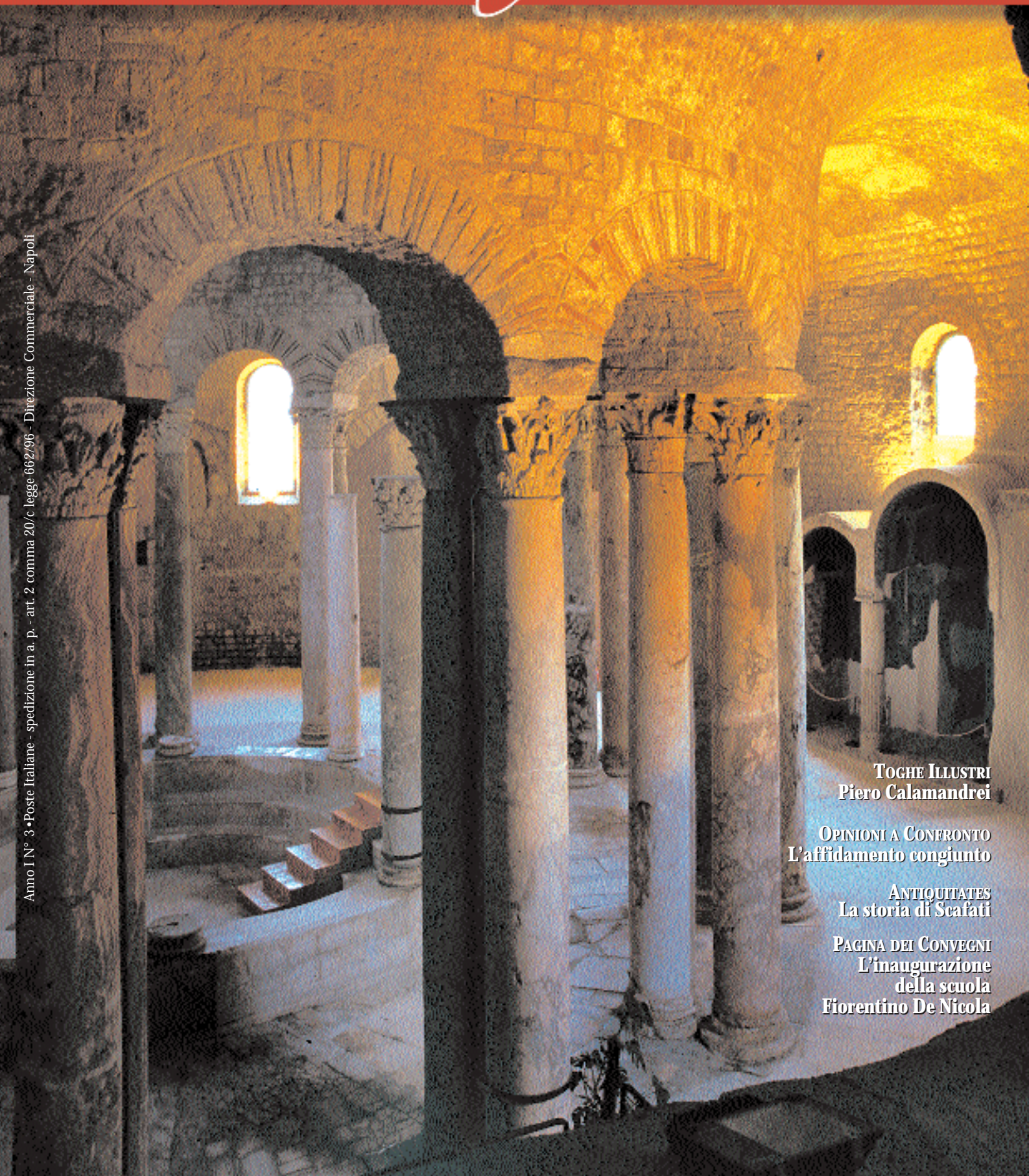


OMNIA *i*USTITIAE

ANNO I - NUMERO 3

Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore

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



TOGHE ILLUSTRI
Piero Calamandrei

OPINIONI A CONFRONTO
L'affidamento congiunto

ANTIQUITATES
La storia di Scafati

PAGINA DEI CONVEGNI
L'inaugurazione
della scuola
Fiorentino De Nicola

**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
Marco Mainardi
Piervincenzo Pacileo
Annalisa Spinelli
Antonio Torre
Giuseppe Tortora

Hanno collaborato a questo numero

Pasquale Andria
Filomena Angiuni
Franca Bottiglieri
Felicia Bruno
Remo Danovi
Alba De Felice
Teobaldo Fortunato
Clara Maria Oliva
Annunziata Senatore

Proposte e suggerimenti ai contatti
Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore
Tel./Fax 081.929600 - 081.927432
e.mail:

d.edi.omniaiustitiae@tiscali.it
per contatti con il direttore editoriale
d.res.omniaiustitiae@tiscali.it
per contatti con il direttore responsabile
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

© 2004 Foto
Altrastampa Edizioni

© 2004 Testi
Ordine degli Avvocati
di Nocera Inferiore

OMNIA *i*USTITIAE
ANNO I - NUMERO 3

s o m m a r i o

| | | | |
|---|----|---|----|
| <i>Luigi Ciancio</i> Editoriale | 4 | OPINIONI A CONFRONTO <i>la redazione</i> L'affidamento congiunto, luci ed ombre di una difficile scelta | |
| DOTTRINA E GIURISPRUDENZA <i>Clara Maria Oliva</i> I patrimoni destinati ad uno specifico affare | 6 | <i>Pasquale Andria</i> | 31 |
| <i>Annunziata Senatore e Felicia Bruno</i> Pacco, doppiopacco e contropaccotto: una panoramica delle più disparate tecniche per indurre in errore il prossimo e convincerlo di fatti inverosimili | 8 | <i>Filomena Angiuni</i> | 32 |
| <i>Maria Coppola</i> Il rinnovato ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui "pubblici servizi" alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204 | 13 | <i>Franca Bottiglieri</i> | 32 |
| <i>Marco Mainardi</i> Esecuzione interinale della sentenza del TAR sospesa dal Consiglio di Stato | 16 | HISTORIA ET ANTIQUITATES <i>la redazione</i> La storia di Scafati | 34 |
| <i>Alba De Felice</i> A proposito dei nonni... | 20 | <i>Teobaldo Fortunato</i> Villa Prete a Scafati | 36 |
| <i>Chiara Falcone</i> La responsabilità del singolo condomino per le obbligazioni del condominio | 23 | DEONTOLOGIA FORENSE <i>Remo Danovi</i> Il procedimento disciplinare | 38 |
| <i>la redazione</i> L'amministrazione di sostegno, le prime pronunce | 27 | <i>la redazione</i> La Giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense | 43 |
| TOGHE ILLUSTRI <i>la redazione</i> Piero Calamandrei | 29 | LA PAGINA DEI CONVEGNI <i>la redazione</i> Taglia il nastro la Scuola "Fiorentino De Nicola" | 44 |
| | | NOTIZIE DAL CONSIGLIO DELL'ORDINE <i>la redazione</i> Esami di avvocato, con tante novità... | 47 |
| | | <i>la redazione</i> Una dignitosa sala Avvocati | 48 |
| | | <i>la redazione</i> Statistiche iscritti | 48 |

Editoriale di Luigi Ciancio

Avvocati e avvocati.

La ripresa dell'attività giudiziaria coincide con la pubblicazione del terzo numero della nostra rivista.

Anche questo, rispettoso della linea che la redazione ha da tempo indicato.

Una ripresa che registra, per come è possibile leggere, anche delle novità importanti: la inaugurazione della Scuola di formazione professionale e la sistemazione dei locali del Consiglio che hanno consentito la creazione di idonei spazi per i colleghi, a disposizione dei quali vi sono tavoli e, fra non molto, vi saranno apparecchiature idonee.

Ed a proposito di scuola, piace ricordare un vecchio proverbio napoletano: 'A PRATTECA SPRATTECA', A' SCOLA 'NSEGNA (la pratica rende pratici, la scuola insegna), volendo significare che all'insegnamento teorico, deve sempre accompagnarsi quello pratico.

Alla lezione di Remo Danovi, dottissima per contenuti ed esemplare per la esposizione, deve far seguito - come la saggezza popolare napoletana ammaestra - l'applicazione quotidiana dei principi normativi, la frequenza assidua delle aule giudiziarie laddove si riscontrano le reali capacità di apprendimento dell'arte forense, si impara a conoscere i Giudici e gli Avvocati, si apprezzano i primi successi, si piangono le prime delusioni, si decide di continuare o di smettere una professione antica quanto complessa.

Una professione, quella dell'Avvocato, ammantata sempre da un clima di diffidenza che rende estremamente difficili i rapporti con gli altri. Coi clienti ancor di più, quasi che tutti i problemi del sistema giudiziario venissero causati dagli Avvocati.

Un lungo rinvio di una causa: è colpa dell'Avvocato.

Un ritardato recupero crediti: è colpa dell'Avvocato perché è un poco "moscio".

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

A fronte di queste malevoli prevenzioni, si registra il proliferare dei mestieranti, capaci (?) di recuperare velocemente il credito, di garantire un immediato risarcimento danni, di proporre un vantaggiosissimo accordo.

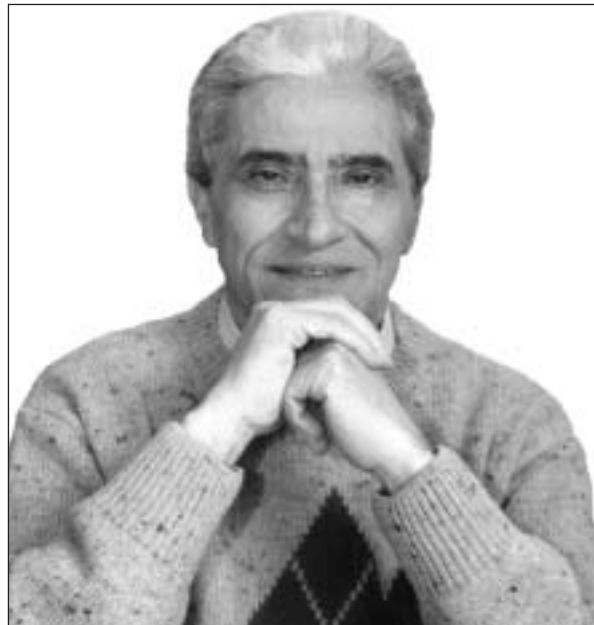
Certuni vanno dall'Avvocato esclusivamente perché questi trovi il sistema più utile per frodare la Giustizia e non invece perché rappresenti giuste ragioni e concreti diritti.

Emerge, in questa diffusa ma falsa rappresentazione dell'Avvocatura, la figura di chi interpreta l'attività professionale con perseverante serietà, bandendo le approssimazioni ed ancor più quelli che per mestiere tendono a deformare la verità delle cose.

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

Le esibizioni demagogiche appartengono a chi ha vista corta e l'animo afflitto da gelosie incontenibili. E per finire, ancora una volta mi soccorre il Calamandrei quando scrive di un collega che, tormentato da grave malattia ed in fin di vita, era in attesa di conoscere l'esito di un giudizio, preoccupato di averne pregiudizio a causa della sua infermità. Gli giunse notizia che il suo ricorso era stato accolto ed allora "forse morì senza avvedersene, sereno per non aver mancato al suo dovere e per non aver compromesso quello che nella sua coscienza unicamente contava: la vittoria del cliente.

Non era né un eroe né un Santo: era semplicemente un Avvocato".



Marcello Venusti,
Il Giudizio Universale
(copia da Michelangelo),
Museo di Capodimonte,
Napoli.



Dottrina e Giurisprudenza

Clara Maria Oliva

I patrimoni destinati ad uno specifico affare.

Introduzione.

L'argomento è senz'altro uno dei più affascinanti della nuova disciplina delle società di capitali¹. Il fenomeno, però, non costituisce una novità assoluta, sia perché all'estero già se ne fa uso, sia perché nel nostro ordinamento esistono varie forme di separazione che, in qualche modo, vengono avvicinate ai patrimoni destinati, quali ad esempio i fondi comuni di investimento, l'eredità giacente, l'associazione in partecipazione, il fondo patrimoniale, la scissione, etc.

Le due tipologie contemplate dall'articolo 2447 bis c.c.

L'articolo 2447 bis c.c. contempla due tipologie di patrimoni di destinazione:

- a) la società può costituire uno o più patrimoni ciascuno dei quali destinato in via esclusiva ad uno specifico affare;
 - b) la società può convenire che nel contratto relativo al finanziamento di uno specifico affare al suo rimborso, totale o parziale, siano destinati i proventi dell'affare stesso o parte di essi.
- a) Nell'ipotesi di cui sub a) la società può costituire patrimoni destinati in via esclusiva ad uno "specifico affare".

Con tale termine, che invero non trova frequente utilizzazione nel Codice Civile, si intende indicare un'attività e non un atto. Deve comunque ritenersi che lo "specifico affare" non possa coincidere con la generale attività d'impresa svolta dalla società².

Esso è invece riferibile anche ad un ramo dell'attività d'impresa svolta dalla società, con gli unici limiti, sul piano qualitativo, della ricomprensione nell'ambito di operatività dell'oggetto sociale e dell'esclusione delle attività riservate in base a leggi speciali.

L'ultimo comma dell'articolo 2447 bis c.c. pone poi un limite quantitativo alla costituzione dei patrimoni destinati, stabilendo che la porzione di beni o rapporti ad essa imputabili non possono superare complessivamente il 10% del patrimonio netto.

Poiché è ammesso costituire più patrimoni destinati deve ritenersi che, con il termine *complessiva-*

mente, si sia voluto riferire il limite del 10% non a ciascun patrimonio, ma alla totalità dei patrimoni costituiti³.

La deliberazione di costituzione del patrimonio destinato va assunta dall'organo amministrativo a maggioranza assoluta dei suoi componenti. Essa è assoggettata a pubblicità presso il Registro delle Imprese; la mancata pubblicità preclude l'effetto della separazione del patrimonio destinato rispetto a quello generale della società.

Si tratta, pertanto, di pubblicità costitutiva, sia nel senso che la delibera è efficace e può avere esecuzione solo dopo l'iscrizione e la mancata opposizione dei creditori sociali preesistenti, sia nel senso che essa risulta determinante al fine del prodursi dell'effetto segregativo.

Il contenuto della deliberazione è fissato dall'articolo 2447 ter, comma primo, c.c. e può essere sintetizzato in tre elementi:

- determinazione dei beni che integrano il patrimonio;
- congruità del patrimonio rispetto all'affare;
- controllo contabile e rendicontazione della gestione dell'affare.

Ma quali possono essere le conseguenze nel caso in cui la deliberazione non contenga tutte le previsioni di cui all'articolo 2447 ter c.c.?

La legge non detta alcuna specifica disciplina. Secondo le regole generali in materia contrattuale la mancata indicazione dell'affare o dei beni non potrebbe che condurre alla nullità della delibera per indeterminazione dell'oggetto, pur in mancanza di una espressa specifica previsione in tal senso.

Invero, trattandosi di delibera dell'organo amministrativo, dovrebbe farsi riferimento all'articolo 2388, che richiama gli articoli 2377, 2378, 2379 c.c.

Ancora maggiori perplessità sorgono in ordine alla circostanza in cui il patrimonio destinato non risulti congruo rispetto all'affare.

Può accadere, infatti, che le valutazioni effettuate dalla società circa la congruità del patrimonio rispetto allo scopo siano errate, ovvero si rivelino successivamente infondate.

Al riguardo deve tuttavia ritenersi che la mancata congruità non incide sulla validità della costituzione e sugli effetti della separazione patrimoniale, ma può solamente dar luogo a responsabilità della società e degli organi deliberanti per aver ingenerato affidamento nei terzi e nei creditori circa l'adeguatezza del patrimonio destinato a

garantire gli impegni che possono sorgere dalla realizzazione dell'affare⁴.

La previsione della contabilizzazione separata degli atti gestori e l'obbligo di rendicontazione periodica dell'affare costituiscono ulteriore elemento che contribuisce all'individuazione del patrimonio destinato in ogni fase di esecuzione dell'affare.

Affidare alla contabilità il valore di elemento determinante l'imputazione dell'acquisto pone, però, l'ulteriore problema di quale soluzione adottare in caso di difformità tra il dato contabile e l'oggettiva destinazione del bene (strumentale alla realizzazione dello specifico affare).

Non vi è dubbio che non pare assolutamente soddisfacente la suddetta soluzione che fa dipendere l'imputazione dei beni, e quindi sostanzialmente la sorte dei creditori, da una attività esclusivamente affidata al debitore e sulla quale i creditori non sono in grado di intervenire.

b) Di natura più strettamente finanziaria è la seconda tipologia di patrimoni destinati prevista dall'articolo 2447 bis c.c. lettera b.

Tale figura, disciplinata dall'articolo 2447 decies c.c., prevede la possibilità per la società di contrarre un finanziamento di scopo, cioè destinato ad uno specifico affare, vincolando i proventi dello stesso al rimborso del finanziamento⁵.

Anche in questo caso si realizza una separazione dal patrimonio generale della società, ma limitatamente ai soli proventi⁶.

La diversa funzionalità determina, ovviamente, una diversa disciplina: non è previsto nessun limite qualitativo per le attività riservate in base a leggi speciali, né alcun limite quantitativo, derivante dal fatto che non avrebbe senso una limitazione fatta in riferimento non ad un patrimonio attuale, ma ad un valore futuro ed eventuale costituito dai proventi dell'affare.

La nascita di tale figura non è affidata ad un atto endosocietario, ma ad un contratto di finanziamento in senso lato (si potrà trattare di un mutuo, di un'apertura di credito in conto corrente, probabilmente anche di un leasing finanziario) stipulato tra il terzo finanziatore e la società.

Patrimoni destinati e insolvenza.

I creditori particolari (cioè quelli che sorgono in virtù delle obbligazioni contratte in relazione allo specifico affare) possono soddisfarsi solo sul patrimonio destinato (articolo 2447 quinquies, terzo comma, c.c.), quindi non possono aggredire

né il patrimonio generale della società, né gli altri patrimoni destinati.

Al tempo stesso i creditori generali (cioè quelli che sorgono in virtù di obbligazioni non contratte in relazione ad uno specifico affare) possono soddisfarsi solo sul patrimonio generale (articolo 2447 quinquies, primo comma, c.c.), quindi non possono aggredire né i patrimoni destinati, né i frutti ed i proventi dallo stesso derivanti, ad eccezione della parte spettante alla società.

Tutto ciò si traduce in una separazione di patrimoni all'interno del medesimo soggetto.

Di questa separazione possono dolersi all'inizio soprattutto i creditori generali (pregressi). Essi subiscono, infatti, una diminuzione della propria garanzia patrimoniale e per tale motivo sono legittimati ad opporsi alla deliberazione di costituzione del patrimonio destinato nel termine di due mesi dalla sua iscrizione nel Registro delle Imprese.

Si è poi osservato che accanto a questa azione, alla quale si può attribuire un carattere di specialità, se ne può affiancare una di ordine generale, quale la revocatoria ordinaria ex articolo 2901 c.c.⁷.

Una volta fissate le premesse, bisogna distinguere i due tipi di insolvenza: quella del patrimonio destinato e quello della società con patrimoni destinati.

Se il patrimonio destinato è insolvente, i creditori particolari possono chiedere la sua liquidazione. Questa viene realizzata ad opera degli amministratori o dei consiglieri di gestione sotto forma di liquidazione ordinaria⁸.

Sembra da condividere l'opinione che la liquidazione non elimini la separazione dei patrimoni⁹, sicché i creditori particolari sono gli unici a venire soddisfatti dalla liquidazione del patrimonio destinato.

È chiaro che, se dalla liquidazione residua un attivo, esso rientra nel patrimonio della società a beneficio dei creditori generali e da quel momento la separazione viene meno.

Ma cosa accade se, viceversa, dalla liquidazione residua un passivo?

Non vi è alcuna indicazione da parte del legislatore sulla sorte dei creditori particolari. Tant'è che si è addirittura ritenuto che la vicenda termini così, con la chiusura della liquidazione e la permanenza di un residuo passivo¹⁰.

A questa conclusione se ne può opporre un'altra e cioè il fallimento del patrimonio destinato.

Ma quali sono i caratteri di questo fallimento?

In sostanza, laddove si coinvolgono gli aspetti soggettivi (imprenditore), la disposizione si applicherà alla società, quando invece si fa riferimento all'imputazione (impresa), la disposizione si applicherà al patrimonio destinato.

Nell'ipotesi in cui ad essere insolvente è una società con patrimoni destinati, per effetto della dichiarazione di fallimento si avrà la liquidazione ordinaria del patrimonio destinato. Se dalla liquidazione del patrimonio destinato residua un attivo questo andrà a finire nel patrimonio generale della società, a favore dei creditori generali. Se residua un passivo, nulla esclude che si potrà avere il fallimento del patrimonio destinato.

In coerenza con quanto osservato in precedenza, ed in particolare con l'opinione che la separazione debba essere in grado di resistere finché vi siano diverse categorie di creditori, è da ritenere che questa situazione dia vita a due distinti fallimenti. Il che di per sé non sembra creare particolari problemi¹¹. Anzi va ricordato che nell'ordinamento esiste già una norma che disciplina due fallimenti diversi. Si tratta dell'articolo 148 L.F. che regola il fallimento della società e quello dei singoli soci. E non è da escludere che la norma, con i necessari adattamenti, si applichi anche al caso in esame.

Le considerazioni che possono svolgersi per il patrimonio finanziario, ex articolo 2447 bis lettera b c.c., appaiono meno problematiche.

L'articolo 2447 decies, comma sesto, c.c., dispone che, se il fallimento della società impedisce la realizzazione o la continuazione dell'operazione, cessano gli effetti della segregazione e il finanziatore ha il diritto di insinuarsi al passivo per il suo credito, al netto delle somme già percepite¹².

Con questa traumatica conclusione è venuta meno la preclusione che obbliga il finanziatore a confidare soltanto sui proventi dell'affare e sui loro frutti.

Considerazioni conclusive.

Gli istituti esaminati sono un esempio significativo di come la dinamica dell'impresa condizioni sempre più la disciplina commerciale, laddove la legge fallimentare ha un'impostazione fortemente legata alla realizzazione statica della responsabilità patrimoniale.

Non si può fare a meno di notare che il decreto delegato è apparso deludente rispetto alle previsioni della legge delega. Giova infatti ricordare che il legislatore delegante aveva prescritto in

modo chiaro (articolo 6, comma quarto, lettera b) la regolamentazione dell'insolvenza dei patrimoni dedicati.

L'impatto della riforma delle società di capitali sulla disciplina delle procedure concorsuali è particolarmente significativo ed è e sarà particolarmente impegnativo per la dottrina e la giurisprudenza.

1 D. Lgs., 17/01/03, n. 6.

2 L'affare può anche non avere la caratteristica della novità ma consistere in un affare già esistente da sviluppare con nuove risorse, ma in ogni caso l'affare non può essere l'unica attività oggetto della società. Cfr. in ordine all'approfondimento dei contorni della nozione di affare anche al fine della valutazione della congrua patrimonializzazione, U. D. Santorusso, *Il nuovo diritto societario*, in *Diritto e Giustizia*, supplemento al fascicolo n. 9/2003, p. 87.

3 Cfr. E. Bertacchini, *I patrimoni destinati e i finanziamenti dedicati in funzione di garanzia*, relazione presentata al Convegno Forum, Milano, 30/05/2003.

4 Nel senso che l'insufficienza del patrimonio al conseguimento dell'affare cui è stato destinato è strettamente connessa con la responsabilità degli amministratori, cfr. E. Bertacchini, relazione presentata al Convegno Forum, Milano, 30/05/2003.

5 Così A. Zoppini, *Il patrimonio separato garantisce singoli affari*, in *Guida al Diritto*, Dossier n. 3 sulla riforma delle società, marzo 2003, p. 44.

6 La separazione è pensata sia al fine di conseguire un risparmio dei costi di gestione, sia per diversificare i canali di finanziamento. Si veda per tale impostazione A. Zoppini, *Il patrimonio separato garantisce singoli affari*, U. D. Santorusso, *Il nuovo diritto societario*.

7 Favorevole all'esperibilità della revocatoria anche M. Lamandini, *I Patrimoni destinati*.

8 Secondo il meccanismo contemplato dall'articolo 2447 novies c.c., quando si realizza o è divenuto impossibile l'affare, ovvero quando si verifica un'altra causa di cessazione della destinazione o in caso di fallimento della società, gli amministratori o il consiglio di gestione sono tenuti a redigere un rendiconto finale da depositarsi nel Registro delle Imprese. I creditori particolari possono chiedere la liquidazione mediante raccomandata da inviarsi alla società entro tre mesi dal deposito, nel caso non siano state integralmente soddisfatte le obbligazioni contratte per lo svolgimento dello specifico affare.

9 C. Conforti in *La riforma delle società*, 2, *Società per azioni, Società di capitali*, II, a cura di M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2003.

10 F. D'Alessandro, *Le linee generali della riforma*, relazione al convegno su *Diritto Societario: dai progetti alla riforma*, Courmayeur, 27-28 settembre 2003.

11 Così ancora F. D'Alessandro. V. anche R. Provinciali, *L'impresa come complesso*.

12 *Patrimoni destinati: l'impatto sulle procedure concorsuali*, di V. De Sensi, avvocato, ricercatore presso il Centro di Ricerca per il Diritto dell'Impresa; Ceradi-Luiss Guido Carli; in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 4 del 5/03/04.

Annunziata Senatore e Felicia Bruno

Pacco, doppiopacco e contropaccotto: una panoramica delle più disparate tecniche per indurre in errore il prossimo e convincerlo di fatti inverosimili.

Il nostro sistema penale prevede diverse ipotesi di illecito dirette a tutelare il patrimonio dal ricorso

alla frode.

Da ultimo, la legge 29 settembre 2000 n. 300 ha introdotto una nuova figura di reato all'articolo 316 ter del Codice Penale, rubricato "Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato", il quale disciplina le sanzioni per le indebite percezioni di erogazioni a danno dello Stato, di altri enti pubblici o delle Comunità Europee.

I motivi posti alla base della creazione di questa nuova figura di illecito penale vanno individuati nel recepimento della Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità Europee (Bruxelles, 26.07.1995), "diretta a garantire una più efficace e uniforme lotta contro le frodi, mediante l'applicazione di dissuasive sanzioni penali e la precisa definizione del concetto di frode penale".

Tale nuova disposizione pone seri problemi di coordinamento con la preesistente disciplina della materia.

Le ipotesi tradizionali.

I primi commentatori hanno opportunamente osservato che "il nostro ordinamento penale non avvertiva il bisogno di tale fattispecie di reato", la quale finisce per costituire una "obiettiva duplicazione dell'articolo 640 bis c.p.", rubricato "Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche", il quale richiama, a sua volta, l'articolo 640 c.p. che disciplina la "Truffa".

Entrambi sono inseriti nel capo II del libro II del Codice Penale ("Dei delitti contro il patrimonio mediante frode").

Per una disamina della questione, non possiamo non analizzare *in primis* la fattispecie penale di cui all'articolo 640 c.p., proseguire poi con l'analisi dell'articolo 640 bis c.p. ed i rapporti intercorrenti tra le due norme; infine, porre a confronto le predette figure di reato, per cercare di comprendere quale "residuità" applicativa sia stata riservata dal legislatore all'articolo 316 ter c.p.

L'articolo 640 c.p. si occupa del reato di "Truffa" che è commesso da "chiunque, con artifici o raggiri, inducendo taluno in errore, procura a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno".

Viene in rilievo, in tal modo, la condotta di chi, attraverso una astuta messa in scena, manipola la realtà esterna in maniera tale da indurre in errore la vittima, conseguendo un vantaggio patrimoniale ai danni dell'ingannato.

La norma in esame, quindi, detta gli elementi costitutivi del reato di "Truffa", necessari per la

configurabilità anche del reato di cui all'articolo 640 bis c.p.

Quest'ultimo disciplina la "Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche" e prevede un aumento della pena - rispetto all'articolo 640 c.p. - per il caso in cui la condotta truffaldina riguardi "contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate, concessi o erogati da parte dello Stato, o d'altri enti pubblici o delle Comunità Europee".

Fino all'introduzione dell'articolo 640 bis c.p., ad opera della legge n. 55/90, le condotte truffaldine, tese all'indebita aggiudicazione di contributi, finanziamenti od altre erogazioni concessi o erogati dallo Stato o da altri enti pubblici, ricadevano nel programma sanzionatorio di rango penale previsto dall'articolo 640, comma secondo c.p.

Lo scopo prefissosi dal legislatore del '90, con l'introduzione nel Codice Penale dell'articolo 640 bis, fu, da un lato, quello di inasprire la pena - elevandola nel massimo fino a sei anni di reclusione - e, dall'altro, quello di estenderla anche alle ipotesi in cui parte lesa fossero le Comunità Europee, atteso che tali organismi sovranazionali difficilmente rientravano nel concetto di "altro ente pubblico" cui fa riferimento l'articolo 640, comma secondo n. 1, c.p.

Gli interventi già predisposti per le frodi comunitarie ed il coordinamento con le norme del Codice Penale.

È opportuno, tuttavia, segnalare che già con l'articolo 2 della legge 23 dicembre 1986, n. 898, il legislatore aveva avvertito la necessità di inserire nell'ordinamento penale il reato di truffa in danno del Fondo Europeo Agricolo d'Orientamento e Garanzia (F.E.O.G.A.), prevedendo che chiunque, mediante l'esposizione di dati o notizie falsi, avesse conseguito indebitamente aiuti, premi, indennità, restituzioni, contributi od altre erogazioni a carico anche parziale del F.E.O.G.A., sarebbe stato punito con la reclusione da tre mesi a tre anni, a meno che la somma percepita illecitamente fosse stata inferiore ad un decimo del beneficio legittimamente spettante e comunque non superiore a lire 20 milioni. In tali ipotesi, infatti, era prevista l'irrogazione di una semplice sanzione amministrativa.

Tale norma si poneva, indiscutibilmente, in rapporto di specialità con l'ipotesi di truffa aggravata, come autorevolmente ritenuto dalla Suprema

Corte, la quale ha sottolineato che “il reato d’indebito conseguimento di contributi o analoghe erogazioni da parte del Fondo Europeo Agricolo d’Orientamento e Garanzia mediante esposizione di dati e notizie false è figura speciale nei confronti della truffa, di cui ripete tutte le modalità esecutive della condotta e degli eventi naturalistici, specificando da un lato gli artifici e raggiri e dall’altro la qualifica comunitaria dell’ente destinatario”.

Anche successivamente all’entrata in vigore, nel 1990, dell’articolo 640 *bis* c.p., la norma del 1986, sebbene anteriore, conservava la sua sfera d’applicazione, prevedendo e punendo meno severamente una condotta truffaldina particolare a danno di un altrettanto particolare organismo comunitario, il F.E.O.G.A.

Così, si era ritenuto che anche tra l’articolo 640 *bis* c.p. e l’articolo 2 legge 898/86 sussistesse un rapporto di specialità, con la conseguenza che il regime più blando sarebbe stato applicabile alle sole frodi agricole, mentre la frode ai danni d’altre risorse comunitarie sarebbe stata punita più gravemente.

Tale assunto, tuttavia, non si fondava su presupposti idonei a giustificare una così evidente disparità di trattamento sotto il profilo sanzionatorio.

Ovviando a tale incongruenza, la corte regolatrice ha precisato che “per i fatti anteriori alla modifica introdotta con l’articolo 73 legge 19.2.92 n. 142, il reato di frode comunitaria (articolo 2 legge 898 del 1986) ha carattere sussidiario (e non speciale) rispetto a quello di truffa aggravata”.

Ne deriva che esso è configurabile solo quando il soggetto si sia limitato all’esposizione di dati e notizie falsi e non anche quando alle false dichiarazioni si accompagnino artifici e/o raggiri di altra natura, che integrano invece il delitto di truffa aggravata.

Nel 1992, pertanto, ovvero due anni dopo l’inserimento nel Codice dell’articolo 640 *bis*, il legislatore ha in ogni caso sentito il bisogno di sostituire il citato articolo 2 legge 898/86 con l’articolo 73 della legge n. 142/92, il quale introduce un’esplicita clausola di riserva rappresentata dall’inciso iniziale “ove il fatto non configuri il più grave reato previsto dall’articolo 640 *bis* c.p.”.

Tale formula, secondo unanime giurisprudenza, anche della Corte Costituzionale, ha reso evidente il carattere di sussidiarietà della norma rispetto all’articolo 640 *bis* c.p.

Articolo 640 *bis* c.p.: figura autonoma di illecito penale? L’intervento delle Sezioni Unite.

Fatta questa doverosa precisazione, passiamo ad analizzare i rapporti intercorrenti tra l’articolo 640 e l’articolo 640 *bis* c.p.

Al riguardo, si contrappongono due orientamenti giurisprudenziali: il primo ritiene che la norma del 1990 abbia introdotto una fattispecie autonoma di reato (si fa riferimento, in tal caso, alla diversità qualitativa del bene protetto rispetto alla fattispecie descritta dall’articolo 640 c.p. - poiché l’oggetto della tutela è costituito dalle risorse pubbliche destinate ad incentivare l’economia -, la sistemazione della norma in un articolo apposito anziché all’interno dell’articolo 640 cpv., la previsione della sola pena detentiva a differenza della norma base).

Una diversa interpretazione, invece, propende per la natura di circostanza aggravante del reato di truffa previsto dall’articolo 640 c.p.

Con la sentenza n. 19 del 26/06/2002, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute nell’ambito del contrasto interpretativo sorto nella giurisprudenza di merito e di legittimità riguardo la corretta qualificazione giuridica del reato di cui all’articolo 640 *bis* c.p., concludendo che “... la truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche prevista dall’articolo 640 *bis* c.p. costituisce una circostanza aggravante del delitto di truffa di cui all’articolo 640 dello stesso codice e non figura autonoma di reato...”. Pertanto, ed è questa una delle principali conseguenze ottenute a seguito della decisione cui si è giunti in sede nomofilattica, è legittima una declaratoria di prescrizione del reato pronunciata previa concessione di attenuanti equivalenti alla circostanza aggravante.

Articolo 316 *ter* c.p. e difficoltà di individuare una sua concreta applicazione.

In questo contesto normativo di difficile interpretazione e corretta qualificazione giuridica si è inserito l’articolo 316 *ter* c.p.

La norma predetta, con l’inciso iniziale “salvo che il fatto costituisca il reato previsto dall’articolo 640 *bis*”, sembra collocarsi in rapporto di sussidiarietà e non di specialità con l’articolo 640 *bis* c.p., come ha anche osservato la Suprema Corte nella sentenza 24 settembre-23 novembre 2001 n. 41928.

In tal modo, l’articolo 640 *bis* c.p., norma principale, comprende in sé, esaurendo l’intero disvalore del fatto e assorbendo l’interesse tutelato, l’ar-

ticolo 316 *ter*, escludendone l’applicabilità.

Il giudice chiamato a decidere deve, in via preliminare, verificare se ricorrano gli estremi per l’applicazione dell’articolo 640 *bis* c.p. e “solo all’esito negativo di tale verifica potrà e dovrà valutare se possa eventualmente trovare applicazione la norma di cui all’articolo 316 *ter* c.p., nella previsione del primo ovvero, in relazione al *quantum* di indebita percezione, del secondo comma”.

Si ritiene, in definitiva, che l’articolo 316 *ter* c.p. tende a garantire che nessuna condotta, attraverso la quale si ottengono indebite erogazioni dai soggetti pubblici ivi indicati, rimanga penalmente irrilevante, mediante la punizione di comportamenti che, a causa della loro modesta entità fraudolenta quali il semplice mendacio o la semplice omissione di informazioni dovute, non erano rilevanti agli effetti dell’articolo 640 *bis* c.p., calibrando un’apposita sanzione penale più mite rispetto a quella della truffa.

Ma il problema fondamentale, che si pone per l’applicazione di tale norma, è quello di individuare condotte che non siano ricomprese nel concetto di “artifici” o “raggiri”.

È la stessa definizione dell’artificio e del raggiri che rende difficoltosa questa individuazione: il “raggiri” agisce sulla psiche del soggetto e consiste in un discorso o ragionamento volto a creare un falso convincimento nella vittima; l’“artificio” agisce sulla realtà esterna e consiste nel far apparire come vera una situazione che non trova riscontro nei fatti.

Dopo l’inciso iniziale, l’articolo sanziona, al primo comma, la condotta di “chiunque, mediante l’utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l’omissione di informazioni dovute, consegua indebitamente, per sé o altri, contributi, finanziamenti ...” dallo Stato, da altri enti pubblici o dalle Comunità Europee, stabilendo la sanzione della reclusione da sei mesi a tre anni.

Non si comprende quali ipotesi di reato tale fattispecie avrebbe isolato dal vastissimo ventaglio degli artifici e raggiri alle quali il legislatore ha inteso collegare conseguenze meno sfavorevoli di quelle previste per il delitto *ex* articolo 640 *bis* c.p.

La tutela predisposta dall’articolo 640 *bis* c.p.: articolo 316 *ter* c.p. norma inutile?

La condotta descritta nell’articolo 316 *ter* c.p. consiste in comportamenti ritenuti pacificamen-

te idonei a integrare il concetto di artifici e raggiri che caratterizza la truffa.

Di conseguenza, ove si ritenesse loro applicabile la norma di cui all’articolo 640 *bis* c.p., nessuno spazio applicativo residuerebbe per la nuova fattispecie di cui all’articolo 316 *ter* c.p.

Quest’ultimo punisce l’indebita percezione di erogazioni concessi da Stato, altri enti pubblici o Comunità Europee “mediante l’utilizzo o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi o attestanti cose non vere, ovvero mediante l’omissione di informazioni dovute”, suscettibili di essere sussunti nella definizione di “artifici o raggiri” di cui all’articolo 640 c.p. elaborata dalla giurisprudenza, la quale, infatti, ha sostenuto e ribadito più volte che l’utilizzazione o la presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi costituisce artificio o raggiri suscettibile di integrare il reato di cui agli articoli 640 e 640 *bis* c.p.

La nuova norma, collocata, dunque, in un ambiente eccessivamente affollato, rimarrebbe sostanzialmente inapplicata per mancanza di spazio normativo.

Probabilmente un residuale profilo di applicazione potrebbe aversi con riferimento all’ipotesi di omissione di informazioni dovute, ma anche sotto tale profilo la giurisprudenza ha sostenuto, ormai in forma consolidata, che l’artificio o raggiri è integrabile anche da una condotta omissiva che può consistere talvolta anche nel “silenzio maliziosamente serbato” laddove l’agente, violando norme giuridiche, anche extrapenali, ometta di osservare il dovere giuridico (*ex* articolo 40 cpv. c.p.) di informare il soggetto passivo dell’esistenza di determinate circostanze che, se conosciute, avrebbero indotto la controparte a comportarsi diversamente.

Ai fini dell’individuazione di specifiche ipotesi di reato disciplinate dall’articolo 316 *ter* c.p., a nulla servirebbe porre le due norme in un rapporto non di sussidiarietà (nel significato visto), bensì di specialità, individuandosi il 640 *bis* c.p. come norma di carattere generale (avente un’estensione più ampia) ed il 316 *ter* c.p. come norma speciale, affermando che il legislatore, nell’ambito della previsione del 640 *bis*, avrebbe inteso delineare una condotta particolare, che si realizzerebbe soltanto con la presentazione di documenti falsi, o omissione di informazioni dovute (e non anche mediante ulteriori artifici o raggiri, prevedendo per tale situazione una sanzione più lieve e addirittura la non punibilità, qualora il profitto con-

seguito non superi i 4.000 euro).

L'adozione del criterio di specialità conduce a conseguenze opposte rispetto a quello di sussidiarietà, trovando applicazione la norma speciale (articolo 316 *ter* c.p., peraltro più favorevole), in luogo di quella generale (articolo 640 *bis* c.p.).

Si reputa che l'interpretazione logica (che postula il criterio di specialità) debba preferirsi a quella puramente letterale (per la quale andrebbe considerato il criterio di sussidiarietà), atteso che solo per tale via si realizzerebbe un risultato soddisfacente e si attribuirebbe un contenuto ad una norma che, altrimenti, ne sarebbe del tutto priva. Tale interpretazione contrasta con la dizione letterale dell'articolo in questione; non ci si può esimere, tuttavia, dal sottolineare come l'articolo 316 *ter* c.p. non costituisca esempio di buona tecnica legislativa.

La norma dovrebbe circoscrivere, all'interno delle ipotesi riconducibili agli artifici e raggiri ex articolo 640 *bis* c.p., solo alcune condotte, al fine di collegarne delle conseguenze meno sfavorevoli. Ma la condotta penalmente illecita descritta nell'articolo 316 *ter* c.p. è riconducibile all'interno dell'ampia fenomenologia dei comportamenti, attivi od omissivi, "idonei a integrare il concetto di artifici e raggiri che caratterizza la truffa".

Ecco la questione: a fronte degli artifici o raggiri (e della conseguente induzione in errore) costitutivi del delitto di truffa aggravata in erogazioni, è ancora rinvenibile uno spazio da assegnare in esclusiva all'indebita percezione?

Non convince la tesi dell'*iter* parlamentare sulla ritenuta opportunità, in ordine all'adempimento dell'obbligo convenzionale, di una disposizione *ad hoc* per frodi di minore gravità.

Maggiori certezze non si ricavano dalla interpretazione che né l'articolo 640 né l'articolo 640 *bis* c.p. prevedono specificamente come reato il conseguimento indebito di risorse mediante "mere falsità od omissioni informative".

Dal combinato disposto tra l'articolo 640 *bis* c.p. e l'articolo 316 *ter* c.p., si evince che le due norme coincidono testualmente per gli aiuti economici (comprese le "erogazioni dello stesso tipo, comunque denominate") e, soprattutto, coincidono nell'evento del conseguimento indebito dei fondi, evento che rappresenta il danno patrimoniale arrecato alle amministrazioni pubbliche.

A nulla vale il confronto fra le "dichiarazioni o documenti falsi, o attestanti cose non vere" e "l'omissione di informazioni dovute" dell'indebita

percezione con gli "artifici o raggiri" della truffa per affermare la presenza di un *quid minus* nell'articolo 316 *ter* c.p.

Sia per le condotte attive di falso, ideologico o materiale, sia per la stessa reticenza su una notizia rilevante, deve ritenersi integrato il più grave delitto dell'articolo 640 *bis* c.p., qualora esse, per le concrete modalità esecutive, per il contesto in cui avvengono e per le circostanze che le accompagnano, si presentino connotate da una particolare carica di artificiosità e di inganno nei confronti dell'ente erogatore.

Considerazioni conclusive.

Occorre, pertanto, compiere uno sforzo interpretativo, per dare un senso ed attribuire un proprio spazio alla norma di recente introduzione.

La condotta da essa contemplata, infatti, rientra sempre nell'ambito del 640 *bis* c.p., articolo che - per effetto della citata clausola di salvezza - troverebbe generalizzata applicazione.

Il disposto dell'articolo 316 *ter* c.p., al di là delle buone intenzioni, non ha assolutamente rafforzato la tutela degli interessi salvaguardati dalla normativa, ma anzi rischia di indebolirla affievolendone il regime sanzionatorio.

Gli articoli 640 *bis* e 316 *ter* c.p., infatti, mancano di chiaro ed adeguato coordinamento tra di loro, determinando argomentate e serie divergenze interpretative in ordine ai rispettivi ambiti d'applicabilità.

Ulteriore osservazione, certo non meno importante delle precedenti, deve farsi in ordine al fatto che l'articolo 316 *ter* c.p., inoltre, risente di un'incerta ed approssimativa sistemazione nel sistema del Codice.

Esso, infatti, è inserito nell'ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione anziché, come forse sarebbe stato più corretto, nell'ambito dei delitti contro il patrimonio.

Inoltre, è ricompreso nel capo I, intitolato "Dei delitti dei Pubblici Ufficiali contro la Pubblica Amministrazione", lasciando intendere che trattasi di un reato proprio. Invece, soggetto attivo può essere "chiunque" e quindi non esclusivamente un pubblico ufficiale.

La gravità della distorsione delle regole, al fine della captazione "fraudolenta" dei fondi pubblici, dovrebbe imporre al legislatore il rifiuto di un sistema penale basato su di una scacchiera numerosa e sovrabbondante di norme penali e la ricerca di una necessaria riduzione, a poche ed efficaci

fattispecie incriminatrici, dell'intero armamentario costituito dalle varie figure di frode presenti nel nostro ordinamento.

La clausola di riserva, collocata all'inizio del primo comma, si estende, per ragioni ermeneutiche di carattere logico-sistematico, anche al secondo comma dell'articolo 316 *ter* c.p. e pertanto anche le sanzioni amministrative previste per le ipotesi meno gravi non sembrano, per le medesime ragioni, trovare spazio per una loro concreta applicazione.

Maria Coppola

Il rinnovato ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sui "pubblici servizi" alla luce della sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204.

L'articolo 33 del D. Lgs. n. 80/98, così come modificato dall'articolo 7 della legge n. 205/2000, recante "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa", devolveva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995 n. 481".

Dopo la recentissima sentenza della Corte Costituzionale del 6 luglio 2004, n. 204, e la conseguente pronuncia di parziale illegittimità costituzionale del citato articolo 33, tale disposizione viene nuovamente stravolta.

Questo, il testo che ne è risultato: "Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di pubblici servizi, relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481".

Non si tratta di una modifica di poco conto.

Quello dei pubblici servizi ha rappresentato, in

realtà, da sempre l'aspetto più rilevante e, allo stesso tempo, controverso della giurisdizione esclusiva, sia per la notevole ampiezza che per la genericità della definizione di "pubblici servizi", capace di ricomprendere - prima della sentenza appena citata - e le vertenze sulle procedure amministrative per la gestione di servizi, e le vertenze su rapporti di ogni genere fra amministratori e gestori, e le vertenze d'altro tipo riguardanti solo indirettamente un pubblico servizio (come, per esempio, le vertenze in tema di affidamento di appalti strumentali al servizio)¹.

Il problema principale per l'individuazione della nozione di servizi pubblici restava, dunque, la mancanza di una definizione normativa univoca. Il legislatore, infatti, pur avendo avuto più volte e in diverse occasioni la possibilità di identificare il significato di "pubblici servizi", aveva puntualmente evitato di farlo, mostrando così di aver fatto una scelta tacita molto precisa in merito².

L'annosa questione in merito alla definizione dei servizi pubblici.

Si parlava di servizi pubblici già agli inizi del '900, con la legge n. 103/1903 sulle municipalizzazioni, con la quale il legislatore codificava la prassi amministrativa di assunzione diretta di attività economiche da parte dei Comuni ma, pur elencando una serie di attività qualificate come "servizi pubblici", si asteneva dal fornire una nozione di essi. Di questi si limitava ad evidenziare il carattere economico, in quanto attività volte a soddisfare i bisogni della collettività a livello locale, ma non si spingeva oltre.

Ai servizi pubblici soltanto locali si è, poi, col tempo, aggiunta l'esperienza dei servizi pubblici a livello nazionale assunti dallo Stato: poste, energia elettrica, ferrovie e telefonia ne sono gli esempi più eloquenti.

Lo schema giuridico ivi utilizzato era quello delle aziende autonome e degli enti pubblici economici, cui seguì quello delle concessioni e delle privatizzazioni.

Ma, nemmeno a quest'evoluzione è seguita una definizione di "servizi pubblici".

Con l'avvento della Costituzione emerse, poi, l'ulteriore requisito del "preminente interesse generale" cui dovevano essere approntati i pubblici servizi, ma di definizione di essi continuava a non esserci traccia.

Questo volontario silenzio si è perpetuato anche in tempi più recenti: per esempio, in occasione del

D. Lgs. n. 80/1998, nella relazione di accompagnamento del Governo alla richiesta di parere al Consiglio di Stato sullo schema di Decreto Legislativo, si legge che la ragione per cui la materia dei pubblici servizi non è stata legislativamente definita risiede nel fatto che il legislatore delegante ha voluto demandare al Governo la precisazione della relativa nozione, allo scopo di determinare l'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Sta di fatto che col D. Lgs. n. 80/1998 il legislatore delegato non ha mostrato di aderire a tale volontà.

Né possono essere d'aiuto, nell'individuazione di una possibile definizione del concetto in esame, l'articolo 358, comma secondo, Codice Penale (il quale fornisce una definizione di "servizi pubblici" utilizzabile ai soli fini penali), o la nozione di "servizi pubblici essenziali" fornita dalla legge n. 146/1990 (modificata in maniera rilevante dalla legge n. 83/2000) a proposito del diritto di sciopero (non riguardando l'attività delle pubbliche amministrazioni), o, infine, la quanto mai generica definizione dei servizi pubblici locali data dall'articolo 112 D. Lgs. n. 267/2000.

Nemmeno è d'aiuto la legislazione comunitaria in materia, che addirittura distingue i servizi pubblici in tre branche: servizi di interesse generale, servizi di interesse economico generale e servizi universali³.

I discussi margini della giurisdizione esclusiva e l'incidenza su di essi della sentenza n. 204/2004 della Corte Costituzionale.

Una definizione dei servizi pubblici è divenuta sempre più urgente anche a seguito della nuova normativa sulla giurisdizione esclusiva, atteso che la nozione di "servizio pubblico" è risultata essenziale ai fini della delimitazione della tipologia di tutela giurisdizionale da attivare.

Tale carenza ha fatto dubitare dell'utilità del criterio di riparto per materia, se la materia della cui giurisdizione si tratta ha confini così sfumati ed incerti: lasciare alla sola esperienza della giurisprudenza la massima libertà descrittiva significa, infatti, rinunciare alla possibilità di creare un deciso *discrimen* tra giurisdizione del giudice ordinario e giurisdizione del giudice amministrativo. La nozione di pubblici servizi è stata, in verità, utilizzata per diversi scopi nella legislazione speciale prima ancora che divenisse materia di giurisdizione del giudice amministrativo: già allora tra

Corte di Cassazione e Consiglio di Stato e nelle posizioni della dottrina amministrativistica si erano delineate due contrapposte opzioni interpretative⁴, l'una favorevole ad una lettura riduttiva dei margini della giurisdizione esclusiva, l'altra proiettata verso il suo più vasto ampliamento.

Nell'analizzare la portata precettiva dell'elencazione di cui al comma secondo dell'articolo 33, infatti, la Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 72 del 2000⁵ descriveva l'ambito di estensione dei pubblici servizi ai fini della giurisdizione esclusiva alla stregua del principio per cui, nel concorso tra più interpretazioni possibili, doveva preferirsi quella maggiormente conforme alla Costituzione.

La conformità alla Costituzione⁶, secondo tale pronuncia, avrebbe imposto che l'estensione della giurisdizione esclusiva fosse circoscritta a "controversie comunque correlate all'interesse generale, in quanto volte alla tutela di (collegate) posizioni di interesse legittimo o, in casi particolari, anche di diritti soggettivi, senza possibilità di indiscriminata estensione a tipologie di liti, come quella in esame coinvolgenti unicamente diritti patrimoniali"⁷. Analogamente l'articolo 3 Cost. "potrebbe risultare vulnerato sia sotto il profilo della ragionevolezza di una scelta distributiva tra due diversi plessi giurisdizionali di controversie identicamente attinenti a vicende di inadempimento di obbligazioni di diritto comune, sia sotto il profilo dell'eguaglianza, cui si riconduce l'esigenza dell'uniforme interpretazione della legge che non avrebbe viceversa strumento alcuno per attuarsi a fronte di differenti orientamenti (e di un diverso "diritto vivente" quindi) che dovesse (e lo potrebbe) formarsi in ordine a medesime disposizioni codicistiche nelle non comunicanti giurisprudenze dei giudici ordinari ed amministrativi".

La Corte di Cassazione, dunque, escludeva la possibilità di una lettura "pubblicistica" dell'articolo 33, la quale avrebbe comportato un'indebita estensione della giurisdizione amministrativa anche a controversie a contenuto esclusivamente patrimoniale: con la sentenza appena menzionata, pertanto, la Suprema Corte, tenuto conto dell'esigenza di conservare al giudice ordinario i più ampi poteri in materia di diritti soggettivi, evidenziava che il campo di estensione della giurisdizione esclusiva andava limitato ai casi in cui fosse chiaramente ravvisabile un interesse generale, con esclusione delle liti coinvolgenti solo diritti patrimoniali.

Analoghe ragioni si leggevano nella sentenza della Cassazione n. 71 del 30 marzo 2000⁸.

A conclusioni opposte giungeva, invece, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la pronuncia n. 1 del 30 marzo 2000⁹, nella quale era evidente una maggiore disponibilità ad interpretazioni estensive rispetto al fermo schematico della Corte di Cassazione.

L'Adunanza Plenaria offriva, infatti, una lettura più estesa della nozione di pubblico servizio, ponendo in luce che "il legislatore delegante ha inteso la nozione di servizio pubblico in un senso potenzialmente tanto vasto da consentire al legislatore delegato di potersi fare rientrare tutto quanto attenga allo svolgimento dell'azione dell'amministrazione, per ogni suo aspetto", e che, pertanto, "tutti gli atti e i comportamenti connessi ad interessi collettivi hanno un rilievo pubblicistico, tanto da essere stati presi in considerazione dalla normativa sul diritto d'accesso agli atti poiché si concretano nello svolgimento di servizi in funzione ed in favore del pubblico".

Per il Consiglio di Stato, dunque, il giudice amministrativo poteva conoscere di "tutti i diritti assoluti e relativi (ivi compresi quelli di credito) e condannare l'amministrazione al pagamento di quanto dovuto, oltre a risarcimento del danno causato dall'inadempimento". Il problema di una tale interpretazione era che, se portata agli estremi, avrebbe potuto fornire una nozione troppo "ibrida" di servizio pubblico, tale da ricomprendere ogni "attività tecnico-strumentale propedeutica all'esercizio di funzioni amministrative in quanto utile ad una determinata collettività e in quanto attività non autoritativa della pubblica amministrazione"¹⁰.

È fin troppo evidente, invece, che non ogni attività avente una qualche utilità sociale possa essere considerata un servizio pubblico.

Di ciò sembra aver tenuto conto la rivoluzionaria sentenza della Corte Costituzionale, dichiarando l'illegittimità degli articoli 33 (commi 1 e 2) e 34 (comma 1) del Decreto Legislativo 31 marzo 1998, n. 80, così come sostituiti dall'articolo 7, lettere a e b, della legge 21 luglio 2000, n. 205.

I giudici della consulta, dunque, hanno, infine, accolto l'eccezione d'incostituzionalità sollevata dal Tribunale di Roma, in merito alla pretesa di ampliamento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, disposta dalle norme di cui sopra.

In particolare, hanno rifiutato che si potesse sostituire il principio di "riparto" fissato dalla Costituzione e basato sulla classica contrapposizione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, con

quello novativo e corrispondente ai "blocchi di materie" nelle quali unico *discrimen* sarebbe l'astratta determinazione di certi settori "connotati da una significativa presenza dell'interesse pubblico".

Si è chiarito, in merito, che il riparto per blocchi di materie non può surrettiziamente sostituirsi a quello che contrappone diritti e interessi: le materie di giurisdizione esclusiva "devono partecipare della loro medesima natura (n.d.a. ossia della medesima natura di quelle della giurisdizione di legittimità), che è contrassegnata dalla circostanza che la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo".

Ed, infatti, il riferimento generico a "tutte le controversie" in materia di pubblici servizi prescinde del tutto dalla natura delle situazioni soggettive coinvolte, radicandosi, vagamente, solo sulla presenza, pur statisticamente apprezzabile, del pubblico interesse in questo tipo di cause, per cui in queste controversie, così genericamente individuate, "può essere del tutto assente ogni profilo riconducibile alla pubblica amministrazione-autorità".

La Corte ha, pertanto, inteso ribadire che la "specialità" del giudice amministrativo si basa sulla necessità di assicurare una tutela giudiziaria "nell'amministrazione", con riguardo al soggetto che si avverta leso dal potere autoritativo di quest'ultima.

Non si tratta, dunque, di un campo che possa essere definito in assoluto.

Ragion per cui, la giurisdizione esclusiva introdotta dalla legge n. 205/2000 si dimostrerebbe "incompatibile con il dettato costituzionale".

D'altra parte, l'articolo 103 della Costituzione non consente al legislatore di muoversi con piena discrezionalità nell'attribuzione al giudice amministrativo di poteri giurisdizionali: le "materie" eventualmente individuabili devono, comunque, vedersi collegate a quelle "situazioni soggettive", che riportano il *discrimen* tra giudice ordinario e giudice amministrativo al vecchio e collaudato criterio costituzionale, pena la violazione del vincolo costituzionale.

Il tutto, a favore dei soggetti portatori di veri e propri diritti, i quali non devono rinunciare al ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria, per incorrere nella competenza del giudice "della" pubblica amministrazione.

In tale direzione si legge la dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale anche dell'articolo 34, che sottrae alla cognizione del giudice

amministrativo i "comportamenti" delle amministrazioni pubbliche in materia urbanistica ed edilizia.

La premessa logica di questa scelta sembra risiedere nel ritenere che i comportamenti cui si riferisce l'articolo 34 siano meri contegni materiali estranei alle manifestazioni di autorità amministrativa e al rilievo funzionale che l'attività amministrativa abbia assunto¹¹.

Sembra, invece, stando alla motivazione della sentenza, che non debbano necessariamente seguire la stessa sorte le controversie che, pur pertinenti a comportamenti e non a provvedimenti dell'amministrazione, siano comunque strettamente collegate alla funzione amministrativa ed ai poteri autoritativi (eventualmente non attivati, ma, appunto, attivabili su impulso del privato).

La declaratoria di incostituzionalità dovrebbe, allora, riguardare soprattutto i comportamenti ex articolo 34 intesi in chiave estensiva¹².

Questo dibattito resta, ad ogni modo, rimesso alla valutazione della Corte di Cassazione quale giudice della giurisdizione, che potrà trarne, caso per caso, le conclusioni più adeguate.

.....
¹ Ex articolo 33 cit., comma secondo, oggi modificato a seguito del vaglio della Corte Costituzionale, infatti, le controversie in materia di pubblici servizi erano, in particolare, quelle: "a) concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana; b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori comunque denominati di pubblici servizi; c) tra le amministrazioni pubbliche e i soci di società miste e quelle riguardanti la scelta dei soci; d) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi; e) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale; f) riguardanti le attività o le prestazioni di ogni genere anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio sanitario nazionale e della Pubblica Istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie in materia di validità".

² In termini, G. Corona, *I "pubblici servizi" per l'"uso del territorio" nella nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.* n. 1/2001, p. 108, nt. n. 7.

³ Cfr. Comunicazione n. 443 della Commissione Europea dell'11.09.1996, pubblicata per estratto in *Giornale di diritto amministrativo*, 1997, p. 384.

⁴ Cfr., tra gli altri, A. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1988, p. 38; Romano, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, p. 463.

⁵ Cass. SS.UU., n. 72/2000, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1291.

⁶ In particolare, agli articoli 3 e 103 Cost.

⁷ Cfr. Cass. Civ. SS.UU. n. 72 del 2000, in *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 1291.

⁸ Cass. Civ. SS.UU. sent. n. 71 del 30 marzo 2000, in *Corriere Giuridico*, 2000, p. 591, con nota di Carbone.

⁹ Cons. St., Ad. Pl. n. 1 del 30 marzo 2000, in *Cons. Stato*, 2000, I, p. 767.

¹⁰ Cfr. G. Corona, *op. cit.*, p. 114.

¹¹ F. Cintioli, *La giurisdizione piena del giudice amministrativo dopo la sentenza n. 204 del 2004 della Corte Costituzionale*, in *Giust. Amm.it Rivista di diritto amministrativo*, n. 7/2004.

¹² In proposito, vale sicuramente evidenziare che in una nozione ampia di comportamento dovrebbero essere inserite anche le controversie relative alla formazione ed impugnazione del silenzio inadempiuto, da sempre ed a pieno titolo appartenenti alla giurisdizione del giudice amministrativo.

Marco Mainardi

Esecuzione interinale della sentenza del T.A.R. sospesa dal Consiglio di Stato.

Introduzione.

La legge 21 luglio 2000, n. 205, sotto il titolo generico di "Disposizioni in materia di giustizia amministrativa", costituisce in realtà, a poco meno di trent'anni dalla istituzione dei Tribunali Amministrativi Regionali (legge 6 dicembre 1974, n. 1034), il primo organico intervento legislativo sul processo amministrativo mediante un complesso di norme volte in primo luogo ad incidere su quei profili rivelatisi più bisognosi di aggiustamenti, sì da rendere più effettiva (almeno, nelle intenzioni del legislatore) la tutela del cittadino nei confronti della Pubblica Amministrazione.

Tra le norme che rilevano sotto quest'ultimo profilo vi è l'articolo 10, concernente l'esecuzione delle sentenze dei T.A.R. non ancora passate in giudicato. Sentenze, ovviamente, di accoglimento dei ricorsi avverso atti o comportamenti della P.A., dato che per le sentenze di rigetto - dalle quali, perciò, resta in sostanza confermato l'operato di quest'ultima - non si pone, evidentemente, alcun problema di esecuzione o di ottemperanza da parte della stessa.

Costituisce principio cardine del nostro ordinamento, com'è ben noto, quello per cui il giudice ordinario, allorché riconosca che un provvedimento della P.A. è lesivo di una posizione di diritto, deve di regola limitarsi a "disapplicarlo" in ordine al caso concreto, senza però poterlo annullare; a fronte di tale limite sta l'obbligo dell'Amministrazione di conformarsi al giudicato in quanto riguarda il caso deciso¹.

Evoluzione del giudizio di ottemperanza nella norma e nella giurisprudenza.

A dare concretezza a quest'obbligo è volto specificamente il giudizio di ottemperanza, previsto dall'articolo 27, n. 4, del T.U. sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1454), che attribuisce al giudice amministrativo una speciale giurisdizio-

ne di merito in ordine ai ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico².

Il giudizio di ottemperanza, originariamente introdotto solo per ottenere l'adempimento da parte della P.A. dell'obbligo di conformarsi ai giudicati del giudice ordinario, è stato esteso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato³ anche ai giudicati dei giudici amministrativi (nonché degli altri giudici diversi dal giudice ordinario). E tale estensione ha avuto formale riconoscimento a livello legislativo con l'articolo 37, terzo e quarto comma, della legge 1034/71 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali⁴. La stessa legge, peraltro, ha fatto sorgere - o, comunque, ha evidenziato - un altro problema in certo modo connesso: quella della esecuzione delle sentenze del T.A.R. non coperte da giudicato.

Quello dell'esecutività delle sentenze di primo grado (ancora soggette al termine di impugnazione o già impuginate ma non sospese) costituisce per vero, un problema non esclusivo del processo amministrativo, e variamente risolto dal legislatore. Così, ad esempio, per le sentenze civili di primo grado, l'articolo 282 del c.p.c. ne prevedeva originariamente l'esecutività solo in via eccezionale (in quanto la sentenza appellabile poteva essere dichiarata provvisoriamente esecutiva su istanza di parte, con provvedimento del giudice); ora, viceversa, lo stesso articolo 282, nel testo novellato, ne dispone l'esecutività in via generale ("La sentenza di primo grado è provvisoriamente esecutiva tra le parti", salvo il potere del giudice d'appello di sospenderla su istanza di parte - articolo 283 c.p.c.).

La legge n. 1034/1971 ha previsto all'articolo 33 che le sentenze dei T.A.R. sono esecutive e che l'appello non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata salvo il potere del Consiglio di Stato (in Sicilia del Consiglio di Giustizia Amministrativa), su istanza di parte, di sospendere l'esecuzione, con ordinanza motivata, qualora ne possa derivare un danno grave e irreparabile⁵.

In un momento, quindi, in cui nel processo civile vigeva ancora la regola della non esecutività delle sentenze di primo grado, la legge sui T.A.R. ha sancito il principio opposto.

In realtà, tale principio è risultato, nella pratica,

di problematica applicazione. Ciò si connette, essenzialmente, alla differenza di fondo tra la sentenza del giudice ordinario e quella del giudice amministrativo: perché mentre la prima reca di regola delle statuizioni ben precise in ordine al rapporto controverso, sicché si presta direttamente ad essere eseguita, viceversa, la sentenza di accoglimento del giudice amministrativo comporta, oltre all'effetto costituito dall'annullamento dell'atto impugnato, anche e soprattutto un effetto conformativo, che rileva ai fini dell'attività che l'Amministrazione deve porre in essere perché possa determinarsi quell'assetto di interessi, in vista del quale il ricorrente vittorioso ha agito in giudizio, specie in materia di interessi c.d. pretenitivi⁶: così, ad esempio, annullato un diniego di concessione edilizia, ciò che veramente rileva, per il ricorrente, è di potere ottenere la concessione richiesta; o che, annullata la graduatoria di un pubblico concorso, questa venga riformulata si da comportare la nomina del ricorrente stesso in luogo del concorrente illegittimamente nominato, e così via⁷.

Di qui la necessità di uno strumento che consenta all'interessato di costringere l'Amministrazione ad adempiere nei casi (purtroppo non infrequenti) in cui questa non si conformi alla pronuncia giudiziale, o l'esegua solo apparentemente, di fatto eludendola o l'esegua in modo inesatto o incompleto.

A questo, appunto, serve il giudizio di ottemperanza: la cui essenza consiste in ciò, che il giudice amministrativo, adito dal ricorrente vittorioso, può, nell'esercizio della giurisdizione di merito, sostituirsi all'Amministrazione inadempiente nel porre in essere, direttamente o (come di regola) a mezzo di un apposito commissario *ad acta*, l'attività che avrebbe dovuto essere svolta dall'Amministrazione.

S'è visto, però, che la legge prevede tale rimedio solo in funzione del "giudicato".

Anteriormente all'istituzione dei T.A.R., il Consiglio di Stato⁸ aveva ritenuto proponibile il giudizio di ottemperanza in ordine ad una sentenza impugnata, sul rilievo che, riferendosi la fattispecie legale dell'articolo 27, n. 4, T.U. 1054/1924 al giudicato del giudice ordinario, non potessero estendersi all'ottemperanza delle decisioni del giudice amministrativo i criteri di cui all'articolo 324 c.p.c. sul giudicato formale.

A seguito, peraltro, dell'entrata in vigore della legge sui T.A.R. - il cui articolo 37, come s'è visto,

fa riferimento al "giudicato" -, il Supremo Consesso Amministrativo mutava orientamento, rilevando che l'ambito di esecutività delle decisioni, in primo grado o in appello, non coincide con quello del giudizio di ottemperanza, potendo quest'ultimo condurre all'inserimento della determinazione concreta del giudice amministrativo nel contesto amministrativo, ond'è che la sua esperibilità è subordinata al massimo grado di certezza e conseguentemente escludeva l'esperibilità del ricorso di ottemperanza per le decisioni non passate in giudicato a norma dell'articolo 324 c.p.c.⁹. E a tale orientamento si è generalmente uniformata la giurisprudenza successiva, che, da ultimo, riceveva anche l'avallo della Corte Costituzionale: la quale, con la sentenza n. 406 del 1998, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità dell'articolo 37 legge 1034/1971 con riferimento agli articoli 3, 24, 103 e 113 Cost., ritenendo non irragionevole la scelta legislativa di porre, come presupposto di esperibilità del ricorso di ottemperanza, l'esistenza della cosa giudicata.

E pertanto, fino all'entrata in vigore della legge 205/2000, nonostante le sentenze dei T.A.R. fossero per legge immediatamente esecutive (ove non sospese dal giudice d'appello), tuttavia tale esecutività ha rilevato più che altro solo "in negativo": nel senso, cioè, di fare venir meno le limitazioni e gli obblighi derivanti al ricorrente dall'atto annullato, e, per altro verso, della preclusione per l'Amministrazione di emanare atti basati su quello annullato; nonché, in caso di adempimento da parte di quest'ultima, della inconfigurabilità di tale adempimento quale acquiescenza¹⁰.

Per vero, pur in questo contesto non sono mancate significative aperture della giurisprudenza nel senso di una maggiore e più effettiva tutela del ricorrente vittorioso. L'avvio si è avuto in tema di tutela cautelare, con una decisione del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria¹¹, che pur escludendo l'esperibilità del giudizio di ottemperanza basato sul diverso presupposto di una sentenza passata in giudicato, ha tuttavia ammesso la possibilità di ricorrere allo stesso giudice che ha in precedenza emesso il provvedimento cautelare al fine di ottenere provvedimenti atti a garantirne l'effettività. Questo orientamento ha trovato larga applicazione nella successiva giurisprudenza, dando luogo ad una prassi generalmente seguita in sede cautelare, ed è stato ora codificato dall'articolo 3 della legge 205/2000¹², che nel

modificare l'articolo 21 della legge sui T.A.R., ha previsto, tra l'altro, che nel caso in cui l'Amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse o vi abbia adempiuto solo parzialmente, la parte interessata può, con istanza motivata e notificata alle altre parti, chiedere al giudice "le opportune disposizioni attuative"; e in tal caso il T.A.R. (o il giudice d'appello) "esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato e dispone l'esecuzione dell'ordinanza cautelare indicandone le modalità e, ove occorra, il soggetto che deve provvedere". Lo stesso, in sostanza, è avvenuto, in tempi più recenti, anche per quanto attiene alle sentenze. Infatti, il Consiglio di Stato, muovendo dalla premessa che l'esecutività della sentenza di primo grado si concreta nell'idoneità a spiegare i suoi effetti nello spazio intertemporale intercorrente fino al passaggio in giudicato, e che, pertanto, ne consegue l'obbligo per l'Amministrazione soccombente di assicurare, nelle more, l'effettività della situazione giuridica del ricorrente come definita dalla pronuncia giudiziale, ha affermato che "in tal caso, per realizzare concretamente l'esecutività del precetto giudiziale, laddove la pronuncia del giudice non sia di per se stessa sufficiente a garantire l'effettività della tutela dell'interesse fatto valere dal ricorrente, ovvero l'amministrazione ne rifiuti o eluda l'esecuzione, spetta al medesimo giudice, che ha emesso la pronuncia, assicurare medio tempore l'esecuzione. A tal fine, l'interessato può adire nuovamente il giudice di primo grado, non per l'esecuzione del giudicato, ma per ottenere provvedimenti ritenuti idonei per assicurare l'esecuzione interinale della sentenza"¹³.

Ambito di applicazione dell'articolo 10 della legge 205/2000.

E in tal senso ha ora disposto, codificando tale orientamento giurisprudenziale, l'articolo 10, primo comma, della legge 205/2000, mediante l'aggiunta all'articolo 33 della legge sui T.A.R. del seguente quinto comma: "Per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all'articolo 27, primo comma, n. 4, del T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R.D. 26 giugno 1924, n. 1054, e successive modificazioni". Non è, formalmente, il giudizio di ottemperanza, ma di questo ha la sostanza.

Posto che la norma ha riguardo alle sentenze (dei T.A.R.) "non sospese dal Consiglio di Stato", e che ai sensi dell'articolo 33, terzo comma, della legge

1034/1971, la sospensione della esecutività delle sentenze dei T.A.R. può essere disposta, su istanza di parte, dal Consiglio di Stato (in Sicilia del C.G.A.) adito con ricorso in appello, ne discende che ove sia già decorso il termine di volta in volta applicabile per la proposizione dell'appello, senza che questo sia stato proposto - sicché la sentenza sia ormai passata in giudicato - si versa al di fuori della previsione dell'articolo 10 cit., essendo in tal caso direttamente esperibile il ricorso per ottemperanza. L'ambito di applicazione ne resta pertanto delimitato, essenzialmente, alle sentenze dei T.A.R. che siano state appellate, ma la cui esecutività non sia stata sospesa da parte del giudice d'appello, o perché non sia stata avanzata dall'appellante istanza in tal senso o perché questa sia stata respinta.

Si pone poi il problema se vi rientrino anche le sentenze dei T.A.R. la cui esecutività non sia in atto sospesa, ma relativamente alle quali sia ancora in corso il termine per la proposizione dell'appello, ovvero questo sia stato già proposto e sia stata avanzata istanza di sospensione, ma su quest'ultima non sia ancora intervenuta la relativa decisione del giudice di secondo grado.

Nel senso di una interpretazione restrittiva, che cioè ritenga applicabile la norma solo in ordine alle sentenze già appellate, potrebbe deporre un'interpretazione sistematica risultante dalla collocazione della nuova norma nel testo dell'articolo 33 della legge 1034/1971, collocata sì nello stesso articolo, ma posta in seguito a quelle altre che prevedono, rispettivamente, la possibilità di sospensione della esecuzione delle sentenze dei T.A.R. (terzo comma), ed anche che sulle istanze in tal senso il giudice d'appello provvede nella sua prima udienza successiva al deposito del ricorso (quarto comma); sicché la previsione del nuovo ultimo comma, circa l'esecuzione delle "sentenze non sospese", potrebbe sembrare riferita (solo) alle sentenze per le quali, appunto, sia stata chiesta la sospensione dell'esecuzione e questa non sia stata accordata dal giudice d'appello¹⁴.

In senso contrario rileva, peraltro, il fatto che la norma ha riguardo, per assicurarne l'esecuzione nelle more del passaggio in giudicato, alle "sentenze non sospese". E tali sono, oggettivamente, anche quelle per le quali non sia stata adottata dal giudice d'appello una pronuncia di sospensione dell'esecuzione, ancorché una siffatta pronuncia possa ancora intervenire.

Allo stato sembrerebbe preferibile tale seconda

interpretazione, che appare più aderente alla ratio della norma, ove vada individuata nell'esigenza di assicurare il massimo di effettività alle sentenze del giudice amministrativo, seppure ancora non passate in giudicato¹⁵.

Presupposti.

A differenza dell'articolo 3, che individua le situazioni che legittimano il nuovo ricorso al giudice per ottenere l'attuazione delle misure cautelari ("nel caso in cui l'amministrazione non abbia prestato ottemperanza alle misure cautelari concesse, o vi abbia adempiuto solo parzialmente..."), l'articolo 10 nulla dice, sul punto, a proposito delle sentenze, limitandosi ad individuare i poteri che possono essere esercitati dal T.A.R. (quelli "inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato..."). È da ritenere, pertanto, che, in linea di principio, il giudice possa essere adito ogniqualvolta si verifichi una delle situazioni, in presenza delle quali la giurisprudenza ritiene ammissibile il giudizio di ottemperanza: in pratica, in tutti i casi in cui l'Amministrazione soccombente rifiuti l'esecuzione del giudicato, o vi dia esecuzione incompleta o inesatta, o tenga un comportamento elusivo.

Ovviamente, deve comunque sussistere il presupposto che la sentenza da eseguire renda effettivamente necessaria una attività ulteriore della P.A. affinché il ricorrente vittorioso possa conseguire, sia pure interinalmente, il bene della vita, per ottenere il quale aveva agito in giudizio.

Conclusioni.

Infine, alcune brevi riflessioni conclusive vanno effettuate in ordine alla forma della pronuncia che il giudice dovrà adottare in sede di esecutività, atteso che non è chiaro se debba essere quella dell'ordinanza o della sentenza. Nel senso favorevole a quest'ultima soluzione potrebbe deporre il fatto che in base all'articolo 10 della legge 205/2000 il T.A.R. è chiamato ad esercitare i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza, e l'atto conclusivo di tale giudizio è, appunto, una sentenza. Diversamente a sostegno dell'ordinanza sembra deporre la considerazione che si tratta di una pronuncia con contenuto decisorio, ma a carattere non definitivo, in quanto destinata o ad essere travolta dall'eventuale annullamento in appello della sentenza appellata del T.A.R. alla cui esecuzione è volta, o comunque, nel caso invece di passaggio in giudicato di quest'ultima, a restare

assorbita dal giudicato venutosi a formare. E a questo carattere transitorio della pronuncia non sembra bene adattarsi la forma della sentenza, atto di per sé caratterizzato da una tendenziale stabilità, salvo, ovviamente, l'esito dei rimedi impugnatori.

.....

- 1 P. Virga, *La tutela giurisdizionale nei confronti della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1992.
- 2 Articolo 27, primo comma, n. 4, del T.U. sul Consiglio di Stato (R.D. 26 giugno 1924, n. 1054), "Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale decide pronunciando anche in merito (...) dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato del tribunale che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico".
- 3 V. sul punto Cons. St., Ad. Plen., del 21.03.1969 n. 10, in *Consiglio di Stato*, Rassegna di giurisprudenza e dottrina.
- 4 Articolo 37, terzo e quarto comma, legge 1034/71 "Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione della cui esecuzione si tratta; la competenza è, peraltro, del tribunale amministrativo regionale anche quando si tratti di decisione di tribunale amministrativo regionale confermata dal Consiglio di Stato in sede di appello".
- 5 Articolo 33 legge n. 1034/1971 "Le sentenze dei tribunali amministrativi regionali sono esecutive. Il ricorso in appello al Consiglio di Stato non sospende l'esecuzione della sentenza impugnata. Il Consiglio di Stato, tuttavia, su istanza di parte, qualora dalla esecuzione della sentenza possa derivare un danno grave ed irreparabile, può disporre, con ordinanza motivata emessa in camera di consiglio, che la esecuzione sia sospesa. Sull'istanza di sospensione il Consiglio di Stato provvede nella sua prima udienza successiva al deposito del ricorso. I difensori delle parti devono essere sentiti in Camera di Consiglio, ove ne facciano richiesta. Per l'esecuzione delle sentenze non sospese dal Consiglio di Stato il tribunale amministrativo regionale esercita i poteri inerenti al giudizio di ottemperanza al giudicato di cui all'articolo 27, primo comma, numero 4, del testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato, approvato con R. D. 26 giugno 1924 n. 1054, e successive modificazioni".
- 6 V. Caianiello, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1994.
- 7 Ciò va valutato in relazione allo specifico oggetto del giudizio medesimo: restando, perciò, escluso il ricorso al giudice, ai sensi della norma in questione, relativamente alle sentenze c. d. autoesecutive, dato che in tal caso non c'è nulla da eseguire, una volta annullato direttamente dal giudice l'atto impugnato, lesivo dell'interesse del ricorrente (così, ad esempio in caso di annullamento di un provvedimento negativo di controllo, o di un'ordinanza di occupazione d'urgenza a suo tempo non eseguita perché sospesa dal giudice).
- 8 V. sul punto Cons. St., Ad. Plen., 21 marzo 1969, n. 10, in *Consiglio di Stato*, Rassegna di giurisprudenza e dottrina.
- 9 V. sul punto Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 1979, n. 12 e 1 aprile 1980, n. 10, in *Consiglio di Stato*, rassegna di giurisprudenza e dottrina.
- 10 E. Cassetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2000.
- 11 Cons. St., Ad. Plen., del 27.04.1982, n. 6.
- 12 Articolo 3 della legge 205/2000 *Disposizioni generali sul processo cautelare*. 1. 2. 3. Per l'impugnazione delle ordinanze già emanate alla data di entrata in vigore della presente legge il termine di centoventi giorni decorre da quest'ultima data, sempre che ciò non comporti riapertura o prolungamento del termine previsto dalla normativa anteriore. 4. Nell'ambito del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica può essere concessa, a richiesta del ricorrente, ove siano allegati danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, la sospensione dell'atto medesimo. La sospensione è disposta con atto motivato del Ministero competente ai sensi dell'articolo 8 del decreto del Presidente della Repubblica, 24.11.1971 n. 1199, su conforme parere del Consiglio di Stato".
- 13 V. sul punto Cons. St., Sez. IV, ord.za del 3 marzo 1999, n. 767.
- 14 R. Galli - D. Galli, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 2001.

15 V. Adamo, *Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato*, relazione al convegno sulla riforma del processo amministrativo, Bari, 2003.

Alba De Felice

Al momento di andare in stampa ci è pervenuto l'interessante approfondimento, sul ruolo dei nonni nella famiglia, della collega Alba De Felice, che ospitiamo, per motivi redazionali, nella rubrica dedicata alla dottrina.

A proposito dei nonni...

Se c'è una cosa che, sinceramente, mi fa "imbestialire", nel corso di un giudizio di separazione o di divorzio, è il trovarmi di fronte a richieste del tipo: "avvocato, sia ben chiaro (!), la facoltà di visita a mio marito passi pure ma, assolutamente, i miei suoceri, mio figlio, non devono nemmeno vederlo".

Oppure, "mia moglie vuole l'affidamento dei minori? Ok! Però mia suocera non deve assolutamente interferire né, tantomeno, occuparsi dei ragazzi! Semmai, assumeremo una baby-sitter".

Queste assurde pretese, molto più frequenti di quanto non si pensi, mi fanno ritenere che, spesso, tali giudizi, in definitiva, degenerano in una vera e propria "guerra", senza esclusione di colpi, anche nei confronti di quella che - a mio sommo parere - è una figura sacrosanta, di tutto rispetto, oggi, da valutare, anzi, da "rivalutare": quella dei nonni (ossia i genitori dei genitori, veri serbatoi d'affetto ed impareggiabili baby-sitter, a cui favore vorrei, qui, spezzare, almeno, una lancia).

A ben vedere, la famiglia fondata sugli affetti è la realtà che l'ordinamento riconosce come meritevole di tutela, in quanto è la formazione sociale più idonea ad accogliere la nascita ed a favorire la crescita della persona.

Anche se oggi la famiglia è tendenzialmente nucleare, i genitori dei genitori svolgono, sempre, un ruolo importante nella crescita dei minori, non solo in quanto affiancano e sostengono i figli nei loro compiti parentali, approfondendo tesori di esperienza e di disponibilità a tutti noti, ma, soprattutto, per la relazione affettiva che li lega ai discendenti, nipoti e bisnipoti.

Tale compito è, ovviamente, della stessa natura di quello genitoriale, poiché trova, nell'interesse dei minori, la sua ragion d'essere ed i suoi limiti, ma è, ovviamente, di secondo grado, venendo dopo quello dei figli, ai quali, innanzitutto, è domanda-

to il dovere-diritto di educare e di mantenere la prole.

Per quanto attiene, poi, alla qualificazione del ruolo indispensabile, dagli stessi svolto, si è soliti ritenere che i nonni, in mancanza di una norma espressa, non sarebbero titolari di un vero e proprio diritto soggettivo di visita, ma di un mero interesse legittimo.

Quindi, salvo il caso di un uso indiscriminato ed arbitrario dei poteri parentali, l'ordinamento non attribuisce, ai nonni, alcun diritto da far valere in contrasto con i poteri spettanti, *ex potestate*, ai genitori ed alcun potere che non si esaurisca nella facoltà di far controllare, giudizialmente, il comportamento genitoriale verso il nipote, al fine di evitare che i figli/genitori arrechino pregiudizio, anche economico, al minore.

Quindi, gli stessi non potrebbero, a rigor di legge, esigere incontri più o meno prolungati con i propri nipoti nell'arco della settimana, né, tantomeno, pretendere di trascorrere con gli stessi un periodo di vacanza durante le ferie estive, le varie festività *et similia*.

Tuttavia, l'interesse legittimo (del quale essi sono, pure, portatori) può e deve trovare un giusto riconoscimento ed una legittima tutela ogni qualvolta esso coincida con l'interesse del minore ad instaurare e mantenere congrui rapporti con i propri congiunti diversi dai genitori, vale a dire allorché la "visita" dei nonni non arrechi, al minore stesso, un danno rilevante ed obiettivo.

Quindi, in tale ipotesi (esclusione del danno), un eventuale divieto dei genitori si pone certamente in contrasto con l'interesse della prole ad una ottimale, proficua, integrazione della propria personalità nell'ambito della parentela.

Più volte, l'importanza e la meritevolezza del ruolo svolto dai nonni ha trovato riconoscimento a livello giurisprudenziale, sia da parte del giudice minorile (Trib. Min. Roma 7/2/87, Trib. Min. Torino 11/5/88, Trib. Min. Bari 10/1/91, Trib. Min. Venezia 16/4/93, Trib. Min. Messina 19/3/01) che da parte del giudice ordinario (Trib. Napoli 18/6/90, Trib. Catania 7/12/90, Trib. Napoli 3/4/96).

Difatti, più volte, il giudice di merito ha ribadito l'interesse del minore a tener vivo il rapporto con i suddetti ascendenti, restituendo, quindi, a tale determinante figura parentale, piena dignità, in quanto la stessa rappresenta, a ragione, per il minore, un importante punto di riferimento ... e non solo affettivo.

Occorre, quindi, garantire che il minore - soprattutto nei casi maggiormente "a rischio" (ossia nelle ipotesi di separazione e di divorzio dei propri genitori, ovvero, per quanto attiene alle coppie di fatto, nell'ipotesi di cessazione della convivenza dei predetti) - non perda o non veda mortificati rapporti per lui tanto validi e rassicuranti, quindi, certamente essenziali e determinanti per il suo equilibrio psico-fisico e per lo sviluppo della sua personalità.

Anche la Suprema Corte, nel dare particolare rilievo alla "famiglia fondata sugli affetti", si è espressa, più volte, in questo senso, osservando, già nell'anno 1981 (Cass. Civ. 24/2/81 n. 1115), che "il rispetto degli affetti familiari nascenti da uno stretto vincolo di sangue, qual è quello che lega nonni e nipoti, è certamente tra questi fondamenti, essendo, tali affetti, il substrato fondamentale della famiglia, riconosciuta, nella Costituzione (articolo 29) ed in tutte le leggi precedenti e successive, come un istituto da tutelare in modo privilegiato e nell'interesse dell'intera collettività".

Quindi, la famiglia, anche sul piano giuridico, non va intesa come famiglia mononucleare, cioè costituita esclusivamente da genitori e figli, ma deve essere estesa, quantomeno, anche agli ascendenti, "avendo questi una posizione, sotto taluni aspetti ed a determinate condizioni, addirittura vicariante nei confronti di quella dei genitori".

Tanto, come si può desumere chiaramente "a tacer di ogni altra norma" dagli obblighi di ordine patrimoniale loro imposti dagli articoli 148 e 433, numeri 2 e 3 c.c., nonché dal potere che l'articolo 336 c.c. attribuisce ai "parenti" di ricorrere al giudice per richiedere l'adozione dei provvedimenti ablativi o limitativi della potestà genitoriale, potere, questo, "che certamente non potrebbe essere esercitato senza un corrispondente potere - che, perciò, presuppone - una facoltà, sia pure minima, di controllo sul modo con cui il genitore cura i suoi figli e, quindi, necessariamente senza una possibilità, sia pure saltuaria, di rapporto con i predetti minori" (Cass. Civ. Sez. I 24/2/81 n. 1115).

Deve ritenersi, quindi, che il genitore ha il dovere di consentire - e, correlativamente, i parenti /nonni, la facoltà di pretendere - la possibilità di un rapporto tra essi stessi ed i suoi figli minori. La citata pronuncia precisa, quindi, i limiti (o condizioni) in presenza dei quali tale obbligo sussiste, desumibili: "a) dalla inesistenza di serie e comprovate ragioni che sconsiglino, nel prevalente interesse del minore, ogni contatto con i suoi avi. Se, infatti, la tutela di tale interesse può affievolire, persino, il «diritto

di visita» spettante ad uno dei genitori quando i figli siano affidati all'altro o giustificare l'allontanamento del minore dalla residenza familiare (articolo 333 c.c.), a fortiori potrà annullare ogni pretesa da parte degli ascendenti!;

b) dalla necessità che i contatti, disposti dal Giudice, tra i figli minori e gli ascendenti/nonni non siano tali, per frequenza e lunghezza, da compromettere la funzione educativa che deve rimanere devoluta, con assoluta prevalenza, ai genitori e, quindi, dalla necessità che tali contatti occupino, soltanto, il tempo strettamente indispensabile ad assicurare la possibilità di mantenere vivo il rapporto di conoscenza e di affetto reciproci nei confronti dei minori".

Il tale ottica, valore certamente determinante ed innovativo va attribuito ad una recente sentenza della Suprema Corte (Cass. Civ. 25/9/98 n. 9606), che - confermando la possibilità, anche per il giudice ordinario, nell'ambito del giudizio di separazione personale dei coniugi, di disciplinare la facoltà di incontro tra i nonni ed i nipoti - così recita: "in tema di provvedimenti connessi all'affidamento dei figli in sede di separazione personale dei coniugi, la mancanza di un'espressa previsione di legge non è sufficiente a precludere, al giudice, di riconoscere e regolamentare la facoltà di incontro e frequentazione dei nonni con i minori, né a conferire, a tale possibilità carattere solo «residuale», presupponente il ricorso di gravissimi motivi. Infatti non possono ritenersi privi di tutela vincoli che affondano le loro radici nella tradizione familiare, la quale trova il suo riconoscimento anche nella Costituzione (articolo 29 Cost.), laddove, invece, anche un tal tipo di provvedimenti deve risultare sempre e solo ispirato al precipuo interesse del minore". Quindi, "rientrando la tutela del vincolo affettivo e di sangue, che lega nonni e nipoti, nell'ambito di un tale interesse", il rifiuto del genitore può ritenersi giustificato solo in presenza di serie e comprovate ragioni che sconsigliano di assicurare e disciplinare i rapporti dei nonni con il minore.

Di conseguenza, non è possibile affermare che "il diritto dei nonni potrà essere riconosciuto eccezionalmente e solo in presenza di gravissimi motivi che pregiudicano il rapporto con il genitore" ma, viceversa, che "lo stesso andrà negato unicamente quando il rapporto dei nonni con il nipote appare pregiudizievole per il medesimo" (Cass. Civ. Sez. I 25/9/98 n. 9606).

Pertanto, in definitiva, la famiglia mononucleare non ha, assolutamente, tagliato i ponti con quella allargata. Tanto, in virtù delle relazioni, non solo di sangue e di interessi economici, ma soprattutto di natura affettiva, che permangono e

che convergono nello svolgimento della funzione educativa e di mantenimento della prole, alla quale i nonni, in particolare, concorrono di fatto e, a certe condizioni, anche di diritto.

Proprio nel rispetto di tali relazioni, recepite e riconosciute anche dall'articolo 29 della nostra Carta Costituzionale, va letto un recente disegno di legge, di iniziativa dei senatori Cesellato, Caruso e Centaro, che si propone, per l'appunto, di introdurre un articolo aggiuntivo, il 317 ter, nel libro primo, Titolo IX, del Codice Civile, contenente disposizioni in materia di potestà dei genitori.

Tale iniziativa parlamentare mira, per l'appunto, a garantire ai nonni un rapporto diretto con il minore, anche se non avente carattere assoluto, ma subordinato bensì all'interesse di quest'ultimo.

Pertanto, il giudice potrà legittimamente disciplinare detta relazione nella maniera più idonea al perseguimento di tale obiettivo e, financo, disconoscerla ove l'esercizio di essa si ponga in contrasto con la salute psico-fisica del minore.

Per completezza di trattazione, ritengo doveroso riportare il testo dell'articolo oggetto della proposta: "Articolo 1 1. Dopo l'articolo 317 bis del Codice Civile, è inserito il seguente: articolo 317 ter (Diritto di visita degli ascendenti). I genitori, o il genitore che ha l'esercizio della potestà sul minore, hanno il dovere di consentire e non ostacolare il rapporto tra i figli e i genitori del padre e della madre dei figli, ove ciò non sia in contrasto con l'interesse del minore.

In caso di inosservanza di quanto disposto al primo comma, il giudice, accertato l'inadempimento dell'obbligo - su istanza dei genitori del padre e della madre del minore, sentito chi esercita la potestà e, qualora lo ritenga opportuno, il minore - disciplina le modalità di esercizio del diritto di visita.

I provvedimenti di cui al secondo comma sono di competenza del Tribunale per i minorenni.

Nei giudizi di separazione personale giudiziale e di divorzio, il giudice competente ad assumere i provvedimenti di cui al secondo comma è lo stesso giudice della separazione e del divorzio.

2. All'articolo 38, primo comma, delle disposizioni per l'attuazione del Codice Civile e disposizioni transitorie, dopo la parola: «317 bis» è inserita la seguente: «317 ter, primo e secondo comma».

È ovvio e naturale che anche la suddetta iniziativa, così come tutte le pronunzie di legittimità e di merito, sopra citate, rispondono ad esigenze di tutela del minore ("...ove ciò non sia in contrasto con

l'interesse del minore ..."), ma - a mio sommo parere - la validità, vera, della proposta è da ricercare nella consacrazione a "diritto" di quello che è sempre stato, solitamente, considerato un "mero interesse" da parte dei nonni a vivere, nella maniera più serena possibile, il rapporto affettivo con i nipoti.

Tant'è che a questo loro diritto corrisponde - ahimè, per il momento, soltanto nello spirito della proposta - un vero e proprio obbligo da parte dei genitori del minore, i quali, addirittura, potranno (e dovranno) essere chiamati all'osservanza del suddetto, ovemente lo ostacolano!

Altro riferimento importante, anzi determinante, per gli appassionati del settore, è quello alla competenza del giudice, che resta normalmente demandata al Tribunale per i minorenni, ma, viene, poi, opportunamente, radicata presso il giudice ordinario ogni qualvolta l'esigenza di tutela e di garanzia sopra prospettata sorga nel corso di un giudizio di separazione o di divorzio. Auspico, quindi, in tutta sincerità, che i lavori parlamentari o, quantomeno, il messaggio che dagli stessi deriva, possa, al più presto, sortire l'effetto sperato, colmando un vuoto legislativo veramente grave e preoccupante, in uno stato garantista (o pseudo tale) qual è quello attuale.

Ma, ancor prima, auspico che, nella quotidianità dei nostri studi professionali e nella realtà dei nostri tribunali, vengano scongiurate (o, quantomeno, limitate) deprecabili strumentalizzazioni, anche ai danni degli ascendenti/nonni, che, inevitabilmente, si ripercuotono, poi, sul minore.

Ritengo, quindi, che l'avvocato di famiglia, ovemente si accorga, nello svolgimento della propria funzione, di situazioni di alta conflittualità, tendenzialmente idonee a pregiudicare l'interesse del minore, perché dirette, in buona sostanza, a mortificare, anche, il rapporto nipoti/nonni, si attivi e si prodighi, pur sempre nel rispetto del mandato ricevuto, affinché tale rischio venga, poi, concretamente scongiurato.

Tanto, nel ricordo del nipote che, certamente, è stato e del nonno che, inevitabilmente, sarà.

Chiara Falcone

La responsabilità del singolo condomino per le obbligazioni del condominio.

Tribunale di Nocera Inferiore, G.I. dott. Scarpa,

ord. 12 maggio 2004.

"OMISSIS... La tesi che riconosce un diritto di regresso, ex articolo 1299 c.c., al singolo condomino, che abbia versato al terzo, creditore del condominio, l'intero debito, presuppone ovviamente, la conclusione del debito solidale dei condomini per le obbligazioni contratte nell'interesse del condominio, nonché la correlata idoneità del titolo esecutivo conseguito nei confronti del condominio ad agire in executivis nei confronti del singolo condomino. Questa ricostruzione è però stata abbandonata dalla Suprema Corte di Cassazione a partire da Cass. 27 settembre 1996, n. 8530, e mai più ripresa... OMISSIS".

Il caso.

L'ordinanza di cui si riporta sopra un estratto è stata pronunciata nell'ambito di una controversia intentata da un condomino nei confronti del condominio e, subordinatamente, degli altri condomini *pro quota*, per ottenere il rimborso - detratta la propria quota - di quanto pagato in favore della ditta esecutrice di alcuni lavori condominiali di manutenzione straordinaria.

In sostanza, la ditta appaltatrice, dopo aver ottenuto un decreto ingiuntivo contro il condominio, aveva agito esecutivamente contro il condomino attore, fondando la propria pretesa sul principio che le obbligazioni contratte dal condominio nei confronti dei terzi avrebbero natura solidale, in applicazione del principio generale di cui all'articolo 1294 c.c.; il condomino pignorato aveva pagato il debito condominiale ed aveva quindi promosso l'azione di regresso nei confronti del condominio o, subordinatamente, dei singoli condomini, per le rispettive quote millesimali.

Solidarietà e parziarietà nelle obbligazioni verso terzi del condominio.

Si contendono il campo, in argomento, due possibili impostazioni del problema: secondo la prima (sulla cui attendibilità avevano fatto evidentemente affidamento il condomino pignorato e l'appaltatore, nella vicenda giudiziaria *de qua*), mentre nei rapporti interni tra i singoli condomini le spese comuni vanno ripartite *pro quota*, ai sensi dell'articolo 1123 c.c. ed in base alle norme del regolamento condominiale, nei confronti dei terzi i condomini sono responsabili solidalmente per le obbligazioni contratte dal condominio nel comune interesse; secondo altra teoria (condivisa nell'ordinanza di cui sopra), l'articolo 1123, primo comma, c.c., al contrario, si applica anche

nei rapporti esterni.

Impossibilitati per ragioni di spazio ad una disamina più approfondita, che pure la questione senz'altro meriterebbe, ci si limita ad indicare in breve sintesi le ragioni che più comunemente sono addotte a sostegno dell'una e dell'altra opinione.

Naturalmente, si deve partire dalla premessa che il condominio è un ente di gestione sfornito di personalità distinta da quella dei suoi componenti, i quali sono rappresentati dall'amministratore in virtù di un rapporto di mandato collettivo, appunto con rappresentanza¹: pur esprimendo un concetto per alcuni versi contraddittorio e per altri aprioristico, ci si riferisce a tale formula, largamente diffusa in giurisprudenza, al solo scopo di spiegare la riconduzione dei rapporti condominiali di cui ci si sta occupando direttamente in capo ai singoli condomini²; in maniera parziaria o con vincolo di solidarietà questo è da stabilirsi.

Inducono a propendere per la solidarietà, tra le altre ragioni, le seguenti:

a) Contrariamente al Codice del 1865, dove la parziarietà era la regola e la solidarietà l'eccezione, nel Codice Civile vigente i termini sono esattamente invertiti, ond'è che al ricorrere di una pluralità di debitori e di una medesima prestazione cui tutti siano tenuti l'obbligazione deve presumersi solidale ex articolo 1294 c.c.³.

b) Né vale a vincere la presunzione di cui all'articolo 1294 c.c. il fatto che l'articolo 1123 c.c. faccia riferimento ad un obbligo che si ripartisce proporzionalmente tra i vari condomini condebitori, dato che dalla stessa rubrica della norma, "Ripartizione delle spese", si evince come essa sia dettata per disciplinare i rapporti interni tra i vari condomini, non già quelli esterni; ciò a maggior ragione in considerazione del secondo comma dell'articolo 1123 c.c., ove si legge che se si tratta di cose destinate a servire i condomini in misura diversa, le spese sono ripartite in proporzione all'uso che ciascuno può farne, con una soluzione chiaramente destinata a riguardare il rapporto tra i vari condomini, ma impossibile da imporre al terzo⁴.

c) Il principio generale della solidarietà è riba-

dato dal legislatore anche con specifico riguardo agli aggregati di persone sforniti di personalità giuridica (cfr. articoli 38, 41 e 2267 c.c.)⁵.

d) Ai sensi dell'articolo 1139 c.c., per quanto non è espressamente previsto in tema di condominio si osservano le norme sulla comunione in generale e, dunque, il principio della solidarietà può trarsi anche dall'articolo 1115, primo comma, c.c., ove è previsto che "Ciascun partecipante può esigere che siano estinte le obbligazioni in solido contratte per la cosa comune, le quali siano scadute o scadano entro l'anno dalla domanda di divisione".

A confutazione degli argomenti appena riferiti ed in favore della parziarietà si adducono invece svariate motivazioni:

a) "Appare del tutto apodittica l'affermazione che si applichi sempre il principio della solidarietà ex articolo 1294 c.c., considerato che l'ammontare della quota di ciascun partecipante è precisata dalla legge o dal titolo (articolo 1118 c.c.), che il concorso nelle spese è distribuito in proporzione alla quota (articolo 1123, primo comma, c.c.) e che il principio della solidarietà non vige laddove la legge regola diversamente l'attuazione delle obbligazioni, come nel caso della comunione ereditaria (articoli 1295 e 752 c.c.)⁶".

b) La distinzione tra rapporti interni, in cui l'articolo 1123 c.c. non opererebbe, e rapporti esterni, in cui invece la citata norma troverebbe applicazione, "rappresenta un espediente elegante ma aprioristico, non sorretto dal dato positivo. Per la verità in difetto di un riscontro testuale, non è facile dimostrare che la disposizione dettata dall'articolo 1123 c.c. riguardi soltanto i rapporti interni".

c) La responsabilità personale e solidale, prevista dall'articolo 38 c.c. non riguarda un debito proprio dell'associato e non è collegata alla mera titolarità della funzione di rappresentante dell'associazione non riconosciuta, ma consegue solo all'effettivo svolgimento dell'attività negoziale in nome e per conto dell'associazione; trattasi, in sostanza, di una disciplina affatto diversa e non adattabile a quella del condominio⁸.

d) La disposizione di cui all'articolo 1115 c.c. non è applicabile al condominio degli edifici,

dato che riguarda beni comuni che siano suscettibili di divisione, laddove le cose, gli impianti ed i servizi comuni del fabbricato condominiale sono contrassegnati dalla normale indivisibilità ex articolo 1119 c.c.⁹.

L'interpretazione giurisprudenziale.

Sin da epoca piuttosto risalente si è affermato un corso giurisprudenziale che è poi rimasto praticamente invariato e costante per quarant'anni, secondo il quale "Le obbligazioni contratte verso i terzi dall'amministratore del condominio ... sono direttamente riferibili ai singoli condomini, che, in base all'articolo 1294 c.c. sono, quindi, solidalmente responsabili, nei confronti del terzo, dell'adempimento delle predette obbligazioni, salvo il diritto di chi ha pagato di esercitare verso i condomini condebitori il diritto di regresso e di dividere il debito nei rapporti interni"¹⁰.

Solo nel 1996, poi, la Cassazione devia dal solco sino a quel momento tracciato, con la pronuncia citata nella stessa ordinanza in commento, affermando che "l'articolo 1123, primo comma, c.c., in base al quale le spese necessarie per la conservazione ed il godimento delle parti comuni dell'edificio, per la prestazione dei servizi nell'interesse comune e per le innovazioni deliberate dalla maggioranza sono sostenute dai condomini in misura proporzionale al valore della proprietà di ciascuno, si applica anche nei rapporti esterni"¹¹.

Le motivazioni addotte nel merito sono riprese sostanzialmente dai principali argomenti che la dottrina ha tradizionalmente addotto a sostegno della parziarietà dell'obbligo in oggetto, e di cui sopra si è brevemente e sommariamente riferito.

Ma un paio di rapide considerazioni merita un simile brusco cambio di rotta.

Il caso deciso riguardava un amministratore di condominio che, cessato dall'incarico, agiva per ottenere il rimborso delle spese anticipate nell'interesse della gestione condominiale.

A parte le questioni inerenti la legittimazione passiva rispetto a tale azione, che qui non interessano, la sentenza affronta specificamente anche "l'ulteriore problema rilevante in relazione

alle posizioni processuali assunte dalle parti - se le obbligazioni assunte dai condomini per le parti comuni siano assoggettate al regime della parziarietà ... ovvero siano assoggettate al regime della solidarietà", risolvendolo nel modo che si è detto.

Stando così le cose, sembra legittimo domandarsi innanzitutto se in tali ipotesi, possa ritenersi che l'amministratore rivesta la qualità di 'terzo', dato che l'opinione dominante vuole che egli operi, rispetto ai condomini, come un mandatario con rappresentanza, anche quando sia cessato dall'incarico¹². In sostanza, non sembra del tutto fuori centro la considerazione che per la risoluzione del caso non fosse probabilmente necessario da parte del Supremo Collegio risolvere il problema della operatività dell'articolo 1123 c.c. nei rapporti esterni, dato che il caso riguardava un regolamento di rapporti "interni".

Per altro verso, la motivazione della sentenza pare fondarsi anche sul presupposto che all'epoca della pronuncia vi fossero soltanto "talune isolate ed ormai remote decisioni della Suprema Corte" a sostenere la regola della solidarietà tra tutti i condomini e tra questi ed il condominio, nei confronti dei terzi con cui quest'ultimo aveva assunto obbligazioni: il che, come già detto, non risponde al vero.

Successivamente, la Cassazione non ha mai più espresso a chiare lettere il principio della parziarietà dell'obbligo condominiale verso i terzi¹³.

Talvolta in motivazione si rinvengono dei riferimenti all'obbligazione del condomino "in proporzione della sua quota"¹⁴, o al fatto che "i singoli condomini rispondono, in proporzione alle loro quote in ragione della loro posizione soggettiva rispetto alle parti comuni"¹⁵: tuttavia, nel primo caso, il riferimento è così incidentale e privo di approfondimenti (dovendosi il caso risolvere in forza di tutt'altre ragioni di diritto, fondate sulla proprietà esclusiva del condomino di alcuni locali occupati dall'impresa esecutrice di lavori condominiali) che, per vero, non gli si può attribuire un peso rilevante nella disputa; anche nel secondo caso il riferimento alla parziarietà è

probabilmente meno consapevole di quanto possa sembrare, dato che poco dopo nel testo della stessa motivazione il Supremo Collegio afferma anche che il fatto costitutivo del debito dell'amministratore e dei singoli condomini è unico e "dal terzo può essere fatto valere nei confronti degli obbligati, congiuntamente o alternativamente, secondo le diverse posizioni", laddove il più logico completamento della teorica della parziarietà avrebbe dovuto essere nel senso della diversità delle obbligazioni, per l'intero credito e per le singole quote, rispettivamente in capo all'amministratore ed ai singoli condomini¹⁶.

Invece, in termini inequivoci ed in massima, la Cassazione è tornata recentemente a ribadire che "il condomino può esser escusso per l'intero debito del condominio da un terzo, nei cui confronti è un condebitore solidale ... ed ha diritto di regresso nei confronti degli altri condomini limitatamente alla quota millesimale dovuta da ciascuno di essi..."¹⁷; altrove, il principio è stato ribadito non in massima, ma nel corpo della motivazione¹⁸, ove si legge che tutti i condomini sono "esposti, dal vincolo di solidarietà passiva operante ab externo, alle azioni dei terzi".

Anche nella giurisprudenza di merito, poi, si è affermato che "Le obbligazioni contratte dal condominio nei confronti dei terzi, in applicazione del principio generale di cui all'articolo 1294 c.c. hanno natura solidale, operando la ripartizione in relazione al valore della quota solamente nei rapporti interni"¹⁹. Persino un'altra massima pubblicata, quella secondo cui "la domanda avanzata dall'amministratore cessato dall'incarico per ottenere il rimborso delle somme anticipate nell'interesse della gestione condominiale, deve essere proposta nei confronti di ogni singolo condomino inadempiente all'obbligo di pagare le relative quote. Ciò in quanto la cessazione dall'incarico non determina il sorgere di una responsabilità solidale tra i condomini..."²⁰, che apparentemente sembrerebbe confermare il deciso della Cass. n. 8530/1996, in realtà in motivazione è chiaramente contraria ad esso: nel testo integrale della sentenza, infatti, si chiarisce che "l'obbligo di rimborso delle spese anticipate a favore dell'amministratore non è a rigore qualificabile come

«obbligazione assunta verso terzi dal condominio» (ipotesi che pacificamente determina una responsabilità solidale dei condomini per l'obbligazione assunta)".

In conclusione.

Sembrerebbe, dunque, doversi confermare che altro è la domanda dell'amministratore finalizzata ad ottenere il rimborso di quanto anticipato per il condominio, altro la pretesa di un terzo che vanti un credito nei confronti di quest'ultimo: nel primo caso, non pare potersi dubitare che la regola debba essere la parziarietà, in applicazione dell'articolo 1123 c.c. e, se l'amministratore non è cessato dall'incarico, è applicabile anche l'articolo 63 disp. att. c.c.

Nel secondo caso, la questione meriterebbe - come accennato - approfondimenti ben maggiori di quelli che si possono dedicare alla questione nella presente sede, nella quale si cerca scopo di rendere avvertito il lettore della complessità della questione e degli orientamenti in merito del tribunale nocerino; a maggior ragione, deve concludersi, in un caso come quello di specie, in cui l'orientamento espresso dal giudicante, stando al contenuto dell'ordinanza in commento²¹, è chiaramente difforme da quello prevalente della Corte di Cassazione, di cui sopra si è riferito: in realtà, infatti, deve esprimersi qualche riserva a proposito della asserzione contenuta nella massima di cui sopra, secondo la quale la teorica della solidarietà tra i condomini, rispetto alle obbligazioni condominiali verso i terzi, sarebbe stata abbandonata nel 1996 "e mai più ripresa".

¹ Tra le più risalenti pronunce che definiscono il condominio un "ente di gestione" v'è Cass. 30 luglio 1937 in *Giur. It.*, 1938, I, 96; ma la formula si è mantenuta immutata nel tempo, fino, ad esempio, alla recente Cass. 22 agosto 2003 n. 12331 in *Guida al Diritto*, 2003, 38, 73.

² Contrari, o quantomeno perplessi, rispetto alla qualificazione del condominio come un "ente di gestione" sono, tra gli altri, Branca, *Comunione. Condominio negli edifici* in *Commentario Scialoja - Branca*, Bologna - Roma, 1982, 359; Natoli, *La proprietà*, Milano rist., 1980, 269 e ss.; Corona, *Proprietà e maggioranza nel condominio degli edifici*, Torino, 2001, 3 e ss.

³ Nocella, nota alla sentenza Cass., 24/10/1956 n. 3897 in *Giust. Civ.* 1957, 654 e ss.

⁴ Triola, *Osservazioni in tema di spese condominiali* in *Giust. Civ.* 1996, 702 e ss.

⁵ Nocella, *ibidem*.

⁶ Corona, *Proprietà e maggioranza nel condominio degli edifici*, Torino,

2001, 225, nt. 26.

⁷ Lett. così in motivazione di Cass. 27 settembre 1996 n. 8530 in *Giust. Civ.*, 1997, I, 699 e *Foro It.*, 1997, I, 872.

⁸ Scarpa, *Le obbligazioni del condominio*, Milano, 2003, 99.

⁹ Corona, *Proprietà e maggioranza cit.*, 216 e ss.

¹⁰ "Pertanto, il terzo creditore del condominio può agire per la tutela del suo diritto sia contro l'amministratore ... sia nei confronti dei singoli condomini, direttamente obbligati nei suoi confronti": lett. Cass. 17 aprile 1993, n. 4558 in *Vita Notar.* 1993, 1381, *Giur. It.* 1994, I, 1, 592 e *Giust. Civ.*, 1993, I, 2683. Lo stesso principio è ribadito anche da Cass. 5 aprile 1982, n. 2085 in *Giur. It.*, 1983, I, 1, 989; Cass. 14 dicembre 1982, n. 6866 in *Giur. It.*, 1985, I, 1, 380, Cass. 24 ottobre 1956, n. 3897 in *Giust. Civ.* 1957, 654, Cass. 11 novembre 1971, n. 3235 in *Giur. It.* 1971, I, 1, 282; si veda Cass. 25 giugno 1990, n. 6405, per un caso di responsabilità solidale aquiliana.

¹¹ Cass. 27 settembre 1996, n. 8530 in *Giust. Civ.* 1997, I, 699 e *Foro It.* 1997, I, 872.

¹² Opinione costante: Cass. 12 marzo 2003, n. 3596 in *Foro It.* 2003, I, 1754; Cass. 16 agosto 2000, n. 10815 in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, 145 ed altre.

¹³ In favore della teorica dell'obbligazione parziaria, nella giurisprudenza di merito, si confronti Pret. Napoli, 05/05/1998 in *Arch. Locazioni*, 1998, 894.

¹⁴ Cass. 19 luglio 1999, n. 7697 in *Studium juris*, 2000.

¹⁵ Cass. 19 aprile 2000, n. 5117 in *Diritto e Giustizia*, 2000, f.18.

¹⁶ Così come afferma, infatti, la Cass. 27 settembre 1996, n. 8530 cit.

¹⁷ Cass. 23 febbraio 1999, n.1510 in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 951.

¹⁸ Come, ad esempio, in Cass. 15 novembre 2001, n. 13631 in *Vita Notar.*, 2002, 319.

¹⁹ Pret. Napoli 7 giugno 1999 in *Giur. napoletana*, 2000, 123.

²⁰ Trib. Torino 26 settembre 2001 in *Arch. Locazioni*, 2002, 182.

²¹ E, per vero, anche dalla lettura di alcuni studi in argomento compiuti dal medesimo giudice: si confrontino, in particolare, Scarpa, *Obbligazioni assunte per conto del condominio ed attuazione solidale tra i condomini*, in *Rass. loc. e cond.*, 1996, 246 e *Le obbligazioni del condominio cit.*

la redazione

L'amministrazione di sostegno, le prime pronunce.

Sul primo numero di questa rivista, l'avvocato Chiara Falcone ha scritto della introduzione dell'amministrazione di sostegno, istituita dalla legge 9 gennaio 2004, n. 6, in maniera diffusa e rassegnando alcune sue considerazioni conclusive.

Ora, in materia, si registra un articolato provvedimento della dottoressa Marianna D'Avino, sicuramente il primo emesso dal nostro Tribunale.

Detto provvedimento viene integralmente riportato, anche al fine di consentire agli avvocati del Foro nocerino di esprimere su questa rivista la propria opinione sulla bontà della nuova legge e sulla interpretazione che le prime pronunce danno alla stessa.

Proc. N.1/04 R.G.V.G. Amm. Sost.

TRIBUNALE DI NOCERA INFERIORE
Prima sezione civile

Il GT

Letti gli atti, sciogliendo la riserva che precede; letta l'istanza per la nomina di amministratore di sostegno, proposta da: XXXXXXXX, rappresentata e difesa dall'avvocato XXXXXXXX presso il cui studio elettivamente domicilia;

OSSERVA

la ricorrente deduceva nell'atto introduttivo del procedimento in disamina di essere madre di XXXXXXXX, affetto da grave ritardo neuro motorio, riconosciuto invalido al 100% con necessità di accompagnamento e che lo stesso era nell'impossibilità di provvedere ai propri interessi e bisogni; quindi, chiedeva la nomina di un amministratore di sostegno con durata dell'incarico a tempo indeterminato, che *compisse tutti gli atti necessari per l'assistenza e cura del figlio disabile.*

Ed, infatti, l'esame di XXXXXXXX confermava la predetta deduzione, essendosi mostrato del tutto disorientato nel tempo e nello spazio, incapace di profferire qualsivoglia frase di senso compiuto o meglio qualsivoglia suono vocalico che potesse assomigliare ad una parola di senso compiuto; tant'è, che appariva impossibile ipotizzare una sia pur remota sua capacità di interazione con il mondo esterno.

Or bene, tale essendo lo stato psicofisico del beneficiario, emerso all'esito dell'esame suo e della documentazione medico-sanitaria in atti prodotta, essendo lo stesso del tutto incapace di provvedere ai propri interessi e bisogni, dovrebbe nominarsi in suo "favore" un amministratore di sostegno che compia tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, con buona pace dei principi informativi della legge 6/2004, della ratio alla stessa sottesa e pervenendo, in sostanza, ad interpretazione implicitamente abrogatrice degli istituti dell'interdizione ed inabilitazione.

Giova, in proposito, ribadire che il legislatore ha avuto cura e premura di porre in luce all'articolo 1 della legge n. 6 del 2004 che l'amministratore di sostegno deve coadiuvare, nel compimento degli atti più significativi e importan-

ti, chi si trovi *nell'impossibilità anche parziale o temporanea di provvedere ai propri interessi*, avendo voluto apprestare un rimedio giuridico che preservasse coloro che solo per un'infermità transeunte o comunque non irreversibile si trovino nell'impossibilità di compiere *alcuni* atti della vita da una pronuncia invalidante che incidesse in modo assoluto sulla capacità di agire; ed, infatti ha previsto che il beneficiario conservi la capacità di agire per tutti gli atti che non richiedono la rappresentanza esclusiva o l'assistenza necessaria dell'amministratore di sostegno.

Nel caso che ci occupa - e si arriva al *punctum dolens* della questione - come si potrebbero mai enumerare gli atti che il beneficiario deve compiere con l'assistenza dell'amministratore di sostegno se lo stesso non è in grado di profferire neanche il proprio nome, di autodeterminarsi consapevolmente neanche rispetto all'azione più banale della vita quotidiana, non essendo capace di deambulare, essendo completamente disorientato nel tempo e nello spazio ed invalido al 100%.

Tralasciare anche un solo atto che lo stesso dovrà compiere dall'assistenza necessaria dell'amministratore, equiparandola a quella del tutore e, comunque, inevitabilmente dovremmo svuotare di significato il concetto di "capacità di agire", per attribuirgli un contenuto solo formale.

La normativa in esame nasce dalla "bozza Cendon" che ha voluto affiancare all'istituto di cui all'articolo 428 c.c. un regime di protezione per i casi in cui non sussistessero i presupposti per l'applicazione degli istituti dell'inabilitazione e dell'interdizione al fine di non limitare oltre lo stretto necessario la capacità legale; tuttavia, laddove l'infermità sia grave non applicare l'istituto all'uopo previsto significherebbe pregiudicare l'infermo ed attuare un esercizio di vuota retorica.

La filosofia della riforma ispirata dalla "bozza Cendon" è quella di assicurare la soluzione dei problemi civilistico-patrimoniali per i casi di inabilità transeunte o non irreversibile oltre che non particolarmente grave onde colmare i

momenti più o meno lunghi di crisi, di inerzia, inettitudine del disabile; cosa che non è a dirsi quanto la patologia è totalmente invalidante, irreversibile e tale da rendere impossibile anche la sola ipotesi di un atto, non civilistico-patrimoniale, ma addirittura della vita quotidiana in piena autonomia.

Ed, infatti, tutti i commenti che hanno accompagnato l'entrata in vigore della legge hanno ravvisto la sua ratio nell'esigenza di limitare la capacità di libertà di azione del disabile solo rispetto a quegli atti che lo stesso effettivamente non è in grado di compiere da solo; ma nel caso di specie la stessa parte ricorrente non è stata in grado di indicarne neanche uno.

Precedenti in materia già oggetto di pubblicazione (si vedano i provvedimenti del GT del Tribunale di Parma del 02/04/2004, pubblicati su *Guida al Diritto* del 22/05/2004) nella parte motiva pongono in rilievo, proprio quale presupposto per l'accoglimento del ricorso, tali caratteristiche della malattia invalidante: "ritenute sussistenti le condizioni di cui all'articolo 404 c.c. per poter provvedere alla nomina di un amministratore di sostegno e cioè, nel caso in esame, l'impossibilità *temporanea* di provvedere ai propri interessi a causa di menomazione fisica" ed ancora: "...ritenuto che la suddetta *menomazione non appare di gravità tale da giustificare una pronuncia di interdizione* alla luce dell'esame del beneficiario...".

Le considerazioni che precedono, perciò, non lasciano adito a dubbio: la gravità dell'inabilità del beneficiario sottoposto ad esame rende inaccoglibile l'istanza di nomina del solo amministratore di sostegno e, nel caso di specie, impone la trasmissione degli atti al P.M. in sede perché promuova l'azione di interdizione. Si Comunicati.

Nocera Inferiore, lì 08/07/2004
Il G.T. dott. M. D'Avino

Toghe Illustri

a cura della redazione

Piero Calamandrei

"L'amore dell'umanità, che è il riconoscimento della ugual dignità morale insopprimibile in ogni uomo, coincide in sostanza coll'operoso ed esaltante amore della libertà".

Piero Calamandrei

La biografia¹.

Nato a Firenze nel 1889, Piero Calamandrei si laureò in legge a Pisa nel 1912; nel 1915 fu nominato per concorso professore di procedura civile all'Università di Messina; nel 1918 fu chiamato all'Università di Modena, nel 1920 a quella di Siena e nel 1924 alla nuova Facoltà giuridica di Firenze, dove ha tenuto fino alla morte la cattedra di diritto processuale civile. Partecipò alla Grande Guerra come ufficiale volontario combattente nel 218° reggimento di fanteria; ne uscì col grado di capitano e fu successivamente promosso tenente colonnello. Subito dopo l'avvento del fascismo fece parte del consiglio direttivo dell'«Unione Nazionale»

fondata da Giovanni Amendola. Durante il ventennio fascista fu uno dei pochi professori che non ebbe né chiese la tessera continuando sempre a far parte di movimenti clandestini. Collaborò al «Non mollare», nel 1941 aderì a «Giustizia e Libertà» e nel 1942 fu tra i fondatori del Partito d'Azione. Assieme a Francesco Carnelutti e a Enrico Redenti fu uno dei principali ispiratori del Codice di Procedura Civile del 1940, dove trovarono formulazione legislativa gli insegnamenti fondamentali della scuola di Chiovenda. Si dimise da professore universitario per non sottoscrivere una lettera di sottomissione al «duce» che gli veniva richiesta dal Rettore del tempo. Nominato Rettore dell'Università di Firenze il 26 luglio 1943, dopo l'8 settembre fu colpito da

mandato di cattura, cosicché esercitò effettivamente il suo mandato dal settembre 1944, cioè dalla liberazione di Firenze, all'ottobre 1947.

Presidente del Consiglio nazionale forense dal 1946 alla morte, fece parte della Consulta Nazionale e della Costituente in rappresentanza del Partito d'Azione. Partecipò attivamente ai lavori parlamentari come componente della Giunta delle elezioni della commissione d'inchiesta e della Commissione per la Costituzione. I suoi interventi nei dibattiti dell'assemblea ebbero larga risonanza: specialmente i suoi discorsi sul piano generale della Costituzione, sugli accordi lateranensi, sulla indissolubilità del matrimonio, sul potere giudiziario. Nel 1948 fu deputato per «Unità socialista». Nel 1953 prese parte alla fondazione del movimento di «Unità popolare» assieme a Ferruccio Parri, Tristano Codignola e altri.

Accademico nazionale dei Lincei, direttore dell'Istituto di diritto processuale comparato dell'Università di Firenze, direttore con Carnelutti della «Rivista di diritto processuale», con Finzi, Lessona e Paoli della rivista «Il Foro toscano» e con Alessandro Levi del «Commentario sistematico della Costituzione italiana», nell'aprile del 1945 fondò la rivista politico-letteraria «Il Ponte». Morì a Firenze nel 1956.

L'approfondimento sulla figura di Piero Calamandrei è liberamente tratto dal discorso di Giuliano Vassalli da *I testimoni del Novecento*.

L'antifascista.

Piero Calamandrei, già aderente all'Unione Nazionale di Giovanni Amendola e firmatario come giovane professore del "Manifesto degli intellettuali" redatto da Benedetto Croce, partecipe delle proteste formulate, dal Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Firenze, da "Italia Libera" e dal Circolo fiorentino di cultura, contro il fascismo già al potere.

Fatto oggetto di minacce squadristiche contro le quali aveva tenuto un contegno dignitosissimo, collaboratore del foglio "Non mollare" e chiuso poi durante il ventennio nei suoi studi severi di diritto processuale civile e nella professione forense, era approdato nel 1941 in "Giustizia e libertà" e nell'anno successivo nel Partito d'Azione, costituitosi in Italia nella clandestinità. Ed a questa grande forza della Resistenza fu sempre vicino, rappresentandola nel 1945-1946 alla Consulta Nazionale e nel 1946-1948 all'Assem-



blea Costituente.

Piero Calamandrei della Resistenza fu inoltre tra i massimi interpreti e suo cantore.

Come scrisse Ferruccio Parri, "nella biografia di Calamandrei il momento della Resistenza è decisivo. Egli la visse - proseguì Parri in un discorso tenuto all'indomani della morte di Calamandrei - e la sentì con una passione più forte, più ansiosa che se avesse potuto parteciparvi. La intese e ne dette l'interpretazione storica con più acutezza e prima di qualsiasi altro". Tra gli altri molti amici ed estimatori di Calamandrei, che pur dovrebbero esser qui menzionati per i forti contributi in vario tempo forniti alla ricostruzione della sua figura, menzioniamo anche Alessandro Galante Garrone, che in uno scritto veramente poderoso intitolato "Calamandrei e la Resistenza" e pubblicato in un numero straordinario de "Il Ponte" del 1958, volle cogliere questa interpretazione della Resistenza data appunto da Calamandrei: "La guerra di liberazione fu, da parte del nostro popolo, la riscoperta della dignità dell'uomo. Il detto di Beccaria, secondo cui "non vi è libertà ogni qualvolta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi d'esser persona e diventi cosa", questa rivendicazione della dignità dell'uomo fu come l'epigrammatica definizione di ciò che nel suo momento più alto gli era apparsa la Resistenza: rivendicazione della libertà dell'uomo, persona e non cosa". Essa fu infatti la morale contro le torture inflitte dal nazismo e dai suoi satelliti all'Europa e nel mondo. La rivolta contro quel mare di sterminio che sembrò ad un certo momento dover sommergere tanta parte dell'umanità. Con questo richiamo a Beccaria e alla sua umanità confluirono in Calamandrei, nel tentativo di rendere l'idea profonda della Resistenza, quello che altri (come Cotta) chiamerà il suo "tesuto etico", il riferimento alla "religione di libertà" di Benedetto Croce e alla moralità di Giuseppe Mazzini. Non si può dimenticare che il padre di Calamandrei, Rodolfo, era stato deputato repubblicano (ad esso il figlio dedicò lo straordinario ricordo "Niente di mio"), che Calamandrei stesso era stato volontario nella prima guerra mondiale ed aveva avuto la ventura d'essere con il suo 218° reggimento di fanteria il primo ufficiale italiano a penetrare in Trento liberata e che insomma tutta la sua gioventù era impregnata di ideali insieme patriottici e libertari. Tutti questi filoni ideali gli sembrarono come convogliarsi nella lotta di liberazione, in una aspirazione di riscatto, che per

tanti e tanti si tradusse in un terribile e tuttavia consapevole sacrificio.

Il "cantore della Resistenza".

In gioventù Calamandrei era effettivamente stato poeta: così come continuò ad essere pittore ed autore letterario per tutta la vita. E poeta si era sempre mantenuto nell'animo, pur coltivando i suoi studi giuridici con il rigore dell'autentico scienziato. Il suo libro "Uomini e città della Resistenza", nel quale egli rievoca cento figure eroiche e ripercorre cento luoghi di combattimento e di sacrificio, anche se scritti in prosa, sono un autentico poema. La famosa lapide dettata per l'immaginario monumento a Kesselring ("Lo avrai - camerata Kesselring - il monumento che pretendi da noi Italiani, ma con che pietra si costruirà a deciderlo tocca a noi...") è poesia altissima, come quando rievoca le torture e lo strazio degli uccisi, quello dei borghi italiani incendiati:

*"non coi sassi affumicati
dei borghi inermi straziati dal tuo sterminio
non colla terra dei cimiteri
dove i nostri compagni giovinetti
riposano in serenità
non colla neve inviolata delle montagne
che per due inverni ti sfidarono
non colla primavera di queste valli
che ti vide fuggire
ma soltanto col silenzio dei torturati
più duro d'ogni macigno
soltanto con la roccia di questo patto
giurato tra uomini liberi
che volontari si adunarono
per dignità non per odio
decisi a riscattare
la vergogna e il terrore del mondo..."*

La lapide del cosiddetto monumento, con l'epigrafe dettata di Calamandrei, fu inaugurata a Cuneo il 21 dicembre 1952 dallo stesso Calamandrei, nel palazzo comunale, in memoria del ricordo delle stragi naziste in quella provincia, dall'eccidio di Boves in poi. Il discorso tenuto da Calamandrei in quella circostanza, che ricorda gli orrori della guerra, ma esprime fede in una Europa federata e nella solidarietà internazionale, è pubblicato nel volume *Uomini e città della Resistenza* poc'anzi menzionato.

¹ Tratto dalla rivista "Il Ponte".

Continua

Opinioni a Confronto

L'affidamento congiunto, luci ed ombre di una difficile scelta.

Per la rubrica Opinioni a confronto in questo numero della rivista abbiamo ascoltato voci autorevoli, creando un confronto di idee su un tema molto dibattuto negli ultimi mesi, ovvero l'affidamento congiunto o condiviso. L'affidamento dei figli di coppie separate o divorziate solitamente è stabilito a favore di uno dei due genitori, generalmente la madre, benché non sia una regola assoluta. Tuttavia, tutte le figure professionali che intervengono nel doloroso percorso della separazione e/o del divorzio - avvocati, magistrati, psicologi - sono d'accordo nell'affermare che la scelta monogenitoriale è sicuramente negativa per il minore, perché lo priva di tutti gli aspetti educativi e formativi connessi alla presenza di entrambi i genitori. Già nel 1987 è stato inserito nella legge che disciplina il divorzio, la n. 898 del 1/12/1970, l'istituto dell'affidamento congiunto. È attualmente al vaglio della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati una riforma in materia di affidamento congiunto, oggi definito anche condiviso. L'affidamento congiunto consiste nella possibilità per il Tribunale di affidare i figli di una coppia ormai in fase di divorzio, ad entrambi i genitori congiuntamente ed è previsto espressamente per i casi di divorzi in cui "il Tribunale lo ritenga utile nell'interesse dei minori, anche in relazione all'età degli stessi" ma viene applicato anche ai casi di separazioni. Il dibattito si è riaperto con una sentenza recentissima del Tribunale di Viterbo, dell'8 settembre 2004, che ha stabilito l'affidamento dei figli ad entrambe le figure genitoriali anche in presenza di profondi conflitti tra i due coniugi. Abbiamo chiesto un contributo all'avvocato familiarista Filomena Angiuni, presidente della sezione territoriale nocerina dell'Osservatorio nazionale della famiglia, specializzata in psicologia giurisdizionale minorile, Franca Bottiglieri, e al giudice del Tribunale per i minori di Salerno nonché presidente della Associazione italiana magistrati per i minorenni e la famiglia, Pasquale Andria.

Pasquale Andria

Oggi si preferisce parlare di affidamento condiviso quando si fa riferimento all'affidamento congiunto, che risponde ad un principio assoluto inattuabile dei diritti dei figli minori, quello alla bigenitorialità, ovvero il diritto a conservare il

rapporto affettivo, educativo con entrambi i genitori. Con il divorzio due persone smettono di essere coniugi, ma non potranno mai smettere di essere genitori. Di fatto l'affidamento monogenitoriale, previsto dall'articolo 155 del Codice Civile, è diventato un istituto ampiamente adottato. In giurisprudenza, inoltre, l'affidamento ad un solo genitore è stato esteso anche alle coppie di fatto, benché in questo caso sia il giudice per i minori a stabilirlo, mentre per le coppie ufficialmente coniugate l'affidamento è stabilito dal giudice del tribunale ordinario. Già da qualche tempo il legislatore ha messo mano ad una revisione della normativa in materia di separazione e di affidamento. È dello scorso 15 settembre un nuovo emendamento alla legge, elaborato e proposto dalla Commissione giustizia della Camera. Tale emendamento assume l'affidamento condiviso come regola generale da adottare in caso di separazioni, creando una notevole distanza con quanto accade comunemente oggi. L'affidamento condiviso è, in tale emendamento, elemento imprescindibile per la tutela del diritto principe del minore alla bigenitorialità, intendendo con tale termine il mantenimento di un rapporto significativo con entrambi i genitori. In altre parole l'affidamento condiviso realizza più coerentemente il principio della bigenitorialità, come diritto intransigibile del bambino. Personalmente ho qualche perplessità sull'affidamento condiviso come regola assoluta, soprattutto lì dove non vi è piena consapevolezza della significatività della genitorialità. Vero è, d'altra parte, che il Disegno di Legge esclude l'affidamento condiviso nei casi di forti conflittualità della coppia che si separa. Sempre secondo quanto proposto dal Disegno di Legge della Commissione giustizia, il giudice deve tener conto del progetto educativo presentato dai genitori al momento dell'inoltro della domanda di separazione. In tal senso al giudice è riservata solo una presa d'atto del progetto educativo presentato, tranne se quest'ultimo non è in palese contraddizione con l'interesse dei figli. La mia seconda perplessità riguarda appunto la riduzione dello spazio di controllo della giurisdizione, che per me è una scelta molto rischiosa, perché così facendo si rimette in modo esclusivo la tutela del diritto del minore ai genitori. I minori sono titolari di diritti, come ho avuto già modo di sottolineare, e devono avere una propria identità processuale. Dovrebbero avere un proprio tutore duran-

te il procedimento di separazione, perché i loro interessi sono altri rispetto a quelli dei genitori. Nella proposta di emendamento, l'affidamento condiviso è totalmente escluso solo se uno dei due genitori è "incapace", con evidenti problemi all'equilibrio psichico. Allora in quei casi il giudice può non dar luogo all'affidamento condiviso, anche in assenza di una pronuncia da parte del giudice per i minori. Insomma non è detto che l'affidamento condiviso sia sempre la cosa migliore. Come potrebbe non esserlo se non è sostenuto da idonei percorsi di mediazione. La legge già lo prevede, quasi come un obbligo imposto alle coppie in corso di separazione, quando di fatto la mediazione per sua natura non può essere obbligatoria. Inoltre diventa importantissimo definire il profilo del mediatore familiare, un ruolo che può essere affidato ad improvvisatori e ciarlatani, che provocano solo danni notevoli. Come è necessaria una specializzazione anche per il giudice, che deve essere un giudice per la famiglia e per i minori, evitando frammentazioni di competenze.

Filomena Angiuni

Il giudice ha la discrezionalità di verificare le condizioni dell'affidamento, ma è facile immaginare come, nella stragrande maggioranza dei casi i genitori sono impreparati ad affrontare il percorso legale che li porterà a dividere nuovamente le loro esistenze, ovviamente solo come coniugi. Sì, perché ciò che marito e moglie dimenticano troppo spesso è che, nonostante le distanze incolmabili che li hanno spinti a corre-

re da un avvocato per chiedere una separazione o un divorzio, hanno un legame che corre su binari differenti dal loro rapporto coniugale, ed è quello genitoriale. Ciò che va a modificarsi con la separazione è il loro stato coniugale e non il loro rapporto con i figli. Noi avvocati stiamo lavorando in questo senso, come Osservatorio nazionale e come Aiaf. La Convenzione Internazionale per i Diritti dell'Infanzia stabilisce una tutela assoluta del diritto del minore e rientra in queste coordinate la necessità per i figli di conservare lo stesso rapporto sia con il padre che con

la madre anche dopo il divorzio. Tutto ciò presuppone una educazione alla separazione, che oggi può essere fornita solo dalla figura del mediatore familiare. Il mediatore dovrebbe intervenire sempre avendo come obiettivo l'educazione di marito e moglie alla separazione e non nel tentativo di risolvere i conflitti o trovare un'alternativa alla separazione stessa. Con tali premesse c'è da dire che fino a poco tempo fa era ritenuto generalmente idoneo all'affidamento dei figli, salvo casi di reale incapacità, indegnità e quant'altro del genitore affidatario, la madre. Personalmente ho ottenuto qualche provvedimento che ha affidato i figli al padre, affiancato da un'altra figura parentale, ma sono rimasti soluzioni giudiziarie sporadiche. Tuttavia non va dimenticato che l'idoneità valutata in sede di separazione o divorzio riguarda sia il padre che la madre e che il "senso dalla maternità" oggi più che mai è forte e chiaro in entrambi i genitori. Solo quando il giudice ha valutato l'idoneità genitoriale, provvede all'affidamento, che non è né un premio, né una punizione, nonostante le inevitabili conseguenze di carattere psicologico. D'altra parte l'articolo 155 del Codice Civile impone di perseguire sempre il migliore interesse del minore, che di fatto si concretizza nel male minore. Nell'affidamento congiunto le decisioni su tutto ciò che riguarda i figli saranno prese da entrambi i genitori di comune accordo. Lì dove il Tribunale si rende conto che gli accordi presi dai genitori non rispettano il diritto dei minori, può decidere d'ufficio di intervenire e sentire anche solo i figli. Se nasce un conflitto sarà il giudice tutelare a prendere qualsiasi provvedimento. Tuttavia ciò che andrebbe sempre considerato come presupposto fondamentale ad una separazione il meno traumatica possibile è la preparazione dei coniugi a ciò che li attende. Infine non va dimenticato che è importantissima la specializzazione e ritengo che la nostra categoria sia ormai orientata in questo senso.

Franca Bottiglieri

Ritengo che l'affidamento congiunto possa essere una scelta efficace solo se i due genitori sono consapevoli di alcune dinamiche conflittuali, che inevitabilmente accompagnano una separazione e soprattutto se hanno seguito un percorso che va in tal senso. Nella mia esperienza, infatti, è stato raro incontrare casi in cui un tale percorso era

stato ipotizzato, sotto forma di richiesta di aiuto. Partiamo, però, un po' più da lontano. Quando ci si sposa o comunque si fa parte di una coppia di fatto, si acquisisce un ruolo coniugale e quindi un'immagine di sé che è quella del "coniuge". Tuttavia la presenza di figli sancisce l'acquisizione di un altro ruolo, quello del "genitore". Con la separazione viene meno l'immagine di coniuge, ma rimane la difficile condivisione della genitorialità. Tutto questo passa attraverso una serie di rancori, assenze, difficoltà che finiscono con il coinvolgere inevitabilmente i figli, soprattutto quando il giudice si pronuncia sull'affidamento dei figli. Accade così che il genitore non affidatario si ritrova a dover riconquistare il ruolo genitoriale. Nelle separazioni conflittuali, inoltre, tutto l'agito di rancori e rabbia rende una tale riconquista ancora più complessa, più dolorosa. Il genitore non affidatario, d'altra parte, spesso smette di combattere per il suo diritto alla genitorialità e il rapporto con i figli si "risolve" in un'assenza totale, un disinteresse forzato. Nella mia esperienza ho trovato spesso padri che, nel momento in cui fallisce la coppia, perdono interesse per i figli e il non chiamare i figli diventa un'arma di punizione per il coniuge («è colpa tua se nostro figlio non può avere un padre»). Vorrei aprire una parentesi sulla conflittualità delle separazioni - anche perché, per quanto vi siano casi di estrema civiltà, buona educazione e quant'altro si possa dire in merito ad una separazione che non raggiunge toni alterati e livori manifesti, ogni separazione, proprio perché tale, ha dei risentimenti forti sia pure trattenuti, mascherati. Premesso ciò, va detto che buona parte delle separazioni avviene perché molti coniugi non hanno la capacità di proteggere la coppia da influenze esterne, non sono in grado di creare la giusta distanza dalle famiglie di origine. Se a questo si aggiunge la difficoltà del genitore a "cedere" il figlio o la figlia, ovvero a separarsi dal figlio o figlia, creando uno spazio mentale di accettazione di una sua vita affettiva da adulto, ecco che la coppia è ad altissimo rischio. Quando in coppie come questa si arriva alla separazione, vi è una grossa difficoltà a recuperare il ruolo di genitore. In quei casi il compagno o la compagna sono vissuti come nemici dei figli, e non più solo un nemico nostro. Ecco allora che il genitore affidatario attua tutte quelle strategie educative, se così possiamo definirle, affinché il figlio non abbia gli attributi che ritiene negativi del carattere dell'ex coniuge. Dal punto

di vista del bambino, ogni separazione costituisce per il bambino una lacerazione del suo vissuto affettivo. Si sente scisso in due, vive una divisione - quando abbraccia il padre, sente di rifiutare la madre e viceversa, perché in una prima fase la conflittualità è fisiologica. Tale conflittualità si trasferisce simultaneamente dal terreno, fino a quel momento comune, del rapporto coniugale al terreno, che rimarrà sempre comune, della genitorialità. Il legame rappresentato dai figli diventa rifugio dei rancori coniugali. Nelle separazioni, con forte coinvolgimento emotivo, i coniugi tendono a mantenere un invischiamento altamente distruttivo per i figli, alimentando il conflitto. Si tratta di separazioni a rischio di cronicizzazione della conflittualità e il danno sul minore è direttamente proporzionale al prolungarsi del contenzioso. È ampiamente dimostrato che la conflittualità prolungata e aperta tra i genitori influisce negativamente sulla strutturazione della personalità del bambino. Tuttavia vorrei sottolineare che la maggior parte delle coppie ha difficoltà a chiedere aiuto spontaneamente, al fine di avere una consapevolezza piena dei danni che possono provocare ai figli e di quanto una separazione sia un passaggio delicato nella vita di una persona. La mediazione familiare potrebbe essere un ottimo strumento, che non ha lo scopo di affrontare le problematiche profonde della separazione, ma creare quelle condizioni necessarie affinché vi sia il minor danno possibile per i minori. È un percorso, infatti, seguito da quelle coppie che hanno già compiuto il passo della separazione. L'affidamento congiunto non può prescindere da un'attenta valutazione delle condizioni del minore e dei suoi rapporti con i genitori, da un progetto sul futuro del bambino, che non sia solo di tipo economico o giuridico. In particolare è indispensabile valutare attentamente la capacità della coppia a condividere positivamente l'area genitoriale, senza che questa diventi terreno di scontro e vendette reciproche, ambito privilegiato per la contesa dei figli. Va fatta un'attenta valutazione se alla separazione di fatto corrisponda una separazione psicologica, ovvero se entrambi i coniugi hanno elaborato il fallimento della coppia e la perdita del coniuge. Per concludere l'affidamento congiunto è un istituto ricco di possibilità per il bambino, ma è anche uno strumento delicato che può, se non bene utilizzato, non raggiungere l'obiettivo principale, che è quello di non privare i figli di uno dei due genitori.



Cima da Conegliano,
La Giustizia,
Galleria
dell'Accademia,
Venezia.

Historia et Antiquitates

a cura della redazione

foto archivio Altrastampa/Alfio Giannotti

La storia di Scafati.

Né la tradizione letteraria, né gli scavi archeologici eseguiti nella valle del Sarno hanno dato notizia della presenza di un insediamento umano, nell'odierna Scafati, durante la prima età del ferro (IX-VII secolo a.C.). Se si considera che gli scavi ese-



guiti nella valle in epoche diverse hanno restituito alla luce i sepolcreti di *Striano*, *S. Marzano sul Sarno* e *S. Valentino Torio*, si ha motivo di ritenere che la popolazione del protostorico, nel corso del proprio dislocamento lungo il Sarno, non ritenne opportuno insediarsi nell'area che oggi appartiene al comune di Scafati. La ragione è da ricercarsi nel rapporto intercorso fra l'area stessa e il primo nucleo abitativo di Pompei, fondato da genti oscche dedite al commercio più che all'agricoltura. Il fiume Sarno era il naturale tratto d'unione fra la costa campana e il suo immediato entroterra; su di essa infatti, già dai tempi della civiltà osca, correvano le imbarcazioni mercantili.

Il territorio di Scafati.

Riferendosi quindi al territorio di Scafati, è lecito dire che, relativamente ai primi segni di attività economica, prima dei campi, fu il fiume.

Due avvenimenti politici segnarono però l'estendersi dell'agricoltura verso Scafati: il primo fu conseguenza della politica commerciale di Napoli che orientò le proprie attività verso il retroterra vesuviano, il secondo va collegato a un fenomeno di riversamento dei sanniti più poveri delle mon-

tagne verso zone rimaste scoperte.

Durante le guerre sannitiche Roma legò Nocera ai suoi interessi economici e militari mediante un patto federale vantaggioso, grazie al quale il territorio della confederazione nocerina sarebbe rimasto esente da ogni influenza di legislazione romana e il popolo avrebbe continuato a organizzarsi secondo i tradizionali ordini, senatorio, equestre e plebeo, a garanzia, insomma, di una piena autonomia economica e amministrativa.

Dopo la prima metà del I secolo d.C.

Il territorio pompeiano continuava a godere dei benefici della fertilità del suolo e la popolazione a

fruire delle conseguenze degli intensi scambi commerciali con le altre regioni italiane, quando il terremoto del 62 e l'eruzione del 79 vennero a turbare una vita fondata sul lavoro e sull'agiatezza. Nella storiografia locale, tutta la campagna dell'*Ager Nucerinus* viene associata alla stessa sorte delle campagne pompeiane, ma in realtà le cose dovettero andare in altro modo.

I ritrovamenti effettuati nella zona dimostrano, infatti, che essa costituì una via di scampo, crean-

passava sotto la dominazione longobarda.

Il corso del fiume Sarno cessò di essere la linea di delimitazione tra i due principati, entrambi aspiranti a maggior gloria e potenza. Fu così che il territorio di Scafati rimase ancora assegnato al ducato di Napoli, ma la separazione fra i due stati non garantiva certa una pace sicura alle popolazioni poste lungo la linea di confine.

Nel corso del IX secolo, infatti, alcuni mutamenti politici portarono alla ridefinizione dell'assetto territoriale e dall'anno 848 il territorio di Scafati entrò a far parte, dal punto di vista politico e strategico, della valle del Sarno, passando dalla denominazione bizantina a quella longobarda del principato di Salerno.

Questi anni videro la popolazione della valle fare dura esperienza delle lotte intestine e dell'invasione mussulmana; a difesa delle scorrerie saracene venne elevata la torre, vicino al fiume.

La prima metà del XII secolo.

Sul suolo dell'Italia meridionale avevano già messo piede i Normanni e Ruggiero II dominava la scena militare e politica carezzando sogni di grandezza che diventeranno realtà nel 1140, allorché entrerà trionfalmente in Napoli, dopo duri scontri militari, diventando re di Sicilia e di Puglia, cioè di un potente stato, accentrato e unitario. Ciò portò sicurezza nelle campagne, perché determinò la cessazione delle furibonde guerre combattute fra i conti e i principi.

Con l'avvento della dinastia normanna il territorio continuò a essere prevalentemente demaniale (*il Catalogus baronum riporta notizia di un Signore a Lettere e di un altro a Nocera, e nulla più*) e tale rimase fino all'avvento degli Angioini. L'assenza di altri baroni nella valle conferma l'ipotesi della demanialità della zona, che era sottoposta a particolare amministrazione per ciò che concerneva il rendimento dei terreni e la loro concessione, ma a nessuna soggezione politica.

Quando quella stessa terra si avviò a ridiventare coltivabile e una popolazione iniziò a fermarsi per lavorarla e abitarvi, fu donata a Riccardo Filangieri da papa Innocenzo III, divenuto in quegli anni unico e vero padrone dell'Italia meridionale.

Continua

do dopo qualche tempo i presupposti per la continuazione della vita alla sparuta gente che era riuscita a salvarsi.

La vita economica riprese, quindi, a dispetto di ogni difficoltà, e la produttività agricola crebbe a tal punto da destare le mire dei duchi napoletani durante la dominazione bizantina, a partire dal VI secolo. La valle continuò a gravitare nell'area bizantina, finché, nel 601, Arechi, duca di Benevento, l'occupò dopo feroci devastazioni.

Nel 652, il principato salernitano.

Arechi, strappata Salerno al ducato di Napoli, costituì il principato salernitano, mentre Sarno

Un tratto
del fiume Sarno.

Tratto da: V. Cimmelli, *Storia di Scafati e di S. Pietro suo villaggio*, a cura di A. Pesce, Biblioteca Comunale di Scafati, 1997.

Historia et Antiquitates

di Teobaldo Fortunato

foto archivio Altrastampa/Alfio Giannotti

Villa Prete a Scafati.

Gli smisurati cantieri di scavo di Ercolano e Pompei, aperti nella prima metà del Settecento, tra meraviglia ed entusiasmi collettivi, hanno, agli occhi dei più, fatto ritenere che nell'area vesuviana, non vi fosse, fino al fatidico anno 79 d.C., nient'altro che valesse la pena riportare in luce.

Eppure, oggi siamo lontani dai tempi dei soprintendenti borbonici che annotavano, in maniera zelante, nei diari di scavo, "vasi e fabbriche di niun valore"!

Il Novecento ha reso giustizia agli innumerevoli ritrovamenti ad oriente ed occidente di Pompei, contribuendo, in tal modo a definire, talora nei dettagli, la ripartizione del territorio e gli insediamenti collegati dalle grandi strade che li attraversavano. Nel caso specifico di Scafati, le campagne di scavo archeologico, condotte con tenacia e perseveranza da Marisa de' Spagnolis, per oltre un decennio, hanno finalmente acclarato che nell'antichità ricadeva nel *suburbio* orientale di Pompei.

Il fiume Sarno costituiva inoltre un vero confine naturale. Due cippi, uno

miliario e l'altro con iscrizione, relativa ai quattro viri edili, Marcus Antonius Marci filius e Caius Cornelius Caii filius Fuscus, rinvenuti a Scafati, testimoniano l'esistenza di un ponte sul fiume che segnava in quel punto il limite di pertinenza dei territori nocerini e pompeiani.

Le due pietre miliari indicano, una, la distanza di sette miglia da Nuceria, l'altra che gli *ediles* ricostruirono il ponte a loro spese. Lungo la Nuceria-Pompeios, la grande arteria viaria, oggi ricalcata in parte dalla statale 18, furono edificati non solo imponenti monumenti funerari ma anche numerosissime domus extraurbane, spesso a scopo produttivo, appunto le ville rustiche. "Nel 1992, nei

pressi di via Torino, nel fondo di proprietà Prete, nel corso di normali controlli in occasione di sbancamenti per civili abitazioni, sono venute alla luce le strutture di una villa rustica romana seppellita dall'eruzione del 79 d.C. Già nel 1932 era stata identificata e nel 1934 in piccola parte esplorata da Matteo Della Corte". Così Marisa de' Spagnolis, in un ponderoso volume pubblicato di recente (cfr. la recensione in Campania Felix, n. 8, anno V), riporta la notizia della scoperta della villa. Un sigillo di bronzo ha restituito il nome dell'ultimo proprietario, N. Popidio Narcisso Maggiore.

Ciò che colpisce un perseverante turista che voglia tentare la non agevole visita al complesso (possibile unicamente previa autorizzazione della dott. Giuliana Tocco, Soprintendente archeologo di Salerno), è la sua estensione: ben ventiquattro ambienti ripartiti su 652 mq. al piano terra e 56 mq al piano superiore, secondo un preciso schema architettonico, di forma rettangolare, ma estremamente funzionale che l'avvicina alla celeberrima Villa della Pisanello di Boscoreale.

In comune avevano la stessa vocazione: lo sfruttamento agricolo dei terreni di pertinenza, finalizzato alla produzione di vino.

Fu edificata nel corso del I secolo a.C., verosimilmente seguendo un preciso progetto iniziale, ultimo all'epoca della grande commercializzazione dei vini pompeiani e sorrentini, dopo i rivolgimenti sillani, quando tutta l'area vesuviana fu di nuovo al centro di grandi traffici commerciali. I bolli sulle tegole di copertura forniscono sicuri elementi di datazione in quanto recano impresso il marchio di fabbrica di Lucius Eumachius e Lucius Saginius Prodamus, personaggi noti ed attestati a Pompei, tra la fine della repubblica romana e la prima età augustea. La disposizione degli ambienti, nonostante la tecnica architettonica sia spesso imperfetta ed approssimativa, si presenta tuttavia, organica e razionale.

Il nucleo abitativo ha subito rifacimenti durante il primo impero. A quest'ultimo periodo, risale il mosaico riferibile al III stile pompeiano del triclinio, la creazione del vano n. 5 e del *laconicum*, ricavato nell'atrio comunicante direttamente con la cucina. Qui fu installato anche il forno in funzione probabilmente del limitrofo *balneum*, ossia la piccola terma privata della casa. L'acqua calda vi affluiva attraverso lo spessore della parete ed era raccolta, in un *labrum* murato, il contenitore in terracotta dove l'acqua veniva profumata versan-

dovi essenze aromatiche, contenute in un *aryballos* di vetro, poggiato sopra. L'ambiente termale, riscaldato da una stufa, è ridotto al solo *calidarium*, al cui interno troviamo la vasca di ridotte dimensioni, sufficiente appena per una persona. La disposizione del vano, a ridosso della cucina segue in pieno i dettami di Vitruvio, che nel *De Architectura*, ribadisce il concetto della necessità dei bagni in una villa rustica, per fare in modo che gli schiavi possano lavarsi, nei giorni di festa, in quanto, ablazioni troppo frequenti rendono debole e fiacco il corpo. Quanto lontane tali prescrizioni dai moderni concetti di igiene personale!

Va tuttavia ricordato che, un secolo prima del grande architetto romano, Catone il censore aveva definito la servitù, *instrumentum vocalis*, considerando la voce, l'unico elemento di differenziazione dall'*instrumentum mutum*, cioè un comune utensile... Gli ambienti di maggior interesse sono sicuramente il triclinio, il *torcularium*, dove avveniva la premitura delle uve, la grandiosa cella vinaria, il *laconicum* e la stalla. Nel primo, vero centro della villa, le pareti erano rivestite di intonaco rosa, senza tracce di affreschi. Il pavimento, in cocchiopesto, conserva una serie di quaranta quadrati di mosaico, delimitati da tessere bianche con al centro una rosetta

bianca o nera. Il motivo decorativo, molto raro, in antico, è attestato a Pompei nella casa dell'Argenteria ed in una villa romana a Sant'Antonio Abate.

Il *torcular* è invece l'ambiente più grande di tutto l'edificio ed è in diretto rapporto con la cella vinaria. Rinvenuto completamente sigillato dai lapilli e dalla cenere dell'eruzione pliniana del 79 d.C., è l'unico vano in cui né clandestini, né forse i suoi abitanti tornarono, all'indomani del tremendo cataclisma, per recuperare suppellettili ed oggetti preziosi. Era dotata di un soppalco, conserva tutti i bacini di premitura e gli attrezzi ad essi connessi, al contrario della cella, da cui furo-

no asportati tutti i *dolii* i grandi contenitori fittili atti a contenere il vino, il bene più importante della villa.

Dalle impronte ancora evidenti dell'interro, si evince che vi fossero alloggiati sessantuno *dolii*, divelti, usando strumenti metallici. Tre soltanto sono ancora in situ, nel settore centrale. Molto interessanti sono gli incassi di pali di legno posti nel cortile per sostenere stuoie o qualche altro materiale che ombreggiasse i grandi vasi nelle giornate particolarmente calde, nonostante fossero dotati di grandi coperchi, gli *opercula* e sovrastati da scudi, i *tectoria*. Il *laconicum*, in stretto rapporto con gli ambienti termali, è di ridotte dimensioni e conserva sul lato orientale, due pilastri di eguale larghezza che sostenevano una panchina lignea; una nicchia nel muro, consentiva alle persone sedute sulla panca, di poggiare comodamente le braccia, durante la *sudatio*. L'ampia corte inoltre, fungeva da raccordo tra il blocco più propriamente abitativo della villa e la *pars rustica*. Al centro, è collocato un pozzo, contornato da quattro pilastri intonacati. Accanto vi è ancora una secchia di bronzo per attingere l'acqua, il catino di terracotta per contenerla, una piccola vasca di tufo, una elegante anfora ed uno ziro interrato. L'ambiente più impressionante dell'intero complesso è la stalla. Collocata nell'angolo sud orientale della struttura, in aderenza alla cucina, è stata rinvenuta come il *torcular*, completamente sigillata dal lapillo.

Qui, sono stati rinvenuti gli scheletri di un cavallo e di un cane, adagiati sulla nuda terra battuta. Entrambi avevano ancora al collo un anellino di ferro ed un campanello di bronzo. Uniche presenze di vita, rimaste nella villa, senza possibilità alcuna, di scampo e di fuga.

La corda impedì loro la salvezza dall'immane tragedia che si stava consumando.

In quel nefasto giorno d'agosto di duemila anni fa, anche dalla casa di Popidio Narcisso, forse riuscirono tutti a fuggire, trovando, ci piace pensare, riparo verso Nuceria, più lontana dal Vesuvio, ma ospitale e sicura.

Nessuno ebbe probabilmente il tempo necessario a liberare i fedeli amici domestici, che pur avranno avuto un nome, compagni di avventure e giorni più lieti. Rimasti sepolti sotto le tegole del tetto crollato, come altri simili in altrettante ville vesuviane, a Boscoreale, e Stabia ad esempio, testimoniano tuttora il valore e la vicinanza agli umani, dall'alba del mondo.



Particolare degli scavi di Villa Prete.



Deontologia Forense

Il procedimento disciplinare.

L'avvocato Remo Danovi, che, aderendo all'invito rivolto dalla Scuola di Formazione, ha tenuto una interessante lezione su "I principi fondamentali della deontologia forense", presso il Tribunale di Nocera Inferiore, ci ha inviato, in anteprima, il primo capitolo del suo nuovo libro sul procedimento disciplinare, di prossima pubblicazione.

Rivolgiamo al collega Remo Danovi un sincero ringraziamento per la Sua non comune cortesia.

CAPITOLO I LA POTESTÀ DISCIPLINARE

1. La potestà disciplinare.

1. Il fondamento della potestà disciplinare degli organi forensi è posto dall'articolo 38, secondo comma della legge professionale (r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578) in termini estremamente sintetici: "gli avvocati che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare".

Sul piano sostanziale, la norma è totalmente carente data la latitudine delle espressioni (*abusi e mancanze e fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale*), che non permette di individuare alcuna specifica statuizione, la cui violazione importi la sottoposizione dell'iscritto al procedimento disciplinare. Né una migliore specificazione può venire dal fatto che l'articolo 12 della stessa legge professionale richiama ugualmente i principi di *dignità e decoro*, senza particolari precisazioni. Dispone infatti l'articolo 12 l.p.f. che "gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia".

Se ne è tratta allora la conclusione che non può essere riconosciuta esistente una vera e propria potestà disciplinare degli organi forensi avendo questi ultimi soltanto poteri sanzionatori, cui non sarebbe ricollegabile la potestà di determinare le specifiche regole da applicare, con l'ulteriore grave conseguenza che non potrebbe neppure essere inflitta una sanzione non essendo il fatto costitutivo espressamente previsto da alcuna norma (secondo quanto prescritto dal principio di legalità).



2. Senonché, di fronte a questa impostazione, la giurisprudenza ha sempre cercato di salvaguardare il sistema disciplinare, affermando ripetutamente, fin dalle prime decisioni, che la norma costituzionale fissata dall'articolo 25 cost. (per cui nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso) si riferisce soltanto alle sanzioni penali vere e proprie, e non si applica quindi alle sanzioni disciplinari¹.

In particolare, per attenuare tanto perentoria affermazione (per cui non sarebbe operante il principio di legalità) e salvaguardare gli innegabili diritti dei soggetti sottoposti a procedimento disciplinare, è intervenuta nel 1974 una decisione, giustamente considerata un *leading case*², che ha tentato di contemperare gli opposti principi, dichiarando innanzitutto che il soggetto passivo gode comunque sul piano processuale di una "situazione giuridica attraverso la preconstituita posizione di imparzialità dell'organo abilitato ad accertare le trasgressioni e ad infliggere le sanzioni". Sul piano sostanziale, poi, la sentenza ha affermato che deve riconoscersi l'esistenza di un vero e proprio ordinamento positivo fatto di regole rilevabili obiettivamente in un dato momento storico, con questa sintetica precisazione: "anche se si vuol dire che in materia disciplinare non vige, come nel campo del diritto penale, il principio della tassatività (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), sembra per altro evidente che anche la potestà disciplinare è contenuta entro precisi limiti sia per quel che riguarda la individuazione del precetto deontologico (precet-

to che anche se inespresso o espresso in forma generale è rilevato obiettivamente dalla coscienza sociale e dall'etica professionale in un dato momento storico), sia per quel che riflette il riscontro dell'avveramento della fattispecie prevista dal precetto e la conseguenziale irrogazione, in caso di riscontro positivo, della sanzione". Con la conseguenza che il sistema è perfettamente costituzionale, come pure è stato ripetutamente precisato in varie successive decisioni del Consiglio nazionale forense e della suprema Corte.

La giurisprudenza, dunque, ha sempre cercato di "salvare" l'ordinamento deontologico - contrariamente a quanto è accaduto, ad esempio, nell'ordinamento tedesco³ - affermando la necessità della individuazione dei precetti violati ma al tempo permettendo di ricavare di volta in volta tali precetti "dalla coscienza sociale e dall'etica professionale in un dato momento storico".

3. Ciò è stato ritenuto inappagante, e di qui è sorta e si è affermata la volontà di costruire un sistema ordinamentale rispettoso dei principi e delle garanzie assicurati dalle norme fondamentali. Si è pensato quindi (fin dagli anni '80) di raccogliere tutti i precetti deontologici in un corpo unitario, utilizzando e applicando poi tali regole espresse (anziché quelle inesprese o espresse in forma generale), senza paura di porre limiti alla coscienza sociale o all'etica professionale di un dato momento storico, ma anzi rivendicando la necessità di fissarne in quel momento i vari contenuti. Si è avviata così una attività di raccolta delle norme deontologiche, con la compilazione di un "codice deontologico forense", sulla base di un *procedimento induttivo* dalle decisioni disciplinari intervenute, che ha costituito il primo determinante passo per la tipicizzazione delle regole⁴.

4. Si è arrivati infine, sulla base di questi precedenti, e pur attraverso varie difficoltà, alla emanazione del *Codice deontologico forense*, approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 (con le modifiche successivamente introdotte il 16 ottobre 1999 e il 26 ottobre 2002): un codice la cui effettività deve essere riconosciuta sia per il potere spettante agli organi forensi, sia per l'avvenuto riconoscimento dello stesso codice da parte del Congresso forense⁵. In effetti, se il Consiglio nazionale forense ha il potere di sanzionare i comportamenti violatori delle norme deontologi-

che, è evidente che lo stesso Consiglio ha il potere-dovere di identificare le regole, la cui violazione importi appunto una sanzione. Non può essere infatti applicata una sanzione se non sia individuata la specifica trasgressione a un comportamento che avrebbe dovuto essere rispettato.

D'altro canto, l'effettività delle norme racchiuse nel codice ha avuto un riconoscimento anche al Congresso di Trieste del 1997: "in tal modo, si è aggiunto un vincolo ulteriore e cioè una *base contrattuale* (fondata appunto sulla accettazione congressuale) a quella formale istituzionale"⁶.

Nella sua struttura il Codice indica non solo i principi generali astratti (*le regole deontologiche*), ma anche i casi specifici più ricorrenti (*i canoni complementari*), con una equilibrata enunciazione di regole e comportamenti, che consente la completezza del sistema e la certezza che non restino casi impuniti (data anche la latitudine dei principi generali espressi e la norma finale che agli stessi si richiama). Il codice deontologico realizza dunque il principio di legalità, in osservanza del precetto costituzionale.

5. È significativo poi aggiungere che la stessa giurisprudenza più recente ha riconosciuto la potestà disciplinare affermando più volte il principio che "compete agli ordini professionali di emanare le regole di deontologia vincolanti per i propri iscritti, quale espressione di autogoverno della professione e di autodisciplina dei comportamenti degli iscritti: la violazione delle norme di etica professionale così stabilite, aventi valore di norme interne dell'ordinamento particolare della categoria, dà luogo a illecito disciplinare, che può essere sanzionato al fine di ricondurre i destinatari delle norme all'osservanza dei doveri che la categoria si è imposta"⁷. Da ultimo un ancor più importante riconoscimento è venuto dalla stessa giurisprudenza della Cassazione, con l'affermazione che "le norme del codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 si qualificano come norme giuridiche vincolanti nell'ambito dell'ordinamento di categoria, che trovano fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense"⁸.

Il principio è stato nuovamente affermato in una successiva decisione: sul presupposto, infatti, che il ricorso per Cassazione è consentito per violazione di legge, la Corte ha precisato che, "secondo un indirizzo che si va delineando nella giurisprudenza di questa Corte, nell'ambito della violazio-

ne di legge va compresa anche la violazione delle norme dei codici deontologici degli ordini professionali, trattandosi di norme giuridiche obbligatorie valevoli per gli iscritti all'albo ma che integrano il diritto oggettivo ai fini della configurazione dell'illecito disciplinare⁹.

Un indirizzo "che si va delineando": è di conforto constatare che il Codice deontologico, nella sua struttura e nelle sue disposizioni, è ormai riconosciuto espressamente come sistema vincolante per l'intera categoria, utile e necessario per il rafforzamento delle qualità della professione. È anche legittimo sperare che tale riconoscimento



non sia soltanto espressione formale dell'esistenza di un complesso di regole, ma sia condivisione e applicazione dei principi: è questo il mezzo più sicuro per migliorare l'immagine degli avvocati.

6. Ovviamente la potestà disciplinare si esprime nei confronti degli *avvocati* e dei *praticanti* (per il rinvio operato dagli artt. 57 e 58 reg. att.), e ora anche nei confronti delle *società tra avvocati*, come anche meglio diremo. Pertanto, tutte le volte in cui l'incolpato sia stato estromesso dalla categoria viene meno la potestà disciplinare: infatti la valutazione della condotta dell'incolpato non solo perde in questo caso qualsiasi carattere di rilevanza, ma non può addirittura essere compiuta dal giudice disciplinare il quale, in consequen-

za della definitiva esclusione dell'incolpato dalla categoria, ha perduto nei suoi confronti ogni potere giurisdizionale¹⁰.

Per gli stessi principi è da escludere la possibilità di procedere contro un avvocato... defunto, né è ammissibile l'intervento nel procedimento disciplinare di altri soggetti estranei (ad esempio, una associazione di giuristi), come meglio diremo.

Per contro è stato esattamente ritenuto che il consiglio dell'ordine è competente a giudicare il comportamento dell'avvocato, se pur nominato *magistrato onorario*, alla luce del modello deontologico professionale forense, non interferendo tale giudizio con l'organo di autogoverno della magistratura, che sarà chiamato a valutare violazioni del proprio modello deontologico¹¹.

7. Sempre per riaffermare la potestà degli organi professionali, non è consentita la cancellazione dagli albi su domanda del professionista che abbia in corso un procedimento disciplinare, come esattamente disposto dall'art. 37 l.p.f.¹². Sarebbe infatti facilmente eludibile la valutazione di un comportamento disciplinarmente rilevante se fosse consentito chiedere la cancellazione dall'albo o la rinuncia alla iscrizione (che è praticamente lo stesso), salvo poi fare istanza in tempo successivo per la reinscrizione.

Non sembra dunque esatta la spiegazione che è stata data dalla Cassazione, secondo cui "la ratio della disposizione si coglie, in sostanza, nella esigenza garantista di vietare che alla misura della cancellazione quale forma di autotutela il consiglio dell'ordine possa fare ricorso per via breve nei casi in cui il comportamento del proprio iscritto o abbia già dato luogo all'apertura di un procedimento disciplinare o debba dar adito ad una contestazione disciplinare (di riflesso ai fatti imputati in sede penale) con maggiore ampiezza di difesa dell'inquisito"¹³.

Infatti, la norma non è diretta a tutelare una esigenza garantista (dell'incolpato) da un possibile abuso del consiglio, ma proprio all'opposto di assicurare il rispetto delle norme deontologiche da parte dell'incolpato, che alle stesse potrebbe sottrarsi richiedendo la cancellazione dall'albo. Ciò non toglie che la disposizione potrebbe essere rivista, e la cancellazione volontaria resa possibile, ovviamente prevedendo l'esclusione della possibilità di una successiva reinscrizione.

8. La potestà disciplinare si attua attraverso gli

organi professionali, e cioè il Consiglio dell'ordine e il Consiglio nazionale forense. È stata esclusa la competenza del Consiglio di Stato, anche se la natura e funzione *amministrativa* dei consigli dell'ordine potrebbe far presupporre per coerenza la possibilità di impugnativa al giudice amministrativo. Ma ciò è stato appunto escluso con una motivazione analitica in cui si afferma che la stessa previsione normativa esclude l'affidamento al Consiglio di Stato di situazioni che in esclusiva, per legge, sono demandate al Consiglio nazionale forense¹⁴.

Ugualmente è stata esclusa la competenza del tribunale ordinario a valutare la fondatezza delle azioni disciplinari¹⁵.

È stato per altro affrontato il caso delle *conseguenze* che si riconnettono alla pronuncia di un organo forense che abbia disposto la sospensione dall'esercizio professionale. In questa situazione è stato deciso che la posizione dell'iscritto all'albo si configura come un diritto soggettivo: di conseguenza, il giudice ordinario può astrattamente conoscere della legittimità del provvedimento disciplinare di sospensione della professione d'avvocato, dedotta come *causa petendi* del giudizio promosso sulla responsabilità civile dei componenti del consiglio dell'ordine che abbiano partecipato alla deliberazione del detto provvedimento¹⁶.

9. Quanto infine all'esercizio concreto della potestà disciplinare è stata ritenuta dalla giurisprudenza sufficiente la mera volontarietà dell'azione, indipendentemente dal dolo o dalla colpa. È irrilevante dunque che il professionista non abbia previsto o non abbia voluto l'effetto della condotta: è sufficiente, infatti, la volontarietà dell'azione per sanzionarne il comportamento¹⁷.

Il principio è ora stabilito nello stesso codice deontologico forense (art. 3, *Volontarietà della condotta*), per cui "la responsabilità disciplinare discende dalla inosservanza dei doveri e dalla volontarietà della condotta, anche se omissiva".

Ogni atto volontario e cosciente, pertanto, che sia obiettivamente contrario ai doveri di condotta gravanti sul professionista, è suscettibile di sanzione disciplinare, anche se il professionista abbia per errore creduto che l'atto da lui compiuto non fosse professionalmente scorretto.

La condotta può essere anche omissiva, come abbiamo detto; e infatti la sanzione può essere inflitta anche quando siano accertate *mananze*,

cioè vere e proprie omissioni o negligenze. È certo che in tal caso è difficile individuare una "volontarietà" della condotta (si pensi alla mancata proposizione di un appello); tuttavia il riferimento alla volontarietà unita alla mancata osservanza dei doveri professionali permette di cogliere anche in tali casi il profilo disciplinare. Nel caso di mancanze, infatti, la valutazione deve essere compiuta sui comportamenti tenuti ed essa si rivolge a indagare se la mancanza commessa sia del tutto occasionale o fortuita oppure se ad essa si accompagni una particolare incuria o trascuratezza o negligenza. In tale secondo caso potrà essere inflitta una sanzione disciplinare¹⁸.

Ovviamente l'illiceità disciplinare prescinde dalla determinazione dell'entità del danno causato al cliente: il fine del procedimento disciplinare non è infatti quello di tutelare interessi privati, bensì quello di salvaguardare la dignità e il decoro della classe forense¹⁹.

1 Così espressamente è la giurisprudenza più remota: Cass., sez. un., 10 aprile 1959, n. 1070; Cass., sez. un., 19 gennaio 1970, n. 109; Cass., sez. un., 25 maggio 1976, n. 1882; Cass., sez. un., 17 febbraio 1983, n. 1197 per cui "vertendosi in materia di infrazioni non penali, il legislatore non è tenuto ad adottare i paradigmi della fattispecie tipica e tassativa".

2 Cass., sez. un., 25 novembre 1974, n. 3810, nella motivazione, in *Foro it.*, 1975, I, 33-35. Si veda anche G. Gorla, *Note a margine di un "codice deontologico forense"*, in *Giust. civ.*, 1984, II, 501. Negli stessi termini, successivamente, Cass., sez. un., 12 gennaio 1993, n. 269, e ancora, da ultimo, Cass., sez. un., 5 maggio 2003, n. 6766, per cui "la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione ben può collegarsi a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività in cui il giudice opera, poiché all'esercizio del potere disciplinare, quale espressione della potestà amministrativa, sono estranei i precetti costituzionali concernenti la funzione giurisdizionale".

3 Si veda al riguardo il nostro scritto, *Il fondamento della potestà disciplinare nell'ordinamento deontologico*, in *Corriere giurid.*, 1988, 763, e nel volume *L'indipendenza dell'avvocato*, Milano, 1990, 23.

In effetti, la Corte costituzionale tedesca aveva precisato in una prima decisione del luglio 1987 che la norma astratta non poteva essere concretizzata dagli stessi organi forensi, poiché questi non avevano un potere legale di individuare i comportamenti specifici deontologicamente scorretti (salva la necessità di applicare misure indispensabili al funzionamento della giustizia). E più dettagliatamente ancora, in una seconda decisione del novembre 1987, la Corte costituzionale tedesca aveva ritenuto che non fosse applicabile a carico di un avvocato il principio posto dagli organi forensi di non pubblicizzare la propria attività attraverso la stampa (in modo tale da dare un aspetto sensazionale al caso trattato): mancando infatti una normativa *legale* in questo senso, e non avendo base legale le specifiche direttive deontologiche, il comportamento tenuto dall'avvocato non poteva essere sanzionato. È evidente la gravità di queste decisioni, che avevano lasciato un vuoto sostanziale e processuale in campo deontologico: non esistendo infatti una normativa dettagliata sulle infrazioni disciplinari, e non essendo riconosciuta la validità delle direttive degli organi forensi, cadeva la stessa possibilità di esistenza di un sistema deontologico e cadeva soprattutto la possibilità per gli organi forensi di giustificare il proprio potere disciplinare e di sottoporre a giudizio gli iscritti. Una vicenda, dunque, fondata su principi del tutto simili a quelli (allora) esistenti in Italia.

4 Si veda, infatti, il nostro *Codice deontologico forense*, Milano, 1984, nella introduzione. È stata questa la prima raccolta organica di

norme, come è spiegato nella introduzione del volume, che è stata realizzata utilizzando un particolare *metodo induttivo*. Sono state infatti raccolte nel maggior numero possibile le decisioni disciplinari intervenute del Consiglio nazionale forense e dei vari organi professionali, nonché della Suprema Corte di Cassazione, e si sono ricavate, *per induzione*, le regole che sono parse più rispondenti ai principi affermati nella decisione. Con ciò si è capovolto il metodo praticato usualmente nella attività giudiziaria (*per deduzione*, ricavandosi dalla norma esistente i criteri per risolvere i casi giudiziari concreti), e si è proceduto dai casi disciplinari per individuare le regole di volta in volta applicate, desumendole appunto dai comportamenti già oggetto di esame sotto il profilo disciplinare. Si sono pubblicate in definitiva sia le decisioni intervenute, sia le regole ricavate dalle decisioni, in modo da avere al contempo, in *unum*, sia il principio codificato (necessariamente generico e astratto) sia l'applicazione di tale principio: "dalla ricerca così impostata è sorto il *Codice deontologico*, che è raccolta di regole astratte e di comportamenti concreti, poiché ad ogni regola segue una esemplificazione di tutti i precedenti reperi e una nota di commento, che ne costituisce il legame e la sintesi".

5 Per questo e altri problemi inerenti la codificazione, si veda il nostro *Corso di ordinamento forense e deontologia*, Milano, 2003, 7° ed., 261, e soprattutto il *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2° ed., 2004, 3. Per l'attività spiegata dalla Commissione per la redazione del codice deontologico si vedano soprattutto i verbali pubblicati in *Rass. forense*, 1996, 685, e 1997, 309 e 575.

6 Si veda più diffusamente ancora il nostro *Commentario del codice deontologico forense*, Milano, 2° ed., 2004, 27. È significativo che nel codice deontologico forense si sia voluta riaffermare (all'art. 2) la potestà disciplinare degli organi forensi: "spetta agli organi forensi la potestà di infliggere le sanzioni adeguate e proporzionate alla violazione delle norme deontologiche". Con ciò recuperando la vera e propria potestà sanzionatoria e ricollegandola alla individuazione dei precetti.

7 Cass., sez. un., 12 dicembre 1995, n. 12723; e nello stesso senso, si sono espresse Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15600; Cass., sez. un., 10 dicembre 2001, n. 15601; Cass., sez. un., 10 giugno 2003, n. 9216, in *Rass. forense*, 2003, 899, che pure hanno giustamente fatto salvo il controllo di ragionevolezza.

Nello stesso senso, ancora, ad esempio, Consiglio naz. forense, 11 aprile 2003, n. 65, in *Rass. forense*, 2003, 592. Ma non solo. È anche significativo che le sentenze da ultimo intervenute abbiano espressamente richiamato il Codice deontologico forense e le specifiche norme in esso contenute (si veda ad esempio, Cass., sez. un., 26 ottobre 2000, n. 1135/SU); e la stessa Corte costituzionale con la decisione 11 giugno 2001, n. 189, abbia fatto richiamo al "Codice deontologico approvato dal Consiglio nazionale forense il 17 aprile 1997 (oltre che al Codice europeo approvato dal Consiglio degli ordini forensi europei il 28 ottobre 1998), quale modo per assicurare il corretto espletamento del mandato e giustificare, nei congrui casi, l'esercizio del potere disciplinare degli organi professionali". Con ciò recependo integralmente, nel procedimento disciplinare, la normativa deontologica realizzata.

8 Cass., sez. un., 6 giugno 2002, n. 8225, in *Rass. forense*, 2003, 130, nella motivaz., con nostro commento *Regole deontologiche e canoni complementari: un sistema efficace per la difesa della professione*. Ed infatti - spiega la Corte - spetta agli ordini professionali ("enti esponenziali della categoria") sia il potere di applicare le sanzioni previste dalla legge, sia la funzione di produzione normativa all'interno della categoria, attraverso l'enunciazione delle regole di condotta che i singoli iscritti sono tenuti a osservare nello svolgimento dell'attività professionale (così come anche precisato da Cass., sez. un., 23 gennaio 2002, n. 762). E in questa prospettiva le norme del Codice deontologico si qualificano come "norme giuridiche vincolanti" perché trovano appunto fondamento nei principi dettati dalla legge professionale forense (artt. 12 e 38). Ed ancora, la sentenza distingue esattamente le *regole deontologiche* dai *canoni complementari* ("questi ultimi intesi a tipizzare, nella misura del possibile, comportamenti nei rapporti con i colleghi, con la parte assistita, con la controparte, i magistrati e i terzi derivanti dall'esperienza di settore e dalla stessa giurisprudenza disciplinare, costituenti a loro volta mere esplicazioni delle regole generali"), e conclude riconoscendo l'importanza della disposizione finale (l'art. 60 del Codice deontologico che, nel chiarire che le previsioni specifiche del codice "costituiscono esemplificazioni dei comportamenti più ricorrenti e non limitano

l'ambito di applicazione dei principi generali espressi", si pone come norma di chiusura e integrativa dell'intero testo). In effetti abbiamo sempre sostenuto che le norme deontologiche sono da ritenere *norme giuridiche vincolanti* perché trovano il loro fondamento nell'art. 12 della legge professionale forense (che impone agli avvocati di adempiere il loro ministero con dignità e con decoro) e nell'art. 38 della stessa legge (che prescrive che gli avvocati che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione, o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale, sono sottoposti a procedimento disciplinare). Non deve essere confuso infatti il *contenuto* (che può essere etico, come avviene per molte delle disposizioni civili o penali), con la *natura* delle norme, che è determinata dal loro inserimento all'interno dell'ordinamento giuridico-professionale.

9 Cass., sez. un., 23 marzo 2004, n. 5776.

10 Cass., sez. un., 10 aprile 1959, n. 1070; Cass., sez. un., 22 luglio 1960, n. 2074. Si veda ora anche l'art. 1 del Codice deontologico forense (*Ambito di applicazione*): "le norme deontologiche si applicano a tutti gli avvocati e praticanti nella loro attività, nei loro reciproci rapporti e nei confronti dei terzi".

11 Consiglio naz. forense, 6 settembre 2002, n. 121, in *Rass. forense*, 2003, 100; Cass., sez. un., 10 giugno 2003, n. 9216, in *Rass. forense*, 2003, 899, per cui il magistrato onorario resta soggetto all'obbligo di rispettare le regole deontologiche della categoria di appartenenza.

12 Cass., sez. un., 15 ottobre 2003, n. 15406, per cui non è ammessa la cancellazione neppure in caso di rinuncia alla iscrizione; Cass., sez. un., 20 ottobre 1993, n. 10382, in *Giust. civ.*, 1994, I, 702, per cui "l'art. 37, comma 8, r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, secondo cui non si può pronunciare la cancellazione dagli albi degli avvocati e procuratori quando sia in corso un procedimento penale o disciplinare, è applicabile esclusivamente all'ipotesi in cui tale procedimento (penale o disciplinare) sia insorto successivamente all'iscrizione all'albo (e non è invocabile, pertanto, nel caso in cui sia stata disposta l'iscrizione pur in pendenza di uno dei tali procedimenti)".

13 Così Cass., sez. un., 20 ottobre 1993, n. 10382, in *Giust. civ.*, 1994, I, 702, nella motivazione.

14 Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, 24 ottobre 1978, n. 908, e T.a.r. Piemonte, 23 luglio 1980, in *Foro amm.*, 1981, I, 65.

15 App. Roma, 16 maggio 1968, in *Temi romana*, 1969, 57.

16 Cass., sez. un., 25 novembre 1974, n. 3810, in *Foro it.*, 1975, I, 33, e *Giust. civ.*, 1975, I, 390.

17 Cass., sez. un., 7 gennaio 1969, n. 23; Cass., sez. un., 19 gennaio 1970, nn. 109 e 110. Negli stessi termini, Consiglio naz. forense, 19 novembre 1999, n. 224, in *Rass. forense*, 2000, 328; Consiglio naz. forense, 9 dicembre 1999, n. 246, in *Rass. forense*, 2000, 588 ("è sufficiente la consapevole volontarietà del fatto"); Consiglio naz. forense, 23 novembre 2000, n. 190, in *Rass. forense*, 2001, 403 ("è sufficiente che la condotta sia cosciente e volontaria"); Consiglio naz. forense, 10 dicembre 2000, n. 257, in *Rass. forense*, 2000, 590; Consiglio naz. forense, 22 maggio 2001, n. 105, in *Rass. forense*, 2002, 105. È stato anche affermato che "non può essere ritenuto responsabile disciplinarmente il professionista che, a causa di una grave malattia, non sia in grado di intendere il valore sociale, professionale e giuridico dei suoi comportamenti (nella specie il professionista, affetto da grave malattia che lo aveva reso incapace di intendere e di volere, non aveva svolto l'attività quale difensore d'ufficio)": così Consiglio naz. forense, 23 novembre 2000, n. 188, in *Rass. forense*, 2001, 402.

18 Si veda più diffusamente il nostro scritto *Errore professionale: responsabilità civile e responsabilità disciplinare*, in *Resp. civ. prev.*, 1986, 467, e nel volume *Saggi sulla deontologia e professione forense*, Milano, 1987, 105. Si veda anche in particolare Cass., sez. un., 17 aprile 1963, n. 947; Cass., sez. un., 19 giugno 1970, n. 109, in *Giust. civ.*, 1970, I, 359 e in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 869, che precisa che si intende per "fatto" qualsiasi estrinsecazione di volontà cosciente del professionista diretta a ledere la dignità e il prestigio della classe forense, ovvero, comunque, vi incida negativamente in dipendenza degli effetti riflessi del comportamento moralmente riprovevole dell'agente; "ne segue come nella soggetta materia sia superfluo identificare la direzione soggettiva dell'offesa ed il fine proposto dall'agente, interessando soltanto rilevare la coscienza e volontarietà della condotta".

19 Principio assolutamente pacifico: Consiglio naz. forense, 23 novembre 2000, n. 190, in *Rass. forense*, 2001, 435.

Deontologia Forense

a cura della redazione

La Giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense.

Rapporti con i colleghi.

4. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti coi colleghi - Rapporti con i clienti - Dovere di colleganza - Omesso pagamento prestazioni procuratorie affidate al collega - Omesse informazioni al cliente - Illecito deontologico.

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che ometta di provvedere al pagamento delle prestazioni procuratorie affidate al collega a nulla rilevando l'eventualità che il credito per le competenze richieste dal collega domiciliatario non fosse ancora liquido ed esigibile, e che ometta altresì di dare comunicazione al cliente sull'esito della vertenza, a nulla rilevando il fatto che il cliente avesse cambiato indirizzo. (Nella specie è stata ritenuta congrua la sanzione della sospensione per mesi due).

14 Luglio 2003, n. 214, Pres. F.F. Alpa - Rel. Del Paggio - P.M. Iannelli.

(Rigetta il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Padova, 29 novembre 2001).

5. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti con i colleghi - Omessa comunicazione al C.d.O. di azione contro il collega - Illecito deontologico - Ipotesi di insussistenza.

Pone in essere un comportamento deontologicamente corretto l'avvocato che, agendo giudizialmente verso un collega ometta, ex articolo 23 c.d.f., di dare comunicazione al C.d.O. per il tentativo di conciliazione ove l'azione sia a carattere penale e sia stata iniziata per un reato ricorribile d'ufficio, non assoggettabile a conciliazione; il vincolo di colleganza, infatti, non può spingersi fino a invalidare il fondamentale dovere di fedeltà nella tutela degli interessi dei clienti e di una corretta esecuzione del mandato. (Nella specie è stato assolto il professionista a cui era stata inflitta la sanzione della censura).

21 Luglio 2003, n. 23, Pres. F.F. Alpa - Rel. Pace - P.M. Iannelli.

(Accoglie il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Castrovillari, 30 maggio 2002).

6. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti con i Colleghi - Omesso pagamento delle prestazioni procuratorie affidate al collega - Illecito deontologico.

Avvocato - Norme deontologiche - Dovere di colleganza e collaborazione - Omessi chiarimenti al C.d.O. - Illecito deontologico.

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che ometta di provvedere al pagamento delle prestazioni procuratorie affidate al collega ove il cliente non adempia. Infatti, in questa ipotesi, il rapporto si svolge essenzialmente tra il dominus e il domiciliatario e verso il primo si rivolge l'affidamento del corrispondente per la corretta e utile gestione della controversia, sia nel senso di ricevere con tempestività le informazioni sia nel senso di ottenere gli impatti dovuti per spese e diritti.

La mancata ottemperanza del professionista alla richiesta di chiarimenti da parte del C.d.O. costituisce illecito disciplinare poiché integra un comportamento non giustificato da esigen-

ze di difesa, intervenendo in un momento anteriore all'inizio del procedimento ed essendo contrario ai principi di solidarietà e collaborazione che impongono al professionista il rispetto delle disposizioni impartite dai competenti organi nella attuazione dei loro fini istituzionali. (Nella specie è stata confermata la sanzione della censura).

21 Luglio 2003, n. 233, Pres. F.F. Alpa - Rel. Salimbene - P.M. Ciampoli.

(Rigetta il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Bari, 4 aprile 2001).

Rapporti con i clienti.

4. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti con la parte assistita - Omesso svolgimento del mandato - Omesse informazioni al cliente - Illecito deontologico.

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che ometta di svolgere il mandato ricevuto e di dare informazioni al cliente sullo stato della causa, a nulla rilevando la sua affermazione di aver operato una certa scelta difensiva. Se è vero, infatti, che l'avvocato può operare le scelte difensive più variegiate, compresa la scelta di non depositare gli atti, nel momento in cui dichiara di aver effettuato una attività professionale deve poterla dimostrare. (Nella specie è stata confermata la sanzione della censura).

14 Luglio 2003, n. 226, Pres. F.F. Alpa - Rel. Bassu - P.M. Fedeli.

(Rigetta il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Roma, 1° giugno 2000).

5. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti con la parte assistita - Dovere di fedeltà - Difesa di parte con interessi divergenti - Illecito deontologico.

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che, nel tentativo di salvaguardare entrambi i suoi clienti, facendo peraltro prevalere uno spirito conciliativo, intimi a una sua cliente di provvedere al pagamento di quanto dovuto ad altro suo cliente, minacciando altrimenti di interrompere il suo rapporto professionale con lei. (Nella specie proprio in considerazione della volontà conciliativa, è stata ritenuta congrua la sanzione dell'avvertimento).

14 Luglio 2003, n. 228, Pres. Danovi - Rel. Stefanelli - P.M. Iannelli.

(Rigetta il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Treviso, 19 novembre 2001).

6. Avvocato - Norme deontologiche - Rapporti con la parte assistita - Omessa fatturazione degli acconti avuti - Azioni contro la parte per il pagamento del compenso - Omesso preventivo invio della nota relativa al compenso dovuto - Illecito deontologico.

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che non fatturi gli acconti ricevuti e agisca nei confronti dei clienti per il pagamento delle proprie spettanze omettendo di inviare preventivamente la nota delle proprie competenze. (Nella specie è stata confermata la sanzione della censura).

21 Luglio 2003, n. 232, Pres. F.F. Alpa - Rel. Scasselati Sforzolini - P.M. Ciampoli.

(Rigetta il ricorso avverso decisione del C.d.O. di Trieste, 10 dicembre 2001).

La Pagina dei Convegni

a cura della redazione

Taglia il nastro la Scuola "Fiorentino De Nicola".

La Scuola di Formazione Forense del Consiglio dell'Ordine nocerino, intitolata al compianto Fiorentino De Nicola, ha dato l'avvio ai suoi lavori lo scorso 11 settembre. Hanno partecipato alla cerimonia di inaugurazione i membri del Consiglio e la classe forense, rappresentata



ampiamente soprattutto dai giovani praticanti avvocati che sono i primi destinatari dei corsi che si terranno presso la Scuola a partire dalla fine di ottobre.

Sono intervenuti, portando il loro saluto, il procuratore generale presso la Procura della Repubblica della Corte d'Appello di Salerno, Vincenzo Verderosa, il procuratore presso la

Procura della Repubblica di Nocera Inferiore Domenico Romano, il presidente della Camera penale di Nocera Inferiore, l'avvocato Michele Alfano, successore nella carica a Fiorentino De Nicola prematuramente scomparso. Presenti anche i presidenti di diversi Ordini forensi della Campania, il sindaco di Nocera Inferiore, Antonio Romano, il sindaco di Sant'Egidio del Monte Albino, Roberto Marrazzo.

Riportiamo di seguito gli interventi del presidente del Consiglio forense, Aniello Cosimato, e del Direttore della Scuola Forense, Anna De Nicola, che hanno salutato l'iniziativa come foriera di ottime prospettive per la classe e, soprattutto, per i giovani praticanti che si affacciano alla professione.

I saluti del presidente dell'Ordine.

È per me motivo di altissimo onore aprire questa cerimonia di inaugurazione della Scuola Forense, voluta dall'intera Classe, creata dal Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nocera Inferiore ed intitolata alla memoria del compianto avvocato Fiorentino De Nicola. Un sincero ringraziamento rivolgo alle autorità intervenute, che dimostrano con la loro presenza l'importanza dell'evento. Un caloroso ringraziamento va anche ai componenti del Consiglio di amministrazione, al direttore, al segretario ed al tesoriere della Scuola di Formazione. Il Consiglio dell'Ordine degli avvocati di Nocera Inferiore ha sempre dimostrato una particolare sensibilità verso i problemi della formazione professionale, prima con l'istituzione di corsi intitolati alla memoria del compianto avvocato Michele Ciarlo, volti a fornire alle giovani leve dell'avvocatura le necessarie cognizioni per potere affrontare con sufficiente tranquillità l'esame di abilitazione alla professione e, poi con la istituzione di corsi di elevatissimo livello in specifiche materie. Oggi siamo entrati nel vivo di una fase nuova che richiede un fervore ed un impegno ancora più alto per allinearci ad un giusto orientamento che considera il ruolo degli Ordini sempre più come garanti delle qualità professionali dei propri iscritti. Le Scuole Forensi, organizzate dagli Ordini con la partecipazione di docenti universitari e magistrati, dovranno fornire all'avvocato ed al praticante gli elementi di una moderna professionalità per raggiungere e mantenere adeguati livelli di preparazione, perché l'aggiornamento non rappresenta soltanto un dovere deontologico ma un vero e proprio diritto dell'avvoca-

to. Il livello di conoscenza richiesto per l'esercizio della professione intellettuale deve permanere lungo tutto l'arco di tempo in cui il professionista esercita la professione stessa.

Emerge, quindi, la necessità di una formazione continua e regolamentata costituita da un insieme di teoria e pratica, necessità già recepita in vari paesi europei mediante il riconoscimento del ruolo istituzionale delle scuole. Gli Ordini Forensi devono essere preparati a svolgere, nell'interesse generale ed in condizioni di piena autonomia ed indipendenza, questi compiti sul terreno della formazione professionale, dell'aggiornamento, della deontologia e della disciplina che rappresentano le basi della stessa identità professionale, in tal modo l'avvocatura mediante un adeguato livello etico e culturale potrà riappropriarsi del ruolo socialmente rilevante che le compete. Alla III Conferenza Nazionale delle Scuole Forensi, svoltasi di recente a Taormina, è stata affermata la centralità delle Scuole Forensi e la doverosa dotazione delle stesse di adeguate risorse umane e finanziarie tali da assicurare la presenza sul territorio di strutture caratterizzate da standard formativi e qualitativi omogenei nella prospettiva di una obbligatorietà di frequenza. Il Consiglio, nel recepire queste necessità e nella consapevolezza che la conoscenza consente all'avvocato di stare sul mercato dei servizi professionali di cui ne deve accettare le regole che disciplinano la qualità l'efficienza e la competitività a protezione degli interessi degli utenti, ha istituito la Scuola Forense. La nostra Scuola Forense, su unanime voto consiliare, è stata intitolata alla memoria dell'avvocato Fiorentino De Nicola, già presidente della Camera Penale del Circondario, commemorarne la figura mi riesce particolarmente difficile per l'intenso rapporto di amicizia che mi onoro di avere avuto con Lui, e per avere seguito con trepidazione il periodo della sua malattia, le mie possono essere definite nostalgie per un amico scevro da ogni retorica di circostanza. Egli fu un uomo onesto, generoso e leale in ogni suo rapporto umano e professionale. Amava la professione come amava la vita e ha vissuto la professione come strumento di crescita interiore. Al centro del suo agire professionale vi era veramente la cura scrupolosa e puntuale degli interessi a lui affidati con piena, intelligente e sensibile fedeltà al mandato che doveva assolvere con una dedizione totale alla professione forense ed ai valori della toga. Impartiva ai giovani le

nozioni fondamentali ed indispensabili per la vita professionale, insegnamenti fatti più da azioni che di parole, di comportamenti in linea con la deontologia professionale. Il forte temperamento non gli faceva mancare l'equilibrato buon senso che non lo portava mai ad esasperare le situazioni delicate e difficili a lui affidate. Il suo impegno politico fu ispirato da forti passioni ideali: ecco perché la folla che gremiva e saturava la chiesa parrocchiale di Santa Maria del Presepe in quel pomeriggio dell'11 agosto del 2003, quando è stata celebrata la sua profonda religiosità e la spontanea fede in Dio non esprimeva una partecipazione formale e distaccata. È con questi sentimenti che voglio ricordarlo oggi a voi tutti alla signora Marisa Martorelli ad Armando, Alessandro, Emanuele e Laura De Nicola che dovrà assolvere al delicato compito di direttore della Scuola Forense.

I saluti del direttore della Scuola Forense.

In qualità di direttore della Scuola di Formazione "Fiorentino De Nicola", porgo il saluto a tutti gli intervenuti ed il sentito ringraziamento per il vivo interesse mostrato alla iniziativa, in cui, mi si consenta dirlo, personalmente, credo fermamente. L'esigenza di una preparazione seria e di un aggiornamento costante, infatti, in particolare per una professione, quale la nostra, sono particolarmente sentiti e ad essi dobbiamo doverosamente tendere tutti: operatori, cultori del Diritto, componenti degli Ordini Forensi e, soprattutto, responsabili e componenti delle Scuole Forensi. Anche in virtù di ciò, come molti dei presenti sapranno, già da alcuni anni, mi sono dedicata, insieme a validi colleghi, all'organizzazione dei corsi per i praticanti avvocati, nonché all'organizzazione di convegni, su temi di particolare interesse e rilievo. Tengo ad evidenziare che il nostro Ordine e gli altri Ordini Forensi della Campania hanno voluto e dato vita all'istituzione di una Consulta Regionale, che si riunisce periodicamente, già da più di un anno, cui prendiamo parte tutti i direttori ed i responsabili delle Scuole Forensi della regione, che sta portando avanti un programma di formazione unitario, in linea con l'orientamento del Consiglio Nazionale Forense. Non mi dilungherò oltre, al riguardo. Mi si consenta, soltanto, ora, però, a nome di mia cognata Marisa e dei miei nipoti, Armando, Alessandro ed Emanuele, e, soprattutto, a titolo personale, non con poca emozione, di ringraziare tutti i presenti



L'avvocato Remo Danovi relatore per la prima lezione della Scuola di Formazione Forense. Un momento della lezione.

e coloro che, insieme a me, hanno voluto, prima di tutto con profondo affetto, oltre che con sincera stima, che la nostra scuola si chiamasse "Fiorentino De Nicola". Non posso dire molto, l'emozione, non credo me lo consentirebbe. D'altra parte Fiore è stato ricor-

dato negli affettuosi e brillanti interventi di coloro che mi hanno preceduto: colleghi, magistrati, operatori di giustizia, che lo hanno conosciuto, apprezzato e amato per lo spessore e la professionalità, ma anche e forse soprattutto per la carica di umanità e l'amore per la Toga, che lo hanno, da sempre, contraddistinto. Non posso fare altro che unire la mia alle voci che stamattina si sono levate in questa aula in suo onore; aggiungo soltanto, da sorella, dalla persona che, sin da bambina, ha condiviso tutto, tante cose con suo fratello, con quel fratello "speciale", come ero solita definirlo, che Fiore, stamattina, è qui con noi, tra noi, in questa "sua aula", dove, tante volte, anche nei momenti più difficili della sua esistenza, si è sempre battuto ed ha lottato in nome di nobili ideali; per quella Toga che considerava un vessillo, "la sua bandiera" di uomo libero, ed in virtù di quel credo, che spero, e sono sicura, ha contribuito, cosa a cui teneva particolarmente, a trasmettere soprattutto ai colleghi della nuova generazione; a quei giovani, che tanto ha amato, e che, devo dire commossa, lo hanno amato, ed in cui tanto credeva, considerandoli, a ragione, il futuro stesso dell'Avvocatura. Grazie a tutti, di cuore.

La "prima" della Scuola Forense.

Il 16 settembre scorso, presso l'aula "Emilio Alessandrini" del Palazzo di Giustizia di Nocera Inferiore, si è tenuto il primo incontro di studio organizzato dalla Scuola. Relatore di eccezione l'avvocato Remo Danovi, componente del Consiglio Nazionale Forense, che è intervenuto sul tema fondamentale per l'avvocatura, la deontologia forense. L'incontro ha suscitato il vivo interesse della classe forense, dimostrato dall'intensa partecipazione e dai numerosi interventi dei presenti. Il consenso ottenuto dal primo appuntamento formativo, siamo sicuri, vista l'attenzione mostrata dagli iscritti al Foro nocerino, sia per la Scuola Forense "Fiorentino De Nicola" foriero di sempre nuovi e importanti successi.

Notizie dal Consiglio dell'Ordine

a cura della redazione

Esami di avvocato, con tante novità...

Con l'approssimarsi della sessione 2004 degli esami di abilitazione alla professione di avvocato, si ritiene utile pubblicare il relativo bando come di seguito riportato.

Si porta a conoscenza dei giovani colleghi che il rappresentante dell'Ordine Forense di Nocera Inferiore nella detta sessione è l'avvocato Mario Cretella.

Bando di esame per l'anno 2004 per l'iscrizione negli albi degli avvocati presso le varie sedi di Corti d'Appello
(pubblicato nella G.U. n. 57 del 20 luglio 2004 - 4a serie speciale)

Il Ministro della Giustizia

VISTI il regio decreto-legge 27 novembre 1933, n. 1578, convertito con modificazioni nella legge 22 gennaio 1934, n. 36, relativo all'ordinamento delle professioni di avvocato; il regio decreto 22 gennaio 1934, n. 37 contenente le norme integrative e di attuazione del predetto; la legge 23 marzo 1940, n. 254, recante modificazioni all'ordinamento forense; il decreto legislativo C.P.S. 13 settembre 1946, n. 261, contenente norme sulle tasse da corrispondersi all'Erario per la partecipazione agli esami forensi, come da ultimo modificata dal D.P.C.M. 21 dicembre 1990, art. 2 - lettera b); l'art. 2 della legge 24 luglio 1985, n. 406; la legge 27 giugno 1988, n. 242; la legge 20 aprile 1989, n. 142; il D.P.R. 10 aprile 1990, n. 101; la legge 24 febbraio 1997, n. 27, relativa alla soppressione dell'albo dei procuratori legali e a norme in materia di esercizio della professione forense; il decreto legge 21 maggio 2003, n. 112, convertito, con modificazioni, nella legge 18 luglio 2003, n. 180, recante modifiche urgenti alla disciplina degli esami di abilitazione alla professione forense; VISTO il D.P.R. 15 luglio 1988, n. 574 contenente le norme di attuazione dello statuto speciale per la regione Trentino Alto Adige in materia di uso della lingua tedesca e della lingua ladina nei rapporti dei cittadini con la pubblica amministrazione e nei procedimenti giudiziari e succ. mod., nonché l'art. 25 D. Lgs. 9 settembre 1997, n. 354, che istituisce la sezione distaccata in Bolzano della Corte di Appello di Trento; RITENUTA l'opportunità di indire una sessione di esami di Avvocato presso le sedi delle Corti di Appello di Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento, Trieste, Venezia e presso la sezione distaccata di Bolzano della Corte di Appello di Trento per l'anno 2004; VISTO il Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165; VISTA la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

DECRETA

Art. 1

È indetta per l'anno 2004 una sessione di esami per l'iscrizione negli albi degli Avvocati presso le sedi di Corti di Appello di Ancona, Bari, Bologna, Brescia, Cagliari, Caltanissetta, Campobasso, Catania, Catanzaro, Firenze, Genova, L'Aquila, Lecce, Messina, Milano, Napoli, Palermo, Perugia, Potenza, Reggio Calabria, Roma, Salerno, Torino, Trento, Trieste, Venezia e presso la sezione distaccata in Bolzano della Corte di Appello di Trento.

Art. 2

1. L'esame ha carattere teorico-pratico ed è scritto ed orale.
2. Le prove scritte sono tre. Esse vengono svolte sui temi formulati dal Ministero della Giustizia ed hanno per oggetto:
a. la redazione di un parere motivato, da scegliersi tra due questioni in materia regolata dal Codice Civile;
b. la redazione di un parere motivato, da scegliersi tra due questioni in materia regolata dal Codice Penale;
c. la redazione di un atto giudiziario che postuli conoscenza di diritto sostanziale e di diritto processuale, su un quesito proposto, in materia scelta dal candidato tra il diritto privato, il diritto penale ed il diritto amministrativo.
3. Le prove orali consistono:
a. nella discussione, dopo una succinta illustrazione delle prove scritte, di brevi questioni relative a cinque materie, di cui almeno una di diritto processuale, scelte preventivamente dal candidato, tra le seguenti: diritto costituzionale, diritto civile, diritto commerciale, diritto del lavoro, diritto penale, diritto amministrativo, diritto tributario, diritto processuale civile, diritto processuale penale, diritto internazionale privato, diritto ecclesiastico e diritto comunitario;
b. nella dimostrazione di conoscenza dell'ordinamento forense e dei

diritti e doveri dell'avvocato.

Art. 3

Le prove scritte presso le sedi indicate nell'art. 1 si terranno alle ore nove antimeridiane nei giorni seguenti:
-14 dicembre 2004: parere motivato su questione in materia civile;
-15 dicembre 2004: parere motivato su questione in materia penale;
-16 dicembre 2004: atto giudiziario su quesito proposto, in materia di diritto privato, di diritto penale e di diritto amministrativo.

Art. 4

1. La domanda di ammissione agli esami di cui all'art. 1, redatta su carta da bollo, dovrà essere presentata, entro il 16 novembre 2004, alla Corte di Appello competente.
2. Si considerano prodotte in tempo utile le domande spedite a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento entro il termine di cui al precedente comma. A tal fine fa fede il timbro a data dell'ufficio postale accettante.

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

4. Le domande stesse dovranno essere corredate dai seguenti documenti soggetti all'imposta di bollo (Euro 10,33):

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

b. certificato di compimento della pratica prescritta, ai sensi del combinato disposto dell'art. 10 del R.D. 22 gennaio 1934, n. 37 e degli artt. 9 del D.P.R. 10 aprile 1990, n. 101, come sostituito dall'art. 1 legge 18 luglio 2003, n. 180 e 11 del D.P.R. 10 aprile 1990, n. 101;

Dovrà essere altresì allegata la ricevuta della tassa di Euro 12,91 (dodici/ novantuno) per l'ammissione agli esami versata direttamente ad un concessionario della riscossione o ad una Banca o ad una agenzia postale, utilizzando il Modulare F/23, indicando per tributo, la voce 729/T. Allo scopo si precisa che per "Codice Ufficio" si intende quello dell'Ufficio delle Entrate relativo al domicilio fiscale del candidato.

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

6. I candidati hanno facoltà di produrre dopo la scadenza del termine stabilito per la presentazione delle domande, ma non oltre i venti giorni (24 novembre 2004) precedenti a quello fissato per l'inizio delle prove scritte, il certificato di cui al n. 4 lett. b) del presente articolo. Il termine perentorio di cui sopra sarà da considerarsi osservato solo se il certificato perverrà (e non sarà meramente spedito) alle Corti di Appello entro il termine stesso. Ciò al fine di consentire alle commissioni il rispetto del termine previsto dall'art. 17 R.D. 22 gennaio 1934, n. 37.

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

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

Art. 5

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

Art. 6

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

2. Sono ammessi alla prova orale i candidati che abbiano conseguito, nelle tre prove scritte, un punteggio complessivo di almeno 90 punti e con un punteggio non inferiore a 30 punti per almeno due prove.

3. Sono considerati idonei i candidati che ricevono un punteggio complessivo per le prove orali non inferiore a 180 punti ed un punteggio non inferiore a 30 punti per almeno cinque prove.

Art. 7

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

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

Art. 8

Con successivo decreto ministeriale saranno nominate la Commissione e le Sottocommissioni esaminatrici di cui all'art. 1 bis della legge 18 luglio 2003, n.180.

Roma, li 8 luglio 2004

IL MINISTRO



Notizie dal Consiglio dell'Ordine

a cura della redazione

Una dignitosa sala Avvocati.

Come preannunciato nel secondo numero della rivista con l'articolo "La sede dell'Ordine cambia volto", il Consiglio ha proceduto alla realizzazione di una dignitosa sala Avvocati e di una più razionale sistemazione degli uffici.

Con l'acquisto di qualche altra scrivania e due postazioni per computer, peraltro già deliberate, la sala Avvocati potrà significare anche un luogo di aggregazione oltre che di lavoro.

E poiché il raggiungimento di obiettivi palesemente utili alla categoria non esonera i "soliti noti" dal seminare pettegolezzi, si ritiene opportuno ripercorrere sinteticamente le tappe che hanno consentito la realizzazione su riportata.

Affidamento dell'incarico al progettista.

Con la delibera n. 11 del 3 maggio 2004 il Consiglio, unanime, affida l'incarico per la progettazione dei lavori di ampliamento all'ingegnere Francesco Cesareo.

Approvazione del progetto.

Con la deliberazione n. 15 del 15 giugno 2004 il Consiglio approva il progetto e dà mandato al Tesoriere di acquisire tre preventivi presso ditte specializzate.

Scelta della ditta ed affidamento incarico.

Con la delibera n. 17 del 5 luglio 2004 il Consiglio procede all'apertura delle buste presentate dalle seguenti ditte: Gefra Costruzioni di Francesco De Risi da Pagani; Debra Costruzioni da Pagani; Edilire sas di S. Sicignano da Pagani.

Risultando più conveniente l'offerta della ditta Gefra Costruzioni (-9,83%), i lavori vengono aggiudicati a quest'ultima con la direzione dell'ingegnere Francesco Cesareo.

Conclusione dei lavori e consuntivo finale.

I lavori hanno termine il 10 settembre scorso e l'ingegnere Cesareo, in data 20 settembre procede al collaudo degli stessi e al deposito del consuntivo che, a fronte del computo preventivato, fa registrare una somma maggiore in quanto "in fase di esecuzione dei lavori, si sono rese necessarie ed imprescindibili alcune opere per la funzionalità e l'estetica della ristrutturazione dell'intervento".

Liquidazione fatture.

Con delibera n. 21 del 30 settembre 2004, il Consiglio autorizza il pagamento della fattura n. 17 del 16 settembre 2004 emessa dalla ditta Gefra Costruzioni per un importo di € 11.179,07 e della parcella dell'ingegnere Cesareo per un importo pari a € 2.000,00.

La spesa è stata imputata, rispettivamente, sui capitoli 19) e 9) del Bilancio 2004.

STATISTICHE ISCRITTI (IN FORZA)

| | Ordinari | Speciali | Professori | Stranieri | Totale |
|---------------|----------|----------|------------|-----------|--------|
| CASSAZIONISTI | 103 | 4 | 0 | 0 | 107 |
| AVVOCATI | 802 | 9 | 5 | 0 | 816 |
| TOTALE | 905 | 13 | 5 | 0 | 923 |

| | | | |
|-----------------|-----|--------------------------|------|
| PRAT. SEMPLICI | 223 | CASSAZ. E AVVOCATI | 923 |
| PRAT. ABILITATI | 281 | PRAT. SEMPL. E ABILITATI | 504 |
| TOTALE | 504 | TOTALE ISCRITTI | 1427 |

STATISTICHE ISCRITTI PER SESSO (IN FORZA)

| | Ordinari M • F | Speciali M • F | Professori M • F | Stranieri M • F | Totale M • F |
|---------------|-------------------|-------------------|---------------------|--------------------|-----------------|
| CASSAZIONISTI | 95 • 8 | 3 • 1 | 0 • 0 | 0 • 0 | 98 • 9 |
| AVVOCATI | 445 • 357 | 4 • 5 | 4 • 1 | 0 • 0 | 453 • 363 |
| TOTALE | 540 • 365 | 7 • 6 | 4 • 1 | 0 • 0 | 551 • 372 |

| | | | |
|-----------------|-----------|--------------------------|-----------|
| | M • F | | M • F |
| PRAT. SEMPLICI | 97 • 126 | CASSAZ. E AVVOCATI | 551 • 372 |
| PRAT. ABILITATI | 108 • 173 | PRAT. SEMPL. E ABILITATI | 205 • 299 |
| TOTALE | 205 • 299 | TOTALE ISCRITTI | 756 • 671 |