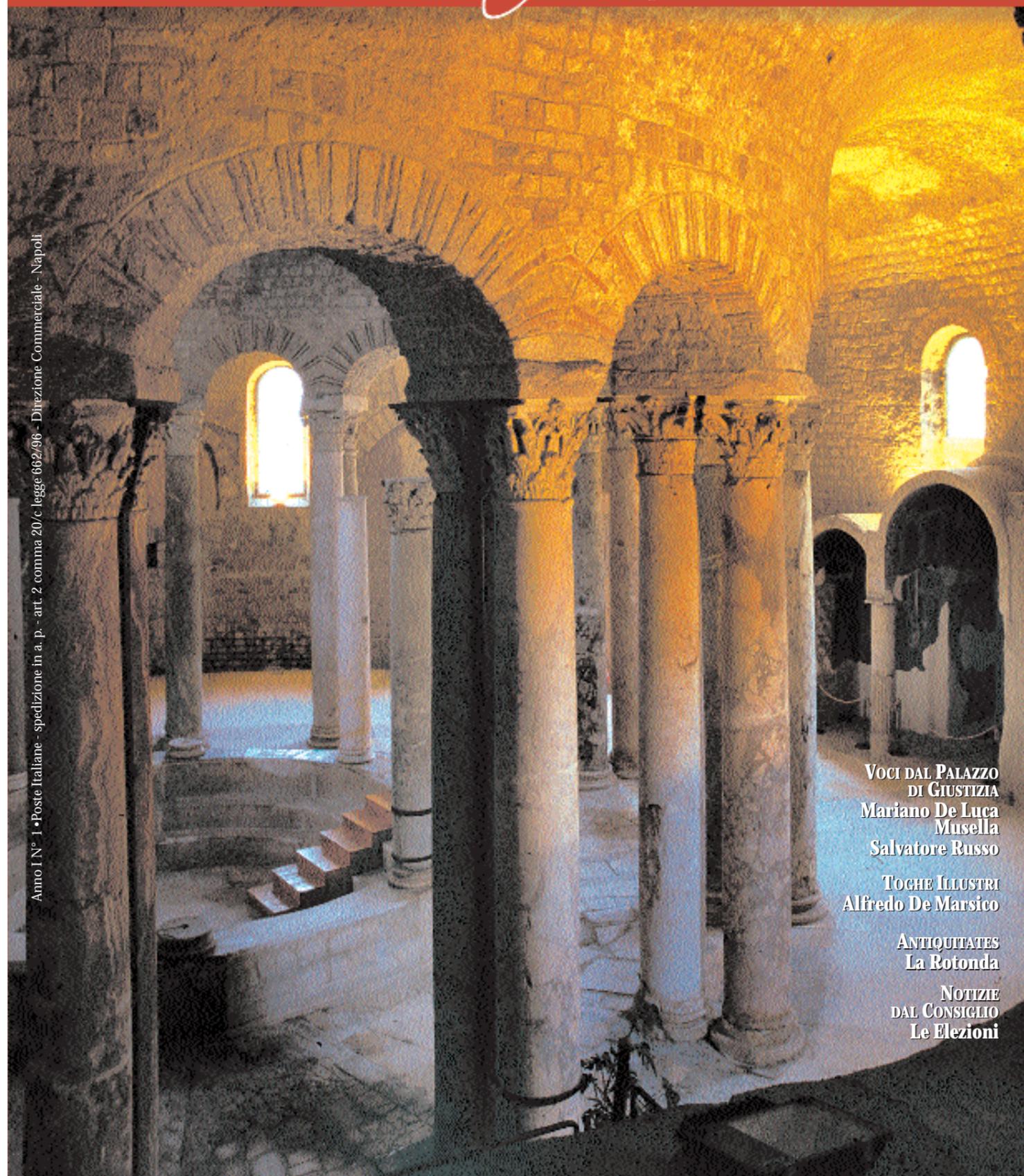


# OMNIA *i*USTITIAE

ANNO I NUMERO 1  
Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

Anno I N° 1 • Poste Italiane - spedizione in a. p. - art. 2 comma 20/c legge 662/96 - Direzione Commerciale - Napoli



VOCI DAL PALAZZO  
DI GIUSTIZIA  
Mariano De Luca  
Musella  
Salvatore Russo

TOGHE ILLUSTRI  
Alfredo De Marsico

ANTIQUITATES  
La Rotonda

NOTIZIE  
DAL CONSIGLIO  
Le Elezioni



**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  
Chiara Falcone  
Gianfranco Liace  
Marco Mainardi  
Piervincenzo Pacileo  
Annalisa Spinelli  
Antonio Torre  
Giuseppe Tortora

**Hanno collaborato a questo numero**

Michele Alfano  
Alba De Felice  
Anna De Nicola  
Teobaldo Fortunato  
Iride Pagano  
Pierpaolo Pesce  
Alessandro Vella

**Proposte e suggerimenti ai contatti**

Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore  
Tel./Fax 081.929600 - 081.927432  
e.mail:  
[d.edi.omniaiustitiae@tiscali.it](mailto:d.edi.omniaiustitiae@tiscali.it)  
per contatti con il direttore editoriale  
[d.res.omniaiustitiae@tiscali.it](mailto:d.res.omniaiustitiae@tiscali.it)  
per contatti con il direttore responsabile  
[redaz.omniaiustitiae@tiscali.it](mailto:redaz.omniaiustitiae@tiscali.it)  
per contatti con la redazione

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:**

**Battistero Paleocristiano  
di Santa Maria Maggiore,  
Nocera Superiore.**

Foto Archivio Altrastampa/Alfio Giannotti  
Per gentile concessione:  
Ufficio Beni Culturali della Diocesi Nocera-Sarno

Realizzazione Editoriale  
**Altrastampa Edizioni, Napoli**

tel./fax 081.5573808  
cell. 338.7133797  
[altrastampa@libero.it](mailto:altrastampa@libero.it)

© 2004 Testi  
Ordine degli Avvocati  
di Nocera Inferiore

# S o m m a r i o

|   |    |  |    |
|---|----|--|----|
| <i>Aniello Cosimato</i><br>Ai colleghi dal Presidente   | 4  | <i>Marco Mainardi</i><br>L'individuazione dei soggetti legittimati a richiedere la Concessione Edilizia e i poteri della P.A. nella recente giurisprudenza   | 38 |
| <i>Luigi Ciancio</i><br>Editoriale  | 5  | <b>TOGHE ILLUSTRI</b><br><i>Michele Alfano</i><br>Alfredo De Marsico, alla riscoperta delle radici dell'Avvocatura   | 42 |
| <b>VOCI DAL PALAZZO DI GIUSTIZIA</b><br><i>La redazione</i><br>Intervista al Presidente della Seconda Sezione Civile Salvatore Russo          | 6  | <b>OPINIONI A CONFRONTO</b><br><i>Alba De Felice</i><br>Brevi riflessioni sulla centralità del ruolo dell'avvocato, in rapporto al minore, nei giudizi di separazione e di divorzio  | 43 |
| <br>Intervista al Presidente della Sezione Penale Mariano De Luca Musella   | 7  | <b>HISTORIA ET ANTIQUITATES</b><br><i>Luigi Ciancio</i><br>Nuceria Alfaterna, la fine della Storia   | 46 |
| <b>DOTTRINA E GIURISPRUDENZA</b><br><i>Gianfranco Liace</i><br>L'imprenditore agricolo può essere dichiarato fallito?                         | 9  | <i>Teobaldo Fortunato</i><br>Il Battistero di Santa Maria Maggiore detto la Rotonda  | 51 |
| <i>Piervincenzo Pacileo</i><br>Un nuovo criterio per il calcolo del danno biologico   | 11 | <b>DEONTOLOGIA FORENSE</b><br><i>Anna De Nicola</i><br>L'articolo 13 del Codice Deontologico, il dovere di aggiornamento professionale   | 54 |
| <i>Pierpaolo Pesce</i><br>L'accordo di separazione consensuale omologato non può essere impugnato per simulazione                             | 13 | <b>APPUNTAMENTO CON LA FORMAZIONE</b><br><i>la redazione</i><br>Bando di concorso per una Borsa di Studio in memoria dell'avvocato Leonello Leonelli da attribuire a praticanti avvocati e avvocati cultori del Diritto d'autore | 55 |
| <i>Antonio Torre</i><br>Applicabilità dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori ai dirigenti di ogni livello                               | 18 | <b>LA PAGINA DEI CONVEGNI</b><br><i>a cura di Annalisa Spinelli</i><br>"La Responsabilità Civile della Banca" Saggio dell'avvocato Gianfranco Liace  | 56 |
| <i>Giuseppe Tortora</i><br>L'imminenza della scadenza dei termini della custodia cautelare consiglia la violazione del principio dell'oralità | 21 | <b>LA RUBRICA DELLA MEMORIA</b><br><i>a cura di Matteo Baselice</i><br>L'Avvocatura nei ricordi di Domenico D'Ambrosi  | 58 |
| <i>Iride Pagano</i><br>Il nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di concorsi interni   | 23 | <b>FORO CHE VAL... USANZE CHE TROVI</b><br><i>a cura di Matteo Baselice</i>  | 60 |
| <i>Alessandro Vella</i><br>Incompatibilità ambientale di un dipendente di una Pubblica Amministrazione  | 25 | <b>NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE</b><br><i>la redazione</i><br>Elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati  | 62 |
| <i>Chiara Falcone</i><br>Modifiche al Codice Civile ed istituzione dell'amministrazione di sostegno   | 28 | L'insediamento del Consiglio e la premiazione delle Toghe d'Onore  | 63 |
| <i>Silvio Calabrese</i><br>Articolo 7 D.L. n. 152/1991: uso e abuso dell'aggravante in tema di criminalità organizzata                        | 32 | Statistiche iscritti   | 64 |
| <i>Maria Coppola</i><br>I mezzi di prova nel processo amministrativo  | 34 |  |    |

## Ai Colleghi dal Presidente



**A** nome mio personale e di tutti i Consiglieri eletti ringrazio i colleghi che hanno partecipato alle elezioni manifestandoci la loro fiducia per il biennio 2004-2005.

Il nuovo Consiglio imposterà la propria azione, come per il passato, a difesa della dignità dell'Avvocatura dedita per cultura, costume ed appartenenza ai valori dell'autonomia, dell'indipendenza e della libertà.

Libertà ed indipendenza dell'Avvocatura costituiscono una grande necessità sociale potendosi realizzare soltanto attraverso l'autonomia dell'Ordine che, per usare le parole di Zanardelli "è signore del suo Albo" e, di conseguenza, è «... signore della sua disciplina».

Dall'amore verso questi valori nasce il rispetto per la Magistratura in genere e, per quanto ci riguarda, verso quella del circondario perché sappiamo di poter contare sulla piena disponibilità dei suoi organi direttivi, nella consueta cordialità dei rapporti e dal conseguente rispetto delle diverse funzioni.

L'azione consiliare, come per il passato, sarà improntata, inoltre, alla massima trasparenza e allo spirito di continuo servizio in favore degli iscritti a tutela dei loro interessi, senza mai perdersi in vuoti formalismi.

Porteremo ancora in Commissione di Manutenzione il nostro contributo affinché la Cittadella Giudiziaria possa diventare realtà, senza dimenticare quello che fino ad oggi è stato fatto su un percorso iniziato dieci anni or sono.

A tal proposito voglio ricordare l'impegno dei miei predecessori, avvocati Lucio Grimaldi e Michele Alfano, quello dei Presidenti di questo Tribunale, dottor Stefano Pignataro e dottor Guglielmo Amato, quello dei Procuratori, dottor Felice Di Persia e dottor Domenico Romano e quello di due Sindaci, ma prima di tutto avvocati ispirati ai valori della toga, i colleghi Aldo Di Vito e Antonio Romano.

Forte sarà l'impegno per la concreta istituzione della biblioteca, strumento essenziale per gli operatori del diritto, che dovrà essere aperta e disponibile anche per gli studenti.

Il Consiglio, in linea con l'orientamento che considera il ruolo dell'Ordine quale garante della qualità professionale dei propri iscritti, si dovrà attivare per l'istituzione della Scuola Forense, sensibilizzando però anche gli Enti locali onde reperire quei fondi necessari al funzionamento della stessa, in considerazione che la preparazione dell'avvocato è anche interesse della collettività.

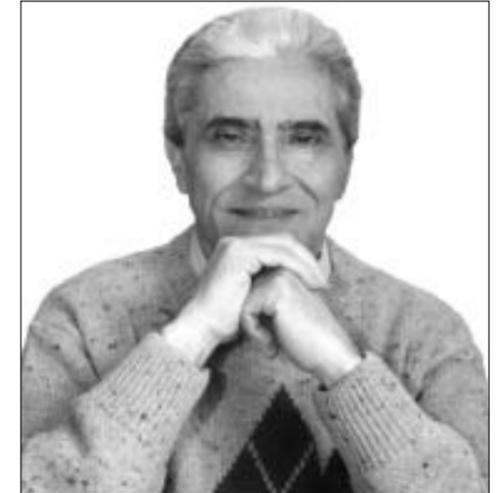
Ritengo che i colleghi eletti, ai quali va il mio ringraziamento, daranno all'Avvocatura del circondario quel grande contributo umano e professionale tale da farle ricoprire quel ruolo di primaria importanza che le compete nella società civile, risultato raggiungibile attraverso comportamenti ispirati alla massima concretezza e scevri da vuoti e dannosi formalismi.

Su questi problemi, per poter raggiungere il risultato di una Giustizia efficiente, è necessaria la partecipazione di tutti. Ancor più, se si considera che la durata del Consiglio, prevista dalla legge in soli due anni, è insufficiente al raggiungimento di tutti gli obiettivi che ciascun eletto si propone.

Di tutto informeremo i colleghi, anche attraverso questa rivista, fiduciosi che - una volta smesse le schermaglie elettorali - ognuno darà il suo apporto, nell'interesse generale della categoria.

Aniello Cosimato

## Editoriale di Luigi Ciancio



**R**ieccoci! Nel rispetto degli impegni assunti col n. 0 e con una rivista meglio attrezzata graficamente, più elegante, chiaramente leggibile.

I suggerimenti, quelli tesi a migliorare la rivista, sono sempre opportuni e graditi; al pari della collaborazione di tutti che, benché sollecitata, resta rara avis.

Una pubblicazione come la presente, in tanto acquisisce autorevolezza in quanto diventa uno strumento essenziale di dibattito al quale partecipino tutti gli iscritti, e ancor più i valenti giuristi che operano in questo foro.

È fermo convincimento di chi scrive che l'Avvocatura, nell'attuale momento debba assumere un ruolo di centralità rispetto ai notevoli contrasti che, puntuali e frequenti, oppongono Magistratura e potere politico.

La recente decisione dell'ANM di sospendere la protesta già fissata per alcuni giorni del mese di marzo è stata ampiamente apprezzata, nella speranza che la tregua serva a trovare un minimo di intesa sulla riforma della Giustizia, tale da essere condivisa da tutte le componenti del mondo giudiziario.

E sul dibattito in corso, peraltro già avviato nel precedente numero, assume importanza ragguardevole la voce dei colleghi che, nell'espletamento dell'attività professionale, riaffermano il ruolo propulsivo dell'Avvocatura.

La quale, in un momento in cui si riscontrano profondi mutamenti in atto, deve essere capace di proporre ed elaborare progetti idonei ad individuare obiettivi precisi per il raggiungimento di traguardi che diano prova delle sue potenziali capacità.

Chi scrive si augura, da sempre, che i rapporti tra avvocati e magistrati - al di là di ogni possibile riforma - siano improntati al reciproco rispetto. Ci soccorrono, in proposito, le parole di Pietro Calamandrei: «bisognerebbe che ogni avvocato per due mesi all'anno facesse il giudice; e che ogni giudice per due mesi all'anno facesse l'avvocato. Imparerebbero così a comprendersi e a compatirsi reciprocamente e si stimerebbero di più».

Ed a proposito di stima!

La nostra avvocatura, a fronte delle oscure quanto insensate minacce pervenute al Procuratore Capo e ad una sua Sostituta, si oppone compatta ad ogni tipo di attacco strumentale confermando la profonda convinzione che le "Istituzioni" restano forti nella misura in cui tutte le componenti, ognuna per la sua parte, mantenga unitarietà di opinione.

Unitarietà che costituisce l'elemento essenziale di un organismo come il Consiglio dell'Ordine, ed il nostro, rinnovato in parte, deve essere animato da spirito costruttivo e non, invece, da propositi polemici che, restando fine a se stessi, servono solo a rappresentare all'esterno un'immagine sfocata.

Unitarietà che, peraltro, non significhi un animismo, atteso che la diversità di opinioni e di volontà vivifica il dibattito e valorizza ogni energia, purché indirizzata al raggiungimento di obiettivi, comuni all'intera classe forense.

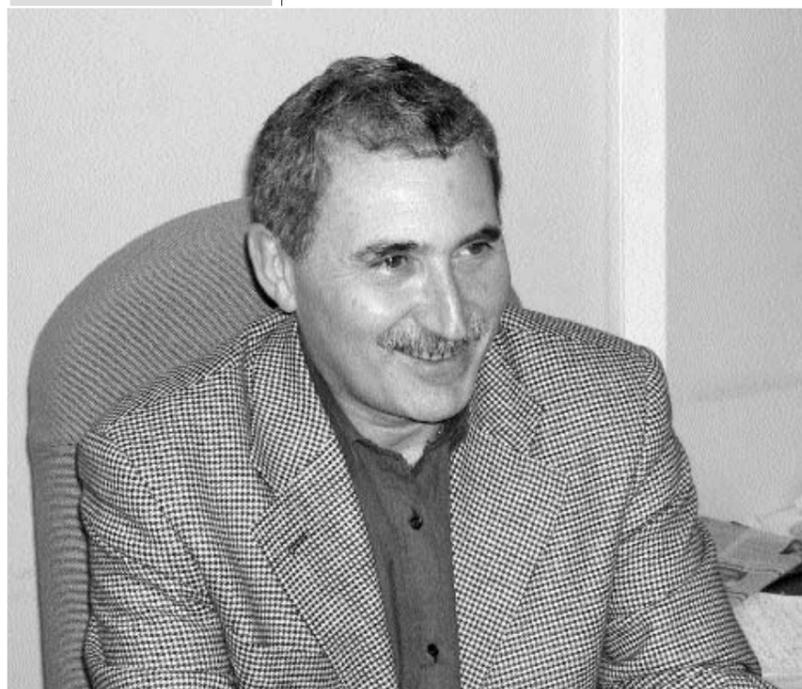
Alla prossima.

## Voci dal Palazzo di Giustizia

### INTERVISTA AL PRESIDENTE DELLA SECONDA SEZIONE CIVILE SALVATORE RUSSO.

#### Quali sono i rapporti con il Foro nocerino?

È uno dei fori dove il rispetto del ruolo è molto marcato. Non ho mai dovuto far fronte all'aggressività tipica dei fori metropolitani, dove le conflittualità sono evidenti e molto forti.



#### La riforma dell'ordinamento giudiziario: qual è la sua posizione sulla controversa questione che solleva tante polemiche a livello nazionale?

Vi sono dei nodi essenziali da cui non si può prescindere, l'attuale capo del Governo, ma anche la passata gestione, non hanno fatto nulla sul conflitto di interessi che ci ritroviamo a dover affrontare oggi. L'Italia attualmente è l'unico paese dove esiste una situazione in cui il capo del Governo deve rispondere anche di reati davanti al Tribunale. Abbiamo una democrazia apparente e claudicante. La stessa argomentazione politica manca di qualsiasi legittimazione. Di qui le conflittualità con il potere giudiziario. La supplenza del potere giudiziario si verifica quando c'è uno

scadimento dell'azione politica. Gli unici provvedimenti che sono stati presi riguardano i reati della microcriminalità, ovvero sono state mitigate le pene.

I reati, che hanno conseguenze se vogliamo più a lungo termine - mi riferisco ad esempio al falso in bilancio - hanno subito una metamorfosi che non tocca i colletti bianchi.

#### La sicurezza del Tribunale di Nocera Inferiore: è un problema o solo un argomento vuoto di polemica?

Esiste sicuramente un problema sicurezza, che non dipende dalla presidenza del Tribunale, ma dalle autorità delle forze dell'ordine, che dispongono di poche risorse, strumentali e di personale, per far fronte ai necessari provvedimenti da prendere. È chiaro che con le sole forze di polizia, che tra l'altro dispongono di poco personale, un Tribunale come quello di Nocera Inferiore si ritrova ad avere un "problema sicurezza".

#### Il carico di lavoro.

Per quanto riguarda il Tribunale civile, la cui situazione conosco per ovvi motivi, l'efficacia dell'azione giudiziaria dipende solo dall'abnegazione e dalla buona volontà dei giudici. Come tutti i tribunali periferici, gli uffici mancano di personale sufficiente. D'altra parte questo aspetto tocca anche risvolti politici, infatti i grandi tribunali hanno una visibilità maggiore e di conseguenza un maggior ruolo politico. Nel 2000 una delegazione del Tribunale è andata in visita dall'allora Ministro Diliberto, per chiedere un aumento di organico. La risposta di Diliberto fu molto chiara. Ci disse che solo il Tribunale di Montepulciano non lamentava un organico insufficiente in tutta Italia, quindi il problema di cui ci eravamo fatti portavoce è un problema endemico. Tuttavia non considerava che nei tribunali di periferia arriva un carico di lavoro enorme, molto più grande dell'organico che deve smaltirlo. Manca, infatti, la valutazione dei fabbisogni reali del territorio, al fine di una distribuzione equa del personale sul territorio. Dall'altra parte, per il tribunale circoscrizionale di Nocera Inferiore, va considerata anche una sopravvenienza di notevole portata. Il Palazzo di Giustizia non scoppia per la buona volontà dei Magistrati, che riescono a smaltire un numero di cause superiore alla norma. Anche a Salerno la sopravvenienza non è quantitativamente importante come qui da noi.

### INTERVISTA AL PRESIDENTE DELLA SEZIONE PENALE MARIANO DE LUCA MUSELLA.

#### La sicurezza è un problema per il Palazzo di Giustizia nocerino, soprattutto considerando la situazione specifica dei Magistrati che lavorano alla sezione penale?

Non potrei rispondere che con un esempio. Poche



sere fa abbiamo finito le udienze alle 19.30. Siamo usciti dalle nostre stanze per andare ognuno alle automobili e fuori non c'era nessuno, se non il piantone che, giustamente stava ben rintanato al suo posto. Il servizio di sicurezza, non appena terminata l'udienza, si conclude e chi lo svolge va via. Nel parcheggio eravamo solo noi e le persone che, pochi minuti prima, avevamo condannato a sette, otto o più anni di pena... tutto ciò è la sicurezza nel Tribunale nocerino. Oltre un metal detector che spesso non funziona e che, quando funziona, segnala anomalie che non sono considerate tali, non abbiamo misure di sicurezza. Ho partecipato, anni fa, ad un Comitato per la sicurezza presso la Prefettura di Salerno, ma era solo un palleggiamento di responsabilità. Il

Prefetto sosteneva che andava migliorata la sicurezza esterna, perché in tal modo non sarebbero necessarie particolari misure di sicurezza interne. Così di seguito, tutti cercavano di rimandare gli eventuali impegni a qualcun altro.

#### La riforma dell'ordinamento giudiziario: qual è la sua posizione sulla dibattuta questione che solleva tante polemiche a livello nazionale?

Non è facile rispondere. Potremmo iniziare e continuare fino a riempire tutte le pagine della rivista, se volessimo parlare toccando tutti gli aspetti e le sfaccettature. Tuttavia uno tra questi, forse, è l'aspetto preminente, il principio di divisione dei poteri che è elemento fondamentale di ogni Stato democratico. Lì dove i poteri sono concentrati vi è uno Stato assoluto. La divisione comporta che il potere giudiziario non abbia alcun collegamento con il potere legislativo e con quello esecutivo, né ne sia condizionato in alcun modo. Per comprendere meglio ciò che può accadere basta guardare alla proposta di modificare le modalità di progressione in carriera. Se quest'ultima avverrà attraverso concorsi gestiti dalla Scuola di Magistratura presso la Cassazione, costituita da componenti nominati dal Ministro della Giustizia, dall'Università e dal Consiglio superiore della Magistratura, ci vuol poco a capire l'influenza che la componente politica può esercitare. La divisione dei poteri, principio cardine di ogni Stato democratico, viene in tal modo del tutto annullata, perché è evidente l'ingerenza di un potere sull'altro. Ed è un controllo che si espande non solo sulla progressione in carriera dei magistrati, ma anche sull'interpretazione della norma. Il lavoro del legislatore è come costruire mattoni, ovvero gli elementi primi con cui edificare palazzi, case, ma per poter procedere alla costruzione vera e propria di una struttura articolata è necessario l'intervento di un architetto, ovvero di chi ha una visione di insieme del caso giudiziario. Non si può trasformare un giudice in un calcolatore, per cui a quel reato va sempre applicata quella pena in quella misura. Non può esservi una restrizione interpretativa della legge. Una parte della riforma prevede l'illecito disciplinare, che punisce l'interpretazione della legge in maniera difforme dalla volontà legislativa, ovvero prevede come illecito la cosiddetta "interpretazione creativa", o meglio una interpretazione non strettamente conforme alla norma. Tale sarebbe



stata considerata, ad esempio, se la riforma fosse stata già vigente, la sentenza data dal Tribunale di Milano sul tema delle rogatorie. La norma prevede la restrizione dell'utilizzo degli atti giudiziari di autorità straniera, richiesti da autorità italiane, senza la vidimazione di autenticità. Il diritto internazionale ha sempre ritenuto che l'autenticazione fosse implicita nella stessa trasmissione degli atti dall'autorità giudiziaria di un paese a quella di un altro paese. Di qui il Tribunale di Milano stabilì che l'utilizzo degli atti in rogatoria internazionale potessero essere utilizzati. Questo potrebbe essere l'esempio di una interpretazione creativa. Dunque che cos'è la restrizione interpretativa della legge se non una forma di ingerenza nel potere giudiziario?

La tutela del diritto si evolve come si evolve la società dove esso è applicato ed ha permesso di aggiungere nella previsione della norma forme di tutela che prima non c'erano.

Carlo Coppola,  
Il Tribunale  
della Vicaria,  
Napoli, Museo  
di San Martino.

#### I rapporti con l'Avvocatura del Foro nocerino.

Ne ho sempre detto più che bene, perché ritengo che il rapporto con gli avvocati del Foro di Nocera Inferiore sia una delle poche cose di cui non c'è nulla da ridire. Ho avuto modo di conoscere persone perbene, che si rendono conto che siamo tutti nella stessa barca, che viviamo le stesse difficoltà, quindi sono sempre disponibili a cercare soluzioni alle difficoltà che viviamo quotidianamente.

#### Il carico di lavoro.

Abbiamo avuto una redistribuzione collegiale del lavoro con la sezione monocratica, che conta otto giudici monocratici. Il carico di lavoro della sezione penale del Tribunale di Nocera Inferiore è notevole, basti pensare che quello del Tribunale di Torino è di 60 processi per magistrato, mentre a Nocera Inferiore va dai 180 a 240 processi. Anche il rapporto con Salerno è di 1 a 7.

## Dottrina e Giurisprudenza

Gianfranco Liace

### L'imprenditore agricolo può essere dichiarato fallito?

Tribunale di Mantova 4 dicembre 2003.

*L'imprenditore agricolo nel momento in cui pone in essere un'attività di tipo commerciale, deve essere considerato un imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c., pertanto, può essere assoggettato alle procedure concorsuali.*

La sentenza, oggetto del presente commento, analizza un aspetto di particolare rilievo ed interesse, ovvero se l'imprenditore agricolo può essere dichiarato fallito. Il ricorrente pone alla base del proprio ricorso tre elementi che di seguito andiamo ad esaminare.

#### L'articolo 2135 c.c. alla luce della novella.

L'impianto normativo del codice civile traccia tre diverse categorie d'imprenditori, ovvero l'imprenditore commerciale, l'imprenditore agricolo<sup>1</sup> ed infine il piccolo imprenditore<sup>2</sup>. Ognuna di queste categorie riceve una disciplina "di settore", nel senso che alle disposizioni generali si affiancano delle norme di carattere peculiare. Orbene, all'imprenditore agricolo si applica lo statuto dell'imprenditore? La nozione d'imprenditore agricolo si sottrae all'applicazione di norme dettate per l'imprenditore commerciale, come ad esempio, la tenuta delle scritture contabili<sup>3</sup> ed infine la non assoggettabilità al fallimento e alle altre procedure concorsuali<sup>4</sup>. In passato l'imprenditore agricolo non era neppure soggetto all'iscrizione nel registro pubblico delle imprese. Oggi tale assunto non corrisponde al vero. Con l'entrata in vigore della l. 29 dicembre 1993, n. 580 e del relativo regolamento contenuto nel d.p.r. 7 dicembre 1995, n. 581, l'imprenditore agricolo è tenuto ad iscriversi presso il registro delle imprese nella sezione speciale ai soli fini di certificazione anagrafica (art. 8)<sup>5</sup>. Un'importante innovazione è stata introdotta dall'art. 2 d. lgs. 18 maggio 2001, n. 228 stabilisce che, l'iscrizione degli imprenditori agricoli, dei coltivatori diretti e delle società semplici esercenti attività agricola nella sezione speciale del registro delle imprese di cui all'articolo 2188 e seguenti del codice civile, oltre alle funzioni di certificazione anagrafica ed a quelle previste dalle leggi speciali, ha l'efficacia di cui all'articolo 2193 del codice civile. Possiamo, dunque, notare che lo stesso statuto dell'imprenditore

agricolo è in forte evoluzione<sup>6</sup>.

Il presente quadro normativo consente di poter completare, in modo esaustivo, l'analisi dell'art. 2195 c.c.. La norma testé richiamata prevede che: «le disposizioni della legge che fanno riferimento alle attività e alle imprese commerciali si applicano, se non risulta diversamente, a tutte le attività indicate in questo articolo e alle imprese che le esercitano». Siamo in grado, quindi, di affermare che è imprenditore commerciale colui che rientra nella previsione contenuta nell'art. 2195 c.c., o in ogni caso l'imprenditore che è considerato tale ai sensi dell'art. 2082 c.c.<sup>7</sup>.

La disciplina dell'imprenditore agricolo ha subito importanti innovazioni con l'introduzione del d. lgs. n. 228/2001, in quanto del vecchio impianto normativo è rimasta intatta solo la definizione di imprenditore agricolo principale. La stessa giurisprudenza evidenzia come, in seguito alla novella gli elementi costitutivi della nozione giuridicamente rilevante dell'attività agricola sono, rispettivamente, il "ciclo biologico", che va inteso come il complesso di attività dirette al mantenimento o all'evoluzione di una specie vegetale o animale e "l'utilizzo del fondo", quale strumento, effettivo o solamente potenziale, per l'esercizio di tale attività<sup>8</sup>. Il legislatore precisa che per coltivazione del fondo, per selvicoltura e per allevamento di animali s'intendono le attività dirette alla cura e allo sviluppo di un ciclo biologico o di una fase necessaria del ciclo stesso, di carattere vegetale o animale, che utilizzano o possono utilizzare il fondo, il bosco o le acque dolci, salmastre o marine. Inoltre, s'intendono, in ogni caso, connesse le attività esercitate dal medesimo imprenditore agricolo, dirette alla manipolazione, conservazione, trasformazione, commercializzazione e valorizzazione che abbiano ad oggetto prodotti ottenuti prevalentemente dalla coltivazione del fondo o del bosco o dall'allevamento di animali, nonché le attività dirette alla fornitura di beni o servizi mediante l'utilizzazione prevalente di attrezzature o risorse dell'azienda normalmente impiegate nell'attività agricola esercitata, ivi comprese le attività di valorizzazione del territorio e del patrimonio rurale e forestale, ovvero di ricezione ed ospitalità come definite dalla legge.

Nell'analizzare il dettato normativo ci accorgiamo, immediatamente, che la locuzione «allevamento del bestiame» è sostituita con l'espressione «allevamento di animali». Il mutamento della terminologia racchiude un'importante innovazione,

poiché il termine bestiame si riferisce solo all'insieme di animali legati al fondo e che sono adibite alla lavorazione dello stesso. Sull'argomento, in passato, si era aperto un importante dibattito dottrinale. Parte della dottrina riteneva che l'art. 2135 c.c. dovesse essere interpretato in modo estensivo comprendendo anche gli animali da pelliccia, le specie avicole, l'itticoltura ecc. Il legislatore utilizzando l'espressione «animali» da fine a tutti i dibattiti dottrinali, in quanto con il presente termine si considerano tutti gli esseri viventi<sup>9</sup>.

Altro elemento di particolare rilievo è rappresentato dal contenuto del secondo comma dell'art. 2135 c.c. Si considerava imprenditore agricolo chi «utilizzava il fondo», mentre, oggi sono considerati imprenditori agricoli non solo chi utilizza il fondo, ma anche coloro che lo possono utilizzare. Così viene meno uno dei capisaldi della vecchia nozione di imprenditore agricolo, ovvero che l'attività si doveva necessariamente svolgere su un fondo<sup>10</sup>.

Nella fattispecie in esame il ricorrente eccepisce che l'allevamento di suini non può essere considerata attività agricola, perché manca una connessione diretta con il fondo, nel senso che manca un collegamento con il fondo. Il presente assunto, così come rilevano i giudici di merito, non può avere nessun fondamento per le ragioni che sopra si sono illustrate<sup>11</sup>.

#### La dichiarazione di fallimento.

Secondo il disposto dell'art. 1 della l. fall. l'imprenditore agricolo, in caso di insolvenza, è escluso dal novero dei soggetti fallibili; quindi, in linea di principio non ammettiamo la possibilità di sottoporre l'imprenditore agricolo ad una procedura concorsuale<sup>12</sup>. La stessa giurisprudenza ha affermato che l'imprenditore agricolo, non è soggetto a fallimento, anche se esercita in via esclusiva l'attività di itticoltura<sup>13</sup>.

È da considerarsi imprenditore agricolo, escluso dal fallimento, chi esercita l'allevamento del bestiame, inteso come complesso di attività diretta non già all'acquisto per la vendita, ma all'alimentazione, alla cura ed allo sviluppo del bestiame per un incremento quantitativo e qualitativo del patrimonio zootecnico<sup>14</sup>.

Non può essere considerato imprenditore agricolo, come nel caso in esame, chi acquista animali per rivenderli, senza contribuire con la propria attività al compimento del loro ciclo biologico, in

questo caso siamo innanzi ad un imprenditore commerciale<sup>15</sup>.

L'esclusione dell'imprenditore agricolo dal fallimento oggi, come in passato, suscita molte perplessità, poiché la riforma (d. lgs. n. 228/2001) ha ampliato la nozione di imprenditore agricolo, anche se si pensa che per l'esercizio dell'attività agricola sono utilizzati sofisticati macchinari, ad alta tecnologia, ed è sempre più frequente il ricorso al credito in misura ingente<sup>16</sup>. L'imprenditore agricolo ha assunto i medesimi connotati dell'imprenditore commerciale, dunque, è necessario applicare al primo lo statuto dell'imprenditore commerciale.

#### Considerazioni conclusive.

La posizione assunta dal Tribunale di Mantova è condivisibile, perché l'imprenditore agricolo nella fattispecie in esame ha posto in essere una serie di operazioni commerciali di rilevante entità. La stessa giurisprudenza di legittimità precisa che, basta anche il compimento di un singolo affare, avuto riguardo alla rilevanza economica dell'operazione medesima<sup>17</sup>. Altro elemento tenuto in considerazione è la prestazione di una garanzia fideiussoria di rilevante importo.

La qualificazione di un'attività d'impresa come commerciale o agricola va operata esclusivamente alla stregua delle norme del codice civile e della legge fallimentare, senza che spieghi, al riguardo, rilevanza la normativa fiscale e contributiva<sup>18</sup>.

L'imprenditore agricolo può essere dichiarato fallito nel momento in cui esercita un'attività commerciale.

- 1 Cottino G., *L'imprenditore. Diritto Commerciale*, vol. I, t. I, Padova, 2000, 103; Campobasso G.F., *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, quarta edizione, Torino, 2003, 48; F. Corsi, *Lezioni di diritto dell'impresa*, Milano, 1992, 36; Papa Malatesta A., *L'imprenditore commerciale*, Milano, 1998, 123; Di Cecco G., *L'attività agricola*, in *Diritto commerciale. I. L'impresa*, Terranova G. (a cura di), Torino, 1999, 31; Dalle Vedove G., *Nozione di diritto dell'impresa*, Padova, 2000, 31; Casanova M., *Impresa e azienda*, in *Trattato di diritto civile*, vol. X.1., Vassalli F. (a cura di), Torino, 1974, 103; Iannelli D., *L'impresa*, in *Giur. sistem. di diritto civile e comm.*, fondata da W. Bigiavi, Torino, 1987, 201; Genovese A., *La nozione giuridica dell'imprenditore*, Padova, 1990, 75; Ghiozzì E., *L'imprenditore commerciale. Saggio sui limiti del formalismo giuridico*, Bologna, 1998, 178; Buonocore V., *L'impresa*, in *Tratt. di diritto commerciale*, Sez. I, t. 2.1, Buonocore V. (a cura di), Torino, 2002, 504; Ferrara jr.F. - Corsi F., *Gli imprenditori e le società*, dodicesima edizione, Milano, 2001, 57; Irti N. (a cura di), *Diritto agrario italiano*, Torino, 1978.
- 2 Capo G., *La piccola impresa*, in *Tratt. di diritto commerciale*, Sez. I, t. 2.III, diretto da V. Buonocore, Torino, 2002.
- 3 Si vedano gli artt. 2214-2220. Sull'argomento Bocchini E., *Manuale di diritto della contabilità delle imprese - I. Le scritture contabili*, Torino, 1989.
- 4 Cfr art. 2221 c.c.; art. 1 l. fall.; art. 2 d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270.
- 5 Ragusa Maggiore G., *Il registro delle imprese. Artt. 2188-2202*, in *Commentario P. Schlesinger*, Milano, 1996, 8; Bocchini E., *Manuale del registro delle imprese*, Padova, 1999, p. 12; Pavone La Rosa A., *Il registro*

delle imprese, in *Tratt. di diritto commerciale*, Sez. I, t. 4, diretto da Buonocore V., Torino, 2001; Marasà G. - Ibba C., *Il registro delle imprese*, Torino, 1997.

- 6 Buonocore V., in *Manuale di diritto commerciale*, quarta edizione, Torino, 2003, 69.
- 7 G. Bonfante G. - Cottino G., *L'imprenditore*, in *Tratt. di dir. comm.*, Cottino G. (a cura di), vol. I, Padova, 2001, 460.
- 8 Trib. S. Maria Capua Vetere, 9 aprile 2002. Prima dell'entrata in vigore della riforma si veda Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 1989, n. 18, in *Fallimento*, 1989, 699: «Le norme speciali - come i regolamenti della Cee - che, in vista di particolari scopi, considerano determinate attività d'impresa come agricole anziché commerciali non apprestano a tali attività una qualificazione di imprenditore agricolo suscettibile di generale applicazione, sicché ai fini della soggezione al fallimento la qualificazione di un'attività d'impresa come commerciale o agricola va operata in base alle norme del codice civile che definiscono i due tipi di impresa; ne deriva che l'impresa agricola è suscettibile di essere dichiarata fallita quante volte non possa essere qualificata tale alla stregua dell'art. 2135 c.c. per la mancanza di un collegamento funzionale tra un fondo rustico e l'attività di allevamento, quando cioè l'allevamento non tragga occasione e forza dallo sfruttamento (diretto o indiretto, parziale o totale, ma comunque determinante) del fondo agricolo».
- 9 Lazzara C., *Impresa agricola. Disposizioni generali*, in *Commentario al Codice Civile*, Scialoja A.-Branca G. (a cura di), artt. 2135-2140, Bologna-Roma, 1980; Alessi R., *L'impresa agricola*, in *Il Codice Civile*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1990; Romagnoli E., *L'impresa agricola*, in *Tratt. di diritto privato* seconda edizione, diretto da P. Rescigno, 2001, 235; Id. *Impresa agricola*, in *Digesto, Sez. Comm.*, vol. VII, Torino, 1992, 76; Bione M., *L'imprenditore agricolo*, *Tratt. di diritto comm. e diritto pubbl. economia*, diretto da Galgano F., Padova, 1978, 449.
- 10 Galloni G., *Impresa agricola. Disposizioni generali*, in *Commentario al Codice Civile A. Scialoja e G. Branca*, Galgano F. (a cura di), artt. 2135-2140, Bologna-Roma, 2003. La nozione di imprenditore agricolo contenuta nell'art. 2135 c.c. (nel testo precedente alla novella di cui al d.lg. n. 228 del 2001), alla quale occorre necessariamente fare riferimento per il richiamo contenuto nell'art. 1 l. fall., presuppone che l'attività economica sia svolta con la terra o sulla terra e che l'organizzazione aziendale ruoti attorno al "fattore terra". Ne consegue che il riferimento al solo ciclo biologico del prodotto (pur se esatto dal punto di vista tecnico) non esaurisce il tema d'indagine devoluto al giudice di merito per l'accertamento, ai fini della soggezione al fallimento, della natura dell'impresa. (La S.C. ha così cassato la sentenza che aveva ritenuto che l'attività di ortoflorovivaista potesse essere qualificata agricola, non in base alla coltivazione diretta del fondo, bensì in relazione al fatto che la produzione dipende da un ciclo biologico che, nonostante le tecniche di perfezionamento, non è mai controllabile e, rispetto al quale, il fondo può ridursi a sede dell'attività produttiva). Cfr. Cass. Civ., sez. I, 5 dicembre 2002, n. 17251, in *Giur.*, 2003, 7, 70. Nello stesso senso cfr. Cass. Civ., sez. I, 23 luglio 1997, n. 6911, in *Mass. Giur. It.*, 1997: «A norma dell'art. 2135 c.c., l'attività di allevamento del bestiame può considerarsi agricola anziché commerciale, quando si presenta in collegamento funzionale con il fondo, nel senso che essa trae occasione e forza dallo sfruttamento del fondo stesso. Conseguentemente, per quanto riguarda l'impresa avicola, astrattamente riconducibile all'attività di allevamento del bestiame, ai fini della qualificazione dell'avicolto quale imprenditore agricolo non assoggettabile a fallimento, mentre resta irrilevante la previsione contenuta a fini assicurativi nell'art. 206 d.p.r. 30 giugno 1965 n. 1124, come modificato dalla l. 20 novembre 1986 n. 778, occorre che egli svolga la sua attività in collegamento funzionale con il fondo agricolo» *contra* Trib. Forlì, 15 febbraio 1997, in *Fallimento*, 1997, 634: «Ai fini dell'accertamento dello "status" d'imprenditore agricolo, occorre considerare qualsiasi attività ricollegabile al ciclo biologico cui è sottoposta ogni specie vivente animale o vegetale, nonché la stessa commercializzazione dei prodotti derivati (nella specie dal vivaio), senza che possa rilevare l'impiego di mezzi tecnici, di macchinari tecnologicamente sofisticati o di ingenti capitali e mezzi finanziari in genere», in *Fallimento*, 1997, 634.
- 11 A norma dell'art. 2135 c.c., l'attività di allevamento del bestiame può considerarsi agricola e, come tale, non assoggettabile a fallimento, ancorché svolta con l'ausilio di tecniche moderne, quando si presenta in collegamento funzionale con il fondo, nel senso che trae occasione o forza dallo sfruttamento del fondo stesso, mentre qualora tale attività, per le dimensioni, l'ubicazione e le modalità di esercizio, si configuri come autonoma rispetto ai fini dell'azienda agricola - come nel caso in cui il terreno funga soltanto da luogo di

stazionamento degli animali - si è in presenza di impresa industriale. Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 23 ottobre 1998, n. 10527, con nota di R. Tiscini, *Assoggettabilità a fallimento dell'imprenditore agricolo*, in *Il Fallimento*, 1999, 630. Nella specie, la S.C. ha ritenuto correttamente e congruamente motivata la decisione della Corte territoriale che aveva qualificato come commerciale e, quindi, soggetta a fallimento, l'attività di allevatore di conigli, sulla scorta di una serie di elementi, quali le caratteristiche dell'allevamento e del capannone all'uopo costruito, le dimensioni dello stesso, il numero e la sistemazione delle gabbie impiegate, i quantitativi di mangime acquistati, la circostanza che l'imprenditore di cui si trattava fosse conosciuto a livello internazionale quale allevatore di conigli da pelliccia - e non da carne - la produzione ed il conferimento di numerosissime pelli, l'ingente entità del passivo accumulato, non addebitabile ai costi di conduzione del fondo. Il vincolo di stretta connessione con il fondo, messo in evidenza dalla S.C. è venuto a mancare con le modifiche introdotte dal d. lgs. n. 228/2001.

- 12 Ragusa Maggiore G., *L'impresa agricola e i suoi aspetti di diritto commerciale e fallimentare*, Napoli, 1964. L'A. individua i motivi di esclusione dell'imprenditore agricolo dall'elencazione dell'art. 1 l. fall. nell'esistenza di un doppio rischio: uno naturale ed uno economico.
- 13 Trib. S. Maria Capua Vetere, 12 luglio 2001, in *Giur. Napoletana*, 2002, 462.
- 14 Trib. Trani, 8 novembre 1986, in *Dir. Fall.*, 1987, II, 1058.
- 15 Censoni P.F.-Pacchi Pesucci S., in AA. VV. *Diritto fallimentare*, Maffei Alberti A. (a cura di), Bologna, 2002, 60; Trentini C., *Le imprese soggette al fallimento*, Padova, 1998, 45; Ragusa Maggiore G., in *Le procedure concorsuali. Il fallimento*, vol. I, trattato diretto da Ragusa Maggiore G.-Costa C., Torino, 1997, 219; Id. *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1994, 51; Vassalli F., *Diritto fallimentare*, vol. I, Torino, 1994, 58; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 22; F. Ferrara jr.F.-Borgioli A., *Il fallimento*, quinta edizione, Milano, 1994, 120.
- 16 Guglielmucci L., *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2001, 22.
- 17 *Ex multis* Cass. Civ., sez. I, 31 maggio 1986, n. 3690, in *Fisco*, 1986, 4492. La qualifica di imprenditore può determinarsi, anche ai fini fiscali, in base ad un solo affare in considerazione della sua rilevanza economica e delle operazioni che il suo svolgimento comporta (nella specie: demolizione di un fabbricato avuto in eredità, costruzione sull'area di risulta di un edificio, successiva vendita degli appartamenti).

18 Cass. Civ., sez. I, 23/10/1998, n. 10527, in *Il Fallimento*, 1999, 630.

Piervincenzo Pacileo

### Un nuovo criterio per il calcolo del danno biologico.

Tribunale di Nocera Inferiore,

Dr. Antonio Scarpa, 27 gennaio 2004.

*Il Tribunale di Nocera Inferiore ha predisposto una tabella che, partendo dai coefficienti moltiplicatori di cui alla legge n. 57/2001 (in rapporto al grado di invalidità), estrae una funzione di evoluzione della scala dei valori della invalidità nella fascia 10%-100%, utilizzando il metodo di interpolazione dei minimi quadrati. Il metodo consiste nel costruire una funzione-differenza tra i valori noti dei coefficienti ed una funzione incognita ( $F(x) = f(x) - \text{valori noti}$ ). La predetta funzione considera le differenze fra la funzione da stimare che è incognita ( $f(x)$ ) ed i valori che il legislatore ha fornito. Matematicamente si è applicato il calcolo differenziale, ossia di ricerca del punto minimo della funzione-differenza (annullamento della derivata prima). Il metodo ha dato luogo alla seguente funzione di secondo grado:*  
 $f(x) = 0,0097 x X^2 + 0,0693 x X + 0.9119$

legenda:  $X$  è il grado di invalidità;  $f(x)$  è il coefficiente che ne è funzione.

L'utilizzo della funzione incognita richiede, per la determinazione definitiva del valore del punto in rapporto all'invalidità, l'applicazione del demoltiplicatore in base all'età del danneggiato, secondo le indicazioni della legge n. 57/2001 (riduzione dello =0,5% a partire dall'undicesimo anno di età).

Proc. n. 316/2000 R.G.

#### La rilevanza del danno alla persona nella RC auto.

Il danno alla persona<sup>1</sup> rappresenta uno dei profili problematici più rilevanti nella disciplina della responsabilità civile automobilistica<sup>2</sup>, in virtù dell'affermarsi del concetto secondo cui le tradizionali regole della responsabilità civile devono essere sottoposte ad una interpretazione "costituzionale", mediante la lettura degli artt. 2, 3 e 32 Cost.<sup>3</sup> in combinato disposto con l'art. 2054 c.c.<sup>4</sup>, nonché di tutte le ulteriori disposizioni volte a proteggere i valori fondamentali di ogni individuo<sup>5</sup>; in particolare, nell'esperienza italiana i sinistri che contemplano tale profilo costituiscono il 18% del totale e gli importi liquidati sono pari al 54% della spesa complessiva (dati di gran lunga superiori a quelli espressi dalle altre realtà nazionali dei Paesi comunitari)<sup>6</sup>.

#### La monetizzazione del danno biologico.

Appare, perciò, di rilevante interesse per la classe forense il ruolo assunto in tale, più ampia, categoria civilistica dalla fattispecie del danno biologico<sup>7</sup>: esso si qualifica come "il risarcimento del pregiudizio arrecato al bene-salute, consistente nella circostanza che, in tutto o in parte, in via temporanea o per sempre, l'integrità della persona è stata lesa"<sup>8</sup>, configurandosi, in tal modo, quale *tertium genus* della categoria del danno, accanto a quello patrimoniale ed all'altro non patrimoniale - diversificandosi a sua volta tra invalidità permanente e temporanea, con la conseguente risarcibilità di due distinte ipotesi di danno -, idoneo a ricomprendere in sé una variegata tipologia di ipotesi<sup>9</sup> che avevano tratto fonte nei precedenti decenni dal formante giurisprudenziale<sup>10</sup> (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno all'identità sessuale, ecc.<sup>11</sup>).

Di qui il particolare interesse degli operatori del diritto per la questione cardinale della quantificazione del danno biologico, che, nonostante i notevoli progressi registrati nell'ultimo quinquennio,

presenta notevoli difficoltà di valutazione oggettiva cui si tenta di ovviare mediante il ricorso all'accertamento medico-legale, conformemente a quanto disposto dall'art. 3, d.lgs.70/2000.

Il sistema risarcitorio in oggetto è ancora privo di un definitivo assetto e vecchie e nuove questioni ostacolano l'attività degli interpreti, soprattutto per ciò che concerne la *policy* dei meccanismi risarcitori; inizialmente le Corti, per determinare l'entità del danno biologico, ricorrevano al criterio equitativo puro: l'organo giudicante aveva l'obbligo di individuare nella sentenza gli estremi logici e fattuali che lo avevano condotto alla fissazione del *quantum*, quali la tipologia di lesione biologica, l'individuazione delle funzioni vitali compromesse, le conseguenze sulla sfera non patrimoniale dell'individuo in termini di esplicitazione ed affermazione della personalità.

#### L'iniziativa legislativa.

Invero, un simile sistema non garantiva uniformità di trattamento e, nei fatti, forti si evidenziavano le differenze caratterizzanti nel merito le singole decisioni giudiziarie, sollecitando, anche per questa via, l'intervento del legislatore: se, da un lato, l'art. 13, d.lgs. 38/2000, ha proposto l'assioma danno biologico-assicurazione contro gli infortuni sul lavoro, più opportunamente l'art. 5, legge 57/2001, nell'introdurre una tabella idonea a determinare i danni subiti a causa di un sinistro stradale, qualifica il danno biologico quale lesione dell'integrità psico-fisica della persona, risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato<sup>12</sup>.

Precedentemente al 5 marzo 2001, data di emanazione della suddetta legge, ciascun tribunale aveva elaborato autonome tabelle, godendo di assoluta discrezionalità in merito alla monetizzazione del danno da sinistro stradale, strutturate sulla base ora di valori monetari individuati per ogni punto percentuale, decrescenti in funzione dell'età della vittima e crescenti rispetto all'aumento percentuale dei postumi del danno, ora di valori assegnati per diverse fasce di invalidità; palese conseguenza della totale assenza di uniformità sul territorio nazionale era la sostanziale disparità del trattamento subito da chi era vittima di un sinistro in località rientranti nella circoscrizione di tribunali che adottavano criteri di quantificazione del danno eccessivamente ristretti.

Dunque, la sensibile variazione dell'ammontare

del risarcimento da una sede circoscrizionale all'altra violava, di fatto, il principio di uguaglianza costituzionalmente sancito nell'art. 3 della Carta fondamentale, prescindendo da qualsiasi criterio di ragionevolezza; pertanto, con la legge 57/2001 è stata promossa un'unica tabella, applicabile su tutto il territorio nazionale, di quantificazione del risarcimento per lesioni di lieve entità che hanno provocato un danno biologico permanente pari o inferiore al 10% di invalidità<sup>13</sup>.

#### L'intervento del Tribunale di Nocera Inferiore.

Tuttavia, come la pronuncia in esame, sensibile al dibattito tuttora aperto in ordine alla soluzione legislativa dell'intera materia, giustamente evidenza, il limitato ambito applicativo della legge n. 57/2001 "ha deluso l'auspicio di quanti, pur riconoscendo la particolarità dei profili risarcitori delle lesioni lievi, attendevano una nuova disciplina munita di rassicurante generalità. La delimitazione introdotta rende, di certo, non immediatamente scongiurabile la prolungata coesistenza di una pluralità di metodi liquidatori, con conseguenti disparità di trattamenti, affidati ai divergenti parametri dei vari uffici giudiziari nell'ottica della liquidazione equitativa di cui all'art. 1226 c.c."; emerge, dunque, l'esigenza di pervenire ad una revisione delle tabelle utilizzate nei vari tribunali, onde determinare equi parametri vincolanti per la liquidazione del danno biologico. *Ab hinc* l'impegno del Tribunale di Nocera Inferiore volto a predisporre una nuova tabella, i cui criteri sono dettagliatamente esposti nella massima in epigrafe, atta a preservare la razionalità del metodo, scongiurando il pericolo che, "indipendentemente dalla maggiore o minore compatibilità quanto agli esiti liquidatori nei singoli casi, l'introduzione nel sistema risarcitorio dei danni alla persona di un meccanismo settoriale ispirato a principi non conformi alle prassi più diffuse possa assumere un ruolo destabilizzante".

1 V. *ex multis*, Monateri P.G. (a cura di), *Il danno alla persona*, Torino, 2000, *passim*; Franzoni M., *Il danno alla persona*, Milano, 1995, *passim*.  
2 Un'attenta analisi del tema è svolta da Ricci G.M., *Il danno da sinistro stradale*, in Sica S. (a cura di), *La circolazione dei veicoli. Responsabilità e profili assicurativi*, Bologna, 2004, pp. 337 ss.  
3 Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1991, *passim*.  
4 In tal senso, sia consentito il rinvio a P. Pacileo, *La prescrizione*, in S. Sica (a cura di), *La circolazione dei veicoli...*, cit., pp. 121 ss.  
5 Bona M., *Danno alla persona*, in *Dig. disc. priv.*, agg., 2003, pp. 623 ss.  
6 Un'efficace ricostruzione dell'evoluzione della disciplina afferente la responsabilità per la circolazione di autoveicoli è esposta in

Autorino Stanzone G.-Sica S., *Circolazione di autoveicoli e responsabilità civile*, Milano, 1995, *passim*.

7 Tale nozione trae origine da Corte Cost., 14 luglio 1986, n. 184, in *Foro it.*, 1986, I, 2053, la quale ha sancito che "la distinzione tra il danno biologico e il danno morale subiettivo va individuata nella struttura del fatto realizzativo della menomazione dell'integrità bio-psichica: il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute mentre il danno morale subiettivo (come anche il danno patrimoniale) appartiene alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La risarcibilità per sé, in ogni caso, del danno biologico, trova il suo fondamento nell'art. 2043 c.c. che, correlato all'art. 32 cost., va necessariamente esteso fino a comprendere il risarcimento, non solo dei danni in senso stretto patrimoniali, ma di tutti i danni che ostacolano le attività realizzatrici della persona umana".

8 Così Saturno A., *Il sistema della responsabilità civile*, in Stanzone P., *Diritto Privato. Lineamenti istituzionali*, Torino, 2003, p. 263.

9 In argomento v. Rossetti M., *Il danno alla salute si moltiplica nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Dir. giust.*, 2002, n. 1, pp. 28 ss.

10 Cfr. Monateri P.G.-Bona M.-Oliva U., *Danno biologico: cenni introduttivi*, in Monateri P.G.-Bona M.-Oliva U., *Il nuovo danno alla persona. Strumenti attuali per un giusto risarcimento*, Milano, 1999, *passim*.

11 La giurisprudenza consolidata (cfr. Cass., 15 dicembre 2000, n. 15859, in *Gius.*, 2001, p. 884), rileva, in verità, che l'assorbimento delle elencate fattispecie nell'ambito del danno biologico non ha determinato la piena fusione di esse in tale nozione; infatti, nella prassi, queste figure conservano un'autonoma rilevanza assumendo una funzione assolutamente rilevante in riferimento alla personalizzazione del *quantum*.

12 Cass., 10 giugno 1994, n. 5669, in *Riv. giur. circol. trasp.*, 1994, pp. 824 ss.

13 Per l'esegesi di tale norma, v. Ponzanelli G., *La nuova disciplina delle micropermanenti*, in *Danno e resp.*, 2001, pp. 454 ss.

Pierpaolo Pesce

#### L'accordo di separazione consensuale omologato non può essere impugnato per simulazione

Cassazione Civile, sezione I, sentenza 20 novembre 2003, n. 17607, artt.158 e 1414 c.c. e art.711 c.p.c.

"*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*".

Nonostante il matrimonio, secondo l'antico brocardo, sia da considerare come l'unione di un uomo e di una donna che genera un "consorzio" per tutta la vita, un legame inscindibile che solo la morte può separare, in pratica una vera e propria comunione fra il diritto divino e quello umano, quest'ultimo - proprio in quanto "diritto degli uomini" - non può non presupporre anche l'inevitabile fallibilità dei rapporti umani e, dunque, l'eventualità che un rapporto coniugale giunga ad una crisi talmente irreparabile da richiedere e giustificare lo scioglimento del vincolo matrimoniale.

Il nostro ordinamento, oltre al caso di morte di uno dei coniugi - o di morte presunta - consente lo scioglimento del matrimonio, prima attraverso la separazione, poi con il divorzio. Ciò dipende

anche dal fatto che il Legislatore ordinario, diversamente dal Costituente, ha posto maggiormente l'accento sul matrimonio inteso come vincolo contrattuale, piuttosto che sul carattere di istituzione che da esso prende vita, cioè la società naturale, nella quale la famiglia si traduce<sup>1</sup>.

Ai fini che ci occupano, tuttavia, occorre restringere il campo d'azione e limitare l'indagine allo scioglimento del vincolo coniugale ottenuto mediante la separazione consensuale.

Da tempo, ormai, la qualificazione della natura giuridica dell'accordo di separazione e i suoi rapporti con la successiva omologazione giudiziale, hanno generato, sia in dottrina che in giurisprudenza, un ampio dibattito, non ancora del tutto risolto, forse anche per i risvolti particolarmente rilevanti che ne derivano, dal punto di vista pratico, attesa la frequenza con cui, oggi giorno, si verificano le separazioni consensuali, per via della procedura snella, lineare e di natura non contenziosa che caratterizza l'istituto in discussione.

#### Il caso.

Con la sentenza del 20 novembre 2003, la Suprema Corte di Cassazione è ritornata ad occuparsi della impugnabilità per simulazione dell'accordo di separazione consensuale dei coniugi che abbia ottenuto l'omologazione del Tribunale.

Oggetto del ricorso per Cassazione è stata, nel caso in esame, la sentenza della Corte d'Appello di Roma, che aveva rigettato la doglianza sollevata da uno dei coniugi, secondo la quale il Tribunale di primo grado non avrebbe dovuto accogliere la domanda di divorzio. Ciò perché la separazione consensuale precedentemente intervenuta era stata il frutto di un accordo simulatorio finalizzato esclusivamente al raggiungimento di vantaggi di natura fiscale.

La Corte d'Appello aveva confermato la sentenza impugnata sulla base di due considerazioni strettamente correlate.

In primo luogo, secondo la Corte, non è ipotizzabile l'applicazione analogica delle norme dettate dal codice civile in tema di simulazione (artt. 1414 e ss.) all'accordo di separazione omologato, in quanto dette norme sarebbero dirette a disciplinare atti a contenuto patrimoniale.

In secondo luogo, l'azione di simulazione non risulta esperibile avverso un atto, quale l'accordo di separazione omologato, *avente natura complessa*, in quanto risultato di un iter procedimentale che vede coinvolti, oltre alle parti, le autorità giuri-

sdizionali. In particolare, secondo la Corte d'Appello, l'intervento di queste ultime, attraverso il provvedimento di omologazione, acquista efficacia costitutiva riguardo all'accordo di separazione intervenuto tra i coniugi<sup>2</sup>.

Le censure ai nostri fini più pregnanti, dedotte avverso tale sentenza con ricorso per cassazione, sono le seguenti.

In via preliminare, la violazione e falsa applicazione degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c.: il rigetto della domanda di simulazione da parte della Corte d'appello sarebbe fondato, secondo la ricorrente, sul dato erroneo che la separazione consensuale non ha effetto senza l'omologazione del Tribunale, che acquista in tal modo un'efficacia costitutiva della quale la fattispecie nel nostro ordinamento sarebbe invece priva.

Si rilevava, inoltre, che l'esclusione dell'impugnabilità dell'accordo omologato era conseguenza della confusione dei due distinti profili costituiti, da un lato, dall'accordo dei coniugi, dall'altro dal successivo decreto di omologazione. Tale conclusione non avrebbe consentito, secondo la ricorrente, di distinguere tra i rimedi esperibili contro detto provvedimento e quelli riferibili invece al "negozio giuridico privato" (l'accordo di separazione)<sup>3</sup>.

#### La decisione della Corte: la natura giuridica dell'accordo di separazione e l'efficacia del provvedimento di omologazione.

Con la sentenza in esame, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso su esposto e ha affermato l'improponibilità dell'azione di simulazione avente ad oggetto l'accordo di separazione consensuale omologato.

Prima di procedere all'analisi del contenuto della sentenza della Corte, ci sembra opportuno dar conto, pur se assai brevemente, dell'istituto della separazione consensuale dei coniugi nel nostro ordinamento.

La separazione consensuale, in forza dell'art. 158 c.c., abbisogna di due elementi fondamentali: l'accordo dei coniugi e, successivamente, l'omologazione giudiziale (art. 711 c.p.c.), in difetto della quale la separazione consensuale non ha efficacia, configurando, al più, una mera separazione di fatto.

Con l'accordo di separazione, dunque, i coniugi, oltre a decidere di "vivere separati", stabiliscono, limitatamente agli interessi disponibili, le regole dei loro futuri rapporti.

La fase dell'omologazione, invece, secondo il combinato disposto degli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c. conferisce efficacia alla convenzione di separazione e non consente alcuna ingerenza da parte del Giudice nelle decisioni dei coniugi, atteso che egli dovrà esclusivamente prendere atto dell'avvenuto accordo, e limitarsi ad un controllo di legalità nonché, relativamente agli interessi indisponibili, di opportunità.

Il Tribunale, infatti, ha il compito di verificare che le singole pattuizioni non siano nulle per contrarietà a norme imperative o all'ordine pubblico, e di valutare la convenienza delle stesse con riferimento all'interesse morale e materiale dei figli minori, interesse che, per espressa previsione legislativa, è sottratto alla disponibilità delle parti.

Ne consegue, pertanto, che il Giudice, non potendo modificare direttamente le condizioni dell'accordo, potrà, attraverso il rifiuto dell'omologazione, sollecitare i coniugi a pervenire a pattuizioni più rispettose dei "canoni" appena riferiti. Ebbene, ritornando alla pronuncia espressa dalla Suprema Corte per respingere il ricorso sopra esposto, la Cassazione ha ritenuto di dover modificare la decisione della Corte d'Appello quanto al fondamento giuridico del dispositivo espresso dal Giudice di secondo grado ex art. 384, comma 2 c.p.c.

Gli argomenti sui quali la Cassazione ha basato la propria decisione sono relativi, da un lato, alla natura giuridica dell'accordo, rispetto al provvedimento di omologazione, e dall'altro, proprio in riferimento alla enucleata natura giuridica di esso, all'ammissibilità logico-giuridica di pensare a siffatto accordo come frutto di un accordo simulatorio intervenuto tra i coniugi.

Per quanto attiene al primo profilo, la Corte ha ritenuto opportuno, in via preliminare, inserirsi nel dibattito sulla natura giuridica dell'accordo e sui suoi rapporti con il decreto di omologazione, facendo menzione di alcuni orientamenti dottrinari e giurisprudenziali, e ribadendo la propria posizione a riguardo.

Qui di seguito, pertanto, appare utile, in linea con l'iter seguito dalla Corte, riferire i maggiori orientamenti dottrinari e giurisprudenziali in materia.

In dottrina, infatti, alcuni tendono ad attribuire all'accordo un'impostazione pubblicistica, riducendo così il consenso dei coniugi a mero presupposto del provvedimento di omologazione

che, invece, risulterebbe l'elemento costitutivo della separazione<sup>4</sup>.

Altro orientamento, viceversa, qualifica la separazione come una fattispecie a formazione progressiva, in cui il consenso e l'omologazione sarebbero elementi parimenti importanti<sup>5</sup>.

Non manca, infine, chi sostiene una tesi privatistica, sulla scorta della quale il consenso dei coniugi sarebbe automaticamente in grado di realizzare la separazione che, in caso di mancata omologazione, resterebbe valida, ma inefficace<sup>6</sup>.

L'impostazione privatistica appare peraltro condivisa anche dalla giurisprudenza di legittimità, orientata a ritenere che la separazione trovi la sua unica fonte nel consenso manifestato dai coniugi dinanzi al Presidente del Tribunale e che la successiva omologazione sia esclusivamente diretta ad attribuire efficacia dall'esterno all'accordo di separazione, assumendo, pertanto, la funzione di condizione sospensiva della produzione degli effetti delle pattuizioni stipulate, che, tuttavia, già integrano un negozio giuridico perfetto ed autonomo<sup>7</sup>.

A suffragio ulteriore dell'orientamento da ultimo citato, secondo la Corte, soccorre il combinato disposto degli artt. 158 c.c. (in particolare le limitazioni di cui al comma 2) e 711, comma 4, c.p.c., per cui l'accordo costituisce l'elemento costitutivo della separazione dei coniugi e del regolamento dei loro rapporti, mentre il decreto di omologazione svolge esclusivamente la funzione di controllare la compatibilità delle convenzioni rispetto alle norme inderogabili ed ai principi di ordine pubblico, valutando, inoltre, la conformità delle pattuizioni relative all'affidamento dei minori ed al loro mantenimento, e conferendo, infine, all'accordo, efficacia giuridica (Cass. 3390/2001; Cass. 9287/1997; Cass. 8712/1990; Cass. 1208/1985; Cass. 14/1984).

La Corte di Cassazione ha ribadito anche nella sentenza in esame l'orientamento, già espresso, circa la natura giuridica dell'accordo, qualificandolo come atto essenzialmente negoziale (espressione della capacità dei coniugi di autodeterminarsi responsabilmente), ma non propriamente contrattuale, ritenendo ad esso applicabili, se non le norme contrattuali strettamente legate all'aspetto patrimoniale, sicuramente quelle che riguardano in generale il negozio giuridico e che dettano principi generali dell'ordinamento, come quelle in tema di vizi del consenso e di capacità delle parti<sup>8</sup>.

**(segue): l'ammissibilità logico giuridica della simulazione, anteriormente al provvedimento di omologazione giudiziale.**

Passando ora all'analisi del secondo punto, e cioè l'ammissibilità dell'impugnazione per simulazione dell'accordo di separazione, la Cassazione evidenzia come l'intesa simulatoria dell'accordo di separazione non può categoricamente escludersi, anzi, deve ritenersi possibile, in quanto il Tribunale, nel procedimento di omologazione, ratifica una volontà liberamente espressa, ma non ha certo il compito di indagare la più intima intenzione delle parti<sup>9</sup>.

L'aspetto che la Corte di Cassazione ha messo tuttavia in evidenza è un altro. Fermo restando che l'accordo ha natura privatistica, e che il provvedimento di omologazione non ha efficacia costitutiva, è proprio l'elemento volontaristico che sottende l'intera procedura di separazione a rendere improponibile, dopo l'omologazione del Tribunale, l'impugnativa dell'accordo per simulazione.

Infatti, nel momento in cui i coniugi richiedono la omologazione giudiziale della separazione ("vogliono" cioè l'emissione del provvedimento giudiziale), non possono non volere lo status di separati (non possono cioè "disvolere" la condizioni di separati tout court) e, dunque, tutte le conseguenze non contrattuali ed irretrattabili che ne derivano, con conseguente superamento dell'eventuale intenzione di avvalersi della simulazione.

La prospettiva assunta dalla decisione in esame si appunta, dunque, sugli effetti che l'ordinamento attribuisce al provvedimento giudiziale di omologazione e che scaturiscono da un provvedimento giudiziale che le parti volontariamente richiedono. La separazione consensuale omologata, infatti, come è noto, determina "automaticamente": il venir meno degli obblighi morali derivanti dal matrimonio, come la coabitazione, la fedeltà e l'assistenza, rimanendo in piedi solo obblighi di natura patrimoniale (art. 156 c.c.); il venir meno della presunzione di concepimento nel matrimonio del figlio nato decorsi trecento giorni dalla pronuncia di separazione giudiziale o dalla omologazione di quella consensuale o dalla data di comparizione dei coniugi davanti al giudice, quando sono stati autorizzati a vivere separati (art. 232, comma 2 c.c.); lo scioglimento della comunione dei beni (art. 191 c.c.); l'annotazione negli atti di matrimonio, dell'avvenuta omologa-

zione della separazione consensuale (art. 69, lett. d, D.P.R. 396/2000).

Ebbene, l'eventuale simulazione, pur ammissibile in sé, sarebbe sicuramente superata in quanto, a parere della Corte, non è logicamente sostenibile "che i coniugi possano "disvolere" con detto accordo, la condizione di separati, e, al tempo stesso, "volere" l'emissione di un provvedimento giudiziale (quello di omologazione), destinato ad attribuire (solo) determinati effetti giuridici (come per esempio un'agevolazione fiscale) a detta condizione".

In altri termini, nel momento in cui i coniugi richiedono concordemente l'omologazione giudiziale della propria separazione, non potranno poi dolersi, successivamente, della presenza di una simulazione alla base di essa, atteso che l'iniziativa processuale, con le conseguenti implicazioni giuridiche di cui si è detto, si risolve in una iniziativa nel senso dell'efficacia della separazione medesima che vale a superare ed a neutralizzare il precedente accordo simulatorio, ponendosi in antitesi con esso, e determinando l'impossibilità di avvalersi della simulazione stessa.

La Corte di Cassazione, inoltre, si è preoccupata, quanto alla uniformità dei suoi orientamenti, di valutare quelle decisioni precedentemente assunte e suscettibili di porsi, almeno *prima facie*, in contrasto con le statuizioni della sentenza in esame.

In particolare ha esaminato due pronunce: con la prima, la Corte aveva concesso al terzo la possibilità di provare la simulazione della procedura di separazione (cfr. Cass. Civ., sez. III, n. 7681, del 18.12.86); con la seconda pronuncia, invece, aveva ritenuto possibile l'impugnazione per simulazione dell'accordo, purché esperita in un giudizio diverso rispetto a quello in corso (nel caso di specie, un giudizio di revisione delle condizioni di separazione) (Cass. Civ., sez. I, n. 3149, del 5.3.2001).

Quanto alla sentenza del 1986, il contrasto non potrebbe sussistere in quanto la Cassazione, nella sentenza in commento, come abbiamo visto, non ha escluso a priori la possibile presenza di un accordo simulatorio e dunque non potrebbe essere contraddetta da una pronuncia che conferisce ad un terzo di rilevarne la presenza.

Non esiste contrasto neanche rispetto alla sentenza del 2001, con la quale la Corte si è limitata a statuire solo *incidenter tantum*, che un eventuale impugnazione per simulazione, ove mai possibile, dovesse essere oggetto di un diverso giudizio,

rispetto a quello in corso di revisione delle condizioni di separazione.

Detta pronuncia, pertanto, avendo un oggetto diverso rispetto allo specifico problema dell'impugnabilità dell'accordo di separazione per simulazione, non avrebbe potuto valutare il merito della questione.

**Osservazioni conclusive: un bilancio e una riflessione critica.**

La motivazione della Corte sembra essere fondamentalmente costruita sull'assunto che la volontà eventualmente espressa nell'accordo simulatorio sotteso a quello di separazione sia tacitamente revocato con la richiesta dei coniugi di ottenimento dell'omologazione da parte del Tribunale, dati gli effetti di assoluto rilievo e di carattere anche indisponibile che ne deriverebbero.

Orbene, tale assunto non ci sembra convincente, essendo astrattamente configurabile che l'accordo simulatorio sotteso a quello di separazione non esaurisca i propri effetti nella fase anteriore alla omologazione, bensì coinvolga anche tale fase. I coniugi, cioè, potrebbero volere una "apparentia iuris" di separazione, effettivamente non voluta, e ciò *prima e dopo* l'omologazione.

Piuttosto, il limite all'esperibilità della simulazione è segnato, a nostro avviso, dall'impossibilità che gli istituti processuali, nel loro rilievo eminentemente pubblicistico, diano spazio a forme di "apparentia iuris" volute dalle parti, e questo a prescindere dal rilievo costitutivo o meno del provvedimento di omologazione.

In tal senso, significative ci sembrano le posizioni assunte dalla Suprema Corte per quanto concerne il problema del condomino apparente<sup>10</sup> (benché diverso, come ambito, rispetto a quello in commento) e l'irrilevanza, ai fini processuali, di situazioni di apparenza non conformi a reali assetti giuridici.

Evidentemente, la tutela che l'ordinamento è chiamato ad accordare ai terzi (e ai coniugi medesimi), in relazione ed in conseguenza degli effetti della separazione consensuale omologata, risulta tanto rilevante, da condurre ad escludere gli istituti ed i "rimedi" della simulazione.

<sup>1</sup> Pajardi, Ortolan.

<sup>2</sup> La natura giuridica del provvedimento di omologazione è problema assai dibattuto. Ed invero, come ha avuto modo di chiarire anche la Corte di Cassazione, nella sentenza in esame (vedi oltre), l'efficacia costitutiva della omologazione giudiziale, asserita dalla Corte d'Appello nella propria decisione, non è univocamente condivisa nel panorama dottrinario e giurisprudenziale. Tale impostazione, infatti, segue un indirizzo teorico ben preciso che, in linea con una con-

cezione pubblicistica dell'istituto in discussione, peraltro ormai risalente, ritiene l'accordo tra i coniugi (mero presupposto) insufficiente a determinare lo status di separati (Degni 1943, 252), in mancanza della omologazione giudiziale. L'omologazione, dunque, secondo questa teoria, inciderebbe in modo decisivo sulla costituzione dello status di separati. E tuttavia, la concezione pubblicistica poteva trovare maggiore spazio nei tempi in cui l'intervento del giudice assumeva i connotati di una vera e propria intromissione giudiziaria, che passava da una preliminare valutazione obiettiva degli accordi coniugali, per giungere, poi, qualora se ne fosse ravvisata la necessità, ad una vera e propria modifica degli accordi, attraverso un'attività sostitutiva, oltre che modificativa di quanto convenuto in fase di accordo. Già dopo l'intervento della riforma del diritto di famiglia del 1975, però, l'intervento giudiziale venne espressamente ridotto a mera facoltà del Tribunale di indicare ai coniugi le modifiche da adottare nell'interesse dei figli, limitatamente al mantenimento e all'affidamento di essi, con conseguente valorizzazione dell'autonomia dei coniugi nella determinazione dei propri interessi, sia in situazione di unità familiare (art. 144 c.c.), che nelle fasi patologiche del rapporto (Mantovani 1992, 28).

<sup>3</sup> L'omologazione, infatti, ai sensi dell'art. 158 c.c., va negata dal Tribunale nel caso in cui l'accordo dei coniugi, relativamente all'affidamento e al mantenimento dei figli, sia in contrasto con gli interessi degli stessi. Per tale motivo, la separazione consensuale diviene una fattispecie complessa che contempla due momenti ben distinti: l'accordo dei coniugi e il provvedimento del giudice che attribuisce efficacia giuridica all'accordo medesimo che, tuttavia, rimane pur sempre un negozio giuridico di per sé perfetto. L'esatta impostazione del problema è stata data da Cass. 8712/90 che ha distinto il procedimento di separazione consensuale in due fasi: 1) una fase presidenziale, (art. 711, commi 1, 2, 3 c.p.c.), in cui, fallito il tentativo di conciliazione, le parti perfezionano davanti al Presidente del Tribunale il negozio avente per oggetto la separazione, formulandone le condizioni; 2) una fase collegiale (art. 711, comma 4 c.p.c.) in cui il Tribunale emette, ricorrendone le premesse, il provvedimento di omologazione col quale esercita il proprio controllo sull'osservanza del rito e sulla conformità delle clausole convenzionali alle norme imperative che regolano la materia e all'ordine pubblico. Ne consegue che, l'atto di controllo imprime efficacia giuridica al negozio privato, ma non ne costituisce l'essenza. (Il dato normativo, peraltro, conforta tale impostazione, atteso che: l'art. 158 c.c. dispone che la separazione per il solo consenso dei coniugi non ha effetto, senza l'omologazione del Tribunale, mentre l'art. 711 c.p.c. stabilisce che, per mezzo dell'omologazione, la separazione, negozio giuridico privato perfetto, acquista efficacia). Ed infatti, non si può ritenere che il consenso dei coniugi, pur inserito in una fattispecie complessa, perda la propria autonoma rilevanza di manifestazione di volontà e si confonda con il provvedimento di omologazione, con la conseguente ammissibilità dei soli rimedi del reclamo e della revoca, giacché ciò svaluterebbe la rilevanza negoziale del consenso, che verrebbe ridotto al rango di un mero atto processuale, in palese contrasto con il dato normativo dell'art. 158 c.c. (Sala 2000, 62 e ss.).

<sup>4</sup> Vedi nota n. 1.

<sup>5</sup> Alcuni studiosi, definendo l'accordo di separazione, come un accordo in senso stretto, hanno recisamente negato l'applicabilità delle norme contrattuali, ritenendo che in detti accordi, a differenza che nei contratti, sia revocabile unilateralmente il consenso fino all'intervenuta omologazione che, tuttavia, gli conferisce una veste pubblicistica. (Morozzo della Rocca 1989, 1380). E ciò, anche sul presupposto che la presenza ed il ruolo del Presidente del Tribunale, all'interno del procedimento di omologazione, sia talmente incidente da non consentire particolare autonomia alle parti contraenti. Per altri, invece, nel rispetto del tenore delle norme di cui agli artt. 158 c.c. e 711 c.p.c., il ruolo del Tribunale non può consentire a priori di escludere che la volontà dei contraenti possa essere in qualche modo viziata, essendo detto ruolo non dissimile da quello del notaio rogante nel momento in cui esegue gli adempimenti prescritti dalla legge (Oberto, Dogliatti, Figone e altri).

<sup>6</sup> L'accordo di separazione rappresenta la massima espressione della libertà riconosciuta ai coniugi nella predisposizione delle modalità di attuazione della separazione. Le clausole in esso contenute, infatti, si richiamano alla regolamentazione dei rapporti fra i coniugi e riguardo alla prole, in ordine all'affidamento, al mantenimento e all'assegnazione della casa coniugale. Queste sue caratteristiche hanno condotto certi autori a qualificare detto accordo come negozio giuridico familiare, bilaterale, informale e personalissimo (Santorusso, Gazzoni ed altri), e, perciò stesso "principale veicolo per l'introduzione, quanto meno in linea tendenziale, della discipli-

na contrattuale nella materia in esame" (Oberto), in quanto compatibili. La tesi rivolta a riconoscere l'applicabilità degli artt. 1321 e ss c.c. si basa sul presupposto che la mancanza di una disciplina specifica del negozio giuridico tout court nel codice, non può non consentire l'applicazione delle norme contrattuali, in quanto compatibili, atteso che esse sono suscettibili di applicazione anche nei confronti degli atti unilaterali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale (Art. 1324 c.c.), ma anche al negozio giuridico al di fuori del campo patrimoniale. La figura del negozio giuridico nel diritto familiare, inoltre, è supposta dal Codice (e la sua utilizzazione si impone perciò all'interprete), poiché in esso si fa richiamo a nozioni caratteristiche del negozio, come i vizi della volontà (Artt. 122 e 265 c.c.), le modalità, quali il termine e la condizione (Artt. 108 e 257 c.c.), l'irrevocabilità o la revocabilità dell'atto (Artt. 256 e 298, comma 2 c.c.), la sua invalidità (Artt. 117 e ss e 263 e ss. c.c.) (cfr. Santoro-Passarelli, il quale ha ritenuto applicabile all'accordo, anche nei settori non patrimoniali, la disciplina dettata dal codice per i contratti in generale). Ed ancora, Arturo Carlo Jemolo ebbe a dire che, in caso di crisi coniugale, qualora si pervenga ad un accordo di separazione "ove tra le parti si convenga l'attribuzione di diritti e l'assunzione di obblighi di natura patrimoniale, non parrebbe contraddire alla definizione dell'art. 1321 la qualificazione di contratto".

7 Quanto alla giurisprudenza la Cassazione in molte pronunce ha operato il richiamo al principio della libertà contrattuale (Cass Civ. 5 luglio 84, n. 3940), al concetto di convenzione di diritto familiare (Cass Civ. 29 aprile 1983, n. 2948). Nel 1998, il Tribunale di Roma (con sentenza del 14.12.998, FD, 2000, 60), aveva ritenuto inammissibile la domanda di revoca del decreto di omologazione della separazione consensuale, per simulazione, ritenendo inapplicabili ai negozi giuridici familiari le norme dettate in tema di simulazione dei contratti, essendo presenti in detti negozi i c.d. diritti indisponibili, nonché il controllo dell'autorità giudiziaria che configura così una fattispecie complessa in cui l'omologazione valuta e verifica la volontà effettiva dei coniugi, svolgendo la funzione di coelemento essenziale della fattispecie (in tal senso anche Trib. Roma 11 aprile 1996). Le critiche mosse a detta impostazione partivano dal dato normativo che, nella sentenza del Tribunale di Roma non risultava rispettato, atteso che le norme non concedono alcuna parità di essenza ai due elementi, in quanto l'omologazione conferisce efficacia ad un negozio già valido. In precedenza, altra giurisprudenza si era invece orientata verso un'impostazione di segno opposto rispetto a quella del Tribunale di Roma, privilegiando l'aspetto privatistico e partendo dalla considerazione della possibile applicazione estensiva, all'accordo di separazione, delle norme dettate in materia di simulazione, qualora detto accordo avesse rispecchiato una volontà negoziale del tutto difforme dalla reale volontà dei coniugi e atteso che l'omologazione è destinata esclusivamente ad attribuire efficacia all'accordo privato, senza però operare alcuna integrazione della volontà delle parti (cfr. Cass. 2700/95; 9287/97). La sentenza della Suprema Corte n. 3149/01, infine, ha confermato tale impostazione ritenendo ammissibile, senza riserve, l'esperibilità di un'azione diretta all'accertamento della simulazione dell'accordo di separazione. Esiste infine una tesi intermedia, suffragata e confortata da varie pronunce della Suprema Corte di Cassazione, la quale individua negli accordi di separazione, oltre ad un contenuto tipico essenziale, avente ad oggetto lo specifico intendimento dei coniugi di vivere separati, anche un contenuto tipico accessorio, contenente pattuizioni accessorie ma necessarie (es. assegno di mantenimento) ed, eventualmente, un contenuto occasionale, avente ad oggetto una serie di pattuizioni, limitatamente ai diritti disponibili, che non potendosi configurare come convenzioni di famiglia, devono essere collocate all'interno della libera autonomia contrattuale (Cass. 4277/1978; Cass. 4306/1997, e anche De Paola, 2000, 302).

8 Sullo specifico problema della configurabilità di un'intesa similitoria nell'accordo di separazione, Gazzoni ne esclude la rilevanza, ritenendo che il provvedimento del giudice, nel merito, non può essere riferito all'accordo dissimulato.

9 Cfr. Cass. Civ., sez. II, 30 agosto 2002, n. 12709

Antonio Torre

## Applicabilità dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori

### ai dirigenti di ogni livello.

Corte di Cassazione Civile Sezione Lavoro  
3 aprile 2003 n. 5213.

*"Le garanzie procedurali dettate dall'articolo 7, 2° e 3° comma, della legge 20 maggio 1970 n. 300 ai fini dell'irrogazione di sanzioni disciplinari sono applicabili anche in caso di licenziamento di un dirigente d'azienda, a prescindere dalla specifica posizione dello stesso nell'ambito dell'organizzazione aziendale, se il datore di lavoro addebita al dirigente un comportamento negligente o, in senso lato, colpevole, al fine di escludere il diritto del medesimo al preavviso, oppure all'indennità c.d. supplementare eventualmente prevista dalla contrattazione collettiva in ipotesi di licenziamento ingiustificato; la violazione di dette garanzie comporta la non valutabilità dei comportamenti irritualmente posti a base del licenziamento ai fini dell'esclusione del diritto al preavviso e alla indennità supplementare".*

#### Introduzione alla controversia in esame.

Il recesso dal rapporto di lavoro dirigenziale risulta legislativamente disciplinato da due articoli del Codice Civile.

L'articolo 2118, che sancisce la libera recedibilità per entrambe le parti del rapporto di lavoro, con il solo obbligo di dare un preavviso o di corrispondere, in sostituzione e purché l'altra parte vi consenta, una indennità pari alle retribuzioni che sarebbero maturate per tale periodo.

L'articolo 2119, in cui è previsto che, qualora ricorra una causa talmente grave da non consentire la prosecuzione nemmeno provvisoria del rapporto, è possibile per entrambe le parti recedere senza neppure dare il preavviso, ovviamente purché detta causa non sia imputabile alla medesima parte che recede.

Il licenziamento del lavoratore che riveste qualifica dirigenziale non è soggetto alla disciplina limitativa dei licenziamenti individuali, introdotta dalla legge n. 604 del 1966 e successivamente integrata dall'articolo 18 della Legge n. 300 del 1970. A partire dai primi anni '70 è intervenuta la contrattazione collettiva di categoria, la quale - nell'intento di fornire forme di tutela nei confronti dei licenziamenti immotivati - ha previsto l'obbligo per il datore di lavoro di accompagnare il recesso con una motivazione contestuale, nonché il diritto per il dirigente licenziato di ricorrere ad un collegio di conciliazione ed arbitrato od al Giudice del lavoro per vedersi eventualmente riconosciuta una "indennità supplementare" (oltre al preavviso lavorato o la relativa indennità

sostitutiva), graduabile tra un minimo ed un massimo in relazione alla maggiore o minore giustificazione del licenziamento.

La recente pronuncia della Suprema Corte pone preliminarmente in risalto la problematica della corretta applicabilità al licenziamento "disciplinare" del dirigente d'azienda dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori<sup>1</sup>, atteso che l'articolo 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604 dispone che le norme dettate in tema di licenziamento individuale si applicano solo a chi riveste la qualifica di "impiegato o di operario", di qui l'inapplicabilità alla categoria dirigenziale.

L'articolo 7 configura come la emissione del procedimento disciplinare sia preceduta dalla contestazione "in forma scritta" dell'addebito e la necessità di sentire il lavoratore a propria difesa; trattasi di un vero e proprio procedimento di garanzia per il lavoratore, in assenza del quale non può mai disporsi una sanzione disciplinare, addirittura neanche il licenziamento per colpa.

La questione è stata col passare degli anni ampiamente dibattuta, in particolare si sono delineate e consolidate due diverse interpretazioni.

Innanzitutto l'inapplicabilità al licenziamento del dirigente delle garanzie previste dallo Statuto dei Lavoratori, garanzie che propendono al concreto accertamento dei motivi disciplinari in ordine al recesso.

Seguire pedissequamente l'esposta interpretazione, comporta principalmente l'accertamento della chiara "inutilità" della netta distinzione del licenziamento per "colpa" rispetto alle altre differenti modalità di recesso, posto che i motivi assunti dal datore di lavoro al fine di "liberarsi" di un proprio dirigente non rivestono più alcuna rilevanza e possono - per legge - addirittura non essere esternati (ad eccezione di eventuali precise statuizioni contenute nei contratti collettivi).

In secondo luogo quest'ultimo orientamento evita la contingente disparità di trattamento del dirigente d'azienda rispetto agli altri lavoratori subordinati, in ragione soprattutto delle peculiarità del rapporto di lavoro dirigenziale, caratterizzato da un particolare vincolo fiduciario nei confronti del datore di lavoro.

Permane, tuttavia, una differente valutazione<sup>2</sup>, in senso contrario, che afferma la corretta applicazione delle garanzie procedurali previste dall'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori, anche all'area della libera recedibilità in corrispondenza a due previsioni insormontabili: il principio di difesa ed

il principio del contraddittorio.

Il lavoratore dipendente - anche se dirigente - accusato di determinate mancanze, deve essere messo in grado di discolarsi, così da poter divenire parte attiva di un procedimento capace di incidere negativamente sulla sua dignità e personalità.

Quest'ultima posizione ha generato, successivamente, un forte e dibattuto contrasto sulla individuazione delle conseguenze del licenziamento disciplinare in violazione delle predette garanzie procedurali:

alcuni studiosi<sup>3</sup> propendono per la conversione, ai sensi del combinato disposto degli articoli 1424 e 2118 c.c., del licenziamento disciplinare nullo per vizio formale in recesso *ad nutum*, ben potendo il licenziamento di un dirigente discendere da un atto datoriale immotivato, salve le conseguenze di cui alla contrattazione collettiva;

altri riaffermano la nullità del licenziamento che, pertanto, sarebbe *tamquam non esset*, con la conseguente possibilità per il dirigente di ottenere il ripristino del rapporto di lavoro con il correlativo pagamento delle retribuzioni maturate e non corrisposte sino all'effettiva reintegra.

#### I differenti orientamenti affermatasi.

Nel caso in esame, quindi, sia il tenore dell'art. 7, sia il complessivo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, sia il modo di affrontare la questione da parte della Corte costituzionale e il tenore delle sue pronunce, dimostrano che la questione della applicabilità delle garanzie procedurali di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 7 L. 300/1970 ai licenziamenti c.d. deontologicamente disciplinari, cioè fondati sull'addebito al lavoratore di comportamenti in contrasto con i suoi doveri, è senza forzature qualificabile come questione risolvibile sul piano meramente interpretativo.

In particolare, può ricordarsi che la Corte costituzionale, con la sentenza 30 novembre 1982 n. 204, ha manifestato chiaramente il convincimento che la questione sottoposta dell'applicabilità delle garanzie di cui ai primi tre commi dell'art. 7 ai licenziamenti disciplinari, per i quali la normativa legislativa o contrattuale non richiami dette disposizioni, fosse risolvibile sul piano interpretativo, visto che - peraltro in coerenza con il tenore della motivazione - ha emesso una pronuncia interpretativa di accoglimento, in connessione con la poco precedente pronuncia di segno contrario della Cassazione a Sezioni Unite, 28 marzo

1981 n. 1781.

Un pieno riconoscimento della natura interpretativa delle questioni dibattute è contenuto nella pronuncia delle Sezioni Unite del 1 giugno 1987 n. 4823 sulla rilevanza, al fine in questione dei c.d. licenziamenti ontologicamente disciplinari.

Al riguardo è sufficiente ricordare che le Sezioni Unite dichiaratamente attribuirono a detta sentenza della Corte Costituzionale una portata sostanziale maggiore di quella risultante dal suo dispositivo (di tenore correlato ai termini in cui storicamente si era verificato un contrasto tra le pronunce della Cassazione e a quelli della loro composizione da parte delle Sezioni Unite), al fine di dare attuazione alle più profonde ragioni alla base della pronuncia della stessa, in applicazione del canone ermeneutico secondo cui le leggi devono essere interpretate in conformità ai principi costituzionali.

Entambe le questioni poste - applicabilità dell'articolo 7, commi 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori, al licenziamento disciplinare del dirigente e conseguentemente della violazione delle predette garanzie del citato articolo 7 sono state puntualmente affrontate dalla sentenza in commento.

Come già sopra accennato, la Suprema Corte, purtroppo, inizialmente assunse, alla luce di pronunce di segno diametralmente opposto, un orientamento non abbastanza univoco.

A pronunce che negavano l'applicabilità dell'articolo 7 ai dirigenti<sup>4</sup>, seguirono pronunce maggiormente possibiliste<sup>5</sup>, a loro volta smentite da sentenze del primo tenore<sup>6</sup>.

Le contrastanti pronunce della Corte di legittimità e delle corti minori si conclusero con la sentenza n. 427 del 1989 della Corte Costituzionale<sup>7</sup>, che affermò l'estensione dell'articolo 7 dello Statuto dei lavoratori anche alle imprese con meno di 15 dipendenti, motivando la stessa con la statuizione del principio del contraddittorio a principio indefettibile del nostro ordinamento giuridico, applicabile ad ogni licenziamento di natura disciplinare.

Tale pronuncia ebbe, come diretta conseguenza, l'operatività delle garanzie statutarie nell'ambito del rapporto di lavoro dirigenziale.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, tuttavia, nel 1995 si pronunciò ancora una volta in senso opposto, con una sentenza alla quale l'orientamento giurisprudenziale si è strettamente uniformato sino all'attualità<sup>8</sup>.

La Suprema Corte motivò l'inapplicabilità delle

garanzie statutarie *de quibus* al licenziamento del dirigente con la concreta impossibilità di rinvenire un potere disciplinare nei confronti del dirigente "propriamente inteso", ossia di colui che riveste in azienda il ruolo di "alter ego" dell'imprenditore e che, collocato al vertice dell'organizzazione aziendale, influenza l'intera gestione.

Da tale figura dirigenziale, le Sezioni Unite, però, distinsero nettamente un altro tipo di figura dirigenziale, qualificata come "pseudo-dirigente", ossia colui al quale la qualifica di dirigente viene assegnata solo formalmente, non avendo lo stesso i requisiti di autonomia decisionale e gestionale propri del dirigente.

Questa linea di confine tra il "vero dirigente" e lo "pseudo-dirigente" ha rappresentato, nel corso degli anni che ci hanno separato dalla pronuncia in commento, una corretta identificazione della sola categoria dirigenziale apicale, atteso che tutta la giurisprudenza che ne è seguita ha interpretato il concetto di pseudo-dirigente al pari di un dirigente "di livello inferiore" e quello di "alter ego dell'imprenditore" come una sorta di "top manager".

La netta distinzione tra le due "categorie" è stata anche seguita come demarcazione per l'applicazione delle garanzie procedurali, oltre che per affermare l'applicabilità della disciplina limitativa dei licenziamenti individuali ai dirigenti non di vertice.

#### Considerazioni conclusive.

In questo complesso quadro la sentenza in commento, in riferimento al licenziamento disciplinare dei dirigenti, supera proprio la spaccatura tra "alta dirigenza" (cui non sarebbe applicabile l'articolo 7 commi 2 e 3 dello Statuto dei lavoratori) e "bassa dirigenza" (cui invece detto articolo, commi 2 e 3 sarebbe applicabile), fino ad oggi affermato dalla Suprema Corte<sup>9</sup>.

I motivi sono facilmente individuabili: "nelle più complesse organizzazioni aziendali convivono dirigenti di diversi livelli, con gradi e qualifiche diversi, tenendo sempre presente la qualità, autonomia e discrezionalità delle loro mansioni, sì che non può ritenersi sempre correttamente corrispondente a tutte le situazioni la dicitura di "alter ego" dell'imprenditore a connotare la figura del "dirigente"; di conseguenza "la categoria dei dirigenti non è rappresentata dai soli dirigenti apicali", anche in considerazione del fatto che proprio la categoria dirigenziale rileva nella sua unitarietà

non solo ai fini dell'applicazione delle discipline contrattuali, ma anche ai fini dell'applicazione delle norme di legge che fanno riferimento alla relativa qualifica".

L'articolo 7, commi 2 e 3 dello Statuto dei Lavoratori è, quindi, applicabile alla "complessiva categoria dirigenziale", senza che - secondo la Suprema Corte - possa distinguersi tra "alta" e "bassa" dirigenza.

Per quanto sopra, da oggi sarà opportuno che il licenziamento disciplinare dei dirigenti avvenga sempre previa contestazione scritta dell'addebito ed assunzione delle giustificazioni del dirigente, atteso che la violazione delle esposte regole procedurali può causare conseguenze economicamente molto gravose per il datore di lavoro, pari a quelle che si hanno in caso di recesso datoriale ingiustificato e così prospettate:

la prima ipotesi prevede che se al dirigente è applicabile la sola disciplina legale del recesso (articolo 2118 cc ed articolo 2119 cc) e non è stato lavorato il preavviso o si è versata la relativa indennità sostitutiva (in quanto il licenziamento è stato intimato per giusta causa ex articolo 2119 cc), la "non valutabilità" di quest'ultima (per, appunto, irritualità del procedimento) comporta il diritto al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso;

altra fattispecie è quando al dirigente è applicabile la disciplina della contrattazione collettiva (per esempio CCNL per i dirigenti di industrie) perché ciò è previsto nella lettera di assunzione ovvero perché il datore di lavoro e/o il dirigente sono iscritti alle associazioni stipulanti, lo stesso ha diritto al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso (se non già corrisposta), nonché dell'indennità supplementare così come prevista dal CCNL applicabile<sup>10</sup>.

In conclusione, appare comunque opportuno attendere un consolidamento di questa evoluzione giurisprudenziale, anche perché le attuali soluzioni prospettate dalla Suprema Corte non agevolano il compito delle aziende e degli stessi operatori del diritto, soprattutto nella impostazione di una corretta procedura disciplinare di licenziamento che, in riscontro alle molteplici contrastanti pronunce, potrà essere sempre impugnata con valide motivazioni.

<sup>1</sup> L'articolo 7 St. lav., commi 2 e 3, recita: "il datore di lavoro non può adottare alcun provvedimento disciplinare nei confronti del lavoratore senza avergli preventivamente contestato l'addebito e senza averlo sentito a sua difesa" (comma 2). "Il lavoratore potrà farsi assi-

stere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato" (comma 3).

<sup>2</sup> Basenghi F., *Il licenziamento del dirigente*, Milano, Giuffrè Editore, 1991.

<sup>3</sup> Vallebona A. prospetta la validità della soluzione in quanto la stessa consente al dirigente di far accertare l'inesistenza della colpa attribuitagli e conseguentemente di tutelare la propria dignità lavorativa.

<sup>4</sup> Cass. 2 gennaio 1986, n. 21; Cass. 1 settembre 1987, n. 7169.

<sup>5</sup> Cass. 21 luglio 2001, n. 9950: "Il giudizio circa l'applicabilità o meno al dirigente d'azienda delle garanzie procedurali di cui all'art. 7 legge n. 300 del 1970 in caso di suo licenziamento per motivi disciplinari involge accertamenti di fatto - coinvolgenti l'identificazione delle reali mansioni e della collocazione dell'interessato nell'organizzazione aziendale - diretti a stabilire se l'interessato appartiene ai dirigenti di vertice dell'azienda, ai quali solo non sono applicabili dette garanzie procedurali".

<sup>6</sup> Cass. 3 febbraio 1989, n. 681; Cass. 11 febbraio 1989, n. 854.

<sup>7</sup> Corte Costituzionale 25 luglio 1989, n. 427.

<sup>8</sup> Cass., Sez. Unite, 17 marzo-29 maggio 1995, n. 6041.

<sup>9</sup> Cass. n. 5526/2003: la pronuncia ripropone ancora questa distinzione: è prevedibile, quindi, che occorrerà una nuova pronuncia sul punto delle Sezioni Unite.

<sup>10</sup> Cass. 20 aprile 1988, n. 4014.

Giuseppe Tortora

### L'imminenza della scadenza dei termini della custodia cautelare consiglia la violazione del principio dell'oralità.

Tribunale di Nocera Inferiore, in composizione collegiale, ordinanza del 24 novembre 2003, Presidente Ietto.

*Nell'ambito di un procedimento penale concernente reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p., esaurita l'istruttoria dibattimentale (svolta dinanzi a diverso collegio) all'udienza del 24 novembre 2003, gli imputati richiedevano, ai sensi dell'art. 511 c.p.p., che il giudice procedesse alla lettura dei verbali di dibattimento.*

*Il Tribunale, con ordinanza resa in pari data, rigettava la richiesta e disponeva che, in luogo della lettura, si procedesse alla dichiarazione di utilizzabilità.*

#### Applicabilità del meccanismo della lettura.

Il Tribunale osserva che il meccanismo della lettura è funzionale alla ipotesi in cui il dibattimento si esaurisca in una sola udienza, di guisa che esso risponderebbe alla *ratio* di consentire alle parti il controllo sul contenuto dei verbali di udienza.

Consequentemente, essendo il giudizio *de quo* dispiegatosi in una pluralità di udienze, non avrebbe ragione l'invocato meccanismo, essendo il predetto controllo garantito alle parti dalla disponibilità dei verbali di udienza tempestivamente depositati nelle more dell'espletamento del dibattimen-

to.

In riferimento alla *ratio* della norma, non sembra condivisibile quanto sostenuto dal Tribunale, atteso che il meccanismo della lettura non sembra tanto dettato a svolgere una funzione di controllo per le parti in relazione agli atti che il giudice porrà a base della sua decisione (adeguatamente assolta dal rispetto del principio del contraddittorio), ma piuttosto svolge la funzione di segnare il momento formale attraverso il quale l'organo giudicante ha conoscenza degli atti sino a quel momento acquisiti e contenuti nel fascicolo del dibattimento.

Con la lettura, quindi, non solo si esaurisce il momento conoscitivo dell'istruttoria dibattimentale, ma si forma anche la stessa dichiarazione di utilizzabilità sugli stessi atti, indipendentemente dalla durata del dibattimento ex art. 477, co. 1°, c.p.p.

Del tutto irrilevante, quindi, il richiamo alla durata del dibattimento, essendo evidente che, o concentrato (come si auspica sempre il legislatore) in una sola udienza ovvero dispiegato in una pluralità di udienze, la *ratio* della norma rimane immutata.

A ben vedere, diversamente da quanto sostenuto dal Tribunale, il meccanismo invocato appare funzionale, piuttosto che ad un dibattimento che si esaurisca nell'arco di un'unica udienza (in cui la garanzia della oralità è adeguatamente offerta dalla contestualità tra la celebrazione del dibattimento e la assunzione della decisione), proprio ai procedimenti che si dispiegano per una pluralità di udienze dibattimentali, per le quali la presenza di soluzioni di continuità costituisce deroga alle esigenze della oralità e a quelle della necessaria immediatezza e contestualità tra acquisizione probatoria ed assunzione della decisione.

#### **Richiesta di lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento: "diritto potestativo"?**

Il Tribunale rileva che la richiesta di lettura non può essere intesa come mero diritto potestativo della parte (privata), ma può essere adottata solo qualora sia motivata da specifiche esigenze, in difetto della cui allegazione la stessa non sarebbe legittima ed ammissibile, anche in ragione di asserite esigenze di economia processuale.

A tal proposito l'art. 511, co. 5°, c.p.p. si presenta dal tenore non equivoco, nella parte in cui statuisce che: *"Il giudice dispone tuttavia la lettura, integrale*

*o parziale, quando si tratta di verbali di dichiarazioni e una parte ne fa richiesta"*.

Nel caso di specie, si tratta di verbali di dichiarazioni ed una parte ha avanzato formale richiesta di lettura; pertanto, non appaiono condivisibili – in riferimento alle esigenze di economia processuale – le argomentazioni addotte dal Tribunale per eludere la richiesta difensiva (il cui accoglimento avrebbe inevitabilmente comportato lo spirare del termine massimo di durata della custodia cautelare in corso di esecuzione e la conseguente scarcerazione degli imputati).

In sintesi, la necessità contingente di soddisfare una esigenza (economia processuale) è ritenuta prevalente rispetto al principio generale dell'oralità.

Appare evidente, senza neppure scomodare Kelsen, che nella gerarchia dei valori un principio generale non potrebbe mai essere soccombente rispetto ad una mera esigenza.

Indipendentemente dalla ricerca e dalla individuazione di artifici argomentativi che possano, più o meno ragionevolmente, giustificare la decisione assunta, resta il fatto, incontestabile, costituito dalla circostanza per cui l'art. 511 c.p.p. prevede il meccanismo della lettura come regola generale per consentire la valida utilizzabilità, ai fini della decisione, degli atti contenuti e veicolati nel fascicolo del dibattimento e che, rispetto a tale regola, il meccanismo della indicazione di utilizzabilità costituisce una mera eccezione, prevista in via di gradazione.

#### **Art. 511 c.p.p.: obbligatorietà della lettura.**

In particolare, nella previsione del comma 5, il legislatore mostra di privilegiare in ogni caso la regola generale, prevedendo che, a richiesta di parte, il giudice "dispone" (e non "può disporre") la lettura.

A fronte di tale dato normativo, che ancora l'obbligatorietà della lettura al mero dato della richiesta di parte, ogni spiegazione diversa appare assolutamente pretestuosa e dettata esclusivamente, come, tra l'altro, espressamente ribadito nel corpo dell'ordinanza del 24 novembre 2003, dalla contingenza occasionale di evitare la scarcerazione degli imputati per decorso dei termini massimi di durata della custodia cautelare.

Gli istituti processuali non possono essere indebitamente utilizzati dagli operatori del diritto, compresi il giudice, allo scopo di conseguire obiettivi estranei ad essi, piegando le esigenze di

Iride Pagano

### **Il nuovo orientamento giurisprudenziale in materia di concorsi interni.**

**a.** Secondo l'orientamento prevalente dei giudici ordinari nonché di parte della giurisprudenza amministrativa, fino alla decisione delle Sezioni Unite Civili della Cassazione, n° 15403 del 15 ottobre 2003, l'articolo 63, comma 4, D.Lgs. n. 165/2001, che riconosce la competenza del giudice amministrativo, sarebbe stato applicabile unicamente alle procedure concorsuali comunemente dette esterne.

Tanto in base al principio espresso nella sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione n° 7859 dell'11 giugno 2001, secondo la quale erano da ritenersi attribuibili "alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, dalla sua instaurazione fino all'estinzione compresa ogni fase intermedia, relativa a qualsiasi vicenda modificativa, anche se finalizzata alla progressione di carriera e realizzata attraverso una selezione di tipo concorsuale".

Ma la Suprema Corte, con la decisione richiamata, era andata oltre la vicenda sottoposta al suo esame, riguardante un provvedimento di revoca ex nunc di incarico dirigenziale di secondo livello nell'ambito dell'ASL n. 3 del Centro Molise: il primo comma dell'articolo 63 D.Lgs. n. 165/2001 devolve espressamente alla cognizione del giudice ordinario i provvedimenti di conferimento e di revoca degli incarichi dirigenziali, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti.

La ratio di tale attribuzione è da vedersi nella prevalenza dell'elemento fiduciario rispetto a quello para-concorsuale per la valutazione dei titoli.

È stato rilevato dal Consiglio di Stato, con decisione del 15 marzo 2001, che la procedura di affidamento di incarico dirigenziale è priva di carattere concorsuale, considerata la particolare formulazione che prevede un giudizio di idoneità, non vincolante da parte della Commissione.

Seguendo la ratio legis dell'articolo 63 D.Lgs. 165/2001, la scelta di attribuire al giudice amministrativo la materia dei pubblici concorsi è stata determinata dalla considerazione che in essa sono assenti valutazioni di carattere privatistico-

un "dovuto processo legale", che il legislatore costituzionale ha di recente inteso connotare anche quale "giusto processo", a quelle legate alla sorte di misure cautelari eventualmente in corso di esecuzione.

Sul piano tecnico, la evidenziata violazione dell'art. 511 c.p.p., in quanto incidente sulla corretta acquisizione del materiale utilizzato ai fini della decisione, realizza, da un lato, una specifica causa di nullità della sentenza emessa all'esito del relativo giudizio, anche per difetto di motivazione, e, dall'altro, l'ipotesi della inutilizzabilità degli atti probatori posti a base della decisione (art. 191 e 526 c.p.p.).

Sotto il profilo ermeneutico, il provvedimento in commento rappresenta ipotesi emblematica dell'orientamento sempre più frequente, in sede di merito, consistente nell'attribuire al processo penale funzioni che non le sono proprie, utilizzando, piuttosto che come strumento di accertamento garantito rispetto alla fondatezza di una imputazione, come appendice del diritto penale sostanziale e come strumento di lotta al crimine. In questa impostazione, immemore almeno della previsione di cui agli artt. 27 e 111 Cost., confluisce una linea di politica giudiziaria, attuata con particolare riferimento ai delitti di criminalità organizzata, secondo la quale le esigenze di difesa sociale giustificano la elusione (non sempre espressa) di regole poste.

Vero è che non tutte le norme processuali sono assistite, per il caso della loro violazione, da specifiche sanzioni, stante il principio di tassatività; tuttavia, il richiamo a questa circostanza non può costituire *escamotage* per ignorare quanto previsto dall'art. 124 c.p.p.

Si deve allora prendere atto che il vigente sistema processuale si è inesorabilmente avviato sulla china di un modello che, allontanandosi dai requisiti dell'accusatorietà, ambisce alla attuazione di scelte di politica criminale.

Resta il problema più generale di individuare a chi appartenga la legittimazione alle opzioni di fondo del sistema di legislazione criminale e di verificare se la crisi della rappresentanza politica sia ancora attuale per giustificare la supplenza della magistratura.

<sup>1</sup> Valutata inammissibile l'originaria ricusazione di alcuni membri del collegio, la nuova composizione dell'organo giudicante consegue al provvedimento, intervenuto allorché era in corso la fase della discussione finale, con il quale la Corte di Appello, in sede di rinvio dopo il giudizio della Cassazione, ritiene fondate le ragioni poste a base della dichiarazione ex art. 37 c.p.p.

gestionali del personale, sia quando si tratti di concorsi esterni che interni, in quanto essi, nella pratica, presentano identiche caratteristiche strutturali e funzionali.

Condividendo l'orientamento fin qui contrario della magistratura ordinaria prevalente, si arrivava, in buona sostanza, ad adottare come metodo di riparto non più la materia, bensì la *provenienza, interna o esterna alla P.A.*, del concorrente.

Di tale metodo non vi è traccia nell'assetto logico-sistemico dell'ordinamento vigente.

Ma l'aspetto più "inquietante" era costituito dalla constatazione che la giurisprudenza della Cassazione, favorevole all'affidamento della cognizione dei concorsi c.d. interni al g.o., seguiva un tracciato diverso da quello della Corte Costituzionale.

**L.** Con la "storica" sentenza n°1 del 4 gennaio 1999, la Corte Costituzionale ha stabilito due principi fondamentali:

**1.** "alla regola del pubblico concorso per l'assunzione di personale nei ruoli della P.A. sono ammissibili deroghe da parte del legislatore solo nei limiti segnati dall'esigenza di garantire il buon andamento dell'Amministrazione o di attuare altri principi di rilievo costituzionale destinati a garantire le peculiarità degli uffici di volta in volta considerati";

**2.** "al regime del pubblico concorso, funzionale al buon andamento della P.A., non si sottraggono i passaggi a una fascia funzionale superiore, nel quadro di un sistema che non prevede carriere o le prevede entro ristretti limiti nell'ambito dell'Amministrazione; ciò in quanto anche in tali passaggi è ravvisabile una forma di reclutamento, con la connessa esigenza di un selettivo accertamento delle attitudini, da non rivolgere di regola al solo interno della stessa Amministrazione, al fine di evitare di reintrodurre surrettiziamente il modello delle carriere".

Quindi, per le progressioni verticali, la selezione deve avvenire tramite procedure, aperte anche agli esterni, secondo il modello del concorso pubblico, il solo in grado di consentire la scelta del candidato più meritevole.

Inoltre, con la Ordinanza n° 2/2001, la Corte Costituzionale, seguendo un proprio consolidato orientamento, aveva evidenziato l'erroneità del presupposto interpretativo da cui era partito il giudice remittente, secondo cui la procedura concorsuale, oggetto del giudizio, avrebbe avuto natura differente, rispetto ai concorrenti in quota

di riserva e per quelli esterni.

Aveva, in particolare, rilevato la Corte che, sia per gli uni che per gli altri, si trattava di "una procedura concorsuale di assunzione nella qualifica indicata nel bando": il passaggio ad una fascia funzionale superiore, dal momento che comporta l'accesso a un nuovo posto di lavoro, corrispondente a funzioni più elevate, è, secondo il giudice delle leggi, una *figura di reclutamento* soggetta alla regola del pubblico concorso, da equiparare al *primo accesso all'impiego*.

L'analisi svolta dalla Corte Costituzionale sull'articolo 97 della Costituzione, in riferimento ad ogni tipologia concorsuale, ha smentito l'interpretazione seguita dalla Corte di Cassazione del quarto comma art. 63 T.U. n. 165/2001, secondo la quale il termine "assunzione" ivi usato coinciderebbe necessariamente con quello di "primo accesso" al pubblico impiego.

In effetti, il termine assunzione non viene usato dal legislatore nel senso privatistico di instaurazione del rapporto di lavoro, ma nel senso "pubblicistico" di accesso al lavoro, in riferimento ad ogni ipotesi di accesso a un posto nuovo della dotazione organica dell'Amministrazione che abbia indetto il concorso.

Il nuovo Testo Unico del p.i., quando parla di assunzione nelle amministrazioni pubbliche, fa riferimento al reclutamento del personale in linea generale, sia nel caso che la procedura selettiva sia riservata agli interni, nei limiti di legittimità stabiliti dalla Corte Costituzionale, sia che la procedura concorsuale sia aperta agli esterni, con o senza quota di riserva per gli interni.

Tanto in conformità con il terzo comma dell'articolo 97 della Costituzione, per il quale "agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge".

Secondo l'interpretazione esplicativa della Corte Costituzionale, l'obbligo del concorso sussiste, quindi, *non solo* per il primo accesso *ma anche* per il passaggio alla qualifica funzionale superiore, da intendersi come accesso a un diverso posto della pianta organica, comportante lo svolgimento di mansioni e funzioni nuove superiori.

E secondo il Supremo Consesso, questa progressione va equiparata al primo accesso.

Tale orientamento della Corte Costituzionale è stato confermato dalla propria, successiva giurisprudenza: si ricordi da ultimo la sentenza n. 89 del 27 marzo 2003 (Pres. Chieppa, Red. Marini),

riguardante soggetti *già dipendenti*, ma a tempo determinato, del Ministero della Pubblica Istruzione e che disconosce l'applicabilità anche al p.i. dell'articolo 2 l. n. 230/1962, in tema di conversione del rapporto di lavoro privato a termine in rapporto a tempo indeterminato.

Ribadisce la Suprema Corte: "il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni *non è assimilabile*, sotto ogni aspetto, a quello svolto alle dipendenze di datori di lavoro privati, atteso che ... il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di impiego alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è quello, del tutto estraneo alla disciplina del lavoro privato, *dell'accesso mediante concorso*, enunciato dall'art. 97, terzo comma, della Costituzione.

L'esistenza di tale principio, posto a presidio delle esigenze di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione ... di per sé rende palese la *non omogeneità delle situazioni e giustifica* la scelta del legislatore di ricollegare alla violazione di norme imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori da parte delle amministrazioni pubbliche conseguenze di carattere esclusivamente risarcitorio ...".

Pertanto, secondo chi scrive, considerato che la privatizzazione del pubblico impiego, allo stato, è ancora soltanto tendenziale e preso atto della non omogeneità delle situazioni, dovrebbe venir meno addirittura la ratio dell'attribuzione alla giurisdizione del g.o. del pubblico impiego.

Di fronte a tale incertezza di fondo, sarebbe auspicabile mantenere la via indicata dal legislatore, e, seguendo il metodo di riparto per materia, riconoscere la persistenza della giurisdizione del giudice amministrativo *per tutta la materia dei concorsi*, ivi compresi quelli per progressione.

Prendendo atto del costante orientamento della Corte Costituzionale, le Sezioni Unite civili della Cassazione, da ultimo, con la decisione n° 15403 del 15 ottobre 2003, si sono finalmente dedicate "ad una necessaria rimediazione", a conclusione della quale hanno affermato che "il quarto comma dell'articolo 63 decreto legislativo n.165/01, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione di dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni» fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione, per la prima volta, del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale

già assunto ad una fascia o area superiore: il termine <assunzione>, d'altra parte, deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale ...".

Dopo la tanto attesa inversione di rotta della Cassazione, anche la giurisprudenza amministrativa si sta consolidando nella stessa direzione.

Alessandro Vella

### Incompatibilità ambientale di un dipendente di una Pubblica Amministrazione.

Tribunale di Napoli, Sez. lavoro, 5.02.2004.

*«Può considerarsi ancora possibile il trasferimento per incompatibilità ambientale del dipendente di una P.A. anche a seguito dell'abrogazione dell'art. 32 T.U. Imp. Civili dello Stato, n° 3/57? Esiste ancora una norma che conferisce alla P.A. il potere di adottare un simile provvedimento o esso è possibile alla luce dei principi generali dell'ordinamento? Quid nel caso di trasferimento per il motivo su menzionato del dipendente della P.A. che ricopre la carica di Comandante della Polizia Municipale?»*

### L'art. 32 del T.U. Impiegati Civili dello Stato, n. 3 del 30.01.1957, che prevedeva il "trasferimento per incompatibilità ambientale" del dipendente di una P.A., deve considerarsi abrogato dall'art. 72 del Dlgs n. 165/2001? Quali conseguenze?

Le riflessioni che seguiranno prendono lo spunto da una recente pronuncia del Tribunale di Napoli, che ha rigettato il reclamo ex art. 669-terdecies c.p.c., proposto dal Comandante dei Vigili Urbani di un Comune del napoletano avverso l'ordinanza di rigetto del ricorso ex art. 700 c.p.c. - dallo stesso proposto -, inteso a far sospendere il provvedimento del Sindaco che ne aveva disposto il trasferimento "per incompatibilità ambientale" (destinandolo a Capo di altro Settore dello stesso Ente) e ad ottenere la reintegra nelle funzioni di Comandante dei VV.UU.

I fatti sono i seguenti: all'esito di procedimento disciplinare preceduto da comunicazione di avvio, il suddetto Comandante della Polizia Municipale, con decreto sindacale dell'8.8.2003 veniva rimosso dal suo incarico e trasferito alla Direzione del Settore Affari Sociali successiva-

mente all'irrogazione nei suoi confronti della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per dieci giorni (e connessa privazione dello stipendio), "per aver omesso di segnalare alla P.A. degli abusi edilizi commessi nell'immobile di sua proprietà" (nella specie si trattava di vari locali, una piscina ecc.) "ed era motivato in base a motivi di opportunità consiglianti l'assegnazione ad altre funzioni attesa l'incompatibilità ambientale venutasi a creare tra il soggetto responsabile del comando e le competenze della Polizia Municipale con particolare riferimento alla funzione di vigilanza in materia di abusi edilizi".

#### La tesi del ricorrente/reclamante.

**a.** In sintesi, come primo motivo di reclamo, il ricorrente si attiene strettamente al dato normativo offerto dall'art. 72 del D. Lgs. 165/01 - che, nella sua ricostruzione, avrebbe (chiariremo in seguito il motivo del condizionale) abrogato l'art. 32, co. 4°, del T.U. n.3/57 (sull'impiego pubblico) -, facendo derivare da tale abrogazione l'inefficacia e l'inapplicabilità a decorrere dal 30.03.2001 dell'Istituto del trasferimento per "incompatibilità ambientale";

**b.** la seconda censura attiene alla presunta violazione dell'art. 55 del D. Lgs. 165/01, per avere il Comune di ..., con l'emissione del provvedimento di trasferimento il giorno successivo all'irrogazione (nei suoi confronti) della sanzione disciplinare della sospensione dal servizio per dieci giorni (con privazione dello stipendio), violato il principio della tipicità ed unicità delle sanzioni disciplinari irrogabili ai dipendenti (attesa - a dire del ricorrente/reclamante - l'identità di presupposti tra i due provvedimenti, quello di irrogazione della sanzione e quello di "mobilità", ritenuto egualmente ed ulteriormente sanzionatorio dei medesimi fatti oggetto del procedimento disciplinare), nonché quello del contraddittorio procedimentale necessario per l'irrogazione delle sanzioni;

**c.** infine, con l'ultimo motivo di gravame avverso l'ordinanza di rigetto del ricorso cautelare, il reclamante lamenta la "violazione della legge quadro sul corpo di polizia municipale (L. 65/86), sul presupposto che, data la specialità della disciplina, carente di ogni previsione in tema di trasferimento per incompatibilità ambientale, nell'ambito del rapporto di lavoro dei dipendenti alla Polizia Municipale sarebbero possibili solo particolari forme di mobilità, quali i distacchi ed i comandi", indicando a sostegno giurisprudenza

dello stesso Tribunale (Trib. di Napoli, Ord. 11/10/00, Miletta Scamardella e Comune di Pozzuoli).

Si tralasciano gli ultimi due motivi di gravame per non discostarsi dal tema principale, quello di cui al primo motivo.

#### La tesi del Comune e del Giudice del reclamo in ordine al primo motivo. Osservazioni.

In buona sostanza, sia la difesa dell'Ente che il Collegio - come pure chi scrive - non possono certo negare l'avvenuta abrogazione dell'art. 32 (T.U. cit.). Anzi, va precisato - per correttezza d'informazione, chiarendo il motivo del condizionale di cui al paragrafo precedente - che la citata norma è stata sì abrogata ma non - come sostenuto dal reclamante - dall'art. 72 del D. Lgs. 165/01: si noti la formula del 1° comma dell'art. 72, il quale recita "Sono abrogate o rimangono abrogate le seguenti norme ...". L'articolo in parola, in effetti, era stato già abrogato espressamente dal D. Lgs. n. 80 del 1998 (art. 43, 5° co.), che sostituiva l'art. 38 del D. Lgs. n. 546/93.

Pur partendo da tale dato, tuttavia, non può condividersi la conclusione del reclamante: l'abrogazione dell'art. 32 non ha comportato l'espunzione dell'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale dall'insieme delle norme che regolano il rapporto di lavoro alle dipendenze della P.A.

È questa la tesi del primo giudice, della difesa dell'Ente e del Collegio: essa - a nostro parere - va condivisa per i seguenti motivi.

A seguito della "privatizzazione" del "pubblico impiego" e, quindi, a seguito della "contrattualizzazione del rapporto", la possibilità di adottare il provvedimento di trasferimento, avente come presupposto la necessità di rimediare ad una situazione di incompatibilità ambientale del dipendente della P.A., è da ricondursi (anziché all'abrogato art. 32, cit.) all'art. 2103 c.c.

Il dato normativo a sostegno è offerto dall'art. 2, comma 2 del D. Lgs. 165/2001, il quale richiama, tra le disposizioni applicabili ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle P.A. (tra le quali, ai sensi dell'art. 1 comma 2 del medesimo dlgs, vi sono i Comuni) anche l'art. 2103 c.c., che al primo comma prevede la possibilità per il datore di lavoro di trasferire il lavoratore da una unità produttiva ad un'altra in presenza di comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Già ante D. Lgs. 165/2001 si può citare, *exempli gratia*, una suggestiva pronuncia dello stesso Tribunale di Napoli (allora in veste di Pretore, Est. Dr. Papa, ord. dell'11.12.1998, in Giust. Civ. 1999, I, p. 3167 e 3180), la quale esprimeva come l'abrogazione dell'art. 32 D.P.R. n. 3/57 fosse manifestazione dell'intento del legislatore, in sede di privatizzazione, di ricondurre la fattispecie all'art. 2103 c.c.: valga la pena osservare come la norma di cui all'art. 2103 c.c. abbia, *mutatis mutandis*, la stessa ratio di quella abrogata attinente il "pubblico impiego" e sia informata al medesimo principio generale.

Il Collegio osserva, poi, come non si rinverga "nel dlgs 165/01 disposizioni incompatibili con l'applicazione della descritta disposizione"... né può dubitarsi che "tra le ragioni organizzative possa farsi rientrare quella situazione di incompatibilità ambientale già oggetto della previsione dell'art. 32 T.U. cit." né tantomeno "vi sono ragioni per escludere che l'istituto del trasferimento per incompatibilità ambientale sopravviva all'abrogazione dell'art. 32 T.U. cit." (cfr. Tribunale di Messina 10.9.2002, Trib. Catania 17.7.2001).

A sostegno di quanto poc'anzi riferito basti qui richiamare anche quanto affermato dalla giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio, Roma, II sez., 24.04.1996, n. 711; per altro profilo, cfr. T.A.R. Friuli V.G., 19.7.1995, n. 279).

#### Considerazioni conclusive.

In sintesi, il Collegio rigetta il reclamo motivando in ordine all'insussistenza del requisito del "fumus boni iuris", ritenendo infondati tutti i motivi di gravame: in particolare, riferendoci solo ai primi tre motivi, qui oggetto di riflessione, si può dire che, quanto al secondo, con una succinta motivazione, il Tribunale afferma che non vi è cumulo di sanzioni e/o violazione del principio di unicità e tipicità delle sanzioni, in quanto il trasferimento "per motivo organizzativo rappresentato da una situazione di incompatibilità ambientale non ha natura sanzionatoria..." né disciplinare "... ma rappresenta manifestazione del potere di organizzazione della P.A. e, allo stesso tempo, di gestione del rapporto di lavoro"; in ordine al terzo motivo di gravame ovvero l'asserita violazione della legge quadro sulla P.M. (L. 65/86), il reclamante parte dall'assunto secondo il quale tale normativa, speciale, secondo l'antico brocardo "generi per speciem", precluderebbe l'applicabilità della norma generale di cui al D. Lgs. 165/01: il Tribunale smentisce tale assunto,

richiamando costante e contraria opinione espressa dal Consiglio di Stato, indicata anche dalla difesa dell'Ente (Cons. Stato, sez. V, 08.03.2001, n. 1360 e Cons. Stato, sez. VI, 17.05.2002, n. 2677); anche in questo caso, ritiene il Collegio di non condividere tale tesi - "che porterebbe a teorizzare una inamovibilità assoluta dei dipendenti della P.M." - richiamando l'applicabilità della normativa generale del pubblico impiego, in quanto - come acutamente osserva la difesa dell'Ente - la normativa speciale, se è vero che prevede che non ogni dipendente comunale possa essere adibito alla P.M., non esclude l'inverso.

In conclusione, venendo al tema centrale della nostra breve riflessione, se non può revocarsi in dubbio che l'art. 32 T.U. cit. sia stato espressamente abrogato, altrettanto deve dirsi che tale abrogazione non comporta automaticamente l'illegittimità del trasferimento del dipendente della P.A., in quanto tale possibilità è sussumibile - a seguito della "privatizzazione" - nella previsione dell'art. 2103 c.c.

Più propriamente, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato come il trasferimento ad altre funzioni per incompatibilità ambientale costituisca addirittura un principio generale insito nel sistema, motivando, proprio a riguardo di un caso simile, che "sebbene la posizione di lavoro del Comandante dei VV.UU. rivesta una particolare peculiarità, non per ciò solo costui non può essere trasferito per incompatibilità ambientale, in quanto, in caso contrario, si produrrebbe un'inammissibile regola di inamovibilità e, quindi, la disapplicazione di un istituto di carattere generale" (cfr. Cons di Stato, sez. V, 08.03.2001, n. 1360, in Foro amm. 2001, p. 504; cfr. Cons. di Stato, sez. V, n. 1359/01 e 3560/02).

Chiara Falcone

### Modifiche al Codice Civile ed istituzione dell'amministrazione di sostegno.

Nella Gazzetta Ufficiale n. 14 del 19 gennaio 2004 è stata pubblicata la legge 9 gennaio 2004, n. 6, intitolata "Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizioni e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali". Trascorso il periodo di *vacatio legis* di sessanta giorni dalla pubblicazione, prescritto dall'art. 20 del testo legislativo, il provvedimento è entrato in vigore il 19 marzo di questo anno, producendo una serie di rivolgimenti, sostanziali e procedurali, nel consolidato sistema codicistico dell'incapacità legale. Di seguito si segnalano, per esigenze di brevità, soltanto le principali innovazioni della riforma.

#### Finalità della legge.

Il dichiarato intento del legislatore è quello di "tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente" (art. 1).

Il testo della legge è stato approvato definitivamente dalla Commissione Giustizia del Senato della Repubblica il 22 dicembre 2003: la scelta politica di accelerare i tempi per chiudere i lavori entro fine anno, dopo che diversi disegni di legge sull'argomento si erano succeduti nell'arco di circa un ventennio senza approdare mai alla discussione in aula, è stata chiaramente sollecitata dal fatto che il 2003 era l'anno europeo delle persone con disabilità; l'esigenza sociale sottesa al provvedimento, invece, si inquadra nell'ambito del più generale e moderno processo tendente alla migliore integrazione possibile nella vita civile della persona affetta da *handicap*, di qualsiasi natura, mediante impiego delle sue residue potenzialità psicofisiche e la valorizzazione delle sue attitudini: dalla abolizione dei manicomi, risalente ormai a oltre venticinque anni fa<sup>1</sup>, alla integrazione scolastica, alle iniziative volte a promuovere possibilità di lavoro per persone con grave disabilità, al superamento delle barriere architettoni-

che, è chiaro che il *trend* legislativo muove, peraltro doverosamente, in questa direzione.

Il tentativo è, da ultimo, quello di garantire protezione al disabile nei suoi rapporti giuridici, senza per questo privarlo della sua capacità di agire o, quantomeno, limitando al minimo tale compressione: in proposito, si è ritenuto dai promotori della riforma che il codice civile offrisse "unicamente la scelta tra inabilitazione ed interdizione, una scelta sicuramente limitata e limitante"<sup>2</sup>. Di qui la necessità di introdurre un *tertium genus*, collocato - anche topograficamente, come si vedrà - prima dei tradizionali rimedi incapacitanti e, se ben si coglie lo spirito della riforma, volto a determinare un capovolgimento totale di prospettiva: il disabile non va dichiarato incapace, salvo a riconoscergli sfere di residua autonomia nei rapporti giuridici, così come oggi avviene per gli interdetti e gli inabilitati, ma al contrario deve essere in linea generale considerato un soggetto capace, il quale occasionalmente, se del caso temporaneamente e, comunque, solo per determinati atti che non è in grado di compiere da solo, va supportato da una persona che lo sostituisca o lo assista.

#### Le modifiche dell'impianto codicistico preesistente.

Il titolo XII del Libro I del codice civile "Dell'infermità di mente, dell'interdizione e dell'inabilitazione" è mutato, per effetto della riforma, in "Delle misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia" e sarà distinto in due capi: il capo I, "Dell'amministrazione di sostegno"<sup>3</sup> ed il capo II "Dell'interdizione, dell'inabilitazione e dell'incapacità naturale" (art. 2).

Come si accennava sopra, questa scelta di carattere apparentemente formale rivela evidentemente l'intenzione di considerare il beneficiario dell'amministrazione di sostegno non già come un incapace, ma come un soggetto privo, per usare il linguaggio del legislatore, "in tutto o in parte di autonomia". Più arduo si rivela però il compito di chi voglia ritagliare i confini di questa "autonomia" e appurare se, al di là della diversa terminologia adoperata, le persone "prive in tutto o in parte di autonomia" siano differenti dai soggetti "totalmente o parzialmente incapaci di agire", per usare il comune, fino ad oggi, linguaggio giuridico.

#### Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno.

Il soggetto destinatario dell'amministrazione di

sostegno è descritto nel nuovo art. 404 c.c., introdotto dall'art. 3 della legge di riforma, a mente del quale "La persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica<sup>4</sup>, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita da un amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio".

Come evidente, nella previsione legislativa si fa riferimento anche a coloro che siano impossibilitati ad attendere ai propri interessi a causa di una infermità o di una menomazione fisica, laddove i rimedi dell'interdizione e dell'inabilitazione, oltre che la tutela apprestata dall'art. 428 c.c. all'incapace naturale, non sono ovviamente mai riferibili ad un soggetto che sia fisicamente handicappato, se non quando tale handicap si ripercuota sulla sua capacità di intendere e di volere: si consideri che, ai sensi dell'art. 415, comma 3, c.c., neanche il sordomuto ed il cieco dalla nascita sono suscettibili di inabilitazione, quando abbiano ricevuto un'educazione sufficiente<sup>5</sup>.

Nel caso in cui il soggetto sia affetto, invece, da una infermità o da una menomazione di tipo psichico, si porrà una triplice possibilità: nominare un'amministrazione di sostegno, inabilitare la persona o procedere alla sua interdizione.

Una prima possibile interpretazione del dettato normativo sembra suggerire che tale scelta sia da fondare su una gradazione della gravità della menomazione o infermità: anche alla luce della dichiarata finalità della legge, infatti, il rimedio dell'amministrazione di sostegno parrebbe da adottarsi nelle ipotesi in cui i disturbi del soggetto siano di carattere così lieve da non rendere necessario il ricorso ai tipici rimedi incapacitanti dell'interdizione e dell'inabilitazione.

Naturalmente, se così fosse, la scelta non si presenterebbe certo agevole, essendo per definizione incerta e sfumata la distinzione tra i vari tipi di disabilità psichica<sup>6</sup>.

Secondo una diversa opzione interpretativa, però, ugualmente rispettosa sia del dato testuale, sia della *intentio legis*, la scelta tra i tre possibili rimedi potrebbe compiersi piuttosto con riferimento ad un criterio di preferenza: in prima battuta, cioè, dovrebbe valutarsi la possibilità di nominare un amministratore di sostegno, inibendo al soggetto soltanto il compimento di alcuni atti determinati e specificamente indicati dal giudice tutelare e, per altri, facendolo assistere dall'amministratore<sup>7</sup>; in seconda istanza, dovrebbe considerarsi l'ipote-

si di inabilitare il soggetto, rendendolo semi incapace e precludendogli il compimento di qualsiasi atto di straordinaria amministrazione, se non con l'assistenza del curatore; solo in via residuale, nelle ipotesi in cui non sia possibile evitarlo, potrebbe ricorrersi all'istituto dell'interdizione, che renderebbe l'infermo di mente del tutto incapace legalmente.

Tale seconda interpretazione trova conforto, tra l'altro, nello sfavore del legislatore nei confronti delle misure maggiormente incapacitanti, affermato a chiare lettere nella norma d'apertura dell'articolo; nel fatto che il ricorso all'interdizione è stato reso facoltativo e per giunta limitato alle sole ipotesi in cui sia necessario per l'adeguata protezione del soggetto infermo<sup>8</sup>; nella nuova collocazione all'interno dell'impianto codicistico delle norme sull'amministrazione di sostegno, che precedono la disciplina dell'interdizione e dell'inabilitazione, pur fondandosi su presupposti, almeno parzialmente, consimili (un'infermità mentale che rende impossibile<sup>9</sup> al soggetto di provvedere ai propri interessi).

#### La procedura.

La domanda per la nomina di un amministratore di sostegno si propone con ricorso, esente dal contributo unificato di cui all'art. 9 D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115, al giudice tutelare del luogo in cui beneficiario ha la residenza o il domicilio (artt. 404 e 407 c.c., art. 46 *bis* disp. att. c.c., artt. 720 e 720 *bis* c.p.c.) e può essere promossa dallo stesso beneficiario, anche se minore, interdetto o inabilitato, dal coniuge, dalla persona stabilmente convivente, dai parenti entro il quarto grado, dagli affini entro il secondo grado, dal tutore, dal curatore, dal pubblico ministero, dai responsabili dei servizi sanitari e sociali direttamente impegnati nella cura e assistenza della persona (artt. 406 e 417 c.c.).

Il giudice, provvede alla nomina entro sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza con decreto motivato immediatamente esecutivo ed esente da obbligo di registrazione (art. 405 c.c. e art. 46 *bis* disp. att. c.c.), dopo aver sentito personalmente la persona ed i soggetti di cui all'art. 406 c.c. che siano comparsi, assunte le necessarie informazioni e compiuti, anche d'ufficio, gli accertamenti di natura medica e non, utili ai fini della decisione (art. 408 c.c.). Il decreto, inoltre, deve contenere le generalità del beneficiario e dell'amministratore di sostegno, la durata, anche a tempo indetermi-

nato dell'incarico di quest'ultimo, i limiti di spesa, anche periodici, che egli può sostenere utilizzando le somme di cui il beneficiario ha o può avere la disponibilità e la periodicità con cui deve riferire al giudice circa l'attività svolta e le condizioni di vita personale e sociale del beneficiario (art. 405, comma 5, nn. 1, 2, 5 e 6).

Ma soprattutto il decreto deve contenere l'indicazione "3) dell'oggetto dell'incarico e degli atti che l'amministratore di sostegno ha il potere di compiere in nome e per conto del beneficiario; 4) degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno".

La formula usata nel passaggio di testo riportato chiarisce la prospettiva invertita in cui si è posto il legislatore della riforma rispetto alla tradizionale impostazione dei problemi connessi all'incapacità, cui già sopra si accennava. L'incapacità è vista come l'eccezione, anche nelle persone disabili (fisicamente e) mentalmente, rispetto alla regola della pienezza di capacità di disporre delle proprie situazioni giuridiche da parte dei soggetti di diritto, in ossequio al principio di rango costituzionale che pone all'apice della gerarchia dei valori la persona umana (art. 2 Cost.), indipendentemente da qualsiasi menomazione la affligga; tanto è ciò vero che gli atti per i quali dovrà agire l'amministratore di sostegno in nome e per conto del beneficiario (come se fosse, quindi, un tutore<sup>10</sup>) e quelli nei quali egli dovrà soltanto assisterlo (come se fosse un curatore<sup>11</sup>) sono, appunto, solo quelli tassativamente indicati nel decreto di nomina dell'amministratore. Si noti che nel n. 4 dell'art. 405, comma 5, c.c. il termine assistenza è utilizzato nel suo senso più strettamente tecnico giuridico di atto complesso di integrazione della volontà del beneficiario<sup>12</sup>, mentre nell'art. 404 c.c. novellato se ne parla in senso più ampio, intendendosi con esso far riferimento al generico ruolo di cooperazione dell'amministratore di sostegno in favore del beneficiario.

Il decreto del giudice tutelare è impugnabile con reclamo dinanzi alla corte d'appello (art. 739 bis c.p.c.).

#### Effetti dell'amministrazione di sostegno.

Secondo l'art. 409 c.c. novellato, "il beneficiario conserva la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno. Il beneficiario dell'amministrazione di sostegno può in ogni caso compiere gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria

vita quotidiana".

Questa prescrizione è soltanto la riaffermazione della condizione di piena capacità del beneficiario rispetto a tutti gli atti che non vengono indicati ai nn. 3 e 4 dell'art. 405, comma 5, c.c.; condizione che peraltro emerge in maniera già chiara dalla considerazione dell'articolato nel suo complesso, tendente, come più volte rimarcato, a delineare i tratti del soggetto beneficiario dell'amministrazione di sostegno come protagonista della propria esistenza e perfettamente in condizione di compiere le proprie scelte, anche nel mondo giuridico, se diversamente non risulta.

Ciò, naturalmente, espone maggiormente la persona inferma al rischio di pregiudizi patrimoniali e non; ma, d'altro canto, le trasformazioni intervenute negli ultimi trent'anni nella scienza psichiatrica, hanno rimesso in discussione persino il valore e l'utilità di considerare il malato di mente, autore di reati, come soggetto non imputabile: secondo un certo orientamento, infatti, il riconoscimento della sua responsabilità, invece che ribardirne l'esclusione, potrebbe meglio contribuire al suo recupero sociale.

Naturalmente è stabilito che "possono essere ... annullati su istanza dell'amministratore di sostegno, del beneficiario, o dei suoi eredi ed aventi causa, gli atti compiuti personalmente dal beneficiario in violazione delle disposizioni di legge o di quelle contenute nel decreto che istituisce l'amministrazione di sostegno", nel termine di prescrizione di cinque anni "dal momento in cui è cessato lo stato di sottoposizione all'amministrazione di sostegno" (art. 412, commi 2 e 3, c.c.).

#### Alcune considerazioni conclusive.

Senza nulla togliere all'apprezzabilità degli intenti del legislatore della riforma, alcuni dubbi permangono sulla effettiva rispondenza delle modifiche codicistiche introdotte, rispetto allo scopo che intenderebbero perseguire.

Innanzitutto, a chi scrive non pare di rinvenire alcun vantaggio effettivo nel servirsi dell'amministrazione di sostegno da parte di colui che sia affetto da una infermità o menomazione soltanto fisica.

Questi, anzi, non trarrebbe che svantaggi da tale tipo di scelta: tanto per esemplificarne qualcuno, egli rinunciarebbe alla sua piena capacità rispetto agli atti inerenti l'amministrazione di sostegno; non sarebbe certo che la persona dell'amministratore di sostegno sarà il soggetto da lui prescelto, dato che anche in presenza di indicazione da

parte del beneficiario, il giudice tutelare potrebbe, per gravi motivi ed in nome dell'esclusivo "riguardo alla cura e agli interessi della persona del beneficiario", scegliere una persona diversa (art. 409 c.c. novellato); non riceverebbe il rendiconto, dato che l'amministratore di sostegno è tenuto, invece, a presentarlo periodicamente al giudice tutelare (art. 405, comma 5, n. 6).

E a tutto questo dovrebbe adattarsi quando, invece, avrebbe la possibilità di evitarlo abbastanza agevolmente, conferendo ad esempio una procura generale o speciale a persona di sua fiducia.

Se la persona è invece gravemente inferma di mente, sarebbe probabilmente più opportuno cautelarla con un rimedio sia pure totalizzante, come l'interdizione, ma che la mette al riparo dai pregiudizi economici e dalle conseguenze anche non patrimoniali che potrebbero derivare dal compimento di atti avventati, cui eventualmente fosse indotta da terzi in malafede che intendessero approfittarsi della debolezza della loro controparte.

E, val la pena ricordarlo, l'interdizione è una misura che non impedisce di per sé al soggetto, benché gravemente infermo di mente, la diretta stipulazione di contratti di lavoro, l'utilizzazione di pubblici servizi, gli atti relativi alle necessità della vita quotidiana e in genere di fare quanto indispensabile per estrinsecare le libertà fondamentali della persona e partecipare direttamente alla vita di relazione nei limiti in cui tale attività si traduce in atti negoziali che non lo spongono ad una rilevante pregiudizio<sup>13</sup>, nonché la manifestazione di opinioni o di pareri destinati ad incidere soltanto sull'interesse del soggetto agente, l'esercizio dei diritti di libertà e dei diritti pubblici di prestazione e gli atti di godimento<sup>14</sup>.

Ma, soprattutto, non è completamente chiara la ragione per la quale è ritenuto così inadeguato l'istituto dell'inabilitazione.

Considerato che il decreto di apertura dell'amministrazione di sostegno deve contenere, come riferito, l'indicazione tra l'altro degli atti che il beneficiario può compiere solo con l'assistenza dell'amministratore di sostegno, è evidente che tra questi ultimi sarebbero elencati soprattutto quelli dalla rilevanza economica maggiore e che, tendenzialmente, corrispondono a quelli che inciderebbero in maniera più consistente sul patrimonio del beneficiario: vale dire ancora, per larga approssimazione e senza volersi addentrare in una più dettagliata disamina, la maggior parte

degli atti di straordinaria amministrazione, ossia proprio quelli che nell'istituto dell'inabilitazione vanno compiuti dall'inabilitato con la necessaria assistenza del curatore.

A questo punto, in caso di infermità o menomazione psichica non grave, sarebbe probabilmente più avveduto ricorrere comunque all'inabilitazione, piuttosto che all'amministrazione di sostegno, per evitare, ad esempio, che nel decreto di cui all'art. 405 c.c. novellato, venisse per dimenticanza omessa l'indicazione di una tipologia di atti di straordinaria amministrazione ed il disabile fosse così esposto alle conseguenze derivanti dal suo, non del tutto consapevole, compimento.

Senza dire, poi, che l'inabilitato può comunque compiere tutti gli atti che non eccedono l'ordinaria amministrazione, può disporre dei propri beni con testamento, può, con l'assistenza del curatore, riscuotere capitali sotto la condizione di un idoneo impiego, può stare in giudizio sia come attore, sia come convenuto, può, con le necessarie autorizzazioni, continuare l'esercizio di una impresa commerciale. E per ampliare ulteriormente i margini delle sue possibilità si poteva pensare di abrogare qualche divieto di troppo, come quello di consumare, senza essere costretti a re-impiegare, i capitali riscossi, almeno entro centri limiti, ma non era forse così urgente l'introduzione di una nuova normativa.

O forse il problema è proprio che questa normativa non è così 'nuova', perché non sembra in condizioni di fornire strumenti concretamente 'differenti' da quelli preesistenti; e, proprio per questo, potrebbe finire col deludere le legittime aspettative di tanti.

<sup>1</sup> Legge 13 maggio 1978 n. 180 (legge Basaglia), in G.U. n. 133 del 16 maggio 1978, entrata in vigore il giorno successivo.

<sup>2</sup> Così si esprime la relatrice del progetto di legge n. 2189 (d'iniziativa dei sen. Fassone ed altri), l'on.le Mazzoni, nella relazione svolta all'Assemblea, seduta n. 371 del 13 ottobre 2003.

<sup>3</sup> Il capo I sarà composto ora dagli articoli dal 404 al 413; originariamente tali articoli riguardavano l'istituto dell'affiliazione, prima parzialmente modificati dalla legge di riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975 n. 191), poi abrogati dalla L. 4 maggio 1983 n. 184 ("Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori").

<sup>4</sup> Dall'esame dei lavori preparatori emerge che, in una prima stesura, il testo dell'art. 404 c.c. faceva riferimento alla possibilità di valersi dell'amministrazione di sostegno anche "a causa dell'età avanzata"; il riferimento è stato poi soppresso in sede di emendamento, data la mancanza di qualsiasi diretta correlazione tra l'incapacità ad attendere ai propri interessi e l'età avanzata.

<sup>5</sup> La previsione dell'art. 415, comma 3, c.c. è già essa il portato di una visione decisamente più evoluta della disabilità, se solo si considera che l'art. 340 del c.c. del 1865 prescriveva l'inabilitazione di diritto per "il sordo-muto ed il cieco dalla nascita, giunti all'età maggiore ... eccetto che il tribunale li abbia dichiarati abili a provvedere alle cose proprie".

<sup>6</sup> Piuttosto complicata era già la scelta che doveva operarsi prima della riforma tra la "infermità di mente", presupposto dell'interdizio-

ne e quella non "talmente grave da far luogo all'interdizione", in presenza della quale poteva procedersi all'inabilitazione: essa si risolveva, sostanzialmente, in una questione di fatto, da valutarsi caso per caso (Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 1957, 241).

7 Cfr., art. 405, comma 5, nn. 3) e 4) c.c.

8 Cfr. art. 414 c.c. novellato

9 Il nuovo art. 404 c.c. come detto parla di *impossibilità*, mentre l'art. 414 c.c., anche novellato fa riferimento alla *incapacità* ad attendere ai propri interessi. I due concetti sono naturalmente distinti, ma la differenziazione non incide sul discorso che si conduce nel testo, dato che l'*incapacità*, rende *impossibile* compiere l'atto e, dunque, il presupposto per l'interdizione è compreso in quello richiesto per la nomina dell'amministratore di sostegno.

10 Sul potere di rappresentanza del tutore, si veda Jannuzzi, *Manuale della volontaria giurisdizione*, Milano 1984, 134.

11 Sul ruolo di cooperazione del curatore, Jannuzzi, *cit.*, 141.

12 Escludendosi che per assistenza si possa intendere la semplice presenza passiva, dato che in tal caso non si intenderebbe perché sia richiesta (Sandulli, *Manuale cit.*, 239), l'accezione tecnica più accreditata è comunemente quella, riferita nel testo, di atto complesso diseguale di integrazione della volontà altrui (Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova 1995, 84 e 135).

13 Bianca, *Diritto civile*, Milano 1987, I, 234.

14 Jannuzzi, *Manuale cit.*, 819 in nota.

Silvio Calabrese

### Articolo 7 D.L. n. 152/1991: uso e abuso dell'aggravante in tema di criminalità organizzata.

L'art. 7 del decreto legge n. 152/1991, frutto della c.d. legislazione d'emergenza, ha introdotto una particolare circostanza aggravante ad effetto speciale connessa con i profili di tipicità del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. o, comunque, con le attività delle associazioni di tipo mafioso, finalizzata ad irrigidire la tutela penale anche nei confronti di soggetti che, benché non partecipino di associazioni di tipo mafioso o camorristico, si rendano responsabili di reati commessi avvalendosi delle condizioni incriminatrici di cui all'art. 416 *bis* c.p.<sup>1</sup>.

#### Le particolari condotte sanzionate e la loro applicabilità ai partecipi ad un sodalizio criminoso.

La fattispecie si articola in due varianti: la prima, c.d. "del metodo mafioso", consiste nel fatto che il delitto base sia commesso "avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p."; la seconda, c.d. "dell'agevolazione mafiosa", attribuisce portata aggravante "al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo". La concreta applicazione della circostanza in esame ha registrato notevoli divergenze sia in dottrina che in giurisprudenza.

Si è a lungo discusso se la aggravante in parola fosse o meno applicabile a soggetti già ritenuti partecipi di una associazione a delinquere di stampo mafioso o similare.

Tale inapplicabilità, evidentemente, non può riferirsi al delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p. (essendo ovviamente incompatibile che la condotta di partecipazione, a vario titolo, ad una associazione di tipo mafioso possa essere ulteriormente aggravata dal metodo mafioso o dalla agevolazione mafiosa), ma concerne i reati che, in ottica teleologica, si pongano come scopo rispetto al sodalizio criminoso; ciò, se non altro, perché non appare logicamente ipotizzabile che un soggetto possa far parte di una associazione di stampo mafioso o similare e nel contempo tale condotta possa ulteriormente connotarsi, in termini aggravati, attraverso requisiti che recepiscono l'essenza dello stesso delitto.

Pertanto, l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/91 è logicamente configurabile solo rispetto a reati diversi da quello di cui all'art. 416 *bis* c.p. Ciò posto in via di premessa, va verificato il problema della applicabilità della citata aggravante nei confronti di soggetti responsabili di reati astrattamente compatibili con essa, ma, nel contempo, già ritenuti responsabili, o anche solo imputati o sottoposti ad indagini, del delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., quando i primi si pongano come attuazione del disegno criminoso maturato nell'ambito del secondo.

#### Le soluzioni adottate in dottrina ed in giurisprudenza: l'intervento delle Sezioni Unite.

La questione, di indubbia rilevanza sostanziale, attiene alla tematica del divieto di *bis in idem*, ovvero alla possibilità che medesime circostanze di fatto possano essere legittimamente contestate al medesimo soggetto ora come componente del delitto associativo ora come circostanze aggravanti di uno o più reati-scopo, maturati e commessi nell'ambito del primo.

Se il reato aggravato non sia riconducibile al programma criminoso dell'associazione, la circostanza della partecipazione ad essa non esclude la legittima contestabilità dell'aggravante in parola, essendo evidente che, in tal caso, non si apprezza la medesimezza della condotta, in quanto la modalità o l'agevolazione mafiosa costituisce, in punto di fatto, una entità diversa rispetto al sodalizio criminoso, al quale non è riconducibile.

Se, invece, il reato rispetto al quale si rileva, in

astratto, la connotazione aggravata della modalità o dell'agevolazione mafiosa o camorristica, si configura come attuazione del programma criminoso deliberato nell'ambito del sodalizio, appare evidente come la modalità o l'agevolazione mafiosa, rilevate in riferimento al reato o ai reati scopi, altro non sono che elementi costitutivi della stessa fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Infatti, la particolare forza di intimidazione che promana dal sodalizio criminoso trova occasione di estrinsecazione non del fatto statico della sua mera esistenza, ma proprio nel momento dinamico dell'attuazione del disegno criminoso, mediante la commissione dei reati deliberati.

D'altra parte, questi ultimi vengono posti in essere anche allo scopo di agevolare l'esistenza del sodalizio criminoso.

Ciò emerge, ad esempio, nel caso dei delitti di estorsione commessi dai componenti di una associazione mafiosa o similare.

Infatti, le persone offese e, in genere, la collettività percepiscono la forza di intimidazione del vincolo associativo, la condizione di assoggettamento e di omertà proprio all'atto della commissione dei reati-scopo.

Pertanto, l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/91, in tali casi, si porrebbe in violazione del principio del *ne bis in idem* in quanto comporta la contestazione, prima, e la condanna, poi (in termini di aumento qualificato di pena), in riferimento ad una condotta o ad un atteggiamento che, in quanto componente del delitto associativo, già è oggetto di contestazione e, quindi, di condanna in relazione alla fattispecie di cui all'art. 416 *bis* c.p.

Non vi è dubbio, infatti, che, avendo riferimento al bene giuridico oggetto di tutela penale, in tal caso, si verifica un concorso di norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene giuridico, per cui la circostanza aggravante ad effetto speciale di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/91 dovrebbe ritenersi assorbita nel reato ex art. 416 *bis* c.p.

Oltre a tale profilo, rilevante sul piano del fatto tipico, assume rilievo un ulteriore aspetto, relativo al piano soggettivo, della connotazione psicologica della condotta, che va riferito anche alle circostanze aggravanti.

Nel momento in cui si assume che l'imputato abbia agito con "modalità camorristiche" o "al fine di agevolare l'attività" del sodalizio criminale, tale precisa intenzione non costituisce altro

che il contributo consapevole della vera e propria partecipazione al reato associativo di tipo camorristico.

La consapevolezza di far parte di una associazione di tipo camorristico e di avvalersi della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, una volta esistente in riferimento al delitto di cui all'art. 416 *bis* c.p., non può poi essere oggetto di un procedimento di clonazione, reiterato in riferimento a ciascun delitto commesso, non potendo essere momento di rappresentazione psicologica autonoma e diversa, in occasione della commissione di ogni singolo reato-scopo.

Nel solco di simili considerazioni, ampiamente condivise in dottrina<sup>2</sup>, la stessa originaria giurisprudenza prevalente della Corte di Cassazione era giunta ad affermare che l'aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/91 non è applicabile a coloro che già fanno parte dell'associazione a delinquere di tipo mafioso<sup>3</sup>.

Le Sezioni Unite, al contrario, chiamate a risolvere il contrasto cui si era giunti in sede di legittimità sulla prospettata questione, hanno concluso per la piena configurabilità della aggravante in esame, nelle due differenti forme dell'impiego del metodo mafioso nella commissione dei singoli reati e della finalità di agevolare, con il delitto posto in essere, l'attività dell'associazione per delinquere di stampo mafioso, anche con riferimento ai reati-fine commessi dagli appartenenti ad un sodalizio criminoso<sup>4</sup>.

#### Art. 7 d.l. n. 152/91 ed imputazione di omicidio aggravato.

Nella pratica giudiziaria, la circostanza aggravante in esame viene contestata anche nel caso di imputazione di omicidio aggravato ai sensi degli artt. 576 e 577 c.p., nel qual caso, in astratto, è prevista la sanzione massima dell'ergastolo.

Anche in ipotesi simili, si discute sulla compatibilità della aggravante di cui all'art. 7 del d.l. n. 152/91 con il titolo di reato contestato (delitto punibile con la pena dell'ergastolo), atteso il chiaro tenore letterale della norma, la quale prevede l'aumento qualificato di pena nei casi di delitti punibili con pena diversa dall'ergastolo.

Alcuni giudici di merito hanno sostenuto che la predetta circostanza ad effetto speciale, priva di efficacia sotto il profilo della astratta previsione normativa nel caso di una contestazione di omici-

dio aggravato, ritroverebbe vigore qualora un eventuale riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche renda la sanzione in concreto applicata di natura temporanea.

Si ritiene, però, che una simile conclusione adottata si ponga in evidente contrasto con il dettato legislativo.

Infatti, se l'imputazione concerne un reato per il quale è prevista, come sanzione edittale in astratto comminata, la applicabilità proprio della pena dell'ergastolo, la circostanza aggravante in esame non può trovare posto già nel capo di imputazione.

In tal modo, attraverso il riconoscimento delle circostanze attenuanti generiche, non è comunque possibile recuperare l'aumento qualificato di pena, anche tornando ad essere il delitto *punito* con pena temporanea, proprio perché *punitibile* con la pena dell'ergastolo.

In definitiva, alcuni giudici di merito hanno ritenuto di poter applicare la circostanza in parola a seguito del convincimento formulato solo all'esito del giudizio quando, una volta maturato il convincimento circa la penale responsabilità, si procede alla determinazione della pena in base ai criteri di cui all'art. 133 c.p.

Una simile problematica, del resto, era stata già affrontata in sede di legittimità con riferimento alla possibilità di ammettere al rito alternativo di cui agli artt. 438 ss. c.p.p. i collaboratori di giustizia (prima che fosse, naturalmente, intervenuta la modifica legislativa di cui alla legge n. 479/99).

In tale ambito, il Supremo Collegio ha, appunto, stabilito che, benché ragionevolmente sostenibile che un collaboratore di giustizia non fosse punito con la pena dell'ergastolo, il titolo di reato contestato, in astratto punitibile con la sanzione estrema, inibiva il ricorso a tale procedura da parte dell'imputato collaborante<sup>5</sup>.

Pertanto, se l'art. 7 del d.l. n. 152/91 menziona, tra i delitti rispetto ai quali opera l'aggravante, quelli *punitibili* con pena diversa dall'ergastolo, tale formulazione letterale non consente interpretazioni diverse.

Del resto la norma fa riferimento ai delitti *punitibili* e non a quelli *puniti*, confermando, in tal modo, la incompatibilità ontologica della aggravante ad effetto speciale in esame con il delitto di omicidio aggravato fin dal momento della formulazione della imputazione.

Queste considerazioni sono state, da ultimo, condivise anche dalla Corte di Cassazione, la quale ha

osservato che "l'aggravante di cui trattasi non è applicabile ai reati per i quali è prevista in astratto la pena dell'ergastolo: depone in tal senso, oltre al contenuto testuale della disposizione (la locuzione "punitibili" ha un'estensione semantica contrapposta a "puniti"), la illogicità di subordinare l'applicabilità dell'aggravante all'esito del giudizio di merito circa l'entità della pena da infliggere in concreto al reo"<sup>6</sup>.

1 La norma in esame, testualmente, recita che "1. Per i delitti punitibili con pena diversa dall'ergastolo commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis del codice penale ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, la pena è aumentata da un terzo alla metà. 2. Le circostanze attenuanti, diverse da quelle previste dagli articoli 98 e 114 del codice penale, concorrenti con l'aggravante di cui al comma 1 non possono essere ritenute equivalenti o prevalenti rispetto a questa e le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alla predetta aggravante".

2 Vedi, per tutti, Turone G., *Il delitto di associazione mafiosa*, Giuffrè.

3 Cfr., Cass., sez. I, 5 luglio 1994, Magliari, in *C.E.D. Cass.*, n° 199275, in altra decisione si legge ancora che "l'aggravante di cui all'art. 7 d.l. n° 152/1991, conv. in l. n° 203/1991, non può consistere nella circostanza dell'appartenenza dell'imputato ad una associazione mafiosa; infatti, sia il tenore letterale della norma - che la riferisce ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 bis c.p., ovvero alla finalità di agevolare le associazioni previste dal medesimo articolo - sia lo scopo perseguito dal legislatore nel prevederla (l'aggravamento delle pene per chi commette reati con metodi mafiosi o per agevolare tale tipo di associazioni criminose), escludono che essa sia applicabile a coloro che già fanno parte dell'associazione per delinquere di tipo mafioso e siano, pertanto, responsabili di tale reato" (cfr. Cass., sez. V, sent. 8347/97, Bellanova, in *Cass. Pen.*, 1998, pag. 2343). In definitiva, in sede nomofilattica era prevalente l'opinione secondo la quale "in materia di lotta alla criminalità organizzata, l'area operativa dell'aggravante prevista dall'art. 7 della l. n° 203/1991, riguarda gli estranei all'associazione di stampo mafioso, salvo il caso limite del sodale che consumi un delitto non rientrante nel programma associativo avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416bis, comma III, c.p." (cfr., Cass., sez. V, sent. n° 8346/97, Morelli, in *Cass. Pen.*, 1998, pag. 3241).

4 SS.UU., sentenza n. 10/2001, in *Cass. Pen.*, 2001, 2662. In particolare, i giudici di legittimità hanno escluso un concorso apparente di norme tra l'addebito di cui all'art. 416 bis c.p. e l'applicabilità della circostanza aggravante a chi risponde di partecipazione ad un'associazione di stampo mafioso, in quanto i due precetti non qualificano una identica realtà fattuale. Infatti, il reato associativo postula un effettivo apporto alla causa comune mentre la previsione della circostanza aggravante è relativa o alla eventuale caratteristica che connota il concreto episodio delittuoso o alla semplice volontà di favorire, indipendentemente dal risultato, l'attività del gruppo e cioè qualsiasi manifestazione esteriore del medesimo. Pertanto, l'aggravante prevista dall'art. 7 d.l. 152/1991, in entrambe le forme in cui può atteggiarsi, è applicabile a tutti coloro che, in concreto, ne realizzino gli estremi, siano essi partecipi di un qualche sodalizio criminoso, siano essi estranei ed in particolare, per i soggetti qualificati, la stessa è operante anche per i reati-fine.

5 Cfr., *ex multis*, Cass., sez. I, sent. 21/01/1998 n° 7427.

6 Cass., sez. I, sentenza del 14.05.2002, in *Cass. Pen.*, 2003, 3400.

Maria Coppola

## I mezzi di prova nel processo amministrativo.

La legge n. 205/2000 è stata, in principio, da più

parti sollecitata per la sentita esigenza di accelerazione del processo amministrativo, appesantito dall'eccessivo allungamento del tempo di definizione dei giudizi: in un certo senso, il ritardo nelle decisioni dei ricorsi appariva dovuto alle lungaggini derivanti dalle allora vigenti norme processuali. Al tempo stesso, si voleva, in qualche modo, circoscrivere lo sviluppo abnorme che stava interessando il processo cautelare.

In seguito, come si sa, detta legge si è qualificata non più e non solo per i suoi contenuti acceleratori<sup>1</sup>, ma anche e soprattutto quale grande riforma della giustizia amministrativa<sup>2</sup>.

Sta di fatto che la fase istruttoria - precedentemente ritenuta carente (soprattutto se confrontata con la corrispondente disciplina processual-civilistica), limitata, com'era, ad attività di carattere preliminare rimesse prevalentemente al collegio giudicante - assume oggi un volto nuovo, sollecitato da lungo tempo dalla dottrina più attenta<sup>3</sup>: la pochezza dei mezzi istruttori e l'insufficienza dei mezzi cautelari che l'ordinamento attribuiva al giudice amministrativo si rivelavano completamente inidonei a tutelare non solo le posizioni di diritto soggettivo, nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, ma, altresì, gli interessi legittimi, nei giudizi non impugnatori.

Basti rammentare che l'istruzione probatoria nel processo amministrativo è stata tradizionalmente dominata dalla logica di un processo amministrativo di legittimità quale giudizio di impugnazione dell'atto e, di conseguenza, volto prevalentemente al sindacato sull'esercizio del potere amministrativo. Tale ottica ha relegato l'istruzione probatoria amministrativa ad una fase processuale meramente eventuale, finalizzata più che all'accesso diretto al fatto controverso, alla sua sola rappresentazione documentale.

In tale contesto, fortemente condizionato dalle determinazioni e dai poteri del giudice, l'attività probatoria usufruiva di limitati mezzi istruttori in confronto a quelli propri del processo civile.

### Le innovazioni.

L'ampliamento dell'ambito del processo di accertamento e di condanna e l'introduzione quasi integrale nel processo amministrativo dei mezzi istruttori del processo civile (in particolar modo, della consulenza tecnica), hanno aperto il processo amministrativo all'accertamento completo del fatto, in passato precluso da carenze normative e debolezze gnoseologiche di natura giurisprudenziale.

"Nascosta nelle pieghe del processo amministrativo", l'attività istruttoria non si prestava, in realtà, a statistiche significative<sup>4</sup> finché l'auspicato intervento era divenuto indifferibile in seguito, da una parte, alla devoluzione (*ex d. lgs. n. 80/98*, come modificato dalla stessa l. n. 205/2000) all'autorità giudiziaria amministrativa della giurisdizione piena ed esclusiva in materia di servizi pubblici, edilizia ed urbanistica, in ragione dello spessore dei settori interessati dalla riforma, dall'altra, in seguito alla pronuncia della Cassazione a sezioni unite n. 500/99, che riconoscendo nell'interesse legittimo una posizione giuridica rilevante per l'ordinamento (perché differenziata e qualificata rispetto ad un bene concreto della vita), ha riconosciuto all'interesse legittimo dignità pari a quella attribuita alle posizioni di diritto soggettivo, almeno sotto il profilo risarcitorio<sup>5/6</sup>.

L'art. 1 della l. n. 205/00 ha delineato, dunque, una vera e propria fase istruttoria, dotando il giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, di strumenti analoghi a quelli spettanti al giudice ordinario<sup>7</sup>.

Pertanto, la decisione sui mezzi di prova, compresa la consulenza tecnica d'ufficio - esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento -, può essere assunta dal Presidente della sezione o da un suo delegato. Tale possibilità è esplicitata nell'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 80/1998, come sostituito dall'art. 7 l. n. 205/2000<sup>8</sup>.

La riforma, in realtà, ha preso atto dell'improrogabile necessità di munire il giudice amministrativo dell'armamentario processuale necessario per far fronte ai nuovi più ampi compiti<sup>9</sup>, stando, a chiare lettere, che "l'autorità giudiziaria può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, nonché della consulenza tecnica d'ufficio"<sup>10</sup>. La disposizione di cui al citato art. 35 non prevedeva, in verità, nell'originaria formulazione, la possibilità, per il giudice amministrativo, di ricorrere allo strumento della consulenza tecnica, mezzo istruttorio tipicamente utilizzato dal giudice ordinario per integrare le proprie conoscenze in ambiti in cui non ritenga di avere sufficiente preparazione.

Nello schema del decreto si leggeva, infatti, soltanto che "il giudice amministrativo nelle materie di cui al primo comma può disporre l'assunzione dei mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento"<sup>11</sup>.

Fu il Consiglio di Stato, successivamente a ventilare l'ipotesi per cui le regole processuali sulle

controversie devolute dagli articoli in materia di giurisdizione esclusiva, "potrebbero essere demandate ad un regolamento governativo da emanarsi entro il 30 giugno 1998 ai sensi dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988 n. 400. In tal caso la norma del decreto delegato dovrebbe indicare fra le regole della materia quelle 1) della specificità del processo amministrativo, che concerne, a parte il risarcimento del danno, attività formalizzata, 2) della concentrazione del giudizio, 3) del risparmio della attività istruttoria, 4) della celerità (specificità, celerità, snellezza)"<sup>12</sup>.

In seguito a tale Adunanza Generale, il vecchio art. 40, co. 3, venne riformulato e l'attuale art. 35, co. 3, testimonia l'avvenuta evoluzione.

La scelta di ricorrere allo strumento della consulenza tecnica resta riservata alle valutazioni discrezionali del giudice, che deve determinare, su istanza di parte o anche d'ufficio, la rilevanza o meno della collaborazione di un consulente di particolare competenza tecnica, ai fini della decisione. Naturalmente, a tal fine, sono necessarie alcune condizioni:

- la parte deve dedurre il fatto posto alla base della propria pretesa;
- il giudice deve ritenere che tale fatto sia possibile, rilevante e possa essere ricostruito dal consulente;
- l'accertamento deve richiedere cognizioni tecniche che il giudice non possiede o, quanto meno, devono sussistere motivazioni che impediscano o inducano il giudice ad astenersi dal procedere personalmente;
- il campo d'indagine del consulente, così come individuato dal giudice in sede di conferimento dell'incarico, deve risultare circoscritto ai fatti prospettati dalle parti, senza estensione alcuna a fatti diversi.

La nomina del Consulente tecnico d'ufficio e lo svolgimento dell'incarico si svolgono nel processo amministrativo secondo una sequenza analoga a quella prevista dal codice di procedura civile: nomina, giuramento, eventualmente designazione di consulenti di parte, verbalizzazione delle operazioni svolte, stesura e deposito in segreteria della relazione di consulenza. Ovviamente, a condizione che tale sequenza sia compatibile con le norme di procedura amministrativa vigenti e rispettosa del principio del contraddittorio.

Può, a questo punto, a buon diritto affermarsi che l'introduzione della consulenza tecnica d'ufficio nella giurisdizione di legittimità e la generalizzazione della sua introduzione nella giurisdizione

esclusiva hanno permesso, finalmente, al giudice amministrativo di avere un accesso al fatto controverso non più limitato ed influenzato dalla mediazione dell'amministrazione alla quale fosse stato eventualmente demandato il compimento delle "nuove verificazioni" previste dall'art. 44 del R.D. n. 1054/1924: si è passati, dunque, "dalla verità dei fatti, limitata all'acquisizione della documentazione sulla rappresentanza che di essi ne facevano le parti, a un'altra verità, quella basata sull'accertamento diretto dei medesimi"<sup>13</sup>.

Altro importante mezzo istruttorio che, insieme alla consulenza tecnica, è stato introdotto dall'art. 7 della l. n. 205/2000 nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva, è la prova testimoniale<sup>14</sup>.

Anche l'ammissione e l'assunzione della prova testimoniale possono svolgersi nel processo amministrativo secondo l'iter disegnato dal codice di procedura civile, sempre che questo sia compatibile con le norme di procedura amministrativa vigenti e nel rispetto del principio del contraddittorio: pertanto, individuazione dei testi da escutere, formulazione di un articolato, ammissione, convocazione, giuramento, assunzione della prova e verbalizzazione.

Nell'utilizzazione di tale mezzo istruttorio si dovrà, ad ogni modo, far riferimento agli articoli 2721 e seguenti del codice civile ai fini dell'individuazione dei limiti di ammissibilità del mezzo istruttorio in concorso con altri mezzi di prova documentale.

#### Qualche perplessità.

Alcune critiche all'articolo 35 non appaiono evitabili.

Prima di tutto, esso lascia, data la sua indeterminatezza, l'organo giudicante privo di indicazioni utili a realizzare le auspiccate esigenze di celerità e concentrazione del giudizio<sup>15</sup>.

Precisando che "ove occorra", per l'assunzione e l'espletamento dei mezzi di prova, si rinvia alla disciplina del regolamento per la procedura dinanzi al Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, R.D. n. 642/1907, la citata disposizione non fa, in realtà, risultare obbligatoria la propria applicazione.

Sorge, pertanto, il duplice problema della forzata commistione di due sistemi assolutamente diversi e della concessione - con l'espressione "ove occorra" - di un margine di facoltatività troppo ampio in capo al giudice, margine che contrasta con i

tradizionali principi processuali.

In secondo luogo, non vengono affatto menzionate le disposizioni del regolamento di procedura relative alla fattispecie dell'istruttoria nel caso della giurisdizione esclusiva.

Senza contare l'avversione che si è già registrata per l'utilizzo nel processo amministrativo della consulenza tecnica di ufficio (nonostante la possibilità di usufruire di tale strumento non costituisca una vera innovazione nel processo amministrativo, in quanto era già precedentemente conosciuto il mezzo della perizia)<sup>16</sup>.

Forse, quest'avversione deriva proprio dalla potenzialità critica e dal contenuto valutativo di tale strumento<sup>17</sup>: la C.T.U. non costituisce un mezzo di prova, non avendo la funzione di determinare direttamente il convincimento del giudice circa la verità di determinati fatti, ma di fornire all'attività del giudice l'ausilio di cognizioni tecniche, non facenti parte del bagaglio di conoscenze del giudice medesimo.

Il giudizio rimane, cioè, comunque sotto la responsabilità del giudice, il quale è libero di seguire i suggerimenti del consulente come di disattenderli o di prescindere, con l'unico limite di un'adeguata motivazione del proprio convincimento. In ogni caso, spetta solo al giudice decidere se ed in quale misura ricorrere all'ausilio del consulente tecnico, delimitandone anche il campo d'azione, attraverso la formulazione dei quesiti.

Per quanto concerne, poi, l'esigenza di assicurare il contraddittorio in ordine alla deduzione, ammissione ed assunzione della prova testimoniale è facile evidenziare come essa può, in realtà, essere pienamente realizzata nel giudizio amministrativo soltanto in sede di udienza di discussione del ricorso, in considerazione della facoltà concessa alle parti resistenti di costituirsi con il deposito di atti e documenti e memorie fino a 20 e 10 giorni prima di tale udienza.

Tra l'altro, esigenze di economia dei mezzi processuali fanno ritenere ammissibile lo svolgimento di attività istruttoria anche in assenza di una delle parti ritualmente evocate in giudizio che non abbia osservato i termini assegnati *ex lege* per la tempestiva costituzione in giudizio<sup>18</sup>.

Per non dire, infine, che una semplice istanza di parte - non portata a conoscenza dell'altra parte costituita - può innescare il potere istruttorio di disporre l'ammissione di prove costituenti senza che sul punto si sia istaurato il necessario con-

traddittorio sulla sua ammissibilità e rilevanza.

#### Considerazioni conclusive.

Nonostante tali riserve, va ad ogni modo evidenziata la chiara portata innovativa dell'art. 35, co. 3, d.lgs. n. 80/1998, che resta considerevole, data anche la necessità che il legislatore finalmente riconoscesse l'esigenza di fornire eguale tutela giurisdizionale a situazioni giuridiche analoghe: se in determinate materie il giudice amministrativo conosce dei diritti soggettivi, "è logico e necessario un adeguamento degli strumenti e dell'impostazione processuale alla tipologia di posizioni giuridiche da tutelare, ponendosi rispetto alla giurisdizione del giudice ordinario non più come momento di tutela aggiuntiva bensì di tutela concorrente"<sup>19</sup>.

È così che il principio dell'onere della prova - tradizionalmente attenuato nel processo amministrativo, nel quale il giudice, al fine del reperimento del materiale probatorio da parte resistente doveva riequilibrare posizioni sostanzialmente non paritarie tra privato e pubblica amministrazione - assurge a rango nuovo.

Attualmente i nuovi strumenti probatori, quali la testimonianza e la consulenza tecnica d'ufficio, inducono a non ritenere più giustificabile la deroga al principio dell'onere della prova *ex art.* 2967 c.c., per lo meno quando l'esercizio del potere istruttorio del giudice, lungi dal dover riequilibrare posizioni non paritarie, supplisca soltanto a carenze difensive.

Un effettivo "giusto processo" richiede, allora, che si rinunci al principio del libero convincimento del giudice amministrativo, in favore di regole necessariamente precostituite, attenuando il cosiddetto metodo "acquisitivo" e, al contempo, valorizzando il principio "dispositivo"<sup>20</sup>.

<sup>1</sup> L'esigenza di celerità si è tradotta soprattutto nell'aumento dei riti speciali per le cosiddette "materie sensibili".

<sup>2</sup> Schinaia M.E., *Cenni sulla fase istruttoria nel processo amministrativo tra esigenze di celerità e ambiguità del risultato nella legge n. 205, con particolare riferimento alla consulenza tecnica d'ufficio*, in *Il Consiglio di Stato*, n. 5-6, maggio-giugno, 2001, p. 1029 e ss.

<sup>3</sup> In proposito, si v. Virga P., *Attività istruttoria primaria e processo amministrativo*, Milano, 1991, p. 123.

<sup>4</sup> Saporito G., Marconi F., *Un consulente tecnico di ufficio per il processo amministrativo* (nota a T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, sez. I, sentenza n. 86/2000), in *Giust.it*, novembre 2000.

<sup>5</sup> Cfr. Veneziano S., *L'art. 35, commi 2 e 3, del d.lgs. n. 80 del 1998 ed alcuni altri profili processuali della riforma*, relazione del Convegno sugli artt. 33, 34 e 35 del d.lgs. n. 80/1998, svoltosi a Palermo il 19.10.1998, pubblicato su *www.diritto.it*.

<sup>6</sup> In questo percorso, non si può mancare di ricordare che il d.lgs. n. 80/1998 assegnò alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, con l'art. 33, le controversie in materia di pubblici servizi e, con l'art. 34, le controversie aventi per oggetto gli atti, i provvedimenti e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche in mate-

ria urbanistica ed edilizia. Dispose, inoltre, con l'art. 35, che il T.A.R., nelle materie deferite alla sua giurisdizione esclusiva, conoscesse anche di tutte le questioni relative a diritti, ivi compresa quella concernente il risarcimento del danno ingiusto, abrogando tutte le disposizioni che prevedevano la devoluzione al giudice ordinario delle controversie sul risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti amministrativi nelle materie di giurisdizione esclusiva. Di conseguenza, le disposizioni predette vennero dichiarate incostituzionali, per eccesso di delega, dalla Corte costituzionale con sentenza 11-17 luglio 2000, n. 292 (C. Cost. 17 luglio 2000, n. 292, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2393). Con tale sentenza, infatti, la Corte Costituzionale, riconoscendo fondata la questione sollevata da diverse ordinanze di rimessione, ritenne che l'art. 33 d.lgs. n. 80/98 - istituendo "una giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tal materia la giurisdizione del G.A. alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno", così come previsto dalla legge delega - fosse incostituzionale per violazione degli artt. 76 e 77 Cost.

- 7 Cfr., in proposito, Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1999, p. 680. Tale autore non manca di sottolineare come già in passato, con la sentenza n. 146/1987, la Corte Costituzionale, in tema di contenzioso nella materia del pubblico impiego, abbia similmente ammesso tutti i mezzi di prova previsti nel processo del lavoro.
- 8 Naturalmente frequenti restano le ipotesi di processi amministrativi nei quali sia possibile procedere alla decisione del ricorso nella prima ed unica udienza pubblica di discussione fissata a seguito del deposito del ricorso, sulla base della documentazione prodotta dal ricorrente ed, eventualmente, dall'Amministrazione.
- 9 Mellone C., *Poteri cautelari ed istruttori del G.A. dopo la l. 205/2000*, in *Diritto & Diritti*, aprile 2001, p. 2 e ss.
- 10 L'assunzione dei mezzi di prova e l'espletamento della consulenza tecnica d'ufficio - prosegue il co. 3 dell'art. 35 - sono disciplinati anche nel regolamento di cui al Regio Decreto 17 agosto 1907, n. 642, tenendo conto della "specificità del processo amministrativo in relazione alle esigenze di celerità e concentrazione del giudizio".
- 11 Cfr. art. 40, co. 3, originario d.lgs. n. 80/98.
- 12 C.d.S., Ad. Gen., 12.03.1998, in *Giust. it.*, n. 3/1998.
- 13 Cfr. Sandulli L., *Entra in scena la consulenza tecnica d'ufficio*, in *Guida al diritto, Dossier mensile, Il nuovo processo amministrativo*, n. 10, novembre 2002, p. 31 e ss.
- 14 In verità, l'art. 7 della l. n. 205/2000, nel novellare gli artt. 33, 34 e 35 d.lgs. n. 80/1998, ha introdotto nelle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva tutti i "mezzi di prova previsti dal codice di procedura civile".
- 15 Corona G., *I "pubblici servizi" per l'"uso del territorio" nella nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 1/2001, p. 135 e ss.
- 16 Va certamente anche detto che la consulenza era uno strumento molto limitativo della conoscenza.
- 17 Piccozza E., *C.T.U. tra processo amministrativo ed effettività del diritto comunitario*, in *Potere discrezionale e controllo giudiziario*, Parisio V. (a cura di), Milano, 1998, p. 195.
- 18 Cfr. artt. 21 e 22 L. T.A.R.
- 19 Corona G., *I "pubblici servizi" per l'"uso del territorio" nella nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, cit., p. 135 e ss.
- 20 In proposito, cfr. Buricelli A., *Decreto legislativo n. 80 del 1998 e giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: risarcimento del danno e norme processuali (art. 35)*, relazione all'incontro di studio Associazione Magistrati del Consiglio di Stato e dei Tribunali Amministrativi, Roma, 5.06.1998.

Marco Mainardi

**L'individuazione dei soggetti legittimati a richiedere la Concessione Edilizia e i poteri della P.A. nella recente giurisprudenza.**

## 1. Funzione e natura giuridica della concessione.

L'atto che costituisce l'ultimo grado del procedimento di regolamentazione dell'edilizia e dell'urbanistica è rappresentato dal titolo abilitativo all'edificazione<sup>1</sup>.

Nel nostro sistema la licenza edilizia è stata introdotta in via generale dall'art. 31 della Legge Urbanistica del 17 agosto 1942 n. 1150<sup>2</sup>, con la precipua funzione,

a) in primo luogo e principalmente, di strumento di controllo preventivo dell'osservanza, da parte del richiedente, di tutte le norme e prescrizioni vigenti in materia in un determinato momento, sia derivanti dalle leggi e dai regolamenti, che dalle previsioni e prescrizioni dei piani generali ed esecutivi,

b) di eventuale ulteriore precisazione in concreto delle modalità esecutive del progetto, sempre nel rispetto delle norme e prescrizioni generali già citate, anche per dare ad esse la più esatta e corretta applicazione, con il fine ultimo di evitare discordanze gravi tra la nuova costruzione e quanto già edificato<sup>3</sup>.

Di conseguenza è possibile affermare che la natura giuridica della licenza edilizia è senz'altro quella di atto di controllo preventivo, concretantesi nelle varie forme di "autorizzazioni preventive"; trattasi di un controllo che, apparentemente, va compiuto solo nei limiti della conformità dell'opera progettata, senza valutazioni di merito oggettive o soggettive da parte della Pubblica Amministrazione, senza che, quindi, vi sia da parte di quest'ultima alcuna discrezionalità amministrativa<sup>4</sup>.

Tuttavia, il tema della presente indagine, lungi dall'essere quello della ricostruzione della natura giuridica della concessione edilizia, deve essere limitato alla individuazione dei soggetti legittimati (ovvero aventi titolo) ad inoltrare richiesta di rilascio della concessione medesima; ciò anche in considerazione di alcune recenti pronunce giurisprudenziali che hanno organicamente rivisitato la materia e che costituiscono lo spunto per queste brevi riflessioni.

## 2. La dottrina e la giurisprudenza.

2.1. È necessario prendere le mosse dal tenore letterale dell'art. 4, comma 1°, l. 28 gennaio n. 10, 1977, "Norme per la edificabilità dei suoli: La concessione è data dal Sindaco al proprietario dell'area o a chi abbia titolo per richiederla con le modalità, con

la procedura e con gli effetti di cui all'art. 31 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e successive modificazioni ed integrazioni, in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi e, nei comuni sprovvisti di detti strumenti, a norma dell'art. 41-quinquies, primo e terzo comma, della legge medesima, nonché delle ulteriori norme regionali".

Nel riportare quanto affermato dalla dottrina, appare senz'altro utile fornire una semplificata elencazione e/o classificazione di quei soggetti che, secondo parte di essa<sup>5</sup>, risultino aventi un titolo legittimante alla richiesta di rilascio di concessione edilizia, in modo pieno come il proprietario (o proprietari)<sup>6</sup>, se contitolari aventi diritto, o come anche il contraente che abbia stipulato un contratto preliminare di vendita, debitamente autenticato e registrato<sup>7</sup>; od in qualche modo compresso, come il titolare di un diritto di uso o di usufrutto limitatamente agli interventi di restauro e ristrutturazione di edifici esistenti e subordinatamente all'inerzia del proprietario, ed ugualmente per il titolare di una servitù volontaria o coattiva (in quanto anche quest'ultimo può richiedere la concessione limitatamente alle opere necessarie per l'esercizio di tale diritto), così l'enfiteuta per la realizzazione di opere di restauro e di ristrutturazione per migliorare la fruibilità agricola del fondo<sup>8</sup>, l'affittuario di fondi rustici per le opere di manutenzione straordinaria, di ristrutturazione, restauro e consolidamento degli edifici facenti parte dell'azienda agricola, od infine l'espropriante che abbia conseguito il possesso dell'area. Inoltre, nello stesso senso, altra dottrina<sup>9</sup>, che pur concordando sull'identificazione dei soggetti, come innanzi elencati, legittimati a inoltrare istanza di permesso edilizio, chiarisce che sono tali anche l'affittuario coltivatore diretto, che può eseguire miglioramenti dei fabbricati rurali e della casa di abitazione, il conduttore di fondi urbani per le riparazioni urgenti all'immobile locato, nonché i destinatari di ordini dell'autorità giudiziaria o amministrativa che riguardano l'esecuzione di opere, atteso che l'ordine dell'autorità non esonera dall'obbligo di richiedere la concessione edilizia<sup>10</sup>.

2.2. Appare, inoltre, opportuno riportare anche un'ampia panoramica delle più significative pronunce giurisprudenziali che nel corso degli anni si sono succedute sull'argomento. In particolare si è affermato che - "il titolo a richiedere la concessione edilizia per una determinata area, di cui all'art. 4, commi 1° e 2°, l. 28 gennaio 1977, n. 10, è costituito

oltre che dal diritto di proprietà, da qualsiasi atto negoziale (nella fattispecie, contratto di affitto) registrato e trascritto che consenta l'utilizzazione giuridica dell'area da parte di soggetto diverso dal proprietario o da chi si trova col bene in una relazione qualificata"<sup>11</sup>;

- "è legittimato a richiedere la concessione edilizia, a norma dell'art. 4, l. 28.1.1977, n. 10 o il titolare del diritto reale di proprietà sul fondo o chi, pur essendo titolare di altro diritto reale o di obbligazione, abbia, per effetto di questo obbligo o facoltà di eseguire i lavori per i quali chiede la concessione; tale legittimazione perciò non compete a colui il quale, in base ad un contratto preliminare, abbia avuto la promessa di futura vendita del terreno sul quale dovrà sorgere la costruzione, e, pertanto, l'eventuale concessione edilizia rilasciata dal Sindaco a seguito di asserita proprietà del fondo deve essere considerata illegittima, e, quindi, inesistente dall'Autorità Giudiziaria Ordinaria, con le conseguenze prescritte dall'art. 17, lett. b) l. cit. in materia di costruzione senza concessione"<sup>12</sup>;

- "ai sensi dell'art. 4, l. 28.1.1977, n. 10, la concessione edilizia è rilasciata al proprietario dell'area o a chi abbia titolo per richiederla. Deve ritenersi quindi legittimato ad ottenere il suddetto titolo il comproprietario dell'immobile sul quale deve essere effettuato l'intervento edilizio (nella specie si è ritenuto che legittimamente era stata assentita una concessione in variante ad un comproprietario del bene tenuto anche conto della relazione di parentela con l'altro comproprietario, fratello del richiedente, ciò che faceva supporre un pactum fiduciae intercorrente fra gli stessi)"<sup>13</sup>;

- "in sede di rilascio della concessione edilizia, il Sindaco legittimamente si limita a verificare che il richiedente sia proprietario o abbia la disponibilità dell'area interessata, senza compiere ulteriori ed autonome indagini per verificare l'esistenza e/o la natura (reale o personale) di diritti vantati da terzi che la legge fa comunque salvi"<sup>14</sup>;

- "ai sensi degli artt. 31, l. 17.8.1942, n. 1150 (come modificato dall'art. 10, l. 6.8.1967, n. 765) e 4, comma 1°, l. 28.1.1977, n. 10, la domanda di concessione edilizia può essere presentata anche da persona diversa dal proprietario del suolo, purché ne abbia la disponibilità, atteso che il rilascio della concessione viene effettuato sempre con salvezza dei diritti dei terzi, per cui la competente autorità deve solo accertare se sussista un legale impedimento e non via siano esigenze di pubblico interesse da tutelare"<sup>15</sup>;

- "l'usufruttuario del terreno sul quale si intende erigere una costruzione edilizia è legittimato a chiedere di ottenere la concessione edilizia ai sensi dell'art. 4, l. 28 gennaio 1977, n. 10"<sup>16</sup>.

### 3. Attività istruttoria della Pubblica Amministrazione.

Una diversa lettura va fatta delle motivazioni delle sentenze n. 2881 del 28 maggio 2001, della sezione V del Consiglio di Stato<sup>17</sup> e n. 2221 del 24 luglio 2001, della sezione II del Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto<sup>18</sup>.

Per ciò che attiene alla prima pronuncia, può ben dirsi che i Giudici di Palazzo Spada fugano ogni dubbio in ordine alla nozione di posizione legittimante la richiesta del titolo edificatorio.

La V sezione, infatti, risolve detta problematica affermando, per un verso, che la suddetta posizione deve necessariamente avere, alla base, un titolo fondato su un diritto reale, anche di servitù, o almeno su di un diritto obbligatorio, che riconosca all'istante la disponibilità giuridica e materiale del bene, nonché la relativa potestà edificatoria; per altro verso, e conseguentemente, che una semplice relazione di fatto, come il possesso del bene, benché tutelata dall'ordinamento, non sembra tale da conferire il diritto ad ottenere dalla P.A. l'atto di assenso edificatorio.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto, sezione II, con la sentenza n. 2221 affronta essenzialmente, la questione dell'idoneità di un titolo privatistico come il contratto di locazione, per considerare come legittimato il locatario anche all'inoltro alla Pubblica Amministrazione della richiesta di rilascio di autorizzazione edilizia, per opere afferenti la *res locata*.

Affermando che un contratto di locazione può costituire titolo astrattamente idoneo a trasferire la disponibilità dell'area (presupposto imprescindibile per proporre la domanda di concessione), l'Organo Giurisdizionale ritiene che gli atti di assenso edificatorio vengono rilasciati "senza pregiudizio dei terzi", limitando, dunque, l'attività istruttoria dell'Ente, al mero accertamento sul se l'istante "... abbia la disponibilità delle aree interessate dalle opere, e non anche a verificare se sussistano contestazioni o controversie circa la titolarità del terreno".

In merito a quest'ultima pronuncia, si ritiene di poter osservare che la interpretazione dell'art. 4, comma 1°, l. n. 10 del 28 gennaio 1977, prospettata dal T.A.R. Veneto vada guardata con prudenza, in quanto grave può essere il rischio di un utilizzo strumentale dell'istituto della concessione edilizia.

In proposito non è possibile tralasciare alcune considerazioni soprattutto in ordine all'attività urbanistica ed edilizia di trasformazione del terri-

torio, la quale deve avvenire nell'ambito e rispetto di una disciplina varia e complessa, costituita da norme di natura pubblicistica, concernenti la conformità della concessione alle prescrizioni pubbliche che regolano l'assetto del territorio, e da norme di natura privatistica, che interessano la disciplina degli assetti proprietari; ebbene, tali norme devono convivere nel procedimento amministrativo finalizzato all'adozione del provvedimento finale di assenso<sup>19</sup>.

In altri termini, la P.A. potrà e/o dovrà prendere legittimamente in considerazione il rilascio di concessione edilizia ad un soggetto diverso dal proprietario, svolgendo un'attività istruttoria che non si limiti soltanto ad una valutazione dei presupposti di fatto e diritto che incidono sulla edificabilità e sulla disponibilità dell'area, ma effettuando, sia pure sommariamente, anche un'indagine in ordine agli aspetti privatistici che regolano il rapporto in questione<sup>20</sup>.

Non a caso, infatti, la l. n. 241/1990, con riguardo all'attività istruttoria di competenza della P.A., esalta il principio della libertà nell'acquisizione degli elementi di fatto, atteso che il responsabile del procedimento è titolare del potere di "accertare di ufficio i fatti" e di disporre il compimento degli atti "all'uopo necessari"<sup>21</sup>, considerando come ragionevole ed opportuno, alla stregua dei principi di buon andamento, di efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, l'esercizio *ex ante* di una più o meno approfondita attività istruttoria della P.A., anche perché, se per un verso è noto che il rilascio di una concessione edilizia viene sempre e di norma effettuato con salvezza dei diritti dei terzi, per altro verso è altrettanto noto che il controllo e/o la valutazione, nonché i poteri di reazione da parte dei terzi in ordine alla legittimità della medesima concessione, ovvero in ordine all'eventuale illiceità della stessa, perché lesiva dei propri diritti, non possono che essere utilmente esercitati "ex post", in una fase successiva al rilascio dell'atto di assenso edificatorio<sup>22</sup>.

### 4. Conclusioni.

Conformemente a quanto affermato dal Massimo Consesso della Giustizia Amministrativa con la sentenza n. 2881/01, secondo cui "la posizione legittimante la richiesta di titolo edificatorio, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977, presuppone un titolo fondato su un diritto reale, anche di servitù, o almeno su un diritto obbligatorio, (ad es. loca-

zione), che accordi al richiedente disponibilità del bene immobile e la potestà edificatoria (...)", e quindi l'esistenza di una relazione qualificante con il bene immobile interessato,<sup>23</sup> consegue che non può escludersi in sede istruttoria, ai fini del rilascio dell'atto di assenso edificatorio richiesto, che la P.A. possa e debba spingersi a verificare la legittimazione in concreto, caso per caso, verificando il contenuto dei rapporti e/o titoli legittimanti in questione.

Ne deriva che, in virtù delle disposizioni normative vigenti, sia di natura pubblicistica, che privatistica, ed anche alla stregua delle posizioni dottrinarie indicate, nonché della giurisprudenza citata, vige il principio secondo cui sono sostanzialmente legittimati a inoltrare richiesta di rilascio di concessione edilizia solo coloro che si trovino in una relazione giuridicamente qualificante con l'area ove si intende realizzare l'intervento edilizio.

Pertanto, in virtù del suddetto principio, la P.A., ai fini del raggiungimento dell'interesse pubblico, esercita la propria attività con discrezionalità, nel senso che ha potere di scelta in ordine alla procedura più opportuna da utilizzare per conseguire tale scopo. Sussiste, quindi, la c.d. discrezionalità procedimentale, secondo cui l'Amministrazione, nei limiti espressamente previsti dalla legge (buon andamento ex art. 97 Cost.), è libera di determinare il livello e/o grado di approfondimento degli accertamenti e delle valutazioni da effettuare allo scopo di giungere alla scelta finale, atteso che "una semplice relazione di fatto, ancorché tutelata, quale quella legata al possesso del bene, non appare tale da conferire il diritto a vedersi rilasciato il titolo concessorio o quello autorizzatorio"<sup>24</sup>.

1 "Dalla licenza edilizia (o, più precisamente, dall'autorizzazione edilizia prevista dal r.d.l. 640/1935), passando per la concessione edilizia e l'autorizzazione, fino al permesso di costruire ed alla denuncia di inizio attività, con la contestuale soppressione dell'autorizzazione: questo è il percorso e l'attuale punto di arrivo cui è giunto il legislatore nell'arco di settanta anni circa in materia di titoli abilitativi" v. amplius Ghiloni M., in *Commentario al Testo Unico dell'edilizia*, Rimini, 2004.

2 Art. 31 L. U. del 17 agosto 1942 n. 1150 "Licenza di costruzione", dove l'espressione licenza è stata successivamente sostituita dall'espressione concessione introdotta dall'art. 21 della L. 28 gennaio 1977 n. 10.

3 Caringella F., "Corso di Diritto Amministrativo" Milano, 2001.

4 Né può far propendere per un diverso avviso, cioè per una ipotesi diversa in merito alla sua natura, ad esempio la considerazione relativa alle opere edificate nell'ambito dei piani di zona per l'edilizia economica popolare, in quanto, in tali procedure, la componente di discrezionalità amministrativa può essere riscontrata esclusivamente nella fase e nell'atto di individuazione ed assegnazione dell'area, costituendo comunque i successivi provvedimenti concessori atti dovuti e vincolati. Cfr. sul punto Rocco F., "Testo Unico dell'edilizia. L'attività edilizia delle pubbliche amministrazioni", Milano, 2002.

5 Sgro A., "L'edilizia nel Comune", Milano 1999, pagg. 100-101.

6 Invero, relativamente ai suoli destinati dagli strumenti urbanistici all'edilizia residenziale privata, la edificazione avviene ad opera del proprietario dell'area, il quale, concorrendo ogni altra condizione, ha diritto ad ottenere la concessione edilizia che è trasferibile con la proprietà dell'area ed è irrevocabile, fatti salvi i casi di decadenza previsti dalla legge. Da ciò deriva che il diritto di edificare continua ad inerire alla proprietà e alle altre situazioni che comprendono la legittimazione a costruire anche se di esso sono stati tuttavia compressi e limitati portata e contenuto, nel senso che l'avente diritto può solo costruire entro i limiti, anche temporali, stabiliti dagli strumenti urbanistici (vedi amplius Corte Costituzionale sentenza n. 5 del 30 gennaio 1980, in Riv. Giur. Edil., 1980, I, 17).

7 Alessi V., "Primi rilievi sulla L. 28 gennaio 1977 n. 10 sull'edificabilità dei suoli", in *Rass. Cons. Stato*, 1977, II, 1387.

8 Ambron M., "Brevi riflessioni sulla potestà edificatoria", in Riv. Gius., Napoli, 2001.

9 Assini N.-Mantini P., "Manuale di Diritto Urbanistico", Milano 1999, pagg. 583-584.

10 Casetta E., "Manuale di Diritto Amministrativo", Milano, 2000.

11 T.A.R. Emilia Romagna, sez. Bologna, 23.7.1980, n. 498; in *Foro Amm.*, 1981, I, pag. 83.

12 T.A.R. Toscana, sez. II, 20 novembre 1992, n. 457, in *T.A.R.* 1993, I, pag. 186; in senso conforme vedi *Cons. Stato*, sez. V, 4 novembre 1997, n. 1227, in *Cons. Stato*, 1997, I, pag. 1535.

13 *Cons. Stato*, sez. V, 5 giugno 1991, n. 883, in *Foro Amm.* 1991, pag. 1710.

14 *Cons. Stato*, sez. V, 20 dicembre 1993, n. 1341, in *Cons. Stato*, 1993, XII, 1628.

15 *Cons. Stato*, sez. V, 24 ottobre 1996, n. 1285; *ibidem*, 1996, n. 430.

16 *Cons. Stato*, sez. V, 30 ottobre 1997, n. 1213, in *Cons. Stato*, 1997, I, pag. 1407.

17 "La posizione legittimante la richiesta di titolo edificatorio, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 10 del 28 gennaio 1977, presuppone un titolo fondato su un diritto reale, anche di servitù, o almeno su un diritto obbligatorio, (es. locazione), che accordi al richiedente disponibilità del bene immobile e la potestà edificatoria. Pertanto, una semplice relazione di fatto, ancorché tutelata, quale quella legata al possesso del bene, non appare tale da conferire il diritto a vedersi rilasciato il titolo concessorio o quello autorizzatorio (nella specie, autorizzazione ad eseguire lavori di restauro), tanto più quando le potestà che si riconnettono al rilascio del contestato titolo edificatorio, si scontrano con la volontà del legittimo proprietario del bene di cui si tratta, pure richiedente il rilascio di analogo titolo". *Cons. Stato*, sez. V, del 28 maggio 2001 n. 2881.

18 "Ai sensi dell'art. 4 L. n. 10/77 (secondo cui la "concessione è data dal sindaco al proprietario dell'area o a chi abbia titolo per richiederla"), deve ritenersi che sono legittimati a richiedere la concessione o l'autorizzazione edilizia i soggetti che hanno la disponibilità giuridica dell'area e la titolarità di un diritto reale o di obbligazione che dia facoltà di eseguire le opere, senza che occorra necessariamente la relativa proprietà (alla stregua del principio nella specie è stato ritenuto che un contratto di locazione del piazzale antistante un distributore di carburanti costituiva titolo idoneo per il rilascio di una autorizzazione edilizia relativa ad alcune opere da realizzare nel piazzale stesso) In sede di rilascio della concessione o dell'autorizzazione edilizia, l'Amministrazione è tenuta ad accertare solo se la disponibilità dell'area da parte del richiedente derivi da un titolo astrattamente idoneo, indipendentemente dalla sussistenza di contestazioni o controversie sulla titolarità dell'area ovvero sull'esistenza di altri diritti, reali o di obbligazione, di terzi".

19 Mengoli G.C., "Manuale di diritto urbanistico", Milano, 1997.

20 V. amplius "Commentario al Testo Unico dell'Edilizia" di De Polis M.-Pallottino M., Rimini, 2004.

21 Art. 6, lett. b, L. 241/90, il responsabile del procedimento "accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, ed adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

22 Carapelli O., "Soggetti legittimati a richiedere la concessione edilizia", Bari, 2002.

23 Diversamente da quanto invece affermato dal T.A.R. Veneto, sez. II, sent. n. 2221 del 24 luglio 2001.

24 *Cons. Stato*, sez. V, del 28 maggio 2001 n. 2881.

## Toghe Illustri

di Michele Alfano

**Alfredo De Marsico,  
alla riscoperta delle radici  
dell'Avvocatura.**

Giurista, avvocato e uomo politico, nacque a Sala Consilina il 29 maggio 1888. È stato professore di Diritto Penale e Processuale Penale all'Università di Napoli.

Per parlarne bisognerebbe farlo parlare, ascoltarlo e sentire il vigore della argomentazione che nasce in modo razionale e si sviluppa con forme emozionali, naturalmente. Non serve il commento: «Epilogo di mille ansie, l'arringa. Dall'ansia che, mentre si leggono per la prima volta le pagine di un processo, sprona verso la fine, per estrarre dai primi strati della miniera l'abbozzo di una trama, a quella, che, ordinatisi nella mente i dati essenziali del fatto, incalza a cercare il punto, la circostanza, il concetto, intorno a cui la ricostruzione dovrà gravitare; all'altra che affatica nel determinare l'ordine, i legami, il colore che al discorso possano dar linea e virtù di persuasione. Quale intima letizia se al termine di queste ansie puoi, nella luce del pensiero, vedere che il disegno dell'arringa è compiuto e che per il vigore dei nessi promette il vigore di un giogo!».

Serve altro per descrivere il tormento dell'avvocato chiamato alla difesa quando si accinge allo studio di un processo, quando sceglie i punti da trattare e le forme di espressione del suo pensiero?

Con Alfredo De Marsico è agevole e piacevole iniziare un viaggio ideale alla riscoperta delle nostre radici. Non certo per identificarle ma per rilevarne lo splendore e per ricavarne l'orgoglio di appartenere alla Sua stessa classe, a quell'Avvocatura che sembra aver smarrito la traccia della missione, della scelta volontaria e consapevole di prestare la propria opera per il debole e l'oppresso.

I punti di riferimento, durante il nostro duro, spesso contrastato, a volte incompreso lavoro ci sono indicati dal magistero di Alfredo De Marsico e ad esso occorre riportarci per ritrovare le fonti inesauribili alle quali attingere e per trovare conferma della attualità della nostra funzione e dei valori perenni che rappresenta.

Egli ha rappresentato la continuità, l'anello aureo della catena che congiunge il passato al futuro: è riuscito a rendere moderno lo stile classico, riaborandone i valori formali senza rinunciare -

come ricordava Vittorio Aymone - alla concezione dell'arringa quale opera d'arte, posta al servizio di uno scopo pratico. Da Lui prendiamo l'esempio fulgido di una fede incrollabile nella parola «espressione dell'intangibile nel duplice significato che lo consacra, di ciò che né la mano dell'uomo tocca né il tempo tocca. Gli uomini scompaiono, - scrisse nella lettera a Resia - unità di milizie perpetuamente rinnovatisi, nella battaglia che si trasforma, non cessa: la parola, essenza di vita che sembra dissiparsi prima dell'uomo che la pronuncia, sopravvive invece e si rinnova, e nell'oceano delle cose che muoiono, è la scia del destino che non muore e non si arresta».

Verso chi minacciava o predicava il tramonto dell'oratoria forense, Egli sollevò alta e sicura la Sua obiezione: «l'oratoria, arte del convincere e del muovere gli spiriti, non ha sede: può esplicarsi nel deserto, e v'è infatti chi parla sulle spalle del suo tempo, all'avvenire, ma se un vestigio ne resti, chiunque vi s'imbatte, ne sarà mosso e convinto» (Tibi-Arringhe vol. 2°).

Il breve spazio riservato alla mia devozione verso il Maestro non mi esime dal ricordare la Sua attenzione e la fiducia verso i giovani, ai quali assegnava un compito vitale: difendere la dignità dell'oratoria, salvarla dalla sommersione: «dovranno lottare talvolta contro la tendenza, che tristemente si diffonde, alla rapidità, anzi alla precipitazione, nel lavoro; talaltra contro uno degli aspetti più perniciosi dello scetticismo, che è il prevalere della superficialità sulla critica. I giovani devono stringersi intorno alla convinzione che l'avvocatura, come ufficio e come arte, potrà tramontare solo quando la verità nella giustizia potrà essere raggiunta prescindendo dalla esplorazione dei concetti e dell'anima umana, quasi di quella parte del soprannaturale che vive in noi» (Quarantennio-Arringhe vol. 3°).

E la genialità delle immagini che Egli evocava con la parola, per la Parola, risalta, incontrastata, in uno degli ultimi scritti nel quale coniugava fede e speranza, sentiva di andare verso il buio senza pensare di essere e di restare una luce nella storia forense: «la Parola, che fu il culto di tutta la mia vita, adorata, o giovani, non lasciatela senza fede, sola nel suo tempio (che valgono i templi se il dio è morto? Che cosa sono se non testimonianza di morte?). Io faccio mia l'invocazione di Verlaine: Enfants, hêritez mon delire ...» (Verso il buio-1975).

Gloria ad un Grande.

## Opinioni a Confronto

di Alba De Felice

**Brevi riflessioni sulla centralità  
del ruolo dell'avvocato,  
in rapporto al minore,  
nei giudizi di separazione  
e di divorzio.**

Sono, ormai, in netto aumento, anche presso il nostro Tribunale, le richieste di separazione coniugale e di divorzio. Trattasi di un fenomeno, ben evidente, in continua ascesa, con ovvi e consequenziali riflessi nel sociale, soprattutto in considerazione dell'inevitabile disagio che, nel corso di siffatti giudizi, coinvolge, ineluttabilmente, il soggetto più debole del pianeta famiglia, ossia, il minore.

Tale aspetto è, purtroppo, estremamente chiaro a noi avvocati, al punto che, la preoccupazione principale, che immediatamente ci attanaglia e ci assale, non appena investiti dell'incarico, è - innanzitutto - quella di accertare se, nel caso che ci occupa, sono presenti o meno minori. È questa, in definitiva, almeno a mio parere, la differenza (veramente sostanziale) tra un giudizio di separazione "tranquillo" (ossia scevro da implicazioni indubbiamente dolorose, relative a tale figura) ed un giudizio, invece, effettivamente, "complesso". Difatti, le problematiche inevitabili, relative alla presenza del minore, coinvolgono aspetti, anche, di ordine etico e morale, che, direttamente e doverosamente, ci toccano.

Ovviamente, il disagio patito dal minore, conseguentemente alla frattura del vincolo matrimoniale ed alla crisi familiare, non è assolutamente evitabile: infatti, l'unica, vera condizione di benessere e di felicità "pura" per un bambino o per un adolescente è far parte di una famiglia unita e felice.

La separazione, di contro, segue alla presa d'atto, da parte dei coniugi, che non esistono più, purtroppo, in ambito familiare, le condizioni per essere felici insieme.

D'altronde, l'inevitabilità di tale sofferenza, per il minore, consegue al diritto, "sacro", dei genitori - da un lato - di porre fine alla situazione di incompatibilità e di improseguibilità della convivenza e, dall'altro, alla più che legittima "aspirazione", dei predetti, di ritrovare un nuovo ordine di vita, secondo le loro scelte personali, nel rispetto, pieno e legittimo, del diritto di libertà, costi-



tuzionalmente garantito.

Trattasi, quindi, di *esigenze* e di *aspettative*, entrambe, *meritevoli di tutela*: da un lato, quella del minore, a mantenere, per quanto possibile, la condizione di benessere e di serenità tipica di una famiglia felice e, dall'altro quella del genitore, tendente "a rifarsi una vita", "risorgendo" da una realtà matrimoniale che lo imbriglia e lo imprigiona, costringendolo ad uno stato di infelicità, che va, quindi, necessariamente rimosso.

Nel conflitto, ineluttabile, tra queste due contrapposte esigenze, entrambe degne e meritevoli di attenzione (cui consegue, ripeto, inevitabilmente la sofferenza del minore), un ruolo veramente fondamentale e centrale deve essere svolto dall'avvocato, il quale - pur non potendo, ovviamente, scongiurare il disagio - può, quantomeno, concretamente, tentare di gestirlo, evitando, opportunamente, per quanto possibile, che la patologia familiare crei nel minore traumi e sofferenze.

Assume, quindi, una importanza veramente fondamentale e determinante, per noi avvocati, l'obiettivo - pienamente condivisibile - di tutelare, nel corso del giudizio di separazione o di divorzio, i figli che siano vittima dell'alta conflittualità tra i genitori, onde garantir loro, per quanto possibile, un maggiore equilibrio tra entrambe le figure genitoriali.

In tale ottica, una particolare attenzione va rivolta al momento, veramente determinante, relativo alla scelta (almeno per quanto concerne le separazioni consensuali e le istanze di divorzio congiunto), circa le modalità di affidamento e la facoltà di visita.

Lo stato di separazione, infatti, dovrebbe evidenziare ai coniugi - magari con il nostro apporto e sempre nel rispetto dell'incarico ricevuto - la necessità di "rielaborare" e di ridisegnare - pur se in una diversa ottica e pur se a costo di indubbi, reciproci, sacrifici - la loro relazione (in quanto, per l'appunto, genitori), nella convinzione che entrambi, dopo la separazione, potrebbero, anzi dovrebbero, conservare ed in qualche misura "condividere" le loro funzioni affettive ed educative verso i figlioli.

Il condizionale, mai come in questo caso, è veramente d'obbligo.

Difatti, frequentemente, i separandi (o divorzianti), accecati dall'astio e dalla rabbia - spesso, troppo spesso, dimenticano di essere *innanzitutto genitori* e si abbandonano a deprecabili tentativi, più o meno velati o mal celati, di strumentalizzazione.

In definitiva, nell'attuale sistema e nella pratica quotidiana, il minore - privo di effettive garanzie processuali - diventa, in alcuni casi, vittima e strumento di lotte e faide familiari. Poco viene fatto per evitare che ciò avvenga!

Talvolta, infatti, noi avvocati, tutti protesi - nell'adempimento, legittimo, del mandato ricevuto - a tutelare i diritti, le aspettative e le esigenze dei nostri assistiti, dimentichiamo che nelle procedure di separazione e di divorzio - al di là degli interessi, personali o patrimoniali, dell'*adulto-persona* (di chi, in definitiva, *ha voce per farsi ascoltare e titolo per agire*) - esiste un *minore-persona*, con dignità pari, se non addirittura maggiore rispetto a quella dei propri genitori, MA PRIVO, incredibilmente, di qualsivoglia difesa in senso tecnico.

Tanto, pur essendo inevitabilmente coinvolto (ed in che modo!) dagli sviluppi e dagli esiti di un processo che - nella stragrande maggioranza dei casi - deve subire, passivamente ed ineluttabilmente.

Non è possibile e - soprattutto - non è eticamente accettabile che in un sistema garantista (o pseudo tale), qual è quello attuale, nelle procedure di separazione e di divorzio, la tutela effettiva dei diritti del minore (vera parte debole, anzi inerme,

della tragedia e della patologia familiare) venga *devoluta* al difensore maggiormente sensibile al problema (con l'augurio che questi abbia, realmente, la possibilità di mettere in atto tale sensibilità) ovvero affidata al difensore che sia stato investito da quello, tra i genitori, che - *correttamente, al di là di interessi meramente patrimoniali o di smanie di vendetta e di riscatto morale* - si faccia portatore in concreto di tale interesse.

In tale contesto, quindi, è chiaro ed evidente quanto e come nell'attuale sistema possa essere, veramente determinante ed essenziale il ruolo e la funzione svolta dall'avvocato, anche e soprattutto al fine di dirimere o sminuire pericolose conflittualità tra i coniugi, ovvero di evitare gravissime strumentalizzazioni del minore.

Tanto, anche a costo, talvolta, di dolorose ma necessarie "*prese di posizione*" nei confronti del proprio assistito, ovemai ci si rendesse conto che è proprio lui (o lei!) l'artefice di atteggiamenti "poco ortodossi", riprovevoli e dannosi per la prole.

A volte, infatti, noi avvocati diventiamo spettatori purtroppo impotenti di scene veramente squalide e grottesche, che culminano con assurdi tentativi di strumentalizzazione dei figlioli (da parte dell'uno o dell'altro genitore), ovvero con atteggiamenti ostruzionistici, mirati ad evitare l'indispensabile versamento dell'assegno di mantenimento, ovvero a boicottare la "sacrosanta" facoltà di visita dei genitori non affidatari.

Tutto ciò - ovviamente - ad esclusivo, enorme ed inaccettabile discapito e danno per il minore!

Quindi, mai come in questi casi, è veramente doveroso interrogarsi non tanto su ciò che il nostro rappresentato intende, in concreto, ottenere, quanto su ciò che sarebbe veramente opportuno stabilire e concordare (nel rispetto del mandato) con il collega della controparte, nell'ottica, imprescindibile e suprema, di tutela dell'equilibrio psico-fisico e della serenità dei minori. Tanto, ovviamente, anche con l'apporto preziosissimo e la competenza dei Magistrati che operano nel settore.

Chiaramente, poi, data la particolare delicatezza della materia, che coinvolge sfere delicatissime e veramente intime dell'*adulto-persona*, con ovvie e frequenti ripercussioni anche sulla psiche del *minore-persona*, è veramente opportuno che noi avvocati, ancor prima di accettare incarichi del

genere, effettuiamo un doveroso e scrupoloso "*esame di coscienza*", al fine di comprendere se riteniamo essere, realmente ed effettivamente disponibili - data l'enorme attenzione e disponibilità di tempo che il nostro assistito, inevitabilmente, ci chiederà - oltre che competenti e qualificati per l'espletamento del mandato.

Tanto, anche in considerazione della particolare delicatezza della funzione da assolvere e, soprattutto, in attuazione concreta delle precise e fondamentali norme deontologiche, dettate da: art.6 (*Dovere di lealtà e correttezza*), art. 9 (*Dovere di segretezza e riservatezza*), art. 12 (*Dovere di competenza*) ed art. 13 (*Dovere di aggiornamento professionale*) del nostro Codice Forense.

È ovvio e naturale, infatti, che i citati principi - cui dobbiamo, comunque e quotidianamente ispirarci nell'espletamento della nostra nobile professione - assurgono, veramente, a criteri guida nella gestione di complesse procedure familiari, nelle quali l'avvocato - pur mostrandosi sensibile al problema - deve rimanere sempre ed effettivamente tale, con la sua specifica competenza e qualificazione, evitando di diventare, suo malgrado, a seconda dei casi psicologo, psicoterapeuta, mediatore familiare, assistente sociale, confessore!

Tanto, anche nel rispetto dei ruoli e delle competenze specifiche, devolute ad altre figure professionali, alle quali dobbiamo soltanto se necessario attingere opportunamente.

Auspico, quindi, che gli avvocati realmente interessati a tale, delicatissima, materia provvedano - in attuazione anche delle richiamate, precise, norme deontologiche e con l'apporto, altresì, della locale Scuola Forense - ad una qualificazione e formazione professionale veramente concreta, seria e costante.

Mi auguro, infine, che queste brevi riflessioni possano servire da spunto, a chi legge, per intavolare un dibattito/incontro/confronto - serio, propositivo e concreto - sulle tematiche e problematiche del settore, emergenti anche a livello locale. Tanto, nella speranza che, da tale dialogo, possa venir fuori una crescita professionale veramente proficua, diretta a rinvigorire, ancor più - se possibile - la nobile tradizione della Classe Forense del nostro Tribunale.

*"I tuoi figli non sono figli tuoi,  
sono i figli e le figlie della vita stessa.  
Tu li metti al mondo, ma non li crei.  
Sono vicini a te, ma non sono cosa tua.  
Puoi dar loro tutto il tuo amore,  
non le tue idee,  
perchè essi hanno le loro proprie idee.  
Tu puoi dare dimora al loro corpo,  
ma non alla loro anima,  
perché la loro anima abita  
nella casa dell'avvenire,  
dove a te non è dato entrare,  
neppure col sogno.  
Puoi cercare di somigliare a loro  
ma non volere che essi somiglino a te,  
perché la vita non ritorna indietro  
e non si ferma a ieri.  
Tu sei l'arco che lancia i figli  
verso il domani".*

**Khalil Gibr**

# Historia et Antiquitates

di Luigi Ciancio

foto archivio Altrastampa/Alfio Giannotti

## Nuceria Alfaterna, la fine della Storia.

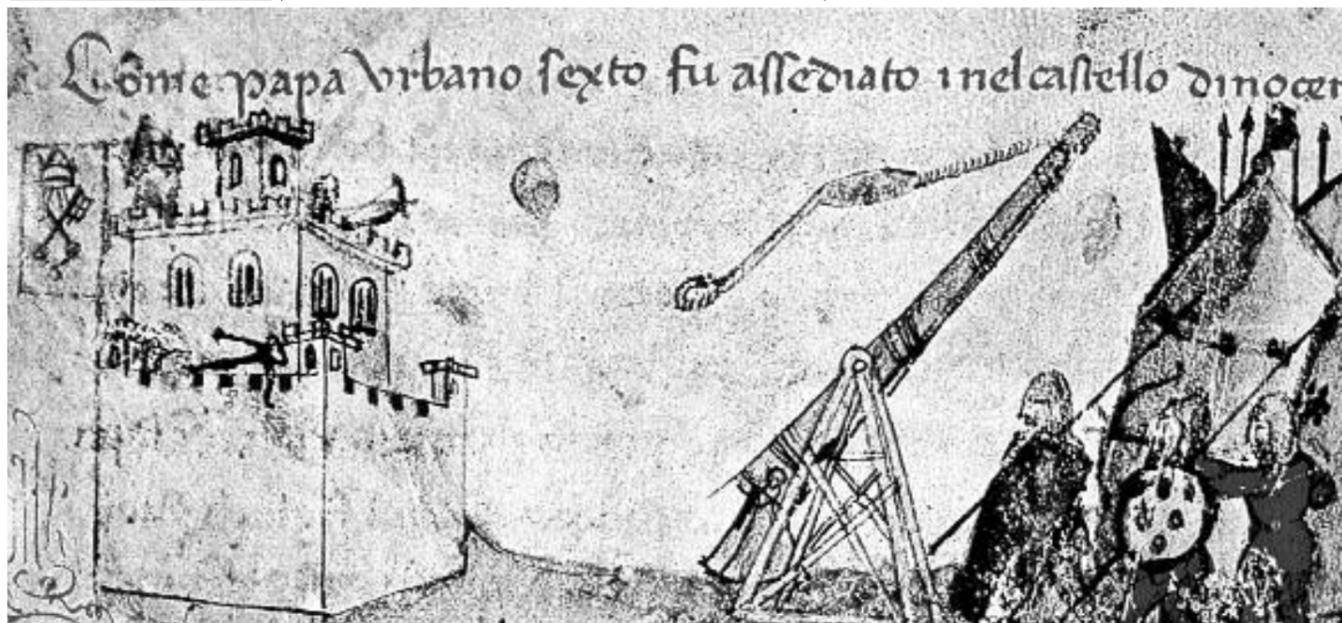
L'ennesima distruzione della città convinse i Nocerini a ricostruirla non più come prima, in un unico nucleo, perché esposta maggiormente alla altrui violenza, ma di edificare le nuove abitazioni sparse nei "sobborghi dell'antica città".

Nacquero così diversi villaggi che, in epoca più moderna, divennero le nostre attuali città.

ed ivi sepolta in un punto non identificato della collina.

Il Castello di Nocera, che nel frattempo aveva assunto la denominazione di *Nuceria Cristianorum*, era divenuta la dimora abituale degli Angioini e Re Carlo, per le sue non brevi soste, faceva trasportare nel maniero i registri "della sua cancelleria, indispensabili a dar corso agli affari dello Stato".

Ed anche al suo primogenito e successore Carlo II piaceva dimorare a Nocera tanto è vero che egli



Ma di questo parleremo poi.

Il territorio nocerino divenne feudo normanno e fu retto per prima da tal Enrico, col titolo di Conte, e successivamente (1175) dal cittadino di Nocera Matteo Sapio al quale fu attribuito il titolo di Marchese.

Di poi, nell'anno 1230, governò la Città il tedesco Ottone di Barchister, già Conte di Ponza ed alla sua morte questa fu donata a Guidone Filangieri. La eredità di quest'ultimo, e quindi anche Nocera, entrò nel possesso del figlio Riccardo che, contrario agli angioini, si alleò con la Casa Sveva.

Subì per questo la confisca di tutti i suoi beni, feudo di Nocera compreso, ad opera di Carlo D'Angiò.

Costui relegò nel Castello di Nocera i figli e la moglie di Re Manfredi, che vi morì giovanissima

nell'anno 1291, concesse tale città al figlio Carlo Martello. Quest'ultimo, con molta probabilità, ospitò il suo amico Dante Alighieri nel castello.

Ed intorno al castello si svilupparono, nel corso dei secoli, storie, intrighi e leggende.

È storicamente provato che, intorno agli anni sessanta del XIV secolo, Boccaccio fu ospite di Niccolò Acciaiuoli, celebre finanziere toscano, all'epoca padrone del castello.

Altrettanto datata (1384) è la presenza nel maniero di Papa Urbano VI che vi rimase a lungo, ospite del nipote Francesco Prignano cui Nocera era stata concessa da parte di Carlo III di Durazzo.

Si racconta che Prignano, per sottoporre a tremende torture i suoi nemici nella "sala dei Tormenti", si servisse di una donna, tale Cencia di Trastevere, il cui fantasma si aggirerebbe di tanto





Panorama  
dal Castello Fienga;  
Pagina 46.  
L'assedio al Castello di  
Nocera del 1385,  
da Croniche  
di Sercambi.  
Pagina precedente.  
La torre pentagonale.

in tanto nei sotterranei del Castello.

Nell'anno 1400 la Città di Nocera fu affidata alla famiglia dei Conti Zurlo che "accusati di fellonia", la perdettero per confisca e passò poi nelle mani di Giovanna D'Aragona.

I nocerini furono contenti di quest'ultima che, tra l'altro, concesse loro i proventi delle multe ricavati dalla composizione di liti fiscali. Altrettanto soddisfatti restarono del comportamento della figlia, anch'ella di nome Giovanna, che ereditò il feudo di Nocera confermando tutti i privilegi che la madre aveva riconosciuto.

Nell'anno 1521, quando già Nocera aveva cambiato il suo nome in quello di Nocera dei Pagani, la città fu venduta alla famiglia Carafa che la governò per oltre un secolo trasformando il castello in un importante centro di arte e di cultura. Dai Carafa, la città ritornò prima al regio

demanio e fu poi venduta ai marchesi di Castelrodrigo, per passare poi (1707) ai Pio di Savoia, ultimi feudatari. I fermenti politici che interessarono l'Europa, ebbero risonanza anche a Nocera laddove fervida ed importante fu l'opera dei Solimena, Angelo e Francesco, che con la loro arte pittorica si imposero in tutto il meridione.

La Città di Nocera aderì nell'anno 1799 alla Repubblica Partenopea e, durante il periodo di dominazione francese (dal 1806 al 1815), una classe dirigente borghese si sostituì alla oligarchia nobiliare che fin lì aveva primeggiato.

Si impone a questo punto un passo indietro per meglio inquadrare i fatti storici finali.

Dopo la distruzione di Nocera ad opera di Ruggiero il Normanno si pensò bene di far nascere diversi villaggi che, per essere l'uno distante dagli altri, assumevano decisioni contrastanti.



I resti del loggiato  
del belvedere.

Sicché fu necessario riunirli in Università che, pur prendendo il nome di Civitas Nuceriae, si sottotolarono Nocera Soprana - che comprendeva i villaggi che oggi formano i Comuni di Nocera Inferiore e Superiore - e Nocera Sottana, con quelli che oggi sono i Comuni di Corbara, Sant'Egidio e Pagani con Barbazzano.

Ognuna di queste Università aveva il suo Sindaco ed i suoi Eletti, il cui numero variava in rapporto alla popolazione.

E giusto per sottolineare che il mondo è stato sempre lo stesso, ricordo ai lettori che agli Eletti veniva pagato un onorario (oggi si chiama indennità di carica) di otto ducati all'anno.

Le Università si sostenevano con rendite provenienti da gabelle (le odierne imposte) che "venivano date in appalto ai privati, e mediante licitazione ad estinzione di candela vergine".

Nell'anno 1807 le Università di Nocera Sottana, Corbara, Sant'Egidio e Pagani con Barbazzano, si resero indipendenti. Nocera Soprana si divise in due Comuni, chiamati Nocera Corpo e Nocera San Matteo.

"Con decreto reale del 12 febbraio 1834 il Comune di San Matteo si unì al Corpo, e divennero un solo col nome di Comune di Nocera; da cui con altro decreto del giorno 11 novembre 1850 si staccarono i villaggi superiori, e così si ebbero due Comuni, l'uno di Nocera Superiore e l'altro di Nocera Inferiore, quali sono al presente". Così, con tale ultima parte, ripresa integralmente dalla Storia di Nocera dei Pagani di Gennaro Orlando, si conclude il nostro racconto.

Resta, monumento imperituro della gloriosa storia nocerina il Castello del Parco.

## Historia et Antiquitates

di Teobaldo Fortunato

foto archivio Altrastampa/Alfio Giannotti

Per gentile concessione:  
Ufficio Beni Culturali della Diocesi Nocera-Sarno

### Il Battistero di Santa Maria Maggiore detto la Rotonda.

Inizia dalla Rotonda, ovvero dal Battistero Paleocristiano di Santa Maria Maggiore, a Nocera Superiore, un percorso reale, con il mezzo che si ritenga più comodo (o consono?), attraverso monumenti ed evidenze d'arte, nella caotica conurbazione dell'Agro. Qui, gentes, differenziate per dimensioni diafasiche e diacroniche, hanno lasciato testimonianze di cultura materiale, oggi confuse e relitte nella congerie urbanistica. La

ca, il grande centro dell'Ager Nucerinus era stato travolto però da un rovinoso tracollo economico, territoriale e sociale, fatale per tante città della provincia romana.

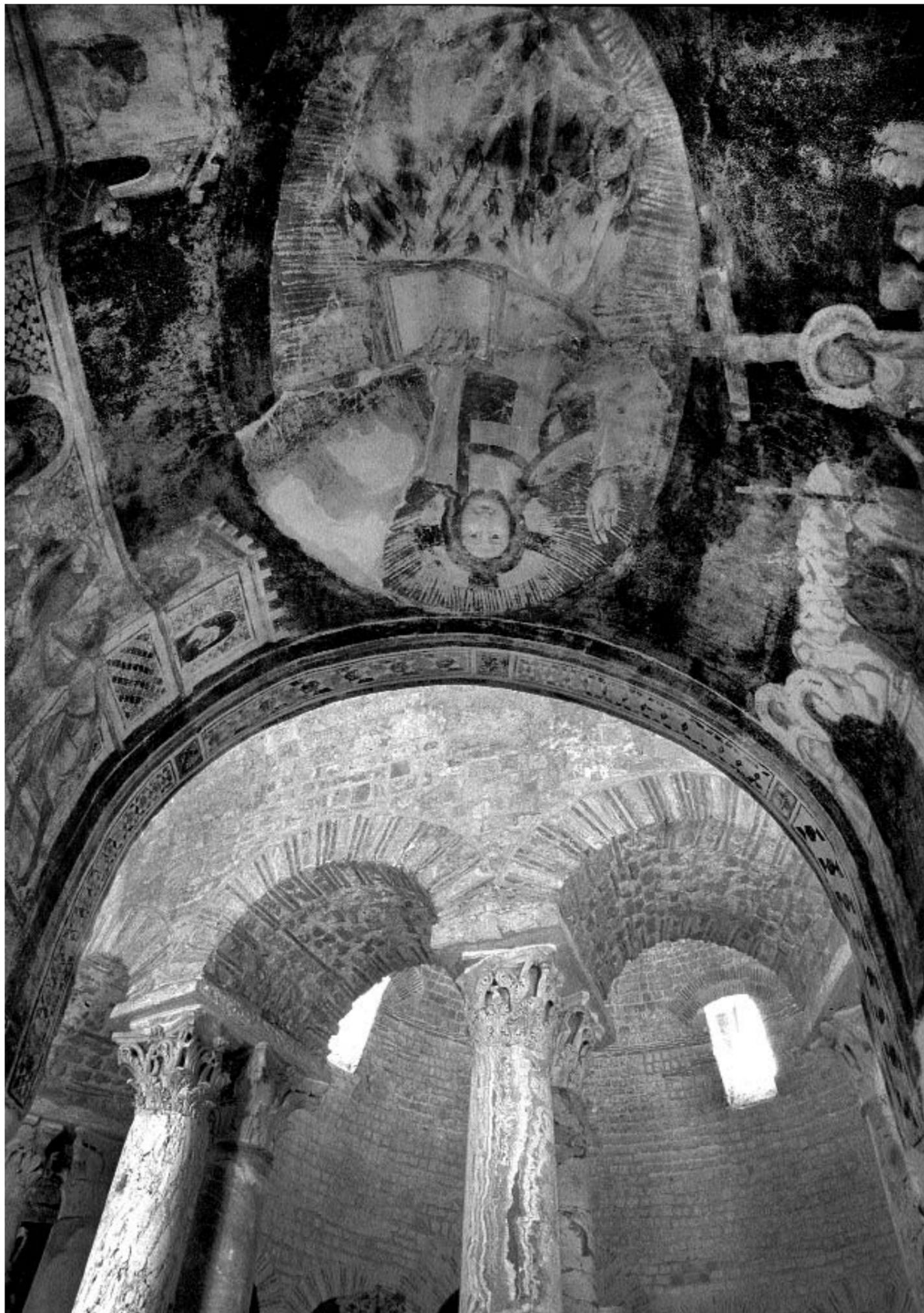
Il Battistero, fu elevato sull'area di un complesso architettonico d'età imperiale, di cui mirate campagne di scavi archeologici hanno riportato alla luce mosaici pavimentali policromi ed avanzi di muri, delimitanti ambienti che ne tagliano altri, impiantati in precedenza, verso la fine della repubblica, sullo scorcio del I secolo a.C. La struttura del monumento mostra notevoli analogie con edifici dal medesimo andamento perimetrale, ad esempio la Basilica di Santa Costanza a Roma. Ruota intorno ad un grande cilindro alto 3 metri,



fabbrica del grandioso edificio risale alla metà del VI secolo d.C., a breve distanza dagli avanzi del foro di Nuceria Alfaterna, identificato dai sondaggi archeologici degli anni Settanta del XX secolo, in quella fascia di terra dove persiste il dimesso foro boario di Nocera Superiore. Michael Stettler, celebre studioso elvetico che nel 1940 ne ha pubblicato la prima monografia organica, in tedesco, ipotizza che sia stato progettato da un anonimo architetto bizantino. In ogni caso, rappresenta, senza ombra di dubbio, l'ultimo, forse estremo tentativo di rivitalizzare, intorno al vasto complesso di cui era parte integrante, un municipium rimasto a lungo alla ribalta, sulla scena politica dell'impero romano. In epoca tardo anti-

al centro dell'enorme anello radiale dell'ambulacro perimetrale. Quindici coppie di colonne di marmi preziosi, dal verde cipollino all'alabastro d'Egitto, dalla breccia d'Aleppo al giallo di Numidia, sorreggono i piccoli archivolti al di sotto del tamburo su cui si innesta la cupola, ricostruita dopo il crollo causato dai materiali piroclastici dell'eruzione vesuviana del 1944. In posizione centrale, vi è la vasca battesimale ottagonale, di poco più piccola, rispetto a quella di San Giovanni in Laterano, a Roma. Sul bordo, restano cinque delle otto originarie colonnine marmoree verosimilmente, raccordate tra loro mediante ulteriori archetti. Gli splendidi capitelli compositi, le basi attiche ed i fusti di colonne binate d'età

L'interno del  
Battistero.  
Pagina precedente.  
L'interno del  
Battistero e l'affresco  
del Cristo Pantocratore.



imperiale, del corpo centrale, come tutti gli elementi decorativi presenti all'interno del monumento, furono inglobati in maniera armonica ed equilibrata nell'ordito architettonico. Mensole inoltre, cornici e frammenti di epigrafi funerarie e celebrative, che presto saranno collocate nell'attiguo Lapidarium, piccolo gioiello museale, provengono, asportati in epoca tardo antica, da domus o edifici augustei, adrianei e posteriori, verosimilmente già abbandonati ed in disuso, quando, forse, durante l'età di Giustiniano, s'aprì il cantiere dello scenografico complesso architettonico di cui il Battistero faceva parte. Durante il lento corso del Medioevo, l'edificio ha subito

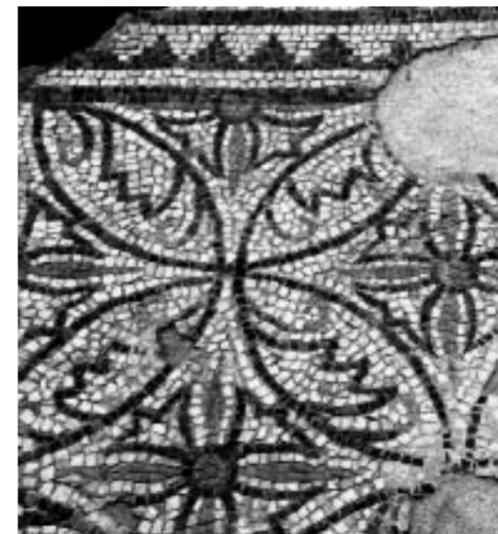


Particolare delle colonne di spoglio.

modifiche radicali: lo spostamento dell'ingresso dell'abside, per motivi tuttora non chiariti, l'asportazione di alcune delle otto colonnine collocate sulla vasca. Due di esse sono state di recente individuate: una all'esterno del campanile, disegnato nel XVIII secolo, dal Solimena, al Vescovado di Nocera Inferiore e l'altra, nell'ampia corte interna della Caserma Tofano, superbo edificio militare borbonico. La prima era stata riutilizzata in funzione di paracarro, l'altra funge ancora da decorazione terminale di un monumento ai caduti. Entrando nella Rotonda, nel deambulatorio a sinistra, vi sono due piccole edicole, trasversali al muro esterno, decorate da affreschi con scene neotestamentarie, databili al tardo XIV secolo: riecheggiano i modi ed il taglio pittorico di artisti d'ambito giottesco. Gli storici dell'arte hanno in tempi recenti, proposto il

nome di Roberto d'Oderisio o un pittore della sua cerchia, scartando così la vecchia ipotesi che identificava nell'ignoto maestro, il senese Andrea Vanni, erede anch'egli della lezione di Giotto, sullo scorcio del XIV secolo. Nonostante la lettura completa del ciclo pittorico sia stata in parte alterata da pesanti interventi di restauro, effettuati nei secoli scorsi, che ne hanno attenuato la primitiva freschezza compositiva, pur tuttavia la Madonna in trono con il Bambino ed il Cristo Pantocrator sono ancora carichi del fascino di una pittura attardata e talvolta ingenua, ma di sicura e coinvolgente presa emotiva, come la Strage degli Innocenti, sulla parete destra, ambientata fuori dalle mura di un castello turrito con pie donne affacciate ad entrambi i lati, costernate e sgomentate; o ancora la Natività, dai toni caldi e pacati, altamente evocativi. Ci lascia altrettanto stupiti la pallida immagine della Madonna di Loreto, raffigurata con il Bambino tra le braccia, di recente restituita grazie a leggeri restauri conservativi, entro la nicchia a destra della porta d'ingresso. I due volti ridotti ad una pallida sinopia sono appena identificabili sull'intonaco grigio, solcato dai pochissimi accenti cromatici di un intuibile stallo o piuttosto ciò che resta dei tetti di case, secondo la classica iconografia della Madonna Loretana. Carico di suggestione è anche il rilievo in stucco policromo della Madonna di Santa Maria Maggiore, databile al XV secolo, dai bellissimi occhi vitrei, in alto a sinistra, guardando l'altare. I lavori di sistemazione e di consolidamento, effettuati dalla Soprintendenza ai B.A.P.P.S.A.D. di Salerno, negli anni Ottanta del XX secolo, hanno evidenziato le molteplici trasformazioni subite dal Monumento: hanno consentito, inoltre di individuare le cappelle laterali dedicate a San Nicola ed all'Annunziata, addossate alla struttura portante, tra il Cinquecento ed il Seicento. Furono eliminate nei secoli successivi, tant'è che ancor oggi la Rotonda si distingue per la sua simmetrica volumetria, nonostante sia stata privata di quell'andamento polilobato che in origine la contraddistingueva. È in ogni caso, parte integrante di un più vasto complesso che ingloba una cappella oratorio e l'antico Ospedale di Santa Caterina di cui resta un'ampia sala ipogea (la Terrasanta) ed un affresco, su una parete del giardino retrostante il Battistero, con la raffigurazione di uno scheletro con falce e clessidra tra le falangi. Esposto oggi alle intemperie, il pannello voleva essere un imperituro *memento mori* d'epoca barocca e dal gusto sapore contadino o

forse testimoniava, nella presumibile sala mortuaria dell'Ospedale, che, oltre al battesimo atto primo della vita e del neofita, anche il trapasso costituiva una tappa inderogabile dell'uomo e del cristiano in un tempo di pestilenze e di traversie collettive. Anche sul muro di contenimento esterno, sul sagrato antistante, la caduta accidentale di intonaco ha messo in luce tracce di decorazioni ad affresco, dai colori molto vividi, con motivi decorativi a transenna, al di sotto di un drappaggio più scuro, ricollegabile ad un presumibile manto femminile. Forse si tratta della parte sottostante di una parete interamente affrescata, collegata o alle cappelle radiali al Battistero o verosi-



Particolare dei mosaici paleocristiani.

milmente agli ambienti del più vasto complesso architettonico di Santa Maria Maggiore. Poco sappiamo dai documenti e dalle epigrafi lapidee, parche e scarse, in merito alle funzioni ed alle cerimonie celebrate nella Rotonda, nel corso del secondo millennio. Restano i laconici accenni nei Voyages en Italie degli intellettuali stranieri che tra il Settecento ed il secolo successivo la visitarono, mediandone in Europa iconografia e notizie, annotate nei loro diari del Grand Tour, dal francese abate di Saint Non all'inglese Henry Swinburne. Va sottolineato però che, in alcuni casi, il loro giudizio fu negativo o quanto meno poco felice. In realtà, rimasero abbastanza delusi dallo stato di desolazione in cui l'edificio versava negli ultimi decenni del secolo XVIII, e, sia pur ammirati dalla sua antichità, avanzarono riserve sul suo valore artistico, poiché lontano dai cano-

ni classici di quella architettura greca, armonica nelle linee e rigorosa nelle proporzioni, che in piena temperie neoclassica stava rivivendo una nuova e più duratura stagione. Anche Luigi Vanvitelli, nell'aprile del 1758, effettuò un sopralluogo al Battistero, ma per uno scopo che oggi definiremmo scellerato: si stava pensando di smontare le colonne per riutilizzarle nel Palazzo Reale di Caserta. Il pericolo fu scampato a causa della loro precarietà; ciò nonostante, scriveva Vanvitelli, nella missiva al suo committente, il Marchese di Squillace, ministro del re: " ... questa povera chiesa parrocchiale è cadente, onde a ogni modo conviene rifarla, ma senza le colonne, perché non sono forti bastantemente per reggere, ed ancorché non fosse cadente ... conviene innalzarla ... a ciò non resti inondata dalle acque del vicino torrente ...".

Nel terzo decennio dell'Ottocento, Crawford Tait Ramage annota, in maniera distratta e superficiale, nel suo Viaggio nel Regno delle due Sicilie, che il monumento " ... s'innalza sulle rovine d'un tempio romano che ricorda in miniatura il Pantheon di Roma" e che si possono vedere, all'interno, delle bellissime colonne di marmo variegato.

Al contrario, rassicurante è la descrizione data dal cronista ottocentesco che così commentava una litografia della Rotonda, riprodotta da Giacinto Gigante, " ... la città di cui si ragiona con molti allettamenti a sé invita i viaggiatori. I quali, se di arti belle non son digiuni, vorranno visitare quel suo tempio meraviglioso di Santa Maria Maggiore (...). Oggi pressoché abbandonata, una volta era la cattedrale del luogo; e qual paese di egual condizione potea vantarne di più magnifica?... Negli anni tra il 1803 ed il 1805, a causa di un terremoto, il Battistero fu chiuso definitivamente, scivolando nel declino e nella desolazione dell'abbandono, senza più voce e storia memorabile.

Una pia visita di Ferdinando II di Borbone, nel 1856, (almeno secondo le cronache del tempo), inaugurò l'inizio di restauri sistematici e di tentativi di ripristino, protratti fino ai primi decenni del Novecento, quando venne eretto, con marmi di spoglio, l'altare che tuttora vediamo, interrompendo l'anello radiale del deambulatorio, in corrispondenza dell'abside.

Un'altra testa coronata, Gustavo VI Adolfo di Svezia, il re archeologo, ha sostato, ad oltre un secolo di distanza dalla augusta visita regale, nei primi giorni d'ottobre del 1964, tra le possenti mura del Battistero, prima di dirigersi verso l'ampia valle del Sele, nella luce dei templi di Poseidonia.

## Deontologia Forense

di Anna De Nicola

### L'articolo 13 del Codice Deontologico, il dovere di aggiornamento professionale.

L'art. 13 del Codice Deontologico recita: "È dovere dell'avvocato curare costantemente la propria preparazione professionale, conservando ed accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori nei quali è svolta l'attività".

"Il professionista che non curi di acquisire le nozioni necessarie per la esatta esecuzione dell'incarico ricevuto", infatti, così come sancito dal Consiglio Nazionale Forense il 17/12/1996, tiene un comportamento negligente e, quindi, censurabile.

Questo articolo, a mio avviso, anche in qualità di responsabile della Scuola di Formazione "Fiorentino De Nicola", che da qui a poco sarà operativa, rappresenta un principio cardine, al quale l'avvocato, nello svolgimento della professione, deve necessariamente attenersi.

Tale aggiornamento, infatti, oltre ad essere un vantaggio per il professionista, rappresenta ancor più una garanzia per la collettività.

Un professionista preparato, aggiornato, infatti, meglio di ogni altro saprà districarsi tra i meandri del diritto e, ancor di più, saprà, in uno scontro dialettico, attraverso la conoscenza pervenire alla sintesi e, in tale modo, meglio tutelerà il proprio assistito.

Non si può che constatare, come tale regola deontologica sia perfettamente in linea con l'attuale orientamento del Consiglio Nazionale Forense, con riferimento alla formazione permanente, intesa come obbligo di frequentazione delle Scuole Forensi, anche per gli avvocati, al fine di assicurarne preparazione e capacità.

È proprio in questa ottica che, alla fine dell'anno 1999, per deliberazione del Consiglio Nazionale Forense, è sorto il Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati. Mai, prima, la formazione e l'aggiornamento avevano costituito oggetto di attività istituzionali svolte secondo un sistema e organizzate attraverso una apposita struttura specialistica; mai, prima, la attività formativa aveva costituito uno dei principali compiti istituzionali degli Ordini. L'attività del Centro per la formazione è stata ed è giustamente volta a formare l'avvocato, non solo attraverso lo studio degli istituti del diritto e la

conoscenza delle discipline, ma anche attraverso la conoscenza delle tecniche interpretative, analitiche ed etiche delle norme.

Modello di formazione, questo, al quale il Centro, necessariamente, associa una seria pratica professionale, tendente all'aggiornamento continuo delle materie giuridiche e alla sperimentazione concreta delle attività svolte dall'avvocato in stu-



dio e nel processo.

In tale modo, si acquisirà, non una flebile e infruttuosa preparazione, mirante unicamente al superamento dell'esame, ma si acquisirà un livello di competenza e di maturità, necessarie per esercitare la professione in modo utile e corretto per l'utente e per la società.

Personalmente condivido appieno tale orientamento, in quanto, a mio avviso, preparazione e capacità, insieme, realizzano, anche oggi, una figura di avvocato degna di quelle gloriose toghe, che in passato, maestosamente, hanno calcato i maggiori Tribunali, lasciando del loro passaggio un'impronta viva e indelebile nel tempo.

## Appuntamento con la Formazione

### Bando di concorso per una Borsa di Studio in memoria dell'avvocato Leonello Leonelli da attribuire a praticanti avvocati e avvocati cultori del Diritto d'autore.

Il Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati presso il Consiglio Nazionale Forense, in collaborazione con lo Studio legale Leonelli, Duranti & Associati di Perugia, ha promosso la seconda edizione di una Borsa di Studio in memoria dell'avv. Leonello Leonelli, cultore del Diritto d'autore, con la finalità di premiare il miglior elaborato in materia di Diritto d'autore e diritti connessi pervenuto alla Commissione esaminatrice.

La iniziativa intende favorire l'approfondimento degli studi per una migliore qualificazione professionale degli avvocati nelle predette materie. Possono concorrere all'assegnazione della Borsa di Studio i praticanti avvocati che frequentino una Scuola Forense o una Scuola Universitaria di specializzazione per le professioni legali, e gli avvocati (di età non superiore ai 35 anni al momento della scadenza del termine per l'invio della domanda) i quali abbiano elaborato e discusso una tesi di laurea su temi di Diritto d'autore (compresi i diritti connessi); o già pubblicato, su una rivista di rilievo nazionale, almeno un saggio sugli argomenti predetti.

I partecipanti al concorso dovranno presentare, entro e non oltre il termine del 31 maggio 2004 la domanda di partecipazione da inviarsi tramite raccomandata a.r. al Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati del Consiglio Nazionale Forense (con sede in via del Governo Vecchio 3, 00186 Roma), completa di nome, cognome, luogo e data di nascita, domicilio, codice fiscale, numero telefonico ed eventuale indirizzo di posta elettronica;

- attestazione (sotto la personale responsabilità del dichiarante) del voto di laurea, nonché curriculum vitae e fotocopia di un documento di identità in corso di validità;
- una copia della tesi di laurea già discussa o del saggio già pubblicato (costituenti requisito di partecipazione al concorso);
- n. 4 copie del saggio o monografia originale, ine-



diti, in materia di Diritto d'autore o di diritti connessi; che saranno oggetto di valutazione da parte della Commissione Esaminatrice, ai fini del concorso.

Gli elaborati potranno anche essere inviati su supporto informatico purché redatti in formato Microsoft Word.

Gli scritti inediti pervenuti verranno conservati presso il Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati, del Consiglio Nazionale Forense. L'assegnazione della Borsa di Studio implicherà il consenso del vincitore alla eventuale pubblicazione del proprio elaborato, a cura del Centro predetto, per una edizione a stampa (o su supporto digitale) di almeno 2.000 copie, nonché per la sua riproduzione su un sito internet specializzato in materia. Per l'assegnazione della Borsa di Studio, verrà formata una Commissione composta da un Presidente (designato dal Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati); da un membro, scelto dallo Studio legale Leonelli, Duranti & Associati tra i propri componenti; da altro membro, indicato congiuntamente dai due predetti fra esperti della materia.

L'ammontare della Borsa di Studio è determinato in 4.500,00 Euro, e la sua erogazione avverrà in un'unica soluzione. La proclamazione del vincitore, e la comunicazione al predetto (nonché agli altri partecipanti) dell'esito del concorso, avverrà a cura del Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati del Consiglio Nazionale Forense, sulla base della motivata designazione operata dalla Commissione esaminatrice.

La Commissione esaminatrice si riserva la facoltà di non procedere alla proclamazione del vincitore.

Per informazioni rivolgersi alla segreteria del Centro per la Formazione e l'Aggiornamento Professionale degli Avvocati, via del Governo Vecchio 3, 00186 Roma, Tel. 06.6872866 Fax 06.6873013 e-mail: cnf.formazione@tin.it

## La Pagina dei Convegni

a cura di Annalisa Spinelli

**“LA RESPONSABILITÀ CIVILE DELLA BANCA”.**  
Saggio dell'avvocato  
Gianfranco Liace.

### I saluti iniziali.

All'interno dell'antico chiostro del Convento di Sant'Antonio di Nocera Inferiore, il 13 febbraio è stato presentato il libro «*La responsabilità civile della banca*» dell'avvocato Gianfranco Liace.

Alla serata erano presenti molte persone tra politici, avvocati, professori universitari e gente comune, attratta dall'interesse per il tipo di argomento che si andava presentando, quanto mai attuale alla luce delle più recenti cronache giudiziarie: mi riferisco ai casi di Cirio e Parmalat.

Sono intervenuti, in qualità di relatori, nomi davvero illustri quali i professori avvocati Ermanno Bocchini, Giuseppe Fauceglia e Fabrizio Maimeri. Il San Paolo-Banco di Napoli, filiale di Nocera Inferiore ha contribuito al patrocinio della presentazione, così come l'Ordine degli Avvocati.

In particolare, il Presidente del Consiglio Forense, avvocato Aniello Cosimato, ha rivestito il ruolo di moderatore.

Dopo i saluti dell'amministrazione comunale, il dott. Cirillo, direttore del San Paolo-Banco di Napoli, filiale di Nocera Inferiore, ha tenuto a precisare il suo ruolo di “testimone della serata” e non di controparte.

Nel sottolineare, infatti, il difficile momento che sta vivendo il sistema bancario italiano, ha anche ribadito l'esigenza di essere più attenti ai diritti dei consumatori attraverso l'assunzione di procedure improntate alla massima trasparenza.

### Gli interventi dei relatori.

I relatori, spaziando dal tecnicismo della materia a valutazioni di tipo etico, hanno anche sottolineato il momento di grande sfiducia dei consumatori verso le banche.

Il professore Fauceglia, ordinario di diritto bancario all'Università di Salerno, nell'individuare l'iter durante il quale è cambiato il comportamento bancario, ha evidenziato come, in passato, le uniche forme di responsabilità della banca, si intravedevano nelle cassette di sicurezza o nelle forme di negoziazione tipica dei titoli di credito, così che la responsabilità veniva connessa a una cattiva gestione dello strumento.

Inoltre, a causa del modello pubblicistico a cui era ancorata, la responsabilità della banca era inquadrabile esclusivamente nell'ambito dell'art. 2043 c.c.

Ciò fino al 1982, quando cioè il D.P.R. 350 ha superato questa visione pubblicistica e la banca è diventata un'impresa con un recupero dei criteri di responsabilità, tanto più elevati quanto messi in rapporto con un “alto standard di qualità” dei servizi che la banca può e deve offrire.

L'intervento del professore Fauceglia si è concluso osservando che il nuovo modo di intendere la banca, con il relativo meccanismo di crescita della sua responsabilità, non è espressione di un attacco verso la stessa, ma un nuovo modo di intendere il rapporto con il sistema bancario, visto dall'ottica di chi contrae con lo stesso.

Il professore Maimeri, docente di diritto del mercato finanziario alla L.U.I.S.S. di Roma, responsabile area legale A.B.I., ha invece esposto due riflessioni relative all'evoluzione della disciplina della responsabilità bancaria: la prima ha riguardato la difficoltà di percepirla in modo “perfetto”, in quanto si va chiedendo alla banca di intervenire continuamente in dissesti e perdite da parte di imprese, in controtendenza con la sua nuova natura di impresa che ha finalità lucrative.

Perciò, la considerazione della banca quale impresa, dovrebbe essere a 360° e non solo quando si vogliono individuare le sue forme di responsabilità.

La seconda riflessione ha riguardato la cattiva elaborazione da parte della nostra giurisprudenza del concetto di responsabilità: ciò ha provocato una sostituzione del legislatore alla necessaria attività giurisprudenziale, producendo contraddizioni con i principi propri dell'impresa.

L'attenzione del professore Maimeri si è spostata poi sul libro dell'avvocato Liace, che individua quale fonte della responsabilità bancaria non solo il contratto, ma anche fonti extracontrattuali come “la centrale rischi”, l'assegno bancario e via continuando.

La distinzione ha consentito di individuare tre tipi di rischi: il primo, quello di insolvenza; il secondo, quello di controparte, che si collega ai problemi degli strumenti finanziari; il terzo, quello operativo, inteso come rischio che corre la banca quando non rispetta le regole che la governano.

A tal proposito, il professore Maimeri ha evidenziato come oggi le banche stiano adottando stru-

menti quali quelli di vigilanza e disciplina, per contrastare questi tipi di rischi.

Infine, nel suo intervento conclusivo, ha sottolineato come ci sia una volontà diffusa di vedere la

toria delle rimesse di conto corrente per chiusura abusiva di credito.

L'ultimo relatore, il professore Bocchini, ordinario di Diritto Commerciale all'Università di Napoli “Federico II”, ha evidenziato come l'idea di base del libro sia quella di presentare la responsabilità della banca.

Il modo con cui ciò viene fatto è quello di chiedersi se la responsabilità che discende da un sinistro sia simile a quella che incontra la banca quando presta o riceve denaro.

Le risposte non possono essere le stesse, perché, nel secondo caso, fondamentale è la fiducia del “risparmiatore”, che però in caso di responsabilità viene ad essere tradita.

Si intuisce quindi che la banca non è e non può essere considerata un'impresa come le altre.

Nel senso che la traslazione del rischio non può essere fatta con “il risparmio dei cittadini”.

Lo Stato, perciò, ha il dovere di individuare nuove forme di responsabilità per salvare il mercato, nel senso di stabilire un'equazione tra potere e informazione; infatti, mentre in passato si pensava che il risvolto del potere fosse la responsabilità e quindi si legittimavano forme di potere attraverso la previsione di forme di responsabilità, oggi ciò non è più possibile perché significa sacrificare vittime a questo sistema: cioè i risparmiatori! E le ultime vicende ce ne danno conferma.

### L'intervento conclusivo.

La serata è stata conclusa dallo stesso avvocato Liace che, dopo aver sottolineato alcuni aspetti del libro, come: la concessione abusiva del credito, la trasparenza bancaria; ha precisato che l'intero sistema del diritto bancario deve essere messo in discussione, ed ha auspicato la creazione di uno Statuto della banca.

Inoltre, l'autore ha evidenziato l'opportunità di creare una sistema normativo *ad hoc* in tema di responsabilità civile della banca.

Infatti, la creazione di una normativa *ad hoc* creerebbe certezze che non deriverebbero dal T.U. bancario, ma da norme!

Non resta che complimentarsi con il collega Liace per l'intuito avuto nel redigere abilmente una sorta di “prontuario” della responsabilità della banca, di aiuto a quanti non conoscono bene la complessa materia bancaria e auspicarsi che altri giovani avvocati del Foro di Nocera Inferiore possano essere gli autori di altrettanti scritti brillanti, e fare onore alle nostre città.



Banca di nuovo come organismo pubblico, e non come impresa.

Ciò a causa di situazioni “particolari” in cui le banche vengono coinvolte, quali quelle di revoca-

## La Rubrica della Memoria

a cura di Matteo Baselice

### L'Avvocatura nei ricordi di Domenico D'Ambrosi.

**Continuiamo il viaggio nella storia forense dell'Agro Sarnese-Nocerino raccogliendo le memorie e le impressioni, nonché le aspettative e gli auguri, di un altro maestro di arte forense e di umanità, l'avvocato Domenico D'Ambrosi.**

**In tanti anni di attività professionale, cosa resta?**

Ripercorrendo i 40 anni della mia carriera professionale, che ho festeggiato di recente, si affollano nella memoria i volti dei molti imputati che ho difeso, ma più ancora il ricordo delle loro storie.



#### In particolare?

Il figlio giovanissimo che uccise il padre padrone, che maltrattava la madre e poi si impiccò durante una licenza premio. Nello stesso casolare dove aveva ucciso il padre.

La ragazza accusata di aver ucciso in modo feroce la moglie del suo amante, avvelenandola e strangolandola con una corda legata al letto con la complicità di lui. Una tragedia assurda in un mondo dove separazioni e divorzi sono all'ordine del giorno. Una tragedia di giovanissimi, tutti, vittime e carnefici, poco più che adolescenti.



E ancora, la donna accusata dell'omicidio del convivente, processata per ben sei volte, condannata ed assolta, e poi ancora condannata e di nuovo assolta in una incredibile, indeterminabile e tormentosa sequela di processi ed annullamenti della Corte di Cassazione.

E quel padre arrestato per aver ucciso il figlio di pochi anni travolgendolo con il trattore, il cui smarrimento rimarrà per sempre incancellabile nel mio ricordo ed in particolare quando proferì all'annuncio della sua liberazione: ... avrei preferito una condanna a morte.

**Varie sono le motivazioni che ci portano ad avvicinarci alla professione forense, ma tra dubbi e certezze, come si fa a difendere chi, l'opinione pubblica, addita come reo?**

Come si fa a difendere chi è chiamato a rispondere di crimini efferati?

È il dibattuto problema della questione morale che da sempre assilla l'avvocato penalista, garante di un diritto di difesa, ispirato ad una concezione laica del processo che si incentra sul principio di presunzione di non colpevolezza, e per questo chiamato ad affiancare l'innocente come il colpevole. Ho sempre risposto a quanti mi rivolgevano



la domanda con le parole di uno dei migliori di noi, l'avvocato Adolfo Gatti, «Nell'imputato io non difendo il reato, ma i diritti che a lui competono come a tutti i cittadini, per esempio quello di non venire lapidato dall'opinione pubblica prima ancora che si accerti la sua responsabilità».

**È solo una questione di tutela dei diritti del singolo individuo?**

Certo, nessuno può nascondere che quello al quale l'avvocato è chiamato sia un equilibrio assai difficile da mantenere di fronte all'alternativa tra la cura degli interessi del proprio assistito e quella dell'interesse superiore della Giustizia.

Diceva in una intervista De Marsico, che la rotta di un avvocato è la più difficile delle navigazioni. Ed oggi più che in passato, anche perché sono mutati i tempi. La cronaca quotidiana registra la sempre più preoccupante virulenza della criminalità, di una criminalità insidiosa che veste indiffe-

rentemente, alternativamente e senza imbarazzo alcuno, sia la tuta che il doppiopetto.

**Nasce spontaneo chiedersi cosa sia cambiato in 40 anni di attività professionale e come?**

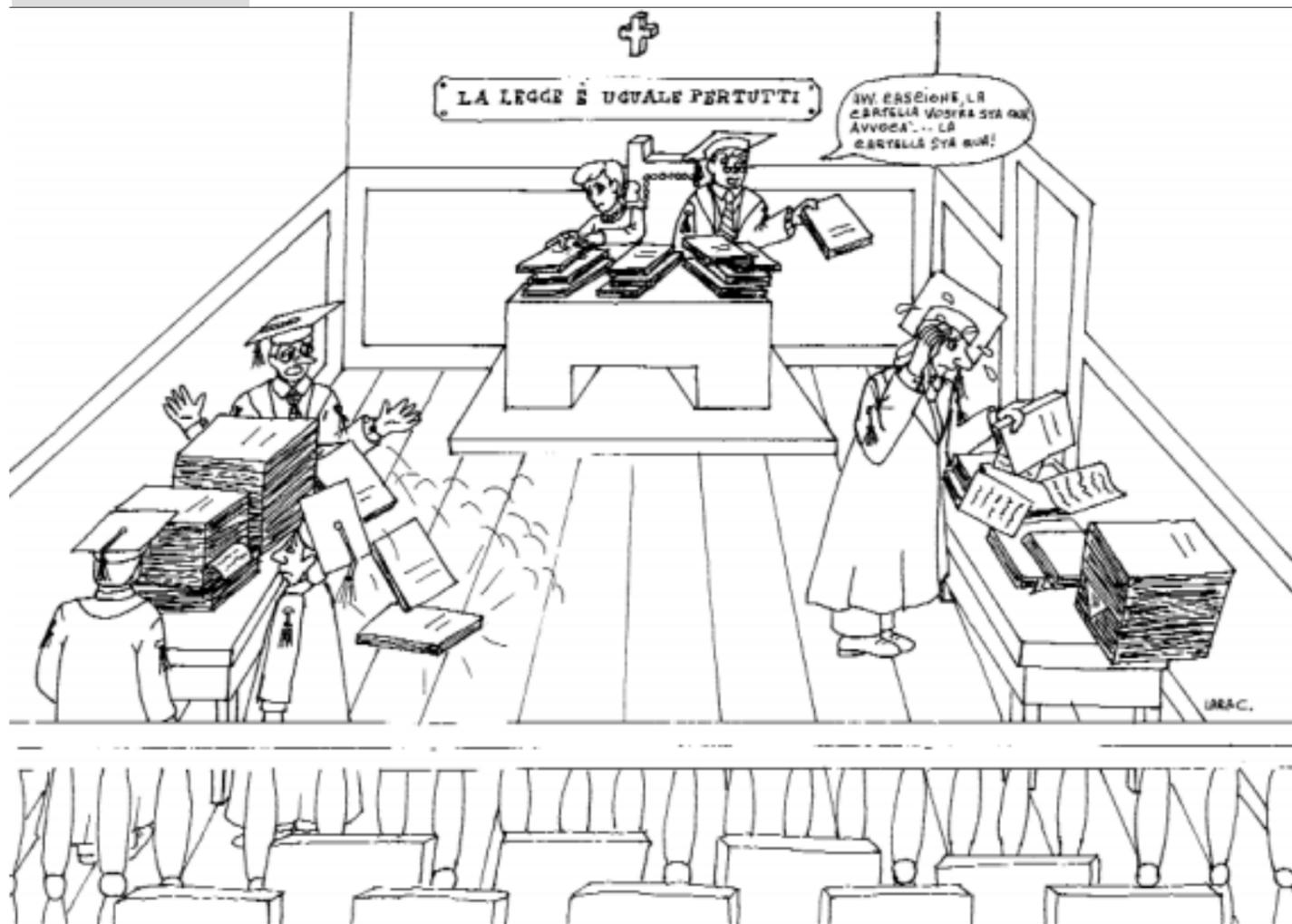
È sicuramente mutata anche la figura del difensore, chiamato oggi ad una difesa tecnica nell'ottica di un rafforzamento della concezione competitiva del gioco dialettico tra accusa e difesa che assume uno spessore fino ad ora inedito nel delicato momento dell'inchiesta difensiva.

Ed allora, oggi più che in passato, l'avvocato, nel riaffermare il suo ruolo di garante di una tutela dei singoli e dei loro diritti che esca dagli argini particolaristici e non si traduca in una garanzia di impunità, deve rivendicare la dignità della propria autonomia in uno spirito di totale indipendenza e libertà da ogni condizionamento, da qualunque parte esso provenga, al di fuori di ogni compromesso e di ogni subordinazione.

Gli avvocati  
D'Ambrosi e Carnelutti,  
processo Lunati Mancusi,  
Corte D'Assise, Salerno.  
Pagina precedente.  
L'avvocato D'Ambrosi;  
una fase del processo  
Romeo Papace.

## Foro che vai... Usanze che trovi

a cura di Matteo Baselice  
disegno di Lara Ciancio



Dove eravamo rimasti in precedenza? Sì! Stavamo per entrare in una delle aule di udienza. Ma, dove ci troviamo? Certo è importante precisarlo, in quanto le sedi giudiziarie nocerine sono due e di tanto in tanto può capitare, come capita, di non trovare le parti, i testimoni, i consulenti tecnici e, persino, colleghi di altri Fori.

Perché?

Ebbene, perché, le sedi di via Correale e via Falcone, oltre ad essere distanti qualche chilometro possono essere distanti, in termini di tempo, anche ore.

Ma lasciamo perdere di elencare le imprecazioni che proferiamo quotidianamente, nonché a chi le indirizziamo, per spostarci da una sede all'altra e veniamo a raccogliere qualche episodio narrato nei vari intervalli tra le varie udienze.

È il caso di ricordare che elemento distintivo dei due plessi giudiziari è la frase: A quale Tribunale vi riferite? Al manicomio! Ciò per distinguerlo dal plesso dell'ex Pretura.

Nulla di disdicevole o di allusivo. È questo l'unico modo per far capire alle persone, non addette ai lavori, dove devono recarsi o dove ci

si trova.

Va precisato che nel periodo appena antecedente la istituzione del Tribunale di Nocera Inferiore, appena i colleghi salernitani seppero dove avremmo operato non nascondevano qualche sorrisino e, forse, anche qualche valutazione.

Ma ritorniamo a via Correale, o meglio all'ex Pretura.

Stavamo per entrare in un'aula di udienza, ma non scorgete i vostri assistiti ed i testimoni. Il buon senso vi consiglia di tornare sui vostri passi e di avvalersi dei vantaggi della tecnologia moderna: "il telefonino".

Vi portate verso l'uscita, atteso che all'interno non vi è quasi mai campo e contattate i vostri assistiti ed i testimoni e gli spiegate che l'aula di udienza si trova al secondo piano e li invitate ad affrettarsi.

Circa la capacità di essere raggiungibili telefonicamente all'interno delle aule giudiziarie vi è una eccezione. Infatti, quando volete che quel maledetto telefonino che voi non avete spento pensando di non essere raggiungibili per "mancanza di campo", si metta a suonare?

Esattamente quando vi trovate innanzi ad un magistrato per discutere la vostra causa, e lì, tra stupore, imbarazzo e rimproveri da parte dei giudicanti, fate i distratti, fingete di non essere voi e frettolosamente vi apprestate a schiacciare il pulsante per spegnerlo.

I minuti passano frenetici ma le persone che avete precedentemente contattato non arrivano.

Vi apprestate a ritelefonare, redarguendoli.

Vi rispondono che sono all'entrata e li voi li consigliate di usare l'ascensore precisandogli di attenderli all'uscita della stessa al secondo piano, dove si accompagneranno a voi.

Chiudete la conversazione e vi recate nei pressi dell'ascensore, dalla quale dopo alcuni minuti escono tante persone, ma non quelle che state attendendo.

Non vi perdetevi d'animo e ritelefonate.

Domanda d'obbligo: Ma dove vi trovate, state forse salendo a piedi?

«Avvocà', no stiamo davanti all'ascensore».

Risposta: «Miei cari in Tribunale abbiamo un solo ascensore, ma non vi vedo, ma a quale

piano vi trovate».

«Avvocà', qui ci hanno detto che le cause civili le fanno al primo piano e siamo scesi».

Risposta: «Le cause civili si fanno anche al secondo piano, al primo vi sono quelle delle sezioni stralcio e quelle della sezione lavoro, fermatevi lì ed attendetemi, davanti all'ascensore, vi raggiungo».

Ma dove siete non vi vedo, eppure mi trovo davanti all'ascensore?».

«Avvocà' ma voi state davanti all'ascensore di destra o quello di sinistra?».

Raccogliete le idee e capite subito che i vostri interlocutori non si trovano nel plesso dell'ex Pretura, bensì al "manicomio", sempre senza alcuna allusione, eppure li avevate edotti sul luogo e come raggiungerlo.

Cosa vi occorre fare? Istruzioni per l'uso:

Non perdere la pazienza ed indicargli la strada con calma, onde evitare che presi dal panico non vi raggiungano mai più.

Chiudere la conversazione e portarsi con celerità nell'aula di udienza ed invitare sia il magistrato che il collega di controparte a voler attendere, ancora un po', raccontando loro quanto accaduto.

In tale attesa, che vi augurate sia breve, risquillate il telefonino.

Sono sempre loro. Cosa succede adesso?

«Avvocà' stiamo in mezzo al traffico, qua ci vuole almeno un'ora per raggiungerci, che succede se non arriviamo per tempo con i testimoni?».

«Nulla! Rispondete voi sarcastico. Perderete la causa!».

«Avvocà' tenete sempre voglia di scherzare, come perdiamo la causa, mica è colpa nostra se ci troviamo nel traffico».

«Avvocà' a voi non manca, voi sapete come fare. O ci fate aspettare oppure fatela rinviare, comunque noi stiamo per arrivare, aspettateci». I minuti passano frenetici, lo stomaco incomincia a dolervi ed eccoli apparire all'orizzonte, sorridenti come delle pasque.

Sembra che nulla di grave sia accaduto e, pertanto, vi rivolgono la domanda di rito:

«Avvocà' prendiamoci un caffè e poi si vede?».

Ogni commento è superfluo.

Alla prossima.

## Notizie dal Consiglio dell'Ordine

### Elezioni per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.

Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Nocera Inferiore si rinnova con una conferma. Il risultato elettorale delle ultime elezioni ha visto nuovamente al primo posto nell'elenco degli eletti l'avvocato Aniello Cosimato. L'assemblea degli iscritti per il rinnovo del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore, biennio 2004-2005,

si è svolta, in seconda convocazione, nell'Aula "Emilio Alessandrini" del Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore, nei giorni 21 e 22 gennaio 2004, ed ha visto una notevole partecipazione. Hanno infatti votato 798 avvocati sugli 888 aventi diritto cioè l'89,90%.

Riportiamo di seguito le statistiche per fasce di età relative ai votanti.

Fino a 35 anni gli avvocati aventi diritto erano, al momento delle elezioni, in totale 626 ed hanno votato 288 maschi su 311 e 278 donne su 315.

Da 36 a 45 anni gli aventi diritto erano 149 ed hanno votato 105 maschi su 115 e 29 donne su 34.

Da 46 a 55 anni gli aventi diritto erano 61 ed hanno votato 49 maschi su 58 e 3 donne su 3.

Da 56 a 65 anni gli aventi diritto erano 38 ed hanno votato 35 maschi, mentre nessuna donna rientra in tale fascia d'età.

Da 66 a 75 anni gli aventi diritto al voto erano 13 ed hanno votato 10 maschi e, come per la precedente fascia d'età, non vi sono donne iscritte che rientrino in questa fascia d'età.

Le operazioni di voto si sono concluse alle ore 19,00 del 22 gennaio 2004. Lo scrutinio ha avuto inizio alle ore 9,00 del giorno successivo e si è concluso nella tarda nottata.

Vi è stata una intensa partecipazione degli iscritti alle operazioni, egregiamente coordinate dal Presidente del seggio elettorale, l'avvocato Mario Cretella, e dal vice presidente, l'avvocato Donata Balestrino. Il seggio elettorale, grazie al quale lo scrutinio si è svolto con la massima celerità e tra-

sparenza, era composto dai giovani avvocati Salvatore Fezza, Margherita Nasta, Luigi Staiano, Elena Apostolico, Antonello Mancuso, Francesco Ciociano, Maria Diodati, Cristiano Moretti. Sono risultati eletti in prima battuta gli avvocati:

Aniello Cosimato con 660 voti, circa il 90% dei voti validamente espressi, Anna De Nicola con voti 622, Luigi Ciancio con voti 503, Gerardo Ranucci con voti 491, Vincenzo Barbato con voti 441, Luigi Gabola con voti 440, Alba De Felice con voti 437, Renato Diodato con voti 417, Francesco Bonaduce con voti 413, Antonio Maranca con voti 393 e Mario Costabile con voti 376.

Undici i Consiglieri eletti in prima battuta sui quindici componenti previsti per il Consiglio dell'Ordine nocerino.

Per scegliere gli altri quattro rappresentanti della classe forense di Nocera Inferiore, si è tenuta il 30 gennaio 2004 la prevista votazione di ballottaggio, che ha visto un minore afflusso degli iscritti. Hanno infatti votato 610 avvocati su 888 aventi diritto, ovvero il 68,70%. Riportiamo di seguito le statistiche per fasce di età relative ai votanti.

Fino a 35 anni gli aventi diritto erano 626 ed hanno votato 232 maschi su 311 e 209 su 315 donne.

Da 36 a 45 anni gli aventi diritto erano 149 ed hanno votato 73 maschi su 115 e 19 donne su 34.

Da 46 a 55 anni gli aventi diritto erano 61 ed hanno votato 39 maschi su 58 e 2 donne su 3.

Da 56 a 65 anni gli aventi diritto erano 38 ed hanno votato 26 maschi.

Da 66 a 75 anni gli aventi diritto al voto erano in numero di 13 ed hanno votato 9 maschi.

Le operazioni di voto si sono concluse alle ore 18,00 dello stesso giorno, consentendo lo scrutinio immediatamente dopo che ha portato alle elezioni gli avvocati Rino Carpinelli con voti 341, Andrea Oliva con voti 280, Gaetano Morena con voti 268 e Antonio Ferrentino con voti 251.

Il Collegio così composto per il biennio 2004-2005 ha visto, quindi, un parziale rinnovamento dei suoi componenti con i neo consiglieri Antonio Ferrentino e Gaetano Morena.

Il Consiglio, nella sua prima adunanza del 10 febbraio scorso, ha eletto Presidente Aniello Cosimato, Consigliere Segretario Anna De Nicola e Consigliere Tesoriere Luigi Ciancio.

A tutti i componenti del Consiglio l'augurio di un proficuo lavoro nell'interesse della Classe Forense.



### L'insediamento del Consiglio e la premiazione delle Toghe d'Onore. L'avvio del nuovo biennio.

L'insediamento si è tenuto il 6 marzo 2004 presso l'aula "Emilio Alessandrini" del Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore.

Alla cerimonia, che ha sancito l'avvio ufficiale del nuovo biennio di amministrazione del rinnovato Consiglio dell'Ordine forense nocerino, era presente una notevole rappresentanza degli iscritti e delle autorità.

Il presidente Aniello Cosimato ha salutato i presenti, dopo che il Consigliere Segretario neo eletto, Anna De Nicola, ha dato lettura della delibera consiliare di insediamento del 10 febbraio 2004. Dopo il saluto a tutti gli avvocati che sono intervenuti alla manifestazione, il presidente Cosimato ha aperto ufficialmente la cerimonia. «Il nuovo Consiglio imposterà la propria azione, come per il passato - ha esordito il presidente Aniello Cosimato - a difesa della dignità dell'Avvocatura dedita per cultura, costume ed appartenenza ai valori dell'autonomia, dell'indipendenza e della libertà. L'azione consiliare sarà improntata, inoltre, alla massima trasparenza e allo spirito di continuo servizio in favore degli

iscritti a tutela dei loro interessi, senza mai perdersi in vuoti formalismi. Porteremo ancora in Commissione di Manutenzione il nostro contributo affinché la Cittadella Giudiziaria possa diventare realtà, senza dimenticare quello che fino ad oggi è stato fatto su un percorso iniziato dieci anni or sono».

È intervenuto anche il Procuratore Capo della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Nocera Inferiore, Domenico Romano. «Mi congratulo con tutti i neo eletti consiglieri - è intervenuto il Procuratore Romano - e mi auguro di poter continuare sulla via intrapresa della collaborazione, come già è stato negli anni passati, con la presidenza dell'avvocato Aniello Cosimato. Un percorso di collaborazione che mette in luce gli ottimi rapporti che vi sono sempre stati con l'avvocatura del Foro nocerino.

Doveroso anche il saluto e l'augurio di tutto cuore ai due giovani premiati per il loro impegno e che adesso si affacciano alla carriera di avvocati. Giovani che hanno un futuro professionale davanti, già coronato da un primo successo».

I due avvocati che hanno ricevuto quest'anno la Toga d'Onore intitolata all'avvocato Paolo Caruso, collega il cui ricordo è sempre vivo nella classe forense nocerina, sono gli avvocati Giuseppe Cuomo e Raffaele Giacomaniello. Sono questi ultimi, infatti, ad avere ottenuto il migliore risultato tra gli iscritti del Foro di

I membri del Consiglio  
dell'Ordine degli  
Avvocati in occasione  
dell'insediamento.  
Pagina precedente.  
Partecipanti  
all'assemblea.  
Il seggio elettorale.



Nocera Inferiore alle sessioni d'esame di avvocato, rispettivamente per il 2001 ed il 2002, e quindi a ricevere dalle mani della signora Brunella Sarno, vedova di Paolo Caruso, l'ambita onorificenza. «Sono particolarmente orgoglioso per il premio ricevuto e ringrazio in particolare modo colui il quale per me è stato una guida nella mia crescita professionale oltre che umana, l'avvocato Andrea Annunziata - ha dichiarato, subito dopo aver ricevuto il premio, Raffaele Giacomaniello. Ringrazio il Presidente ed il Consiglio tutto per la Toga che mi impegno ad onorare, rispettando i valori di probità, dignità ed onestà che sono i cardini della

nostra vita professionale», ha concluso Raffaele Giacomaniello.

«Non potrei non ricordare in questo momento il mio Maestro, l'avvocato Filippo Fiore, che ha seguito il mio percorso formativo e non ringraziare il Consiglio che ha inteso premiarmi - ha dichiarato al termine della cerimonia Giuseppe Cuomo».

La manifestazione si è conclusa con gli applausi dei numerosi partecipanti. È stato quindi aperto dai festeggiati Raffaele Giacomaniello e Giuseppe Cuomo il buffet offerto dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore.

#### STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

|               | Ordinari   | Speciali  | Professori | Stranieri | Totale     |
|---------------|------------|-----------|------------|-----------|------------|
| CASSAZIONISTI | 97         | 4         | 0          | 0         | 101        |
| AVVOCATI      | 779        | 9         | 5          | 0         | 793        |
| <b>TOTALE</b> | <b>876</b> | <b>13</b> | <b>5</b>   | <b>0</b>  | <b>894</b> |

|                 |            |                          |             |
|-----------------|------------|--------------------------|-------------|
| PRAT. SEMPLICI  | 218        | CASSAZ. E AVVOCATI       | 894         |
| PRAT. ABILITATI | 275        | PRAT. SEMPL. E ABILITATI | 493         |
| <b>TOTALE</b>   | <b>493</b> | <b>TOTALE ISCRITTI</b>   | <b>1387</b> |

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

|               | Ordinari<br>M • F | Speciali<br>M • F | Professori<br>M • F | Stranieri<br>M • F | Totale<br>M • F  |
|---------------|-------------------|-------------------|---------------------|--------------------|------------------|
| CASSAZIONISTI | 90 • 7            | 3 • 1             | 0 • 0               | 0 • 0              | 93 • 8           |
| AVVOCATI      | 436 • 343         | 4 • 5             | 4 • 1               | 0 • 0              | 444 • 349        |
| <b>TOTALE</b> | <b>526 • 350</b>  | <b>7 • 6</b>      | <b>4 • 1</b>        | <b>0 • 0</b>       | <b>537 • 357</b> |

|                 |                  |                          |                  |
|-----------------|------------------|--------------------------|------------------|
| PRAT. SEMPLICI  | 103 • 115        | CASSAZ. E AVVOCATI       | 537 • 357        |
| PRAT. ABILITATI | 101 • 174        | PRAT. SEMPL. E ABILITATI | 204 • 289        |
| <b>TOTALE</b>   | <b>204 • 289</b> | <b>TOTALE ISCRITTI</b>   | <b>741 • 646</b> |

statistiche aggiornate al 24/03/2004