imprese. Eppure, l'art. 2 della L. 287/90, vieta solo ed esclusivamente le intese dirette a fissare:

- a) *...direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni contrattuali;*
b) *impedire o limitare la produzione, gli sbocchi, o gli accessi al mercato, gli investimenti, lo sviluppo tecnico o il progresso tecnologico...*

Nel caso, quindi, possiamo considerare, con assoluta certezza, la mancanza dei fondamentali presupposti affinché si possa ritenere illecita una condotta per sospetto accordo collusivo che secondo la personalissima valutazione non si è mai avuto!

Se accordo si fosse avuto, per i partecipanti, si sarebbe stabilita una sanzione al mancato cartello, ma nulla si è rinvenuto circa tale punizione eventuale che doveva necessariamente emergere, i termini ben definiti da mettere in atto come deterrente per evitare comportamenti opportunistici che, altrimenti e inevitabilmente si manifestano quando ad un accordo partecipano due o più imprese e ciò poiché è matematicamente accertato che ogni operatore economico ragiona sempre in termini di maggiore profitto per se stesso e farebbe di tutto per rendere inefficace l'accordo stesso a proprio vantaggio (infatti molti sono i teoremi presenti in economia industriale che tendono a definire la "punizione" ad es. Folk theorem perfetto, punizioni ottimali, ecc. fanno riferimento a un duopolio con prodotto omogeneo in cui ciascuna impresa è informata sulle condizioni di domanda ed è in grado di rilevare immediatamente una defezione da parte dell'altra). Il Consiglio di Stato in ogni caso anche in mancanza di tale elemento essenziale per parlare di collusione: la punizione ha comunque ritenuto i comportamenti collusivi.

È pur vero che la normativa europea applicata dall'Antitrust punisce qualsiasi intesa volta a restringere il mercato, ma tale normativa non può e non deve essere applicata in presenza di qualsiasi incontro tra imprese.

Ma soprattutto tale interpretazione non può collidere con le teorie economiche e produttive delle leggi di mercato.

A tal proposito viene citata la teoria di BORK (P. G. Garella e L. Lambertini, *Organizzazione industriale*, Carocci Editore S.p.A., Roma, 2002), secondo la quale: *se la quota di mercato è così bassa da non consentire che le limitazioni della produzione siano profittevoli* (è il caso della ricorrente), *lo scopo di un accordo volto ad eliminare la concorrenza, deve essere la*

creazione di efficienza.

Quindi, in linea di principio, si potrebbero considerare legali tutti gli accordi di fissazione di prezzi, anche quelli che tutelino l'integrazione delle attività grazie al potere di mercato aggregato delle imprese coinvolte.

Giovanna Loreto

Illegittima segnalazione alla Centrale dei rischi e tutela cautelare.

Tribunale di Nocera Inferiore, Giudice dott.ssa Maria Elena Del Forno; ricorso *ex art.* 700 c.p.c. proposto da Tizia/Banca Omega S.p.a.; ordinanza del 20 Settembre 2006.

Il Giudice designato, letti gli atti

P.Q.M.

Visti gli artt. 700 e 669 octies c.p.c.

1) accoglie parzialmente il ricorso con conseguente ordine alla Banca Omega S.p.a. di cancellare la segnalazione di rischio a carico di Tizia relativa al credito di cui in ricorso;

2) liquida le spese in Euro 1.800,00 di cui Euro 250,00 per rimborsi, oltre spese generali, iva e cna come per legge e condanna parte resistente al pagamento in favore della ricorrente.

La pronuncia in esame affronta l'interessante questione relativa all'applicabilità dell'art. 700 c.p.c. a fronte di una segnalazione illegittima effettuata da un istituto bancario alla Centrale dei rischi.

Prima di analizzare l'ammissibilità della tutela cautelare, è opportuno precisare che gli istituti di monitoraggio dei rischi e della tutela della correttezza commerciale, *Centrale dei rischi*, operano al fine specifico di consentire la conoscibilità, da parte degli istituti di credito e credito al consumo, del rischio complessivo collegato ad un cliente e dare, quindi, la possibilità di valutare meglio l'affidabilità del cliente stesso sia *ex ante*, cioè al momento della verifica dell'opportunità di concludere un contratto che preveda un'esposizione dell'Istituto/finanziaria, sia nel corso dell'esecuzione di un rapporto già concluso.

La Centrale dei rischi, istituita con la delibera del CICR del 16 maggio 1962, è pertanto una banca

dati nella quale sono archiviate le informazioni sulla solvenza dei clienti degli istituti creditizi, gestita dalla Banca d'Italia per l'esercizio dell'attività di vigilanza e controllo sulla funzione propria degli intermediari, ovvero la raccolta del risparmio e l'erogazione del credito.

Il sistema informativo della Centrale dei rischi è fondato sull'obbligo, posto a carico degli intermediari partecipanti, di comunicare mensilmente alla Banca d'Italia i rapporti di credito in essere nei confronti di ciascun cliente, di importo pari o superiore ai limiti di censimento definiti nella circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 della Banca d'Italia e nei suoi successivi aggiornamenti, contenenti le istruzioni per gli intermediari creditizi. La segnalazione alla Centrale dei rischi avviene a seguito di una valutazione dell'istituto di credito che, in genere, si svolge in assenza di contraddittorio, ovvero senza la partecipazione del soggetto segnalato. In presenza di una segnalazione illegittima, quindi, è pacificamente ammessa la sindacabilità, da parte dell'autorità giudiziaria, del procedimento con cui le banche operano la classificazione dei crediti verso la clientela.

Molto si è discusso in ordine all'applicabilità della tutela cautelare, anche in virtù delle precedenti differenti pronunzie giurisprudenziali sul punto.

La prima giurisprudenza, infatti, aveva escluso l'ammissibilità della domanda cautelare volta ad ottenere un provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c., non ravvisando nella fattispecie in esame la sussistenza del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*.

L'insussistenza del *periculum in mora* veniva motivata con la considerazione che tutti i danni subiti per effetto della segnalazione illegittima potevano essere risarciti *ex post* per equivalente dalla banca¹. Altra giurisprudenza giungeva a negare l'esistenza del grave ed irreparabile pregiudizio sul presupposto che il soggetto segnalato avrebbe comunque potuto accedere al credito, nonostante la segnalazione, dimostrando la sua solvibilità². La giurisprudenza successiva ha correttamente disatteso tale indirizzo evidenziando come la segnalazione sia fattore idoneo a determinare la decozione dell'imprenditore segnalato e, dunque, a cagionare un danno per definizione irreversibile ed irreparabile. Inoltre, se è vero che non viene astrattamente impedita la possibilità di concessione di nuovi affidamenti, questi vengono comunque ostacolati, attesa la difficoltà di dimo-

strare la fondatezza delle eventuali contestazioni del credito o della piena solvibilità³.

Nonostante il mutamento di indirizzo giurisprudenziale non si è giunti, però, ad affermare la sussistenza in *re ipsa* del requisito cautelare in esame: per la giurisprudenza, infatti, il ricorrente è tenuto a provare la concreta esistenza del *periculum in mora*, tipicamente per il tramite di una produzione documentale idonea a comprovare le difficoltà dallo stesso incontrate nei rapporti con gli istituti di credito e gli altri imprenditori⁴.

Inoltre, una pronuncia rimasta abbastanza isolata ha negato la sussistenza del *periculum in mora* allorché il richiedente non sia un imprenditore commerciale sul presupposto che, in tali casi, non vi sarebbe lesione del diritto all'impresa⁵.

In ordine al secondo requisito necessario ai fini dell'emissione di un provvedimento cautelare d'urgenza, parte della giurisprudenza, intendendo la segnalazione come mero adempimento per la banca di un obbligo legalmente sanzionato, ha negato la sussistenza del *fumus boni iuris*⁶.

In realtà, le valutazioni negative dei primi giudici sono la diretta conseguenza di un'erronea interpretazione della nozione normativa di "sofferenza", contenuta nelle istruzioni della Banca d'Italia. In contrasto col dato normativo, infatti, le prime pronunce hanno ritenuto che il mero inadempimento legittimasse la segnalazione a "sofferenza" della posizione del debitore, a prescindere, dunque, da una valutazione complessiva della sua situazione finanziaria.

L'orientamento in parola è stato superato sulla scorta delle precisazioni di principio apportate alla nozione di sofferenza ed all'esclusione di ogni automatismo tra inadempimento e segnalazione⁷. Difatti, deve ritenersi oramai pacifica in giurisprudenza l'adottabilità del ricorso *ex art. 700 c.p.c.* a fronte di una illegittima segnalazione effettuata dall'istituto bancario alla Centrale dei rischi, risultando tale segnalazione potenzialmente idonea a pregiudicare in modo irreparabile la posizione del soggetto segnalato dall'aggravamento del pregiudizio insito nel decorso del tempo necessario per ottenere una decisione sul merito a cognizione piena⁸.

Analizzando la pronuncia in esame, l'adito Giudicante ha ravvisato nella fattispecie sottoposta alla sua attenzione la sussistenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

Sul presupposto del *fumus boni iuris*, in quanto la Banca ha fornito, in contrasto con le specifiche

prescrizioni contenute nella circolare n. 139 dell'11 febbraio 1991 della Banca d'Italia e nei suoi successivi aggiornamenti, dati non corrispondenti al vero in relazione alla sussistenza di un debito di Tizia superiore al limite di censimento e derivante dall'apertura di credito in conto corrente, presupposto per l'appostazione nella categoria del "rischio a revoca".

Attesa, difatti, l'esistenza di un contenzioso tra le parti, nel corso del quale era stata accertata l'insussistenza della pretesa azionata in via monitoria dalla Banca Omega S.p.a. nei confronti di Tizia, secondo l'adito Giudicante "la resistente - facendo uso del dovere di diligenza professionale e correttezza - bene avrebbe fatto ad astenersi dal compiere una segnalazione di rischio in danno della ricorrente, riservandosi di effettuarla - previa valutazione dei presupposti - solo in caso di esito favorevole del giudizio di appello ancora in corso".

Sul presupposto del *periculum in mora*, invece, il permanere di una infondata segnalazione di rischio è sicuramente idonea, secondo l'adito Giudice, "ad aggravare il danno già verificatosi", derivante dal rifiuto di concessione di un prestito opposto a Tizia da parte di un altro istituto di credito, "e comunque ad arrecare un pregiudizio - per definizione grave ed irreparabile - per la reputazione e l'immagine di Tizia, nell'impossibilità di dimostrare agli altri operatori bancari la fondatezza delle contestazioni del credito".

-
- 1 Pref. Crotone, 23 gennaio 1993, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1994, II, 595.
 - 2 Trib. Roma, 3 novembre 1995, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, 492.
 - 3 Trib. Cagliari, 28 novembre 1995, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, 354; Trib. Roma, 5 agosto 1998, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1999, II, 453.
 - 4 Corte appello Milano, 8 giugno 1999, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 2000, II, 568; Trib. Salerno, Sez. distaccata di Eboli, 22 aprile 2002, in *Dir. e prat. soc.*, 2002, f. 14/15, 94, con nota di Guerino Ferri, *Segnalazione "in sofferenza" alla Centrale rischi e responsabilità della banca*.
 - 5 Trib. Palermo, 23 giugno 2003, in *Ciur. Merito*, 2003, 2422.
 - 6 Trib. Cagliari, 28 novembre 1995, in *Riv. giur. sarda*, 1997, 96 con nota di Chessa, *Segnalazione illegittima alla Centrale dei rischi e tutela cautelare atipica*; Vella, *Segnalazione di crediti in "sofferenza" alla Centrale dei rischi e responsabilità della banca*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, II, 494.
 - 7 Trib. Alessandria, 20 ottobre 2000, in *Dir. e prat. soc.*, 2001, f. 10, 79.
 - 8 Trib. Cagliari, 28 novembre 1995; Trib. Paola, sez. dist. Scalea, 20 aprile 2001; Trib. Napoli, 22 ottobre 2002; Trib. Salerno, sez. dist. Eboli, 22 aprile 2002; Trib. Palermo, 4 novembre 2002; Trib. Lecce, 25 agosto 2003; Trib. Palermo, 16 giugno 2003; Trib. S. Maria Capua Vetere, 5 febbraio 2006.

Bibliografia essenziale

- 1 Consiglio di Stato, sez. VI, 30 maggio 2006, n. 4017.
- 2 es. P. G.arella e L. Lambertini, *Organizzazione industriale*, Carocci Editore S.p.A., Roma, 2002.

Piervincenzo Pacileo

Responsabilità medica ed attività svolta in équipe.

Cassazione penale, IV sez., 06/10/2006, n. 33619. *In materia di colpa professionale di "équipe", ogni sanitario è responsabile non solo del rispetto delle regole di diligenza e perizia connesse alle specifiche ed effettive mansioni svolte, ma deve anche conoscere e valutare le attività degli altri componenti dell'équipe in modo da porre rimedio ad eventuali errori posti in essere da altri, purché siano evidenti per un professionista medio, giacché le varie operazioni effettuate convergono verso un unico risultato finale.*

La sentenza in esame, avente ad oggetto l'attività medico-chirurgica esercitata in *équipe*, ossia quella contraddistinta dalla partecipazione e collaborazione tra loro di più medici e sanitari (anche personale paramedico - si pensi, ad esempio, al ferrista che passa gli strumenti al primario o al suo aiuto -) che interagiscono per il raggiungimento di un obiettivo comune¹, ed in particolare la connessa responsabilità professionale di questi ultimi, la cui *ratio* va colta nella necessità di tutelare l'interesse del paziente affinché i medici cui affida la propria salute rispettino specifiche regole di diligenza e perizia in merito alle modalità di effettuazione dell'intervento², assume peculiare importanza in quanto la configura non soltanto nella peculiare fase di diretta competenza dei sanitari relativamente alle specifiche ed effettive mansioni svolte da ciascuno di loro, ma anche nella vigilanza sulla correttezza delle altre precedenti o contestuali svolte da altri colleghi componenti dell'*équipe*³, sia pure specialisti in altre discipline, e nel rimedio ad eventuali errori di questi ultimi evidenti, non settoriali ed individuabili mediante il ricorso alle comuni conoscenze scientifiche del professionista medio.

In realtà, parte della dottrina tempera, in caso di condotta del singolo sanitario sovrapposta a quella di altri medici, il fondamentale precetto di diligenza incombente su ciascun sanitario partecipante all'attività medica in *équipe* con il principio generale dell'affidamento c.d. relativo, secondo cui l'attività di ogni soggetto non deve essere condizionata dal rischio di condotte colpose altrui, ma può fare affidamento, per l'appunto, sulla fondata convinzione che i colleghi agiscano

in piena aderenza alle generali regole di diligenza⁴: di qui l'esonero del sanitario dal vincolo di rispettare le misure idonee ad impedire l'altrui condotta colposa ed il *favor* per la tesi in base alla quale ogni medico può indirizzarsi liberamente, in maniera esclusiva e con impegno costante, all'espletamento delle proprie mansioni di competenza e senza essere pressato dalla preoccupazione di dover continuamente verificare l'operato altrui. Tuttavia, un'altra teoria più convincente, cui aderisce la presente sentenza, mutuando l'esperienza francese⁵, respinge la concezione dell'attività medica confusa con il concetto di prestazione del singolo professionista⁶ e conia la nozione di "esercizio spersonalizzato della medicina"⁷, trasformando, in tal modo, il quadro delle responsabilità, configurandone una "di gruppo"⁸, al fine di porre limiti precisi ed invalicabili, nel campo dell'attività medica d'*équipe*, al citato principio dell'affidamento⁹.

Detti limiti sono individuabili, da un lato, nella posizione apicale e gerarchicamente sovraordinata rispetto ai suoi assistenti del c.d. capo *équipe*, su cui grava il dovere di sorveglianza dell'operato dei propri collaboratori e nella sussistenza dei presupposti, quali una situazione pericolosa per un paziente già in atto a causa dell'altrui comportamento colposo oppure un ragionevole motivo di ritenere che essa possa realizzarsi, in ragione delle reali contingenze di fatto che siano riconoscibili o possano essere percepite dall'agente (ad esempio, le condizioni di salute non buone di un collega, la sua età giovane, la sua inesperienza o la distrazione), idonei ad invalidare l'aspettativa di una condotta altrui corrispondente ai doveri di diligenza, prudenza e perizia; dall'altro, nell'ipotesi in cui l'attività in favore di uno stesso paziente presupponga un rapporto tra medici aventi analoga posizione gerarchica, ma differente qualifica professionale, ovvero nell'eventualità sussista una divisione del lavoro tra i componenti l'*équipe* di tipo "orizzontale", ciascun sanitario, nonostante la propria peculiare specializzazione, la posizione in un rapporto di uguaglianza ed il corretto svolgimento delle proprie mansioni in maniera indipendente e conforme alle *leges artis* dello specifico settore di competenza, al fine di conseguire insieme all'*équipe* un unico obiettivo rappresentato dalla cura del paziente comune, è comunque sottoposto all'obbligo generico di reciproco controllo, a prescindere dal ruolo rivestito all'interno dell'*équipe*, cercando di impedire e vanificare l'altrui

condotta contraria alle suddette *leges artis* generiche, e non specialistiche (pertinenti cioè alle conoscenze professionali di ciascun medico in quanto tale e rese evidenziabili dalle concrete circostanze del caso), al fine di evitare che, in caso di inefficace o inesatto adempimento di tale dovere, si configuri a suo carico un'eventuale responsabilità per le evenienze lesive sopravvenute.

Oggetto di dibattito è, invece, la configurabilità della responsabilità per eventuali esiti lesivi dovuti alla condotta del medico in posizione subalterna, che partecipa al trattamento eseguito in *équipe* in collaborazione con il primario del reparto cui appartiene: la giurisprudenza di legittimità più consolidata¹⁰ ha riconosciuto responsabilità in via concorrente per l'evento morte causato ad un paziente sia il chirurgo che aveva eseguito l'intervento, per avere lasciato nell'addome del paziente

ratori dei sanitari di grado superiore, secondo le direttive impartite, devono attenersi ad un "pedissequo e acritico atteggiamento di sudditanza verso gli altri sanitari", dato che, qualora nelle opzioni di diagnosi o terapia effettuate dai loro superiori riconoscano elementi di sospetto, o li possano comunque percepire con l'uso dell'ordinaria diligenza, devono per ciò ritenersi obbligati a segnalare tali sospetti ed eventualmente manifestare il proprio dissenso: solamente qualora il superiore gerarchico ritenga di non approvare l'atteggiamento così manifestato dal sanitario di grado inferiore, quest'ultimo potrà considerarsi esentato da eventuali responsabilità; tale impostazione trova conferma in una più recente pronuncia della Corte di Cassazione¹² in riferimento al rapporto intercorrente tra medico superiore e medico specializzando¹³.

1 Cfr. C. Romano-M. Esposito, *Medicina d'équipe e responsabilità medica*, in V. Fineschi (a cura di), *La responsabilità medica in ambito civile. Attualità e prospettive*, Milano, 1989, pp. 79-118. Tale tipo di responsabilità è molto più frequente nel caso di interventi chirurgici: è alquanto improbabile che una terapia venga data in concorso con più medici, mentre è inevitabile che un intervento chirurgico venga eseguito con più di un medico.

2 In tema v., V. Zambrano, *Interesse del paziente e responsabilità medica nel diritto civile italiano e comparato*, Camerino-Napoli, 1993, *passim*; V. Zencovich, *La sorte del paziente*, Padova, 1994, *passim*; P. Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Camerino-Napoli, 1972, *passim*; G. Alpa, *Il problema dell'atipicità dell'illecito*, Napoli, 1979, *passim*.

3 L'espressione attività medico-chirurgica in *équipe*, si riferisce non soltanto alle ipotesi di intervento congiunto di più medici in favore di un solo paziente, ma anche a quelle in cui l'eventuale intervento terapeutico avvenga in tempi diversi, da parte di più medici, ognuno dei quali con specifici compiti.

4 Per tutti v., M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim*.

5 Sul punto si rinvia a G. Ponzanelli, *Il concorso di responsabilità: le esperienze italiana e francese a confronto*, in *Resp. civ. e prev.*, 1984, pp. 36-55.

6 Per V. D'Orsi, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1981, p. 206, un intervento chirurgico svolto in *équipe* è privo di individualità e, pertanto, chi effettua l'operazione "ha la responsabilità delle decisioni da prendere", mentre i suoi ausiliari "dovranno fargli presente la loro opinione per quanto riguarda la loro specifica competenza tecnica, ma dovranno in ogni caso eseguirne le direttive".

7 Così F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, tomo 2, Padova, 1990, p. 74.

8 A. M. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, p. 253.

9 Di parere contrario è E. Belfiore, *Sulla responsabilità colposa nell'ambito dell'attività medico chirurgica in équipe*, in *Foro it.*, II, c. 167-171.

10 Cass. pen., sez. IV, 15 luglio 1982, in *Riv. it. med. leg.*, 1984, pp. 211 ss.

11 Cass. pen., sez. IV, 28 giugno 1996, n. 7363, in *Riv. it. med. leg.*, 1998, pp. 169 ss.

12 Cass. pen., sez. IV, 29 luglio 2004, n. 14488: il comportamento dello specializzando va valutato con la necessaria precauzione circa la dovuta valutazione e il relativo accertamento che egli detenga o meno un patrimonio di conoscenze medico specialistiche tali da consentirgli di poter valutare come non appropriate le scelte diagnostiche e terapeutiche intraprese dal suo superiore.

13 Un'attenta ricostruzione della casistica giurisprudenziale in argomento è proposta da P. Stanzione - V. Zambrano, *Attività sanitaria e responsabilità civile*, Milano, 1998, *passim*.

una garza, sia il suo assistente, il quale, essendo anch'egli medico-chirurgo e nella circostanza presente in sala operatoria, malgrado la posizione caratterizzata da minore esperienza e indipendenza e pur non avendo materialmente preso parte all'intervento eseguito esclusivamente dal primo, aveva comunque violato il generico obbligo di controllo e vigilanza sull'operato altrui, ovvero di seguire ogni fase dell'intervento, non solo a sostegno del chirurgo, ma anche per eventualmente sostituirlo in caso di evidenti difficoltà operatorie. La stessa Suprema Corte meno datata¹¹ ha radicalmente respinto la tesi secondo cui i medici in posizione subordinata, seppur diretti collabo-



Dottrina

Enrico Lubrano*

Premessa.

Al fine di esaminare il rapporto tra ordinamento sportivo e giustizia statale, tra l'autonomia del primo e la supremazia del secondo, con la presente pubblicazione ha inizio un percorso in quattro fasi sul Diritto Amministrativo dello Sport, ove verranno trattati ed approfonditi da un esperto in materia, i vari aspetti di un sistema ormai in crisi profonda e necessariamente da riformare.

Ordinamento sportivo e giustizia statale¹.

1. Introduzione.

Il rapporto tra ordinamento sportivo e giustizia statale costituisce soltanto uno degli aspetti del più complesso rapporto tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale e, in particolare, tra l'autonomia del primo e la supremazia del secondo. Tale rapporto è stato ampiamente discusso ed ha trovato la propria regolamentazione (seppure ovviamente in termini generali ed astratti) nella disciplina prevista dalla Legge 17 ottobre 2003, n. 280, la quale ha sostanzialmente «codificato» i principi generalmente riconosciuti in dottrina ed in giurisprudenza.

Pertanto, ancor prima di analizzare i contenuti della Legge n. 280/2003, è opportuno inquadrare i termini del rapporto tra gli ordinamenti in questione alla luce dei principi generali del diritto.

2. Ordinamento statale e ordinamenti settoriali.

L'inquadramento del fenomeno sportivo complessivamente inteso, ovvero di tutto il sistema istituzionale sportivo nazionale ed internazionale, come «ordinamento giuridico» discende dal superamento della «dottrina normativista»² e dal comune riconoscimento in dottrina della teoria c.d. «istituzionalista»³ e della conseguente esistenza di una «pluralità degli ordinamenti giuridici»⁴: secondo questa impostazione, infatti, l'ordinamento giuridico è un concetto che va ben oltre l'insieme delle norme statali, in quanto esso coincide, in sostanza, con l'«istituzione», ovvero con ogni fenomeno di carattere associazionistico che abbia i caratteri della plurisoggettività, dell'organizzazione e della normazione; ne consegue che, non potendosi disconoscere l'esistenza di

una pluralità di «istituzioni» dotate di tali caratteristiche, deve ammettersi il corollario dell'esistenza di una «pluralità di ordinamenti giuridici»⁵ anche nell'ambito di un unico ordinamento statale.

L'accoglimento della tesi pluralistica esposta pone il problema del corretto inquadramento dei rapporti tra l'ordinamento statale ed i vari ordinamenti c.d. «settoriali» o «particolari», costituiti da tutti i fenomeni di carattere associazionistico comunemente riconoscibili come «istituzioni», in quanto dotati dei caratteri della plurisoggettività, dell'organizzazione e della normazione.

Da una parte, quindi, vi è lo Stato, che è l'unica istituzione che persegue interessi di carattere generale, ovvero comuni a tutta la collettività nazionale; dall'altra parte vi sono i vari ordinamenti settoriali (militare, ecclesiastico, sportivo, ecc.), che, invece, perseguono interessi di carattere collettivo⁶, ovvero comuni esclusivamente alla collettività dei soggetti che fanno parte di quel singolo ordinamento.

Proprio in ragione della natura degli interessi (generali) dallo stesso perseguiti, l'ordinamento statale ha una posizione di supremazia su tutti i vari ordinamenti settoriali, tanto che soltanto esso ha facoltà di emanare norme di fonte primaria (ovvero norme di rango legislativo). I vari ordinamenti settoriali, invece, proprio per la natura (collettiva) degli interessi da essi perseguiti, si pongono in una posizione sicuramente subordinata rispetto all'ordinamento statale nell'ambito del quale esplicano la propria attività; ad essi è comunque consentita, in genere, una certa autonomia, tanto è che essi pongono in essere un'attività normativa propria, con facoltà di emanare norme di fonte secondaria (ovvero norma di grado regolamentare).

Vi è, pertanto, nell'ambito della pluralità degli ordinamenti giuridici, un principio generale di «gerarchia delle Istituzioni»: da una parte lo Stato, istituzione sovraordinata alle altre (in ragione del fatto che esso persegue interessi generali), dall'altra parte i vari ordinamenti settoriali, subordinati ad esso (in ragione del fatto che essi perseguono interessi di carattere collettivo) ma dotati comunque di una propria (limitata) autonomia.

Tale principio di «gerarchia delle Istituzioni» trova un proprio fondamentale momento esplicativo nel principio di «gerarchia delle fonti del diritto», alla luce del quale le norme di rango sot-

toordinato non possono contrastare con le norme di rango sovraordinato: ne consegue che, pur avendo i vari ordinamenti settoriali una propria autonomia nell'ambito dello svolgimento delle attività per realizzare gli interessi perseguiti, tale autonomia, che si concreta soprattutto nella facoltà di emanare una normativa (di rango regolamentare) propria, trova un proprio limite nel necessario rispetto delle normative (di rango superiore) poste in essere dallo Stato (norme di grado costituzionale e di grado legislativo).

3. L'ordinamento sportivo.

Il fenomeno associazionistico sportivo è stato, pertanto, alla luce di quanto sopra esposto, generalmente inquadrato come ordinamento giuridico «settoriale» o «particolare»: tale inquadramento del sistema sportivo, sotto il profilo organizzativo ed istituzionale, come «ordinamento giuridico» è stato comunemente riconosciuto dalla dottrina sin dalla fine degli anni Quaranta⁷ ed è stato formalmente «codificato» prima con il Decreto Legislativo 23 luglio 1999, n. 242 (c.d. «Decreto-Melandri») e poi con la Legge 17 ottobre 2003, n. 280. L'ordinamento sportivo nazionale è, in sostanza, costituito da tutto il sistema che fa capo al Comitato Olimpico Nazionale Italiano (C.O.N.I.), il quale, a sua volta, fa capo all'ordinamento sportivo internazionale, che è costituito da tutto il sistema che fa capo al Comitato Internazionale Olimpico (C.I.O.).

È, in realtà, più appropriato parlare di «pluralità di ordinamenti sportivi»⁸, nel senso che deve riconoscersi un «ordinamento giuridico» per ciascuna disciplina sportiva, ovvero in ogni sistema che fa capo a ciascuna federazione sportiva nazionale affiliata al C.O.N.I., in quanto dotato dei caratteri della plurisoggettività (insieme dei tesserati), organizzazione (insieme degli organi istituzionali) e normazione (insieme dei regolamenti federali). La peculiarità dell'ordinamento sportivo è, pertanto, costituita dal fatto che ogni «ordinamento sportivo nazionale» (sia complessivo sia di ogni singola disciplina sportiva) è affiliato al relativo «ordinamento sportivo internazionale» (in quanto il C.O.N.I. è affiliato al C.I.O. e le federazioni sportive nazionali sono affiliate alle rispettive federazioni sportive internazionali), alle cui direttive deve pertanto conformare la propria attività se non vuole essere da questo disconosciuto (con conseguente impossibilità di partecipare alle competizioni internazionali).

Ne consegue che l'ordinamento sportivo nazionale esplica la propria attività nell'ambito di una duplice «tensione» alla quale è sottoposto, in quanto la propria attività deve essere conforme sia con i regolamenti dell'ordinamento sportivo internazionale al quale è affiliato, sia con le norme (di rango superiore) dell'ordinamento statale nell'ambito del quale esso svolge la propria attività.

4. Ordinamento sportivo e ordinamento statale.

In tale quadro complessivo deve, pertanto, essere collocato il problema dei rapporti tra l'ordinamento sportivo nazionale e l'ordinamento statale, tra l'autonomia del primo⁹ e la supremazia del secondo, con conseguente definizione dei limiti dell'autonomia del primo e della facoltà del secondo di sindacare, anche per mezzo dei propri organi giurisdizionali, l'operato del primo.

Di particolare rilievo, nell'ambito della delimitazione di tali rapporti tra ordinamenti, è la questione della legittimità del «vincolo di giustizia», ovvero della norma (contenuta in tutti gli ordinamenti delle varie federazioni sportive nazionali) in base alla quale ai tesserati (ovvero ai soggetti dell'ordinamento sportivo) è preclusa la facoltà di adire gli organi di giustizia statale per la tutela dei propri interessi derivanti dallo svolgimento dell'attività sportiva.

Tale vincolo di giustizia (norma di grado regolamentare) risulta di dubbia legittimità in relazione alla superiore normativa statale, di rango costituzionale, in base alla quale tutti i cittadini hanno il diritto di adire gli organi di giustizia statale (artt. 24, 103 e 113 Cost.) per la tutela dei propri diritti soggettivi ed interessi legittimi.

Alla luce dei principi sopra accennati (di gerarchia delle fonti e di autonomia degli ordinamenti giuridici sportivi), dottrina e giurisprudenza hanno comunemente riconosciuto un ambito limitato di legittima operatività all'istituto del vincolo di giustizia, nel senso di ritenerlo legittimamente operante soltanto nei limiti in cui le questioni derivanti dallo svolgimento dell'attività sportiva avessero una rilevanza meramente interna nell'ambito dell'ordinamento sportivo, ovvero nei limiti in cui provvedimenti emanati dagli organi dell'ordinamento sportivo non determinassero la lesione di posizioni giuridico-soggettive rilevanti anche per l'ordinamento statale, in quanto riconoscibili come diritti soggettivi o come interessi legittimi¹⁰.

Da tale impostazione generale è conseguito che:

a) le questioni c.d. tecniche (ovvero le decisioni sportive tecniche, quali quelle espresse dall'arbitro sul campo) sono state comunemente riconosciute come irrilevanti per l'ordinamento statale e quindi insindacabili dai giudici statali¹¹;

b) le questioni di carattere disciplinare (ad esempio provvedimenti di squalifica o sospensione di tesserati) sono state ritenute rilevanti anche per l'ordinamento statale, quando esse fossero idonee a incidere in misura sostanziale sullo status di affiliato (in sostanza, quando esse assumevano una notevole consistenza)¹²;

c) le questioni di carattere economico (controversie di tipo patrimoniale tra pariordinati, ovvero tra due società o tra una società ed un atleta) sono state comunemente riconosciute come rilevanti anche per l'ordinamento statale (in quanto incidenti direttamente sulla sfera economica degli interessati) e, pertanto, la giurisprudenza ha sancito la regola dell'«alternatività», ovvero il principio in base al quale tale tipo di questioni potevano essere alternativamente devolute alla giustizia sportiva oppure a quella statale¹³;

d) le questioni di carattere amministrativo (categoria residuale, nell'ambito della quale generalmente si ricomprendono i provvedimenti relativi al tesseramento, all'affiliazione ed alla partecipazione ai campionati di competenza) sono state comunemente riconosciute come rilevanti anche per l'ordinamento statale (ciò in quanto la mancata ammissione o l'espulsione dall'ordinamento sportivo o dal relativo campionato comportano conseguenze, anche economiche, di indiscutibile rilievo)¹⁴.

A fronte di tale apparentemente chiara delimitazione dei limiti di sindacabilità, da parte degli organi giurisdizionali statali, dei provvedimenti emanati dagli ordinamenti sportivi, si è storicamente assistito, nell'esplicazione dei rapporti tra ordinamenti sportivi ed ordinamenti statali, al verificarsi di situazioni conflittuali, concretatesi nel rifiuto da parte degli ordinamenti sportivi di eseguire le decisioni emanate in materia sportiva dagli organi giurisdizionali statali, come nei casi del Catania Calcio nel 1993¹⁵ o dell'atleta Butch Reynolds nel 1992¹⁶ o degli atleti pallavolisti cubani¹⁷ nel 2003: tale rifiuto, palesemente illegittimo per violazione degli art. 328 (omissione atti d'ufficio) e 650 c.p. (inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità), è stato generalmente giustificato dagli ordinamenti sportivi in base ad una

(presunta) autonomia assoluta degli stessi rispetto agli ordinamenti statali ed alla necessità di rispettare le normative del relativo ordinamento sportivo internazionale.

L'esigenza di disciplinare in maniera chiara, con fonte legislativa, i confini del rapporto ordinamento sportivo ed ordinamento statale ed i limiti dell'autonomia del primo rispetto alla supremazia del secondo era, pertanto, estremamente sentita da tempo: l'occasione di intervenire è stata data al Governo dalla necessità di risolvere la situazione eccezionale di contenzioso in essere instauratosi nell'estate 2003 tra la Federazione Italiana Giuoco Calcio ed alcune società professionistiche, che rivendicavano, innanzi ai vari T.A.R. territoriali, il proprio diritto di partecipare al successivo campionato di Serie B; tali contenziosi rischiavano di bloccare l'avvio dei successivi campionati, in quanto alcune società (Catania e Salernitana) erano state già riammesse a tale campionato dai rispettivi T.A.R., mentre altre società (Cosenza e Genoa) erano in attesa della relativa decisione (attesa in tempi immediatamente successivi all'inizio del campionato); il calcio italiano correva, in sostanza, il serio rischio di vedere partire il campionato di Serie B con 20 squadre (in quanto, nel frattempo, la F.I.G.C. non aveva ancora eseguito le decisioni relative ai ricorsi di Catania e Salernitana) e di dovere poi ampliare lo stesso fino a 24 squadre (a seconda dell'esito dei relativi ricorsi). In tale situazione è allora intervenuto il Governo, emanando il Decreto Legge 19 agosto 2003, n. 220, con il quale, oltre a regolamentare i rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, ha «bloccato d'autorità» l'esecutività delle decisioni già emanate dai vari T.A.R. ed ha conferito alla Federazione ed al C.O.N.I. il potere straordinario di ampliare il «format» dei campionati (in modo da estendere la Serie B a 24 squadre, «ripescando» le società ricorrenti e facendo, in tal modo, venir meno l'interesse ai relativi ricorsi).

Tale Decreto Legge n. 220/2003¹⁸ è stato poi convertito, con modificazioni, nella Legge 17 ottobre 2003, n. 280.

5. La Legge 17 ottobre 2003, n. 280.

La Legge 17 ottobre 2003, n. 280, ha, in sostanza, realizzato una «codificazione» dei principi generali sanciti da dottrina e giurisprudenza in materia di rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento statale, riconoscendo l'autonomia del

primo rispetto al secondo e delimitando i limiti di tale autonomia.

L'autonomia dell'ordinamento sportivo (art. 1) trova infatti un limite nei casi in cui provvedimenti emanati dagli ordinamenti sportivi assumano una «rilevanza esterna» all'ordinamento sportivo (ovvero una rilevanza anche per l'ordinamento statale), ovvero laddove tali provvedimenti determinino una potenziale lesione di situazioni giuridiche soggettive (rilevanti), configurabili come diritti soggettivi o come interessi legittimi: in tal caso, il vincolo di giustizia deve ritenersi inoperante e quindi tali provvedimenti sono impugnabili innanzi agli organi di giurisdizione statale¹⁹.

Alla luce di tale principio generale, l'art. 2 della Legge n. 280/2003 riserva alla giustizia sportiva le questioni tecniche e le questioni disciplinari, stabilendo una sorta di «presunzione di irrilevanza» di tali questioni (precludendo astrattamente l'impugnazione, innanzi alla giustizia statale, di provvedimenti relativi a tale genere di questioni): è comunque evidente il fatto che, proprio alla luce del principio generale di cui all'art. 1, anche provvedimenti di carattere tecnico o disciplinare devono ritenersi impugnabili nei casi in cui essi assumano una rilevanza esterna all'ordinamento sportivo, ovvero nei casi in cui essi possano determinare una sostanziale lesione di posizioni giuridiche soggettive riconoscibili come diritti soggettivi o come interessi legittimi.

Le questioni di carattere economico sono, invece, per il loro contenuto patrimoniale, riconosciute come rilevanti, tanto che l'art. 3 della Legge n. 280/2003 ammette il fatto che tali questioni spettano (in via alternativa alla giustizia sportiva anche) alla giustizia ordinaria (così, in sostanza, riconoscendo il «principio di alternatività» già sancito dalla giurisprudenza con riferimento a tale genere di questioni)²⁰.

Non sono invece più riservate alla giustizia sportiva le questioni di carattere c.d. «amministrativo» (relative a tesseramento, affiliazione ed iscrizione ai campionati), in quanto la Legge n. 280/2003, riconoscendo il loro carattere indiscutibilmente rilevante anche per l'ordinamento statale, ha soppresso le lettere c e d dell'art. 2 del Decreto Legge n. 220/2003 (che riservava tali questioni alla giustizia sportiva)²¹.

L'art. 3 della Legge n. 280/2003 ha, inoltre, risolto il problema dell'individuazione del Giudice statale competente in materia di cognizione di

questione originatesi in ambito sportivo, stabilendo che i provvedimenti emanati dagli ordinamenti sportivi sono impugnabili (nei limiti, sopra indicati) innanzi alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo²² (a parte per le questioni di carattere economico tra pariordinati, devolvibili alla giurisdizione del Giudice ordinario) e stabilendo la competenza territoriale esclusiva del T.A.R. Lazio²³.

Tale art. 3 ha, inoltre, dettato delle disposizioni processuali specifiche relative ai giudizi innanzi al Giudice amministrativo in tale materia (volte a garantire la celerità di tali giudizi), ovvero, in particolare:

a) l'abbreviazione alla metà di tutti i termini processuali, come previsto dall'art. 23 bis della Legge n. 1034/1971;

b) la definizione del giudizio con «sentenza breve» ai sensi dell'art. 26 della Legge n. 1034/1971²⁴.

6. Conclusioni.

La Legge n. 280/2003²⁵ costituisce uno dei (pochi) casi in cui lo Stato è intervenuto per regolamentare aspetti relativi alla materia sportiva: essa rappresenta un momento fondamentale nella definizione dei rapporti tra ordinamento sportivo e ordinamento statale, tra l'autonomia del primo e la supremazia del secondo; tale Legge ha avuto il grande merito, da una parte, di riconoscere formalmente (per la prima volta) l'esistenza di una sfera di autonomia dell'ordinamento sportivo e, dall'altra parte, di delimitare i confini di tale sfera di autonomia, precisando che la stessa cede il passo alla supremazia dell'ordinamento statale nei casi in cui questioni derivanti dall'esercizio dell'attività sportiva vengano ad assumere una rilevanza anche per l'ordinamento statale, potendo derivare da esse la potenziale lesione di posizioni giuridiche soggettive rilevanti anche per i giudici dello Stato.

Particolarmente rilevanti, sotto il profilo della certezza del diritto, sono le disposizioni che riconoscono, nei limiti indicati, la configurabilità di una giurisdizione statale in materia sportiva e quelle che (chiudendo definitivamente l'annosa questione dottrinale relativa alla natura, pubblicistica, privatistica o «doppia», delle federazioni sportive) attribuiscono la giurisdizione esclusiva al Giudice amministrativo e, risolvendo anche in via preliminare la questione della competenza territoriale, attribuiscono la stessa al T.A.R. Lazio (salvi i casi di questioni patrimoniali tra pariordi-

nati, come si è visto).

Merito fondamentale della Legge n. 280/2003 è, inoltre, quello di avere ridisegnato (mediante la soppressione delle lettere c) e d) dell'art. 2 del Decreto Legge n. 220/2003) il quadro dei rapporti tra autonomia dell'ordinamento sportivo e supremazia dell'ordinamento statale, riducendo i confini della prima ed ampliando quelli della seconda, configurando tale rapporto in maniera più conforme ai principi generali (laddove prima, invece, la riserva praticamente onnicomprensiva in favore della giustizia sportiva, realizzata dall'art. 2 del Decreto Legge n. 220/2003, risultava di dubbia legittimità in relazione agli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione).

In conclusione, la Legge n. 280/2003, codificando i principi già espressi dalla comune giurisprudenza e dottrina in materia, ha inquadrato, alla luce dei principi generali dell'ordinamento, il sistema sportivo come ordinamento giuridico settoriale, ha sancito l'autonomia dell'ordinamento sportivo, ma soprattutto i limiti della stessa, riconoscendo espressamente la configurabilità della giurisdizione statale in materia sportiva e stabilendo gli organi giurisdizionali competenti al riguardo. Pertanto, se è pur vero che da oggi sarà giuridicamente corretto parlare di «autonomia dell'ordinamento sportivo» (e questa è sicuramente una grande conquista dello Sport), è anche vero che tale autonomia non potrà più essere sbandierata oltre i limiti in cui essa è stata sancita e delimitata, con l'effetto che se, fino a ieri, la proposizione, da parte di un tesserato in ambito sportivo, di un'azione giurisdizionale innanzi alla giustizia statale costituiva una violazione dei regolamenti federali (vincolo di giustizia) e ciò faceva sentire gli esponenti degli ordinamenti sportivi «autorizzati» a non eseguire poi le decisioni dei Giudici statali sulla base di una presunta autonomia assoluta ed illimitata dell'ordinamento sportivo, oggi, al contrario, la proposizione di un'azione di tal genere costituisce esercizio di un diritto fondamentale, formalmente riconosciuto, oltre che in via generale dalla Costituzione (art. 24), anche con specifico riferimento alla materia sportiva dalla Legge (n. 280/2003). Ciò comporta che, nelle questioni sportive in cui il Giudice statale abbia ritenuto sussistere la propria giurisdizione ed abbia emanato una propria decisione, l'ordinamento sportivo dovrà necessariamente eseguire tale decisione, e questa è sicuramente una grande vittoria da parte di uno Stato capace di fare

rispettare effettivamente le garanzie ed i diritti fondamentali sanciti dalla Carta Costituzionale.

*Avvocato amministrativista, Studio Legale Lubrano e Associati, Assistente alla Cattedra di Diritto dello Sport presso la L.U.I.S.S. Guido Carli in Roma.

*Avvocato in Roma, Cultore presso la cattedra di Diritto Amministrativo, L.U.I.S.S., Roma.

1 Articolo pubblicato anche nel testo *Lo sport e il diritto*, AA.VV., Novene.

2 In una prima fase storica (fine XIX sec.), si era affermata in dottrina la teoria c.d. «normativista» (Kelsen, *La teoria pura del diritto*), secondo la quale l'ordinamento giuridico era esclusivamente un insieme di norme, coincidente con l'ordinamento normativo.

3 In una seconda fase storica, viene a prevalere in dottrina la teoria c.d. «istituzionalista» (Santi Romano, *L'ordinamento giuridico*, 1918), la quale disconosce il fatto che il diritto possa ridursi alla norma o all'insieme delle norme che costituiscono l'ordinamento, in quanto quest'ultimo, inteso come «Istituzione» o organizzazione, trascende e condiziona il suo aspetto meramente normativo: la «Istituzione» (ovvero l'ordinamento) è, per questa teoria, organizzazione, posizione della società ed il «momento istitutivo» precede e produce quello normativo.

4 Sulla teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici, si vedano tra gli altri in particolare: Allorio, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accertamento giudiziale*, Riv. dir. civile 1955, 247; Bosco, *La pluralità degli ordinamenti giuridici nell'ambito del diritto delle genti*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, IV, 93; Cammarota, *Il concetto di diritto e la pluralità degli ordinamenti giuridici*, Catania, 1926, ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano 1963; Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici*, in *Opere*, IV, Milano, 1959, pagg. 181 ss.; Giannini, *Sulla pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Atti del Congresso internazionale di sociologia*, Gueli, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e condizioni della loro consistenza*, Milano, 1949; A. Lamberti, *Gli ordinamenti giuridici: unità e pluralità*, Salerno, 1980, 148 ss.; S. Panunzio Sen., *La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'unità dello Stato*, in *Studi filosofico-giuridici dedicati a G. Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento*, 11, Modena, 1931; L. Piccardi, *La pluralità degli ordinamenti giuridici e il concetto di rinvio*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, pag. 249 ss.; F. Satta, *Introduzione ad un corso di diritto amministrativo*, Padova, Cedam, 1980.

5 Il principio della pluralità degli ordinamenti giuridici è principio cardine del nostro ordinamento: esso è espressione del pluralismo riconosciuto, anche a livello costituzionale, sia in via generale con riferimento alle c.d. «formazioni sociali» (art. 2) ed al diritto di associazione (art. 18), sia in particolare in relazione a specifiche forme associazionistiche quali quelle di carattere religioso (art. 19), sindacale (art. 39) e politico (art. 49).

6 Questa potestà di regolare i propri interessi, riconosciuta nel nostro ordinamento non solo ai singoli individui, ma anche ad alcuni gruppi sociali per la tutela degli interessi collettivi, viene definita da Santoro Passarelli «autonomia privata collettiva» (Cfr. F. Santoro Passarelli, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. Dir.*, vol. IV.) essendo gli interessi perseguiti dalla singola Istituzione superiori a quelli individuali dei partecipanti, ma distinti e subordinati a quelli della società generale.

7 La concezione del diritto sportivo come manifestazione ordinamentale del diritto dei privati viene per la prima volta affermata da Cesarini Sforza. In particolare, si veda Cesarini-Sforza, *Il diritto dei privati*, in *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano: tale tesi, pur confermata dall'esistenza di un momento normativo e giurisdizionale proprio, inizialmente non trova largo seguito in dottrina proprio per il suo contenuto innovatore, anche per le resistenze dell'ordinamento statalizzatore proprio del regime fascista. Solo in un secondo momento, con la rimeditazione della tesi del Cesarini-Sforza da parte del Giannini (*Prime osservazioni sugli ordinamenti sportivi*, Riv. dir. sportivo 1949, 1, 10), in un quadro storico-politico più largamente ispirato al pluralismo, viene ammessa la natura ordina-

mentale del fenomeno sportivo; vengono così riconosciute nell'ordinamento sportivo le tre caratteristiche necessarie per configurarsi come ordinamento giuridico: plurisoggettività, organizzazione e normazione propria.

- 8** La specificità di ciascuna organizzazione sportiva e la particolare complessità di queste è tale da costituire, ciascuna, un "ordinamento sportivo". Nella lettura del fenomeno sportivo fatta da Marani-Toro, la molteplicità delle Federazioni e la peculiarità di ogni singola Federazione appare tale da configurare il fenomeno sportivo non più come unico ordinamento, ma come comprensivo di più ordinamenti sportivi (*Gli ordinamenti sportivi*, Milano, Giuffrè 1977). In questa interpretazione ogni Federazione assume il carattere di ente esponenziale del singolo ordinamento sportivo.
- 9** In via generale, l'ordinamento statale, pur non essendo lo sport contemplato dalla nostra Carta Costituzionale, ha interesse all'inserimento dell'organizzazione sportiva nell'ambito della realtà sociale, di modo che consente, per non mortificarne l'insopprimibile vocazione autonoma, che l'intera struttura del mondo dello sport assuma forma e sostanza di ordinamento separato, e tuttavia imponga che le norme di questo si armonizzino con le proprie.
- 10** Secondo la pacifica giurisprudenza statale tale rinuncia preventiva alla tutela giurisdizionale statale è ammissibile giuridicamente solo se e quando abbia ad oggetto diritti disponibili, ma non quando abbia ad oggetto diritti indisponibili o interessi legittimi, insuscettibili di formare oggetto di una tale rinuncia preventiva, generale e temporaneamente illimitata, al proprio diritto alla difesa. In tali casi, pertanto, non è possibile negare la configurabilità di una tutela giurisdizionale statale qualora vi sia stata una lesione di posizioni giuridiche soggettive rilevanti anche per l'ordinamento giuridico statale (in tal senso si veda: C. S., Sez. Giur., 9 ottobre 1993, n. 536; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050; Cons. Stato, Sez. II, 20 ottobre 1993, n. 612; Cass., 17 novembre 1984, n. 5838; Cass., 1 marzo 1983, n. 1531; Cass., 19 febbraio 1983, n. 1290). In merito agli effetti del c.d. vincolo di giustizia, è stato più volte sottolineato come la collocazione di atleti e Società sportive nell'ambito dell'ordinamento sportivo non vale a precludere ad essi l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale ordinaria, al fine di tutelare le loro posizioni giuridiche rilevanti anche nell'ambito dell'ordinamento statale (art. 24 Cost.) e quindi l'ambito di validità della clausola compromissoria va ritenuto limitato alle controversie prive di rilevanza esterna nell'ordinamento giuridico generale (cfr. in proposito, R. Frascaroli, *Sport*, in *Enc. Dir.*, vol. XLIII, 528; A. Quaranta, *Rapporti tra ordinamento sportivo ed ordinamento giuridico statale*, Riv. dir. sportivo, 1979, 41; G. Vidiri, *Il caso Maradona tra giustizia sportiva e giustizia statale*, Foro it. 1991, 338; A. Vigorita, *Validità della giustizia sportiva*, Riv. dir. sportivo, 1970, 10; Ruotolo, *Giustizia sportiva e Costituzione*, Riv. dir. sport, 1998, 403).
- 11** Tale orientamento, affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la nota sentenza 26 ottobre 1989, n. 4399, è stato poi generalmente ribadito dalla giurisprudenza e dottrina successiva (si vedano tra gli altri, in giurisprudenza, Trib. di Roma, 20 settembre 1996; T.A.R. Lazio, 24 ottobre 1985, n. 1613; idem, 15 luglio 1985, n. 1099; ed in dottrina: G. Naccarato, *Sulla carenza di giurisdizione del Giudice statale in ordine alla organizzazione di competizioni sportive*, Riv. dir. sport., 1997, pag. 548).
- 12** In particolare si veda T.A.R. Lazio, Sez. III, 26 aprile 1986, n. 1641; nello stesso senso si veda anche l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 12 gennaio 1996, n. 1, la quale ha sospeso l'efficacia di una sanzione disciplinare interdittiva (due anni di squalifica) al pugile Gianfranco Rosi, riducendola a 10 mesi (sull'argomento si veda G. Aiello e A. Camilli, *Il caso Rosi: il riparto di giurisdizione nel provvedimento disciplinare sportivo*, Riv. dir. sport, 1996, 2741).
- 13** La giurisprudenza ha infatti precisato che «in tema di rapporto tra Società sportiva e tesserati della F.I.G.C., l'arbitrato instaurato ai sensi dell'art. 4, comma quinto, Legge n. 91/1981 e delle norme interne delle Federazioni, ha natura irrituale; pertanto, non essendo attribuito a tale arbitrato carattere di obbligatorietà, non è ravvisabile, nell'ipotesi di contrasto di natura economica, alcun ostacolo che impedisca a ciascuna delle parti di adire in via diretta ed immediata il Giudice ordinario per la tutela dei propri diritti» (Pret. Roma, 9 luglio 1994; nello stesso senso Pret. Prato, 2 novembre 1994). Nello stesso senso si veda anche Pret. Trento 10 dicembre 1996 per la quale «nell'ambito dei rapporti di lavoro tra Società e tesserati della Figc, l'arbitrato di cui all'art. 4 Legge n. 91 del 1981 ha natura irrituale; l'avvenuta pronuncia del lodo arbitrale irrituale determina una

causa di improponibilità della domanda in sede giurisdizionale»; con nota di G. Frontini, *Sulla natura e gli effetti dell'arbitrato nel rapporto di lavoro tra società e tesserati della Figc*, in Nuovo Dir., 1997, 909. Sull'argomento si veda inoltre Luiso, *L'arbitrato sportivo fra ordinamento statale e ordinamento federale* (Nota a Coll. Arb. Padova, 26 ottobre 1990); Riv. arbitrato, 1991, 840; C. Cecchella, *Giurisdizione e arbitrato nella riforma del 1981 sullo sport*, Riv. dir. proc., 1995, 841.

- 14** Con sentenza 30 settembre 1995, n. 1050 (sentenza-storica in materia di diritto sportivo), la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha ammesso la conoscibilità da parte del Giudice statale dei provvedimenti di revoca dell'affiliazione e di diniego di iscrizione al campionato di competenza quando essi abbiano come destinataria una Società sportiva di rango professionistico.
- 15** Nel luglio del 1993, il Catania calcio non fu iscritta al Campionato di Serie C1 (per il quale possedeva il titolo sportivo) per irregolarità amministrativo-contabili; in relazione a tale provvedimento (oltre che a quello successivo di revoca dell'affiliazione) la Società propose ricorso al T.A.R. Sicilia e ottenne due ordinanze (n. 729/1993 e 802/1993) con le quali veniva riammessa a tale campionato (ampliato dal Commissario ad acta a 19 squadre, al fine di ricomprendervi anche il Catania); ma la F.I.G.C., minacciata dalla F.I.F.A. di essere da questa «disconosciuta», non ottemperò a tali decisioni del Giudice amministrativo, sostenendo una (presunta) autonomia assoluta ed illimitata dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale (e, conseguentemente, ai giudici dello stesso).
- 16** Molto simile al caso-Catania era stato, in precedenza, il caso-Reynolds (atleta quattrocentista statunitense), squalificato dalla federazione internazionale di atletica leggera, riammesso a correre dai giudici degli Stati Uniti, ma mai effettivamente riammesso (prima della fine della squalifica) dalla federazione stessa, la quale sostenne, anche in tale caso, di non dovere eseguire le decisioni dei giudici statali in base alla (presunta) autonomia dell'ordinamento sportivo.
- 17** Analoga a quella del Catania nel 1993 è la c.d. «vicenda dei Cubani» - ovvero dei 5 pallavolisti cubani (Dennis, Gato, Hernandez, Marshall e Romeo) fuggiti dal ritiro della propria Nazionale in Belgio il 29 dicembre 2001 - i quali hanno chiesto ed ottenuto l'asilo politico per ragioni umanitarie: a seguito delle loro azioni giuridiche, i Tribunali italiani hanno ordinato alla F.I.P.A.V. (Federazione Italiana di Pallavolo) ed alla F.I.V.B. (Federazione Internazionale di Pallavolo) di consentirne il tesseramento, pure in mancanza del rilascio del relativo «transfert» da parte della Federazione Cubana, ma la F.I.P.A.V., vista la minaccia della F.I.V.B. di disconoscerla nel caso in cui essa avesse eseguito le decisioni dei giudici statali (esattamente come era avvenuto nel «caso-Catania» dieci anni prima), non ha dato esecuzione alle decisioni dei vari giudici statali e non ha consentito il tesseramento di nessuno di tali giocatori.
- 18** Con riferimento a tale Decreto Legge, si vedano i commenti di L. Giacomardo, *Autonomia per le Federazioni ed una delega in bianco al C.O.N.I.*, in Diritto e giustizia n. 31/2003, pagg. 9 e segg.; G. Napolitano, *Il decreto è un rimedio, il male resta*, in Il Riformista 20 agosto 2003.
- 19** Tale principio generale di autonomia trova però un limite logico nel fatto che l'ordinamento sportivo nazionale esplica comunque la propria attività nell'ambito del territorio dello Stato Italiano, dal cui ordinamento necessariamente deriva; i soggetti che partecipano all'attività sportiva organizzata dal C.O.N.I. o dalle singole Federazioni Nazionali (Società sportive o atleti) sono, inoltre, dei soggetti che fanno parte anche dell'ordinamento statale; l'attività di una parte di tali soggetti, individuati dalle singole Federazioni come «sportivi professionisti», ai sensi dell'art. 2 della Legge 23 marzo 1981, n. 91, o come «società professionistiche» ai sensi dell'art. 10 della Legge n. 91/1981, viene regolamentata, almeno nelle linee essenziali, da una Legge statale: ne consegue che a tali soggetti non può essere legittimamente precluso il diritto fondamentale, costituzionalmente garantito (art. 24 Cost.) alla difesa delle proprie posizioni giuridiche soggettive innanzi agli organi giurisdizionali dello Stato. Per tali ragioni l'art. 1, secondo comma, della Legge n. 280/2003 ha sancito un limite ben preciso al principio di autonomia dell'ordinamento sportivo nei confronti dell'ordinamento statale nei casi di «rilevanza per l'ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l'ordinamento sportivo»: una previsione, a livello legislativo, di tale limite era sicuramente neces-

saria, in quanto l'eventuale riconoscimento di un'autonomia assoluta dell'ordinamento sportivo rispetto all'ordinamento statale si sarebbe concretato in una sostanziale separazione degli ordinamenti, che avrebbe costituito una soluzione difforme dalla realtà dei fatti, nella quale vi è invece un'interazione necessaria tra i due ordinamenti derivante sia dal fatto che l'attività dell'ordinamento sportivo nazionale si esplica nel territorio dello Stato, sia dal fatto che i soggetti che svolgono la propria attività nell'ambito dell'ordinamento sportivo sono dei soggetti facenti parte anche dell'ordinamento statale, con l'effetto che sarebbe stato manifestamente costituzionalmente privare gli stessi, per le questioni derivanti dallo svolgimento dell'attività sportiva, dei propri diritti fondamentali.

- 20** Ne consegue che deve ritenersi ancora applicabile, anche dopo l'entrata in vigore della Legge n. 280/2003, il principio, già sancito in precedenza dalla giurisprudenza, della c.d. «alternatività», ovvero della esistenza di una doppia facoltà dei soggetti interessati, di rivolgersi, alternativamente, agli organi previsti dalla giustizia sportiva (Commissioni Vertenze Economiche o Collegi Arbitrali) oppure agli organi di giustizia statale competenti (Tribunali ordinari in caso di questioni tra Società e tesserati derivanti dall'applicazione del contratto di lavoro sportivo). Sotto un diverso profilo si rileva l'improprietà del dettato legislativo, laddove l'art. 3 fa salva la giurisdizione del Giudice ordinario per le controversie patrimoniali tra «società, associazioni ed atleti»: si ritiene, infatti, che tale riferimento avrebbe dovuto avere una portata più ampia, comprendendo anche le eventuali controversie tra società e tutti i soggetti con esse tesserati (non solo gli atleti, ma anche tutti gli «sportivi», così come definiti dall'art. 2 della Legge n. 91/1981, ovvero anche «gli allenatori, i direttori tecnico-sportivi ed i preparatori atletici»); tale dettato normativo, pertanto, se interpretato in senso meramente letterale si pone in contrasto sia con l'art. 3 della Costituzione, in quanto è manifestamente discriminatorio ammettere soltanto per le controversie patrimoniali tra società ed atleti (e non per quelle tra società e direttori tecnico-sportivi, tra società ed allenatori, tra società e preparatori atletici) la configurabilità di una giurisdizione del Giudice statale ordinario, sia con l'art. 24 della Costituzione, in quanto priva le categorie di sportivi diverse dagli atleti del diritto di tutelare i propri interessi innanzi agli organi di giustizia statale. Si ritiene, pertanto, che la norma vada interpretata (in senso logico e presuntivamente teleologico) nel senso (estensivo) di riconoscere la stessa come applicabile anche alle controversie tra società e sportivi complessivamente intesi (allenatori, direttori tecnico-sportivi e preparatori atletici); in caso contrario non si potrebbe che dubitare fortemente della legittimità costituzionale della stessa.

- 21** Le questioni di carattere amministrativo (ad esempio espulsione definitiva dall'ordinamento sportivo ovvero diniego di ammissione al campionato di competenza) devono, invece, inequivocabilmente riconoscersi come questioni aventi rilevanza anche esterna all'ordinamento sportivo, proprio perché l'emanazione di tali provvedimenti lede indiscutibilmente posizioni giuridiche soggettive rilevanti anche per l'ordinamento statale (come pacificamente riconosciuto dalla giurisprudenza), in quanto, nei confronti di soggetti professionisti, limita il proprio diritto di iniziativa economica (per le Società) o il proprio diritto al lavoro (per i tesserati), mentre, nei confronti dei non professionisti, limita comunque in maniera che può essere assoluta (se si tratta di provvedimenti di espulsione dall'ordinamento sportivo) o relativa (se si tratta di un provvedimento di diniego di ammissione al campionato di competenza) il proprio diritto di associazione (art. 18 Cost.) nell'ambito dell'ordinamento sportivo. La conferma di tale impostazione è data non soltanto dalla semplice lettura dell'art. 2 (che non comprende, tra le materie riservate all'ordinamento sportivo, le questioni di carattere amministrativo), ma anche da un'interpretazione dello stesso in termini logici e teleologici: dal punto di vista logico, infatti, si osserva che tale materia non poteva rientrare nel novero di quelle «riservate», in quanto manifestamente rilevante anche per l'ordinamento statale, dato che i relativi provvedimenti hanno sicuramente efficacia potenzialmente lesiva su situazioni giuridiche soggettive, qualificabili come diritti soggettivi o come interessi legittimi, rilevanti anche per l'ordinamento statale (per tutti Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1995, n. 1050); dal punto di vista teleologico, la precisa volontà del legislatore di escludere tale materia dal novero di quelle riservate è inequivocabilmente confermata dal fatto che, mentre nell'origi-

nario Decreto Legge n. 220/2003 tali materie erano specificamente ricomprese tra quelle di cui all'art. 2 (rispettivamente l'affiliazione alle federazioni alla lett. c e l'ammissione alle attività agonistiche alla lett. d), nella conversione in Legge di tale Decreto tali lettere c e d sono state radicalmente «soppresse».

- 22** In ogni caso, anche qualora si tratti di provvedimenti in materia non riservata all'ordinamento sportivo, devono essere stati comunque previamente aditi gli organi di giustizia sportiva e devono essere stati «esauriti i gradi della giustizia sportiva». In ordine a tale onere imposto ai tesserati di dovere necessariamente avere già percorso, ed esaurito, tutti i gradi della giustizia sportiva, sono stati correttamente posti dei dubbi di legittimità: in particolare G. Manzi, *Un limite alla possibilità di adire la magistratura non sembra in linea con le regole costituzionali* (in Guida al Diritto n. 34/2003, pagg. 138 e segg.) ha ravvisato in tale previsione aspetti di dubbia costituzionalità «soprattutto per quanto concerne la previsione di adire ope legis gli organi di giustizia sportiva per la tutela delle prerogative giuridiche dei soggetti affiliati alle federazioni, riguardanti le materie riservate all'autonomia regolamentare e decisionale degli organismi dell'ordinamento sportivo, poiché in tal modo si è di fatto creato una sorta di Giudice speciale in violazione dell'art. 102, secondo comma, della Costituzione».
- 23** L'art. 3, secondo comma, della Legge n. 280/2003 attribuisce la competenza di primo grado in tale materia, anche per l'emanazione delle misure cautelari, al T.A.R. Lazio con sede in Roma; le questioni di competenza territoriale sono rilevabili d'ufficio. Tale attribuzione della competenza territoriale al T.A.R. Lazio costituisce il frutto di una scelta ben precisa del legislatore, che trova la propria ratio nella portata generalmente ultraregionale dei provvedimenti emanati in ambito sportivo e nel fatto che la sede del C.O.N.I. e delle varie Federazioni è proprio a Roma. Tale scelta, è del resto, in linea con quanto già disposto dal legislatore in materia di impugnazione dei provvedimenti emanati dalle Autorità Amministrative Indipendenti, in particolare con riferimento alla Autorità Garante per la Concorrenza ed il Mercato ed alla Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni pur avendo essa la propria sede centrale a Napoli (e soltanto una sede di rappresentanza a Roma). L'attribuzione della competenza territoriale al T.A.R. Lazio in materia sportiva è stata verosimilmente dettata anche dalla necessità di evitare i ricorsi da parte delle Società sportive ai vari T.A.R. territoriali, più volte accusati di «campanilismo»: indicativa sotto tale profilo è la precisazione costituita dall'inciso «anche per l'emanazione di misure cautelari», volta proprio ad evitare, anche nella fase cautelare (che, in materia sportiva, ha spesso rilievo determinante, come si è potuto riscontrare nelle questioni della calda estate del 2003), un aggiramento della norma attributiva della competenza territoriale. Di dubbia legittimità costituzionale è, invece, la disposizione di cui all'art. 3, quarto comma, della Legge n. 280/2003 che dispone l'applicazione della normativa sulla competenza territoriale anche ai processi in corso ed addirittura la sospensione delle misure cautelari già emanate da T.A.R. locali fino all'eventuale conferma, modifica o revoca di esse da parte del T.A.R. Lazio, con facoltà per gli interessati di riassumere innanzi allo stesso i ricorsi già pendenti presso altri T.A.R. entro quindici giorni dall'entrata in vigore del Decreto Legge n. 220/2003: tale disposizione sembra, infatti, porsi in contrasto con il principio di indipendenza della magistratura rispetto agli altri poteri dello Stato sancito dall'art. 104 della Costituzione, in quanto, in tale caso, sembra molto difficile potere negare il fatto che si sia effettivamente avuta un'ingerenza da parte del potere legislativo sul potere giudiziario, costituita da una sospensione di autorità di decisioni già emanate da organi giurisdizionali. La dubbia legittimità costituzionale di tale disposizione è stata (correttamente) rilevata da T. E. Frosini, *Perplessità sull'applicazione ai processi in corso*, in Guida al Diritto n. 34/2003, pagg. 144 e segg., il quale ha sottolineato che «altro aspetto che deve essere evidenziato, che non sfugge affatto ad una serie di profili di incostituzionalità, è quello concernente l'applicazione delle norme previste nel Decreto Legge n. 220/2003 anche ai processi in corso; in questo caso il Decreto Legge mira a stravolgere il contenuto dispositivo di atti giurisdizionali, i quali sono riformabili solo a seguito di appello o ricorso per Cassazione: su questo specifico punto la violazione di norme costituzionali appare chiara e sullo sfondo emerge altresì un oscuramento del principio della separazione dei poteri; il fatto poi che la sospensione dei provvedimenti non abbia effetti caducanti definitivi non vale certo a salvaguardarne la tenuta costituzionale».
- 24** L'introduzione di tali disposizioni è legata proprio alla peculiarità

della materia sportiva, in quanto, come ribadito anche nella Relazione Governativa al Decreto Legge n. 220/2003, "il mondo sportivo ha bisogno di decisioni adottate in tempi brevissimi": pertanto, come indicato nella Relazione Governativa al Decreto Legge, in tale materia, innanzi al Giudice amministrativo, «si prevedono modalità accelerate di definizione del giudizio nel merito quali la sentenza in forma abbreviata e la riduzione di tutti i termini processuali alla metà»

25 Per un'ampia disamina sulla Legge n. 280/2003, si veda P. Moro, A. De Silvestri, E. Crocetti Bernardi, E. Lubrano, *La giustizia sportiva: Analisi critica della Legge 17 ottobre 2003, n. 280.*

Graziano Marrazzo

Irrinunciabilità delle ferie ed indennità sostitutiva.

Introduzione.

Il diritto alle ferie, indisponibile ed irrinunciabile, è fondato sull'esigenza del recupero psicofisico delle energie, e finalizzato a garantire una più intensa partecipazione del lavoratore alla vita familiare, sociale e culturale.

Il Costituente sancendo il diritto alle ferie ex art. 36 Cost., ha inteso ampliare la portata dei diritti e delle esigenze primarie del lavoratore, ciò alla luce della ormai nota sentenza n. 66/1963 della Corte Costituzionale.

In particolare il 3° comma dell'art. 36 Cost. attribuisce al lavoratore il diritto ad un periodo di ferie annuali, quindi di riposo, da usufruire in ogni singolo anno di servizio.

Alla connotazione costituzionale si aggiunge anche quella civilistica contenuta nel 2° comma dell'art. 2109 c.c. il quale introduce ed arricchisce il diritto alle ferie di alcune caratteristiche fondamentali quali la retribuitività, la continuità, ma al contempo affida al datore di lavoro il potere di stabilire il periodo o il lasso temporale entro il quale concedere le ferie, "tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro".

Il dettato codicistico sembrerebbe teso ad attribuire al datore di lavoro un vero e proprio potere discrezionale ed incondizionato, infatti lo stesso potrebbe decidere in maniera pressoché arbitraria se e quando concedere le ferie al lavoratore.

La Corte Costituzionale nella sentenza n. 543/90 ha invece ridotto ampiamente il potere arbitrario del datore di lavoro prescrivendo l'onere di giustificare la scelta in tema di concessione o meno delle ferie, con le esigenze dell'impresa e gli interessi del lavoratore, ma anche e soprattutto le finalità cui tale istituto è preordinato.

Il diritto alle ferie annuali non è solo ricollegabile ad una mera funzione di corrispettività del lavoro

prestato, come in passato veniva sostenuto da dottrina e giurisprudenza, ma anche e soprattutto alle esigenze psicologiche fondamentali del lavoratore, il quale a prescindere dall'effettività della prestazione, mediante le ferie può partecipare in maniera molto più incisiva alla vita familiare, culturale e sociale, vedendosi tutelare il proprio diritto alla salute, costituzionalmente riconosciuto.

Determinazione del momento iniziale di maturazione del diritto alle ferie.

Molti problemi sono sorti in relazione alla determinazione del momento in cui il diritto alle ferie inizia a maturare, e di quello in cui tale diritto si completa, venendo riconosciuto al lavoratore.

Secondo la legislazione passata, il diritto alle ferie veniva a completarsi e ad essere riconosciuto al lavoratore allorquando costui avesse prestato la propria attività lavorativa ininterrottamente per almeno un anno presso lo stesso datore di lavoro o alle dipendenze della stessa impresa.

In questa ottica la Corte Costituzionale ha avuto modo di precisare in molteplici occasioni che il diritto in esame non si completa nel momento in cui il lavoratore ha prestato la propria attività lavorativa ininterrottamente per almeno un anno presso lo stesso datore di lavoro o presso la stessa impresa, ma matura giorno per giorno, sin dal momento di instaurazione del rapporto di lavoro, in misura direttamente proporzionale alla durata della prestazione lavorativa. Tale soluzione è sostenuta anche da fonti di diritto sopranazionale, infatti la stessa Corte di Giustizia europea nella causa C-173/99 del 26 giugno 2001, ha precisato che l'art. 7 della Direttiva CEE n. 93/104 sull'orario di lavoro non consente ad uno stato membro di adottare una normativa interna in base alla quale i lavoratori iniziano a maturare il diritto alle ferie annuali retribuite solo a condizione di aver compiuto un periodo minimo di lavoro ininterrotto alle dipendenze dello stesso datore di lavoro. Il diritto alle ferie soggiace ugualmente ai principi generali regolanti i rapporti tra fonte legale e autonomia collettiva, in quanto l'inderogabilità in *pejus* non preclude la derogabilità in *meljus*, poiché si può ben verificare che il periodo ed il diritto alle ferie a livello di contrattazione collettiva sia ampliato, riconoscendo ai lavoratori di quel determinato settore un periodo superiore a quello conseguente in misura proporzionale al periodo lavorativo.

Il periodo di ferie, pur non essendo intrinsecamente proporzionale alla durata del lavoro prestato, mantiene il carattere dell'irrinunciabilità e dell'automaticità della maturazione.

Proprio in questo senso la Suprema Corte ha anche aggiunto che sebbene la durata delle ferie riconosciute possa essere superiore rispetto al periodo ordinario, e ovviamente quantificato in maniera proporzionale al lavoro svolto, non può essere motivo di degradazione di tale diritto, essendo vietati ex art. 2113 c.c. tutti gli atti di rinuncia e transazione avente ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili.

Allo stesso modo la Suprema Corte ha punito con la nullità tutte quelle clausole che siano dirette a rendere il diritto alle ferie esageratamente difficile da usufruire, o comunque in contrasto con le finalità ed esigenze che hanno portato al riconoscimento dell'esaminando diritto.

La possibilità di derogare in *meljus* non ha, come abbiamo già detto, il potere di far degradare un diritto costituzionalmente garantito, da ciò deriva che il periodo di ferie non può godere nella sua totalità di una forma di garanzia ristretta o limitata, tale addirittura da renderlo liberamente rinunciabile.

Divieto di monetizzazione: la deroga.

A questo punto occorre verificare quali siano le conseguenze sulle ferie di un rapporto di lavoro interrotto anticipatamente; invero il periodo di ferie non subirebbe nessuna degradazione in quanto sarebbe pur sempre connotato dall'irrinunciabilità, resterebbe ancora vivo il divieto di monetizzazione preventiva delle ferie, ma il periodo verrebbe riconosciuto solo in misura proporzionale al periodo di lavoro prestato, tenendo conto sia di una proporzionalità sulla quota ordinaria, sia di una proporzionalità su una quota aggiuntiva. Il D.Lgs. 66/2003 ha previsto però un'eccezione alla regola generale, ovvero l'unico caso in cui il legislatore prevede la legittimità della monetizzazione delle ferie che si può verificare solo ed esclusivamente quando il periodo di ferie non godute al momento di cessazione del rapporto di lavoro viene sostituito con una somma di denaro, a seguito dell'impossibilità oggettiva di fruizione delle stesse.

Ovviamente ciò su cui il legislatore è stato chiaro è il fatto che l'indennità sostitutiva viene riconosciuta tanto sul periodo ordinario di ferie, quanto

su quello aggiuntivo, sempre tenendo conto della proporzionalità del rapporto prestazione lavorativa/ferie maturate.

Almeno in linea prettamente teorica si può infatti ritenere che il caso della risoluzione anticipata del rapporto di lavoro rappresenti l'unico caso in cui si abbia una vera e propria trasformazione del diritto alle ferie in un diritto all'indennità sostitutiva, poiché se così non fosse si dovrebbe riconoscere al lavoratore, non il semplice diritto a godere delle ferie anche fuori del periodo di ordinaria fruizione, ma il diritto a godere delle ferie anche in casi in cui il rapporto di lavoro sia ormai interrotto.

Se ciò è vero in linea teorica, non lo è in linea materiale in quanto pur nell'ambito di un assetto normativo volto a valorizzare l'irrinunciabilità ed il divieto di monetizzazione delle ferie, la questione rimane ferma ed irrisolta poiché si è comunque verificata un'inadempienza da parte del datore di lavoro che non ha garantito al lavoratore il diritto alla fruizione delle ferie. Ciò si verifica in quei casi in cui il mancato godimento sia imputabile al datore di lavoro il quale nell'esercizio del potere di assegnazione delle ferie non ha di fatto riconosciuto tale diritto al lavoratore, non assegnandogli il periodo feriale.

Il mancato godimento delle ferie potrebbe dipendere non da cause derivanti dalla volontà delle parti del rapporto di lavoro, ma anche da cause esterne imprevedibili ed eccezionali, tali da precludere la fruizione delle ferie a svantaggio del lavoratore, per esempio quando costui sia stato per un lunghissimo periodo in malattia o si sia assentato dal lavoro per infortunio.

Secondo una posizione dottrinale, che si sta facendo strada anche in giurisprudenza, il divieto di monetizzazione e l'irrinunciabilità vanno ricondotte all'illiceità degli accordi preventivi diretti a determinare pattiziamente gli effetti del mancato godimento delle ferie, all'illiceità di quelle posizioni datoriali che vadano a precludere l'effettività del diritto alle ferie, all'illiceità di quegli atti posti in essere da parte del datore di lavoro o del prestatore di lavoro, tali da essere preordinati alla lesione del diritto in esame, ovvero finalizzati al mancato riconoscimento e godimento delle ferie.

Gli effetti del mancato riconoscimento.

Occorre a questo punto individuare il momento in cui il diritto alle ferie si tramuta in diritto

all'indennità sostitutiva, ovvero il momento in cui irrevocabilmente ed irrimediabilmente il diritto alle ferie viene definitivamente leso.

Per poter procedere ad un'analisi di questo tipo occorre preliminarmente individuare il momento in cui la lesione si verifica ovvero il momento in cui le ferie, scaduto il termine di ordinaria fruizione, non assolverebbero alla funzione genetica dell'istituto.

A questo punto è necessario far riferimento al "Principio dell'Infrannualità" sancito tanto a livello legislativo quanto a livello giurisprudenziale.

In quest'ottica il principio in esame prevede che le ferie maturate in un anno lavorativo vadano godute per una parte nell'anno di maturazione, mentre per la restante parte esse possono essere godute anche successivamente, a condizione che la fruizione non vada in contrasto con le finalità proprie dell'istituto.

La Corte Costituzionale già nel Novanta aveva dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 22 R.D. n. 148/31 nella parte in cui, in tema di congedi ordinari del personale autoferrotranviario, attribuiva alle Ferrovie dello Stato il diritto di far godere ai propri dipendenti, per mere esigenze di servizio, le ferie annuali anche oltre il decorso dell'anno, purché entro il primo trimestre successivo.

Dall'analisi del Principio dell'Infrannualità discendono due fondamentali conseguenze ed implicazioni:

- da un lato permette il riconoscimento delle ferie anche a quei lavoratori che abbiano prestato la propria attività lavorativa per un periodo inferiore ad un anno, fermo restando il principio della proporzionalità della maturazione;

- dall'altro, se le ferie devono essere godute nel periodo di rispettiva maturazione, ovvero nell'anno di maturazione, è anche vero che in talune ipotesi il lavoratore può godere in un periodo successivo delle proprie ferie, e ciò si verifica quando lo stesso si trovi in una di quelle "situazioni eccezionali, non previste e non prevedibili, e non per delle semplici, generiche ed immotivate esigenze di servizio", questo è quanto affermato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 543/90.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha affrontato il problema dell'infrannualità delle ferie, confermandone a pieno la valenza e contrappo-ponendolo alla rigida visione del diritto di godimento relativo al solo anno in cui le ferie vengono maturate.

La Suprema Corte di Cassazione ha tenuto a precisare che il potere del datore di lavoro di assegnare le ferie, in modo discrezionale purché utile all'organizzazione dell'attività d'impresa, trova limite invalicabile nell'esigenza di "Non vessatorietà" nei confronti del lavoratore, nonché nell'onere di rispettare il periodo di assegnazione ovvero l'anno di maturazione.

Tutto ciò va a confermare ed ampliare la portata del principio dell'infrannualità se ed in quanto il datore esercitando il potere di assegnazione non può in maniera arbitraria ed inopinabile assegnare le ferie dopo il periodo di maturazione, non potendo infatti nemmeno considerare tale periodo, ma dovendosi limitare al solo periodo attuale ed ordinario.

A sostegno di quanto appena detto, è intervenuta la Corte di Cassazione che con la sentenza n. 13980/2000 ha precisato i limiti entro i quali le ferie possono essere godute anche successivamente, ovvero quelle situazioni in cui il datore di lavoro può assegnare le ferie successivamente al periodo di maturazione senza incorrere in violazione alcuna, mentre il lavoratore può legittimamente goderne, situazioni che non sono affatto ravvisabili in periodi di crisi dell'impresa o del settore economico in cui essa opera; ma al contempo si definisce anche la nullità ed illegittimità delle clausole individuali o collettive, imposte dal datore di lavoro, e dirette ad eludere il periodo di infrannualità e al contempo a garantire al titolare dell'impresa di assegnare le ferie successivamente all'anno di maturazione senza violazione alcuna, e senza che sussistano situazioni eccezionali, non prevedibili ecc. Questa posizione estremamente favorevole al lavoratore sembra sia stata accolta pienamente dal D. Lgs n. 66/2003, il quale nulla dice i tema di periodo di assegnazione delle ferie. Con le correzioni apportate dal D.Lgs. n. 213/2004 al D.Lgs. n. 66/2003, il legislatore si è preoccupato di inserire nell'art. 10 al secondo comma, la definizione del periodo utile per il godimento delle ferie.

Il secondo comma del cit. art. 10 ha infatti previsto che il periodo feriale va assegnato per almeno due settimane consecutive nel corso dell'anno di maturazione e su richiesta del lavoratore, mentre per le restanti due settimane si prevede un termine di godimento dilazionato nei successivi 18 mesi.

Alla luce di tale disposizione ci si rende effettivamente conto che la scelta operata dal legislatore è

quella di una vera e propria scissione del periodo totale feriale, cercando al contempo di tutelare le esigenze del lavoratore, quanto quelle del datore di lavoro e della relativa impresa.

Differenziazione dei periodi di ferie.

L'esaminando istituto e normativa, ha operato una vera e propria scissione considerando in modo differente i periodi feriali a seconda del livello di tutela previsto dalla legge.

Le ferie quindi vengono distinte secondo tre differenti livelli di tutela:

a) ferie a tutela massimale: il periodo di due settimane che necessariamente il datore di lavoro deve far godere al lavoratore nel periodo di maturazione e su richiesta del lavoratore stesso;

b) ferie a tutela intermedia: il periodo di due settimane che il datore di lavoro può concedere fino a 18 mesi successivamente alla maturazione;

c) ferie a tutela minima: il periodo di ferie aggiuntive che a livello di contrattazione collettiva può essere riconosciuto e che viene minimamente tutelato essendo addirittura monetizzabile alla sussistenza di particolari condizioni.

In realtà il legislatore da un lato ha ridotto al minimo il potere discrezionale del datore di lavoro in tema di assegnazione delle ferie, mentre dall'altro ha provveduto ad un rafforzamento di tale potere ponendo le basi per una discrezionalità che non necessita nemmeno di alcuna giustificazione.

Occorre però verificare se il livello di tutela apprestato per ciascuna fascia di ferie sia compatibile con l'assetto costituzionale e sia finalizzata effettivamente al recupero delle energie psico-fisiche o invece sia diretto al recupero generale dell'integrità culturale e sociale del lavoratore.

Le conseguenze dell'inadempimento.

Dopo aver enucleato i livelli generali di tutela apprestata dal legislatore occorre procedere all'analisi delle conseguenze dell'inadempimento, ovvero la posizione del datore di lavoro che non abbia disposto, assegnato o concesso al lavoratore il proprio periodo di ferie.

A tal riguardo è fuori ogni portata di dubbio che il datore di lavoro versi in uno stato di inadempimento totale, ma è difficile delineare quale sia il titolo del rispettivo risarcimento.

Secondo una posizione dottrinale e giurisprudenziale a carico del datore di lavoro sarebbe l'onere di garantire al lavoratore il godimento delle ferie

nel periodo legalmente imposto, ma al contempo si troverebbe in una situazione tale da versare in una sorta di inadempimento passibile di risarcimento in forma specifica.

In quest'ottica è necessario procedere per gradi analizzando prima la situazione in cui il rapporto di lavoro sia ancora sussistente, e successivamente quella più estrema in cui il rapporto di lavoro sia ormai definitivamente interrotto.

Procedendo all'analisi della situazione in cui il lavoratore non abbia goduto delle proprie ferie in pendenza di rapporto di lavoro si potrebbe sostenere che, neppure con il consenso dello stesso, sia consentito corrispondergli un'indennità sostitutiva per ferie non godute entro i periodi di riferimento, con la conseguenza che l'unica soluzione possibile sia la monetizzazione al termine del rapporto di lavoro ovvero la tardiva fruizione delle ferie, configurandosi per una parte della dottrina una sorta di "adempimento tardivo" ad un obbligo contrattuale, ovvero per altra dottrina si tratterebbe di un vero e proprio risarcimento in forma specifica.

Se ciò è vero, è anche vero che se si protrae nel tempo l'erogazione del diritto in esame, si finirebbe solo con il prolungare ed accumulare eccessivamente il periodo feriale che comunque non potrebbe mai essere totalmente assorbito negli anni di lavoro, si finirebbe cioè a differire non la fruizione delle ferie, ma della stessa indennità sostitutiva con la semplice maggiorazione della somma, realizzando, secondo quanto sostenuto da una dottrina minoritaria, una vera e propria aspettativa di un diritto.

Sembrerebbe più logico e preferibile attribuire validità all'orientamento giurisprudenziale che ammette la fruizione tardiva o come estrema *solutio* la corresponsione dell'indennità senza dover attendere la risoluzione del rapporto di lavoro.

La soluzione appena prospettata però si trova in pieno contrasto con la posizione assunta dal legislatore del 2003 che ha invece posto come punto fisso e momento di completamento del diritto all'indennità sostitutiva e fissato nella risoluzione del rapporto di lavoro, momento che ricordiamo essere quello in cui il diritto alle ferie non ancora godute si trasforma in diritto all'indennità.

Da ciò il legislatore ha inteso garantire maggiormente il lavoratore sanzionando con la nullità tutte quelle clausole, soggettive o collettive che siano, che in violazione della disciplina vigente,

prevedono il solo diritto all'indennità sostitutiva. La Corte di Cassazione nella sentenza n. 2569 del 2001, in linea con la tesi che sostiene la configurabilità di una sorta di risarcimento in forma specifica, ex art. 2058 c.c., attribuisce al lavoratore un vero e proprio diritto a richiedere il godimento delle ferie tardive, richiesta che deve essere valutata dal datore di lavoro, il quale tra le altre cose non può unilateralmente imporre al dipendente di fruire delle ferie tardivamente.

Si riconosce al dipendente la piena e libera possibilità di richiedere la ferie non godute ed ormai scadute, senza che il datore possa obiettare nulla, con esclusione ovvia dei casi in cui l'assegnazione delle ferie diventi eccessivamente onerosa per l'impresa e che sussistano esigenze da ostare al recupero delle ferie.

La sostituzione quindi non è affatto automatica né imposta dal datore di lavoro, ma consegue ad una scelta libera e piena del lavoratore.

Diversa è invece l'ipotesi in cui alla risoluzione del rapporto di lavoro ci sia un residuo feriale, ovvero un periodo di ferie che non sia stato oggetto di fruizione da parte del dipendente.

In questo caso si verifica l'ipotesi legalmente prevista e pacificamente accettata, per la quale il diritto alle ferie, ormai scadute e non più fruibili, viene a trasformarsi in un diritto all'indennità sostitutiva.

Il problema della qualificazione giuridica dell'indennità sostitutiva.

Dopo aver determinato quali siano le conseguenze dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, occorre procedere alla qualificazione giuridica della natura dell'indennità sostitutiva.

Il problema in esame è stato oggetto di dibattiti e argomentazioni dottrinali e giurisprudenziali.

1. Natura risarcitoria.

Una prima tesi analizza l'indennità sostitutiva in funzione del danno che deriverebbe al lavoratore nel caso di mancata fruizione del periodo di ferie. La funzione risarcitoria verrebbe collegata a quello che è il danno biologico che il lavoratore ha subito in conseguenza del mancato godimento delle ferie che normalmente gli spetterebbero, ciò perché se si parte dall'analisi della funzione primordiale del diritto alle ferie, si capisce ben presto che il lavoratore non avendo potuto godere non ha potuto recuperare e soddisfare le proprie esigenze psico-fisiche menomate dall'esercizio di

un'attività lavorativa.

In altri termini, se il lavoratore non ha goduto delle ferie nel periodo di regolare utilizzazione ha subito un danno biologico riconducibile al mancato godimento in relazione alle finalità proprie delle ferie ovvero il vero e proprio recupero psico-fisico, nonché la specifica finalità di socializzazione del lavoratore e il ripristino del regolare rapporto culturale e familiare.

La Corte di Cassazione in più occasioni (sent. n. 12580 del 2003; sentenza n. 10173 del 2000 e sentenza n. 5624 del 2000) ha riconosciuto e presunto l'esistenza di un risarcimento del danno biologico conseguente al mancato recupero delle energie psico-fisiche ed al mancato soddisfacimento degli interessi sociali, familiari e culturali. Di guisa che l'indennità sostitutiva non troverebbe il momento genetico nel rapporto di lavoro, ma nella lesione dell'obbligo per il datore di lavoro di concedere ed assegnare le ferie nei periodi di rispettiva competenza.

2. Natura retributiva.

Un ulteriore orientamento giurisprudenziale sostiene, in contrasto con quello precedente, che la natura dell'indennità sostitutiva sia retributiva ovvero collegata al fattore sinallagmatico del rapporto di lavoro geneticamente inteso.

Si giungerebbe a tale conclusione in quanto l'istituto in esame è pienamente assimilabile ai compensi per lavoro straordinario, poiché consisterebbe nel pagamento di una somma dovuta in relazione all'attività lavorativa eseguita in giorni, tra l'altro non analiticamente individuabili, che normalmente dovrebbero essere finalizzati al riposo ed al recupero psico-fisico.

La Suprema Corte, nella sentenza n. 6607 del 2004 e nella sentenza n. 13680 del 2000, ha affermato che l'indennità sostitutiva ha sicuramente una base risarcitoria, ma è di netta prevalenza la funzione retributiva poiché se alla base non sussistesse un rapporto sinallagmatico lavorativo, un rapporto di lavoro subordinato, non ci si porrebbe affatto il problema e non ci sarebbe ragione alcuna di discuterne.

La stessa Corte in un periodo antecedente nella sentenza n. 7836 del 2003 al fine di sostenere la funzione retributiva si era soffermata molto sul sinallagma lavorativo, ma anche sulla posizione di inferiorità del lavoratore che può solamente chiedere le ferie al datore di lavoro, il quale nel pieno del potere riconosciutogli dal legislatore

potrebbe non assegnare le ferie al lavoratore capovolgendo di nuovo la situazione ed attribuendo così il dovere per il dipendente di svolgere la propria attività lavorativa in un periodo che dovrebbe essere feriale e comunque dedicato al riposo, con la conseguente maturazione di lavoro straordinario in quanto svolto in periodi sicuramente estranei all'orario di lavoro ordinario.

3. Natura mista: funzione risarcitoria e retributiva.

Una tesi che solo di recente si è fatta strada, partendo dalle debolezze delle due tesi diametralmente opposte, ha prospettato una natura mista per l'indennità in esame, quasi a voler cogliere il meglio delle due contrapposizioni.

La Suprema Corte in una sentenza recentissima, la n. 11936 del 2005, ha sostenuto che l'indennità sostitutiva mostra al contempo i caratteri della funzione risarcitoria e di quella retributiva, in quanto se è vero che alla base sussiste un rapporto di lavoro, se è vero che l'attività viene svolta in periodi che normalmente dovrebbero essere dedicati al riposo, è pur sempre vero che una parte della genesi dell'istituto risiede nell'inadempimento del datore all'assegnazione delle ferie con conseguente danno biologico per mancato recupero psicofisico e per compromissione delle esigenze morali, sociali, familiari e culturali garantite a livello costituzionale dall'art. 36 cost.

4. Natura contrattualistica

Una tesi un po' autonoma rispetto alle precedenti fonda le proprie conclusioni facendo riferimento, non tanto al contenuto dell'obbligo per il datore di lavoro di concedere ed assegnare le ferie, ma soprattutto alla fonte dell'obbligo imposto al datore di lavoro, alla natura prettamente codicistico-contrattuale riconoscendo di conseguenza la configurabilità di un risarcimento dei danni conseguenti alla violazione di regole contrattuali ovvero per inadempimento contrattuale.

Occorre rilevare che spesso entrambi gli aspetti si completano e coesistono nella stessa fattispecie, salvo comunque i casi in cui il mancato godimento sia derivato per cause non imputabili al datore di lavoro.

Secondo la Corte di Cassazione (sentenza n. 11960 del 2005) questa ipotesi è direttamente riconducibile alla natura retributiva dell'indennità sostitutiva in quanto se si ammette che la genesi dell'obbligo sia nel contratto di lavoro, si deve

necessariamente ammettere la natura retributiva in quanto proprio la retribuzione è la controprestazione dell'attività lavorativa svolta dal dipendente.

Alla luce di tutto quanto appena detto ci si rende conto che se il lavoratore non può godere delle proprie ferie non vanterà un vero e proprio diritto risarcitorio, ma una pretesa al pagamento della retribuzione per i giorni lavorativi restati in più rispetto a quelli ordinari, con una somma che viene comunemente definita indennità sostitutiva, ma che tale non dovrebbe essere, in quanto è semplicemente un compenso per la maggior quantità di lavoro svolto, e quindi di natura sicuramente retributiva.

Conclusioni.

Dopo aver delineato almeno l'assetto basilare dell'indennità sostitutiva, ci si rende conto che attualmente la tesi, sulla qualificazione della sua natura giuridica seguita dalla giurisprudenza è quella retributiva, ma a mio sommesso avviso ci si dovrebbe rifare alla recentissima sentenza della Corte di Cassazione la n. 10856 del 2006 dove è stato riconosciuto il diritto all'indennità sostitutiva al dipendente delle Ferrovie dello Stato non solo per la quota ordinaria, ma anche per quella aggiuntiva contrattuale-collettiva, in quanto la fruizione era ormai divenuta impossibile per causa non imputabile al datore di lavoro.

La somma da versare al ricorrente rappresentava, secondo la Suprema Corte, la corresponsione del valore delle prestazioni non dovute e non restituibili in forma specifica in misura parificabile alla retribuzione.

Il problema si acuisce maggiormente allorché la mancata fruizione sia imputabile al datore di lavoro. In questa ipotesi infatti si trovano a coesistere due differenti aspetti, quello retributivo e quello risarcitorio, che sicuramente non dovrebbero coesistere, all'interno di una sola definizione di indennità sostitutiva.

La Corte di Cassazione, già nel 2002 nella sentenza n. 15776, aveva affermato che il mancato godimento delle ferie costituisce sicuramente una compromissione delle energie psico-fisiche non recuperate e non più recuperabili da parte del lavoratore con conseguente finalità risarcitoria, ma al contempo sussiste anche un aspetto complementare che viene ad essere identificato in quello meramente contrattuale ed irreversibile che determina la nascita del diritto al pagamento

di una somma corrispondente alla regolare retribuzione.

Viene quindi riconosciuta implicitamente la sussistenza di entrambi gli aspetti all'interno della stessa indennità sostitutiva, ma se ciò è vero allora la quantificazione della stessa non può essere fatta solo in relazione alla retribuzione poiché essendo una somma complessa (risarcimento e retribuzione) essa deve essere identificata con due voci differenti e differenziate.

In altri termini se viene ammessa la natura complessa dell'indennità sostitutiva, non è possibile ammettere la quantificazione con riferimento alla sola retribuzione, poiché questo meccanismo deve essere utilizzato solo per quantificare la funzione retributiva, mentre quella risarcitoria va quantificata secondo regole autonome distinte dalla prima.

Si dovrebbe procedere ad una doppia quantificazione, poiché l'attività svolta dal lavoratore nei periodi che dovevano essere feriali viene quantificata come attività di lavoro straordinario, mentre la funzione risarcitoria dovrebbe basarsi sulle regole previste in tema di risarcimento danni.

In questi termini, il tema dell'onere probatorio verrebbe ad essere sdoppiato, in quanto per la dimostrazione del diritto all'indennità sostitutiva in funzione retributiva si dovrebbe procedere alla dimostrazione di aver svolto attività lavorativa in periodi feriali, mentre per la funzione risarcitoria l'onere probatorio sarebbe più complesso in quanto si dovrebbe dimostrare dapprima dell'imputabilità al datore di lavoro del mancato godimento delle ferie, aspetto non richiesto per i profili retributivi, ma anche e soprattutto la sussistenza di un effettivo danno biologico conseguente alla mancata fruizione delle ferie, sia a livello di mancato recupero psico-fisico sia a livello di compromissione delle esigenze di socializzazione, familiarizzazione ecc.

Si dovrebbe quindi ammettere un'indennità sostitutiva doppia, ma non presunta in quanto rimarrebbe da dimostrare al lavoratore l'aspetto risarcitorio, eventuale ed aggiuntivo non assorbibile nella stessa indennità, ma quantificabile separatamente e solo al sussistere effettivo del danno aggiuntivo.

Se tutto ciò sarebbe vero, allora anche in caso di godimento tardivo delle ferie dovrebbe rimanere fermo il diritto al risarcimento per danno biologico subito dal lavoratore in quanto non è detto che un recupero psicofisico tardivo abbia gli stessi

effetti e la stessa efficacia di uno ordinario.

Tale situazione infine non dovrebbe essere presunta poiché rimarrebbe in capo al lavoratore l'onere probatorio del danno subito sia a livello delle energie psico-fisiche sia a livello di valori fondamentali quali la cultura, la famiglia e la socializzazione.

A mio avviso allora il legislatore dovrebbe poter garantire maggiormente il lavoratore il quale nonostante tutto allo stato attuale ha comunque uno scarsissimo potere decisorio in tema di esercizio del diritto alle ferie, nulla potendo obiettare nei confronti delle scelte del datore di lavoro che ancora ha pieno potere di assegnazione e concessione del periodo feriale.

In effetti se si volesse garantire maggior tutela a favore del dipendente allora si potrebbe tranquillamente garantirgli la possibilità di azionare entrambi i profili, quello retributivo e quello risarcitorio, al fine di ottenere un'adeguata indennità sostitutiva, la quale se venisse quantificata secondo entrambi i parametri potrebbe indurre il datore di lavoro a concedere molto più favorevolmente il periodo feriale nell'anno di competenza.

Paola Lanzara

Famiglia di fatto.

Con il termine "famiglia di fatto" s'intende quella formazione sociale caratterizzata dalla convivenza di un uomo e una donna, senza però che alla base vi sia quell'atto formale di reciproco impegno suggellato dall'istituto matrimoniale.

A tenore di alcuni, la disciplina giuridica delle coppie di fatto è inevitabile anche al costo morale di una possibile diretta alterazione del significato sociale e normativo dell'istituzione del matrimonio civile o religioso.

Altri, invece, ribadiscono la distinzione tra le due realtà, in quanto l'unione di fatto è una relazione nella quale si mette in comune l'affetto reciproco, escludendo ogni "dimensione di doverosità, di stabilità, di assunzione istituzionale di impegni in qualche modo verificabili ed esigibili per il presente e per il futuro". Essi qualificano parassitaria ed indebita l'intenzione di chi pretende un riconoscimento pubblico per ottenere diritti senza doveri¹. Invero, fino a qualche tempo addietro, la nostra legislazione era ispirata al principio che l'unica formazione sociale di tipo familiare rico-

nosciuta dal diritto dovesse essere quella fondata sul matrimonio.

Oggi, però, secondo l'orientamento più seguito, la famiglia è una forma di organizzazione suscettibile di continua evoluzione in funzione del mutare del costume sociale, caratteristica questa che incide sulla disciplina legislativa che, a sua volta, è tenuta ad adattarsi alle mutabili esigenze sociali². Abbiamo, pertanto, assistito "alla scomparsa del dogma della monoliticità della famiglia"³. Si registra infatti, non solo una crescente e rapida diffusione della pratica della convivenza al di fuori del matrimonio, ma anche un progressivo attenuarsi di quel giudizio di disvalore etico, sociale, giuridico ad essa tradizionalmente connesso. Tra l'altro, da tempo, l'art. 29 della Cost. viene letto dalla giurisprudenza e dalla dottrina più attenta non tanto quale norma che sancisce un principio di esclusività della famiglia legittima, ma quale semplice indice del *favor matrimonii* del Costituente⁴.

In Italia il trentennio che segue la riforma del diritto di famiglia del '75 è caratterizzato, per quel che riguarda la coppia di fatto, da una sostanziale immutazione del contesto normativo, mentre la giurisprudenza delle Corti ha avuto un'evoluzione nel complesso "liberale". Una giurisprudenza che ha quindi sovvertito il giudizio di riprovazione verso altre formazioni sociali rispetto alla famiglia legittima.

Orientamenti sintomatici di una "rottura" in tal senso sono rappresentati ad esempio dalla recentissima decisione con la quale la Cassazione ha affermato che, ai fini della ripartizione della pensione di reversibilità, assume rilievo anche la convivenza prematrimoniale, al pari della durata del matrimonio⁵.

La Suprema Corte⁶, inoltre, ha rimarcato il principio secondo cui il convivente *more uxorio* può chiedere il risarcimento del danno per lesione cagionata alla persona con cui convive, purché dimostri l'esistenza e la portata dell'equilibrio affettivo-patrimoniale instaurato con la medesima. In altri termini, per poter essere ravvisato il *vulnus* ingiusto a tale stato di fatto, deve essere dimostrata l'esistenza e la durata di una comunanza di vita e di affetti, con vicendevole assistenza morale e materiale. Dunque, soltanto la prova della assimilabilità della convivenza di fatto a quella stabilita dal legislatore per i coniugi può legittimare la richiesta di analoga tutela giuridica di fronte ai terzi.

È, altresì, possibile per il genitore affidatario dei figli naturali chiedere l'assegnazione della casa familiare in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*⁷.

In ogni caso, il silenzio del nostro legislatore non sta ad indicare che il diritto ha completamente ignorato il fenomeno della convivenza. Difatti, possiamo annoverare diversi indici normativi che fanno riferimento alla stessa; si pensi all'art. 317-bis, 2° comma, c.c., che attribuisce l'esercizio della potestà sul figlio naturale ad entrambi i genitori che lo abbiano riconosciuto, se conviventi; all'art. 2, D.P.R. 31 gennaio 1958, n. 136, a tenore del quale famiglia è anche quella fondata sui meri vincoli affettivi, sulla coabitazione e sulla messa in comune del reddito per il reciproco soddisfacimento dei bisogni; all'art. 1, L. 29 luglio 1975, n. 405, sui consultori familiari, secondo cui tra gli aventi diritto ai servizi assistenziali, accanto ai singoli e alle famiglie, vi sono anche le coppie; all'art. 199, 3° comma, lett. a) c.p.p. che prevede la facoltà di astenersi dal deporre in giudizio per chi "pur non essendo coniuge dell'imputato come tale conviva o abbia convissuto con esso".

È di chiara evidenza, però, che in questo scarno contesto normativo, i passi più significativi sono compiuti dalla giurisprudenza, che sta provando a ridurre, in modo sempre più sensibile, il confine fra la posizione del coniuge e la situazione del convivente di fatto.

Giova, infine, sottolineare la portata di alcuni Statuti regionali, che richiamando per lo più i principi di uguaglianza e di non discriminazione, considerano unitariamente sia la famiglia legittima sia le unioni non matrimoniali, al fine di prevedere adeguate misure di riconoscimento, tutela e sostegno in ambito regionale.

Così, la Regione Campania ha approvato in prima lettura il nuovo Statuto che - come gli Statuti della Toscana, Umbria ed Emilia-Romagna, già approvati in via definitiva - contiene, all'art. 9, un importante ed innovativo riferimento alle "unioni familiari", riconosciute e sostenute al pari della famiglia fondata sul matrimonio.

Sembrerebbe, dunque, che i nostri legislatori regionali si aprano all'Europa e si colleghino ai più recenti traguardi in tema di diritti civili.

La presente analisi non può essere limitata all'esame del solo diritto vigente; l'indagine andrebbe ampliata con riferimento ai numerosi progetti di legge presentati nel corso degli ultimi anni in Parlamento.



La proposta di legge "La disciplina del patto civile di solidarietà", come si legge nel suo preambolo, "intende fornire la possibilità di optare per uno strumento regolativo pattizio più snello e leggero alle coppie che non intendano impostare la propria vita sulla base della regolamentazione civilistica tipizzata dalle norme sul matrimonio. La presente proposta non intende imporre autoritativamente il nuovo istituto alle coppie di fatto che vogliono rifuggire da ogni vincolo giuridico, ma soltanto offrire una possibilità di scelta in più a chi desidererà usufruirne".

Non dovrebbe essere negato a chi ha convissuto con una persona, magari per trent'anni, perfino il diritto di assistere il proprio *partner* morente in ospedale o che le famiglie di origine possano addirittura impedire al *partner* l'accesso al luogo di cura e lo escludano da ogni decisione riguardante il *partner* malato e incapace di agire; non dovrebbe accadere che, attraverso l'istituto della riserva a favore dei legittimari, sia vietato al testatore di lasciare in eredità il proprio patrimonio alla persona con cui ha condiviso l'esistenza; e, anche in assenza di eredi legittimari, che tale eredità venga falcidiata dalla stessa tassazione prevista per i lasciti a persone del tutto estranee al defunto.

Viceversa, altri ritengono che quei diritti che la legge riconosce automaticamente alla coppia che contrae matrimonio, nel caso delle convivenze vadano "attivati" dai conviventi stessi, in omaggio, tra l'altro, ad un principio che viene costante-

mente propugnato dalla cultura laica ovvero il principio dell'autonomia della persona.

La tematica che qui si è succintamente affrontata è di certo destinata ad ulteriori e controverse discussioni in ossequio ad un bisogno di tutela sociale e di sistematica istituzionale.

1 Cfr. F. D'Agostino, *Riconoscere le convivenze?*, in *Iustitia*, 1/06, p. 2; "I giuristi ben sanno che praticamente tutti quei diritti al cui riconoscimento aspirano i *partner* di una unione di fatto possono essere attivati tramite il *diritto volontario* e senza alcuna necessità di introdurre nel Codice nuovi istituti".

2 In tal senso, cfr., G. Autorino Stanzione, *Diritto di famiglia*, Torino, 1997, 417. Quello di famiglia è, alla luce dell'evoluzione sociale, espressione che ormai esprime diverse realtà a struttura variabile, come attentamente i sociologi sottolineano, P. Donati, *Manuale di sociologia della famiglia*, Bari, 1998, 6.

3 Cfr. V. Zambrano, *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in AA.VV., *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, volume primo, diretto da G. Autorino Stanzione, Torino, 2005, 217 ss.

4 Cfr. Corte Cost., 18.11.1986, n. 237, in *Foro it.*, 1987, I, 2353; Corte Cost., 07.04.1988, n. 404, in *Giur. it.*, 1988, I, 1, 1627, nota di A. Trabucchi; nelle richiamate pronunce la Corte Costituzionale ha riconosciuto alla convivenza di fatto la natura di formazione sociale di cui all'art. 2 Cost., sul presupposto che "un consolidato rapporto, ancorché di fatto, non appare costituzionalmente irrilevante quando si abbia riguardo al rilievo offerto al riconoscimento delle formazioni sociali e alle conseguenti intrinseche manifestazioni solidaristiche... tanto più in presenza di prole". Cfr. altresì Corte Cost., 26.05.1989, n. 310, in *Foro it.*, 1991, I, 446; in particolare, la stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto alla famiglia legittima "una dignità superiore, in ragione dei caratteri di stabilità e di certezza e della corrispettività dei diritti e dei doveri che nascono soltanto dal matrimonio", arrivando così a ribadire un chiaro *favor matrimonii*.

5 Cfr. Cass., 26.05.2005, n. 11217, in *Famiglia e diritto*, 2005, 5, 537; in tal senso vedi anche Cass., 19.02.2003, n. 2471, in *Arch. civ.*, 2003, 734.

6 Cfr. Cass., sez. III, 29 aprile 2005, n. 8976, in *Danno e resp.*, 2005, 7, 793.

7 Cfr. Cass., sez. I, 26 maggio 2004, n. 10102, in *Foro it.*, 2004, I, 2742

Opinioni a Confronto

a cura della redazione

Microcriminalità, malessere sociale e territoriale.

Nel corso del recente convegno su "Microcriminalità e sviluppo", organizzato dal Comune di Nocera Inferiore, sono intervenuti il presidente del Consiglio dell'Ordine forense nocerino, l'avvocato Aniello Cosimato, e il presidente della Camera Penale, l'avvocato Michele Alfano. Avendo proposto, durante il convegno, due prospettive differenti sull'argomento trattato, riportiamo in questa rubrica le due relazioni.

Intervento del presidente del Consiglio dell'Ordine Forense, Aniello Cosimato.

Da modesto osservatore di fenomeni sociali, ritengo che la criminalità marginale - oggi definita anche criminalità predatoria - sia quella immediatamente visibile. Faccio riferimento a scippi, danneggiamenti, vandalismi, piccolo spaccio. Si tratta ovviamente di quella comunemente definita "microcriminalità". Una criminalità più facilmente individuabile e che desta, forse più della stessa cosiddetta "macrocriminalità", maggiore allarme sociale nel cittadino in quanto più evidente. In Italia si è andato consolidato il binomio "microcriminalità-immigrazione".

Da una prospettiva sociologica, in realtà, potremmo dire che gli attori primari dei fenomeni che portano alla microcriminalità sono i "socialmente deboli" - siano essi immigrati o no - ovvero emarginati dall'economia "regolare" del consumo, privi dei mezzi legittimi per accedere al successo economico.

Da tale riflessione scaturisce una equivalenza, quella tra microcriminalità e marginalità e una riflessione sugli eventuali effetti legislativi.

Molta criminalità spicciola o di strada è da tempo connessa a una criminalità strutturata, efficace e imprenditoriale cui si dà generalmente il nome di criminalità organizzata. In altre parole, quello che sembra crimine di strada spesso alimenta e viene alimentato da un'imprenditoria che lo guida, ne raccoglie i frutti e ne determina i ritmi e le scelte. Si pensi, ad esempio, a come i furti alimentano i meccanismi illeciti della ricettazione; oppure come la piccola distribuzione di sostanze stupefacenti promuove il mercato nazionale ed internazionale dei trafficanti e dei distributori all'ingrosso. Come incide la microcriminalità sul normale sviluppo sociale? Basta chiedersi quanti italiani rinunciano ad acquistare macchine della FIAT

perché risultano le più rubate; oppure quanti italiani hanno abbandonato le case di campagna o rinunciano a trasferirsi in campagna per ragioni di sicurezza. Si tratta di costi indiretti notevolissimi, che contribuiscono a rendere poco concorrenziali le produzioni regionali.

Quindi la microcriminalità incide sulla qualità della vita e sullo sviluppo sociale. La qualità della vita deve essere l'obiettivo prioritario da centrare senza tentennamenti, per poter parlare di un tentativo di soluzione della questione "microcriminalità".

Sono troppe le cristallizzazioni dell'incuria e dell'immobilismo disseminate sul nostro territorio. La rinuncia al "prendersi cura del proprio territorio" da parte del singolo non può giustificare in alcun modo l'abbandono da parte delle Istituzioni. Un quartiere ritenuto "malfamato" può e deve essere al centro dei progetti propositivi e delle realizzazioni di opere e interventi concreti da parte dei rappresentanti istituzionali, più di una zona "alta, ben abitata".

Anche perché non c'è zona tranquilla che tenga se la microcriminalità, alimentata dall'incuria e dall'immobilismo - primi segnali di un generale cedimento del sistema di regole della civile convivenza - acquista sempre maggiore spazio, si insinua sotto forme subdole, come ad esempio il dibattito bullismo scolastico, anche nei "quartieri residenziali".

Per quanto riguarda la nostra realtà c'è da chiedersi se davvero siamo al riparo dalla recrudescenza dei rapporti tra i clan criminali del napoletano, chiaro segnale dell'aumentata insicurezza sociale? Quanto potrà durare una situazione simile senza avere conseguenze sullo sviluppo territoriale?

Pensare anche solo di cercare una soluzione significa ripartire dalle emergenze, dal traffico, dal degrado urbano, dai rifiuti e, non meno importante, dalla sicurezza, per evitare una fuga generale di capitali, ma anche una fuga di cervelli. Affrontare con decisione questi temi significa operare scelte dirette e durature per elevare la qualità della vita e, soprattutto, concretizzarle subito.

La qualità della vita deve essere l'obiettivo prioritario da centrare senza nessun indugio.

Per citare un esempio storico, Cesare Beccaria proporrebbe di rendere i microcriminali produttivi, ovvero educarli al lavoro, alla disciplina dell'impresa, integrandoli in tal modo nella struttu-



ra sociale e produttiva del territorio. Sciascia, in un suo scritto, affermava che possono meglio prevenire ogni forma di criminalità più un gruppo di buoni maestri di scuole elementari che una compagnia di Carabinieri.

Io non potrei che essere più d'accordo, con tutto il rispetto per la Benemerita, che è nel cuore di noi tutti per lo spirito di dedizione al dovere e il sacrificio che profonde nella propria attività al servizio dei cittadini.

In tal senso le scuole e le università non devono rimanere chiuse nelle loro torri d'avorio. Sono tali Istituzioni, infatti, ad avere il dovere primario di produrre ed esportare non solo il sapere, ma anche - ed aggiungerei soprattutto - modi di vivere e convivere socialmente efficaci, il che si traduce in sicurezza sociale e, quindi, in sviluppo territoriale.

Intervento del presidente della Camera Penale, Michele Alfano. Azione e Diserzione.

Abbiamo tutti convenuto che parlare di "microcriminalità" nei nostri paesi vuol dire banalizzare il problema, nel senso di confinarlo in una dimensione che consentirebbe in ogni momento di fronteggiarlo ed annientare gli effetti devastanti che quel fenomeno produce in termini materiali e psicologici, sulla gente comune.

Se ciò fosse vero non si vede come e perché questa

delinquenza, che solo una prudente ipocrisia definisce "micro", continua a prosperare ed a molestare quotidianamente uomini, donne, bambini, ed a ledere i loro beni ed i loro interessi.

Ora occorre (è indispensabile ed indifferibile!) un maggiore intervento delle forze Istituzionali, a parte i convegni e le fiaccolate, che perdono effetto con il consumo delle fiammelle e lasciano al buio della loro disperazione quanti hanno dolorosamente subito l'oltraggio dei cosiddetti "microcriminali".

Si è detto - e tutti hanno convenuto - che la microcriminalità è l'anticamera della maxicriminalità ed allora ad essa si deve rivolgere, per una difesa anticipata, una più attenta considerazione ed apprestare in tempo le forme di lotta ed i rimedi per sconfiggerla.

Una strategia efficace deve tener conto delle peculiarità di una zona territoriale come l'Agro Nocerino-Sarnese e svincolarsi dagli schemi programmatici di lotta alla criminalità studiati e ahimè, poco applicati per il resto del paese.

A Nocera Inferiore la delinquenza non può essere contrastata e battuta come a Lodi, come a Sicignano degli Alburni o come a Mezzocorona. Qui bisogna apprezzare quanto di buono si è fatto, riconoscere gli errori ma anche affidarsi, con fiducia, ai risultati conseguiti.

Ed allora, richiedere un maggiore intervento delle



Forze dell'Ordine dovrebbe essere una pretesa comune; è vero, forse saremmo tutti un po' più controllati, ma certamente vivremmo più sicuri. Questo non significa volontà di militarizzare il territorio: che, semmai, l'unico esercito necessario sarebbe quello di maestri e di educatori capaci e coscienti della loro funzione di argine all'ignoranza ed al disprezzo delle regole, terreno di coltura della illegalità.

Questo significa piuttosto dare alle Forze dell'Ordine istituzionali (Carabinieri, Polizia di Stato, Guardia di Finanza ma anche Polizia locale) la possibilità di operare concretamente nella loro azione di contrasto repressivo, senza il ricorso ad atti di eroismo e di sacrificio personale, come quelli ai quali, immeritabilmente (per la nostra indifferenza) assistiamo con colpevole distrazione quando non siamo direttamente e dolorosamente colpiti dalla violenza dei prepotenti, prima ancora che dei delinquenti.

Questo significa pretendere che il presidio giudiziario di Nocera Inferiore (un avamposto in prima linea nella guerra alla ferocia della criminalità) sia adeguatamente potenziato: volere una "Giustizia" che funzioni, che tuteli i cittadini (vittime o rei) presuppone un dignitoso apparato di servizio, che vuol dire più magistrati e più personale ausiliario, facilmente reclutabili da quegli Uffici Giudiziari che hanno disponibilità maggio-

ri rispetto alle proprie esigenze.

Il resto è vacuità: vuote parole per menti vuote! Se la criminalità non può essere del tutto debellata, certo gli effetti della sua azione possono essere ridimensionati e confinati in un ambito socialmente tollerabile: per questo occorrono uomini, mezzi e concorde, solidale volontà delle forze politiche e di quelle Istituzionali.

È il tempo di assunzione delle responsabilità: chi non risponde a questo appello deve essere considerato un disertore!

Allo scadere del mio mandato di presidente della Camera Penale, che ho avuto l'onore di rappresentare negli ultimi quattro anni, rivolgo, anche come cittadino, il mio apprezzamento al Maggiore Cagnazzo, al Commissario Maione al Capitano Garzella, al Colonnello Corrales per la loro inesausta capacità di contrastare in questa terra, una criminalità agguerrita e spesso brutale. Ai Signori Magistrati del Tribunale Penale di Nocera Inferiore, la solidarietà per lo spirito di sacrificio con il quale interpretano la loro alta, e spesso incompresa, funzione.

Ai Colleghi Penalisti, l'augurio che la loro attività sia sempre assistita dalla coscienza di operare per il bene altrui; a testa alta, pur sfidando la impopolarità che tocca chi assiste colui che appare reprobato e reietto; con umiltà, nella esaltante speranza di aiutare a rialzarsi chi è caduto e vinto.

Historia et Antiquitates

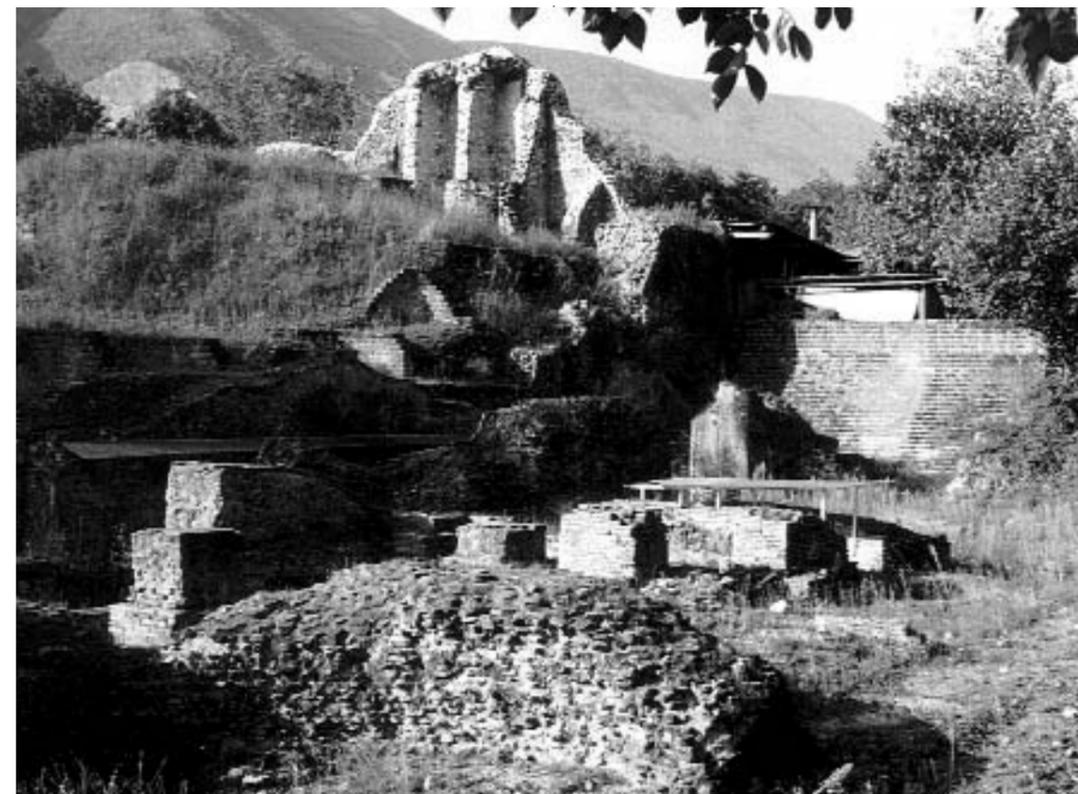
di Teobaldo Fortunato

Il teatro ellenistico-romano di Pareti a Nocera Superiore.

L'edificio, individuato e parzialmente portato alla luce da Werner Johannowsky, tra la fine degli anni '70 ed i primi anni '80, nella zona compresa tra le località di Pareti e Pucciano, risale, considerando quanto di esso è stato indagato fino ad oggi, ai decenni intorno alla metà del II secolo a.C. L'edificio che sembra il più antico del genere *in un centro non greco della Campania* (W. Johannowsky) fu addossato al centro del lato meridionale della cinta muraria della città e collegato all'angolo S/O, mediante una struttura sporgente che potrebbe essere stata parte integrante di una torre con relativa camera inferiore, posta lungo il camminamento di ronda. Infatti, il teatro presenta una struttura originaria coeva alla fase delle torri con camera sottostante della cinta muraria. Gli analemme evidenziano *nicchie-contrafforte e blocchi di tufo in funzione di diaconi di collegamento con queste, con una tecnica in opus incertum di calcare e nelle parti di contrasto - di tufo* (W. Johannowsky), mentre il tracciato dell'*eurypus*, centrato dietro la scena sulla cavea di età sannitica, potrebbe aver subito condizionamenti dovuti alla preesistente presenza dell'edificio ludico abolito in età augustea. Fu ubicato sicuramente lungo l'asse della strada N/S, posto in tal modo, frontalmente rispetto alla porta di cui la toponomastica ha preservato il nome di Portaromana. Era parte integrante di un ginnasio di cui è stata evidenziata la palestra, ad O. La cavea risulta addossata al lato dell'aggere del lato S delle mura. Nella prima fase documentata d'epoca sannitica, il diametro dell'orchestra doveva aggirarsi intorno ai 50 piedi oschi, corrispondenti a ca. 13,80 m. Gli analemme rimasti, appartengono alla fase sannitica, quando l'edificio risultava aperto verso N ed aveva la pianta compresa in un rettangolo di 79 m x 34,50, prolungato da una struttura della stessa larghezza nell'area del camminamento di ronda superiore delle mura, di cui però è giunto sino a noi unicamente il limite estremo ad Occidente. La tecnica edilizia usata durante tale fase è l'opera cementizia con paramento in *opus incertum di caementa* di calcare del diametro medio di 20 cm e di blocchetti rettangolari della medesima altezza. Tale risoluzione tecnica trova riscontri coevi nelle due

fasi più recenti delle fortificazioni. L'ipotesi della contemporaneità di costruzione dei rifacimenti e potenziamenti delle mura e del ginnasio di cui il teatro era parte integrante, è avvalorata dalla presenza di nicchie curve quali contrafforti sia nel muro di contenimento dell'aggere che delimita la palestra ad O della cavea, sia negli analemme della stessa cavea.

Tale sistema di contraffortamento che sembra trovare a *Nuceria* la più antica applicazione monumentale, raggiunge nel lato occidentale della cavea, l'altezza di 14 m. Esso si è conservato in quanto fu inglobato nell'ampliamento dell'edificio scenico in piena età augustea. Gli analemme non erano divergenti, mentre il *koilon* verosimilmente era semicircolare. Il tratto invece E/O dell'*eurypus*, dal momento che è centrato sulla cavea originaria, potrebbe ricalcare il fondale originario tra i parasceni dell'edificio. In tal modo, la lunghezza dovrebbe aggirarsi intorno ai 20 m ca. Il rapporto tra l'ampiezza della scena ed il diametro dell'orchestra (non più verificabile poiché il livello fu abbassato di 70 cm ca. in età augustea) dovrebbe risultare quindi analogamente proporzionale a quello di altri teatri ellenistici. È evidente che solo la prosecuzione dello scavo del teatro, ormai interrotto da più di un ventennio, potrà chiarire se vi fosse come altrove, una soluzione dello schema teatro-tempio. Ciò che rimane della fase tardo-ellenistica del teatro è fondamentale sia per la forma già ad emiciclo del *koilon* sia per la tipologia di contrafforte che per l'ubicazione all'interno della risistemazione scenografica di un complesso preesistente. La trasformazione e l'ampliamento posteriore sono evidenti nell'uso molto accurato del *latericium* e nella realizzazione delle tre nicchie della *scaenae frons*; la nicchia centrale si presenta curva come a Pompei, ad Ercolano, a Fiesole e a Volterra. Questa fase, ritenuta seconda, è pertinente ad un arco cronologico compreso tra la tarda età augustea e l'inizio di quella tiberiana. L'edificio fu ricostruito quasi totalmente: l'asse fu spostato di 3,50 m verso E ed il diametro, ampliato fino a raggiungere 96 m. Pertanto, sembra coincidere, a livello di fondazioni, con la fase augustea del teatro di *Neapolis*. L'orchestra ha un diametro di 23,84 m; le parodoi risultano larghe 2,96 m. La fronte del *pulpitum*, articolata tra due scalette da cinque nicchie alternate, rettangolari e curve, era anticipata da una vasca sporgente fino al centro dell'orchestra con zampilli posti dinanzi alle tre nicchie curve. Gli



Il teatro ellenistico-romano di Pareti a Nocera Superiore.

zampilli erano alimentati da fistule. La cavea era divisa sino alla *praecinctio*, da scale con fognoli sottostanti che convogliavano le acque reflue nell'*eurypus* sotto la *praecinctio* inferiore. Le strutture nella cavea sono in *opus reticulatum* di tufo con ammorsature in *latericium* negli spigoli e nei piedritti; anche il *pulpitum* è realizzato nella medesima tecnica, mentre tutto l'edificio scenico è in laterizio. Se i sedili della cavea, come quelli della proedria, erano rivestiti di marmo italico, la *praecinctio* inferiore e le scalinate d'accesso avevano una pavimentazione in blocchi di calcare dei monti Lattari. Tali blocchi assolvevano anche al compito di copertura dei canali sottostanti. Della ricca decorazione della *scaenae frons*, databile alla tarda età augustea, è rimasto ben poco, a causa delle spoliazioni successive: tra i resti significativi si segnala un frammento di base attica con il toro superiore ornato da foglie di quercia, parti di capitelli corinzi talvolta con foglie di canna, inoltre elementi di epistilio con *kymation lesbio* e cornici a mensole con motivi decorativi nei lacunari, simili a quelle del teatro di Pompei.

Nel vano in fondo all'iposcenio, fu rinvenuta la testa di un ritratto marmoreo di Agrippina

Maggiore, forse in origine collocata in una delle nicchie della *scaenae frons*. Anche i frammenti delle decorazioni parietali nelle parodoi, pertinenti al III stile pompeiano, confermano una datazione di tutta la decorazione e del rifacimento tra Augusto e gli esordi dell'epoca tiberiana. Un ulteriore restauro, documentato altresì da un'epigrafe, si ebbe sotto Domiziano.

È possibile attribuire a tale fase, l'abolizione della vasca dell'orchestra e la sua conseguente pavimentazione, pervenuta in pessimo stato di conservazione. Realizzata in lastre di marmi colorati, come l'alabastro egiziano, il marmo di Teos e di Chemtou, fu risistemata già in antico. Secondo Werner Johannowsky, parte della decorazione marmorea, tra cui capitelli di colonne e di pilastri, frammenti architettonici, mensole e cornici reimpiantati e depositi all'interno del Battistero paleocristiano di Santa Maria Maggiore, sempre a Nocera Superiore, potrebbero provenire, con molta probabilità, proprio dalla *scaenae frons* del teatro di Pareti, anche se allo stato attuale degli studi non è ancora possibile averne la certezza.

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

Contributi dai Colleghi

Giustizia e paremiologia.

di Rino Carpinelli

seconda parte

Uno dei punti critici della nostra professione è certamente rappresentato a volte dall'imbarazzo di comunicare al cliente l'esito negativo di una causa.

Pertanto, nell'ipotesi, in cui il giudizio sia andato bene, si potrà dire: "Avimmo vinciuto 'a causa"; altrimenti si comunicherà al proprio assistito: "Avite perzo 'a causa"; aggiungendo come esimente: "Chesto nun nce steva 'ncalennario, dicete nu paglietta a causa perza", per cui al cliente non resta che: "Càgna avvucato e miètte 'appiello". È notorio poi, e sempre secondo una mia personalissima opinione, tranne nel caso di un cliente fedele, che chi si reca da un avvocato ne ha già consultati parecchi o "ha parlato con...".

Ebbene non si deve dimenticare che: "Chi troppo se cunziglia, se perde", finendo per trovarsi confuso ed indeciso, anche se: "E fesse e l'ustinate fanno ricco l'avvucato".

"Chi saglie e scenne 'e scale d' 'e pagliette nun tarda tempo ca se arrecetta" ma è anche vero che: "D' 'o paglietta è cchiù facile a nun dicere bene che a farne a mmeno" a riprova della importanza della nostra - una volta - nobile professione.

Chi di noi non si è trovato alle prese con un cliente che ci sollecita continuamente e che ha fretta? Consiglio quindi ai colleghi di riferire a questo tipo di cliente: "Dicette l'avvucato cu' 'o pizzo 'a riso: "Signò, pure a 'o 'mpiso se dèttero tre juorne", significando che anche la nostra attività non può essere svolta in maniera frettolosa, perché richiede i giusti tempi di maturazione senza dimenticare in ogni caso le disfunzioni del pianeta giustizia ben note a noi operatori del diritto.

Ricollegandomi a quanto appena innanzi detto, spesso veniamo accusati dai clienti di portare le cose per le lunghe: "L'avvucato 'nce porta 'nzecula 'nzeculore", per cui è opportuno rispondere a queste persone: "A casa d' 'o miedeco e d' 'o paglietta trase e aspette".

All'avvocato, che vanta la sua bravura in tutti i rami del diritto e che si spaccia, a torto, per un principe del foro capace di vincere tutte le cause e di risolvere tutti i problemi del proprio assistito, si attaglia il seguente proverbio: "Dicette Fanfarrone: Il' ate avvucate? Nun 'e voglio ghjudicà. M' 'e fùmmo tutte quante int' 'a pippa pè muzzone"; mentre l'avvocato più ponderato: "Ha

parlato cu' 'o chiummo e cu' 'o cumpasso".

Il punto più dolente della nostra attività è però il pagamento della parcella una volta concluso l'incarico conferito dal cliente, (fatta eccezione per: "Cliente affezionato, pava sempe anticipato" - bestia molto rara oggi-) sia perché siamo ritenuti spesso esosi (ma adesso ci ha pensato Bersani e la sua banda a mettere le cose a posto!!!) sia perché dalle nostre parti i clienti sono cattivi pagatori sempre pronti a scroccare consigli gratis.

A tal proposito a Napoli si suole dire: "Chi v' 'mano all'avvucato se magna 'nfino all'urdemo ducato" ma d'altra parte, avendo la nostra professione un'alea economica: "Dicette 'o paglietta: A tuorto o a ragione, àcca addà asci 'a zuppa e 'o pesone" e perché: "Niente se pò fà senza niente, dicette 'o scribente a 'o cliente" e perché: "Dicette l'avvucato a 'o cliente: "E chiacchere nun jenghèno 'a panza" e: "Chi fatica aspetta premmio, dicette l'avvucato 'nfaccia 'o cliente che nun pavava e 'o teneva mente". Ma può anche spesso succedere che, l'avvocato non venga remunerato per l'attività svolta; in questo caso non ci resta che dire: "Aggio fatto 'o guadagno 'e Maria Vrenna" (Probabilmente il modo di dire ricorda Maria di Brienne, che nel 1231 andò sposa all'imperatore latino di Gerusalemme Baldovino II. Per difendere il regno del marito dall'attacco dei nemici, la donna si recò in occidente per chiedere aiuti, che però non ottenne, per cui dopo molti anni di lotte, Baldovino II perse il trono).

Il cliente che paga una bella parcella al professionista è solito dire: "Aggiu pavato 'e spese 'e l'avvucato e m' hanno lassato cu' 'e pacche 'int' a ll'acqua, dicette don Nicola guardanne l'urdimo ducate", perché: "L'avvucato spoglia 'e vive e 'o schiattamuorto 'e muorte".

È anche vero però che: "L'avvucato spoglia 'e vive e 'o miereco li atterra"; "Il medico prima ti spoglia e poi ti ascolta, l'avvocato prima ti ascolta e poi ti spoglia" ed è: "Meglio nu' sòrece 'mmocca a jatta ca nu cliente 'mmano a nu paglietta".

È opportuno che i clienti non dimentichino che: "E ccase d' 'e pagliette sempe cù 'e pierie vanno tuzziliate". Infatti in tempi molto lontani gli avvocati venivano pagati in natura e perciò il cliente, avendo le mani occupate dai regali, era costretto a bussare con i piedi.

Ritornando per un attimo alla combriccola Prodi-Bersani, mi corre lo obbligo di evidenziare ai colleghi che: "L'altissimo 'e coppa nce manna 'e ttempèste, l'altissimo 'nterra (leggi governo) se



Filippo Palizzi,
Il gioco della morra,
da De Bouchard,
Usi e costumi
di Napoli e contorni.

piglia chello che resta. Tra 'sti d'uje altissimo nuje avvucate rummanimme futtute e paccariate".

Un tipo di cause molto appetibile è rappresentato da quelle così dette seriali (Enel, gas, Telecom, antitrust, fumo, lotto, acqua ecc).

Questo tipo di cause o filoni ci induce, pertanto, a dire: "Che fai lo avvucato? 'A zezenella è bbona? Dicette don Nicola". (La parola zezenella, diminutivo di zizza, è un termine onomatopico di provenienza longobarda, che sta ad indicare un facile guadagno, così come è facile per il neonato succhiare il latte dal seno materno).

Però: "Si 'a vacca se tira 'e zizze, buonanotte!". Spesso, quando i rapporti soprattutto economici tra due persone si deteriorano, una delle due subito minaccia l'altra di rivolgersi all'avvocato. Ebbene a Napoli si dice: "Te faccio còrrere pe'

Bicenzone" (quest'ultimo termine, molto verosimilmente, deriva dalla città francese di Besançon, dove nell'antichità fu creata una specie di organizzazione di recupero crediti molto temibile ed efficace (insomma una moderna E.T.R. o la neonata Riscossione spa) o anche: "Chi tiene cchiù povere, spara, dicette l'avvucato a lu cuntrario". Il cliente insoddisfatto della prestazione del legale dice: "Aggio cagnate avvucato. Scarta fruscio e vene primera, so tutte 'e na manera".

Voglio chiudere questo excursus condotto tra il serio ed il faceto sui proverbi ed i napoletanismi, che spero possa raccogliere i consensi di quei miei pochi fedeli lettori, con un adagio molto più serio, che ci fa capire che al di là delle cose terrene esiste però una giustizia divina: "Allicuordete che Dio sente 'o justo e 'o peccatore".

Sotto la Lente

a cura di Renato Diodato

La rubrica curata dalla Commissione Biblioteca dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore recensisce i libri "Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici" e "Il diritto privato della Pubblica Amministrazione".

Renato Diodato
Presidente della Commissione Biblioteca

Le società di capitali, le società cooperative e le mutue assicuratrici, di Annamaria Ferrucci e Carmine Ferrentino

Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 1972, € 145.

Gli autori (dei quali l'una docente a contratto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Federico II di Napoli, l'altro avvocato del Foro di Nocera Inferiore ed entrambi allievi e collaboratori del Presidente Onorario di Corte di Cassazione Guido Capozzi) offrono un'esposizione sistematica della disciplina delle cosiddette 'società di capitali' (società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata) e delle società cooperative e mutualistiche, quale risultante dalla cosiddetta 'riforma del diritto delle società', realizzata con i Decreti Legislativi nn. 5 e 6 del 17 gennaio 2003 (così come modificati ed integrati dal D.Lgs. 6 febbraio 2004, n. 37 e dal D.Lgs. 28 dicembre 2004, n. 310). L'opera, articolata com'è in due tomi per un numero complessivo di pagine prossimo alle due-mila, appare di ampio respiro e cerca di offrire un quadro completo e coerente della disciplina di tali società. Compito, questo, certo non facile, considerato che esso impone di conciliare la ricostruzione sistematica della nuova normativa con il richiamo ai pregressi, consolidati orientamenti della dottrina e della giurisprudenza e, per conseguenza, crea la difficoltà di stabilire quanto del 'nuovo' sia realmente tale e, viceversa, quanto del 'vecchio' possa considerarsi ancora oggi valido.

D'altro canto, il riferimento alle posizioni assunte dalla giurisprudenza, su questioni di diritto societario, già prima della riforma del 2003, si rende ancora oggi necessario per ogni operatore del diritto che con tali questioni sia chiamato a confrontarsi, dal momento che i pochi anni trascorsi dall'entrata in vigore della riforma non hanno consentito il formarsi di nuovi consolidati orientamenti giurisprudenziali e, nel contempo, quando sono stati chiamati a pronunciarsi, i giudici, anche da ultimo, hanno spesso finito con il



confermare le vecchie posizioni, quando, com'è ovvio, ciò è stato reso possibile dal nuovo testo delle norme del Codice.

L'opera recensita, allora, costituisce il tentativo di ricondurre a sistema la nuova disciplina delle società. Essa, infatti, evita un'esposizione eccessivamente legata al mero succedersi delle disposizioni nel Codice e cerca, piuttosto, di inquadrare in categorie giuridiche tradizionali, che conservano integra la loro validità, le nuove norme. Da qui, la sua articolazione in più parti, variamente e sistematicamente suddivise in sezioni, tendenzialmente corrispondenti agli istituti tradizionali della disciplina delle società (costituzione, forme di partecipazione, *corporate governance*, strumenti finanziari e così via).

Particolare spazio viene dato anche ad istituti che, più spesso di quanto non si creda, gli operatori del diritto incontrano nella loro attività quotidiana, quali, ad esempio, le operazioni concernenti il capitale sociale (aumenti e riduzioni), o la trasformazione, la fusione e la scissione.

La trattazione teorica, caratterizzata dal ricorso ad un linguaggio piano e lineare, è affiancata da un'articolata casistica, che offre un'esemplificazione dei modi di concreta applicazione della disciplina, al fine di consentire altresì la verifica dell'esatta comprensione degli istituti trattati.

L'ampiezza della trattazione e il costante richiamo, nei limiti in cui conservano validità, agli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali precedenti alla riforma del 2003, fanno sì che quest'opera possa considerarsi destinata a tutti coloro i quali dovranno confrontarsi, nell'attività professionale o di studio, con i problemi e le questioni giuridiche riguardanti l'attualissima disciplina delle società di capitali.

Il diritto privato della Pubblica Amministrazione, a cura di Pasquale Stanzone e Angelo Saturno Cedam, Padova, 2006, pp. 1193, € 95.

L'opera "Il diritto privato della Pubblica Amministrazione", a cura dei proff. Pasquale Stanzone ed Angelo Saturno, edita da Cedam, trae la propria "occasione" dall'approvazione della L. 15/2005, con la quale si è modificato ed integrato il testo della L. 241/1990.

La novella è intervenuta dunque sulle norme in materia di procedimento amministrativo innestando sul suo sostrato il principio di azione della P.A. chiamata ad agire *iure privatorum* ove non agisca *ex auctoritate*. La norma schiudendo definitivamente all'amministratore gli orizzonti del diritto privato ha alimentato il bisogno di una disamina analitica e sintetica al tempo delle regole dell'azione amministrativa.

Allo stato il connubio ufficiale tra le regole del diritto pubblico, del diritto privato e del diritto europeo nella sua complessa vastità, provoca smarrimento anche per il giurista più esperto. A questo si aggiunge il rischio tipico che la voce del legislatore non giunga all'orecchio dell'amministratore.

L'esigenza dell'opera si delinea proprio nella necessità di sintesi teorico-pratica degli istituti e dei loro effetti, per far sì che le parole degli autori possano colmare quelle distanze, contribuendo alla coerenza di un dialogo allargato a tutti i fruitori del diritto della cosa pubblica.

Il prof. Stanzone, Ordinario di Istituzioni di diritto privato nonché Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Salerno, rimarca autorevolmente come molte siano le regole derogatorie al diritto privato ordinario quando è coinvolta la Pubblica Amministrazione.

Queste deroghe al diritto comune non valgono solo per i profili giurisdizionali, ma anche per il diritto privato sostanziale, basti pensare alla inammissibilità della *culpa in contrahendo* della P.A., alla irrisarcibilità degli interessi legittimi, alla obbligatorietà della forma scritta, al divieto di rinnovo tacito dei contratti, al divieto di compensazione. Tanto, perché in ogni caso la P.A. è soggetta al regime civilistico ordinario solo a condizione di compatibilità con la peculiare natura dell'Ente.

L'opera senza perdere i propri riflessi operativi, esamina profili altamente specialistici, valendosi



dell'apporto di esponenti del mondo accademico, giudiziario e delle professioni legali.

Vale ricordare tra le firme di certo più "prestigiose" quelle dei coautori Guido Alpa, Antonio Catricalà, Pasquale De Lise, Salvatore Sica, Antonio Musio, Claudio Varrone, Sergio De Felice, Alberto De Roberto ed altri ancora.

Il risultato è dunque un volume di preziosa utilità per gli studiosi, per gli operatori pratici e per le stesse Pubbliche Amministrazioni.

La guida dei proff. Stanzone e Saturno, ha garantito la completezza dell'opera, la organicità delle sue parti onde porre in luce su tutto la sistematicità delle interpretazioni della materia e le interconnessioni possibili tra le branche del diritto.

L'opera sarà presentata in Roma presso Palazzo Spada, piazza Capodiferro n. 13, il giorno tredici dicembre del corrente anno. La discussione verrà introdotta dal Presidente Aggiunto del Consiglio di Stato dr. Mario Egidio Schinaia; ne discuteranno con gli autori il primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione dr. Vincenzo Carbone, i proff. Pietro Rescigno e Carlo Malinconico, il dr. Alfonso Quaranta Giudice della Corte Costituzionale e il vice Presidente del Consiglio Superiore della Magistratura dr. Nicola Mancino.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

la redazione

Stop alle lunghe attese dinanzi alle Cancellerie.

Il Consiglio dell'Ordine, proseguendo nel cammino dell'innovazione tecnologica già intrapreso con il Polis web (accesso on line alle cancellerie), ha aderito, per primo nel distretto di Salerno, al progetto EasyNota "La nota di iscrizione a ruolo su codici a barre", la nuova modalità di registrazione del modello per eliminare le code di attesa agli sportelli della cancelleria.

Il software EasyNota nasce da una iniziativa della Cassa Nazionale di Previdenza ed Assistenza Forense di concerto con Lextel s.p.a. e TeamSystem s.p.a. ed è distribuito gratuitamente agli avvocati interessati. Con EasyNota si potrà compilare e stampare agevolmente presso il proprio studio la nota di iscrizione a ruolo anche su codice a barre.

La cancelleria acquisirà, utilizzando un lettore ottico laser, i dati per la compilazione dei registri informatizzati, fornendo, pertanto, immediatamente il numero di registro generale all'utente, con grande risparmio di tempo e senza rischio di errori nella trascrizione.

Il Tribunale di Nocera Inferiore è il primo Tribunale del distretto di Corte di Appello di Salerno ad usufruire dell'innovativo sistema della lettura dei codici a barre per le iscrizioni a ruolo che consentirà, attraverso un utilizzo diffuso da parte degli avvocati, di evitare le lunghe code dinanzi le cancellerie.

Il cd e la documentazione a corredo di EasyNota è ritirabile gratuitamente presso la segreteria dell'Ordine.

Istituito lo sportello notifiche presso l'Ordine degli Avvocati.

Il grave disagio della Classe Forense, dovuto alle carenze strutturali e di personale dell'Ufficio N.E.P. di Nocera Inferiore, ha indotto il Consiglio dell'Ordine a deliberare il 19 settembre scorso l'istituzione di un servizio per il disbrigo di pratiche amministrative, soprattutto nell'ambito giudiziario. L'utilizzo di un service, che, con un piccolo aggravio di costi, provveda a sostituirsi all'avvocato negli adempimenti amministrativi e burocratici, dovrebbe attenuare il disagio.

L'incarico è stato affidato alla agenzia ROres di Rosalba Rescigno, iscritta alla C.C.I.A.A. col n. RSCRLB69C55H431P, n. REA 348179, la quale si

è impegnata a svolgere il servizio delle sentenze on line gratuitamente. Lo sportello è ubicato nella sala avvocati "Plinio Galante". L'ufficio osserverà i seguenti orari: **mercoledì, giovedì e venerdì dalle ore 9.15 alle 12.00.**

Ripartiamo il tariffario relativo ai servizi offerti:

Tribunale

Nella forma "Urgente" il costo indicato è maggiorato del 100%

- Notifiche atti giudiziari in Nocera Inferiore: € 1,00
- Notifiche atti giudiziari in Salerno Cava de' Tirreni e Mercato San Severino: € 3,00
- Richiesta e ritiro copie sentenze ed atti c/o Tribunale Nocera Inferiore: € 2,50
- Richiesta copie e ritiro sentenze ed atti c/o Tribunale di Salerno, Cava de' Tirreni e Mercato San Severino: € 5,00
- Deposito atti e iscrizione a ruolo c/o Tribunale di Salerno, Cava de' Tirreni e Mercato San Severino: € 3,00
- Iscrizione a ruolo di cause c/o Tribunale di Nocera Inferiore: € 1,00
- Deposito ricorsi in Nocera Inferiore: € 1,00
- Certificato del Casellario Giudiziale: € 5,00
- Certificato Carichi Pendenti: € 5,00
- Certificato Fallimentare: € 5,00
- Chiusura Inchiesta: € 5,00

Camera di Commercio

- Certificato di iscrizione al Registro delle Imprese: € 4,00
- Certificato di iscrizione Albi Speciali: € 4,00
- Visure Protesti: € 4,00

Agenzia delle Entrate

- Registrazione atti giudiziari: € 6,00
- Registrazione contratti di locazione: € 8,00

Conservatoria dei registri immobiliari

- Visure nominativo: € 10,00
- Formalità: € 5,00
- Trascrizioni pignoramenti: € 80,00
- Cancellazioni pignoramenti/ipoteche: € 60,00
- Certificati ipo-catastali: € 250,00

Catasto

- Visure: € 8,00

- Planimetrie: € 15,00
- Mappe catastale: € 15,00

Archivio notarile

- Copia atti notarili: € 15,00

P.R.A.

- Visure: € 2,00
- Certificato cronologico: € 5,00
- Perdita di possesso: € 20,00
- Certificati presso i comuni ed altri enti: € 8,00

Tutti i prezzi sopra esposti si intendono al netto dell'IVA del 20% e delle spese vive. La ROres effettuerà servizi anche a domicilio i cui costi saranno maggiorati a secondo della distanza, oltre che presso la propria sede in Roccapiemonte al vicolo Speranza n. 40.

Accesso on line gratuito ai registri civili e penali della Cassazione.

Grazie ad una convenzione stipulata tra la Corte Suprema di Cassazione e il Consiglio Nazionale Forense gli avvocati possono accedere gratuitamente ad un'area riservata del sito della Cassazione, che permette un completo accesso alle informazioni che li riguardano nel rispetto delle limitazioni poste dal Garante.

Questo potrà avvenire dal proprio studio, utilizzando una smart card a norma CNIPA, come quella rilasciata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, tramite il punto di accesso del Consiglio Nazionale Forense presente sul sito www.foronocera.it, sezione "Servizi informatici", pagina "polis web - accesso alle cancellerie", come peraltro previsto dal D.M. 14 ottobre 2004 (Regole tecnico-operative per l'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile) Nel citato Decreto ministeriale si stabilisce che l'avvocato può dialogare telematicamente con il "dominio Giustizia", attraverso una struttura chiamata Punto di Accesso, che deve autenticare l'avvocato nel momento in cui questo accede, anche per la sola consultazione, agli archivi disponibili sul "dominio Giustizia".

La convenzione tra Corte Suprema di Cassazione e Consiglio Nazionale Forense prevede che l'autenticazione per accedere a quest'area riservata avvenga attraverso il "Punto di accesso" sopra menzionato, che deve autenticare l'avvocato nel momento in cui questo acceda, anche per la sola



consultazione, agli archivi tenuti dal "dominio Giustizia".

In pratica il professionista si connette dal proprio studio, tramite internet, al link "Punto di accesso" su menzionato, presente sul sito dell'Ordine, che procede al controllo della validità del certificato contenuto nella smart card e dell'iscrizione dell'avvocato all'albo degli avvocati, senza elementi ostativi allo svolgimento dell'attività difensiva. Qualora le verifiche abbiano esito positivo, l'utente avrà accesso all'area riservata del sito della Corte Suprema di Cassazione per la consultazione dei registri civili e penali.

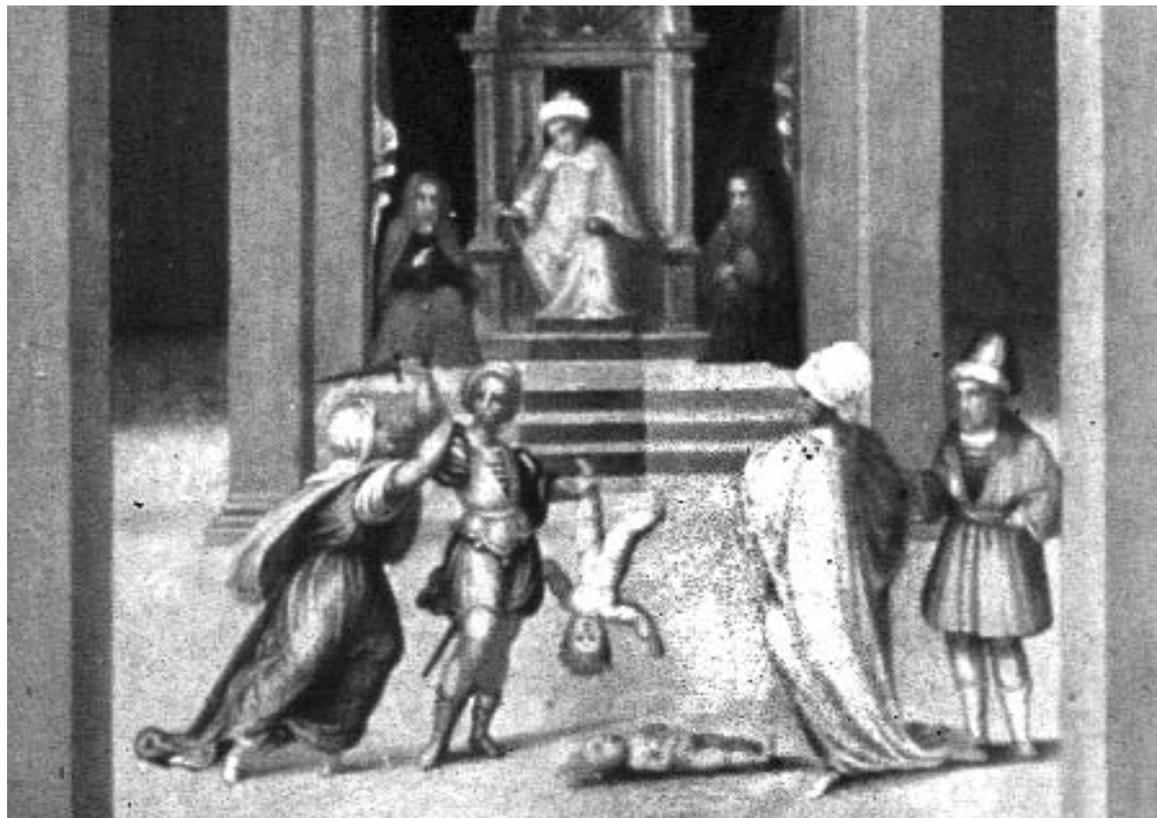
L'avvocato per consultare l'area riservata deve dotarsi dal proprio studio di:

- un personal computer con un browser Internet di versione recente
- una connessione Internet possibilmente di tipo ADSL
- smart card a norma CNIPA con certificato di autenticazione.

Oltre alla smart card, rilasciata dal Consiglio Nazionale Forense per il tramite del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, sono attualmente autorizzate all'accesso quelle rilasciate dai certificatori Actalis, CNIPA, Infocamere e Postecom.

L'abilitazione all'accesso è automatica per gli iscritti al Foro di Nocera Inferiore, in quanto il Consiglio dell'Ordine ha da tempo perfezionato la prescritta convenzione con il Consiglio Nazionale Forense.

È possibile richiedere ulteriori informazioni presso la segreteria dell'Ordine.



STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

	Ordinari	Speciali	Professori	Stranieri	Totali
CASSAZIONISTI	116	6	0	0	122
AVVOCATI	899	7	7	1	914
TOTALE	1015	13	7	1	1036

PRAT. SEMPLICI	196
PRAT. ABILITATI	431
TOTALE	627

CASSAZ. E AVVOCATI	1036
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	627
TOTALE ISCRITTI	1663

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

	Ordinari M • F	Speciali M • F	Professori M • F	Stranieri M • F	Totali M • F
CASSAZIONISTI	107 • 9	5 • 1	0 • 0	0 • 0	112 • 10
AVVOCATI	482 • 417	2 • 5	6 • 1	0 • 1	490 • 424
TOTALE	589 • 426	7 • 6	6 • 1	0 • 1	602 • 434

	M • F
PRAT. SEMPLICI	83 • 113
PRAT. ABILITATI	154 • 277
TOTALE	237 • 390

	M • F
CASSAZ. E AVVOCATI	602 • 434
PRAT. SEMPL. E ABILITATI	237 • 390
TOTALE ISCRITTI	839 • 824