Impegno Forense

Anno XII • n° 2/3 • Aprile/Settembre 2011

Registrazione Tribunale di Nola n. 70
del 4 aprile 2000

Rivista Trimestrale dell'Ordine degli Avvocati
del Circondario del Tribunale di Nola

E-mail: impegnoforense.nola@libero.it
On line: www.ordineavvocatinola.it

Testata Associata all'A.STA.F.

Direttore Editoriale
Giuseppe Boccia
Consigliere Delegato

Direttore Responsabile
Salvatore Esposito

Coordinatore Redazione
Gianmario Sposito

Redazione
Antonella Addeo, Almerina Bove, Gioia Capolongo, Pietro D'Antò, Vittorio Manzi, Gerardo Parisi, Angelo Pignatelli, Sabatino Rainone, Vincenzo Sorrentino, Francesco Urraro.

Hanno collaborato a questo numero
Carmine Ambrosio, Paolo Carbone, Maria Cimmino, Teresa Daniele, Luisa delle Donne, Nicola Ferraro, Vincenzo Ianni, Antonello Iasevoli, Olga Izzo, Luciano Ruggiero Malagnini, Luisa Marotta, Vincenzo Nocerino, Caterina Passalacqua, Maria Grazia Russo, Ornella Sepe, Ida Sorrentino, Dora Tagliafierro.

Vignettista
Carmine Ambrosio

Direzione e Redazione
Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Nola
Piazza G. Bruno - Reggia degli Orsini
Tel. 081.5125640 - Fax 081.5125630

Progetto grafico ed Editoriale
G. Boccia, S. Esposito

Grafica e stampa
Tipolito Pisanti - Ottaviano - Na
tel. 081.8278106 - tipolito.pisanti@gmail.com
chiuso in tipografia 28 ottobre 2011

La collaborazione alla rivista è aperta a tutti i colleghi, i magistrati e gli operatori della giustizia. I contributi dovranno pervenire dattiloscritti e firmati, insieme ad una copia su compact disk o floppy disk per Personal Computer in formato Word (max versione 2007 o precedente) per Windows entro e non oltre il giorno 15 del mese precedente alla pubblicazione.
Gli originali, anche se non pubblicati, non verranno restituiti.
Gli autori si assumono la responsabilità del contenuto dei propri elaborati, delle opinioni e dei giudizi espressi.

In copertina: Logo del Premio Europeo in Comunicazione Giuridica «A.Sta.F.» - Città di Nola

Sommario

Editoriale - La crisi e il compito degli avvocati	3
L'intervista al Procuratore della Repubblica	5
Premio europeo A.Sta.F. «Città di Nola»	7
Liberalizzazione delle professioni	9
Mobbing	14
Part-time e trasformazione	18
Avvocati dipendenti	19
Brevi note sulla tutela del turista	21
L'avvocato ed il mandato	25
Mediazione finalizzata alla Conciliazione	28
Sostanze stupefacenti	31
La richiesta del «termine a difesa»	33
La responsabilità oggettiva delle società sportive	34
Calcio Avvocati Nola	36
... e Topolino va in Parlamento!	37
I rapporti con la Parte assistita nel Codice Deontologico Forense	39
Concorso «Napoli Cultural Classic»: - «Ubi tu ibi ego»	41
- Estratto da «Il mobbing sui luoghi di lavoro»	45
- L'inviolabilità del diritto alla privacy e il Parlamento	47
Occupazione provvedimentale	51
Rassegna di Giurisprudenza Civile del Tribunale di Nola	55
Rassegna di Giurisprudenza Penale del Tribunale di Nola	59
Mondo Legale	68
In fine - parole famose	68

Consiglio dell'Ordine degli Avvocati del Circondario del Tribunale di Nola

Biennio 2010-2011

Presidente	Avv. Maria Masi
Consigliere Segretario	Avv. Francesco Urraro
Consigliere Tesoriere	Avv. Arturo Rianna
Consigliere Anziano	Avv. Giuseppe De Liguori
Vice Presidente	Avv. Lucia Sibilla
Consiglieri	Avv. Luigi Barone
	Avv. Giuseppe Boccia
	Avv. Raffaele Boccia
	Avv. Umberto Caccia
	Avv. Italia Ferraro
	Avv. Aldo Maione
	Avv. Luigi Pascale
	Avv. Pasquale Piccolo
	Avv. Ciro Sesto
	Avv. Salvatore Travaglino

Associazioni

	Responsabili
A.I.G.A.	Avv. Massimiliano Castellone
CAMERA CIVILE	Avv. Alfonso Ferrante
CAMERA PENALE	Avv. Giuseppe Guida
SINDACATO FORENSE	Avv. Giuseppe Guarente
CAMERA MINORILE	Avv. Rossella Montano
A.I.A.F.	Avv. Giuseppina Manfredi
ASS. AVV. DEL LAVORO E DELLA PREVIDENZA	Avv. Giuseppe Gambardella
OSSERVATORIO NAZ. SUL DIRITTO DI FAMIGLIA	Avv. Lucia Sibilla
ASS. GIURISTI DEMOCRATICI	Avv. Paolino Fusco
S.I.G.E.E.	Avv. Dante Acierno
UNIONE GIURISTI CATTOLICI ITALIANI	Avv. Nicola Ferraro
ASSOCIAZIONE AVV. PREVIDENZA	Avv. Lucia Casaburi
ASS. FORENSE A. DE MARSICO Sede NOLA	Avv. Sabatino Raione
ASS. FORENSE di ACERRA A. DE SIMONE	Avv. Antonio De Matteis
ASS. FORENSE di CASALNUOVO	Avv. Raffaele Musella
ASS. FORENSE di MARIGLIANO	Avv. Pasquale Allocca
ASS. FORENSE di OTTAVIANO	Avv. F. Antonio Ragosta
ASS. FORENSE di PALMA CAMPANIA	Avv. Salvatore Graziano
UNIONE AVV. MANDAMENTO di POMIGLIANO D'ARCO (UAMPA)	Avv. Pasquale De Stefano
UNIONE AVV. MANDAMENTO di SANT'ANASTASIA (UAMSA)	Avv. Antonio Celati

Editoriale

La crisi e il compito degli avvocati

di Giuseppe Boccia
Direttore Editoriale

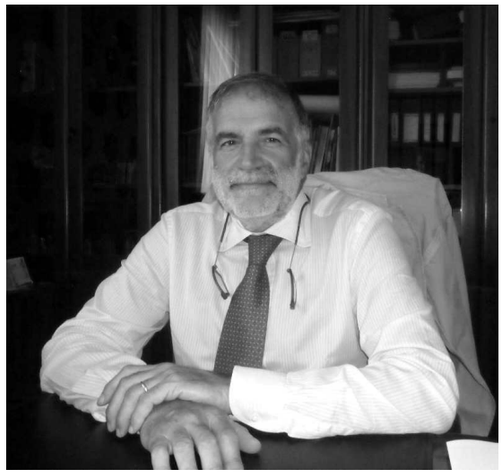
Con l'assemblea degli iscritti al nostro ordine, tenutasi il 6 ottobre scorso, abbiamo avviato la discussione sui probabili effetti negativi per la nostra professione delle norme dedicate al settore giustizia nell'ultima manovra economica del governo.
E nelle prossime settimane riprenderemo il filo di quella discussione e porteremo nei luoghi della società civile (le scuole, i municipi, i luoghi di lavoro) la nostra voce, per comunicare il nostro disagio per le difficili condizioni in cui esercitiamo la professione nell'attuale momento storico e per rendere più pregnante il ruolo dell'avvocatura nella società, quale presidio di legalità e giustizia.
Conosciamo e condividiamo le preoccupazioni dei colleghi per la forte contrazione del lavoro nei nostri studi. I fogli bianchi nelle nostre agende di lavoro aumentano progressivamente e ciò è tanto più allarmante in un territorio, come quello in cui operiamo, nel quale il lavoro degli avvocati è costituito in maniera largamente prevalente da affari contenziosi. Le crescenti difficoltà che incontrano i giovani colleghi a trovare spazio nella professione fanno il paio con le pari difficoltà dei colleghi più anziani a rimanere nel mercato del lavoro.
D'altra parte, il vertiginoso aumento delle richieste di ammissione al gratuito patrocinio è un inequivocabile segnale dell'impoverimento reale della società nella quale viviamo.
Ciò, peraltro, ha delle ricadute negative anche nelle relazioni tra colleghi e tra questi e la propria clientela: negli ultimi tempi sono aumentate sensibilmente le richieste al Consiglio dell'Ordine dei pareri di congruità sugli onorari professionali, per l'evidente difficoltà di trovare un'intesa, giusta ed equilibrata, con i propri assistiti in ordine al compenso delle prestazioni professionali rese e, prima ancora, per la gravita della crisi economica, che sta letteralmente svuotando le tasche della gente; e sono, del pari, aumentate le segnalazioni, da parte dei clienti e degli stessi colleghi, di comportamenti di rilevanza disciplinare e, talvolta, penale a carico degli stessi avvocati. Si tratta di chiari segnali del malessere che pervade la nostra attività, i rapporti professionali e, in senso più ampio, gli stessi rapporti sociali.
Il ruolo dell'avvocato nella società, un ruolo che, non a caso e almeno in linea di principio, il disegno di legge di riforma dell'ordinamento forense in discussione in questi giorni alla Camera intende rafforzare, volendo evidenziare il profilo pubblicistico e appunto la rilevanza sociale dell'attività di difesa dei diritti dei cittadini che è propria della professione forense, a noi pare stia inesorabilmente declinando. Un tempo all'avvocato era riconosciuta una forte capacità di rappresentanza delle istanze dei cittadini, un notevole peso specifico nella ricerca di soluzioni legali ai conflitti sociali; oggi, invece, l'avvocato, complice l'assoluta incapacità del sistema di dare una risposta adeguata e in tempi ragionevoli alla domanda di giustizia che si leva dalla società, vive una pericolosa crisi identitaria, che si traduce in una sfiducia dei cittadini verso la capacità dell'avvocato di risolvere i loro problemi. Si pensi alla rinuncia, sempre più frequente, da parte degli imprenditori, di rivolgersi all'avvocato per tentare il recupero, obiettivamente difficile e talvolta disperato, dei loro crediti; e allo scoramento che fa desistere molti cittadini dall'intraprendere la via giudiziaria per i tempi lunghissimi di definizione dei processi civili e penali e i costi enormi del ricorso alla Giustizia (sui quali gli ultimi provvedimenti economici del governo hanno inciso ancor più negativamente).
E' necessario allora "scendere in campo", dire con forza la nostra opinione, levare la nostra voce contro provvedimenti legislativi che indeboliscono la possibilità di vedere affermati i diritti dei cittadini e quindi la capacità degli avvocati di rappresentarne le legittime istanze. Come negare che le continue, "reclamizzate", riforme di ampi settori del diritto, quali il diritto societario, il diritto fallimentare e le molteplici riforme delle regole processuali civili, amministrative e penali, non hanno portato alcun risultato positivo in termini di deflazione del carico di lavoro dei magistrati, di accorciamento dei tempi di durata dei procedimenti, di miglioramento della qualità dei provvedimenti giurisdizionali, ed, anzi, hanno complicato le possibilità di difesa dei cittadini e quindi il lavoro degli avvocati (come era facile, un tempo, predisporre un'istanza di fallimento e come è diventato difficile oggi; come era semplice, un tempo, iniziare e seguire una procedura espropriativa mobiliare e immobiliare e come è diventato difficile, e spesso mortificante nei risultati, farlo oggi; come era rapida e soddisfacente, un tempo, un'azione di impugnativa di licenziamento o di pagamento di indennità lavorative e come è diventata lunga e spesso improduttiva oggi, per citare solo alcuni esempi).
E' necessario, ancora, denunziare l'assurdità di un sistema che alimenta le lungaggini processuali e così determina continui ricorsi alla magistratura per l'ottenimento del ristoro del "danno da ritardata giustizia", ricorsi che a loro volta inducono un aumento considerevole del carico di lavoro dei magistrati, finendo per generare nuove lungaggini e nuovi ricorsi (si è arrivati a richiedere il ristoro dei danni da ritardata giustizia per gli stessi processi della cd. legge Pinto !).
Occorre dire con decisione che è venuto il tempo di destinare risorse più adeguate alla Giustizia, assumendo nuovi magistrati e nuovi cancellieri (perché costerebbe infinitamente meno di quanto lo Stato paga per la sua incapacità di rendere giustizia in tempi congrui), magari utilizzando (come abbiamo proposto nell'assemblea del 6 ottobre) quelle stesse risorse che i cittadini offrono pagando i contributi unificati per l'iscrizione a ruolo dei procedimenti giurisdizionali, le marche da bollo per le copie, i diritti di segreteria e quant'altro.
E' evidente, infatti, che se i cittadini riacquisteranno fiducia nella Giustizia, ossia nella capacità dello Stato di riconoscere ed affermare i loro diritti attraverso la via giudiziaria, torneranno a credere nella capacità degli avvocati di rappresentarli, sottoscrivendo nuovamente quel patto di fiducia che li ha sempre legati agli avvocati, in un legame che prima ancora che connotati economici ha i caratteri più nobili dell'etica e della solidarietà umana.
Va da sé che dobbiamo fare la nostra parte, curando con maggiore impegno e professionalità la formazione e l'aggiornamento della nostra preparazione culturale, riaffermandone il valore primario e rendendo concreto l'esercizio della pratica professionale quale momento ineludibile (e insostituibile con surrogati di dubbio valore, quale i corsi teorici di formazione tenuti da soggetti che non sanno neanche cosa sia l'esercizio della rappresentanza dei diritti altrui), allontanando dalle nostre fila chi "legge" la professione con la lente del mercante, affidando la rappresentanza dei nostri interessi di categoria a chi degnamente e con il più alto senso morale interpreta la professione.
Se così faremo, non dovremo temere per il nostro futuro né dubitare della nostra capacità di essere protagonisti in un Paese e in una società rinnovati.

Intervista al Procuratore della Repubblica di Nola, Dott. Paolo Mancuso

di Gianmario Sposito
Coordinatore Redazione

L'intervista, condotta con la preziosa collaborazione del Direttore Responsabile, dott. Salvatore Esposito, tende ad informare tutti gli operatori di diritto circa le problematiche presenti sul territorio e la gestione delle stesse operata da parte dell'Ufficio di Procura. In un momento storico particolarmente delicato e difficile, la informazione e la adeguata conoscenza delle difficoltà, anche gestionali, che, sempre di più, emergono nel vivere quotidiano, impongono una compartecipazione ed una fattiva collaborazione affinché la macchina giustizia sia efficace ed allo stesso tempo garantista. Gli argomenti trattati denotano equilibrio e sinergia tra la Procura e gli Avvocati tutti impegnati, per le proprie professionalità, a migliorare il livello qualitativo di vita nel nostro amato territorio.

Domanda: Illustrissimo Procuratore, sul presupposto che il bacino di utenza sia considerevolmente ampio in riferimento al personale del quale si dispone, penso sia utile, intanto, che ci illustri quali sono i numeri con i quali vi confrontate.



Risposta: Il carico medio delle sopravvenienze, per quanto riguarda le iscrizioni di notizie di reato, è di circa quindicimila fascicoli l'anno ed è abbastanza stabile come dato. Siamo nell'ordine di millecinquecento fascicoli per sostituto. Si dispone di tredici magistrati con una presenza media di dieci sostituti; tra l'altro ci sono anche delle maternità che, ulteriormente, riducono il personale. E dunque ci confrontiamo con un carico di lavoro non gestibile in maniera ordinaria. Per altro, al mio arrivo, circa tre anni fa, c'era un carico pregresso spaventoso con la presenza di circa cinquantottomila fascicoli. Oggi, con un sistema di definizione rapida, siamo rientrati in una situazione, per dire, fisiologica. La Procura di Nola, nelle statistiche ministeriali, è quella che ha la maggiore attribuzione di fascicoli per sostituto, ma è anche quella che, nel distretto, ha un rapporto tra organico di magistrati e popolazione e tra magistrati in organico e definizione dei fascicoli più sfavorevole, nel senso che riusciamo a produrre tanta definizione pur avendo un minor numero di magistrati. Poco più svantaggiata di noi è Torre Annunziata: assieme abbiamo inviato una comunicazione al Ministero, in un certo qual modo adottata dai Consigli dell'Ordine, sulle difficoltà con le quali, quotidianamente ci confrontiamo. Stiamo lavorando assieme per ottenere una riorganizzazione basata sull'effettivo carico di lavoro.

Domanda: Considerato il numero elevato di notizie di reato, quali sono, se ve ne sono, le priorità sulla gestione?

Risposta: E' stata adottata la scelta di predisporre tre sezioni la cui costituzione determina, per se stessa, la priorità. La prima sezione si occupa di reati di natura finanziaria e contro l'economia, la seconda dei reati contro la Pubblica Amministrazione e l'ambiente ed infine, la terza, dei reati contro le cosiddette "fasce deboli" in materia di infortuni sul lavoro, di minori, del traffico di umani etc.. Poi c'è tutta la materia non specializzata che viene assegnata a pioggia. Credo oggi che una professionalità specifica debba avere una lungimiranza prospettica e dunque, di fronte ad una notizia di reato, il sostituto debba capire se si tratta di un fascicolo che nasce morto, ovvero meritevole di sviluppo: non abbiamo la possibilità di investire risorse in investigazioni, né noi, né la polizia giudiziaria. Si è cercato di sviluppare questo tipo di professionalità che nessuno ci insegna. E' un lavoro di convinzione. Bisogna cercare di sviluppare, all'interno del lavoro che fanno i nostri sostituti, quei pezzi di lavoro e di esperienza e cercare di ricavarne effettività. Non c'è scala di priorità che tenga che non parta dalla condivisione del sostituto. E' difficile creare delle priorità che vengano, in maniera pedissequa, seguite dal sostituto che a seconda della sua sensibilità individua la

priorità. I fascicoli fino al 2005, ed oggi, anche quelli del 2006, non sono trattati perché coperti da indulto e perché, per lo meno un terzo di quello che arriva in Corte di Appello si ferma lì nel senso che non ha futuro. Ha senso che tutti noi produciamo un vorticoso giro di procedimenti che restano soltanto carta? Bisogna selezionare il nostro lavoro all'arrivo e non alla partenza del fascicolo perché non ha senso che su quattrocento fascicoli solo cento avranno una terminazione fattuale. E quindi cerchiamo di razionalizzare in presenza di una mancanza di lucidità dell'intero sistema.

Domanda: Personalmente condivido l'approccio, anche in ragione dei sentimenti che raccolgo tra i colleghi relativamente alla effettività dell'azione penale. Riscontro che, per quanto attiene le priorità, non si prescinde da nulla, nel senso che il sostituto che è chiamato a disciplinare la notizia di reato, lo fa con scienza e coscienza e senza avere degli imput a "glissare" la trattazione di alcuni procedimenti. Se l'imprinting è questo, allora vuol dire che è garantito un effettivo status di diritto per ogni singola richiesta di ogni singolo cittadino. Esprimo condivisione anche al modus operandi sostanziato nel cercare di capire quali processi giungeranno al termine e, quindi, quanti processi saranno definiti. E' in atto una riorganizzazione del lavoro?

Risposta: E' importante che l'avvocatura partecipi alla organizzazione del nuovo programma che sarà varato nel 2012 al fine di rendere più effettiva la partecipazione alla organizzazione della giurisdizione sul nostro territorio.

Domanda: A differenza di qualche anno fa dove, a cagione di alcuni episodi, vi fu una forte tensione tra l'avvocatura e la magistratura, oggi si registra una inversione, o meglio, una rinnovata condivisione. Lei come interpreta questa collaborazione e, in termini di effettività, cosa di vantaggioso o di non vantaggioso è stato prodotto da questa collaborazione?

Risposta: Quella fase è stata una fase difficile e critica che ha portato, poi, ad una serie di meccanismi che hanno stemperato quella criticità e si è evidenziata una cosa per me chiara da subito e cioè che il clima esistente tra avvocati e magistrati a Nola è totalmente diverso da quello che ho lasciato a Napoli. Qui è molto più concreto il lavoro dell'avvocato e del magistrato. E' stato abbastanza chiaro che quel problema non è stato indotto dal Foro locale anche se vi aveva partecipato per poi prenderne le distanze. Uno dei risultati di questa collaborazione è stato il protocollo per la gestione delle udienze che, a mio parere, funziona bene al Tribunale collegiale ed in maniera alternata al monocratico. Dipende dal fatto che il Giudice Monocratico si trova a dover gestire un numero incredibile di fascicoli e questa è ancora una questione con la quale ci stiamo confrontando.

Domanda: Quale è l'atteggiamento che la Procura tiene relativamente agli abusi edilizi ed, in particolare, quali sono le indicazioni operate relativamente alla acquisizione del bene al patrimonio dello Stato in ragione della non effettività della sentenza in presenza della proposta impugnazione?

Risposta: Il problema dell'abuso edilizio è importante intanto per la presenza del numero di abusi che è altissimo, ma anche per il fatto che, in larga parte, si realizza su aree che sono pericolosissime e che andrebbero abbandonate. Ed è una follia che ci sia questo tasso così elevato di abusi nella zona vesuviana. Sulla questione abusivismo ci sono tre tipi di sanzioni e cioè il processo penale con il sequestro e la condanna, l'acquisizione dell' immobile al patrimonio del Comune o dell'Ente Parco e la demolizione. Quest'ultimo è uno strumento che i Comuni stanno già adottando ed, in alcuni casi, molto meritoriamente. La Procura Generale insiste moltissimo su questo strumento. Noi come Ufficio riteniamo che il vero effetto deterrente per gli abusi sia l'acquisizione, anche in ragione dei costi eccessivi per operare le demolizioni e, dunque, stiamo puntando, per l'appunto, sull'acquisizione. Il meccanismo è molto agevole nel senso che, arrivata la segnalazione dell'abuso al Comune, l'ufficio tecnico emette l'ordinanza di demolizione la cui inosservanza comporta automaticamente, ipso iure, la acquisizione del bene. Abbiamo effettuato incontri ripetuti sia con i Comandanti dei Vigili Urbani che con gli Uffici tecnici per rendere effettivamente automatico questo sistema. Stiamo avviando un corso di formazione che ha trovato l'entusiasmo della Prefettura e che dovrebbe permettere ai Vigili Urbani e agli uffici tecnici dei Comuni di essere avviati su una strada di automatismo verso questo strumento. Il Giudice penale, poi, quando arriva alla condanna non fa altro che subordinare la sospensione della pena alla riduzione del danno. Questa è una valutazione che, però, prescinde dal dato amministrativo, è un dato che si sviluppa tutto all'interno del processo penale ed alla fase dell'esecuzione della pena. Tanto è vero che nella fase amministrativa questo tipo di soluzione non entra in gioco.

Un anno di informazione passata al setaccio

Terza edizione del Premio europeo in comunicazione giuridica A.Sta.F. "Città di Nola"

La tv cattiva maestra di informazione nella Civiltà giuridica

di Salvatore Esposito
Direttore Responsabile
e Coordinatore Regionale A.Sta.F.

Se Niccolò Machiavelli potesse aggiornare la figura del suo "Principe", certamente enuncerebbe tra le qualità di un uomo di Stato moderno la capacità di controllare l'informazione. Un fine da giustificare con ogni mezzo.
Lo hanno capito a proprie spese tutti i leader degli stati totalitari della striscia del maghreb e dell'africa nord sahariana che da Tunisi arriva fino al Cairo passando per Tripoli, e alcuni anche del vicino Oriente. Le tragiche conseguenze della cosiddetta "primavera araba" sono sotto gli occhi di tutti e hanno fatto il giro del mondo, rimbalzate da un telegiornale all'altro. Una nuova pagina di storia della democrazia scritta col sangue dei vinti, in una zona del mondo dove le tradizioni socio-religiose e un totalitarismo imperante e sempiterno sembravano avere la capacità d'imbrigliare le aspirazioni di libertà connaturate nell'essere umano e ad esso inalienabili, a prescindere dalla latitudine in cui abbia la ventura di vivere.
Il potere della comunicazione!! Chi avrebbe mai immaginato che la notizia del tragico gesto di un giovane tunisino (Mohamed Bouazizi), che nel dicembre di un anno fa si dava fuoco su una piazza desolata della capitale di uno degli Stati africani più assolutistici, sarebbe stata la scintilla di una lunga lingua di fuoco che avrebbe percorso e sconvolto in lungo e in largo il mondo arabo a noi più vicino, cambiandone le sorti politiche.
Se una serie di Governi crollano, come tessere del domino, solo per una notizia, che racconta il dramma personale ed esistenziale di un ragazzo, che vedeva la sua vita in gabbia, senza futuro e senza speranza, oppressa da uno Stato liberticida e incapace di interpretare le aspirazioni di una giovane e vivace mente, si può comprendere che la più grande rivoluzione nella storia dell'umanità sono stati i mezzi di comunicazione di massa. Dall'invenzione della stampa a internet i canali, i rivoli e le condotte lungo le quali viaggia l'informazione sono veramente innumerevoli e incontrollabili. Capita così che il folle gesto di un uomo, risvegli le coscienze di un intero popolo e spinga a ribellarsi contro l'oppressore.
Diceva il sociologo americano Daniel Bell che «in una società industriale la risorsa strategica è il capitale, nella nuova società la risorsa strategica è l'informazione».
Innumerevoli notizie, quotidianamente, percorrono le vie dell'informazione; quante di queste influenzano, alterano e incidono sulla politica, l'economia, i costumi e le nostre stesse abitudini di vita e sul nostro modo di pensare? In una società che ha alienato i propri valori (fondanti), sacrificati sull'altare della libertà personale, senza riuscire a delimitarne i confini, dove tutto sembra giustificato o giustificabile e in cui si è sperimentato il nichilismo della religione e dei sentimenti più nobili, quale impatto ha sull'opinione pubblica il bombardamento delle notizie?
Sono trascorsi quattro anni dalla prima edizione del **Premio europeo in comunicazione giuridica A.Sta.F. - "Città di Nola"**, da quando cioè la proposta di un *Osservatorio permanente sulla informazione giuridica* ha trovato ampi consensi tra coloro che hanno condiviso con me un'idea e, credo, ancor prima, interpretato un'esigenza. L'esigenza di monitorare e tenere sotto osservazione i canali della comunicazione che collegano i fatti e le notizie legali e giudiziarie col grande pubblico e, in questo mare magnum indistinto, trovare ed evidenziare le eccellenze.
La terza edizione del Premio, che sarà celebrata il 19 novembre prossimo nella Reggia degli Orsini a Nola, sede del Tribunale, ha previsto tre sezioni: la *Sezione Nazionale*, con la premiazione dell'articolo o servizio pubblicato e del saggio edito in Italia. La *Sezione Europea* per l'articolo o servizio pubblicato in ambito Comunitario e la *Sezione Astaf* all'autore di un articolo pubblicato su una rivista aderente all'Associazione Nazionale Stampa Forense.
Dallo scorso anno, il Consiglio dell'Ordine di Nola è stato impegnato in una nuova mission: rendere il Premio una esperienza permanente, che duri un anno intero e in cui la cerimonia di consegna del riconoscimento al vincitore sia solo il momento culminante, l'acme, il traguardo alla fine di un percorso. Sono nati così gli "incontri di letteratura giuridica", in cui gli autori in nomination per il Premio hanno presentato le proprie opere. Si è aggiunto così un nuovo tassello ad un mosaico in continua evoluzione.
È innegabile che l'informazione giuridica ha assunto un peso e un'importanza fondamentali nella formazione dell'opinione pubblica nazionale. E non mi riferisco, in particolare, ai talk show televisivi che alimentano la gogna mediatica dividendo il Paese tra colpevolisti e innocentisti, orientando verso una "verità" che può essere smontata e riscritta nelle aule giudiziarie (come nell'omicidio di Meredith Kercher).

Ma agli articoli di commento (questi sì) ai cruenti fatti di cronaca, ai reportage e al giornalismo d'inchiesta, che mettono in luce i guasti e le eccellenze del sistema Italia, dentro e fuori le aule di giustizia, nelle carceri, nei luoghi di lavoro, che aiutano a capire, che spiegano il perché, che denunciano, che aiutano ad aprire gli occhi sulla realtà che ci circonda.
È in questo modo che i cittadini, che non sono "addetti ai lavori", si formano l'opinione sulle leggi, sul funzionamento della giustizia nel nostro Paese, sull'esistenza o meno di uno Stato di diritto, sulla reale separazione dei poteri e sullo scontro tra le istituzioni: traendo informazioni dai telegiornali, dai quotidiani, dai settimanali e anche dagli uffici stampa degli enti pubblici.
Immersi nella «modernità liquida», per dirla alla Zygmunt Baumann (sociologo polacco), nell'epoca della globalizzazione e delle innovazioni continue, tra fusion socio-culturali e cosmopolitismi, sbattuti dai flutti dei continui mutamenti, è veramente tutta colpa della tv o ci sono in giro dei complici?
La tv sembra aver instaurato con la realtà un rapporto patologico: per aumentare lo share e conquistare nuove fette di audience, ingurgita in maniera bulimica casi di cronaca nera, con la conseguenza che, sempre più spesso, la comunicazione giuridica giunge ai cittadini attraverso canali non tradizionali.
Certamente, come spiega Daniela Brancati nel suo "Occhi di maschio", edito da Donzelli, la televisione è colpevole soprattutto di aver perso la partita del buon gusto e della decenza. Ma è anche vero che l'assenza di proposte culturali unite al graduale impoverimento della qualità dei programmi, ha determinato, nell'era di internet, la migrazione di massa dei giovani verso forme di partecipazione attiva attraverso social network e piazze d'incontro virtuali.
In Italia, come in tutte le nazioni del mondo, c'è un fiume di informazioni che (in internet) attraverso blog, community, chat, post e quant'altro giunge ai cittadini, diffondendo e instillando la cultura giuridica che va a formare l'opinione collettiva e l'idea che questa ha della Giustizia.
Per fortuna non tutto è trash (spazzatura) ma tutto è indistinto, come il prodotto di un grande frullatore. Avere la capacità di distinguere ciò che è buono e ciò che è cattivo non sempre è facile.
In questo blob mediatico l'Italia e l'Europa sono immerse, per uscirne c'è bisogno di offrire più informazione giuridica, di migliore qualità, e anche libera. Ciò è possibile creando e stimolando nuove professionalità e premiando quelle esistenti nel campo della comunicazione giuridica perché garantendo una migliore qualità dell'informazione, si può giungere a un livello più elevato di democrazia compiuta.
L'informazione giuridica ha un difetto (se può dirsi tale) se non è accompagnata da adeguati approfondimenti, finisce per trasferire al cittadino notizie parziali, che diventano forvianti per l'opinione pubblica. Questo depistaggio informativo avviene sistematicamente quando c'è malafede nella comunicazione. Ne è prova l'eccessiva quantità di informazioni inutili accanto a quelle strumentali che, a volte, i media ci offrono (perché se il rapporto è di mezzo a fine, padroneggiando l'informazione si governa la comunicazione).
Cosa potrà salvare la Civiltà giuridica? La riscoperta della tradizione, dell'heritage, della storia e della memoria, può essere una via d'uscita per creare, formare, plasmare nuove identità, di persone capaci di scegliere, capire, essere consumatori consapevoli, coscienti e maturi, in grado di scegliere il prodotto migliore dagli scaffali del supermarket dell'informazione.

COMMISSIONE AGGIUDICATRICE 2011 del

Premio europeo in comunicazione giuridica A.Sta.F. - "Città di Nola"

Dott. Ottavio Lucarelli
Presidente del Consiglio Regionale dell'Ordine dei Giornalisti della Campania

Dott. Roberto Napoletano
Direttore responsabile de "Il Sole 24 Ore"

Avv. Geremia Biancardi
Sindaco del Comune di Nola

Avv. Maria Masi
Presidente del Consiglio Forense di Nola

Avv. Mario Rapanà
Presidente Astaf

Avv. Giuseppe Boccia
Direttore editoriale di Impegno Forense

Dott. Salvatore Esposito
Direttore responsabile di Impegno Forense

Appunti di sintesi sulla oggettività dei fini istituzionali degli Ordini/Collegi professionali ostativa alla liberalizzazione delle relative professioni, impropriamente finalizzata agli scopi economici

di Nicola Ferraro

La recente legge n. 111, di conversione del Decreto Legge n. 98/2011, all'art. 29 comma 1bis così dispone: *"Al fine di incrementare il tasso di crescita dell'economia nazionale, ferme restando le categorie di cui all'articolo 33, quinta comma, della Costituzione, sentita l'Alta Commissione di cui al comma 2, il Governo formulerà alle categorie interessate proposte di riforma in materia di liberalizzazione dei servizi e delle attività economiche; trascorso il termine di otto mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ciò che non sarà espressamente regolamentato sarà libero"*. Precisato che le categorie di cui al comma 5, art. 33 della Costituzione sono le professioni per le quali ***è prescritto un esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale***, la disposizione resta ugualmente dal significato incerto e dalla prescrizione incompleta, in quanto resta da intendere se le *categorie interessate* per le quali il Governo formulerà proposte di liberalizzazione per incrementare il tasso di crescita dell'economia nazionale sono solo quelle per le quali è richiesto l'esame di abilitazione o se, per contro, restando ferme le categorie di cui alla disposizione costituzionale, dette proposte riguardano solo le categorie prive dell'esame di abilitazione. Tanto, dovendosi considerare altresì che una liberalizzazione già esiste nel nostro ordinamento, dal momento che l'iscrizione agli albi non elimina una concorrenza interna tra gli iscritti esercitanti libera attività professionale (peraltro, come di seguito sarà rilevato occupandoci particolarmente della professione legale e di quelle sanitarie, disciplinata retributivamente per gli avvocati da decreto del Ministero della Giustizia e per il settore sanitario, essendo la stragrande maggioranza in rapporto di impiego, pubblico o privato, con disciplina economica contrattuale ex art. 39 Cost.). Pertanto, allo scopo di conoscere quale rilevanza può effettivamente avere la riportata disposizione di liberalizzazione è utile proporre una breve indagine sullo stato delle cose, dal momento che rispetto alle professioni sull'economia nazionale appare già incidere la mano pubblica! Qualora, poi, per *liberalizzazione* ai fini economici si vuole intendere il libero e incontrollato accesso alle professioni, senza alcuna valutazione dell'abilità professionale, a parte la palese violazione del nostro ordinamento (del quale in seguito si renderà conto) e specificamente della Costituzione, va molto oculatamente considerato se per perseguire un risultato economico (tra l'altro nel nostro contesto non agevole per quanto si è detto) non si dà luogo, per contro, ad effetti maggiormente dannosi per la società, prima che delle professioni interessate. Invero, la **tutela della salute**, propria dei sanitari, e la **pace sociale** a mezzo della giustizia, per gli avvocati, non perseguiti da soggetti idonei, perché riconosciuti abili, appunto con l'esame di abilitazione, producono effetti irrimediabili, di tale negatività da indurre a tenere conto opportunamente sotto il profilo legislativo del *criterio della prevalenza*, proprio della *prudenza del diritto* (giurisprudenza), tanto da non ritenere, *sic et simpliciter*, prevalente il momento economico, errore ormai riconosciuto dagli economisti pervadere in maniera diffusa l'attuale società, perché considerato prevalente senza alcun rapporto con altri valori da coordinare con l'economia. La necessità dell'essere umano di beni economici per la propria esistenza non ne costituisce l'unicità, come risulta palese ad una completa e verace lettura della realtà umana!

Si è obbligati, allora, a riconoscere la oggettività e per essa la *universalità*, vale a dire l'assenza di limiti temporali e spaziali, dei fini istituzionali degli Ordini/Collegi in genere e in specie di quelli dell'Avvocatura e di quelli sanitari, in forza dei fini naturali di essi, giova ribadirlo, cioè la tutela della salute e il comportamento uniforme dettato da norme giuridiche per il necessario ordine comune finalizzato alla pace sociale. Invero, è la natura di detti fini che ne fa identificare la loro determinante e decisiva peculiarità umana e sociale, rispetto alla quale l'incidenza sull'economia assume connotati del tutto diversi da quelli che sono prodotti da altri settori dell'attività umana, pure se ineliminabili per la convivenza. Con una categoria generale di lettura del fattore economico rispetto alle tante e disparate attività umane, il reale impone una prima distinzione tra attività per loro natura dotate di totale **gratuità** (l'amore familiare, quello del prossimo, il soccorso stradale, l'educazione sociale, ecc.), alla quale va aggiunta una seconda categoria, all'interno della quale deve riconoscersi per sè una valenza economica (sia essa qualificabile prezzo, retribuzione, onorari……). Il rilievo determinante è che siffatta valenza appare avere rilevanza economica **intrinseca**, in quanto si tratta di bene che per sua natura comporta una valutazione economica, perché per la sua produzione si debbono impegnare costi, presupposti dal necessario impiego di altri beni; ovvero **estrinseca**, in quanto la valutazione economica l'assume da convenzione umana, relativo e parziale essendo il determinante presupposto di costi dovuti all'impiego di beni, ma ancor più perché in essa prevale l'attività umana, spesso quale unico elemento costitutivo, come appare essere proprio dei servizi. Se si omettono le distinzioni fatte rilevare si procede con una logica, che in modo incompleto e parziale guarda e deduce dalla realtà e per tale motivo già inevitabilmente passibile di errore.

Tenuto conto della disposizione legislativa su riportata e del DDL del Senato n. 1142, avente per oggetto *Istituzione degli ordini e albi delle professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitativa, tecnico sanitarie e della prevenzione*, approvato all'unanimità dalla competente Commissione XII Igiene e Sanità del Senato il giorno 3 agosto u.s., seppure esso manifesta la volontà di tenere in vita ed estendere l'istituzione degli Ordini a tutte le professioni sanitarie, rispetto ad esso tra le altre osservazioni di merito necessita di far rilevare che non presenta piena corrispondenza con l'art. 29, comma 1bis della legge 11/2011, in quanto non si preoccupa preliminarmente di istituire l'esame di abilitazione e inoltre dà una regolamentazione degli Ordini in questione che viene a distinguersi da quella di medici, veterinari e farmacisti, così non solo distaccandosi inopportunamente dall'attuale sistema della legge unica per tutte le professioni sanitarie, ma ancor più inopportunamente dando luogo a più leggi aventi il medesimo oggetto e il medesimo fine, come tali pertanto da unificare.

Su tale premessa, ricorrendo ad una trattazione unica specificamente per la professione legale e per le professioni sanitarie, precisato che per aspetto *formale* intenderemo gli elementi di fatto già presenti in leggi esistenti, dalle quali appunto hanno assunto forma, e per aspetto *sostanziale* gli elementi corrispondenti al fatto da tenere in considerazione, attestandoci, allora, su un metodo ontologico, che rifugge da ogni *fictio juris*, si propone quanto segue.

1) Aspetto formale, vale a dire di adeguamento delle professioni sanitarie non mediche al nostro ordinamento, è primariamente quello di riportare tali professioni all'art. 33, comma 5 della Costituzione, statuendo anche per esse l'esame di abilitazione. Invero appare non sostenibile la tesi che trattandosi di professioni per le quali sussiste il c.d. tirocinio possono essere definite per tale ragione in sé *abilitanti*, in quanto anche le altre professioni dopo la laurea sono assoggettate ad un periodo di tirocinio, ciononostante al termine di esso sono obbligate ad un esame che ne dimostri la effettiva *capacità (abilità)* ad espletare l'attività professionale di *competenza*. Poiché il D.L. 111/2011 all'art. 29, comma 5 dichiara *ferme* le categorie di cui all'art. 33, comma 5, si deve dedurre che il requisito comune per le proposte deve essere quello dell'esame di abilitazione, che d'altro canto le professioni sanitarie in questione hanno motivo di acquisire. In sostanza il tirocinio fa parte del corso di studi, ma l'esame di abilitazione consiste in una ulteriore e definitiva prova che deve essere data rispetto a quanto è stato oggetto del corso di formazione.

2) Aspetto sostanziale per la liberalizzazione a scopi economici delle professione sanitarie e per quella legale va rinvenuto nella natura del fine connaturale ad esse, che per le prime si identifica nella *tutela della salute*, mentre per le seconde nel perseguimento della giustizia per la *pace sociale*. La netta distinzione, allora, dai settori rispetto ai quali incide *sic et simpliciter* l'economia si rinviene nell'elemento determinantemente differenziatore, che non si tratta di produzione di beni, bensì di *servizi*, aventi una loro specificità tra tutti i servizi. Si è innanzi ad elemento che per la sua determinante incidenza valutativa deve ottenere la massima comprensione di esso.

3) Quest'ultimo rilievo impone una breve considerazione per riconoscere tra i servizi il diverso impianto di natura di ciascuno. Per vero è ben evidente, per esemplificazione probante, che un'agenzia di viaggi presenta natura nettamente differente dalle prestazioni sanitarie finalizzate alla tutela della salute e dalle prestazioni legali finalizzate a disciplinare i rapporti umani, affinchè siano adeguati alle norme vigenti per un comportamento disciplinato in modo comune e perseguire la pace sociale, evitando conflitti e disordini. È certamente quello della natura del fine proprio di una professione elemento che assume rilievo determinante per coglierne la differenza e le modalità sostanziali di incidenza nel contesto sociale. La realizzazione di un viaggio di piacere costituisce certamente un bene fin troppo individuale e non comune, ma altresì avente natura voluttuaria, privo di qualsiasi utilità pubblica. Diversamente, la tutela della salute è bene esistenziale, primario e comune a qualsiasi essere umano, che dall'individuo si espande su tutta comunità, perché senza di esso si è impediti nella propria attività e nei rapporti sociali, anche a rilevanza economica, così esso è presupposto del momento economico. Non meno significativo è il fine della giustizia per la pace sociale, in quanto senza di essa si verserebbe quanto meno in un totale disordine e ancor peggio nel ricorso alla forza, risultando avere ragione il più forte. Ma, quello che assume rilievo pratico è che si tratta di fini che soli permettono il realizzarsi di tutti gli altri. Invero, senza salute e senza ordine sociale viene meno la possibilità di convivenza e, quindi, della realizzazione di tutti gli altri fini, compresi quelli spiccatamente economici.

Urge rilevare che il fine della tutela della salute e della pace sociale non sono intrinsecamente economici, assumendo rilevanza economica con il diritto del professionista alla retribuzione solo perché gli altri suoi bisogni possono essere soddisfatti a mezzo di beni e servizi dalla natura direttamente economica. Tanto dimostra l'attività propria della professione legale e di quelle sanitarie.

4) Il nostro ordinamento tradizionale è ispirato ai predetti dati di fatto, come è dimostrato tra l'altro almeno da due norme, le quali concorrono ulteriormente a dare ragione del motivo giuridico per il quale il Costituente ritenne di dover richiedere per le professioni intellettuali l'esame di abilitazione.

I) La prima si ritrova nell'art. 359 del codice penale, per il quale peculiarmente la professione forense e quelle sanitarie sono espressamente dichiarate e qualificate ***servizi di pubblica necessità***, specificando poi *"il cui esercizio sia per legge vietato senza una speciale abilitazione dello Stato, quando dell'opera di essi il pubblico sia per legge obbligato a valersi"*. A breve illustrazione esegetica sottolineiamo in primo luogo il rilievo della speciale abilitazione, il cui soggetto legittimato a rilasciarla è lo Stato, requisito inesistente per gli altri settori economici e servizi ai quali dette professioni si vogliono forzatamente equiparare ai fini economici, con il significato che assume il requisito del controllo su di esse dello Stato, che dovrebbe esercitare direttamente, ma che per non gravarsi di oneri provvede alla istituzione di appositi enti, ai quali riconosce la funzione di diritto pubblico, vale a dire gli Ordini. In secondo luogo, in coordinamento con la dichiarazione di *servizi di pubblica necessità* l'art. 2229 del codice civile introduce una ulteriore qualificazione di dette professioni per le quali il riconoscimento della intellettualità della loro attività e la legittimazione al suo esercizio avviene a mezzo dell'iscrizione in appositi albi, tenuti da *associazioni professionali sotto la vigilanza dello Stato*.

Molte altre disposizioni speciali sarebbero da impegnare al riguardo, ermeneuticamente ci limitiamo ad osservare che con sufficiente abbondanza già il nostro ordinamento dimostra quale rilevanza riconosce alle professioni in parola, dichiarandone la loro peculiare importanza per l'intera società, dimostrando con notevole sufficienza che la loro incidenza economica deve essere valutata con riferimento ai fini della loro attività, la quale incide in modo economico solo *indiretto*, perché estrinseco. Tanto è sufficientemente dimostrato dai fini istituzionali degli Ordini, qualora opportunamente si dona attenzione anche ad essi, l'oggetto unificante dei quali trova la sua espressione globale nell'essere preposti alla **deontologia**.

5) Ma l'analisi non può essere limitata a quanto precede, dovendosi necessariamente aggiungere almeno un sommario approfondimento sulla natura della effettiva incidenza economica delle professioni sanitarie e legale, in forza della quale motivi di maggiore oculatezza non ne consentono l'equiparazione ad altri settori, sia pure dei servizi, che non sono assoggettati a tutte le riportate disposizioni volute in modo significativo dal legislatore per dette professioni, perché essendo di natura diversa incidono in sede economica in modo diverso e non determinante. Infatti la carenza che si riscontra nella pretesa di liberalizzazione indiscriminata dei servizi insiste proprio su detta presunta equiparazione, non cogliendone le distinzioni e le conseguenti differenze. a) Già la natura differente dei servizi e la notevole diversità nella natura dei fini, come dimostrato, non permettono alcuna equiparazione, in quanto nessun altro servizio è finalizzato agli scopi supremi della conservazione della vita, né al necessario ordine sociale, senza il quale la comunità umana non potrebbe esistere; b) in ragione della supremazia naturale di dette professioni esse sono riconosciute necessitanti della precisa regolamentazione ad esse di fatto dalla legge riservata; c) il loro esercizio richiede una lunga e approfondita preparazione scientifica e non semplicemente empirica; d) questa assume l'elemento della *intellettualità*, volendo significare che la loro prevalenza è affidata alla conoscenza profonda e precisa dei rapporti di causalità dei fenomeni oggetto delle singole scienze; e) trattasi di servizi di innegabile necessità umana; f) in essi si presenta rilevante, rispetto alla gran parte dell'attività propria di ciascuna delle professioni in considerazione, l'incidenza dello *intuitu personae*; g) in particolare il fine della tutela della salute ha indotto la coscienza sociale contemporanea a farne assumere l'onere a carico pubblico, mentre l'esito finale e cogente dell'attività giudiziaria è affidato ad organi pubblici. Sono tutti elementi che ostano con qualsiasi liberalizzazione, risultando essi dei vincoli che dimostrano la fondatezza della loro dichiarata qualificazione di *servizi di pubblica necessità*, la quale li rende ulteriormente non assoggettabili alla liberalizzazione economica nel senso che appare volersi dare ad essa. In sostanza la natura e qualificazione che a siffatti servizi è universalmente riconosciuta non consente la loro immissione in una situazione di mercato, non essendo essi risultato di *produzione di beni materiali*, perciò sono privi di costo e ancora privi di commercializzazione, alla quale non possono essere equiparati ed assoggettati perché privi di tutti gli elementi che propriamente definiscono il *mercato*. Mercanteggiare ex lege la tutela della salute e l'ordine sociale significherebbe che anacronisticamente è proprio il legislatore a ridurre ad un fatto economico questi due fini peculiarmente umani, carichi di deontologia e socialità, così diffondendo rispetto ad essi ulteriormente una mentalità già dannosamente economicistica, riducendo tutto solo ad economia, notevolmente sminuendo il loro intrinseco valore e ponendo maggiormente in crisi di identità i valori squisitamente umani della tutela della salute e dell'ordine e pace sociale. Tanto in contraddizione con il fine naturale del diritto della promozione della civiltà e con il dovere di concorrere alla impellente necessità di elevare moralmente e deontologicamente le professioni intellettuali, tali perché la loro intellettualità, includendo l'acquisizione e la promozione di *finezza* dello spirito umano, deve consentire nella società una profonda rinascita di tale spirito, oggi universalmente in notevole decadenza.

Tale essendo innegabilmente quanto anche la coscienza comune attende dalle professioni intellettuali, avvertendone la loro altissima funzione umana e sociale, il diritto deve operare per questa rinascita ed elevazione e non essere in sua contraddizione od ostacolo.

6) Ma ancora altre riflessioni dimostrano l'erroneità della liberalizzazione nel numero, nella formazione e nell'economia delle professioni intellettuali, in netta opposizione con il senno e la prudenza del diritto vigente, che, ortodossamente percependo i loro naturali fini di tutela della salute e di ordine e pace sociale, si è ispirato per contro alla loro più rigorosa disciplina possibile. Esse si appuntano sul fatto che si dovrebbe chiarire se l'attuale regolamentazione di accesso, di assoggettamento disciplinare e di trattamento economico non danno luogo già ad un opportuno ordine sociale, vale a dire ad una funzione vitale della società, tanto a condizione che si operi per la piena ripristinazione dei valori deontologici, in una con la più diligente osservanza delle abbondanti leggi esistenti. Sono ambedue elementi carenti nella considerazione attuale, proprio perché tale carenza è generata dalla eccessiva mentalità economicistica, già fin troppo diffusa, la quale ha inciso pesantemente sulla numerosità dell'accesso alle professioni, sull'affievolimento della correttezza dei comportamenti, sulla capacità di incidenza del potere disciplinare e sulla dannosa limitazione al solo rendimento economico, reso sciolto da qualsiasi regola (comportamenti, d'altro canto, in totale consonanza con le concezioni correnti, ma non per questo giustificabili secondo le regole delle professioni, in quanto il loro servizio seppure si risolve in una retribuzione, questa è la giusta conseguenza che non le deve far sminuire il valore umano.) Se nel professionista il momento economico assume valore primario e assoluto, tanto avviene con chiaro capovolgimento di valori. Per contro per altri settori per i quali la prevalenza naturale è proprio primariamente quella economica per tale motivo non si verifica il lamentato capovolgimento.

Trattando dei tre momenti dell'accesso, del potere disciplinare e del trattamento economico, tenendo conto della correlazione estrinseca di quest'ultimo rispetto ai primi due, in sintesi osserviamo quanto segue. A) Quanto all'accesso al gruppo professionale, poiché il conseguimento del titolo non attesta per sè l'acquisita capacità, ovvero abilità, ad esercitare l'attività di competenza, l'esame di abilitazione è finalizzato ad accertare appunto, da una Commissione diversa anche nella composizione, in quanto formata non solo da docenti ma anche da professionisti già effettivamente esercitanti, siffatta abilità. Per tali motivi essa si rende necessaria anche per le professioni il corso delle quali comporta un tirocinio, dal momento che nella sede predisposta per la dichiarazione di abilità va sottoposta a prova anche l'abilità al pratico esercizio. B) La provata peculiarità (in specie rispetto al fine) delle professioni intellettuali non può essere assoggettata solo alla normativa comune ed ancor meno a quella delle attività dalla netta prevalenza economica. Invero in essa si riscontra la sussistenza di una *specificità* rispetto alle altre attività, la quale comporta, come è noto, oltre alla normativa comune, anche quella avente per fonte lo stesso gruppo professionale, la cui denominazione tradizionale è quella di **deontologia**. La natura *speciale* di essa richiede una propria natura sanzionatoria, che è appunto quella *disciplinare*. C) Da ultimo va notato che per tutti i motivi addotti si è da sempre ritenuto (e sempre in specie, ripetiamo quale motivo dominante, per il fine generale e prevalente della tutela della salute per i sanitari e della pace sociale per gli avvocati) che la retribuzione di tali professionisti (che non a caso ha meritato la denominazione tradizionale di *onorari*, termine dal significato espressivo molto chiaro) fosse determinata con *atto pubblico* (DM per gli avvocati). Tale circostanza è per sé chiaramente indicativa del fine di interesse pubblico, che già per sé include un fine superiore alla liberalizzazione. Per vero esso sta chiaramente ad indicare la determinazione da parte dei pubblici poteri del valore economico delle prestazioni, tale da essere socialmente utili in modo equo, scopo che la liberalizzazione verrebbe ad eliminare, in tal modo dando luogo ad una economia selvaggia, ad una concorrenza sleale e perciò produttiva di disordine sociale (ancor più quando liberalizzazione vorrebbe significare libero accesso alla professione) ed infine l'assenza di qualsiasi regola, che l'esperienza millenaria ha dimostrato non solo sommamente dannosa, in quanto viene a negare la funzione propria del diritto, che è quella di dettare regole di comportamento, necessarie per la convivenza. Un'accorta e approfondita osservazione, necessaria alla contemporanea società fondata sull'utile per sé quale principio assoluto di verità, deve indurre a considerare che la liberalizzazione, così intesa, è l'assenza di qualsiasi regola. È urgente di fatto rendersi conto che nel settore professionale (ricordiamo e ripetiamo, dovendosene convincere, in specie per la natura e delicatezza dei suoi fini rispetto alle altre attività aventi impianto per sé prevalentemente economico) si deve tenere conto della incidenza determinante dei fini, altrimenti si avrà di conseguenza la introduzione dell'*anarchia*, la quale per sua natura non è causa mai di ordine, ma di disordine.

In definitiva ci si renda conto, allora, che l'errore umano può dare luogo, inconsapevolmente, alla eterogenesi dei fini, tanto da non ottenere l'effetto economico voluto dell'incremento del tasso di crescita dell'economia nazionale, ma quello opposto a causa del disordine sociale, che però può risolversi nell'interesse particolare di pochi.

7) Un'ultima annotazione ci urge proporre in ragione della sua incidenza nel caso. Come dimostrato, la liberalizzazione non è una panacea operante positivamente in tutti i settori aventi diversa incidenza economica, in quanto è innegabile che alcuni di essi hanno rilevanza determinantemente economica in relazione appunto alla loro natura costitutiva (economicità intrinseca), in forza della quale è essa stessa che

ne comporta in modo imprescindibile il momento economico, mentre altri l'hanno in dipendenza maggiore con il fine più immediatamente, universalmente e immutabilmente (nel tempo e nello spazio) con l'uomo, ossia economicità estrinseca (in Africa nel momento storico la crisi della vendita delle auto presente nel mondo occidentale non assume alcuna rilevanza, mentre la tutela della salute e l'ordine sociale hanno valore assoluto e permanente, in quanto imprescindibile e *sempre* necessario come ovunque).

In sostanza la liberalizzazione oltre che essere un principio *relativo* quanto ai suoi effetti lo è anche quanto alle condizioni nelle quali si pretende di volerlo applicare. Invero diversi sono i suoi effetti in uno Stato carente di professionisti rispetto ad uno Stato con sovrabbondanza, la quale già determina una situazione di concorrenza, che induce facilmente alla slealtà e alla violazione delle regole giuridiche ed ancor più di quelle deontologiche, che ancora a maggior ragione determinano un disordine nel campo economico. Ne consegue che la *prudenza* del diritto pretende, tra l'altro, di riportarsi ad un principio (e tanto ancor più quando esso ha bisogno di essere attuato con tutte le dovute accortezze per essere umano ed avere il requisito della solidarietà, nonché può essere carente, in circostanze date, ricordando l'esemplificazione della auto in Africa) solo quando questo è provato che nel contesto di sua applicazione è produttivo di effetti positivi. Quanto precede a non considerare che i sanitari sono per la stragrande maggioranza dipendenti pubblici e come tali il trattamento economico è disciplinato, a mente dell'art. 39 della Costituzione, dai Contratti Collettivi di Lavoro. Pertanto anche in tale contesto la liberalizzazione sotto il profilo economico nessun effetto può sortire nel senso in cui essa è prevista.

Appare, allora, fin troppo chiaramente che la liberalizzazione nella situazione italiana, almeno per le professioni di maggiore rilievo, anche numerico, di tutta certezza o non sarebbe produttiva di alcun effetto o produrrebbe effetti opposti a quelli che si credono utili. Per vero in tale contesto, considerato con somma attenzione in tutte le sue componenti e nell'interazione esistente tra di esse, senza alcun *riduttivismo* (e non *riduzionismo*, che l'epistemologia contemporanea ha dimostrato scientificamente utile, dal momento che nel guardare il fatto particolare oggetto di ricerca non perde di vista il quadro generale di esso, cioè del suo riferimento anche ad altre scienze), vizio che spesso inficia oggi ogni indagine e ogni logica, inducendo in errore, perché si tiene conto di un solo aspetto, quello che interessa, impropriamente isolandolo dagli altri ai quali pure appartiene, così pervenendo a legiferare in contraddizione con i fatti, con il dannoso risultato, ormai noto non solo agli addetti, dello stato a dir poco di disagio in cui versiamo economicamente, legislativamente, giudiziariamente e in modo globale socialmente, così divenendo disagio morale, correttamente intesa la *moralità*, come *ordine prestabilito* delle cose, con il risultato finale di crisi di UMANESIMO.

Su tali presupposti a nulla vale riportarsi a quanto avviene in altri Stati, dove condizioni diverse producono effetti diversi. Né alcun adeguamento europeo potrà essere preteso che sia applicato alla condizione di risultati controproducenti. Tanto ancor più quando si considera che le condizioni di esercizio professionale in Italia (già reso inopportuno per l'esistente abbondante saturazione in molte professioni) non impediscono la libera circolazione, in quanto nessun divieto sussiste all'adeguamento degli stranieri che siano in possesso dei requisiti già regolati da norme europee per le singole professioni.

di Ornella Sepe

Mobbing:
una nuova "s"-manìa di persecuzione. Come difendersi!!

E' in continuo aumento il numero dei lavoratori, circa un milione e mezzo solo in Italia, che afferma di essere vittima di mobbing, ossia di un comportamento illecito posto in essere dal datore di lavoro o dai colleghi, protratto nel tempo e finalizzato all'emarginazione o eliminazione della vittima.

Tale comportamento può concretizzarsi nell'isolamento del lavoratore attuato mediante la diffusione di pettegolezzi o nel trasferimento ad altra sede o nello schernimento di fronte ai colleghi o superiori o nel demansionamento, fino ad arrivare alle molestie sessuali. I comportamenti di questo tipo, ripetuti ogni giorno per un periodo di almeno sei mesi, secondo i medici del lavoro, sono causa di disturbi fisici e psicologici per il lavoratore che ne è vittima.

Il fenomeno non è nuovo, anzi è antico quanto l'uomo, è sempre esistito e in qualche modo ne abbiamo sentito parlare, c'è chi ne ha trovato traccia, persino, nelle vicende storiche. Ad esempio alcuni studiosi hanno riferito che il Console Romano Cincinnato fu soggetto di mobbing, in quanto, dopo aver vinto gli Equi, nel 458 a.C., ed essere stato portato in trionfo, fu fatto oggetto di sentimenti di invidia e gelosia, tanto da essere costretto ad allontanarsi da Roma per rifugiarsi in campagna.

Ma, a parte questi riferimenti storici, di dubbia credibilità, una cosa è certa la particolare attenzione, che illustri psicologi e psichiatri (tra cui Heinz Leymann) hanno dedicato a questo fenomeno sin dagli anni '80, e il tributo che gli stessi hanno offerto nella ricerca di una metodologia scientifica finalizzata alla individuazione di una terminologia universale che consenta di definire il mobbing distinguendolo dal più semplice disagio lavorativo.

La Cassazione in una recente sentenza del 2008, ha fissato i confini del fenomeno. Accogliendo il ricorso di una donna che sosteneva di aver subito numerose prevaricazioni sul posto di lavoro (frasi volgari, sottrazione del progetto al quale stava lavorando, demansionamento), ha precisato che il mobbing consiste in una condotta protratta nel tempo con l'obiettivo di danneggiare il dipendente. Non è necessario, un ampio periodo di tempo, bastano sei mesi affinchè l'illecito possa dirsi concretizzato e, quindi, possa essere contestato.

Gli elementi identificativi del mobbing sono: 1) la presenza di almeno due soggetti, il **mobber** (parte attiva) e il **mobbizzato** (parte passiva) che sono in contrasto tra di loro; 2) l'attività vessatoria continua e duratura, finalizzata all'isolamento della vittima sul posto di lavoro o al suo allontanamento definitivo o comunque ad impedirle di esercitare un ruolo attivo sul lavoro.

Dal punto di vista etimologico, il termine mobbing deriva da una locuzione latina ***"mobile vulnus"*** che significa il "movimento della gentaglia", infatti il sostantivo inglese **"mob"** indica folla, moltitudine tumultuosa e violenta e il verbo inglese **"to mob"** significa accerchiare, attaccare, aggredire in massa. Con l'aggiunta del suffisso **"ing"**, il famoso etologo Konrad Lorenz, ha inteso indicare il comportamento animale, quando un gruppo di piccoli uccelli attacca e allontana un uccello più grande dal suo territorio. Il termine, quindi, attraverso l'immagine dell'assalto e dell'accerchiamento di gruppo, offre l'idea di una situazione di terrore psicologico dovuta all'isolamento della vittima di fronte alle ostilità degli altri. Questo termine è ormai entrato a far parte del vocabolario del mondo del lavoro, rappresentando un fenomeno ampio e dagli effetti pericolosissimi non solo per il lavoratore che ne è vittima ma anche per il benessere dell'intera società. Sembra, che il mobbing abbia fatto la sua prima comparsa nel lessico giurisprudenziale con la sentenza del 16/11/1999 emessa da Tribunale di Torino sez. Lavoro, con la quale il Giudice torinese in I grado accolse il ricorso di una lavoratrice dipendente che aveva chiesto il risarcimento del danno biologico (crisi depressive) subito a causa delle condizioni di lavoro particolarmente gravose e delle continue e mirate vessazioni e umiliazioni da parte del capo reparto, culminate nell'isolamento della donna, che era stata costretta a lavorare vicino ad una macchina in uno spazio chiuso e angusto circondata da altri macchinari e cassoni, lontano dai suoi colleghi.

Le ricerche svolte negli ultimi anni hanno portato alla luce le cause scatenanti dell'abuso psicologico perpetuato sul posto di lavoro, che vanno ben oltre le antipatie, le gelosie e le frustrazioni. Da un'analisi più approfondita del fenomeno, infatti, è emerso il legame causale con i problemi legati all'occupazione e al ridimensionamento dell'organico, in particolare: le ristrutturazioni aziendali e le fusioni tra società generano forti conflittualità e competitività nell'ambiente di lavoro e spesso coloro che svolgono le stesse mansioni entrano in conflitto, fino al punto da voler eliminare il più debole. La stessa evoluzione delle competenze professionali, rappresenta un fattore scatenante degli atteggiamenti vessatori: i lavoratori più anziani, meno aggiornati vengono indotti ad andarsene e a lasciare il posto di lavoro ai giovani e, spesso, ciò avviene proprio attraverso il mobbing. Infatti lo scopo perseguito con il mobbing è, appunto, quello di eliminare una persona "scomoda",

perché più capace e quindi in grado di sovvertire la gerarchia aziendale, o semplicemente perché esprime opinioni diverse dal gruppo. Tutto ciò viene perseguito distruggendo la persona psicologicamente e socialmente così da provocarne il licenziamento o da indurla a rassegnare le dimissioni.
Ebbene, il mobbing, si può definire " il male oscuro" della società post-industriale e capitalistica, della società dei cambiamenti delle tipologie di lavoro e dei rischi ad esso correlati.
E non si creda che le vittime siano solo i soggetti incapaci e sprovveduti. Anzi, nella maggior parte dei casi, ad essere colpiti dal questo male, sono proprio i lavoratori migliori, i più scrupolosi e onesti, in breve i "primi della classe". Persone che amano il proprio lavoro e che, per questo, vivono con particolare dolore la condizione di emarginazione nella quale si trovano. I mobber, invece, sono definiti "narcisisti perversi", "psicotici senza sintomi", "megalomani", che si alimentano di sentimenti di invidia, brama di potere, antipatie personali, negli ambienti di lavoro dove domina l'individualismo sfrenato e la competitività.
Benchè l'esistenza di tale fenomeno sia ormai apertamente riconosciuta dalla Magistratura del Lavoro, manca ancora, nel nostro Paese, una legge specifica che tuteli il lavoratore nelle ipotesi di "maltrattamenti, vessazioni, offese, umiliazioni, persecuzioni, intimidazioni e mortificazioni" che avvengono sistematicamente nell'ambito lavorativo, cosicchè, in questi casi, si potrà fare appello ai principi generali dell'ordinamento giuridico che consentono, a vario titolo, di difendersi da detti comportamenti persecutori. Infatti, il lavoratore che subisce comportamenti mobbizzanti, senz'altro potrà chiedere un risarcimento in sede civile; ma per la perseguibilità in sede penale è necessario che detti comportamenti corrispondano alle previsioni del codice penale, come le molestie sessuali. A tale proposito la Corte Suprema, sez. V, con la sentenza n. 33624 del 29/08/2007, ha evidenziato che "i comportamenti mobbizzanti non rilevano sotto il profilo penale a meno che gli stessi non integrino uno o più determinate fattispecie espressamente previste dal vigente codice penale come reato".
La sesta sezione penale della Corte di Cassazione, con la sentenza 26594/09 ha dichiarato che "nel nostro codice penale, nonostante una delibera del Consiglio d'Europa del 2000, che vincolava tutti gli stati membri a dotarsi di una normativa corrispondente, non c'è traccia di una specifica figura incriminatrice per contrastare tale pratica persecutoria. Pertanto la via penale non appare praticabile.
E' certamente percorribile, invece - prosegue la Corte - la strada del procedimento civile, costituendo il mobbing titolo per il risarcimento del danno patito dal lavoratore in conseguenza di condotte e atteggiamenti persecutori del datore di lavoro. La responsabilità datoriale ha natura contrattuale ex art. 2087 c.c., norma questa in stretto collegamento con quelle costituzionali poste a difesa del diritto alla salute (art. 32) e del rispetto della sicurezza, della libertà e della dignità umana nell'esplicazione dell'iniziativa economica (art. 41). Il legittimo esercizio del potere imprenditoriale, infatti deve trovare un limite invalicabile nell'inviolabilità di tali diritti e nell'esigenza di impedire l'insorgenza o l'aggravamento di situazioni patologiche pregiudizievoli per la salute del lavoratore, assicurando allo stesso serenità e rispetto nella dinamica del rapporto lavorativo, anche di fronte a situazioni che impongono l'eventuale esercizio nei suoi confronti del potere direttivo o addirittura di quello disciplinare".
In breve, gli strumenti normativi che il lavoratore mobbizzato ha a disposizione richiamano gli articoli della Costituzione (artt. 32 e 41), del Codice Civile (artt. 2043 e 2087) e del Codice penale (artt. 582, 583, 589 e 590).
La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria concordano nel ritenere che il fondamento giuridico della tutela contro il mobbing si debba ricercare nell'art. 2087 c.c., che impone al datore di lavoro di adottare determinati obblighi di protezione nei confronti del dipendente, assoggettandolo, così, a responsabilità contrattuale nelle ipotesi di violazione del bene protetto dalla norma. Pregio di tale norma è, certamente, quello di qualificare la condotta in considerazione del bene protetto: "l'integrità fisica" e "la personalità morale" del prestatore di lavoro.
Alcuni studiosi del problema hanno evidenziato il rischio di una eccessiva e incontrollata dilatazione della fattispecie, fino a ricomprendere nella stessa qualsiasi screzio o scortesia. In realtà è stato osservato che ciò che rileva ai fini del risarcimento è l'oggettività della condotta persecutoria, che si caratterizza per la sistematicità e la durata, che può integrare l'illecito anche nel caso di singoli atti che sono considerati illeciti in quanto in contrasto con la norma dell'art. 2087 c.c.
Gli effetti negativi del mobbing non riguardano solo la sfera economica e professionale (es. dimissioni della vittima), ma inevitabilmente si ripercuotono nella vita sociale, personale e familiare del lavoratore che ne è vittima, (svilimento della personalità e della dignità umana che può provocare disturbi psicofisici, perdita di fiducia e di autostima, stato d'ansia, ecc.). Recenti studi hanno dimostrato che il mobbing può portare un danno psichico o psicofisico permanente, tale da consentire una richiesta di risarcimento per invalidità professionale.
A tale proposito la Corte di Cassazione con una recente sentenza ha stabilito che provocare ansia e stress ai dipendenti è una forma di

mobbing. Con detta sentenza gli Ermellini hanno condannato il dirigente di un ufficio giudiziario della Liguria a risarcire una cancelliera alla quale, con il suo atteggiamento aggressivo, aveva provocato stati di ansia e depressione tanto che i medici le avevano diagnosticato " uno stato ansioso e depressivo con tachicardia in stress emotivo". Secondo i Giudici della Cassazione il dirigente avrebbe offeso l'onore e il decoro dell'impiegata mettendo in atto quotidianamente un comportamento violento e aggressivo. Il dirigente è stato dichiarato colpevole per non aver saputo "azionare i poteri inibitori" così da limitare i propri eccessi, come "ogni uomo medio, dotato di comuni poteri percettivi e valutativi avrebbe dovuto fare". Insomma, l'uomo avrebbe dovuto prevedere i rischi in cui sarebbe incorsa la cancelliera; invece i suoi modi prepotenti, perpetuati nel tempo, lo hanno portato alla condanna.
Ma il mobbing non è solo questo, esso può avere effetti devastanti anche sulla produttività all'interno dell'azienda dove si verifica, determinandone un notevole calo: infatti fa registrare una forte diminuzione del rendimento professionale della vittima che spesso si assenta per lunghi periodi di malattia o per visite specialistiche. Tutto ciò si ripercuote inevitabilmente e inesorabilmente sull'intera società: un lavoratore mobbizzato di solito è pre-pensionato o invalidato dal lavoro, e rappresenta un notevole costo per lo Stato.
Tra i rimedi ex lege che il lavoratore può azionare nei confronti del datore di lavoro c'è l'azione risarcitoria, che presuppone la lesione del bene protetto dalla norma. Accertato l'illecito, il lavoratore dovrà provare il danno di cui chiede il risarcimento e il nesso di causalità tra l'illecito e il danno che deve esserne conseguenza diretta e immediata. I danni risarcibili sono oltre ai danni patrimoniali, i danni alla persona come il danno biologico, il danno morale soggettivo, e il danno esistenziale.
La Corte Costituzionale con la sentenza n. 372/94, ha evidenziato la differenza tra danno biologico, inteso come processo patogeno derivante da trauma fisico o psichico permanente, accertabile in sede medico-legale, e danno morale, inteso come patema d'animo e stato di angoscia, e ha superato tale bipartizione riconoscendo l'esistenza di una nuova e autonoma voce di danno: **il danno esistenziale**, riferito alla lesione dei diritti della personalità, ipotizzabile in "ogni pregiudizio di natura non meramente emotiva ed interiore ma oggettivamente accertabile, che alteri le abitudini e gli assetti relazionali propri del soggetto inducendolo a scelte di vita diverse, quanto all'espressione e alla realizzazione della sua personalità nel mondo esterno, da quelle che avrebbe compiuto ove non si fosse verificato il fatto danno". (sulla nozione di danno esistenziale si veda: *Cass. Sez. 3 n. 18199 del 28/08/2007; Cass. Sez. L. n. 11278 del 16/05/2007; Cass. Sez. 3, n. 2546 del 6/02/2007*).
Quanto al danno patrimoniale e biologico opera l'assicurazione Inail, estesa anche alle malattie non tabellate, per le quali si richiede la prova dell'eziologia lavorativa. A tale proposito, un'importante novità è data dal fatto che l'Inail ha cominciato a considerare il mobbing come una malattia professionale, cosicchè il lavoratore potrà chiedere il risarcimento del danno anche al suddetto istituto.
Su tale quadro giurisprudenziale, tuttavia, non possono non incidere le note sentenze di SS.UU. dell'anno 2008 in tema di risarcibilità del danno patrimoniale e non patrimoniale.
La natura contrattuale della responsabilità del datore di lavoro incide sulla ripartizione degli oneri probatori: il lavoratore dovrà provare il fatto che costituisce inadempimento all'obbligo di sicurezza di cui all'art. 2087 e il nesso di causalità materiale tra detto inadempimento e il danno subito.
Esula dall'onere probatorio a carico del lavoratore la prova del datore di lavoro danneggiante, infatti sarà quest'ultimo, in qualità di "presunto debitore" dell'obbligo di sicurezza, a dover provare la non imputabilità dell'inadempimento.
In conclusione la prova dell'imputazione materiale e psicologica del danno, anziché essere concentrata esclusivamente sul lavoratore che agisce per ottenere il risarcimento, dovrà essere ripartita con il datore di lavoro. In tema di onere probatorio, la dottrina fa una distinzione tra mobbing discendente: in tal caso il lavoratore dovrà provare la persecuzione da parte del datore di lavoro o dei superiori gerarchici, e il mobbing orizzontale e ascendente, nel qual caso il lavoratore dovrà provare la persecuzione posta in essere da parte dei suoi colleghi o sottoposti, che comporta l'obbligo di intervento protettivo da parte del datore di lavoro che ne fosse a conoscenza o potesse conoscerla, questi dovrà, dal canto suo, dimostrare di aver adempiuto al suo obbligo di protezione del lavoratore mobbizzato, essendosi scrupolosamente attivato per rasserenare gli animi.
La prova liberatoria a carico del datore di lavoro si risolverà nella negazione dei fatti provati dal lavoratore mobbizzato: l'inadempimento dell'obbligo di sicurezza e il nesso di causalità tra questo e il danno subito.
Ma, se in teoria l'onere probatorio che incombe sul lavoratore può sembrare alleggerito, nella pratica processuale non è sempre facile dare la prova della condotta illecita del datore di lavoro e della connessione causale tra questa e l'evento dannoso (la malattia) che, con un elevato grado di probabilità, non si sarebbe verificato senza quella condotta.
Difficoltà ancora maggiori sussistono per la prova del danno esistenziale, tant'è che la

maggior parte dei ricorsi presentati presso il Tribunale di Nola sez. Lavoro, sono stati rigettati proprio per carenza o insufficienza della prova del comportamento mobbizzante, del nesso di causalità tra i comportamenti assunti come illegittimi e il presunto danno alla salute e, quanto al danno esistenziale, dell'effettiva alterazione delle abitudini di vita.

E' evidente che la possibilità di agire sul piano legale nei confronti del mobber, offre la garanzia di una tutela concreta della personalità morale e dell'integrità psicofisica, con risvolti positivi anche sul senso di autostima, sulla fiducia, sulle capacità relazionali in senso lato, in quanto improntate ad una maggiore coscienza dei propri diritti.

Con un'interessante sentenza storica il Tribunale di Benevento ha condannato un noto primario dell'Ospedale di Rummo, in solido con l'azienda Ospedaliera, a risarcire il danno da mobbing a un medico che è stato costretto a chiedere il trasferimento dal nosocomio dove aveva prestato servizio dal 1996 al 2004, perchè "stremato dal terrorismo psicologico esercitato nei suoi confronti sul luogo di lavoro". Il Giudice del lavoro, all'esito dell'istruttoria, riconoscendo che il medico era stato "oggetto di mobbing ad opera del primario del reparto, ha riscontrato, nel caso di specie, un quadro non solo di aggressività, ma anche di particolare denigrazione nei confronti dello stesso, e soprattutto un evidente violenza morale, finalizzata ad emarginarlo dall'ambiente di lavoro, costringendolo, poi, a chiedere il trasferimento presso l'ASL di Napoli".

Quello del mobbing è un fenomeno, per certi versi, simile a quello dello stalking, soprattutto per quanto riguarda gli effetti negativi sulla persona, persona che lo Stato ha il dovere di tutelare in qualsiasi ambito. Ma, mentre nello stalking l'aggressore pone in essere la condotta persecutoria nell'ambito della vita privata della vittima, nel mobbing, l'aggressore si muove all'interno dell'ambiente di lavoro. In ogni caso le affinità tra i due fenomeni e la nuova norma contro lo stalking, sembrano offrire interessanti spunti di riflessione in merito alla necessità di apposite norme anche contro il mobbing.

Del resto, come tutti i mali sociali, anche il fenomeno mobbing necessita di un attento lavoro di analisi e riflessione sulle contraddizioni della società moderna in generale e del mondo del lavoro in particolare, di fronte alla necessità di sviluppare modelli organizzativi più flessibili e adatti ai nuovi scenari. Certo, quella del mobbing è una materia molto delicata, in cui la legislazione è scarsa e a tratti ambigua e il confine tra il lecito esercizio del comando e il mero arbitrio aggressivo è del tutto invisibile. Per questo è più che mai necessario un intervento puntuale e incisivo da parte del nostro Legislatore in considerazione non solo della particolare incidenza che il fenomeno mobbing ha nel nostro territorio, ma, sopratutto, per gli effetti ampiamente distruttivi che porta con sé.

La strada per giungere alla configurazione del mobbing come una malattia professionale risarcibile e come pratica criminale punibile penalmente è ancora lunga.

Sembra, che i primi passi siano stati già mossi: sarà una battaglia dura che richiede molto coraggio e determinazione!

CONVENZIONE PER GLI ISCRITTI
ALL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI NOLA

Venite a scoprire la comodità di avere uno sportello vicino al Tribunale e tutti i vantaggi delle condizioni riservate agli iscritti all'Ordine (Avvocati, Praticanti, Collaboratori e Dipendenti degli Studi Legali) su:

- Conto corrente personale a tassi convenienti
- Conto Ubi Click&GO per gli studi professionali, con servizio gratuito di banca on line
- Mutui e finanziamenti per ogni necessità professionale e personale
- Prodotti di investimento
- Prodotti assicurativi per ogni necessità di protezione

Vi aspettiamo, venite a trovarci anche solo per un preventivo gratuito

Nola - Piazza Giordano Bruno, 26/27
tel. 081 5126370

UBI Banca Popolare di Ancona

di Gioia Capolongo

Part-time e trasformazione in contratto di lavoro a tempo indeterminato

Con riferimento ad una prestazione continuativa di un orario di lavoro pressoché corrispondente a quello previsto per il lavoro a tempo pieno, un rapporto di lavoro part-time può trasformarsi in rapporto a tempo pieno nonostante la difforme, iniziale, manifestazione di volontà delle parti, non essendo necessario alcun requisito formale per la trasformazione di un rapporto a tempo parziale in rapporto di lavoro a tempo pieno, bastando in proposito dei fatti concludenti, in relazione alla prestazione lavorativa resa, costantemente secondo l'orario normale, o, addirittura superiore.

La Cassazione, in base ad un consolidato orientamento della giurisprudenza, ha rilevato che un rapporto di lavoro a tempo parziale può essere convertito in rapporto a tempo pieno per fatti concludenti, quando si accerti una prestazione continuativa di un orario di lavoro corrispondente a quello previsto per i contratti di lavoro a tempo pieno, non essendo necessario in proposito alcun requisito formale.

Con questa sentenza (**CASSAZIONE CIVILE, sez. lav., 13 ottobre 2010, n. 21160**) la Cassazione ha ribadito un principio da tempo affermato: in relazione ai diritti spettanti al lavoratore per la sua attività lavorativa non è decisivo il negozio costitutivo del rapporto ma il rapporto nella sua concreta attuazione. Cioè non è importante la qualificazione giuridica del rapporto quanto la concretezza delle mansioni svolte, la loro tipologia e la loro durata.

La regolamentazione del lavoro part-time è contenuta essenzialmente nel D.lgs. 25 febbraio 2000 n. 61 relativo all'attuazione della Direttiva n. 97/81 CE, concernente l'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale. Il lavoro a tempo parziale costituisce un contratto individuale di lavoro che fissa un orario di lavoro ridotto rispetto a quello stabilito dal legislatore o a quello eventualmente previsto dai contratti collettivi.

Il part-time rappresenta, pertanto, una modalità particolare di svolgimento del rapporto di lavoro cui si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato. L'articolo 1 del predetto Decreto contiene alcune definizioni importanti. Anzitutto per tempo pieno deve intendersi l'orario normale di lavoro di cui alla legge n. 196/1997 o l'eventuale orario minore normale stabilito dai contratti collettivi. Per tempo parziale va inteso l'orario di lavoro fissato dal contratto individuale cui sia tenuto un lavoratore ma inferiore a quello previsto per il lavoro a tempo pieno. Nella pratica è possibile individuare una serie di rapporti a tempo parziale aventi caratteristiche differenziate. Il part-time si definisce "orizzontale" quando la riduzione di orario rispetto al tempo pieno è prevista in relazione all'orario normale giornaliero di lavoro. Il "rapporto di lavoro parziale di tipo verticale", invece, è quello in cui l'attività lavorativa è svolta a tempo pieno ma limitatamente a periodi predeterminati nel corso della settimana, del mese o dell'anno. Il rapporto di lavoro parziale di tipo misto si ha quando l'attività lavorativa è svolta secondo una combinazione delle due tipologie orizzontale e verticale. Il contratto di lavoro part-time è stipulato in forma scritta ai soli fini della prova. Al contratto di lavoro part-time stipulato in forma non scritta è garantito lo stesso regime giuridico di quello stipulato per iscritto. Il contratto part-time deve indicare puntualmente, oltre a tutti gli elementi previsti dalla legge per la generalità dei contratti di lavoro, la durata della prestazione lavorativa e la collocazione temporale dell'orario con riferimento al giorno, alla settimana, al mese e all'anno.

Nella decisione in commento la Cassazione ha affermato che il rapporto di lavoro a tempo parziale si trasforma in rapporto di lavoro a tempo pieno per fatti concludenti, in relazione alla prestazione lavorativa resa, costantemente, secondo l'orario normale, o addirittura con orario superiore, risultando del tutto inutile ogni discussione in ordine alla possibilità di riscontrare o meno una volontà novativa delle parti una volta che sia stata dimostrata la costante effettuazione di un orario di lavoro prossimo a quello stabilito per il lavoro a tempo pieno. La Cassazione ammette infatti che, in base alla continua prestazione di un orario di lavoro pari a quello previsto per il lavoro a tempo pieno, un rapporto di lavoro nato come a tempo parziale possa trasformarsi in un rapporto di lavoro a tempo pieno, nonostante la difforme pattuizione iniziale delle parti, non occorrendo alcun requisito formale per la trasformazione di un rapporto a tempo parziale in rapporto di lavoro a tempo pieno.

La sentenza in commento (Cass. Civ. sez. lav. 13/10/2010 n.21160) richiama alcune significative pronunce della giurisprudenza in questa materia. Prima di tutto viene richiamata la sentenza della Cassazione 13 marzo 2009 n. 6226 che afferma: *«Nel rapporto di lavoro part-time, il superamento del monte ore, previsto dalla contrattazione collettiva per tale tipo di rapporto, in difetto di previsione legale o contrattuale collettiva, non determina la trasformazione del rapporto in lavoro a tempo pieno, salva la possibilità che, a causa della continua prestazione in orario pari a quello previsto per il lavoro a tempo pieno, possa ritenersi che la trasformazione si sia verificata per fatti concludenti»*. Altra pronuncia della Cassazione richiamata dalla decisione in esame è la sentenza 28 ottobre 2008 n. 25891 in base alla quale: *«Ai fini della determinazione della natura, a tempo parziale, o a tempo pieno, di un rapporto di lavoro, non rileva il negozio costitutivo del rapporto stesso, e l'iniziale manifestazione di volontà delle parti, ma la concreta attuazione del contratto tra esse stipulato; ne consegue che, qualora sia stata dimostrata la costante effettuazione di un orario di lavoro prossimo (od anche superiore) a quello stabilito per il tempo pieno, il contratto va qualificato come a tempo pieno, restando irrilevanti il richiamo alla disciplina codicistica in tema di conversione del contratto nullo e la ricerca di una volontà novativa delle parti».*

di Vincenzo Nocerino

Avvocati dipendenti
SI al rimborso dell'iscrizione

MASSIMA : Secondo la Giurisprudenza lavoristica gli avvocati dipendenti di Enti Pubblici hanno diritto al rimborso da parte del datore di lavoro della quota annuale di iscrizione all'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati, per l'esercizio della professione forense, considerato che detta attività è svolta nell'esclusivo interesse del datore di lavoro.

La dibattuta questione relativa al rimborso da parte dell'Ente Pubblico del contributo per la iscrizione all'Elenco Speciale annesso all'Albo Avvocati, anticipato dall'avvocato Pubblico, è approdata nelle aule giudiziarie.
Si ritiene utile svolgere le seguenti osservazioni.
Innanzitutto è da osservare che caratteristica precipua dell'attività dell'avvocato dipendente di ente pubblico è l'esercizio 'limitato' della professione, nel senso che, a differenza di tutti gli altri professionisti che prestano la propria attività come dipendenti di una pubblica amministrazione, egli non può svolgere alcuna attività professionale se non per l'ente da cui dipende.
Per questo motivo lo stesso viene iscritto, ai sensi dell'art. 3, ultimo comma, lett. d), del Rdl n. 1578/1933, nell'elenco speciale annesso all'Albo degli Avvocati, istituito presso ogni Consiglio dell'Ordine degli Avvocati.
Detta iscrizione segna, pertanto, il perimetro di delimitazione dell'attività professionale dell'avvocato, che è destinata a esclusivo beneficio di un determinato datore di lavoro pubblico.
Conferma di tale fatto si ricava dalla circostanza che detta iscrizione non costituisce requisito di accesso all'impiego pubblico, fermo restando invece che requisito obbligatorio per la costituzione del rapporto alle dipendenze dell'amministrazione sia il possesso dell'abilitazione per l'iscrizione all'albo degli Avvocati, requisito che successivamente consentirà al datore di lavoro di far iscrivere l'avvocato, divenuto proprio dipendente, nell'elenco speciale.
Da siffatta premessa scaturiscono, quale ovvio corollario, importanti conseguenze, atteso che 'se l'iscrizione nell'elenco speciale è presupposto burocratico/amministrativo per l'espletamento di un'attività professionale in favore del solo datore di lavoro, è dimostrato che la stessa sia qualificabile quale mezzo di svolgimento della prestazione di lavoro, il cui onere di fornitura, in conformità a quanto avviene per ogni altro strumento di lavoro, non può che gravare sul datore di lavoro.
In tal senso, infatti, è l'orientamento espresso dalla Suprema Corte di Cassazione in materia di debenza del contributo annuo, che affronta la materia in esame nella sentenza della sezione lavoro, n. 3928 del 20 febbraio 2007.'
L'asse portante del ragionamento sviluppato dalla predetta Corte muove dalla premessa che il criterio discretivo tra retribuzione e rimborso spese risiede nell'interesse soggettivo alla spesa.
Pertanto sono sicuramente nell'interesse della persona le spese per gli studi universitari e l'acquisizione dell'abilitazione alla professione forense: una volta però acquisita l'abilitazione, le spese necessarie per l'esercizio della professione nell'interesse esclusivo del datore di lavoro anno per anno non attengono più all'acquisizione dello status', ma all'esercizio della professione forense esclusivamente nell'interesse del datore di lavoro e vanno pertanto poste a carico di quest'ultimo, al pari del costo di tutte le condizioni specifiche necessarie per l'espletamento dell'attività lavorativa.
In buona sostanza, ciò che emerge dall'orientamento della Corte di Cassazione è che l'iscrizione all'elenco speciale non è requisito esigibile ai fini dell'assunzione, dal momento che essa è resa possibile solo se e in quanto il dipendente venga formalmente assegnato in via esclusiva e continuativa, dall'amministrazione di appartenenza, a un ufficio legale interno previamente costituito.
Si osserva, tra l'altro, che, qualora il contributo annuale per l'iscrizione nell'elenco speciale dovesse gravare sull'avvocato dipendente, al pari di quanto si verifica in relazione all'avvocato libero professionista, si produrrebbe una pesante discriminazione a danno del primo, atteso che, a differenza dell'avvocato libero professionista che sostiene le spese nel proprio interesse, l'avvocato dipendente sarebbe costretto ad accollarsi spese preordinate a soddisfare l'interesse esclusivo del datore di lavoro.
E' da evidenziare inoltre l'orientamento espresso in materia da alcune sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, in svariati pareri resi nell'esercizio della funzione consultiva agli enti locali.
In tale sede le predette sezioni, nel pronunciarsi in maniera sfavorevole al rimborso della quota d'iscrizione all'albo ai dipendenti interessati, hanno univocamente considerato però fattispecie (diverse da quella prospettata dall'Ente con il quesito) in cui l'iscrizione all'albo professionale ed il successivo mantenimento della stessa risultava quale condizione imprescindibile per l'accesso all'impiego, circostanza che giustificherebbe appunto l'onere, per il funzionario interessato, di sostenere le spese conseguenti. E ciò sul presupposto che il vincolo d'iscrizione deve sussistere non solo all'atto dell'assunzione del soggetto (e, come tale, già espressamente previsto dal bando di concorso) per lo svolgimento dell'incarico specifico, ma deve permanere per tutta la durata dell'incarico stesso alle dipendenze dell'amministrazione interessata. In tali ipotesi, pertanto, si è ritenuto che debbia essere cura del soggetto, assunto per ricoprire all'interno dell'ente un ruolo che richiede la suddetta iscrizione, farsi carico degli adempimenti necessari per assicurare nel tempo
la sussistenza del requisito che ha costituito *condicio sine qua non* della sua assunzione, tra i quali sicuramente è annoverabile il pagamento della tassa annuale.
E' interessante sottolineare, da ultimo, che la questione di cui si discute è stata affrontata di recente in sede giudiziaria. Infatti, con sentenza n. 152 del 25 gennaio 2011, il giudice del lavoro di Potenza ha, dichiarato il diritto dei ricorrenti, tutti avvocati dipendenti dell'amministrazione, a ottenere il rimborso dal datore di lavoro della quota annuale d'iscrizione all'elenco speciale annesso all'albo degli avvocati per l'esercizio della professione forense, con conseguente condanna del datore di lavoro al pagamento, in favore degli istanti, delle somme da ciascuno di essi sborsate a tale titolo, oltre agli interessi dalla data della messa in mora sino all'effettivo soddisfo. Detto pronunciamento definisce così il giudizio instaurato dagli Avvocati in servizio presso l'Ufficio legale e del contenzioso della Regione Basilicata, i quali, essendo iscritti nell'elenco speciale annesso all'albo degli Avvocati ai sensi dell'art. 3, ultimo comma, lett. d), del Rdl n. 1578/1933, asserivano di aver sempre fruito, fino all'anno 2008, del rimborso delle spese per l'iscrizione nel predetto elenco speciale. In seguito l'amministrazione di appartenenza aveva modificato il proprio orientamento, decidendo di non procedere più a tale rimborso, alla luce della posizione assunta in merito da alcune sezioni regionali della Corte dei conti, in funzione consultiva.
La giurisprudenza lavoristica muove dalla considerazione delle peculiarità della professione forense dell'avvocato dipendente, ponendo l'accento sulla funzione propria dell'iscrizione all'elenco speciale, quale strumento di prestazione dell'attività lavorativa nell'interesse esclusivo dell'ente pubblico datore di lavoro.
Si evidenzia, ad ogni buon conto, anche sotto il profilo contabile, che l'interesse soggettivo della spesa deve essere valutato in relazione alle caratteristiche peculiari della spesa specifica e alle finalità alle quali essa è preordinata, non potendo detto interesse essere rinvenuto nel vitale ma generico interesse della persona a realizzare qualsiasi condizione richiesta e necessaria a fini occupazionali.
Non si può sottacere, inoltre, come il rimborso del contributo annuale di iscrizione all'albo non sia componente del trattamento retributivo, né rientri nella disciplina positiva dell'indennità di toga (prevista dall'art. 14, comma 17, del d.p.r. 43/1990, che ha carattere retributivo, con funzione non restitutoria e un regime tributario incompatibile con il rimborso spese), trattandosi di mero rimborso spese il cui onere di fornitura grava sul datore di lavoro.
In conclusione, alla luce delle riflessioni sopra illustrate, la soluzione offerta dai ultimo dalla giurisprudenza del giudice del lavoro al problema della rimborsabilità del contributo d'iscrizione all'albo professionale sembra poggiare su un'impalcatura motivazionale salda e convincente, che ben si attaglia alle connotazioni peculiari dello status e delle funzioni di avvocato di ente pubblico. Infatti, sembra condivisibile l'orientamento secondo cui gli oneri necessari al mantenimento dell'iscrizione all'elenco speciale, in quanto strumento di svolgimento della prestazione nell'interesse esclusivo del datore di lavoro, debbano gravare su quest'ultimo.

Brevi note sulla tutela del turista
all'indomani dell'entrata in vigore del Codice del turismo

di Maria Cimmino

Il 21 giugno scorso è entrato in vigore il d. lgs. 23 maggio 2001 n. 79[1] recante il *Codice della normativa statale in materia di ordinamento e mercato del turismo*, ormai noto come Codice del turismo.
All'interprete spetta accertare cosa sia cambiato per la tutela del turista alla luce delle novità legislative.
Il Codice si compone di ben sette titoli e disegna una sistematica disciplina della materia, sia dal punto di vista pubblicistico che privatistico, con le disposizioni generali, quelle che riguardano le professioni turistiche e le agenzie di viaggi ed un apposito *corpus* dedicato al regime privatistico.
Ai fini della presente indagine si prenderà in considerazione il titolo sui contratti. Si tratta del titolo VI, che con le norme da 32 a 53 ha sostanzialmente espunto dal Codice del consumo[2] tutto l'articolato dedicato ai servizi turistici[3].
Le principali novità normative rispetto alle previgenti disposizioni del Codice di cui al d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206[4] sono state introdotte dall'art. 34 intitolato ai pacchetti turistici, e dagli artt. 43 e 47 in materia di inesatto adempimento del contratto turistico.
Con riferimento alla prima delle norme citate, c'è da segnalare la significativa estensione dell'ambito di applicazione della disciplina ai pacchetti turistici da chiunque combinati ed in qualunque modo.
Già da tempo si avvertiva infatti la necessità di predisporre forme di tutela e di garanzia per i cosiddetti *pacchetti dinamici*, fai da te, cioè di quelle combinazioni di viaggi che fossero state realizzate dallo stesso turista anche attraverso l'adozione dello strumento informatico[5]. In tal senso la norma è da coordinare con quella dell'art. 33 *(Definizioni)* che alla lett. *a)* precisa che l'organizzatore di viaggi è anche colui che offra al turista la possibilità di realizzare ed acquisire autonomamente tramite comunicazione a distanza la combinazione degli elementi del pacchetto.
Per questo va evidenziato il merito della scelta operata dal legislatore italiano che è intervenuto anticipando uno degli obiettivi attualmente allo studio dell'Unione Europea[6].
Come noto, il Programma d'azione comunitaria in materia di politica dei consumatori, adottato per il periodo 2007-2013 dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione con decisione n. 1926 del 18 dicembre 2006 (pubblicato in G.U.U.E. del 20.12.2006), prevede e rafforza l'obiettivo di una tutela elevata dei consumatori, da realizzare soprattutto con l'inasprimento della responsabilità dell'organizzatore di viaggi ma anche attraverso l'incentivazione e la promozione di politiche della qualità.
In virtù di questo programma, attualmente, è in discussione la proposta dell'Unione di revisione della direttiva 90/314 sui pacchetti turistici tutto compreso[7]. Dai lavori emerge infatti la chiara volontà del legislatore comunitario di rivedere l'ambito di applicazione della direttiva, estendendolo ad altre ipotesi che non siano pacchetti tutto compreso, non necessariamente combinati dal turista (cosiddetti pacchetti dinamici) e che soprattutto non abbiano esclusivamente finalità di vacanza (ma culturale, sportiva, enogastronomica, religiosa, di lavoro).
La normativa del Codice del Turismo potrebbe destare qualche dubbio interpretativo circa un difetto di chiarezza nella formulazione testuale dell'art. 34 ed un mancato coordinamento della stessa con le norme del Codice del Consumo in tema di recesso e di contratti a distanza[8].
E' noto, infatti, che già l'art. 82 del Codice del Consumo richiamava le norme sui contratti negoziati fuori dai locali commerciali e a distanza, estendendole, comprese le norme degli artt. 64 e 67 sul diritto di recesso, ai pacchetti turistici.
Tuttavia l'art. 55 sui contratti a distanza, nel dettare le esclusioni del diritto di recesso, indicava (ed indica tuttora) quali ipotesi non assistite dalla tutela del diritto di ripensamento i contratti del tempo libero acquistati *on line* e/o forniti sotto data. Si potrebbe quindi lamentare che il legislatore del codice del Turismo abbia perso ancora una volta l'occasione per fare chiarezza sulla dibattuta questione circa l'applicabilità delle norme sul diritto di recesso anche ai pacchetti acquistati sotto data certa.
Resta ferma, ad onor di chiarezza, come si evince dalla relazione di accompagnamento al Codice, la persistente esclusione dal beneficio dello *jus poenitendi* dei cosiddetti pacchetti *last minute*, che rimangono assoggettati alla disciplina "generale" del codice del consumo, in ragione della loro peculiarità, essendo per definizione essi destinati a ricevere esecuzione prima dello spirare naturale del termine legale di esercizio del diritto di recesso.
Con riferimento alle altre ipotesi di pacchetti turistici acquistati *on line* tuttavia i dubbi potrebbero esser superati in ragione di un'interpretazione sistematica del dato letterale e a mente della norma dell'art. 38 che - intitolato all'opuscolo informativo - indica alla lettera *h)* tra le informazioni da fornire al cliente anche quelle relative alle modalità di esercizio del diritto di recesso nel caso di contratto concluso a distanza.
Ad ulteriore comprova dell'interpretazione estensiva della norma in esame muove una riflessione di ordine generale, cioè il richiamo al principio di specialità[9], che giustificherebbe il regime di favore per i contratti di vendita di pacchetti turistici, quindi la più ampia applicazione dello strumento del recesso nel caso di contratti conclusi col mezzo telematico. In tal guisa la disciplina delle esclusioni invece rimarrebbe per ogni altro contratto del tempo libero (per esempio avente ad oggetto uno solo dei servizi relativi al trasporto od all'alloggio).
Giungendo ora al profilo dell'inadempimento del contratto turistico, va rilevato come sino ad oggi numerose siano state le occasioni in cui la giurisprudenza è stata chiamata a risolvere controversie tra turista e operatori del settore.
E' altresì noto che nella maggior parte dei casi, pur lamentandosi disservizi vari in ordine al pacchetto ed alle prestazioni promesse, per lo più i giudici hanno accordato al turista il risarcimento del danno da vacanza rovinata. Si tratta di una figura di danno di tipica creazione giurisprudenziale, che ha ricevuto espresso riconoscimento dalla Corte di Giustizia dell' Unione[10], ma sulla cui natura[11] in verità si è da sempre discusso, anche perché esso viene lamentato in situazioni in cui vi è stretta correlazione tra danno patrimoniale e danno morale, ovvero tra al lesione di un interesse patrimoniale e quella di un interesse non patrimoniale e chiaramente si rischia di utilizzare la figura del danno da vacanza rovinata per sopperire alle difficoltà di liquidare se non provare compiutamente l'inadempimento contrattuale[12].
In effetti il vero problema della risarcibilità del danno da vacanza rovinata non sta tanto nella riconduzione all'ambito della responsabilità contrattuale od extracontrattuale, né nel riconoscimento della natura di danno patrimoniale o non patrimoniale, ma piuttosto nell'individuazione di criteri certi ed omogenei di liquidazione[13].
Non è un caso che spesso a titolo di danno da vacanza rovinata siano state liquidate somme diverse, in base a criteri incerti e non omogenei sul territorio nazionale, mentre l'inadempimento veniva risarcito con la sommatoria dei singoli debiti inerenti alla prestazioni non godute, peraltro spesso ritenuta[14] insufficiente, a fronte di un'inesattezza qualitativa e quantitativa[15].
In tal senso, è da segnalare la coraggiosa e importante novità del legislatore statale, che, considerata finalmente la specificità del contratto turistico in relazione «al contenuto oggettivo del singolo atto di consumo» (così il Parere del Consiglio di Stato), si è proposto di definire con maggiore chiarezza e certezza i confini di una responsabilità da inesatto adempimento del contratto turistico, modificando il contenuto del previgente art. 93 del Codice del Consumo[16], dopo aver superato un certo ostruzionismo del Consiglio di Stato, il quale lamentava che la norma nella sua nuova veste potesse favorire liti bagatellari[17].
Mentre il primo comma dell'art. 93 Cod. cons. si preoccupava di specificare il regime della responsabilità dell'organizzatore o venditore, gravandoli, secondo alcuni[18] in maniera del tutto pleonastica, della prova liberatoria dell'impossibilità non imputabile ai sensi dell'art. 1218 c.c., il nuovo articolo prevede, piuttosto, che cosa debba intendersi per mancato od inesatto adempimento, facendo in particolare riferimento, come detto, alle *difformità degli standard qualitativi del servizio promessi o pubblicizzati.*
La novità sta dunque nell'attribuzione di una rilevanza giuridica allo standard di qualità[19] dei servizi turistici, e nella previsione di un sistema di *rating*[20] cui le imprese del settore «possono» aderire per la misurazione del livello di qualità del servizio. Contemporaneamente è da segnalare la previsione di un livello qualitativo minimo cui le imprese sono tenute a conformarsi, da esprimersi in uno standard obbligatorio che sarà fissato con atto regolamentare dallo Stato.
Va da sé che l'imprenditore, a tenore delle norme sugli obblighi informativi, dovrà indicare lo standard del proprio servizio nell'opuscolo informativo e nel documento contrattuale con chiarezza, assumendosi un preciso impegno, ovvero un'obbligazione certa e definita circa la caratteristiche qualitative della prestazione promessa ai sensi delgli arrt. 1321 e 1218 c.c..
In caso di difformità della prestazione dallo standard dichiarato e promesso si applicherà la regola dell'art. 43 del Codice del turismo[21].
Alla luce di siffatta novità, acquista particolare rilievo la previsione della norma dell'art. 47, che si segnala all'attenzione dell'interprete in quanto essa è espressamente intitolata al danno da vacanza rovinata, ne prevede la risarcibilità ancorandola al presupposto che l'inadempimento non sia di scarsa importanza ai sensi dell'art. 1455 c.c, considerandolo come danno correlato al tempo di vacanza inutilmente trascorso ed all'irripetibilità dell'occasione perduta[22].
Sicchè dall'interpretazione sistematica degli artt 43 e 47 del Codice del Turismo, pare delinearsi un quadro più chiaro della tipologia dei danni di cui al turista spetta il risarcimento in caso di inadempimento, nonché, più in generale, dei rimedi per la mancata od inesatta esecuzione della prestazione[23].
Nelle ipotesi[24] in cui vi sia un inadempimento od inesatto adempimento, da valutare secondo il riferimento al parametro dello standard di qualità dichiarato e promesso nel contratto (e conforme a quello riconosciuto nel sistema nazionale di rating di cui agli artt. 10 e 15 del Codice), spetterà un risarcimento del danno patrimoniale per le difformità o la mancanza dei servizi promessi, ed inoltre, solo nei casi in cui l'inadempimento non sia di scarsa importanza, cioè quando si tratti di un inadempimento grave da giustificare la risoluzione del contratto, spet-

terà la liquidazione del danno da vacanza rovinata per l'occasione perduta.

Pertanto, l'inesatta esecuzione della prestazione dedotta nel contratto turistico andrà valutata sotto un duplice profilo, atteso che le utilità cui il turista aspira, strettamente connesse alla finalità, o meglio alla causa del contratto (non solamente la vacanza, ma anche il riposo, lo sport, la cultura, il turismo d'affari, religioso), hanno di per sé un valore patrimonialmente valutabile, (in base all'art. 43 del Codice del Turismo) e prima ancora integrano esse stesse un interesse patrimoniale per il contraente in ragione del tempo impiegato per goderne, ovvero inutilmente trascorso, delle spese di viaggio, trasporto, alloggio.

Viceversa, sotto un altro profilo, andrà valutato (in base all'art. 47) il danno non patrimoniale per la delusione, l'afflizione e lo stress da mancato realizzazione dell'interesse ambito[25].

Non va trascurato, inoltre che la norma ha un valore sistematico degno di rilievo, poiché consente di sottrarre il danno da vacanza rovinata alla scure interpretativa della Suprema giurisprudenza di legittimità. Come noto, infatti, nei famosi arresti del 2008[26] gli ermellini hanno fatto giustizia delle sottocategorie del danno non patrimoniale e ristabilendo confini chiari tra l'art. 2059 c.c. e l'art. 2043 c.c, hanno ancorato la risarcibilità dei danni non patrimoniali all'illecito penale, alla lesione di interessi costituzionalmente rilevanti ovvero alle previsioni espresse di legge, sia pur ammettendo che il risarcimento del danno non patrimoniale potesse configurarsi anche come conseguenza di un inadempimento contrattuale[27].

Il danno da vacanza rovinata, difficilmente consegue ad un reato, e solo con uno sforzo interpretativo può ricondursi alla lesione dei diritti dell'art. 2 Cost., ma oggi esso è tipico poiché riconosciuto per legge. I turisti sono salvi!

Rimane tuttavia aperta la questione della liquidazione omogenea di questa voce di danno[28]. Spetterà al giudice l'interpretazione della norma, che sembra dettare come possibili criteri di quantificazione la durata della vacanza, la sua irripetibilità e la gravità dell'inadempimento, la gravità della colpa In base a detti indici sarà parimenti compito dell'interprete selezionare le conseguenze pregiudizievoli meritevoli di risarcimento da quelle invece insuscettibili di ristoro in base agli artt. 1223 c.c. e 1225 c.c.

---

[1] Pubblicato in G.U. 6 giugno 2011 n.129.

[2] AA. VV. *Codice del consumo commentario,* a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 2005.

[3] La normativa era già contenuta decreto legislativo 111/95 emanato in attuazione della Direttiva 90/314/Ce sui pacchetti tutto compreso. Sul punto BOVE, *Vendita di pacchetti turistici,* in AA. VV., *Diritto dei consumatori e nuove tecnologie,* Torino, 2003, 325 ss.

[4] In G.U. 8 ottobre 2005 n. 235. In argomento, DE CRISTOFARO ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori,* Padova, 2010; AA. VV., *Codice del Consumo,* a cura di Cuffaro, Milano, 2008; AA. VV., *Codice del Consumo commentario* a cura di Alpa e Rossi Carleo, Napoli, 200..

[5] DELFINI, *Contratti turistici on line. Commercio elettronico e tutela del consumatore. La collocazione di pacchetti turistici tra negoziazione tradizionale e negoziazione telematica,* in *Dir. tur.*, 2004, 2, 106.

[6] Inoltre, nell'ambito delle politiche dell'Unione sul turismo si inquadrano le iniziative in materia di promozione ed incentivazione della qualità. In tal senso va segnalata la proposta di risoluzione del parlamento europeo (2010/2206 (INI) *sull'Europa prima destinazione turistica mondiale - un nuovo quadro politico per il turismo* (il testo del progetto di relazione contenente la proposta di risoluzione è disponibile sul sito www.europarl.europa.eu.), formulata in attuazione dell'art. 195 del Trattato di Lisbona che riconosce in materia specifiche competenze all'Unione. Essa, prevede tra l'altro che l'Europa diventi prima destinazione turistica mondiale e riconosce a tal fine un ruolo preminente alle politiche sulla qualità dell'offerta e dei servizi. Infatti, al punto 15 dei considerando, la proposta invita la Commissione a valutare l'opportunità di istituire un marchio europeo per il turismo di qualità, chiedendo, altresì, la promozione di iniziative volte alla uniformazione del sistema di classificazione alberghiera.

[7] Con un apposito documento adottato lo scorso novembre 2009 la Commissione ha sintetizzato le linee guida di detto lavoro di revisione, individuando quali punti principali gli obblighi di informazione, la responsabilità e i rimedi nei casi di inadempimento, focalizzando altresì l'attenzione sulla qualità dei servizi erogati al turista, e prevedendo la possibilità di istituire un Label "Viaggio protetto", una sorta di marchio di qualità per contraddistinguere il prodotto turistico e garantirne a priori la conformità alla normativa dell'Unione. In argomento, VACCÀ, *La revisione della disciplina europea dei contratti turistici,* in *I contratti,* 6, 2010, 639.

[8] SIMONINI, La compravendita di pacchetti turistici on line e l'esclusione del diritto di recesso da parte del turista, in Dir. tur., 2007, 1, 25

[9] Così, DE CRISTOFARO ZACCARIA, *Commentario breve al diritto dei consumatori, op. cit.*, sub art. 55 *Esclusioni,* p. 461.

[10] Si tratta della decisione CGCE 12 marzo 2002, causa C - 168/00, in dir. trasporti, 2003, 1, 128 con nota di FIORE, *Il diritto del turista - consumatore al risarcimento del danno da vacanza rovinata.*

[11] ROSSI CARLEO, *Turismo organizzato e vacanza rovinata, la risarcibilità del danno,* in *Riv. imp.*, 1995, 477; da ultimo ROSSI CARLEO-DONA, *Il contratto di viaggio turistico,* in *Tratt. dir. civ.,* Cons. nazionale Notariato, Napoli, 2010.

[12] Anche la vasta casistica giurisprudenziale in materia mostra quanto estremamente eterogenee si prospettino le fattispecie di inadempimento, potendo esse consistere nella mancata esecuzione di una o più prestazioni comprese nel pacchetto ovvero nel prodotto, o anche nel difetto qualitativo della singola prestazione. Sul punto, LAZZARA, *Danno da vacanza rovinata e quantificazione del danno,* in *Dir. tur.,* 2005, 233.

[13] COCUCCIO, *Il danno da vacanza rovinata,* in *Giust. civ.,* 2008, 9, 419.

[14] CARRASSI, 1 *Il risarcimento del danno da vacanza rovinata non sarà più sinusoidale né irrisorio,* in *Danno e resp.,* 2, 2009, 185.

[15] Sicchè, soffermandosi, sotto il profilo dell'*an* e del *quantum,* sulla risarcibilità del danno da vacanza rovinata, non espressamente qualificato stante la sua atipicità, si è di fatto mostrato poco interesse verso il profilo dell'inadempimento del contratto turistico, e ancor più riguardo allo specifico aspetto del mancato od inesatto adempimento. Sul punto, v. GUERINONI, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata,* 2009, Ipsoa, Le nuove frontiere della responsabilità civile, Milano, 176. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 13 novembre 2009 n. 24044, in *I contratti,* 2010, 11, 1019.

[16] QUAGLIATO, sub art. 93, *Mancato o inesatto adempimento,* in AA. VV., *Codice del Consumo commentario* a cura di ALPA e ROSSI CARLEO, Esi, Napoli, 2005, 613.

[17] In proposito, la dottrina ha osservato come il pericolo delle liti bagatellari possa esser superato grazie all'istituto della mediazione. Vedi SANTAGATA, *La nuova mediazione civile e le procedure di conciliazione in materia turistica,* in *I contratti,* 5, 2011, 517.

[18] SILINGARIDI e MORANDI, *La vendita dei pacchetti turistici,* Torino, 1998, 206.

[19] Da ultimo la giurisprudenza sembra prendere in considerazione lo stretto legame tra la qualità del servizio e gli obblighi contrattuali di informazione. V. Cass. 4 marzo 2010, n. 5189, in *La resp. civ.,* 2010, 5, 390.

[20] L'ambizione del progetto disegnato dal legislatore del Codice del turismo è stata quella invece di creare un sistema unico ed omogeneo su base nazionale ed è per questo che l'art. 10 definisce la qualità come l'insieme delle attività dei processi e dei servizi misurabili e valutabili rivolti alla soddisfazione dei clienti, prevedendo, al contempo, la fissazione di standard minimi nazionali attraverso un atto di natura regolamentare. Essa, inoltre, istituisce un sistema di *rating,* associabile alle stelle, specificando che l'adesione a questo sistema è volontaria e rimandando ad un decreto la fissazione, previa intesa con le associazioni, dei relativi parametri e criteri per la sua attuazione.

[21] In effetti potrebbe rilevarsi che in realtà già in passato, attraverso il sistema della categoria o delle stelle esisteva - ed esiste ancora - uno strumento di misurazione del livello di qualità del servizio turistico. Tuttavia si trattava e si tratta di un criterio non sistematico, disomogeneo sul territorio nazionale, poiché sostanzialmente demandato dalla previgente legge quadro sul Turismo (legge 135 del 2001) alla Regioni. SANTAGATA, *Diritto del turismo,* Torino, 2009.

[22] Sia consentito il rinvio a CIMMINO, *Responsabilità del vettore aereo esonero dall'obbligo della compensazione pecuniaria e nozione di circostanze eccezionali,* nota a CGCE 22 dicembre 2008, causa C-549/07, in *Giur. It.,* 2010, 2, 308.

[23] Dal tenore letterale della norma sembrerebbe emergere la propensione del legislatore per la qualificazione di questo danno in termini di danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale.

[24] Resta ferma la possibilità di modifiche al pacchetto e di sostituzione delle prestazioni promesse con altre di qualità equivalenti, o superiori senza supplemento di prezzo, ovvero inferiore previo rimborso della differenza di prezzo, nei casi di annullamento del pacchetto o di recesso del turista.

[25] Va da sé che mentre si prospetta una maggiore certezza nella liquidazione del danno patrimoniale da inadempimento ex art. 43, grazie al riferimento allo standard di qualità e quindi al prezzo del servizio offerto, che si presume fissato in base a detto standard, riconosciuto a livello nazionale grazie al sistema di rating istituito dal Codice del turismo, resta aperta la ricerca volta a stabilire ed individuare criteri certi per la liquidazione del danno da vacanza rovinata ex art. 47.

[26] Per un'analisi delle decisioni, si rinvia a Resp. civ. prev., 2009, 1.

[27] FRANZONI, *Il danno morale e il danno non patrimoniale da inadempimento,* in *Resp. civ.,* 2009, 581; COSTANZA, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale,* in *Riv. crit. Dir. priv.,* 1987, 127.

[28] RABITTI, *Il danno non patrimoniale da inadempimento contrattuale,* in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca,* Milano, 2006, 663 ss. Ad oggi i tribunali hanno liquidato somme diverse in base a criteri non omogenei, senza distinguere spesso le voci patrimoniali e non del danno. Talvolta si è riconosciuto il rimborso del doppio del prezzo, (così Trib. Napoli, 22 febbraio 2006, in *Corr. merito,* 2006, 583 ss.) talaltro il prezzo del pacchetto più il costo delle ferie. La Suprema Corte, (Cass. 24 aprile 2008 n. 10651, in *Corr. giur.,* 2008, 10, 1399, con nota di MARICONDA, *Contratto di viaggio, mare sporco e diritti del consumatore*) in caso di impossibilità di fruire delle attrattive naturalistiche della meta vacanziera ha riconosciuto corretta la liquidazione del danno operata dal giudice di merito che aveva attribuito a titolo di risarcimento il valore della metà del pacchetto turistico. In alcuni casi si è fatto riferimento alle tabelle di liquidazione del danno alla persona da inabilità temporanea. Sulla liquidazione tabellare, GUERINONI, *Disciplina dei contratti turistici e danno da vacanza rovinata, op. cit.,* 272. Da ultimo sulla riconduzione del danno da vacanza rovinata al danno alla persona, AMORE, *Danno da vacanza rovinata e negligenza informativa,* in *La resp. civ.,* 2011, 1, 35 ss.

LA VIGNETTA

di Teresa Daniele

L'avvocato ed il mandato:
profili di responsabilità civile del professionista

Quali conseguenze gravano sull'avvocato che non esercita con diligenza, prudenza e senso del dovere il suo incarico professionale nei confronti del cliente? In altri termini, il nostro ordinamento legislativo e giurisprudenziale quali forme di responsabilità configura e prevede a carico del professionista che gestisce con "negligenza" il mandato conferitogli?

La suddetta questione, si inserisce nel più ampio tema della responsabilità civile dell'avvocato espressione, questa che si usa per identificare l'insieme dei principi e dei canoni giuridici che regolano la possibilità per il cliente, danneggiato dall'opera difettosa e negligente del professionista legale, di ottenere il risarcimento del danno.

Infatti, gli avvocati ed i professionisti in genere, soprattutto negli ultimi tempi non sono più visti come una categoria ed una casta di soggetti intoccabili, ai quali affidarsi incondizionatamente e nelle cui capacità confidare ciecamente.

Oggi i clienti, hanno sempre meno remore a mettere in discussione l'operato del professionista del foro al quale si sono rivolti, affidandogli la cura di un proprio affare o di una controversia. Nel caso in cui i risultati raggiunti dall'avvocato siano inferiori alle iniziali aspettative, è possibile verificare se il professionista abbia o meno commesso errori nell'espletamento del mandato affidatogli. In caso affermativo e, a determinate condizioni, esiste la possibilità per il cliente di agire contro il proprio ex avvocato per ottenere il risarcimento dei danni che siano derivati dalla sua negligenza.

E proprio in caso di **negligenza** si parla di responsabilità civile dell'avvocato.

A tal uopo, è doveroso osservare che l'attività dell'avvocato, tradizionalmente è vista e concepita come espressione di una obbligazione c.d. di mezzi: in altri termini, l'avvocato presta la propria opera al fine di raggiungere il risultato desiderato dal suo cliente ma non è tenuto a conseguirlo; dunque l'inadempimento dell'avvocato non può essere desunto dal mancato raggiungimento del risultato utile cui mira il cliente, ma solo dalla violazione, da parte del professionista del dovere di diligenza inerente ed adeguato alla natura dell'attività esercitata. **(Cass. 25.03.1995, n. 3566).**

Pertanto, l'eventuale mancato raggiungimento del risultato finale voluto non può essere a lui rimproverato e, non può essere fonte di responsabilità cioè fonte di un diritto soggettivo al risarcimento del danno.

Tuttavia ciò non e sempre vero, anzi, lo è sempre di meno soprattutto negli ultimi tempi in cui la considerazione e la tutela dei diritti dei cittadini come consumatori di beni e utenti di servizi nei confronti delle imprese e dei professionisti è sempre maggiore.

Infatti la giurisprudenza tutta (i Tribunali, le corti di Appello ma anche la Corte di Cassazione) segna via via progressive aperture giungendo a condannare gli avvocati, ricorrendo determinati presupposti, a ristorare i clienti dei danni subiti per gli errori commessi dai professionisti.

Ma quando si può richiedere un risarcimento all'avvocato e quando la sua attività può essere inefficiente e quindi "denunciata" dal suo cliente?

Proprio a tal riguardo, più volte, la Corte di Cassazione ha stabilito che l'inadempimento del professionista è costituito dalla violazione dei doveri inerenti allo svolgimento dell'attività professionale e non dal mancato raggiungimento del risultato" (**ex multis Cass. 14.11.2002, n. 16023**): pertanto gli elementi che configurano la responsabilità civile del professionista sono: 1) **carenza di diligenza, perizia e prudenza** (c.d. colpa professionale); 2) **errore professionale**.

Dunque, prima di tutto è necessario accertare che l'avvocato sia stato negligente durante l'espletamento del suo mandato e che poi abbia effettivamente commesso un errore.

Le ipotesi più frequenti di negligenza enucleate sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza si configurano come condotte omissive che vanno **dalla mancanza di osservanza dei termini legali, alla mancata impugnazione del provvedimento qualora occorra farlo nell'interesse del proprio cliente; dalla maturazione della prescrizione dei diritti del cliente o non opposizione della relativa eccezione, alla omissione di atti processuali da cui derivi poi la soccombenza in causa del cliente; dalla nullità di atti per mancanza di requisiti, alle carenze od omissioni nell'informazione**.

Per esempio, proprio in tema di comportamento negligente del professionista concretatosi nella omissione di atti processuali, rectius, nella mancata presentazione di un ricorso per cassazione, la giurisprudenza di legittimità con una recente pronuncia ha affermato il principio in forza del quale *"il legale che in una causa di lavoro non presenta ricorso in Cassazione facendo perdere al cliente la riliquidazione del TFR (Trattamento di fine rapporto) è tenuto a risarcirlo integralmente. Il professionista, pertanto, dovrà corrispondere all'assistito oltre al risarcimento del danno emergente anche gli interessi sull'importo rivalutato e non su quello originario"* **(Cass. Sez. Lav. 20.01.2010, n. 920)**.

La negligenza rileva, inoltre, anche sotto il profilo della formazione personale del professionista, intesa come costante aggiornamento della normativa vigente nel contesto socio-economico in cui vive ed opera; infatti proprio a tal proposito la corte di cassazione ha stabilito che "*l'avvocato deve considerarsi responsabile verso il cliente per il caso di incuria e di ignoranza di disposizioni di legge ed in generale nei casi in cui per negligenza o imperizia comprometta il buon esito del giudizio, mentre nei casi di interpretazione di leggi o risoluzioni di questioni opinabili, deve ritenersi esclusa la responsabilità dell'avvocato medesimo nei confronti del suo cliente, a meno che non si tratti di dolo o colpa grave"* **(Cass. 4.12.1990, n. 11612; Cass. 14.08.1997, n. 6718)**. La responsabilità dell'avvocato rileva anche sotto l'aspetto delle strategie difensive adottate in merito al caso prospettatogli; infatti se da un lato non si può individuare in modo assoluto e incontrovertibile quale sia la scelta giusta o quella sbagliata, risultando quindi opinabile determinare ciò che l'avvocato avrebbe dovuto fare o non fare, dall'altro la corte di cassazione ha affermato il principio in forza del quale *"l'avvocato può incorrere in una responsabilità professionale anche per un erronea scelta della strategia difensiva e delle prove che egli intende valorizzare nel corso del giudizio anche se queste sono state indicate dal proprio cliente qualora l'errore sia stato il frutto di incuria imperizia insuscettibile di giustificazione"* **(Cfr Cass. 28.10.2008, n. 20869; Cass. 14.11.2002, n. 16023)**.

Oltre che sotto l'aspetto della negligenza in senso stretto, la responsabilità civile dell'avvocato rileva anche sotto il profilo dei doveri di informazione, di sollecitazione nonché di dissuasione: dunque si espande la responsabilità professionale.

Infatti la giurisprudenza, che più di recente si è occupata proprio di responsabilità professionale dell'avvocato ha dimostrato una crescente sensibilità nei confronti del tema dei doveri di informazione, sollecitazione e di dissuasione, che gravano a carico dell'avvocato dal momento del conferimento del mandato e perdurano per l'intero corso dell'espletamento dell'incarico. La fonte dei doveri suddetti - che alla fine sono da considerarsi come veri e propri obblighi in capo all'avvocato - si rinviene nella legge e precisamente negli artt. 1176, comma secondo, e 2236 c.c., che impongono all'avvocato di svolgere con diligenza l'attività richiestagli. Gli obblighi informativi hanno valore integrativo dell'obbligazione professionale, sicchè la loro violazione costituisce in colpa l'avvocato, qualificando il suo comportamento come inadempiente e, pertanto suscettibile di fondare una responsabilità risarcitoria.

Più specificatamente in ordine al contenuto degli obblighi informativi, la giurisprudenza di legittimità ha precisato che essi consistono: nel rappresentare tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti, ostative al raggiungimento del risultato, o comunque produttive del rischio di effetti dannosi; nel chiedere al cliente gli elementi tutti necessari o utili in suo possesso; nello sconsigliare il cliente stesso dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. E proprio sulla scorta di quanto enunciato, il S.C. ha ritenuto inadempiente e pertanto fonte di responsabilità, il comportamento dell'avvocato che *"ricevuta la notifica della sentenza negativa di primo grado, non aveva prospettato al cliente l'eventualità della proposizione del giudizio di appello, in esecuzione ed applicazione dei doveri di sollecitazione a lui incombenti"* **(Cass. 20.11.2009, n. 24544)**. E ancora, ha affermato il S.C. che *"in applicazione del parametro della diligenza professionale di cui all'art. 1176, comma secondo, c.c., sussiste la responsabilità dell'avvocato che, nell'adempiere la propria attività, abbia omesso di prospettare al cliente tutte le questioni di diritto e di fatto atte ad impedire l'utile esperimento dell'azione, rinvenendo fondamento detta responsabilità anche nella colpa lieve, qualora la mancata prospettazione di tali questioni sia stata frutto dell'ignoranza di istituti giuridici elementari e fondamentali"* **(Cass. 14.11.2002, n. 16023)**.

Tuttavia, risulta doveroso sottolineare che in tutti questi casi citati passati in rassegna la regola generale è che la difettosa prestazione professionale, di per sé, non è sufficiente ad affermare la responsabilità dell'avvocato; infatti non è pensabile di proporre un'azione di responsabilità dell'avvocato limitandosi ad affermare e a sostenere che, a causa della sua negligenza, il giudizio che il professionista aveva avuto incarico di curare non è giunto ad una decisione di merito o ad una decisione favorevole e vantaggiosa. L'elemento indispensabile per affermare la responsabilità di un professionista è l'esistenza del **cosiddetto nesso di causalità**, in base al quale il danno deve essere stato causato dalla condotta del soggetto da cui si pretende di essere risarciti; dunque, la vera questione che pone la responsabilità dell'avvocato è un problema di causalità: al cliente occorre cioè dimostrare che la causa è stata persa proprio per colpa dell'errore dell'avvocato, sicché se lo stesso si fosse comportato correttamente e con diligenza, la causa avrebbe avuto un risultato diverso.

E' proprio sul terreno del nesso di causalità che si muove la giurisprudenza in materia di responsabilità dell'avvocato; infatti è pacifico in giurisprudenza che l'insuccesso processuale possa imputarsi al professionista nella misura in cui risulta in modo chiaro ed univoco che qualora la sua attività fosse stata condotta con la diligenza cd. qualificata, il giudizio avrebbe avuto un esito positivo.

Sulla scorta di tale affermazione infatti si è sta-

bilito per esempio che *"L'omessa o inesatta esecuzione della prestazione professionale, la quale si risolva nel mancato rispetto di un termine - sostanziale o processuale - che comporti una decadenza e/o una preclusione, non si traduce automaticamente nella responsabilità dell'avvocato per la mancata vittoria della causa; infatti è del tutto evidente che in tanto l'esito negativo del processo può addebitarsi al professionista in quanto risulti che qualora qualora fossero stati rispettati i termini suddetti e quindi l'azione fosse stata proposta tempestivamente e correttamente, il giudizio avrebbe avuto esito positivo e vantaggioso per il cliente"* **(Trib. Roma, n. 18433/2009)**.

Anche la corte di Cassazione ha ribadito più volte questo principio a chiare lettere e anche di recente, chiamata a pronunciarsi su una questione relativa alla **tardiva proposizione ad opera dell'avvocato dell'appello avverso la sentenza sfavorevole di primo grado**, **(in particolare avverso una sentenza penale di condanna)** ha affermato che *"affinché si possa configurarsi la responsabilità professionale dell'avvocato, il cliente-danneggiato non può limitarsi a provare l'errore del legale, ma deve dimostrare, altresì il nesso di causalità tra la difettosa attività professionale e l'esito infausto del processo, introducendo nel giudizio di responsabilità elementi oggettivi idonei a far ritenere che, se il professionista avesse eseguito correttamente la propria prestazione, il processo avrebbe avuto con ragionevole probabilità un esito diverso e più favorevole"*. Dunque, *"la mancata o tardiva proposizione dell'appello avverso la sentenza sfavorevole di primo grado, non è di per sé sola sufficiente a far sorgere l'obbligo a carico del professionista di risarcire il danno che ne sia derivato, se il cliente non fornisce la prova del nesso di causalità la quale prova implica una prognosi sull'esito della lite basata sulla valutazione del merito della stessa"* **(Cass. 27.05.2009, n. 12353)**.

Dunque si tratta di una questione di causalità e, più precisamente, di prova del nesso di causalità per cui come ha ulteriormente precisato la cassazione *"l'affermazione della responsabilità professionale dell'avvocato implica l'indagine sul sicuro fondamento dell'azione che avrebbe dovuto essere proposta o diligentemente coltivata e, perciò, la certezza morale che gli effetti di una diversa attività del professionista sarebbero stati vantaggiosi per il cliente, precisando che "al criterio della certezza della condotta, può sostituirsi quello della probabilità di tali effetti e della idoneità della condotta a produrli"* **(Cass. n. 8151/2009)**.

Concludendo, anche alla luce delle diverse pronunce giurisprudenziali richiamate, appare evidente che la Giurisprudenza stessa ha subito nel corso degli anni una notevole evoluzione, muovendosi da un lato con maggiore attenzione e positività nei confronti del soggetto che affida al professionista una pretesa da tutelare in vista di un beneficio da ottenere, ma contemperando e bilanciando, al contempo, gli interessi e le esigenze di entrambi i soggetti del "mandato" (cliente e avvocato); in questa ottica, dunque, in materia di responsabilità professionale, l'avvocato è responsabile nei confronti del cliente, ai sensi degli artt. **2236 e 1176 c.c.**, nel caso in cui agisca in condizioni di incuria o di ignoranza delle disposizioni di legge ed ogni qualvolta per negligenza od imperizia comprometta il buon esito del giudizio. Al contrario, invece, la sua responsabilità deve escludersi nelle diverse ipotesi di interpretazione di leggi o di risoluzioni di questioni e casi opinabili, salvo che abbia agito con dolo o colpa.

Pertanto, l'accertamento della responsabilità concreta dell'avvocato, nell'espletamento del suo mandato e del danno cagionato al cliente non si fonda sul presupposto della colpa, ma sulla valutazione positiva che, alla proposizione di una diversa condotta e quindi azione o al diligente compimento di determinate e specifiche attività, sarebbero seguiti effetti vantaggiosi per l'assistito.

Mediazione finalizzata alla Conciliazione:

prime note a margine della riforma, con particolare riferimento alla disposizione di cui all'art. 5 D.Lgs. 28/10 relativa alla conciliazione obbligatoria

di Dora Tagliafierro

Fonti normative

La delega legislativa operata dal Parlamento al Governo con l'art. 60 della l.19.6.2009, n. 69, ha recentemente trovato attuazione nell'emanazione del d.lgs. del 4.3.2010, n. 28, seguito a breve distanza di tempo dal d.m. del 18.10.10, n. 180.

Fino all'entrata in vigore della normativa in esame il panorama in materia di conciliazione si presentava assai frammentario e variegato, tanto che, i primi commenti a seguito del l'entrata in vigore della riforma del diritto societario evidenziavano proprio che "quella prevista dagli artt. 38 – 40 del d.lgs. 5/2003 è l'unica disciplina organica sul tema (...) vista la mancata approvazione dei numerosi disegni di legge che avrebbero contribuito a delineare una regolamentazione più opportunamente generale della conciliazione" (D. CUTOLO, *Conciliazione stragiudiziale societaria, in Rivista dell'arbitrato,* 2006, p. 765).

Giova, peraltro, precisare che le richiamate norme societarie risultano attualmente abrogate dall'art. 23 co.1 d.lgs. 28/10, unitamente alla disciplina concernente i procedimenti di conciliazione relativi alle controversie afferenti il rito del lavoro di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile.). Ciò nondimeno, l'affermazione riportata è rimasta fuori di dubbio valida fino all'intervento riformistico operato dal legislatore nazionale nel 2010, con il quale si è provveduto a dare un assetto organico alla materia, anche sulla scorta della disciplina comunitaria richiamata nello stesso preambolo del provvedimento legislativo del Governo - ci si riferisce alla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21.5.2008, 2008/52 CE relativa a determinati aspetti della mediazione civile e commerciale - e nonostante le critiche avanzate da taluni ordini professionali.

Nozioni generali e tipi di conciliazione

Le nozioni di riferimento, come spesso accade in interventi settoriali, sono fornite "ai fini del presente decreto" dallo stesso art. 1 d.lgs. 28/2010, il quale chiarisce fin dal suo *incipit* che "si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;
b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;
c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione".

Appare, dunque, evidente che la distinzione tra mediazione e conciliazione sta in ciò che la prima si riferisce all'attività, mentre la seconda si riferisce al risultato in cui essa sfocia, ossia la composizione della controversia. Proprio per questa ragione i termini mediazione e conciliazione vengono generalmente utilizzati - sia nel linguaggio comune che tecnico - come sinonimi.

Si tratta, in verità, di una modalità di composizione assai diversa da quella cui i giuristi sono soliti pensare e ciò, non solo e non tanto perché il mediatore, a differenza del magistrato che svolga funzioni giudicanti, è del tutto privo di potere decisorio, ma soprattutto perché, essendo le stesse parti che provvedono a disporre delle situazioni loro proprie, il risultato può coinvolgere anche eventuali questioni a *latere* non immediatamente connesse alla controversia, nel tentativo di preservare quanto più possibile il rapporto (anche commerciale) esistente tra le medesime.

Appare, pertanto, naturalmente comprensibile e quasi intuitivo che la conciliazione possa avere ad oggetto solamente diritti disponibili.

Proprio la possibilità che la conciliazione giunga ad esiti così eterogenei rispetto a quelli tradizionali, spiega una delle ragioni per cui la riforma è vista da taluni con sospetto. Sospetto, probabilmente destinato ad essere ridimensionato - almeno nelle ipotesi di conciliazione facoltativa - ove si consideri che essa affianca il processo, ma non lo sostituisce, di tal che, in ogni caso, esperito il tentativo di conciliazione - anche qualora esso sia obbligatorio e previsto come condizione di procedibilità dell'azione - l'iter giurisdizionale potrà aver luogo nelle forme usuali. Restano, tuttavia, insensibili a tali considerazioni le obiezioni di quanti sembrano preoccupati per l'eventuale aggravio dei costi, in termini economici e di tempo, a carico di chi chieda giustizia e sopporti il peso di una riforma definita da taluni "a costo zero" per lo Stato.

La conciliazione, in sintesi si configura come "una procedura alternativa di risoluzione delle controversie (ADR ovvero Alternative Dispute Resolution), riservata, nella quale un terzo, neutrale, imparziale, privo di poteri decisori e specificamente preparato aiuta le parti a gestire la controversia ed a raggiungere un accordo soddisfacente" (Così A. CAPOZZOLI, *Mediazione e conciliazione*, in *Altalex eBook "Formazione"*, 2010, p.1).

Si è soliti distinguere tra conciliazione facoltativa e obbligatoria, a seconda che l'iniziativa di accedere alla conciliazione sia lasciata rispettivamente alla libera decisione delle parti, ovvero prevista per legge. Si parla, poi di conciliazione delegata nelle ipotesi in cui essa venga attivata su invito del giudice. Al riguardo, non appare fuori luogo ricordare che, come osservato in dottrina, "in verità quando si litiga diventa difficile trovare in accordo su qualsiasi aspetto della controversia, incluse le eventuali procedure che possano condurre le

parti ad una soluzione della lite" incluse le eventuali procedure che possano condurre le parti ad una soluzione della lite" (D. CUTOLO, op cit., p. 764 ove, in ordine alla conciliazione societaria, si rilevava altresì che "in altre parole, come del tutto residuale è l'ipotesi del ricorso all'arbitrato in virtù di una convenzione successiva all'insorgenza della lite, non vi è ragione di ritenere che fortuna diversa possa riscuotere un accordo di conciliazione quando la prospettiva più ravvicinata - o per meglio dire lo spettro - è il giudizio ordinario").

Si distingue, inoltre, tra conciliazione facilitativa, valutativa e aggiudicativa, a seconda del ruolo svolto dal conciliatore. Nella prima il conciliatore, per l'appunto, facilita la comunicazione tra le parti. In altri termini, si ritiene che spesso le possibilità di trovare un accordo siano fortemente ostacolate dall'irrigidimento della posizione portata avanti da ciascuna parte, la quale impedisce loro un regolare scambio di informazioni che potrebbe, viceversa, portare a trovare punti di incontro tra gli interessi di ciascuna. In tal caso, il terzo che interviene svolge il prezioso compito di riaprire il canale della comunicazione ed agevolare lo scambio di utili informazioni tra le parti, facendo emergere i reali interessi delle stesse ed orientandole verso il raggiungimento di accordi soddisfacenti per entrambe. Nella conciliazione valutativa il ruolo svolto dal mediatore è più attivo e pregnante. Questi, infatti, prospetta alle parti una o più formule di accordo non vincolanti, affinché esse possano prendere posizione e, se del caso, sottoscrivere l'accordo. Si parla di conciliazione aggiudicativa quando al conciliatore è richiesta la formulazione di una proposta di soluzione di conflitto, non vincolante per le parti, basata sulle pretese delle parti e sulla soluzione giuridica applicabile.

Si parla, infine, di conciliazione paritetica, con riferimento allo strumento di conciliazione previsto al proprio interno da alcune società di primaria importanza (quali Poste e Telecom) al fine di risolvere le liti tra utenti/clienti, senza ricorrere agli organi giudiziari. Si tratta di uno strumento "paritetico", in quanto pone su di uno stesso piano un rappresentante delle associazioni consumeristiche cui si è rivolto il singolo ed un rappresentante della società stessa. Tale forma di conciliazione, è caratterizzata da un accordo/protocollo d'intesa fra associazioni e società, nel quale vengono inserite le condizioni di accesso e di conciliazione a cui hanno diritto i vari soggetti che vi accedono e rappresenta, secondo dottrina, uno strumento diverso dalla conciliazione di cui alla normativa in esame, ancorché non precluso da essa (sul punto cfr. A. CAPOZZOLI, *Mediazione e conciliazione*, cit. p. 5. Del resto, lo stesso art.2, co. 2 precisa che "Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi").

Funzione

L'introduzione di una simile disciplina, evidentemente, è orientata innanzitutto ad una ratio deflattiva. Si intende, cioè, decongestionare le aule giudiziarie fornendo ai cittadini uno strumento di risoluzione alternativo per ridurre un carico giudiziario assai gravoso da smaltire per i giudici.

Naturalmente, tutto ciò non può che avvenire nel rispetto del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost. e del principio di ragionevole durata dei processi garantito dall'art. 111 Cost.

Altra importante funzione è quella di consentire l'adeguamento della normativa interna alla normativa comunitaria che, com'è noto, è principalmente volta alla tutela del mercato di cui intende assicurare il miglior funzionamento possibile anche attraverso la libertà di circolazione e stabilimento, che sarebbero incrementate dalla garanzia di un rapido e proficuo accesso dei cittadini alla giustizia. Si è, infatti evidenziato in dottrina che "le istituzione comunitarie considerano vantaggiosa la mediazione per risolvere le controversie transfrontaliere, per migliorare le relazioni amichevoli tra gli stati membri, per favorire l'esecuzione spontanea degli accordi intrapresi tra gli stessi e per porre in essere un giusto equilibrio tra attività di mediazione/conciliazione e l'attività giurisdizionale in senso proprio e per migliorare l'accesso e la qualità di quest'ultima" (sul punto cfr. L. MODAFFARI, *La disciplina della conciliazione,* in *www.filodiritto.it,* 2010).

La disciplina giuridica dell'obbligatorietà legale e convenzionale

Pur senza alcuna pretesa di esaustività, appare a tal punto possibile tracciare un quadro sommario dei principali tratti di disciplina dettati dal legislatore della novella con riferimento ai casi di obbligatorietà. La questione si presenta di particolare attualità posto che, secondo il disposto della norma transitoria di cui all'art 24 co. 1, d.lgs. 28/10 "Le disposizioni di cui all'articolo 5, comma 1, acquistano efficacia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e si applicano ai processi iniziati a decorrere dalla stessa data". Termine scaduto lo scorso marzo cui son seguite, da un lato, una parziale proroga e, dall'altro, la nota ordinanza TAR 11.4.2011, con cui veniva rimessa alla Corte la questione di costituzionalità.

La norma di cui al richiamato art. 5 si riferisce alle ipotesi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è previsto come obbligatorio. Si tratta segnatamente delle

seguenti materie:

- condominio,
- diritti reali,
- divisione,
- successioni ereditarie,
- patti di famiglia,
- locazione,
- comodato,
- affitto di aziende,
- risarcimento del danno derivante dalla circolazione di veicoli e natanti,
- risarcimento del danno derivante da responsabilità medica,
- risarcimento del danno derivante da diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di pubblicità,
- contratti assicurativi,
- contratti bancari,
- contratti finanziari.

Appare *prima facie* riscontrabile come le materie di cui sopra siano ritenute, in certo senso, particolarmente sensibili dal legislatore, proprio in relazione alla loro incidenza sul carico giudiziario. Pur non apparendo questo il luogo per una disamina approfondita delle questioni che in concreto potrebbero porsi e rispetto alle quali solo l'evoluzione della giurisprudenza potrà maggiormente illuminare l'interprete, è possibile evidenziare fin d'ora come talune delle elencate materie siano suscettibili di presentare profili problematici. Al riguardo, basti pensare a titolo esemplificativo alla complessità dei rapporti intercorrenti tra il paziente ed il medico coperto da assicurazione professionale. Quella della responsabilità medica è, con tutta evidenza, una materia di estrema delicatezza in cui risultano assai controversi una pluralità di profili quali quelli della natura sia del rapporto medico-struttura pubblica o privata, sia del rapporto medico-paziente che non possono in tal sede neppur essere accennati. Per quanto più immediatamente concerne il profilo in esame, può rilevarsi che in tali casi potrebbe ritenersi che il paziente sia tenuto ad esperire il procedimento di mediazione nei confronti del solo medico. Quest'ultimo, per ovvi motivi, potrebbe essere però interessato ad estendere la domanda anche nei confronti della propria assicurazione. Ci si potrebbe tuttavia domandare *quid iuris* se il medico, divenuta procedibile la domanda dei suoi confronti, sia convenuto in giudizio e solo a seguito di ciò decida di chiamare in causa la propria compagnia assicurativa. Per non parlare del rischio che, soprattutto in materie quali quella di risarcimento del danno derivante da circolazione di veicoli o natanti, l'esperimento del procedimento di mediazione si trasformi unicamente in un ulteriore *step* procedurale, esperito per ragioni di forma e disatteso abitualmente dalle parti che lascino decorrere i termini al solo fine di attendere la procedibilità del giudizio.

Come pure si è più volte ricordato, in tali ipotesi, a differenza dei casi di conciliazione facoltativa, l'esperimento della procedura in commento è prevista quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Tuttavia, ai sensi dello stesso co. 1, "l'improcedibilità deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza". Altrimenti, evidentemente, il processo prosegue nelle forme di rito.

Il co.4 della norma in commento, poi, individua i seguenti casi di esclusione dell'improcedibilità:

- procedimenti per ingiunzione, inclusa l'opposizione, fino alla pronuncia sulle istanze di concessione e sospensione della provvisoria esecuzione;
- procedimenti per convalida di licenza o sfratto, fino al mutamento del rito di cui all'articolo 667 del codice di procedura civile;
- procedimenti possessori, fino alla pronuncia dei provvedimenti di cui all'articolo 703, terzo comma, del codice di procedura civile;
- procedimenti di opposizione o incidentali di cognizione relativi all'esecuzione forzata;
- procedimenti in camera di consiglio;
- azione civile esercitata nel processo penale.

Parte della dottrina (CAPOZZOLI, op. cit., p. 9) ha poi ritenuto che, per ragioni di coerenza giuridica e razionalità del sistema, pur non essendo espressamente annoverato nell'elenco suddetto, dovrebbe ritenersi incluso nella disciplina del co. 4 anche il rito sommario, in considerazione della sua natura giuridica.

Diverse dalle ipotesi di obbligatorietà previste per legge sono le ipotesi di obbligatorietà c.d. convenzionale disciplinate dal co. 5 del medesimo articolo. Si tratta di casi in cui l'esperimento della procedura in esame sia prevista da contratto, statuto o atto costitutivo di un ente, mediante la previsione espressa di una clausola di mediazione o conciliazione.

Orbene, premesso che un'autonoma collocazione dogmatica ha ragion d'essere solo se ed in quanto alla differenza classificatoria consegua una differenza in termini di disciplina, nel caso di specie può rilevarsi che risulta in parte differente il regime di procedibilità delle eccezioni previsto dal legislatore. Si tratta, infatti, di improcedibilità rilevabile unicamente su istanza di parte (e non anche d'ufficio dal giudice) ed unicamente attraverso il primo atto difensivo (e non anche nel corso della prima udienza).

Sostanze stupefacenti:

la cessione a minori è compatibile con la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, se rileva la minima offensività penale della condotta

(Cass.Pen.,SS.UU.,sentenza n. 35737 del 05/10/2010)

di Maria Grazia Russo

Con la sentenza n. 35737 del 05 ottobre 2010, la Suprema Corte di Cassazione ha affrontato una controversa questione di diritto, particolarmente dibattuta in giurisprudenza, da ingenerare l'intervento dirimente delle Sezioni Unite, concernente la compatibilità o meno della circostanza aggravante della cessione di sostanza stupefacente a persona minore di età con la circostanza attenuante del fatto di lieve entità, nell'ambito del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p..

Il quadro normativo di riferimento investe *l'art. 73 comma 5 del D.P.R. 309/1990,* che commina una sanzione meno grave "quando, per i mezzi, per la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti previsti dal presente articolo sono di lieve entità ..." e l'*art. 80 comma 1 lett. a) del D.P.R. citato,* il quale stabilisce che "le pene previste per i delitti di cui all'articolo 73 sono aumentate da un terzo alla metà, nei casi in cui le sostanze stupefacenti e psicotrope sono consegnate o comunque destinate a persona di età minore".

Sul tema, infatti, si erano consolidati due orientamenti giurisprudenziali, divergenti tra loro per presupposti e conclusioni.

Un primo filone giurisprudenziale, in effetti, avallava la tesi della "evidente" incompatibilità di principio tra le due eterogenee circostanze, in quanto, se il legislatore ha tipizzato la cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età, come fattispecie intrinsecamente portatrice di maggior danno sociale e che di conseguenza aggrava a priori la condotta del soggetto agente, tale fatto tipico non può considerarsi "di lieve entità", per la evidente contraddizione intrinseca che ne deriverebbe, per cui sarebbe da escludere l'applicazione della circostanza attenuante, seppur in presenza di elementi in astratto sintomatici della lieve entità del fatto (Cass. Pen. Sez. 4ª, 11/07/1991, n. 10793; Cass. Pen. Sez. 4ª, 29/04/1992, n. 6672; Cass. Pen. Sez. 6ª, 29/01/2008, n. 20663).

Di diverso avviso, l'orientamento antitetico, secondo cui la tesi della incompatibilità si porrebbe in evidente contrasto con la logica e con un principio di giustizia sostanziale, ma soprattutto appariva avulsa da qualsivoglia previsione normativa specifica, nonché priva di agganci di ordine sistematico.

In particolare, questa parte della giurisprudenza sosteneva che, nell'ambito del giudizio di bilanciamento, l'aggravante ex art. 80, comma 1, lett. a del D.P.R. n. 309/90 fosse compatibile con l'attenuante del fatto di lieve entità, in quanto anche la cessione di sostanze stupefacenti a persona minore di età può estrinsecarsi attraverso condotte caratterizzate da minima offensività, desumibile dai mezzi, dalla modalità e dalle circostanze dell'azione, nonché dalla quantità e dalla qualità della sostanza ceduta (Cass. Pen. Sez. 4ª, 19/05/1997, n. 4240; Cass. Pen. Sez. 6ª, 17/04/1998, n. 8612; Cass. Pen. Sez. 6ª, 17/06/1999, n. 9579; Cass. Pen. Sez. 6ª, 06/05/2009, n. 22123; Cass. Pen. Sez. 6ª, 15/10/2002, n. 37016; tali pronunce infatti riconducevano, all'area di applicazione della circostanza attenuante di cui all'art. 73, comma 5 del D.P.R. citato, le cessioni sporadiche ed a titolo gratuito di sostanze di scarsa pericolosità, per quantità e qualità, ad un soggetto vicino al raggiungimento della maggiore età, o da parte di un cedente coetaneo, ovvero su richiesta di un minore notoriamente tossicodipendente).

Ebbene, le Sezioni Unite mostrano di condividere quest'ultima impostazione giurisprudenziale, compiendo un interessante iter argomentativo, che parte dal dato normativo dell' art. 73, comma 5 del D.P.R. n. 309/1990, ne analizza la natura giuridica e la riconduce nell'alveo naturale del giudizio di bilanciamento ex art. 69 c.p., attraverso una ricostruzione ed interpretazione sistematica della norma.

L'art. 73, comma 5 del D.P.R. citato, infatti, in linea con la costante giurisprudenza, non integra un'ipotesi di reato autonomo, bensì una circostanza attenuante ad effetto speciale, che a seconda dei mezzi, della modalità, delle circostanze dell'azione, della qualità e della quantità delle sostanze, non modifica, nella obiettività giuridica e nella struttura, le fattispecie disciplinate dai primi commi dell'art. 73 D.P.R. n. 309/1990, ma può attribuire ad esse una minore valenza offensiva; ergo, la natura giuridica della norma in esame la rende assoggettabile al giudizio di bilanciamento ex art. 69, comma 4 c.p., che nella attuale formulazione (modificata dall'art. 6 D.L. n. 99/1974, convertito in legge n. 220/1974) non riproduce più il previgente divieto di bilanciamento stabilito per le circostanze ad effetto speciale, estendendo anche ad esse il giudizio di comparazione.

Non appare infatti condivisibile, né può ritenersi fondato l'assunto generalizzato ed astratto di quella giurisprudenza, che esclude la compatibilità tra le due circostanze in via di principio, semplicemente perché ritiene che, laddove il legislatore ha cristallizzato una fattispecie ab origine dotata di una maggiore pericolosità ed offensività, stabilendo un aggravio sanzionatorio, il fatto tipico, oggetto di tale previsione normativa non può essere considerato di lieve entità; in tal modo, a parere della Corte, si finirebbe per derogare in modo tacito e del tutto ingiustificato alla norma del bilanciamento tra circostanze, tranne nel caso di eccezione espressamente prevista o deducibile da una ricostruzione sistematica dell'ordinamento (Cass. Pen. SS. UU., 25/02/2010, n. 10713).

Tuttavia, nessun appiglio di ordine letterale o sistematico depone in favore della tesi della incompatibilità.

Al contrario, la Suprema Corte osserva come, con riferimento alle altre circostanze aggravanti, disciplinate dall'art. 80 del D.P.R. 309/1990, si registrano diverse pronunce giurisprudenziali che le considerano "bilanciabili" con la circostanza attenuante ex art. 73 comma 5 del D.P.R. citato, oppure che ritengono tale attenuante compatibile con le aggravanti comuni, nel giudizio di comparazione ex art. 69 c.p..

Inoltre, la stessa ratio delle disposizioni che prevedono come attenuanti la "lieve entità" o la "particolare tenuità" del fatto reato, coincide con il principio di adeguamento del trattamento sanzionatorio alla fattispecie concreta, sottoposta al vaglio del giudicante, affinché la pena sia conforme al criterio di ragionevolezza, come ribadito anche dalla recente giurisprudenza della Corte Costituzionale.

Nella fattispecie in esame, appare, in effetti, rispettato sia il principio della riserva di legge del trattamento sanzionatorio, dato che il Legislatore nell'art. 73, commi da 1 a 4, del D.P.R. n. 309/1990 ha tipizzato diverse ipotesi di reato, sanzionate in modo differenziato, e che ha previsto i casi in cui queste fattispecie sono aggravate (art. 80, D.P.R. citato), sia il principio della "individualizzazione" della pena, poiché garantito dalle cornici edittali (minimo e massimo) prescritte per le sanzioni, nonché dalla disposizione concernente la "lieve entità" (art. 73, comma 5 D.P.R. citato), riferita a tutte le ipotesi di reato sopraindicate, siano esse aggravate o semplici.

Di conseguenza, la questione della compatibilità tra le due circostanze eterogenee va risolta caso per caso, in termini di *"concedibilità in concreto"*, tenuto conto dei mezzi, della modalità, delle circostanze dell'azione ovvero della qualità e della quantità di droga ceduta al minore: sarà il giudice che, di volta in volta, dovrà valutare tutte le circostanze concrete, attraverso cui è avvenuta la cessione di sostanza stupefacente ad un soggetto minorenne, accertando il grado di valenza offensiva della condotta del soggetto agente, al fine di riconoscere o meno la circostante attenuante del fatto di lieve entità.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si era già espressa, asserendo che tale circostanza attenuante può essere concessa dal giudice, esclusivamente nel caso di condotta criminosa con minima valenza offensiva, ricavabile dai parametri - qualità e quantità della sostanza stupefacente, mezzi, modalità e circostanze dell'azione - indicati dalla disposizione normativa (Cass. Pen. SS. UU. n. 17/2000; Cass. Pen. Sez. 4ª, 29/09/2005, n. 38879; Cass. Pen. Sez. 6ª, 14/04/2008, n. 27052).

Pertanto, le Sezioni Unite hanno affermato il principio di diritto, secondo cui *"la circostanza aggravante della cessione di sostanze stupefacenti a soggetto minore di età è compatibile con la circostanza attenuante del fatto di lieve entità"*, ritenendo nel caso esaminato correttamente applicata la circostanza di cui all'art. 73, comma 5 del D.P.R. n. 309/1990, poiché sussistenti i parametri previsti dalla norma citata, quali la esigua quantità di droga, pari ad un grammo, ceduta dall'imputato al minorenne e nelle altre occasioni, la qualità della sostanza ceduta, di tipo hashish, nonché i mezzi, la modalità e le circostanze dell'azione, poiché la cessione era avvenuta senza particolari accorgimenti ed a seguito di richieste telefoniche, facilmente controllabili dalle forze dell'ordine.

La richiesta del "termine a difesa" nel giudizio direttissimo e la contestuale "sospensione del dibattimento"

di Gerardo Parisi

La facoltà di richiedere termine a difesa, oltre che prevista nel nostro ordinamento dall'art. 108 c.p.p., è altresì prevista anche nel rito direttissimo, tanto è vero che la si ritrova sia nell'art. 451 comma 6 c.p.p. sia nell'art. 558 comma 7 c.p.p. relativo quest'ultimo alla fase antecedente al giudizio direttissimo, ossia la fase della convalida dell'arresto, detta anche predibattimentale atipica. Orbene proprio la collocazione in entrambe le norme, della facoltà di richiedere termine a difesa, necessario al fine di individuare la strategia difensiva più idonea (vista anche la peculiare contrazione delle cadenze processuali del giudizio direttissimo), crea non poche difficoltà interpretative circa il "quando", inteso proprio come momento temporale, sarebbe collocabile tale richiesta, ossia nel momento immediatamente successivo alla convalida, e dunque prima della apertura del dibattimento oppure, una volta introdotto il rito direttissimo, nel momento immediatamente successivo a quello della formale apertura del dibattimento, il tutto naturalmente anche in considerazione della possibilità di accedere, nel rito direttissimo, ai riti premiali, posto che la richiesta del termine a difesa provoca la "sospensione del dibattimento". Dunque, a ben guardare, tutto il problema interpretativo ruota intorno al "come" deve essere intesa la "sospensione del dibattimento" e cioè come sospensione del dibattimento che ne presuppone la formale apertura oppure come sospensione delle "formalità di apertura del dibattimento"; poiché, se intesa come sospensione della fase predibattimentale, vi sarebbe ancora la possibilità, alla successiva udienza di rinvio, di accedere ai riti alternativi; al contrario, se intesa come sospensione della fase dibattimentale vera e propria, l'arrestato, divenuto ormai imputato, si vedrebbe irrimediabilmente preclusa la possibilità di accedere ai riti alternativi. La questione non è di facile soluzione anche perché, secondo una certa autorevole dottrina, la formula cui allude l'art. 451 comma 6, andrebbe intesa come sospensione delle formalità di apertura del dibattimento. Secondo altri, la richiesta di termine a difesa rientrerebbe addirittura tra gli avvisi rivolti all'imputato da parte del Giudice circa la possibilità di accedere ai riti alternativi, così come previsto dall'art. 451 comma 5. Neanche la giurisprudenza in tal senso ci aiuta in quanto troviamo delle sentenze di segno diametralmente opposto (*Cass. pen. Sez. 5 n. 12778/2010) - (Cass. pen. Sez. 6 n. 13118/2010)*. La soluzione, pertanto, andrebbe ricercata nella interpretazione che si vuole dare all'art.451 c.p.p. (letto in correlazione con l'art.558 c.p.p.), ossia, se lo si vuole interpretare con una lettura eccessivamente «rigida», i riti alternativi potranno essere richiesti solo nella fase immediatamente successiva alla convalida dell'arresto in quanto la "sospensione del dibattimento" può essere concessa solo una volta che il dibattimento viene formalmente aperto, e non prima. Al contrario, se lo si interpreterà con una lettura «meno rigida», la sospensione del dibattimento potrà essere intesa come "sospensione delle formalità di apertura del dibattimento" per cui vi sarà ancora la possibilità di accesso a riti alternativi. Per la verità, l'espressione "il dibattimento è sospeso" evidenzierebbe come la concessione del termine a difesa avvenga "dopo" l'avvio del dibattimento, precludendo il successivo accesso ai riti alternativi, posto che nel nostro codice di rito non esiste alcuna norma che preveda la sospensione del dibattimento prima che questi non sia stato già formalmente aperto, per cui l'avvenuta concessione del termine a difesa presupporrebbe che abbia già avuto luogo l'apertura del dibattimento, per cui se l'imputato chiede che si proceda con uno dei riti alternativamente ammessi il giudizio dovrebbe svolgersi secondo le regole proprie del rito richiesto ed ammesso: in questo caso non verrebbe in essere la situazione prevista dal sesto comma dell'art. 451. Anche se di segno contrario, e meno supportata da norme giuridiche, sarebbe altresì condivisibile anche l'opinione secondo la quale l'imputato sarebbe legittimato a richiedere il termine a difesa, proprio al fine di poter meglio preparare la sua strategia difensiva e, successivamente valutare la possibilità di richiedere uno dei riti alternativi.

La responsabilità oggettiva delle società sportive nel codice di giustizia sportiva

di Luciano Ruggiero Malagnini
Luisa delle Donne

Lo scandalo delle scommesse è tornato a scuotere il calcio italiano. L'inchiesta *"last bet"* ha visto coinvolti calciatori di fama ed ha fatto tremare numerose società sportive chiamate a difendersi dall'accusa di **"responsabilità oggettiva"**, definita come *"mostro giuridico"* e sul quale si incentreranno le nostre considerazioni.
In primo luogo è opportuno chiarire che la responsabilità disciplinare delle società è regolata dall'art. 4 del Codice di Giustizia Sportiva, in combinato disposto con gli artt. 11, 12, 13 e 14 del medesimo codice.
L'art. 4 C.G.S., rubricato **"Responsabilità delle Società"**, prevede tre tipi di responsabilità a carico della società: 1) **responsabilità diretta**; 2) **responsabilità oggettiva**; 3) **responsabilità presunta**.
In merito alla responsabilità diretta, l'art. 4, comma 1, C.G.S. afferma: *"Le società rispondono direttamente dell'operato di chi le rappresenta....."*. La società, dunque, risponde degli illeciti commessi dalle persone fisiche che la rappresentano secondo le norme federali in virtù del rapporto di immedesimazione organica esistente tra rappresentante e rappresentato.
La responsabilità presunta è, invece, disciplinata dal comma 5, dell'art. 4, C.G.S. e si configura allorquando le condotte illecite sono poste in essere da persone estranee al sodalizio. In tal caso, tuttavia, il legislatore prevede che la presunzione di responsabilità possa essere superata mediante la prova, da parte della società, della mancata partecipazione o mancata conoscenza dell'illecito.
Diversa è, infine, la responsabilità oggettiva di cui al comma 2, art. 4, C.G.S. secondo il quale: *"Le società rispondono oggettivamente, ai fini disciplinari, dell'operato dei dirigenti, dei tesserati e dei soggetti di cui all'art. 1, comma 5"*.
Dunque, anche nell'ordinamento sportivo, al pari dell'ordinamento statale, vige l'istituto della responsabilità oggettiva che racchiude le ipotesi specifiche in cui un soggetto è chiamato a rispondere di un determinato evento anche in mancanza di dolo o colpa e, comunque, indipendentemente da essi.
In sostanza, con tale formula ci si vuole riferire alle ipotesi nelle quali l'imputazione non si fonda sulla colpevolezza del comportamento dannoso.
Tale forma di responsabilità che trova valida giustificazione nell'esigenza di assicurare il pacifico e regolare svolgimento dell'attività sportiva, fa sì che una società sportiva si vede irrogare una sanzione per il solo fatto che è stata commessa una violazione della normativa federale da un proprio tesserato e dai propri tifosi.
Difatti, la responsabilità oggettiva nell'ordinamento sportivo non ammette la prova liberatoria, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento statale ove il soggetto ha la possibilità di dimostrare di aver fatto il possibile per evitare il danno o che questo si sia verificato per caso fortuito o per forza maggiore.
Questa peculiarità della responsabilità oggettiva sportiva ha scatenato numerose critiche volte a contestarne la compatibilità con gli stessi fondamenti dell'ordinamento generale ma soprattutto ci si è interrogati sulla costituzionalità della norma in argomento. Ciò soprattutto a seguito della vicenda nota alle cronache come *calcio scommesse* che ha visto condannare numerose società di calcio per fatti illeciti commessi da propri tesserati pur essendo "vittime" degli stessi.
Al riguardo, chi scrive, essendosi occupato di tale problematica, non ignora che la responsabilità oggettiva sia un principio cardine delle norme di diritto sportivo ed un concetto da tempo consolidato nella giustizia sportiva, una forma di responsabilità per fatto altrui che nasce da una posizione di garanzia, di controllo, di protezione che alcuni soggetti assumono in relazione all'attività di altri, conservando, pertanto, il suo carattere di automaticità. Riteniamo, tuttavia, che essa debba necessariamente essere adeguata alla peculiarità del caso concreto giacchè un'asettica o acritica applicazione della responsabilità oggettiva a carico di una società calcistica porterebbe a risultati palesemente non conformi a giustizia. E' noto che il fondamento della responsabilità oggettiva si sostanzia nella circostanza che il soggetto agente risponde dell'azione o dell'omissione addebitata sulla base del mero rapporto di causalità ed indipendentemente da ogni valutazione di dolo o colpa, ma ciò comporta,

comunque, sempre la necessaria riferibilità della violazione contestata al soggetto agente sotto il profilo materiale, di talchè ogni condotta che esula dal rapporto organico che lega il singolo tesserato alla società e che si sostanzia nel compimento di un'attività di carattere privato, di per sé stesso recide il rapporto organico ed esclude ogni riferibilità della condotta del tesserato, sia materiale che giuridica, alla società, con conseguente insussistenza della responsabilità, ancorchè a titolo oggettivo, in capo a quest'ultima.

Poiché la responsabilità oggettiva della società si focalizza nel mero rapporto, di associazione o di tesseramento, instauratosi tra le persone fisiche (dirigenti, soci, tesserati) ed il sodalizio cui sono collegati, essa richiede un'identità di interesse e di profitto tra l'operato del responsabile soggettivo e la sfera di azione del responsabile oggettivo, cioè il primo deve agire non solo per la tutela di un proprio interesse ma anche per quello del responsabile oggettivo cui è legato.

Ne consegue che non può essere attinta da responsabilità oggettiva la società che sia rimasta del tutto estranea all'azione ed ai fini avuti di mira dal responsabile soggettivo, laddove questi operi nella esclusiva propria sfera soggettiva e personale, non connessa al rapporto organico con la società.

Una società può essere ritenuta responsabile per i reati commessi nel suo interesse ed a suo vantaggio da ogni suo agente, ma non può essere chiamata a rispondere laddove le persone hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi estranei alla compagine sociale, come è accaduto nel caso "calcio scommesse" dove gli illeciti sportivi contestati sono stati realizzati dai calciatori unicamente per perseguire finalità di arricchimento personale.

Si auspica, dunque, da parte nostra, una rivisitazione in futuro dell'istituto della responsabilità oggettiva. Diversamente si correrebbe il rischio di introdurre una forma di responsabilità per fatto altrui incolpevole che costituisce una deroga non solo alla regola generale di imputazione della responsabilità civile ex art. 2043 c.c. (che richiede il dolo o la colpa), bensì anche a quelle ipotesi che, in veste di eccezione, sono disciplinate nel titolo IX del cod. civ. (atti illeciti).

Ciò sempre che si attribuisca alle sanzioni sportive natura di "pene private", in quanto, com'è noto, un'equiparazione con la disciplina relativa alle sanzioni di carattere penale porterebbe certamente ad una disapplicazione dell'art. 9 del C.G.S. per contrasto con il principio, di piena rilevanza costituzionale, della personalità della responsabilità penale (cfr. da ultima, Cass. Sez. Un. Penali n. 22676/2009, che ha impartito una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 586 c.p., vale a dire di quella che era rimasta, forse, l'ultima ipotesi di responsabilità oggettiva in materia penale).

Forum Nola 1ª a Castel Capuano

L'ASA DE NOLA, ora **FORUM NOLA**, squadra di calcio degli avvocati iscritti all'Ordine di Nola, guidata magistralmente dal mister avv. Francesco Auriemma, al termine di una galoppata entusiasmante nel corso della quale ha sbaragliato una dopo l'altra tutte le altre squadre, anche più blasonate, ha vinto il famoso "Torneo di calcio di Castel Capuano" tenutosi gli scorsi mesi di giugno e luglio.

Al mister e a tutti i colleghi calciatori vanno i più accorati encomi e ringraziamenti, con l'augurio di sempre maggiori successi.

LA VIGNETTA

... e Topolino va in Parlamento!

di Carmine Ambrosio

Finalmente anche l'Italia, sulla scia di Paesi europei (Francia) ed internazionali (U.S.A.), si appresta a predisporre una disciplina *ad hoc* in tema di diritto d'autore nelle opere a fumetti.
Una materia qui da noi lungamente trascurata, malgrado una tradizione fumettistica più che centenaria, Autori di risonanza internazionale (Pratt, Manara...), duemila operatori impiegati nel settore, una vivacissima realtà di autoproduzioni indipendenti, il notevole livello raggiunto dalla Critica ed un ampissimo bacino di utenza lettrice: tutti elementi che, nel tempo, hanno decretato il passaggio dell'Arte Sequenziale da mera officina creativa a campo di eccellenza.
Pur sorvolando deliberatamente sul retroterra storico del *medium* fumetto, basterebbero i soli numeri a palesarne l'imponenza economico-culturale in Italia: 300 fumetterie, 40.000 edicole e 35.000 librerie generaliste ne compongono il circuito di diffusione; decine di migliaia sono le copie di albi seriali regolarmente vendute ogni mese (oltre 250.000 soltanto quelle di *Tex* e *Dylan Dog* della Bonelli mentre *Rat-Man,* edito da Paninicomics, "doppia" sistematicamente il popolarissimo *Spider-Man* d'oltre-oceano), per non dire del crescente mercato dei più ricercati *graphic novels;* 30, infine, le fiere del fumetto annuali, che ad ogni edizione richiamano un numero impressionante di appassionati e curiosi (35.000 in tre giorni quelli accolti all'ultimo Comicon di Napoli, giunto alla XIII^ edizione), con ogni intuibile beneficio per case editrici, autori, produttori e promotori nel settore della gadgettistica e della stampa d'arte – i cui *stands* sono puntualmente allocati presso gli spazi adibiti a tali manifestazioni –, per le città ospitanti (una per tutte Lucca, che sin dai primi mesi dell'anno conosce *l'en plain* di prenotazioni degli alloggi in vista del Lucca Comics di ottobre), per le aziende di trasporti privati (i "turisti del fumetto" prediligono spesso trasferte organizzate) e pertanto, in termini più ampi, per l'economia nazionale.
E' dunque uno scenario più che maturo quello che accoglie le istanze riformiste avanzate dagli operatori nel settore (Ivo Milazzo *in primis*) e confluite nel disegno di legge, attualmente al vaglio della Camera dei Deputati, inteso ad operare una determinante integrazione della L. n. 633 del 22 aprile 1941 (Legge sul Diritto d'Autore) che, com'è noto, disciplina la proprietà intellettuale e materiale delle opere di ingegno.
Per meglio comprendere lo spirito riformista è fondamentale osservare, anzitutto, che tra le opere di ingegno la L.A. non contempla il disegno a fumetti.
Ciò postula che alla figura professionale del fumettista è accordata, per analogia, la medesima tutela prevista per quella dell'illustratore: un'ingenuità, questa, che da un lato non tiene conto della diversa "sostanza" e funzione delle due professioni e dall'altro, come si vedrà, rischia di determinare l'incasellamento "forzato" dei fumetti nel novero delle cd. opere collettive.
Quanto al primo aspetto, va precisato che il dato su cui riposa la *ratio* dell'applicazione analogica – ossia il peculiare impiego, comune all'illustrazione ed al fumetto, di elementi grafici con risultati apprezzabilmente artistici – è, ai fini della corretta individuazione delle prestazioni professionali che qui interessano, del tutto marginale.
L'attività dell'illustratore consiste nel creare immagini che, non necessariamente vincolate da criteri di sequenza narrativa, sono idonee di per sé a sintetizzare un messaggio ovvero a supportare od impreziosire un testo letterario che da esse è sempre distinto e distinguibile; diversamente, il lavoro del fumettista si esplica nel rappresentare una narrazione sequenziale mediante un codice di comunicazione che sintetizza elemento grafico ed elemento narrativo-letterario, sicché tali due componenti risultano inscindibili, e dunque identificativi di una prestazione diversa in radice da quella fornita dall'illustratore, nonché di una figura professionale da questo distinta, ed autonoma.
Detto ciò, e passando al secondo aspetto, si appalesano l'inesattezza e l'inopportunità di ricondurre il disegno a fumetti sotto la fattispecie delle opere collettive, atteso che queste sono il risultato materiale di contributi scindibili, apportati da più soggetti-autori, ed il cui sfruttamento economico, ex art.7, 1° co. L.A., è appannaggio del solo coordinatore che ne ha curato la realizzazione.
In particolare, applicando la disciplina delle opere collettive al mondo della Letteratura Disegnata, si hanno due infelici conseguenze: da un lato, lo snaturamento dell'opera a fumetti che, come già detto, riposa sulla inscindibilità dei contributi creativi, aspetto per il quale la Dottrina maggioritaria (Pellegrino) definisce i fumetti un esempio di opere composte atipiche; dall'altro, sul piano pratico, il pericolo di disparità contrattuali, atteso che l'editore, figurando quale coordinatore del progetto, risulta il principale beneficiario dei proventi di

un'opera effettivamente realizzata da altri, ridotti a meri esecutori.
Da queste premesse muove la riforma, di cui proponenti e firmatari così tratteggiano gli aspetti essenziali in una conferenza stampa del 25.05.2010: *«La proposta di legge, che si compone di due soli articoli, prevede tra l'altro che coautore è "anche l'autore dei disegni" e non solo chi scrive il testo, e che "nelle opere d'arte del disegno a fumetti la parte letteraria e la parte grafica sono inscindibili ed essenziali nell'azione creativa della narrazione e il contributo dell'autore letterario e di quello grafico si considerano equivalenti, anche ai fini dell'utilizzazione economica dell'opera." L'esercizio dei diritti di utilizzazione economica, in percentuale alla vendita o nelle varie forme di sfruttamento, spetta all'autore o ai coautori in parti uguali».*
Il progetto di legge riguarda, per la precisione, la Sezione VII-*bis* della L. 633/41 e consta, strutturalmente:
- di una integrazione dell'art. 44 che, nell'ambito delle opere cinematografiche di cartoni animati, eleva a coautore l'autore dei disegni: una norma che non riguarda da vicino l'oggetto della nostra trattazione ma contrassegna, a parere di chi scrive, l'intento di delineare una disciplina coerente che non riduca ogni contributo artistico autoriale a mera esecuzione;
- dell'aggiunta dell'art. 64-*septies*, che invece sintetizza il cuore della riforma, e che si compone di tre commi.
Il primo comma, nell'affermare l'inscindibilità degli elementi peculiari dell'opera a fumetti (di cui abbiamo già detto), riconosce il diritto di utilizzazione economica all'autore o, in parti uguali, ai coautori (secondo criteri proporzionali di compenso), altresì riconoscendo agli autori stessi la proprietà sugli originali delle loro opere: un inciso di particolare rilievo, attesa l'insana consuetudine di molti editori di trattenere arbitrariamente (e dunque effettivamente di sottrarre) tavole originali, poi andate perdute o distrutte.
Il secondo comma, invece, riconosce i diritti morali e materiali sui personaggi creati al solo autore letterario ovvero a quello grafico laddove uno dei due abbia contribuito in via esclusiva alla caratterizzazione degli stessi (precursore in tal senso il Tribunale di Milano che nel 2003 ha riconosciuto, ex art. 10, L.A, la co-paternità di *Alan Ford* a sceneggiatore e disegnatore).
Il terzo comma, infine, contempla il caso dei fumetti di produzione seriale necessitanti dell'apporto di collaboratori. Esso afferma: che sono autori o coautori i titolari della serie; che a scrittore e disegnatore ideatori ed iniziatori della stessa spetta il diritto di supervisione sul prodotto; da ultimo, che i collaboratori delle opere seriali sono autori della propria produzione e proprietari in percentuale dei diritti afferenti ristampe, riedizioni, vendite all'estero e qualsiasi altra forma di speculazione economica connessa al di loro apporto creativo-materiale. Il legislatore della riforma qui, acutamente, stabilisce che tale percentuale sia determinata dalle parti: una disposizione pragmatica, questa, che tiene in conto le molteplici variabili caratterizzanti la complessa realtà editoriale italiana.
In conclusione – rilevando la chiarezza di contenuto del progetto di legge e confidando nella possibilità che esso, diventato legge a tutti gli effetti, risolva concretamente annose problematiche che hanno compresso e mortificato il settore delle "nuvole parlanti" –, si può ritenere che questo passo *s'ha da fare,* non solo in vista di un consono allineamento con Paesi più maturi in tal senso (la Francia, ad esempio, ove i connotati normativi in materia sono cristallini, ed il settore delle *bande dessinée*, nome d'oltralpe del fumetto, è oggetto di riforma pressoché annuale), ma anche perché la svalutata Nona Arte è da noi, al pari delle consorelle, un'area di eccellenza in evoluzione.
Essa, sin dalle sue origini, assolve a finalità direttamente o indirettamente didattiche, ricreative ed in ogni caso di rilievo intellettuale: non poco, tra l'altro, in una fase culturale di netto degrado, ove la speculazione del Pensiero è e resta il contrassegno della possibilità di elevarsi in vista di orizzonti migliori.

di Antonello Iasevoli

I rapporti con la Parte assistita nel Codice Deontologico Forense

Nel numero precedente di Impegno Forense [anno XII – n. 1 gennaio/marzo 2011] ci siamo occupati dei rapporti di colleganza professionale tra gli Avvocati e del relativo discrimine, spesso impercettibile, tra etica e diritto. Vogliamo ora affrontare, nei limiti dello spazio affidatoci, gli artt. 35-47, Titolo III, del Codice Deontologico Forense, là dove si tratteggiano, in maniera più o meno dettagliata, i rapporti tra l'Avvocato e la Parte assistita.

Sovente capita (o potrebbe capitare) che la relazione dialogica tra il professionista ed il cliente incontri momenti di tensione e di nervosismo, tali da culminare, in alcuni casi, nella rottura definitiva del rapporto fiduciario, con la conseguenza di una rinuncia al mandato o di una revoca dell'incarico legale; ma è proprio in tali circostanze che l'Avvocato dovrà, nonostante tutto, continuare a svolgere, nei limiti dei suoi doveri, il mandato ricevuto.

La realtà di chi esercita la professione forense è ben lontana da quella offerta dalla letteratura dei secoli scorsi, ove l'avvocato veniva rappresentato in modo grottesco, a tratti allegorico, come un uomo di legge per nulla legato a valori etici e morali, quali la dignità, la lealtà e il decoro. Questi ritratti sono ormai ben lontani dalla figura odierna dell'avvocato, gravato non solo di oneri professionali ma anche comportamentali. Dalla fine dell'Ottocento ad oggi i cardini deontologici della professione forense, quali l'indipendenza, l'autonomia, la competenza, la correttezza deontologica, non sono cambiati. Principi fondamentali che l'avvocato deve rispettare non solo nei confronti del collega ma anche e, soprattutto, nei confronti del cliente.

Il rapporto professionale e deontologicamente corretto che viene ad instaurarsi tra l'avvocato e il suo cliente, deve essere contrassegnato, innanzitutto, dalla fiducia (art. 35 CDF). Fiducia che trova scaturigine nella chiarezza e nella lealtà dei comportamenti, i quali, ovviamente, devono essere assunti da entrambe le parti. L'avvocato, ancora, è tenuto ad osservare anche il principio dell'autonomia (art.36 CDF), che vuol dire "discrezionalità nei mezzi di difesa e indipendenza nei rapporti e nella gestione della lite". Ne consegue che non è assolutamente possibile richiedere o, nelle peggiori delle ipotesi, imporre all'avvocato di perseguire iniziative giudiziarie fantasiose, pretestuose o illecite; l'avvocato, infatti, deve scegliere in piena autonomia e, soprattutto, rifacendosi alla propria scienza e coscienza, la condotta più idonea e adeguata per la tutela degli interessi del suo rappresentato. L'avvocato, infatti, non deve mai dimenticare che la fattispecie sottopostagli dal suo assistito è, comunque, una vicenda strettamente legata alla vita di quest'ultimo, motivo in più per cui l'avvocato deve assumere un comportamento professionale di estraneità, finalizzato ad una difesa quanto più tecnica possibile, garantendo, in tal modo, assenza di errori ed una eccellente professionalità. Sono questi i comportamenti che rendono la condotta dell'avvocato brillante e diligente.

Altro obbligo a cui il legale deve attenersi è quello dell'informazione (art.40 CDF), in modo che la parte assistita sia resa edotta in ordine all'attività svolta. Tale obbligo è sancito non solo dall'art. 40 del codice deontologico ma anche dall'art.1712 c.c., afferente il rapporto di mandato. Nel momento in cui vi è l'assunzione dell'incarico, sorge l'obbligo da parte dell'avvocato di informare il cliente in ordine alle caratteristiche, alle dinamiche e all'importanza della controversia, atteso che l'attività informativa non si esaurisce nel momento iniziale del rapporto ma continua durante tutto lo svolgimento del mandato.

Seppur sommaria, l'informazione, ovviamente, deve essere vera, lecita, non contraria al buon costume, onde evitare che la parte cada in pregiudizi e false aspettative.

L'avvocato che, pur continuando ad assicurare il cliente dell'avvenuta instaurazione del giudizio e dell'imminenza della sua positiva conclusione, non vi abbia in realtà dato seguito, pone in essere un comportamento disciplinarmente rilevante sotto il duplice profilo dell'art. 38 (inadempimento del mandato, sotto la specie del mancato compimento dell'atto iniziale, con rilevante e non scusabile trascuratezza degli interessi della parte assistita) e dell'art. 40 (obbligo d'informazione, sotto la specie della corretta comunicazione sullo svolgimento del mandato) del codice deontologico.

(Cons. Nazionale Forense, 22/03/2006, n. 8)

Colui che esercita la professione forense potrebbe violare le norme e i principi fissati dal codice deontologico e dalla legge, anche nel caso di "mancato, ritardato e negligente compimento di atti inerenti al mandato, quando ciò derivi da una non scusabile e rilevante trascuratezza degli interessi della parte assistita (art. 38 del Codice di deontologia professionale).

L'incarico, che il difensore decide di assumere, infatti, deve essere governato con diligenza e sollecitudine, atteso che nell'adempimento dell'incarico professionale conferitogli, l'obbligo di diligenza da osservare, ai sensi del combinato disposto di cui agli art. 1176, comma 2, e 2236 c.c., impone all'avvocato di assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, anche, i doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione del cliente, essendo egli tenuto a rappresentare a quest'ultimo tutte le questioni di fatto e di diritto, comunque insorgenti ed ostative al raggiungimento del risultato o, comunque, produttive del rischio di effetti dannosi. Gli evocati articoli impongono, altresì, all'avvocato di richiedere al cliente tutti gli elementi necessari o utili in suo possesso nonché di sconsigliarlo dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole. (Cass. Civ. 30/07/2004, n. 14597).

Viene meno ai doveri di diligenza, dignità, correttezza e decoro della professione forense, in violazione degli art. 38, 40 e 42 del codice deontologico, il professionista che non dia corso al mandato ricevuto, ometta di informare il cliente sullo stato della pratica e non fornisca chiarimenti al C.d.O. sul suo comportamento. (Cons. Nazionale Forense, 13/09/2006, n. 62).

Confortante, invece, è la statuizione del Tribunale romano, il quale assume che non possa configurarsi a carico dell'avvocato alcuna responsabilità professionale nel caso in cui questi, incaricato dal cliente del patrocinio in un giudizio civile, non gli abbia comunicato l'esito della causa con conseguente impossibilità di proporre appello nei termini, sempreché sia provato che la mancata informazione dell'avvenuta emissione della sentenza da parte del legale sia stata determinata dall'omessa comunicazione a quest'ultimo dell'avviso di cancelleria recante il deposito della pronuncia. Nella fattispecie, infatti, l'avvocato, ha diritto alla comunicazione dell'avvenuto deposito della sentenza (art. 133 c.p.c.), e, dunque, non può considerarsi tenuto, oltre ogni ragionevole sforzo di diligenza, ad attivarsi per porsi nelle condizioni di conoscere l'effettivo deposito della pronuncia stessa. (Tribunale Roma, sez. XIII, 25/01/2006).

Non possiamo non augurarci che il rapporto professionale con il cliente sia sempre contraddistinto dalla primaria necessità di tutelare, innanzitutto, quest'ultimo, la cura dei cui interessi dovrebbe, sempre, prevalere sulle aspettative economiche e professionali dell'avvocato.

"Ubi tu ibi ego": il reato di atti persecutori nei suoi aspetti fenomenici e profili giuridici

di Vincenzo Ianni

1° Classificato Concorso
Napoli Cultural Classic 2011

SOMMARIO. 1. Premessa.- 2. La figura dello stalker: profili sociologici e psichiatrici.- 3. Il reato di atti persecutori.- 3.1. Gli stilemi definitori.- 3.2. Le questioni applicative.- 3.2.1. La valenza della clausola di apertura dell'art. 612-*bis* c.p.- 3.2.2. La problematica dell'interazione tra il reato di atti persecutori e la figura del reato continuato.- 3.2.3. La configurabilità del tentativo nel reato di cui all'art. 612-*bis* c.p.- 3.2.4. L'incidenza delle cause di non imputabilità nell'ambito del delitto di atti persecutori.- 4. La casistica giurisprudenziale in relazione alla fattispecie prevista dall'art. 612-*bis* c.p.- 5. L'ammonimento all'autore della condotta di atti persecutori.- 6. Il risarcimento del danno da stalking. 7. Profili di diritto comparato.

1. PREMESSA

Nell'ambito del diritto penale una problematica di non poco momento è quella relativa al compiuto inquadramento del reato di atti persecutori, contemplato dall'art. 612-*bis* c.p.[1]
Il legislatore con la norma *de qua* è intervenuto per colmare una *vacatio legis* alla luce delle dimensioni allarmanti assunte dal fenomeno sociale dello *stalking*, vale a dire quella condotta morbosa ed assillante posta in essere da un soggetto che polarizza la propria attenzione (attraverso l'invio di sms, e-mails, lettere, l'effettuazione di ripetute telefonate, etc...) su di un altro individuo, costringendolo a modificare le proprie abitudini di vita e, dunque, ad una qualità di vita dimensionata.
Lo *stalking* sottende un *pattern* comportamentale complesso, caratterizzato dalla imposizione reiterata e non consensuale di interazioni relazionali, che destabilizzano l'equilibrio psicofisico della vittima, impedendogli di attendere alle normali occupazioni quotidiane.
Il termine, mutuato dal linguaggio venatorio anglosassone, indica letteralmente l'atto del braccare effettuato dal predatore sulla propria preda *(to stalker)* e viene trasposto, con un adattamento figurato, sul piano giuridico per indicare una pletora di comportamenti, insuscettivi di una aprioristica perimetrazione, che attentano ad una vasta gamma di profili della persona alterandone le normali e spontanee dinamiche relazionali.
Si pensi al diritto alla libertà, al diritto alla salute, al diritto alla *privacy* - la cui tutela è variamente riferibile al tracciato costituzionale ed alla normativa di rango inferiore, così come a quella comunitaria - che sono suscettivi di essere incisi per effetto di una condotta, quella di *stalking*, che adesso trova compiuta allocazione nel *corpus* codicistico attraverso la previsione di cui all'art. 612-*bis* c.p.
Si tratta di una norma che richiede, in sede giurisprudenziale e dottrinale, che siano tracciate le coordinate applicative stante l'essere una fattispecie di recente conio; problematica, questa, sulla quale si è misurata la giurisprudenza della Suprema Corte al fine di addivenire ad un assetto ermeneutico che consenta di governare compiutamente le implicazioni teorico-pratiche del reato.
Un reato, che, attesa la latitudine che ne caratterizza la tecnica redazionale, implica un ineludibile vaglio di coerenza con la sistemica penalistica.
Il presente scritto intende riflettere gli echi dell'elaborazione giurisprudenziale in materia, in uno alle posizioni assunte dalla dottrina in merito alla definizione della trama degli elementi qualificanti il delitto di atti persecutori.
Preliminarmente alla disamina del tenore letterale della norma si rende necessario porre una premessa di natura psico-sociologica che, pur trascendendo aspetti prettamente giuridici, risulta acconcia al fine di inquadrare la figura dello *stalker* e le dinamiche psichiche che ne orientano l'agire[2].
Difatti, la previsione di cui all'art. 612-*bis* c.p. nella sua fisionomia criminologica si impernia su fenomeni di tipo psicologico, costituendo questi, pertanto, la sede elitaria per un compiuta comprensione del delitto oggetto del presente scritto.
Tuttavia, è bene precisare che, attesa la trasversalità dei contesti umani e sociali in cui si radica lo *stalking*, esso si caratterizza come un campo di studio multidisciplinare ed interdisciplinare, che coinvolge competenze sociologiche, medico-legali, psichiatrico-forensi nonché legali.

2. LA FIGURA DELLO STALKER: PROFILI SOCIOLOGICI E PSICHIATRICI.

Lo *stalking*, sebbene avuto riguardo ai suoi tratti essenziali possa dirsi un fenomeno datato[3], rappresenta un prodotto degenere dell'odierna temperie[4].
L'evo moderno registra l'emersione di dinamiche comunicative improntate a moduli impersonali, in cui il contatto fisico, la componente umana autentica, è posta in second'ordine. Si pensi ai cd. *social-networks (Facebook, MySpace, Badoo, Sonico, etc...)*, che consentono in tempo reale lo scambio di un enorme flusso di comunicazioni, assai carenti, però, da un punto di vista qualitativo.
Proprio l'accantonamento degli usuali schemi di relazione comporta delle anomalie affettive e comportamentali nelle relazioni interpersonali. In particolare, l'assetto comunicativo surriferito talvolta porta, soggetti dalle ridotte capacità comunicative, ad enfatizzare i rapporti vissuti al di fuori del contesto virtuale, al cui distacco subiscono una sorta di smarrimento esistenziale.
In dottrina è stato significativamente osservato: *«Lo "stalking" è un fenomeno in primis di tipo relazionale, che trova la sua genesi in equivoci ed incomprensioni nei rapporti interpersonali, nella non accettazione dell'atteggiamento altrui, in difetti di comunicazione oppure nella volontà pervicace del molestatore d'imporre sull'altra persona un particolare tipo di rapporto che, per chi ne è destinatario, risulta essere altamente indesiderato»*[5].
Sebbene non sia possibile adottare in via aprioristica schemi ed etichettature, è innegabile che in un certo senso sussistono dei fattori predisponenti allo *stalking*, come si dirà nel prosieguo, tra i quali rientrano le difficoltà interazionali e disturbi di varia natura che, da soli od associati a particolari accadimenti, costituiscono l'*humus* in cui alligna lo *stalking*.
Come evidenziano studi medici, sovente lo *stalker* ha subito un trauma affettivo in età relativamente giovane, che ne compromette un armonico sviluppo psichico destabilizzandone l'equilibrio interiore.
Ciò posto, è bene precisare, tuttavia, che nell'ambito della scienza psichiatrica si registrano posizioni concordi circa l'impossibilità di individuare tratti patognomonici propri ed esclusivi dello *stalker*, non esistendo disturbi psichiatrici peculiari di questa figura.
Come si evince dalle statistiche in materia, quello dello *stalking* è un fenomeno che riguarda soprattutto persone di sesso maschile (secondo l'Osservatorio Nazionale Stalking circa il 70% delle condotte di *stalking* sono poste in essere da uomini).
La Direzione centrale della Polizia criminale del Dipartimento della pubblica sicurezza evidenzia che, avuto riguardo al numero complessivo delle persone denunciate per atti persecutori, l'85% è di nazionalità italiana e l'incidenza delle persone di sesso maschile sul fenomeno si attesta intorno al 90%, considerando cittadini di nazionalità italiana e straniera[6].
Volendo tentare una classificazione della tipologia di soggetto agente in commento, può dirsi che solitamente si tratta di persone che non riescono ad accettare la fine di una relazione affettiva. In sostanza, la conclusione di un rapporto sentimentale non viene elaborata nelle giuste misure e diviene l'embrione per una condotta molesta nei confronti dell'ex *partner* [7].
Orbene, *«laddove vi sia stato un pregresso rapporto sentimentale la persecuzione attuata rappresenta una sorta di "surrogato" della relazione persa. In tale evenienza lo stalking è una sorta di strumento attraverso cui vincolare a sé una persona, facendola rimanere nella propria quotidianità»*[8].
Si consideri che, avuto riguardo al periodo 2002-2007, il 50% degli episodi di *stalking* è riconducibile entro lo schema di una relazione amorosa terminata[9]. Ad esserne vittima solitamente sono donne di età compresa tra i 35 ed i 45 anni. Abitualmente il molestatore in tali casi oscilla tra il desiderio di ricongiungimento e quello di vendetta per la ferita narcisistica subita.
Significativamente è stato osservato che *«Vi sono contesti umani in cui lo stalking [...] sembra sovrapponibile al cosiddetto vecchio "delitto d'onore"»*[10].
È possibile, poi, individuare soggetti in relazione ai quali lo *stalking* si innesta in un quadro caratterizzato dalla sussistenza di disturbi psichici di varia tipologia, quali il disturbo cd. bipolare (soprattutto nella cd. fase maniacale)[11], i disturbi della personalità (in particolare i quadri *border-line*, paranoidi e narcisistici), la schizofrenia, il delirio erotomanico[12].
Tale ultimo termine nella psichiatria, avuto riguardo alla sua concezione più autentica, indica la convinzione infondata ed ossessiva che un'altra persona provi, segretamente, sentimenti amorosi nei propri confronti.
Il precario equilibrio interiore porta tali soggetti ad interpretare sguardi, gesti, parole in senso distorto ed a dare loro una direzionalità univoca secondo schemi mentali prestabiliti.
L'affezione nella variante più diffusa (quella in cui oggetto delle attenzioni è una persona nota) è conosciuta anche con la denominazione di *"sindrome di de Clerambault"*, dallo psichiatra francese Gaëtan Gatian de Clerambault, che nel 1921 pubblicò un trattato sull'argomento, dal titolo *"Les psychoses passionelles"*.
Frequentemente nell'ambito degli *stalkers* si riscontrano disturbi variamente riferibili alla personalità (problemi di autostima, difficoltà a gestire le relazioni interpersonali e, più in particolare, i rapporti con l'altro sesso).
Si tratta della tipologia di *stalkers* più pericolosa, in quanto talvolta detti soggetti non presentano una esteriorizzazione delle loro problematiche e risulta pertanto difficoltoso approntare

tempestivamente efficaci misure di tutela.
Vi è, inoltre, una categoria di *stalkers* che, ritenendo, più o meno fondatamente, di avere subito un torto, tentano di farsi giustizia da sè arrecando nocumento alla serenità di un soggetto, spesso vittima incolpevole di deliri incoscienti.
Infine, vi sono motivazioni legate ad impulsi sessuali che spingono determinati soggetti a porre in essere delle condotte di *stalking*. In tali casi breve è il passo dal compimento di atti di violenza, omicidio, aggressione fisica.
Analizzando i dati contenuti nel rapporto internazionale sulla violenza contro le donne, curato dal Centro "Reina Sofía" para el estudio de la violencia di Valencia[13], ci si avvede che in Italia, delle circa 200 donne uccise ogni anno per motivi passionali, circa 80 sono state precedentemente vittime di comportamenti persecutori posti in essere dall'assassino[14].
Proprio in ragione dell'incidenza di tali condotte degeneri il legislatore ha previsto, quale aggravante del reato di omicidio, la circostanza dell'avere posto in essere condotte di atti persecutori in pregiudizio della persona uccisa (art. 576, comma 1, n. 5.1. c.p.)[15]. In tale caso è prevista la comminazione della pena dell' ergastolo.
Solitamente nell'ambito della categoria di *stalkers* di cui si discorre è dato ravvisarsi la sussistenza di parafilie, termine scientifico invalso per indicare l'insieme di quelle perversioni o deviazioni sessuali che, trascendendo l'eventuale singolarità delle personali inclinazioni, vengono classificate tra i disturbi del comportamento sessuale.
Per essere definita "parafiliaca" una condotta umana deve causare un disagio clinicamente significativo ed una compromissione dell'area sociale, lavorativa o di altri comparti relazionali, in cui si esplica la normale attività quotidiana.
Ciò posto, diffusi sono gli episodi di *stalking* che originano da situazioni di conflitto in ambito lavorativo[16]. In tale caso sovente alla condotta di *stalking* se ne affianca una di *mobbing*.
Non di rado episodi di *stalking* avvengono in ambito condominiale; di recente conio è, al proposito, il cd. *stalking* condominiale, terminologia con cui si indicano le sistematiche vessazioni ed i soprusi subiti da un soggetto per opera di un condomino. Talvolta le attenzioni moleste sono rivolte nei confronti dell'amministratore, il quale polarizza un po' le tensioni che si creano nell'ambito del "microcosmo" condominio.
Come si evince da quanto sopra riferito il fenomeno dello *stalking* sottende un substrato umano molto variegato (e dal punto di vista della vittima e sul versante del persecutore), che rende approssimativa ogni rigida etichettatura[17].
Come tutti i fenomeni umani anche lo *stalking* risulta interessato dalla simultanea coesistenza ed interazione di una vasta gamma di variabili comportamentali, diverse tra loro, la cui combinazione secondo modulazioni sempre differenti osta ad un compiuto inquadramento della fattispecie di cui si discorre.
Il dato che appare certo è quello per cui le vittime di *stalking* solitamente sono donne (circa l'80,03%) di età relativamente giovane (18-35 anni).
Nonostante la trasversalità del fenomeno sembra che chi esercita talune professioni di assistenza (medici, psicologi, infermieri, educatori) incorre in un rischio maggiore di divenire vittima di *stalking*. La ragione di ciò è da individuare nel fatto che detti soggetti instaurano una peculiare dinamica relazionale, divenendo i collettori di sentimenti, aspettative, idealizzazioni che, una volta traslati da un piano ideale in uno reale, possono degenerare in condotte moleste e persecutorie.
Posta questa parametrazione disquisitiva, può adesso passarsi in rassegna il dato letterale della norma di cui all'art. 612-*bis* c.p.

(il saggio è pubblicato integralmente nel sito IUSSIT - www.iussit.eu)

---

[1] Sul tema si segnala la lettura di: Forum – Associazione Donne Giuriste, *Stalking e violenza alle donne. La risposta dell'ordinamento, gli ordini di protezione,* Franco Angeli, 2009; AA. VV., *Violenza e stalking, Due facce della stessa medaglia,* AIPC, 2010; AA. VV., *Stalking. Forma/e di abuso sulle donne abituate a subire in silenzio senza tutela legale. Quali gli interventi* (a cura di A. Amore), Editori Riuniti, 2009; AA. VV., *Stalking: aspetti, psicologici, sociologici e giuridici,* AIPC Editore, 2009; F. ANGELI – E. RADICE, *Rose al veleno, stalking,* Bompiani, 2009; M. BONA, *Stalking: una nuova cornice giuridica per i molestatori insistenti, in Danno e Responsabilità,* 2004, 11, pp. 1049 ss.; E. DI SABATINO, *Dal mobbing allo stalking allo straining, in Resp. civ.,* 2007, 2, pp. 171 ss.; AA. VV., *Stalking. Quando la relazione diventa molesta,* Contesti.eu, 2010; L. TERZI, *Il nuovo reato di stalking: prime considerazioni,* in *Riv. Pen.,* 2009, 7-8, pp. 779 ss.; L. PISTORELLI, *Sicurezza penale e sicurezza pubblica: le riforme del 2009;* Ipsoa, 2009; ID., *Il reato di "stalking" e le altre modifiche al codice penale nel d.l. n. 11/2009 conv. in l. n. 30/2009,* reperibile all'indirizzo internet http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=775; A. LUINI, *Il reato di stalking o atti persecutorie ex art. 612-bis c.p. Brevi note, in Riv. pen.,* 2009, 9, pp. 939 ss.; C. COLOMBO, *Lo stalking. La donna come vittima privilegiata e le tipologie di nuova emersione, in Riv. pen.,* 2010, 6, pp. 571 ss.; F. PISANO, *Stalking: il giudice civile non può ordinare la cessazione della condotta persecutoria* (nota a Trib. Cagliari, 10 ottobre 2007), *in Persona e Danno* (www.personaedanno.it), pubblicato il 23/04/2009; R. CAUTERUCCIO, *Il reato di stalking: configurazione e problematiche, in Riv. pen.,* 2010, 3, pp. 245 ss.; A. VALSECCHI, *Il delitto di atti persecutori (cd. stalking),* in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, pp. 1377 ss.; M. GAGLIEGA, *Lo stalking. Dalla molestia agli atti persecutori, in Altalex* (www.altalex.com), pubblicato il 13/05/2008; F. AGNINO, *Il nuovo delitto di atti persecutori, c.d. stalking, entra subito in scena nelle aule di giustizia, in Corr. merito,* 2009, 3, pp. 681 ss.; F. M. ZANASI, *Violenza in famiglia e stalking. Dalle indagini difensive agli ordini di protezione,* Giuffrè, 2006; P. PANARELLO, *L'analisi del delitto di atti persecutori*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2010, 1, pp. 36 ss.; AA. VV., *Lo stalking. Il reato di atti persecutori (art. 612-bis c.p.) e le altre modifiche introdotte dalla legge 23 aprile 2009, n. 38* (a cura di S. Tovani – A. Trinci), DIKE, 2009; C. PARODI, *Stalking e tutela penale. Le novità introdotte nel sistema giuridico dalla L. 38/2009,* Giuffrè, 2009; F. BARTOLINI, *Lo stalking e gli atti persecutori nel diritto penale e civile,* La Tribuna, 2009; F. CESARI, *Custodia in carcere per il marito molestatore. Prime applicazioni del reato di stalking* (nota a Trib. Milano, 31 marzo 2009), *in Fam. e diritto,* 2009, 11, pp. 1039 ss.; S. BEDESSI – F. PICCIONI, *Ronde, stalking, videosorveglianza. Commento alle misure d'impatto contenute nel pacchetto sicurezza,* Experta, 2009; R. MARINO, *Violenza sessuale. Pedofilia. Stalking. Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori. Commento organico al D.L. 23 febbraio 2009, n. 11;* A. CALDARONI, *Stalking e atti persecutori,* Edizioni Univ. Romane, 2009; F. SARNO, *Il nuovo reato di atti persecutori (art. 612-bis)*, Giuffrè, 2010; A. SORGATO, *I reati del c.d. molestatore assillante in attesa di una norma ad hoc* (nota a Trib. Milano, 2 luglio 2008 e Trib. Milano, 21 febbraio 2009), ne *Il merito,* 2008, n. 59 ss.; ID., *Stalking,* Giappichelli, 2010; A. NATALINI, *La pena è maggiorata per gli atti persecutori commessi dal partner, in Fam. e minori,* 2009, 7, pp. 67 ss.; G. BENEDETTO - M. ZAMPI – M. RICCI MESSORI – M. CINGOLATI, *Stalking: aspetti giuridici e medico-legali, in Riv. it. medicina legale,* 1, 2008, pp. 127 ss.; A. GALANTI, *Prime considerazioni in ordine al reato di stalking: se diventasse (anche) mobbing?,* in *Giust. pen.,* 1, 2010, pp. 57 ss.; M. J. FONTANELLA, *Una nuova fattispecie penale: lo stalking,* in *Iustitia,* 2009, 4, pp. 421 ss.; R. MARINO, *Violenza sessuale pedofilia stalking,* Edizioni Giuridiche Simone, 2009; ID., *Il reato di atti persecutori*, in Relazione Consiglio superiore della Magistratura, *Violenza di genere mobbing e stalking,* pp. 1 ss. (http://appinter.csm.it/incontri/relaz/19241.pdf); A. CADOPPI, *Decreto anti-violenze, Atti persecutori: una normativa necessaria, in Guida al diritto, 2009, 19, pp. 49 ss.* (http://www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com/Doc.aspx?Numero=19&cmd=GuidaDiritto_Archivio&IdDocumento=10531251&Data=2009-0509&IdFonteDocumentale=53&Sezione=na&Image=tit_guida.gif&MenuOn=menu_gd_archivio); ID., *Decreto anti-violenze, Efficace la misura dell'ammonimento del questore, ivi,* pp. 52 ss. (http://www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com/Doc.aspx?Numero=19&cmd=GuidaDiritto_Archivio&IdDocumento=10531229&Data=2009-0509&IdFonteDocumentale=53&Sezione=na&Image=tit_guida.gif&MenuOn=menu_gd_archivio).

[2] Si segnala la lettura di "*Stalking e psicopatologia*", reperibile al seguente indirizzo internet: http://www.psyinstitute.org/1/stalking_e_psicopatologia_1188042.html.

[3] Il dott. Enrico Maria Secci, psicologo e psicoterapeuta, ha affermato: *«Stalking è il nome nuovo di un problema vecchio, sempre esistito, che consiste nella persecuzione da parte di un individuo di una persona (generalmente di sesso opposto) con motivazioni di solito amorose o sessuali»* (http://enricomariasecci.blog.tiscali.it/2010/07/01/stalking-denunciare-denunciare-denunciare/).

[4] A. C. BALDRY, *Dai maltrattamenti all'omicidio. La valutazione del rischio per la prevenzione della recidiva e dell'uxoricidio,* Franco Angeli, 2008; S. MASTROBERANDINO – A. PROIETTI VALENTINI, *Dio li fa poi li accoppia. Complessità e circolarità nella relazione di stalking,* AIPG, *Newsletter,* 2010, n. 41, pp. 9 ss., reperibile all'indirizzo internet: http://www.aipgitalia.org/media/pdf/Newsletter%2041.pdf; C. MABERINO – A. BERTI – F. MABERINO, *Nec sine te nec tecum. Lo stalking: aspetti psicopatologici e giuridici,* in *Rass. it. criminologia,* 2005, 10, pp. 581 ss.; D. D'ANZEO - C. IANNONE, *Stalking. Conoscerlo e difendersi,* Helicon, 2010; AA. VV., *Donne che sbattono contro le porte. Riflessioni su violenze e stalking* (a cura di T. Ravazzolo – S. Valanzano), Franco Angeli, 2010; AA. VV., *La sindrome delle molestie assillanti (stalking)* (a cura di P. Curci – G. M. Galeazzi – C. Secchi), Bollati Boringhieri, 2003; A. FERRARIS OLIVIERO, *Stalker il persecutore, in Psicologia contemporanea,* 2001, 164, pp. 18 ss.; B. FABBRONI – M. A. GIUSTI, *Vittima. Persecutore. Il mondo dello stalking,* Edizioni Universitarie Romane, 2009; B. C. GARGIULLO – R. DAMIANI, *Lo stalker, ovvero il persecutore in agguato. Classificazione, assessment e profili psicocomportamentali,* Franco Angeli, 2008; H. EGE, *Al centro della persecuzione. Analisi, conseguenze e valutazioni del comportamento persecutorio,* Franco Angeli, 2010; N. BRAN, *Quando la passione diventa ossessione. Stalking,* Ananke, 2009; I. MASCIA – G. ODDI, *Storie di ordinaria persecuzione,* Ma. Gi., 2005; A. DEL DEBBIO – E. DI FIORINO – M. FONTANA, *Mobbing. Hazing. Stalking. Bullismo. Una guida pratica, Psichiatria e Territorio,* 2009; F. BRUNO – L. OHANIAN, *Stalking. Cronaca di un abuso,* Curcio, 2010; M. FILIPPO CALIÒ, *Stalking & Stalkers (da una ricerca criminologica internazionale e un pattern operativo per la identificazione di anonimi molestatori a mezzo di telefonate e lettere anonime),* LiberiStampautori, 2007; V. MASTRONARDI, *Stalking o sindrome delle molestie assillanti,* in AA. VV., *Psichiatria forense, criminologia ed etica psichiatrica* (a cura di V. Volterra), Masson, 2010; G.M. GALEAZZI - K. ELKINS – P. CURCI, *The stalking of mental health professionalsby patients, in Psychiatric Services,* 2005, 56 (2), pp. 137 ss.; G.M. GALEAZZI – P. CURCI, *The tormenting harasser syndrome (stalking): a review,* in *Giorn. it. psicopatologia,* 2001, 7 (4), pp. 434 ss.; J. H. KAMPHUIS - P.M.G. EMMELKAMP – V. DE VRIES, *Informant Personality Descriptions of Postintimate Stalkers Using the Five Factor Profile, in Journal of Personality Assessment* 2004, 82 (2), pp. 169 ss.; J.H. KAMPHUIS - P. M. G. EMMELKAMP – V. DE VRIES, *Individual differences in post-traumatic stress following post-intimate stalking: Stalking severity and psychosocial variables, in British Journal of Clinical Psychology,* 2003, 42 (2), pp. 145 ss.; J.H. KAMPHUIS - P.M.G. EMMELKAMP, *Stalking – a contemporary challenge for forensic and clinical psychiatry, in British Journal of Psychiatry,* 2000, 176, pp. 206 ss.; J.H. KAMPHUIS - P.M.G. EMMELKAMP *Traumatic distress among support-seeking female victims of stalking, in American Journal of Psychiatry,* 2001, 158 (5), pp. 795 ss.; D.V. JAMES - F.R. FARNHAM, *Stalking and serious violence, in Journal of the American Academy Psychiatry and the Law,* 2003, 31 (4), pp. 432 ss.; F.R. FARNHAM – C.V. RITCHIE – D.V. JAMES – H.G. KENNEDY, *Pathology of love, in The Lancet,* 1997, 350, pp. 710 ss.; AA. VV., *The psychology of stalking. Clinical and Forensic Perspectives* (edited by J. R. Meloy), Academic Press, 1998; P. E. MULLEN – M. PATHÉ – R. PURCELL – G. STUART, *A study of stalkers, in American Journal of Psychiatry,* 156 (8), 1999, pp. 1244 ss.

[5] M. BONA, cit.

[6] V. R. MARINO, *Il reato di atti persecutori*, cit., p. 50.

[7] Stando ai dati in possesso del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, il 50% degli episodi di *stalking* si innesta nel contesto di una relazione affettiva cessata (V. R. MARINO, *Il reato di atti persecutori,* cit., p. 50).

[8] V. IANNI, *Le unioni di fatto: responsabilità civile eso ed endo,* in AA. VV., *Trattato dei nuovi danni* (diretto da P. Cendon), vol. -, Cedam, 2011, in corso di pubblicazione.

[9] Osservatorio Nazionale Stalking, periodo di riferimento: 2002-2007. Dall'indagine denominata *"Sicurezza sulle donne"*, condotta dall'ISTAT, è emerso che in Italia le donne vittime di comportamenti persecutori al termine della loro relazione sentimentale sono state 2.077.000.

[10] In tali termini si esprime la psicologa e psicoterapeuta Maristella Buonsante (http://maristellabuonsante.wordpress.com/stalking-radici-relazioni-eventi/).

[11] Il cd. disturbo bipolare è una patologia nella quale i normali stati dell'umore, tristezza e felicità, si presentano ciclicamente amplificati ed alternati a periodi di normalità.

[12] In passato per indicare il disturbo erano invalsi i termini "paranoia erotica" ed "illusione erotica autoreferenziale". Si segnala la lettura di: M. ZONA – K. SHARMA – J. LANE, *A comparative study of erotomanic and obsessional subjects in a forensic sample,* in *Journal of Forensic Sciences,* 1993, 38 (4), pp. 894 ss.; R.B. HARMON – R. ROSNER – H. OWENS, *Obsessional harassment and erotomania in a criminal court population,* in *Journal of Forensic Sciences,* 1995, 40 (2), pp. 188 ss.

[13] Si legge nel sito internet www.centroreinasofia.es: *«El Centro Reina Sofía, denominación de la Fundación de la Comunidad Valenciana para el Estudio de la Violencia, es una institución que, bajo la Presidencia de Honor de S.M. la Reina Doña Sofía, se dedica desde 1997 al análisis de la agresión en sus distintas formas».*

[14] V.J. SANMARTÌN, *"Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Estadísticas y legislación"*, 2nd International Report Partner Violence against Women. Statistic and Legislation, DISEÑARTE – Goaprint, 2003, pp. 1 ss. Per quanto concerne ulteriori studi condotti sul fenomeno dello stalking si rimanda alle seguenti documentazioni:
- National College Women Sexual Victimization study (NCWSV) ();
- British Crime Survey del 2001 (BCS) (http://www.homeoffice.gov.uk/rds/pdfs04/hors276.pdf);
- National Violence Against Women Survey 1995 (NVAWS) (http://www.ncjrs.gov/pdffiles/169592.pdf).

[15] Si segnala la lettura di R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Decreto anti-violenze, Sulla circostanza aggravante dell'omicidio c'è il rischio di interpretazioni forzate,* in *Guida al diritto*, 19, pp. 43 ss.

[16] Si segnala la lettura di H. EGE, *Oltre il mobbing: Straining, Stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro,* Franco Angeli, 2005.

[17] F. MACRÌ, *Modifiche alla disciplina delle circostanze aggravanti dell'omicidio e nuovo delitto di "Atti persecutori"*, in *Dir. pen. e proc.,* 2009, 7, pp. 815 ss.: *«Lo stalking non è un fenomeno unitario ed omogeneo e - al di la della sua descrizione con locuzioni come 'atti persecutori'o 'molestie assillanti' - è particolarmente arduo racchiuderlo in una formula generale e tassativa».*

[18] Dati del Servizio Analisi Criminale della Direzione centrale della Polizia criminale.

ESTRATTO da:

"Il mobbing sui luoghi di lavoro"

di Olga Izzo

presentato in Concorso
Napoli Cultural Classic 2011

Un'epidemia silenziosa e subdola che manda in frantumi identità individuali e collettive, un malessere interiore che avvelena milioni di persone e le loro famiglie, con ferite violente provocate da ripetuti sabotaggi motivazionali, per alcuni rappresenta un vero e proprio stupro morale con conseguenze e costi sociali devastanti! Il MOBBING... fenomeno finora sconosciuto eppure diffuso, che conta oltre 12 milioni di vittime in Europa e oltre un milione e mezzo solo in Italia. E' il male oscuro che rode la società post-industriale, o tardo-capitalista in incremento per via della globalizzazione, dei grandi manager internazionali, delle fusioni, del cambiamento delle tipologie di lavoro e dei correlati rischi lavorativi, a cui la psichiatra e psicoanalista francese **Marie-France Hirigoyen**, sulla scia della collega americana **Caroll Brodsky**, ha dato il nome di ***molestie morali***. La parola straniera è entrata ormai come tante altre nel completo utilizzo del nostro vocabolario e dai lavori parlamentari sembra che lo stesso legislatore, non abbia pudore a legiferare sul mobbing, di cui del resto discettano un po' le sentenze nazionali nonostante la prescrizione dell'art 122 c.p.c. sull'uso obbligatorio della lingua italiana. A questo punto conviene adeguarsi ed eliminare il fastidioso grassetto quando si parla di mobbing. "Maltrattamenti, vessazioni, offese, aggressioni, umiliazioni, intimidazioni, persecuzioni e mortificazioni" che la fanno da padroni in una situazione lavorativa di conflittualità sistematica: questo è il mobbing, questo è quello che troverete scritto a caratteri cubitali in tutte le antologie psicologiche e di diritto che riguardano questo latente sentimento che si posa in un cantuccio dentro la persona e che man mano lievita in base alle situazioni, fino a divenire un problema, bello grosso!!!! **Harald Ege** afferma: "con la parola mobbing s'intende una forma di terrore psicologico sul posto di lavoro esercitata attraverso comportamenti aggressivi e vessatori ripetuti, da parte di colleghi e superiori". Giuridicamente il mobbing è stato catalogato in diverse tipologie: Mobbing di tipo verticale: quando la violenza psicologica viene posta in essere nei confronti della vittima da un superiore; Mobbing di tipo orizzontale: quando l'azione discriminatoria è messa in atto addirittura dai colleghi nei confronti del mobbizzato; Mobbing di tipo collettivo: quando i colpiti sono gruppi di lavoratori; Mobbing di tipo individuale: ad oggetto il singolo lavoratore; Mobbing dal basso sia individuale che collettivo: quando viene messa in discussione l'autorità di un superiore. A queste forme si deve per altro affiancare una forma di mobbing definibile "sessuale" anche se non caratterizzato da contatto fisico, tutte queste categorie, comunque, sono accomunate dalla reiterazione del sopruso che **Leynmann** ha sintetizzato in un modello in quattro fasi che **Ege** ha adattato alla situazione Italiana pervenendo ad un modello in sei fasi: 0) condizione zero; 1) conflitto mirato; 2) inizio del mobbing; 3) primi sintomi psico-somatici; 4) errori ed abusi dell'amministrazione del personale; 5) serio aggravamento della salute psico-fisica della vittima; 6) esclusione dal mondo del lavoro. Soprattutto in Italia, dove la percezione del fenomeno è ridottissima e la maggior parte della società considera la questione un fastidio, una seccatura se non l'invenzione di qualche visionario che mal tollera il gioco dei ruoli, lavorativamente parlando, bisogna prendere coscienza del fatto che il mobbing ferisce, rende pazzi, provoca malattie e addirittura in casi limite uccide! La **Corte di Cassazione**, con un' importante serie di decisioni rese ha ridisegnato profondamente il quadro normativo di riferimento in ordine al mobbing, tema oggetto di un contenzioso assai nutrito. Riassumendo l'orientamento giurisprudenziale, emergono cinque principi di diritto che rappresentano una sorta di bussola per orientarsi a fronte del fenomeno "mobbing", che in assenza di espressa disciplina legale va necessariamente ricostruito sulla scorta dell'elaborazione giurisprudenziale. La **prima «storica» sentenza** in materia di mobbing è **Trib. Torino 11 dicembre 1999**, che ha definito la fattispecie come quella in cui il dipendente sia oggetto ripetuto di soprusi da parte dei superiori, volti ad isolarlo dall'ambiente di lavoro e, nei casi più gravi, ad espellerlo, con gravi menomazioni della sua capacità lavorativa e dell'integrità psichica. Nel caso esaminato dal Tribunale, il datore di lavoro, dopo avere fatto pressione sulla dipendente affinché rassegnasse le dimissioni, l'aveva sostituita con un'altra impiegata, trasferendola dagli uffici amministrativi al magazzino, affidandole mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte. Si tratta di un caso tipico di mobbing, nel quale per ottenere le dimissioni del lavoratore, il datore mette in atto una serie di comportamenti vessatori, soprattutto al fine di emarginare il dipendente, per convincerlo ad andarsene.

La Cassazione, con un'ultima decisione di **Settembre 2008**, fissa i confini del mobbing, e precisa, accogliendo il ricorso di una donna che sosteneva di avere subito numerose prevaricazioni sul posto di lavoro (frasi volgari, collocazione in un ufficio marginale, esproprio del progetto societario al quale stava lavorando), che il mobbing è costituito da una condotta protratta nel tempo con l'obbiettivo di danneggiare il dipendente. Non serve però un' ampio periodo di tempo perché l'illecito possa essere contestato, ma bastano sei mesi. Il datore di lavoro, inoltre, è sempre responsabile della condotta del dipendente in posizione di supremazia gerarchica e non può sottrarsi alla sanzione tentando una riparazione senza atti di pacificazione e vigilanza concreti.
E ancora, il 20 maggio 2008 la sezione lavoro della Cassazione, con il n. 12735, ha emesso una importante decisione, in tema di mobbing: *«(...) stando ai contributi scientifici più accreditati ma anche all'orientamento oramai prevalente della giurisprudenza, risulta essere la definizione comune del mobbing/bossing (o mobbing datoriale), quella per cui deve essere inteso come una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente e in costante progresso, in cui una persona viene fatta oggetto da parte del datore di lavoro, o dei suoi preposti, di azioni di alto contenuto persecutorio, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità e con la conseguenza che il mobbizzato si trova nella impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e, a lungo andare, accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psicofisiche permanenti. È opinione comune, inoltre, che è onere del lavoratore provare in modo rigoroso che il datore di lavoro ha posto in essere nei suoi confronti una precisa strategia persecutoria, attraverso una serie ripetuta di comportamenti materiali finalizzati ad espellerlo dall'ambiente di lavoro»*. Mobbing che non sarebbe ravvisabile – sempre secondo la Corte d'Appello di Torino – se *«i comportamenti del datore di lavoro sono comunque privi di carattere vessatorio o persecutorio (...), e se nei confronti degli stessi non è ravvisabile il carattere della ripetitività (...)»*, in concreto, prosegue sempre la Corte d'appello Torinese, *«non è sufficiente a costituire mobbing una situazione conflittuale nei rapporti interpersonali, essendo invece necessario che esista una condotta vessatoria, reiterata e duratura, finalizzata all'isolamento del lavoratore nel proprio contesto lavorativo (...) il riferimento normativo è l'art. 2087 cod. civ. per il quale è necessario dimostrare che il datore di lavoro è venuto meno all'obbligo di tutelare la salute psico-fisica del proprio dipendente (...)»*.

Ma non si creda che le vittime siano dei poveri Fantozzi sprovveduti e incapaci, tutt'altro: quasi sempre, ad essere colpiti dal flagello, sono i lavoratori migliori, i più scrupolosi, onesti e dotati, i «primi della classe», perfezionisti, tutt'altro che fragili. Gente brillante e creativa, di scolarità medio-alta, poco sottomessa e spesso anticonvenzionale, che ama molto il proprio lavoro sul quale ha un forte investimento emotivo, e perciò vive con maggior dolore una condizione di emarginazione.

L'inviolabilità del diritto alla privacy e il Parlamento: la vexata quaestio sul confine tra l'immunità e l'interesse superiore della giustizia

di Caterina Passalacqua

presentato in Concorso
Napoli Cultural Classic 2011

Sommario: 1. Il diritto alla privacy come diritto fondamentale della persona ieri e oggi; 2. Le intercettazioni telefoniche, la riservatezza dei soggetti intercettati e la stampa 3. Il 'problema' della privacy del parlamentare e del placet della Camera di appartenenza; 4. Le sentenze della Corte Costituzionale n. 113 e 114/2010; 5. Una questione irrisolta.

1. IL DIRITTO ALLA PRIVACY COME DIRITTO FONDAMENTALE DELLA PERSONA IERI E OGGI

Il momento attuale è pervaso dall'antitesi tra la concezione aristotelica dell'uomo quale animale sociale – appalesata esponenzialmente ancor più nell'era odierna dai *social networks* e dalla 'pubblicizzazione' delle informazioni – e la crisi del *singulus* quale persona *a se* e distinta dalla collettività. Oggi meglio che mai si percepisce la natura del diritto alla riservatezza quale espressione di un'esigenza (e diritto) fondamentale della persona, l'istanza primaria dell'individuo nella società, che ha trovato esplicita tutela con il primo codice in materia di protezione dei dati personali[1].
Nel codice del 1942, frutto della concezione utilitaristica del diritto, la sfera della personalità era infatti circoscritta agli artt. 6/10 c.c., in materia di tutela del nome e dell'immagine, tanto che per lungo tempo si è discusso, in dottrina e in giurisprudenza, persino sulla esistenza stessa del diritto alla riservatezza[2].
Il d.lgs. n. 196 è certamente riflesso, in realtà tardivo, della nuova matrice 'personalistica' dell'ordinamento giuridico introdotta dalla Carta Costituzionale, che trova la sua massima espressione nell'art. 2 Cost., in cui l'uomo assume rilevanza sia *uti singulus* sia *"nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità"*. Il codice sulla privacy regola infatti il rapporto di necessario bilanciamento tra i mezzi di comunicazione e la protezione dei dati personali, focalizzando la vis sanzionatoria sulla sfera inerente il trattamento dei dati (sensibili, giudiziari) in svariati settori[3].
Si è, inoltre, recentemente affermato un crescente interesse dell'U.E. ad una armonizzazione della disciplina giuridica degli Stati membri sulla materia, reso evidente anche dalla collocazione, primaria (artt. 7 e 8), dei diritti della personalità nella Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea, che recentemente ha assunto *"lo stesso valore giuridico dei Trattati"* con l'entrata in vigore, l'1 dicembre 2009, del Trattato di Lisbona (art. 6 co. 1).
Nonostante la sua giovane età, il diritto alla privacy si è già reso protagonista di un acceso dibattito dottrinale e giurisprudenziale in materia di giustizia, circa l'impiego delle intercettazioni telefoniche e la divulgazione delle stesse nei quotidiani, introducendo una questione complessa, un "Giano bifronte", che impone l'arduo contemperamento del diritto alla riservatezza con l'interesse superiore della giustizia da un lato e dall'altro con la libertà di stampa.

2. LE INTERCETTAZIONI TELEFONICHE, LA RISERVATEZZA DEI SOGGETTI INTERCETTATI E LA STAMPA

Il diritto alla privacy si manifesta in due gradi di intensità: garantire che il dato personale rimanga segreto e vietarne la diffusione ad altri.
In materia di intercettazioni tali profili di protezione sono ulteriormente qualificati dalla necessità di assicurare il segreto istruttorio, al fine di tutelare l'interesse della giustizia all'accertamento del reato.
La Cassazione descrive le intercettazioni ex artt. 266 e ss. c.p.p. come la *"captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscano con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato"*. Il conflitto tra gli interessi contrapposti si rivela proprio nell'espressione *"carattere riservato"* a chiosa della definizione giurisprudenziale, laddove si ravvisa l'essenza dell'intercettazione, il 'violare' conversazioni private.
La compressione del diritto alla privacy è 'legittimata' dalle esigenze istruttorie della magistratura, che necessita, – il legislatore parla di "assoluta indispensabilità"[4] – nelle indagini di reati particolarmente gravi[5], di impiegare questo peculiare mezzo di ricerca della prova, per la cui ammissione gli artt. 266 c.p.p. e ss. predispongono una serie di presupposti imprescindibili e di modus operandi circa l'assunzione delle stesse ed il loro utilizzo (eccezionale) in procedimenti diversi da quello nel quale sono state disposte.
La vera 'minaccia' per la privacy dei privati si verifica laddove le intercettazioni evadano dalle porte del tribunale per essere pubblicate in prima pagina sui quotidiani.
Vi è chi, soprattutto tra gli addetti ai lavori e la classe politica, sostiene la necessità di modificare il

dettato normativo dell'art. 266 c.p.p. al fine di ridurne la portata applicativa e sanzionarne la pubblicazione illegittima: ci si riferisce ai recenti tentativi di approvazione del disegno di legge sulle intercettazioni telefoniche, approvato al Senato con alcuni emendamenti rispetto al testo del giugno 2009. Una delle più significative variazioni riguarda il presupposto dei "gravi indizi di reato", che, in caso di approvazione della riforma, sarebbe sostituito con i *"gravi indizi di colpevolezza"*. È evidente l'assonanza con l'art. 273 c.p.p. che richiede i medesimi requisiti per l'adozione delle misure cautelari[6].
Tale innovazione determinerebbe una vera e propria rivoluzione copernicana, dal momento che l'autorizzazione dell'intercettazione verrebbe a fondarsi su un *fumus* di colpevolezza, che deve essere accertato da un giudizio prognostico di probabile condanna dell'indagato.
Ulteriore novità riguarderebbe l'introduzione, tanto criticata dalla categoria dei giornalisti, della fattispecie criminosa di pubblicazione di intercettazioni in violazione dell'art. 114 co.7 c.p.p. mediante l'aggiunta di un terzo comma all'art. 617 c.p., rubricato *"cognizione, interruzione o impedimento illecito di comunicazioni o conversazioni telegrafiche o telefoniche"*.
La diatriba sorta non è di semplice soluzione, atteso che l'incriminazione della pubblicazione illegittima delle trascrizioni di intercettazioni trapelate dai tribunali sarebbe, in realtà, coerente con la libertà di stampa ex art. 21 cost., in quanto la condotta incriminata sarebbe già illegittima per violazione dei limiti cd. interni del diritto stesso, *"l'interesse pubblico alla conoscenza dei fatti riferiti"*, *"l'esposizione dei fatti contro i confini dell'obiettività"* e *"la verità obiettiva o verosimiglianza dei fatti narrati"*[7].
Come sottolineato dal Garante per la Privacy nel marzo 2007[8], ferma l'indiscussa utilità del mezzo di prova, si assiste spesso alla totale inadeguatezza dell'attuale sistema di gestione dei dati e di divulgazione degli stessi, sino a sfociare nella violazione di diritti fondamentali della persona[9]: da qui la *quaestio* sulla tutela del diritto di cronaca ex art. 1 del codice deontologico – *"in forza dell'art. 21 della Costituzione, la professione giornalistica si svolge senza autorizzazioni o censure"* – senza causare un intollerabile pregiudizio alla privacy dei cittadini e al serio lavoro svolto nelle aule dei tribunali.

3. IL 'PROBLEMA' DELLA PRIVACY DEL PARLAMENTARE E DEL PLACET DELLA CAMERA DI APPARTENENZA

La questione si complica ulteriormente quando la privacy che deve essere 'compressa' dalla macchina della giustizia è quella del parlamentare.
In dottrina si è aperto un acceso dibattito circa il ruolo che deve essere ricoperto dalla Camera di appartenenza nell'autorizzazione delle intercettazioni telefoniche: ci si chiede se *"in ipotesi del genere, tale Camera debba limitarsi a valutare la richiesta proveniente dall'autorità giudiziaria, al solo scopo di escludere che essa possa nascondere una "finalità persecutoria" o, comunque, una ingerenza indebitamente "strumentale" nella sfera privata o funzionale del singolo parlamentare; ovvero se la medesima Camera debba operare un più penetrante controllo sulla motivazione di quella richiesta, entrando nel merito della stessa e, quindi, degli "elementi" idonei a giustificarla, secondo un modello di sindacato non dissimile da quello cui deve ispirarsi, all'interno di un procedimento penale, il giudice superiore competente a verificare la legittimità di un certo provvedimento"*.[10]
La Corte Costituzionale, con la sentenza del 28 maggio 2005 n.188, ha propeso per la seconda soluzione, attraverso il riconoscimento al consesso parlamentare *"non solo del potere-dovere di verificare la sussistenza del presupposto ("negativo") costituito dalla "assenza di ogni intento persecutorio o strumentale" alla base dell'iniziativa giudiziaria, ma altresì del potere-dovere di verificare la sussistenza di un ulteriore ed autonomo presupposto ("positivo"), rappresentato dalla affermata "necessità" dell'atto, motivata in termini di "non implausibilità"*.[11]
Ne deriva l'attribuzione del potere di sindacare sulla rilevanza procedurale dell'atto giudiziario, anche *ex post* rispetto alla sua adozione: si pensi all'autorizzazione di intercettazioni già acquisite, dalle quali emerga un dato probatorio inutilizzabile in caso di vaglio negativo della Camera. La Consulta sembrerebbe in realtà essersi allontanata dalla questione sulla quale era stato richiesto il suo intervento, in tema di necessario bilanciamento tra le esigenze investigative e la non ingerenza nelle garanzie costituzionali dei parlamentari. Nella sostanza, è come se la qualità di membro del consesso parlamentare costituisse un peculiare criterio di riduzione dei poteri degli inquirenti, tale che l'autorità giudiziaria, prima di ipotizzare l'impiego di questo 'invadente' mezzo di ricerca della prova, dovrebbe appurare la *"sperimentata insufficienza"* o *"la sostanziale impraticabilità di soluzioni alternative rispetto a tale atto acquisitivo"*. Si assiste ad un'elefantiasi delle garanzie prospettate dai Costituenti nel 1948, laddove nell'affermare che *"analoga autorizzazione è richiesta per sottoporre i membri del Parlamento ad intercettazioni, in qualsiasi forma, di conversazioni o comunicazioni e a sequestro di corrispondenza"* certo non intendevano attribuire al parlamentare una tutela della riservatezza tanto rafforzata da poter consentire alla Camera chiamata ad autorizzare di inferire persino sull''adeguatezza' della richiesta giudiziale.[12]

4. LE SENTENZE DELLA CORTE COSTITUZIONALE N. 113 E 114/2010

Non mancano recentissime pronunce sul vivo della questione, ed in particolare sulla utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche non autorizzate di parlamentari, quando questi siano stati registrati 'casualmente', in quanto indiretti destinatari del mezzo istruttorio. Il referente normativo è enucleato nell'art. 6 della l. n. 140 del 2003, che impone l'autorizzazione della Camera di appartenenza al fine di utilizzare le intercettazioni, benché si versi in procedimenti in cui imputati sono terzi *extranei*. Prima della pronuncia della Corte Costituzionale del 2007[13], in mancanza del *placet* della Camera di appartenenza, la presenza nella conversazione di un parlamentare quale interlocutore 'accidentale' paradossalmente rendeva inutilizzabile il mezzo istruttorio, indipendentemente dalla sua valenza probatoria.[14]

La questione verte essenzialmente sul distinguo tra intercettazioni dirette (ed indirette) e casuali: l'art. 4 della citata legge, che richiede l'autorizzazione preventiva della Camera per l'esecuzione delle intercettazioni nei confronti di membri del Parlamento, si applica alle prime, e cioè *"tanto alle intercettazioni effettuate su utenze o in luoghi riferibili ad un parlamentare, quanto a quelle che, pur operate su utenze o in luoghi nella disponibilità di terzi, mirano comunque a captare le comunicazioni del soggetto politico. Di contro, come si desume dalla clausola di riserva iniziale ("fuori delle ipotesi previste dall'art. 4"), l'art. 6, nel prevedere un'autorizzazione successiva per l'utilizzazione delle intercettazioni, ha di mira le intercettazioni "casuali" o "fortuite": ossia le captazioni avvenute occasionalmente nel corso di intercettazioni che hanno come destinataria una terza persona"*.[15]

La *ratio* della differente disciplina di autorizzazione si rinviene proprio nell'art. 68 Cost., che ha a cuore *"l'esigenza di "porre a riparo il parlamentare da illegittime interferenze giudiziarie sull'esercizio del suo mandato rappresentativo"*, scongiurando cioè il cd. *fumus persecutionis*.

Il *limen* tra intercettazioni "casuali" e "indirette" diventa particolarmente labile quando *"nel corso dell'attività di intercettazione emergano, non soltanto rapporti di interlocuzione abituale tra il soggetto intercettato e il parlamentare, ma anche indizi di reità nei confronti di quest'ultimo"*, potendo intervenire nell'autorità giudiziaria un mutamento di obiettivi *"nel senso che – in ragione anche dell'obbligo di perseguire gli autori dei reati – le ulteriori intercettazioni potrebbero risultare finalizzate, nelle strategie investigative dell'organo inquirente, a captare non più (soltanto) le comunicazioni del terzo titolare dell'utenza, ma (anche) quelle del suo interlocutore parlamentare, per accertarne le responsabilità penali. Quando ciò accadesse, ogni "casualità" verrebbe evidentemente meno: le successive captazioni delle comunicazioni del membro del Parlamento, lungi dal restare fortuite, diventerebbero "mirate" (e, con ciò, "indirette"), esigendo quindi l'autorizzazione preventiva della Camera, ai sensi dell'art. 4"*.

L'accidentalità dell'ingresso del parlamentare nell'area di ascolto si desume da una congerie di elementi, quali il modesto dato quantitativo dei colloqui intercorsi con parlamentari rispetto alla massa delle intercettazioni, l'irregolarità temporale degli stessi, per lo più concentrati in brevi intervalli, la natura dei rapporti intrattenuti dagli indagati con i parlamentari, da inquadrare nella categoria delle conoscenze personali senza abitualità e consuetudine di frequentazione.[16]

5. UNA QUESTIONE IRRISOLTA

La *vexata quaestio* riguardante la necessità di ottenere l'autorizzazione della Camera di appartenenza e l'utilizzabilità delle intercettazioni telefoniche che siano state disposte in elusione o anche coerentemente col dettato costituzionale si ravvisa, ad opinione di chi scrive, nelle parole della Consulta, laddove afferma che *"il rappresentante del popolo dovrebbe ritenersi semmai maggiormente esposto a limitazioni della propria sfera privata, per consentire un più penetrante controllo da parte dell'opinione pubblica. Ma anche a non voler aderire a tale tesi, la protezione della riservatezza dell'uomo politico non potrebbe comunque eccedere quella degli altri consociati, posto che, per un verso – secondo quanto affermato anche dalla Corte europea dei diritti dell'uomo () – l'uomo politico ha i medesimi diritti connessi alla privacy di ogni altro soggetto, quanto ai fatti estranei all'esercizio delle sue funzioni; e, per altro verso – come rimarcato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza n. 390 del 2007 – il fenomeno patologico della diffusione sulla stampa del contenuto delle intercettazioni incide, di per sé, sulla generalità dei cittadini"*[17].

Certamente si può discutere sull'esegesi della disciplina, sull'*animus* garantista dei Costituenti e sulla (in)opportunità di rivisitazione della Carta Costituzionale, ma forse la chiave di volta della questione prescinde dal dato strettamente normativo, o va da questo svincolato almeno in parte, per far sì che la Costituzione non sia lettera morta, ma espressione del diritto positivo nell'accezione a questo attribuita da Santi Romano[18]. Occorre cioè guardare al dato fattuale, e, 'dissacrando' il mito dell'"immunità parlamentare", prendere atto di una verità che si è persa di vista, ossia del fatto che coloro che rappresentano il popolo in Parlamento sono chiamati a rispondere dei fatti estranei all'esercizio delle loro funzioni come il *quisque de populo*, e che in nessuna figura più del parlamentare si esprime la necessità di un congruo bilanciamento tra le due esigenze primarie dell'uomo in quanto tale: il focolare domestico del

del proprio Io e l'ἀγορά della πόλις moderna.

---

[1] Si puntualizza che il d.lgs. n. 196/2003 è stato preceduto dalla l. n. 675/1996, di attuazione della direttiva n. 95/46/CE, in materia di raccolta dei dati personali nel rispetto *"dei diritti, delle libertà fondamentali, nonché della dignità delle persone fisiche, con particolare riferimento alla riservatezza e all'identità personale"*. Si è trattato di un primo 'esperimento' del legislatore italiano, che ha gettato le basi per l'adozione del *corpus* normativo del 2003.

[2] In dottrina vi era chi ne rinveniva il referente normativo nell'art. 10 c.c., *"abuso dell'immagine altrui"*, da applicare in via analogica a tutti i diritti della personalità; un'altra tesi poneva riferimento agli artt. 93-97 della legge sul diritto d'autore; secondo altri era l'art. 2 cost. a garantire la tutela della vita privata del soggetto, in quanto proiezione della persona nella realtà sociale ed esplicazione della sua personalità. Quest'ultima è stata l'impostazione dominante, suffragata dalla pronuncia della Consulta del 1973 (sentenza n. 38 del 12.04.1973); per il secondo orientamento, tra gli altri cfr. G. GIACOBBE, voce *Diritto alla riservatezza*, in *Enc. dir.*, XL, Giuffrè Editore, Varese, 1968, p. 1243. Le prime sentenze di merito in materia di privacy si sono invece ispirate all'articolo 10 c.c. ed agli artt. 93-97 della legge sul diritto d'autore (Trib. Roma, 14.09.1953, Corte di Appello Milano, sentenza n. del 21.01.1955), sebbene non confermate in Cassazione (*"Nell'ordinamento giuridico italiano non esiste un diritto alla riservatezza, ma soltanto sono riconosciuti e tutelati, in modi diversi, singoli diritti soggettivi della persona"* Cass. civ., sentenza n. 4487 del 22.12.1956).

[3] Il diritto alla riservatezza assume l'accezione di *"autodeterminazione informativa"*, ossia il potere di controllare la circolazione e l'utilizzo delle proprie informazioni (Corte Cost., sent. n. 271 del 07.05.2005).

[4] In deroga all'art. 267 c.p.p. l'art. 13 del d. lg. n. 152/1991 (convertito dalla l. n. 203/1991), adottato in tema di indagini su delitti di criminalità organizzata o di minaccia col mezzo del telefono, prevede la necessità (e non indispensabilità) dell'intercettazione in presenza di *"sufficienti"* (e non gravi) indizi di reato e *"per lo svolgimento"* (e non *"per la prosecuzione"*) delle indagini; inoltre, quando si tratta di intercettazione di comunicazione tra presenti che avviene nel domicilio, l'intercettazione è consentita anche se non vi è motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa (art. 13 cit. co.1). Infine la durata delle operazioni non può superare i quaranta giorni, ma può essere prorogata dal giudice con decreto motivato per periodi successivi di venti giorni, qualora ne permangano i presupposti. Nei casi di urgenza provvede direttamente il pm, che trasmette gli atti al giudice per la convalida. Cfr. L. FILIPPI, voce *Intercettazioni di comunicazioni e conversazioni*, in *Enciclopedia del Sole24ore*, VII, Il Sole24ore, Milano, 2007, p. 54.

[5] L'art. 266 c.p.p. individua compiutamente le fattispecie delittuose per le quali possono essere disposte le intercettazioni telefoniche, tra le quali si annoverano i delitti concernenti sostanze stupefacenti o psicotrope, armi e sostanze esplosive, e i reati di ingiuria, minaccia, usura, molestia o disturbo alle persone col mezzo del telefono.

[6] La Cassazione ha precisato tuttavia che *"gli indizi di reato richiesti per potere disporre la captazione delle conversazioni afferiscono alla sussistenza di un illecito penale e non alla colpevolezza di una determinata persona"* e che *"al presupposto dei "gravi" (o "sufficienti indizi") di reato non deve essere attribuito un connotato di tipo "probatorio" in chiave di prognosi, seppure indiziaria, di colpevolezza, posto che ciò che è dirimente è l'esistenza (in chiave altamente probabilistica o, nei casi di criminalità organizzata, nel più ristretto ambito della sufficienza indiziaria) di un fatto storico integrante una determinata ipotesi di reato, il cui accertamento impone l'adozione del mezzo di ricerca della prova nel rispetto dei valori sanciti dall'art. 15 Cost"*: Cass. Pen., sent. n. 34244 del 09.09.2010.

[7] Cass. Pen., Sez. V, sent. n. 7775 del 01.10.1983.

[8] In tale occasione il Garante della Privacy si è occupato della spinosa questione della diffusione a mezzo stampa di intercettazioni telefoniche raccolte nell'ambito di indagini giudiziarie, ed in particolare di quelle coinvolgenti anche soggetti non indagati, in quanto terzi estranei ai fatti oggetto di indagine penale. Cfr. G. CORRIAS LUCENTE, *Le recenti prescrizioni del Garante sulla pubblicazione di atti di procedimenti penali e la cronaca giudiziaria. Rigide interferenze tra privacy e libertà di informazione*, in *Riv. inf. e informatica*, 2007, p. 592.

[9] Il riferimento è agli artt.8 e 10 della CEDU, rubricati rispettivamente *"diritto al rispetto della vita privata e familiare"* e *"libertà di espressione"*, e degli artt. 6, 8 e 12 del codice deontologico dei giornalisti, in materia di *"essenzialità dell'informazione"*, *"tutela della dignità della persona"* e *"tutela del diritto di cronaca nei procedimenti penali"*.

[10] V. Grevi, *Tabulati telefonici e disciplina delle immunità processuali (articolo 68 commi 2 e 3 Cost.) a tutela dei membri del Parlamento*, in *Cass. Pen.*, IX, Giuffrè, Milano, 2010, p. 2966 e ss.

[11] V. Grevi, *Tabulati*, cit., p. 2966 e ss.

[12] Nel caso *de quo* la richiesta non verteva sulle intercettazioni telefoniche ma piuttosto sull'acquisizione dei tabulati telefonici, che, ai sensi dell'art. 4 della l. n. 140/2003, rientrano negli atti che necessitano di autorizzazione, ma che, secondo dottrina maggioritaria *"non rientrano tra gli atti compresi nell'elenco dell'art. 68 commi 2 e 3 Cost.; né vi possono essere fatti rientrare per via analogica (ad esempio con riferimento alle "intercettazioni" di conversazioni o comunicazioni), e nemmeno attraverso una artificiosa forzatura del dato testuale (ad esempio con riferimento al "sequestro di corrispondenza")"*. Al contrario si applicherebbe al caso di specie la garanzia costituzionale 'universale' dell'art. 15 cost., che, prescindendo dallo *status* di parlamentare, tutela il diritto alla segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione per tutti i cittadini. Cfr. V. Grevi, *Tabulati*, cit., p. 2966 e ss.

[13] La Corte Costituzionale con la sentenza n. 390 del 19.11.2007, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 6, commi 2, 5 e 6 della l. n. 140/2003, nella parte in cui stabiliva che, in caso di diniego dell'autorizzazione da parte della Camera, la documentazione delle intercettazioni "casuali" di conversazioni o comunicazioni di membri del Parlamento dovesse essere immediatamente distrutta e fosse comunque inutilizzabile anche nei confronti di soggetti diversi dal parlamentare.

[14] La Consulta del 2007 ha affermato che *"dette disposizioni accordano, infatti, al parlamentare una garanzia ulteriore rispetto alla griglia dell'art. 68 Cost., che – per l'ampiezza della sua previsione e delle sue conseguenze – finisce per travolgere ogni interesse contrario: giacché si elimina, ad ogni effetto, dal panorama processuale una prova legittimamente formata, anche quando coinvolga terzi che solo occasionalmente hanno interloquito con il parlamentare"*. La Corte Costituzionale si è pronunciata *"nei limiti del petitum del giudice rimettente: ossia, unicamente per quanto attiene alla prevista inutilizzabilità erga omnes e alle radicali conseguenze del rifiuto di autorizzazione della Camera (distruzione del materiale, con perdita irrimediabile dei dati probatori da esso offerti, anche quando vengano in rilievo posizioni di terzi); non, invece, per quanto attiene al profilo – che resta impregiudicato – della disciplina circa l'utilizzabilità o meno delle intercettazioni casuali nei confronti dello stesso parlamentare intercettato"*. Sul secondo profilo è stata chiamata a pronunciarsi successivamente con le sentenze n. 113 e 114/2010.

[15] Corte Cost., sent. n. 113 del 22.03.2010.

[16] Cass. Pen., sent. n. 34244 del 09.09.2010; nello stesso senso Corte Cost., sent. n. 114 del 22.03.2010.

[17] Corte Cost., sent. n. 113 del 22.03.2010.

[18] *"Diritto è soltanto quello che ha avuto la forza di divenire e di imporsi come diritto positivo"*: S. ROMANO, *Ordinamento Giuridico*, Sansoni, Firenze, 1946; cfr. V. FROSINI, voce *Diritto Positivo*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Giuffrè, Milano, 1964, p. 655; A. OCCHIPINTI, *Tutela della vita e dignità umana*, Utet, 2008, p. 3.

Occupazione provvedimentale

di Ida Sorrentino

Caducato l'istituto dell'acquisizione sanante ex art 43 d.p.r. 327 dell'8 Giugno 2001 (t.u. espr.) per effetto della sentenza della Corte Costituzionale n. 293 dell'8 Ottobre 2010, n. 293, alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali, quali domande può formulare il privato a fronte dell'occupazione sine titulo ?

Con la sentenza dell'8 Ottobre 2010, n. 293, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 43 del D.P.R. 327/01 (adottato l'8 Giugno 2001 ed entrato in vigore il 30 Giugno 2003), disciplinante la cd. occupazione provvedimentale o acquisizione sanante.
L'istituto dell'acquisizione sanante di cui all'art. 43 t.u. espr. aveva legalizzato l'espropriazione effettuata in mancanza del titolo ablativo: difatti, ai sensi dei co. 1 e 2 dell'art. 43 T.U. espr., la P.A., in assenza di valido provvedimento espropriativo o dichiarativo di pubblica utilità, o anche quando essi fossero stati annullati, poteva disporre che il bene andasse acquisito al suo patrimonio indisponibile e che al proprietario venissero risarciti i danni.
Con la sentenza succitata la Consulta ha rilevato che nella legge delega n. 59 del 1997 non si riscontra alcuna norma che possa giustificare un intervento della pubblica amministrazione, in via di sanatoria, sulle procedure ablatorie previste.
Denuncia la Corte che la norma censurata è innovativa rispetto alla delega e non è coerente con quegli orientamenti di giurisprudenza che, in via interpretativa, erano riusciti a porre un certo rimedio ad alcune gravi patologie emerse nel corso dei procedimenti espropriativi.
Viepiù che il legislatore non ha tenuto conto delle pronunce della Corte di Strasburgo che denunciavano la violazione del principio di legalità, non risultando l'istituto garante della certezza e della legalità *(Sciarrotta ed altri c. Italia, 12 gennaio 2006, ricorso n. 14793/02).*
Per questi motivi, la Corte, alla stregua dei rilievi di parte, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'intero articolo 43, rispetto all'art. 76, e per assorbimento, anche rispetto all'art. 3, 24, 42, 97, 113 e 117, primo comma, Cost.
E' dunque chiaro che, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, l'acquisto della proprietà da parte dell'Amministrazione pubblica non può più essere formalizzato con il provvedimento di acquisizione sanante ex art. 43 T.U. espr., teso a sanare *medio tempore* i vizi di una procedura espropriativa illegittima, essendo tale procedura in contrasto con i canoni europei del giusto procedimento di acquisto della proprietà e, in particolare, con quelli di chiarezza, trasparenza e accessibilità.
E' altrettanto chiaro che sia da escludere anche la sopravvenienza della vecchia occupazione appropriativa, in quanto l'acquisto della proprietà come conseguenza diretta dell'illecito è anch'esso in contrasto con i principi europei a tutela della proprietà.
E' del tutto consequenziale assumere che il privato resti proprietario del suolo illegittimamente occupato.
Proprio tale conseguenza pone, tuttavia, dei quesiti circa la sorte dell'opera costruita illegittimamente dalla P.A. sul suolo altrui.
Dall'analisi della più recente giurisprudenza amministrativa risulta che le domande formulate dai privati, così come le eccezioni proposte dalla P.A sono state varie.
Occorre preliminarmente sottolineare che, nel rispetto del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.c., a mente del quale il potere giurisdizionale va esercitato nel quadro delineato dalla domanda attorea, essendo precluso al giudice di pronunciarsi oltre i limiti della concreta ed effettiva questione che le stesse parti hanno sottoposto al suo esame, e dunque oltre i limiti del *petitum* e della causa *petendi,* ulteriormente specificati dai motivi di ricorso, presupposto per una pronuncia sulla sorte della proprietà sull'area illegittimamente occupata è l'impugnazione di tutti gli atti del procedimento espropriativo, compreso il provvedimento di acquisizione sanante.
Infatti, gli effetti della sanatoria disposta con un provvedimento di acquisizione sanante adottato *medio tempore* dall'Amministrazione possono interessare gli esiti di un giudizio avente ad oggetto l'impugnativa dello stesso; diversamente non possono intaccare l'ambito di un giudizio riguardante solo gli atti della procedura espropriativa adottati precedentemente all'adozione del provvedimento di sanatoria.
In tal senso si è espresso il *Consiglio di Stato, sez. IV, con sentenza n. 9612 del 31 dicembre 2010* che, nel confermare la sentenza impugnata dalla Provincia, con la quale era stato annullato il provvedimento di approvazione del progetto di un'opera pubblica, valevole come dichiarazione implicita di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza a mente dell'art.1 della legge n.1 del 3 gennaio 1978, per mancanza della comunicazione di avvio del procedimento ex art. 21 Legge 241/90, afferma che la sopravvenienza del provvedimento di occupazione sanante non ha rilievo alcuno sulla fattispecie in quanto *"ove si voglia richiamare la sentenza della Corte costituzionale, recentemente intervenuta, la n. 293/2010, con cui è stata dichiarata la illegittimità di tale norma, dalla stessa conseguirebbe la caducazione del provvedimento a sanatoria assunto dalla Provincia, senza riflesso alcuno sugli atti qui in contestazione. Gli effetti della detta sanatoria, a voler fare a meno della pronuncia della Consulta, potrebbero interessare gli esiti del giudizio avente ad oggetto l'impugnativa del provvedimento di acquisizione sanante, anche agli eventuali fini risarcitori, ma, in ogni caso, la successiva determinazione assunta dalla Provincia non pare possa intaccare l'ambito del giudizio qui instaurato che riguarda atti della procedura espropriativa in precedenza adottati ."*
Ciò posto, a fronte dell'illegittima occupazione del suolo, il privato può aver chiesto: la restituzione dell'area occupata illegittimamente, il risarcimento del danno da occupazione illegittima, o entrambi.
La domanda restitutoria può essere esperita con l'azione di rivendicazione, con le azioni possessorie ed anche con i mezzi di tutela previsti dagli artt. 936 c.c.
Le azioni possessorie e l'azione di rivendica trovano ampio spazio nel caso in cui il suolo sia stato occupato, ma non sia stata costruita l'opera. In questi casi, proprio in virtù del fatto che l'opera non è stata costruita, nulla osta alla restituzione dell'area occupata *sine titulo.*
Nei casi di occupazione illegittima del suolo da parte della P.A. con costruzione dell'opera, a fronte della richiesta restitutoria dell'area occupata *sine titulo* con successivo provvedimento di acquisizione sanante, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria (Tar Campania, Napoli, 13 Gennaio 2011, n. 262; Tar Campania, Salerno, 14/01/2011, n. 43; Consiglio di Stato, 28 Gennaio 2011, n. 676) propende per l'applicabilità dell'art. 936 c.c., concernente l'acquisto immediato delle opere fatte da un terzo, con materiali propri, in capo al proprietario del suolo.
Come è noto, l'articolo summenzionato riconosce due facoltà al *dominus soli:* ritenere le opere pagandole nella minor somma tra lo speso ed il migliorato, ovvero obbligare, entro sei mesi dalla notizia dell'avvenuta incorporazione, colui che le ha fatte a rimuoverle e a risarcire il danno, salvo che le opere non siano state realizzate "a sua scienza e senza opposizione" o in buona fede.
Unici limiti, dunque allo *ius tollendi* del proprietario del fondo sono lo spirare del termine di decadenza e la prova del consenso o della buona fede. Una volta che la rimozione non sia stata chiesta nel termine di sei mesi di cui all'art. 936, comma ultimo, cit., il proprietario acquista a titolo originario ed ipso iure la proprietà delle opere realizzate e in tal caso il terzo potrà solo essere indennizzato dal dominus per una somma pari al valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera oppure all'aumento di valore recato al fondo. La domanda di indennizzo è soggetta a prescrizione, di natura ordinaria e decennale e decorrente dalla manifestazione di volontà espressa o tacita del proprietario del suolo di ritenzione dell'opera.
Sul punto, invero, non è ancora chiaro se il termine semestrale per l'esercizio dello *ius tollendi* "dalla notizia dell'avvenuta incorporazione" decorri nuovamente per effetto della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 43 o decorra dalla irreversibile trasformazione del suolo. Questo elemento è sicuramente determinante per stabilire il momento dal quale considerare prescritto il diritto all'esercizio dello *ius tollendi.*
Al riguardo il *Tar Campania, Napoli, con sentenza n. 262 del 13 Gennaio 2011,* sembra aver ritenuto che il termine decorra nuovamente a seguito della declaratoria di incostituzionalità.
Difatti, in applicazione dei principi su esposti, nel dichiarare il diritto dei ricorrenti ad essere reintegrati nella piena titolarità e nel possesso del loro fondo di proprietà, previa rimozione delle opere eseguite, ha stabilito, in applicazione dell'art. 35 del Decreto Legislativo n. 80/1998, l'obbligo delle parti di addivenire ad un accordo, entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione o dalla notifica della decisione, teso alla corresponsione alla parte ricorrente di una somma risarcitoria del danno da utilizzazione senza titolo, calcolato a decorrere dalla data di scadenza del termine di efficacia della dichiarazione di pubblica utilità sino a quella della effettiva restituzione, oltre gli interessi moratori.
In caso di mancata conclusione dell'accordo, parte ricorrente può procedere per l'ottemperanza della sentenza.
Occorre sottolineare che all'applicazione dell'art. 936 c.c. e all'esecuzione di una sentenza siffatta, si oppone un limite particolarmente rilevante per la tutela dell'interesse della Pubblica Amministrazione a conservare il bene, limite che è quello fissato dall'art. 2933, 2 co. c.c., laddove si prevede che la distruzione della cosa non può essere ordinata se essa è di pregiudizio all'economia nazionale. Certamente l'abbattimento di un ospedale o la rimozione di un tratto stradale possono, ad esempio, rientrare tra le opere che potrebbero comportare un pregiudizio per l'economia nazionale.
In questi casi, pertanto, sarebbe opportuno consentire un accordo tra P.A. e privato teso a trasferire la proprietà alla P.A., dietro pagamento al proprietario di una somma comprensiva del valore venale del fondo e del danno da mancata fruizione, determinati da un tecnico nominato all'uopo.
Altri limiti alla restituzione dell'area illegittima-

mente occupata sono il consenso del proprietario o la buona fede del terzo costruttore ex art. 936, co. 4 e 5 c.c. Si tratta, tuttavia, di casi di difficile configurazione nelle fattispecie in esame.
Quanto al risarcimento del danno, il danneggiato può scegliere tra la richiesta del risarcimento del danno per equivalente e il risarcimento del danno in forma specifica.
Difatti, secondo le coordinate civilistiche, desumibili dalla lettura sistematica degli articoli 2043, 2058 e 2933 del codice civile, la riparazione del danno patrimoniale extracontrattuale subito dal proprietario di un bene può avvenire, alternativamente, tramite la corresponsione dell'equivalente monetario, oppure mediante la reintegrazione in forma specifica, attuata mediante la restituzione, accompagnata dalla fisica e materiale riparazione o sostituzione della cosa danneggiata, distrutta o resa inservibile per l'uso. La regola della alternatività non impedisce, ovviamente, la complementarietà delle due tutele in particolari casi, considerando che il risarcimento per equivalente va comunque riconosciuto per quelle componenti del pregiudizio economico non riparabili in forma specifica, quali l'indisponibilità del bene nel periodo precedente la perdita della proprietà. Come ha osservato il *Consiglio di Giustizia amministrativa Sicilia, sez. giurisd., con sentenza n. 483 del 25 maggio 2009* il rapporto tra le due forme di risarcimento è regolato dall'art. 2058 c.c. ai sensi del quale si esclude il risarcimento in forma specifica solo qualora ciò sia considerato "eccessivamente oneroso" per il debitore o risulti contrastante con l'economia nazionale: restrizioni che operano "unidirezionalmente", nel senso che circoscrivono lo spazio applicativo della tutela in forma specifica, ma non delimitano mai l'operatività del diritto al risarcimento per equivalente. Al di fuori di questi limiti espliciti, già sufficientemente esposti in relazione all'art. 936 c.c. e valevoli anche ex art. 2058 c.c., la previsione dell'alternatività delle due forme di tutela comporta, evidentemente, l'attribuzione al danneggiato del diritto di optare per la modalità risarcitoria ritenuta più idonea a proteggere i propri interessi. Né il giudice, né tanto meno l'autore dell'illecito possono contrastare tale scelta, al di fuori dei confini indicati dall'articolo 2058 del codice civile.
Il percorso argomentativo fin qui delineato richiama, altresì, agli orientamenti consolidati della Corte di Cassazione (Cassazione civile, sez. III, 21 maggio 2004, n. 9709) che è giunta da tempo a riconoscere il principio secondo cui la scelta del tipo di risarcimento, se in forma specifica o per equivalente, spetta al danneggiato, rientrando nella sua sfera di disponibilità l'utilizzo dei singoli mezzi di tutela previsti dall'ordinamento.
Occorre all'uopo rimarcare che la richiesta risarcitoria per equivalente esperita dal privato "spogliato" del bene non preclude la conservazione della proprietà dell'area.
Invero, il Consiglio di Giustizia amministrativa Sicilia, con la sentenza succitata aveva affermato l'improbabile assunto che la sola richiesta del risarcimento del danno implichi la rinuncia al diritto di proprietà.
Nella vigenza dell'art. 43 t.u. espr. si era sostenuto che al privato danneggiato, non era precluso il poter chiedere, in alternativa alla restituzione del bene, direttamente il risarcimento per equivalente in presenza di una evidente volontà dell'amministrazione di acquisire l'area, concretizzatasi in atti concludenti quali l'avvio alla procedura espropriativa, l'occupazione del suolo, la realizzazione dell'opera pubblica, nonché in presenza di altrettante inequivoca volontà dei privati di non volere la restituzione dell'area ma l'equivalente in denaro. Si legge nella sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa Sicilia che *"Nelle fattispecie di occupazione illegittima da parte della p.a., il diritto di proprietà si estingue solo con la proposizione della domanda di risarcimento monetario, implicante rinuncia alla richiesta di restituzione e allo stesso diritto di proprietà, è in tale momento che si realizza la "perdita" del valore del diritto di proprietà, derivante da una scelta conseguente, comunque, all'illecito perpetrato dall'amministrazione e la somma di denaro che spetta all'interessato a titolo di risarcimento del danno deve sostituire il valore del bene e occorre fare riferimento a tale momento per stabilire il valore di mercato del bene."* (conforme Tar Salerno, Campania, 14/01/11, n. 43: *"in nessun caso, neppure a fronte della sopravvenuta irreversibile trasformazione del suolo per effetto della realizzazione dell'opera pubblica, è possibile giungere, nonostante l'espressa domanda in tal senso di parte ricorrente, ad una condanna puramente risarcitoria a carico dell'amministrazione, poiché una tale pronuncia postula inammissibilmente l'avvenuto trasferimento della proprietà del bene per fatto illecito dalla sfera giuridica del ricorrente, originario proprietario, a quella della P.A. che se ne è illecitamente impossessata. Esito, questo, comunque sia ricostruito in diritto: rinuncia abdicativa implicita nella domanda solo risarcitoria, ovvero accessione invertita, vietato dal primo protocollo addizionale della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo";* T.A.R. Sicilia Catania, sez. II, 23 febbraio 2010 , n. 373).
Tale tesi non può essere assolutamente condivisa posto che i modi di acquisto della proprietà sono tipici e tra questi non rientra la rinuncia tacita per effetto della richiesta di risarcimento del danno.
Sul punto si è espresso anche il *T.A.R. Palermo, Sicilia, sez. II, con sentenza n. 175 del 01 febbraio 2011,* che, nel riconoscere la possibilità del danneggiato di adire il giudice competente optando direttamente per una tutela risarcitoria per equivalente, si è, tuttavia, distaccato dalla tesi dell'abdicazione al diritto di proprietà, sostenendo che in presenza di un risconto positivo dell'istituto della rinuncia abdicativa, occorra comunque tener conto sia dello specifico regime giuridico degli atti *inter vivos* con cui si può disporre del diritto di proprietà (art. 1350 n. 5 c.c. e art. 2643 n. 5 c.c.), sia dell'integralità del risarcimento richiesto dal ricorrente, la cui quantificazione, nei termini anzidetti, troverebbe l'ostacolo nel (pur) formale mantenimento del diritto dominicale quale risultate negli registri della conservatoria.
L'assunto della rinuncia al diritto di proprietà per effetto dell'accoglimento della domanda di risarcimento per equivalente trova, pertanto, il suo ostacolo palese nelle norme di cui agli artt. 1350 co. 5 e 2463 co. 5 c.c da cui si desume che anche per i negozi di rinuncia alla proprietà il legislatore ha imposto la forma scritta e l'onere della trascrizione.
Pertanto, solo subordinatamente alla stipula e sottoscrizione di un negozio traslativo della proprietà, regolarmente iscritto nei registri, l'accoglimento della domanda di risarcimento formulata come risarcimento per perdita della proprietà può implicare il trasferimento della proprietà.
In questo senso si è espresso anche il Tar Salerno succit. secondo cui *"al risarcimento del danno nella misura del valore venale del bene, oggetto della domanda, deve necessariamente corrispondere la definitiva cessione del fondo in favore dell'autorità espropriante. Ne consegue che la domanda medesima può essere accolta solo subordinandola alla previa conclusione di un accordo ex art. 11 della legge n. 241/1990, per la cessione gratuita del bene in favore dell'amministrazione. A tal fine, deve imporsi al privato ricorrente di notificare all'amministrazione, entro trenta giorni dalla comunicazione della presente sentenza, una proposta negoziale per la conclusione di un accordo di cessione gratuita del bene illegittimamente occupato."*
Così anche il *Consiglio di Stato con sentenza del 28 Gennaio 2011 n. 676* ha stabilito l'obbligo della P.A. di ristorare i proprietari espropriati del pregiudizio cagionato dall'occupazione *sine titulo,* restando fermo il dovere dell'Amministrazione di addivenire a un accordo transattivo con gli interessati che determini il definitivo trasferimento della proprietà dell'immobile, accompagnandosi anche al doveroso risarcimento del danno da occupazione illegittima.
Alla luce di quanto esposto, si può concludere così schematizzando: nel caso in cui il suolo sia stato occupato, ma non sia stata costruita l'opera, il proprietario del suolo può chiedere la restituzione dell'area occupata *sine titulo* con le azioni possessorie e l'azione di rivendica, oltre a chiedere il risarcimento del danno da occupazione illegittima, avendo subìto una restrizione ingiustificata del proprio diritto domenicale. Diversamente, nel caso di occupazione *sine titulo* del suolo, su cui è stata costruita *medio tempore* un'opera pubblica, il privato: A) può chiedere la restituzione dell'area, con rimozione dell'opera, se non sono decorsi il termine di cui al 936 c.c., né quello di cui all'art. 1158 sull'usucapione, oltre al risarcimento da occupazione illegittima; B) Se decaduto dal solo potere di domandare la rimozione dell'opera, restando, tuttavia, proprietario del suolo per mancato decorso del termine per l'usucapione a favore della P.A., acquista a titolo originario ed *ipso iure* la proprietà delle opere realizzate. In tal caso la P.A. potrà solo essere indennizzata dal *dominus* per una somma pari al valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera oppure all'aumento di valore recato al fondo. Di fronte all'evidente pregiudizio per l'economia nazionale derivante dalla restituzione del suolo e dell'opera, la P.A. potrebbe proporre un accordo teso a conseguire ugualmente la proprietà, dietro pagamento al proprietario di una somma comprensiva del valore venale del fondo e del danno da mancata fruizione, determinati da un tecnico nominato all'uopo; C) Se, invece, vuole ottenere il solo risarcimento del danno per equivalente, e intende rinunciare alla proprietà del suolo, occorrerà all'uopo un atto di esplicito trasferimento della proprietà alla P.A., solo in presenza del quale potrà riconoscersi il diritto al risarcimento. In mancanza, a fronte di esplicita domanda tesa ad ottenere il solo risarcimento e a rinunciare alla proprietà, il giudice assegnerà un termine entro il quale il privato e P.A. si accordino per il trasferimento della proprietà. In questo modo, si produce una saldatura tra la posizione di fatto (cioè l'occupazione del bene da parte della P.A.) e quella di diritto (l'amministrazione diventa proprietaria formale del bene), restituendo certezza sul regime giuridico della titolarità e circolabilità del bene in questione. In caso di mancato accordo, in conformità a quanto disposto dall'art. 35 d. lgs. 80/98 e 34 del d.lgs. 104/10 (c.p.a.), il risarcimento del danno potrà essere determinato in sede di giudizio di ottemperanza.

Rassegna di Giurisprudenza Civile del Tribunale di Nola

a cura di Pietro D'Antò
Paolo Carbone
Luisa Marotta

Civile e Procedura

COSTITUZIONE IN GIUDIZIO
Possibilità per la P.A. di stare in giudizio personalmente - Opposizione a ordinanza ingiunzione - Formale comparsa di costituzione dell'ente - Mancanza - Dichiarazione di contumacia

"l'art. 23, comma 4, l. n. 689 del 1981, in tema di opposizione a ordinanza ingiunzione irrogativa di sanzioni amministrative, consente alla amministrazione opposta (nella specie: amministrazione comunale) di stare in giudizio personalmente, avvalendosi di funzionari appositamente delegati, in tale modo derogando alla osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 83 c.p.c. (cfr. Cass. civ., sez. II, 19 marzo 2009, n. 6716; Cass. civ., sez. I, 7 aprile 2005, n. 7319).

In tali ipotesi, ai fini della regolarità della costituzione in giudizio della P.A. nel giudizio di opposizione all'ordinanza-ingiunzione, i giudici di legittimità hanno chiarito che è sufficiente la sottoscrizione della comparsa di risposta da parte del funzionario delegato e la sua dichiarazione di stare in giudizio in tale qualità, in quanto la delega rilasciata dall'autorità amministrativa al funzionario incaricato della difesa in tale giudizio, ai sensi dell'art. 23, comma 4, l. 24 novembre 1981 n. 689, non è equiparabile alla procura alle liti rilasciata al difensore a norma dell'art. 83 c.p.c., ma si concreta in un atto amministrativo di investitura di funzioni, riferibile anche ad una generalità indistinta di controversie future (cfr. Cass. civ., sez. II, 24 aprile 2010, n. 9842; Cass. civ., sez. I, 20 settembre 2006, n. 20441).

La normativa in esame, tuttavia, non esclude che la partecipazione al giudizio debba avvenire a mezzo di una formale costituzione, secondo la normativa generale del codice di procedura civile, con la conseguenza che la richiesta di chiamata in causa di un terzo, effettuata con nota di accompagnamento (nella quale non si spende, peraltro, mai espressamente la qualifica di funzionario delegato ex art. 23 L. n. 689/81) del rapporto e degli atti relativi all'accertamento, non vale ad integrare gli estremi di una regolare istanza ex art. 269 c.p.c. (in tal senso vedi Cass. civ., sez. I, 18 maggio 2006, n. 11747).

Dalle considerazioni sin qui esposte discende, pertanto, la dichiarazione di contumacia del Comune di Castello di Cisterna mancando agli atti una formale comparsa di costituzione dell'ente."

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 3 marzo 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

INTERRUZIONE DEL PROCESSO
ex art. 300 c.p.c. Società di persone - Estinzione - Novella art. 2495 c.c. - Cancellazione dal registro delle imprese - Opponibilità ai terzi

"Per le società di persone, esclusa l'efficacia costitutiva della cancellazione iscritta nel registro, impossibile in difetto di analoga efficacia della loro iscrizione, per ragioni logiche e di sistema, può affermarsi l'efficacia dichiarativa della pubblicità della cessazione dell'attività dell'impresa collettiva, opponibile dall' 1 gennaio 2004 ai creditori che agiscano contro i soci ai sensi degli art. 2312 e 2324 c.c, in base ai quali si giunge alla presunzione del venir meno della capacità e legittimazione di esse operante negli stessi limiti temporali già indicati, anche se perdurino rapporti o azioni in cui le stesse sono parti, in attuazione di una lettura costituzionalmente orientata delle norme relative a tale tipo di società, da leggere in parallelo ai nuovi effetti costitutivi della cancellazione delle società di capitali per la novella. (...)

Per le società di persone, come la loro iscrizione nel registro delle imprese ha natura dichiarativa, anche la fine della loro legittimazione e capacità è soggetta a pubblicità della stessa natura, desumendosi l'estinzione di esse dagli effetti della novella dell'art. 2495 c.c., sull'intero titolo V del Libro quinto del codice civile dopo la riforma parziale di esso, ed è evento sostanziale che la cancellazione rende opponibile ai terzi (art. 2193 c.c.) negli stessi limiti temporali indicati per la perdita della personalità delle società oggetto di riforma (cfr., Cassazione civile, sez. un., 22/02/2010, n. 4060).

In altri termini, alla luce del riportato dictum delle Sezioni Unite, deve ritenersi che l'art. 2495 c.c., benché nel suo testo novellato sia stato espressamente dettato solo per le società di capitali, trova applicazione anche per le società di persone, allorquando la cancellazione della società dal registro delle imprese sia avvenuta successivamente alla data della sua entrata in vigore (1.4.2004).

(...) determinando la cancellazione "ipso facto" l'estinzione del soggetto giuridico interessato, deve ritenersi che il legislatore abbia inteso equipararla alla morte della persona fisica.

Ne consegue, quindi, che i creditori sociali insoddisfatti, potranno ottenere tutela agendo in giudizio contro gli "eredi-soci" della società "estinta", attraverso la riassunzione del processo, secondo quanto previsto dall'art. 2495, comma 2 ed il comb. disp. degli art. 300 e 303 c.p.c. Il processo, in altre parole, continuerà ma tra parti processuali diverse da quelle originarie.

(...) deve, ritenersi, ai fini processuali, rilevante, tempestiva e rituale la comunicazione effettuata dalla difesa della S.a.s. (...) circa l'intervenuta sua estinzione e va, pertanto, dichiarata ex art. 300 c.p.c., l'interruzione del processo."

Stabilito, dunque, che l'avvenuta cancellazione dal registro delle imprese della Servizi Immobiliari di (...) configura un evento interruttivo del giudizio, occorre interrogarsi se la sua allegazione poteva essere operata soltanto con la comparsa conclusionale" "Pur nella consapevolezza della opinabilità della questione, questo giudicante ritiene di condividere (...) l'impostazione esegetica (...), in base alla quale vengono ad acquisire rilievo anche gli eventi interruttivi che si verificano dopo l'udienza di precisazione delle conclusioni, purché prima della scadenza dei termini concessi per le memorie di cui all'art. 190 c.p.c.

Tribunale di Nola, Dott. Fabio Maffei, sentenza del 18 aprile 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

LEGITIMATIO AD CAUSAM
Giudizio di risarcimento danni

"la legitimatio ad causam, attiva e passiva, consiste nella titolarità del potere e del dovere di promuovere o subire un giudizio in ordine al rapporto sostanziale dedotto in causa, mediante la indicazione di fatti in astratto idonei a fondare il diritto azionato, secondo la prospettazione dell'attore, prescindendo dall'effettiva titolarità del rapporto dedotto in causa, con conseguente dovere del giudice di verificarne l'esistenza in ogni stato e grado del procedimento. Laddove, invece, la titolarità della situazione giuridica sostanziale, attiva e passiva, si configura come una questione che attiene al merito della lite e rientra nel potere dispositivo e nell'onere deduttivo e probatorio della parte interessata ...

Di conseguenza, il difetto di titolarità deve essere provato da chi lo eccepisce e deve formare oggetto di specifica e tempestiva deduzione in sede di merito, mentre il difetto di legittimazione ad causam deve essere oggetto di verifica, preliminare al merito, da parte del giudice, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del giudizio (...) l'accertamento della effettiva titolarità attiva o passiva del rapporto, attenendo al merito della controversia, è come detto questione soggetta alla ordinaria disciplina dell'onere probatorio e delle impugnazioni: il difetto di titolarità, cioè, deve essere provato da chi lo eccepisce, deve formare oggetto di specifica censura in sede di impugnazione e non può essere eccepito per la prima volta, né rilevato "ex officio", nel giudizio di legittimità(...). (...) i prossimi congiunti del danneggiato deceduto nel sinistro stradale sono legittimati ad agire, non solo, iure haereditatis, per conseguire il risarcimento dei danni, patrimoniali e non patrimoniali (danno biologico terminale e danno morale catastrofico) verificatisi nella sfera giuridico-patrimoniale del de cuius in ragione dell'incidente di cui quest'ultimo è stato vittima, ma anche, iure proprio, per ottenere il ristoro di quei danni da essi direttamente subiti a causa del sinistro(...). (...) possono presuntivamente considerarsi come legittimati ad agire il coniuge, i figli (anche in tenera età), i genitori, i fratelli e le sorelle: in breve, tutti i componenti della cosiddetta famiglia nucleare, per i quali appare irrilevante anche la cessazione della convivenza; (...) quanto agli altri parenti ed affini (nonni, nipoti, zii, cugini, cognati, ecc.), la legittimazione può esser loro riconosciuta soltanto se, oltre all'esistenza del rapporto di parentela o di affinità, concorrano ulteriori circostanze (da dimostrare) atte a far ritenere che la lesione della vita o della salute del familiare abbia comportato la perdita di un effettivo e valido sostegno morale ovvero una grave alterazione della normale esistenza, non riscontrabile in mancanza di una situazione di convivenza, ove si tratti di soggetto che, per tipo di parentela, non abbia diritto ad essere assistito anche moralmente dalla vittima".

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 31 gennaio 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

OBBLIGAZIONE PECUNIARIA
Adempimento con altro sistema di pagamento - Rifiuto del creditore senza giustificato motivo (Pagamento parziale - ricorso ante causam ex art. 670 c.p.c , sequestro giudiziario azienda - offerta banco iudicis della somma residua con spese e interessi, con assegno circolare)

"il solo fatto dell'adempimento, da parte del debitore, della propria obbligazione pecuniaria con un altro sistema di pagamento (ovverosia di messa a disposizione del "valore monetario" spettante a mezzo assegno bancario) - sistema che, comunque, assicuri ugualmente la disponibilità della somma dovuta - non legittima

affatto il creditore a rifiutare il pagamento stesso essendo all'uopo necessario che il rifiuto sia sorretto anche da un giustificato motivo, che il creditore deve allegare ed all'occorrenza anche provare".

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, ordinanza del 24 febbraio 2011 (v. ordinanza su www.iussit.eu)

PROVA
Contestazioni al verbale della P.A. per sanzione amministrativa - Querela di falso - Necessità

"Nel giudizio di opposizione ad ordinanza ingiunzione relativo al pagamento di una sanzione amministrativa è ammessa la contestazione e la prova unicamente delle circostanze di fatto della violazione che non sono attestate nel verbale di accertamento come avvenute alla presenza del pubblico ufficiale, o che esulano dall'accertamento (quali l'identificazione dell'autore della violazione e la sua capacità o la sussistenza dell'elemento soggettivo o di cause di esclusione della responsabilità), ovvero rispetto alle quali l'atto non è suscettibile di fede privilegiata per una sua irrisolvibile contraddittorietà oggettiva. Ogni diversa contestazione, in esse comprese quelle relative alla mancata particolareggiata esposizione delle circostanze dell'accertamento od alla non idoneità di essa a conferire certezza ai fatti attestati nel verbale, va invece svolta nel procedimento di querela di falso, che consente di accertare senza preclusione di alcun mezzo di prova qualsiasi alterazione nell'atto pubblico, pur se involontaria o dovuta a cause accidentali, della realtà degli accadimenti o del loro effettivo svolgersi ed il cui esercizio è imposto, oltre che dalla già menzionata tutela della certezza dell'attività amministrativa, anche dall'interesse pubblico alla verifica in sede giurisdizionale della correttezza dell'operato del pubblico ufficiale che ha redatto".

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 3 marzo 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

PROVA
In tema di istruzione probatoria - Decadenza

"costituisce ius receptum che, da un lato, in tema di istruzione probatoria nel rito ordinario, spettando alla parte attivarsi per l'espletamento del richiesto mezzo istruttorio, ove essa rimanga inattiva, chiedendo la fissazione dell'udienza di precisazione delle conclusioni senza più instare per l'espletamento del mezzo di prova, deve ritenersi che la stessa abbia rinunciato alla prova stessa (cfr. Cassazione civile, sez. III, 06/09/2007, n. 18688; Cass. 18 marzo 2000 n. 3241; dall'altro che, allorquando il giudice dichiara chiusa l'istruttoria ed invita le parti a precisare le conclusioni, le parti medesime decadono dai mezzi istruttori (nella specie, dalla prova testimoniale) non assunti indipendentemente da un'espressa dichiarazione di decadenza, con la conseguenza che la parte, ove ometta di chiedere, in sede di precisazione delle conclusioni, la revoca del provvedimento dichiarativo dell'inammissibilità delle prove testimoniali articolate, non può più riproporre la questione neppure in appello".

Tribunale di Nola, Dott. Fabio Maffei, sentenza del 15 aprile 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

PROVA
Prove raccolte nel processo penale - Indizi idonei a fornire utili e concorrenti elementi di giudizio

"il giudice civile, ai fini del proprio convincimento, può autonomamente valutare, nel contraddittorio tra le parti, ogni elemento dotato di efficacia probatoria e, dunque, anche le prove raccolte in un processo penale e, segnatamente le dichiarazioni verbalizzate dagli organi di polizia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali (...) o da una consulenza tecnica disposta dal p.m. in un procedimento penale (...)
Ciò nondimeno, tali risultanze devono considerarsi quali semplici indizi idonei a fornire utili e concorrenti elementi di giudizio, la cui concreta efficacia sintomatica dei singoli fatti noti deve essere valutata - in conformità con la regola dettata in tema di prova per presunzioni - non solo analiticamente, ma anche nella loro convergenza globale, accertandone la pregnanza conclusiva in base ad un apprezzamento che deve essere sorretto da adeguata e corretta motivazione"

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 31 gennaio 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

PROVA
Opposizione ordinanza ingiunzione - Insussistenza di delega di firma del Vice Prefetto - Onere di provare detto fatto negativo a carico opponente

"l'opponente ad ordinanza-ingiunzione di pagamento di somme a titolo di sanzione amministrativa, il quale ne deduca l'illegittimità per insussistenza della delega di firma in capo al funzionario che, in sostituzione del prefetto o del vice-prefetto vicario, ha emesso il provvedimento, ha l'onere di provare detto fatto negativo, con la conseguenza che, nel caso in cui non riesca a procurarsi la pertinente relativa attestazione da parte dell'Amministrazione, è tenuto comunque a sollecitare il giudice ad acquisire informazioni ex art. 213 c.p.c. ovvero ad avvalersi dei poteri istruttori di cui all'art. 23, comma 6, l. 24 novembre 1989 n. 689, presso l'Amministrazione medesima, la quale non può esimersi dalla relativa risposta. Ne consegue ulteriormente che, se l'opponente rimanga – come avvenuto nel caso di specie - del tutto inerte processualmente, la presunzione di legittimità che assiste il provvedimento sanzionatorio non può reputarsi superata".

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 10 marzo 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

PROVA E PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE
Giudizi instaurati dopo entrata in vigore L. 353/1990

"l'onere di specifica contestazione, introdotto, per i giudizi instaurati dopo l'entrata in vigore della legge n. 353 del 1990, dall'art. 167, comma 1, c.p.c., imponendo al convenuto di prendere posizione sui fatti posti dall'attore a fondamento della domanda, comporta che i suddetti fatti, qualora non siano contestati dal convenuto stesso, debbono essere considerati incontroversi e non richiedenti una specifica dimostrazione, "con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti".

Tribunale di Nola, Dott. Fabio Maffei, sentenza del 15 aprile 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

RESPONSABILITÀ CONTRATTUALE
Exceptio non rite adimpleti contractus - Onere probatorio

"In tema di appalto, (...), sul committente, che oppone l' "exceptio non rite adimpleti contractus" a chi lo ha convenuto in giudizio per il pagamento del compenso (art. 1460 c.c.), grava l'onere di provare la mancata corrispondenza dell'opera eseguita al progetto stabilito, quale fatto idoneo ad impedire l'efficacia del diritto al conseguimento del prezzo da parte dell'appaltatore, ma tale onere probatorio presuppone che l'appaltatore, il quale agisca in giudizio per ottenere il pagamento del corrispettivo, abbia a sua volta provato l'esistenza del contratto e del suo specifico contenuto, e quindi anche le caratteristiche con le quali l'opera doveva essere eseguita.

Tribunale di Nola, Dott. Fabio Maffei, sentenza del 15 aprile 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

SOSPENSIONE GIUDIZIO CIVILE
Rapporti tra giudizio penale e giudizio civile

"è noto che in materia di rapporti tra giudizio civile e penale l'art. 652 c.p.p., innovando rispetto alla disciplina di cui al previgente sistema, fondato sulla prevalenza del processo penale su quello civile, si ispira al principio della separatezza dei due giudizi, prevedendo che il giudizio civile di danno debba essere sospeso soltanto allorché l'azione civile, ex art. 75 c.p.p., sia stata proposta dopo la costituzione di parte civile in sede penale o dopo la sentenza penale di primo grado, in quanto esclusivamente in tali casi si verifica una concreta interferenza del giudicato penale nel giudizio civile di danno, che pertanto non può pervenire anticipatamente ad un esito potenzialmente difforme da quello penale in ordine alla sussistenza di uno o più dei comuni presupposti di fatto (...)
La sospensione necessaria del giudizio civile è tuttavia limitata all'ipotesi in cui l'azione in sede civile sia stata proposta dopo la costituzione di P.C. nel processo penale, prevedendosi, nel caso inverso, la facoltà di trasferire l'azione civile nel processo penale, il cui esercizio comporta la rinuncia ex lege agli atti del giudizio civile, ovvero la prosecuzione separata dei due giudizi ....
Com'è noto, la costituzione di P.C. comporta il trasferimento nel processo penale dell'azione precedentemente proposta in sede civile, a norma dell'art. 75 del nuovo c.p.p., con conseguente estinzione del giudizio civile per rinuncia agli atti, nel solo caso di effettiva coincidenza delle azioni per "petitum" e "causa petendi".

Tribunale di Nola, Dott.ssa Caterina Costabile, sentenza del 31 gennaio 2011 (v. sentenza su www.iussit.eu)

Rassegna di Giurisprudenza Penale del Tribunale di Nola

di Angelo Pignatelli

Codice Penale

ABUSO DI UFFICIO: condotta punibile - insussistenza (art. 323 c.p.)

Non integra il reato di abuso di ufficio la condotta di omessa elevazione della contravvenzione per divieto di sosta, da parte degli agenti della Polizia Municipale, obbligati in relazione al disposto degli artt. 11 co. 1 lett. a) e 12 CDS, di procedere all'accertamento delle violazioni in materia di circolazione stradale, e di contestarne la violazione, ove la condotta sia improntata a rimuovere comportamenti che solo astrattamente potevano configurare quel "divieto si sosta" infranto, ricomprendendosi, invece, gli stessi in un ambito del tutto contingente della "mera fermata dell'autoveicolo" prontamente da rimuovere, come nella specie accaduto.

Trib. Nola, GUP Campoli, Sentenza 31 marzo 2011, n. 192

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: ruolo di promotore - caratteristiche e qualità. (art. 416 bis c.p.)

Quanto al ruolo del promotore, occorre considerare, che il legislatore ha posto l'accento, piu che sul momento costitutivo, sull'esistere e sull'operare con metodo mafioso dell'associazione, la quale, per potersi qualificare come tale, deve aver già consolidato una propria forza intimidatrice, in assenza della quale potrà parlarsi, al più, di una ordinaria associazione per delinquere, configurata dall'art. 416 c.p.. E' chiaro, quindi, che la figura del promotore può venire in rilievo allorquando all'interno di un gruppo criminoso, originariamente non qualificato, un soggetto abbia dato un contributo particolarmente importante alla formazione ed al consolidamento dell'apparato strutturale strumentale propriamente mafioso, ovvero, qualora si tratti di un gruppo già costituito, abbia concorso ad accrescerne le potenzialità, rafforzando e diffondendo il programma associativo.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: partecipe - condotta punibile. (art. 416 bis c.p.)

Integra gli estremi della partecipazione all'associazione di tipo mafioso la condotta di chi presti un contributo consapevole alla vita del sodalizio criminale, conoscendone le caratteristiche, con l'intento di avvalersi della forza di intimidazione promanante dal vincolo associativo e delle condizioni di assoggettamento e di omertà che ne derivano per realizzare una o più delle finalità previste dal terzo comma dell'art. 416 bis c.p.. Costituendo una tipica ipotesi di reato "a forma libera", la condotta di partecipazione può consistere in qualsiasi contributo - purché non meramente occasionale - apprezzabile e casualmente rilevante all'esistenza o al rafforzamento dell'associazione, accompagnato dalla consapevolezza e volontà di associarsi per perseguire gli scopi del sodalizio criminoso avvalendosi del "metodo mafioso", a nulla rilevando che tali scopi siano, poi, raggiunti o meno.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: partecipazione - cessazione - criteri di accertamento. (art. 416 bis c.p.)

Quanto, al profilo della cessazione della partecipazione, è opinione comunemente accolta in giurisprudenza quella secondo la quale la privazione della libertà personale non faccia necessariamente venir meno il vincolo associativo, la cui persistenza può essere dedotta da qualsiasi comportamento sintomatico del permanere dell'affectio societatis. Non vi è dubbio, infatti, che, per quanto la privazione della libertà personale limiti necessariamente la qualità e l'entità dell'apporto al sodalizio, l'associato possa continuare a mantenere contatti con l'organizzazione anche stando in carcere.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: arresto dei capi - cessazione del vincolo associativo - esclusione. (art. 416 bis c.p.)

La circostanza che vengano tratti in arresto i capi o i componenti di maggior prestigio dell'associazione, non determina necessariamente il dissolversi della capacità operativa dell'organizzazione né, conseguentemente, il venir meno del vincolo associativo, ben potendo l'attività del gruppo proseguire attraverso l'opera degli affiliati rimasti in libertà.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante della detenzione di armi - presupposti. (art. 416 bis co. 4 c.p.)

Ai fini della sussistenza dell'aggravante di cui all'art. 416 bis, 4° comma, c.p. è necessaria e sufficiente, la mera disponibilità di armi o materie esplodenti funzionali al conseguimento delle finalità dell'associazione. Non vi è dubbio, inoltre, che l'aggravante in parola sia applicabile anche nei confronti degli associati che non abbiano personalmente custodito od utilizzato le armi, purché le stesse siano nella sfera di effettiva utilizzabilità dei membri dell'associazione, indipendentemente dal luogo in cui siano occultate. Quel che conta, in definitiva, è che le armi siano destinate ad essere utilizzate per il conseguimento delle finalità dell'associazione e non, ad esempio, per necessità occasionali dei singoli che esulino dal conseguimento dello scopo comune.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante della detenzione di armi - imputazione soggettiva a carico di ciascun appartenente - configurabilità. (art. 416 bis co. 4 c.p. - art. 59 c.p.)

L'aggravante in questione, stante la natura oggettiva della stessa, può essere ritenuta a carico di ciascun singolo appartenente al sodalizio solo in base al criterio di imputazione soggettiva stabilito nell'art. 59 c.p.. E', pertanto, necessario accertare che gli associati a carico dei quali la circostanza è valutata abbiano avuto conoscenza della disponibilità delle armi o, quanto meno, che l'abbiano ignorata per errore determinato da colpa. Attesa, infatti, l'ampia formulazione dell'art. 59 c.p. (relativo alle circostanze non conosciute dal colpevole), non sussiste alcuna incompatibilità logica tra l'imputazione a titolo di dolo della fattispecie criminosa base e l'attribuzione a titolo di colpa di un elemento accidentale della stessa, come la circostanza in questione.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante dell'uso di armi - individuazione delle armi - necessità - esclusione. (art. 416 bis c.p. co. 4)

Ai fini del riconoscimento della circostanza aggravante in parola non è richiesta l'esatta individuazione delle armi stesse, essendo sufficiente l'accertamento in fatto della disponibilità di un armamento, quale desumibile, ad esempio, dai fatti di sangue commessi dal gruppo criminale o anche dal contenuto delle intercettazioni. Affinché un'associazione di stampo camorristico possa qualificarsi come armata non è sufficiente, peraltro, che la disponibilità di armi sia dimostrata in relazione ad un singolo episodio, occorrendo che la stessa sia costante e duratura.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante del riciclaggio - presupposti - configurabilità. (art. 416 bis co. 6 c.p.)

La circostanza di cui si tratta, usualmente definita come "aggravante del riciclaggio", ricorre ogniqualvolta "le attività economiche di cui gli associati intendono assumere o mantenere il controllo sono finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di delitti" (art. 416 bis, 6° comma, c.p.). Si tratta di una circostanza che attiene all'attuazione del programma criminoso e costituisce, per così dire, il completamento delle attività e delle finalità illecite proprie dell'associazione. Detto in altri termini, il "riciclaggio" dei profitti dell'associazione rappresenta un evidente elemento di chiusura rispetto alla commissione dei delitti, all'acquisizione diretta o indiretta della gestione o del controllo di attività economiche ovvero di appalti e servizi pubblici o di vantaggi ingiusti, all'alterazione delle competizioni elettorali mediante l'ostacolo all'esercizio del libero diritto di voto realizzato - ad esempio - attraverso il finanziamento di candidati o la manipolazione di organi di informazione.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante del riciclaggio - ratio legislativa. (art. 416 bis co. 6 c.p.)

Il legislatore ha previsto il "riciclaggio" come aggravante del reato-base, allo scopo evidente di colpire con una sanzione più elevata un'atti-

vità che, dal punto di vista criminologico, è forse la più gravida di conseguenze tra quelle poste in essere dall'associazione, in quanto segna lo sviluppo imprenditoriale del fenomeno mafioso e costituisce, quindi, il viatico per un inserimento ancor più capillare della criminalità organizzata nella vita sociale ed economica della comunità.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante del riciclaggio - attribuzione a carattere oggettivo - prevedibilità. (art. 416 bis co. 6 c.p.)

L'aggravante in questione ha, infatti, carattere oggettivo, poiché il perseguimento con i mezzi previsti della finalità descritta si presenta come un attributo della specifica associazione, qualificandone la pericolosità al pari del suo carattere armato, ed è, quindi, valutabile a carico di ogni componente del sodalizio in base alla norma di cui al secondo comma dell'art. 59 c.p.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: aggravante del riciclaggio - attribuzione a carattere soggettivo - modalità. (art. 416 bis co. 6 c.p.)

Nella valutazione dei criteri di imputazione soggettiva dell'aggravante de qua, tuttavia, si deve tener conto del fatto che ai singoli associati sono normalmente attribuiti ruoli diversi e che lo svolgimento delle attività economiche lecite nelle quali vengono riciclati i proventi dei delitti è generalmente riservato ad una minoranza degli associati. La consapevolezza o la colposa ignoranza dell'elemento circostanziale da parte di ciascuno dei sodali dovranno essere valutate, pertanto, con particolare rigore, tenendo conto, altresì, della tipologia, del carattere di normalità, dell'ampiezza e della conoscibilità dell'attività economica esercitata.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ASSOCIAZIONE PER DELINQUERE DI STAMPO MAFIOSO: trattamento sanzionatorio - sopravvenienza di legge più severa - applicabilità.

Ogniqualvolta la condotta, anche se iniziata nella vigenza della normativa più favorevole, sia poi proseguita anche dopo l'entrata in vigore della nuova legge più sfavorevole deve applicarsi allo stesso il trattamento sanzionatorio sopravvenuto, ancorché più severo, essendo il delitto di cui all'art. 416 bis c.p., permanente.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

CONCORSO DI PERSONE: contributo agevolatore - punibilità. (art. 110 c.p.)

Il contributo punibile a titolo di concorso non è solo quello necessario – quello cioè che costituisce conditio sine qua non del reato, nel senso che senza di esso questo non si sarebbe realizzato – ma è pacificamente anche quello semplicemente agevolatore, quello cioè che ha soltanto facilitato la commissione di un reato che sarebbe stato probabilmente commesso lo stesso, ma con maggiori difficoltà o incertezze.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo, Sentenza 22 febbraio 2011

CONCORSO DI PERSONE: contributo morale - caratteristiche. (art. 110 c.p.)

E' automaticamente ascrivibile al correo la condotta tipica tenuta dall'agente, di cui egli si è fatto partecipe se non altro a titolo di contributo psichico, reso mediante la compartecipazione all'accordo criminoso e con l'assicurazione della sua compresenza sul luogo e nel momento del fatto, all'occorrenza ausiliatrice, essendo principio pacifico che il contributo concorsuale possa consistere, quale contributo morale, anche nella semplice presenza alla consumazione del reato da parte del correo quando tale presenza sia chiaramente dimostrativa di adesione alla azione e sia quindi consapevolmente volta a rafforzare il proposito criminoso dell'agente, dando a quest'ultimo un maggior senso di sicurezza nel perpetrare la sua condotta.

Trib. Nola, GUP rizzi Ulmo, Sentenza 22 febbraio 2011

CONCORSO DI REATI: rapporti tra reato associativo e reati-fine - applicabilità della continuazione - presupposti. (art. 81 c.p.)

Ai fini della configurabilità della continuazione tra l'associazione a delinquere ed i singoli delitti-scopo, è necessario e sufficiente che i reati-fine siano stati ideati e individuati, nell'ambito dell'originario programma criminoso del sodalizio, nelle loro linee es-

senziali, nell'ambito di una iniziale ideazione e deliberazione generica del complesso delle condotte criminose da tenere, del percorso criminoso da seguire e delle singole condotte attraverso le quali lo stesso è destinato a snodarsi. Non occorre, affinché i singoli reati-fine possano ritenersi avvinti dal nesso della continuazione con il delitto associativo, che gli stessi siano stati specificamente previsti e voluti fin dall'inizio, essendo sufficiente che rientrassero nella generica prefigurazione del programma criminoso dell'associazione; né può, peraltro, escludersi che uno o più reati-fine siano stati in concreto concepiti ed individuati fin dall'inizio, sempre - beninteso - nelle loro linee essenziali, come mezzi di attuazione del programma criminoso.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

ESTORSIONE: elemento soggettivo - contenuto. (art. 629 c.p.)

Non costituisce dolo del delitto di estorsione, e il fatto va qualificato come esercizio arbitrario delle proprie ragioni, nell'ipotesi in cui l'autore della violenza o della minaccia abbia agito nella convinzione ragionevole della legittimità della propria pretesa, pur se è illecito il modo scelto dall'agente per realizzarla.

Trib. Nola, coll. b), Sentenza 10 febbraio 2011, n. 298, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

ESTORSIONE: elemento soggettivo - differenze con il delitto di esercizio arbitrario delle proprie ragioni. (art. 629 c.p. - 393 c.p.)

Il criterio discretivo tra il reato di estorsione e quello di esercizio arbitrario delle proprie ragioni non è costituito dalla materialità del fatto, che può essere identico in entrambe le ipotesi, ma dall'elemento psicologico, giacché mentre nel primo reato l'agente mira a conseguire un profitto ingiusto con la consapevolezza che quanto pretende non gli è dovuto, nel secondo, invece, l'agente è animato dal fine di esercitare un preteso diritto con la coscienza che l'oggetto della pretesa gli compete giuridicamente, anche se non occorre che il diritto, per il riconoscimento del quale è data possibilità di ricorrere al giudice, sia realmente fondato.

Trib. Nola, coll. b), Sentenza 10 febbraio 2011, n. 298, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

INOSSERVANZA DI PROVVEDIMENTI DATI DALL'A.G.: ordine impartito - caratteristiche. (art. 650 c.p.)

La contravvenzione di cui all'art. 650 cp, prevede che la inosservanza riguardi un ordine specifico, impartito ad un soggetto determinato per ragioni di sicurezza o di ordine pubblico o di igiene o di giustizia, in relazione a situazione non prefigurate da alcuna specifica previsione normativa, che comporti una autonoma sanzione. Pertanto, poiché l'art. 650 cp contiene una norma esclusivamente sanzionatoria dell'inosservanza dei provvedimenti individuali, esso non è applicabile all'inosservanza di leggi, regolamenti ordinanze concernenti la generalità dei cittadini.

Trib. Nola, G.M. Scermino, Sentenza 23 marzo 2011, n. 634.

INOSSERVANZA DI PROVVEDIMENTI DATI DALL'A.G.: conoscenza del provvedimento - necessità. (art. 650 c.p.)

Ai fini della sussistenza del reato di inosservanza dei provvedimenti dell'autorità, è pur sempre necessario che il provvedimento sia stato previamente reso noto al soggetto inottemperante e la relativa prova grava sull'accusa.

Trib. Nola, G.M. Scermino, Sentenza 23 marzo 2011, n. 634.

INOSSERVANZA DI PROVVEDIMENTI DATI DALL'A.G.: condotta omissiva - punibilità - esclusione. (art. 650 c.p.)

La condotta di elusione punita dalla norma in esame non può essere integrata da un mero comportamento omissivo - e quindi dal semplice rifiuto di dare attuazione al provvedimento o comunque dalla mera inerzia dell'obbligato – ma è necessario un comportamento attivo del soggetto agente volto ad impedire o, quanto meno, a rendere difficile il risultato concreto cui tende il provvedimento giudiziale. Nella specie è stato ritenuto insussistente il reato nella condotta di aver fatto circolare cani senza guinzaglio a fronte di un provvedimento che ne ordinava il contrario.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo Sentenza 28 gennaio 2011

LESIONI PERSONALI: elemento soggettivo - dolo generico - caratteristiche. (art. 582 c.p.)

Ai fini dell'integrazione del dolo nel delitto di lesioni personali non è necessario che la volontà dell'agente sia diretta alla produzione di determinate conseguenze lesive, essendo sufficiente la consapevole volontà dell'agente medesimo di infliggere alla vittima una violenza fisica: basta, quindi, il dolo generico, da reputarsi peraltro sussi-

stente anche nella forma eventuale qualora l'agente non solo si sia rappresentato il concreto rischio che la violenza fisica alla persona altrui possa determinare l'evento lesivo ma lo abbia anche accettato, nel senso che si sia determinato ad agire anche a costo di cagionarlo.

Trib. Nola, coll. b), Sentenza 10 febbraio 2011, n. 298, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

MALTRATTAMENTI IN FAMIGLIA: elementi soggettivi ed oggettivi - carattere di abitualità - presupposti e condizioni. (art. 572 c.p.)

Ai fini della sussistenza degli elementi costitutivi oggettivi e soggettivi del delitto di maltrattamenti in famiglia, la materialità del fatto deve consistere in una condotta abituale che si estrinsechi in una serie di più atti che determinano sofferenze fisiche morali, realizzati in momenti successivi, collegati tra loro da un nesso di abitualità ed avvinti, nei loro svolgimento, da un'unica intenzione criminosa di ledere l'integrità fisica o morale del soggetto passivo infliggendogli abitualmente tali sofferenze. Ne consegue che per ritenere raggiunta la prova dell'elemento materiale ditale reato, non sono sufficienti singoli e sporadici episodi lesivi dell'incolumità personale, della libertà o della dignità di una persona della famiglia. I fatti episodici lesivi di diritti fondamentali della persona, derivanti da situazioni contingenti e particolari, che possono verificarsi nei rapporti personali di una convivenza familiare, non integrano dunque il delitto di maltrattamenti, ma conservano la propria autonomia di reati contro la persona.

Trib. Nola, coll. b), Sentenza 10 febbraio 2011, n. 298, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

RAPINA: minaccia - condizioni e natura. (art. 628 c.p.)

Deve considerasi minaccia l'intimazione a "non fare lo scemo" pronunciata contemporaneamente all'apposizione di un braccio sulla spalla della vittima, in maniera tale da far percepire il contatto fisico.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo, Sentenza 22 febbraio 2011

RAPPORTO DI CASUALITÀ: sussistenza - presupposti. (art. 40 c.p.)

Per determinare la responsabilità di un soggetto non basta individuare la violazione da parte sua di una qualche regola cautelare di condotta, ma è altresì necessario che sia rinvenibile un rapporto di causalità tra tale violazione e l'evento in concreto verificatosi.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo, Sentenza 2 novembre 2010

RAPPORTO DI CASUALITÀ: elemento soggettivo - formula assolutoria. (art. 40-41 c.p.)

Nei casi in cui il nesso di causalità fisica tra la condotta dell'imputato e l'evento, rilevante ai sensi degli artt. 40 e 41 c.p., non è seriamente in discussione (ovvero se l'imputato non si fosse trovato, alla guida del suo veicolo, sulla traiettoria assunta dal veicolo della vittima, l'evento non si sarebbe verificato, oppure si sarebbe verificato in maniera diversa), la formula di proscioglimento da utilizzare è "perché il fatto non costituisce reato"; ciò in quanto ciò che manca è il requisito richiesto dall'art. 43 c.p. per poter formulare un addebito a titolo di colpa, motivo per il quale la formula assolutoria deve essere quella sopra evidenziata.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo, Sentenza 2 novembre 2010

REATO COLPOSO: evento - evitabilità e prevedibilità - condizioni e requisiti. (art. 43 c.p.)

La formulazione dell'art. 43 c.p. richiede espressamente, per l'addebito a titolo di colpa, che la violazione della regola cautelare sia stata causa dell'evento ("il delitto...è colposo, o contro l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline"); solo in tal caso è possibile formulare quel giudizio di evitabilità dell'evento mediante il rispetto della regola cautelare che, unitamente al requisito della prevedibilità dell'evento stesso, viene pacificamente ritenuto, da dottrina e giurisprudenza, fondante del rimprovero a titolo di colpa.

Trib. Nola, GUP Rizzi Ulmo, Sentenza 2 novembre 2010

RICETTAZIONE: abrasione del numero identificativo di un veicolo - configurabilità. (art. 648 c.p.)

Il possessore di un veicolo, alterato nella parte riservata alla sua identificazione, deve essere ritenuto autore quanto meno del reato di ricettazione se non dimostri la legittimità del possesso, in quanto l'abrasione di un marchio di fabbrica ha pieno valore ai fini della dimostrazione della provenienza illecita dell'oggetto e della conoscenza di essa da parte dei possessore, costituendo sicuro indice presuntivo della sottrazione al legittimo proprietario secondo la regola generale di esperienza e l' "id quod plerumque accidit" laddove è noto che ai fini della configurabilità del reato di ricettazione non si richiede l'accertamento giudiziale del delitto presupposto, né dei suoi autori, né dell'esatta tipologia di esso, essendo sufficiente che sia raggiunta la prova logica della provenienza illecita delle utilità oggetto delle operazioni compiute.

Trib. Nola, coll. B), Sentenza 2 marzo 2011, n. 230, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

RICETTAZIONE: elemento soggettivo - criteri di accertamento. (art. 648 c.p.)

Ai fini del reato di ricettazione, la consapevolezza dell'agente può ricavarsi da qualsiasi elemento, e, in particolare, dalla sua peculiare natura, in quanto tale da ingenerare in una persona di media levatura la certezza che la cosa non poteva essere legittimamente posseduta da chi la deteneva ovvero, anche, dall'omessa - o non attendibile - indicazione della provenienza della cosa ricevuta, la quale è sicuramente rivelatrice della volontà di occultamento, logicamente spiegabile con un acquisto in mala fede.

Trib. Nola, coll. B), Sentenza 2 marzo 2011, n. 230, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE: minore età del destinatario - stato di bisogno in re ipsa. (art. 570 c.p.)

Commette il reato di violazione degli obblighi d assistenza familiare il padre che fa mancare i mezzi di sussistenza al figlio minore anche se quest'ultimo, nonostante l'inadempienza del genitore, abbia condotto una vita normale ed agiata. In sostanza, la minore età dei discendenti – destinatari dei mezzi di sussistenza – rappresenta "in re ipsa" una condizione soggettiva dello stato di bisogno, con il conseguente obbligo per i genitori di contribuire al loro mantenimento assicurando ad essi detti mezzi.

Trib. Nola, G.M. Scermino, Sentenza 25 maggio 2011, n. 1305

VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE: aiuto economico dei prossimi congiunti - irrilevanza. (art. 570 c.p.)

Lo stato di bisogno e l'obbligo del genitore di contribuire al mantenimento dei figli minori non viene meno quando questi siano assistiti economicamente da altri o da prossimi congiunti.

Trib. Nola, G.M. Scermino, Sentenza 25 maggio 2011, n. 1305

VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI DI ASSISTENZA FAMILIARE: incapacità economica - presupposti e condizioni. (art. 570 c.p.)

L'incapacità economica del debitore capace di esonerarlo da responsabilità penale, deve essere assoluta, nel senso di estendersi a tutto il periodo dell'inadempimento e consistere in una persistente oggettiva ed incolpevole situazione di indisponibilità di introiti, con onere di provare con adeguato rigore la sussistenza di una tale condizione solo sul diretto interessato.

Trib. Nola, G.M. Scermino, Sentenza 25 maggio 2011, n. 1305

Procedura Penale

INTERCETTAZIONI: chiamata in correità - equiparazione - esclusione. (art. 192 co. 3 c.p.p.)

Il contenuto di una intercettazione, anche qualora si risolva in una precisa accusa in danno di una terza persona, indicata come concorrente in un reato, alla cui consumazione taluno degli interlocutori dichiari di aver partecipato, non è in alcun modo equiparabile alla chiamata in correità e, pertanto, se va anch'esso attentamente interpretato sul piano logico e rigorosamente valutato su quello probatorio, non è soggetto, però, nella predetta valutazione, ai canoni di cui all'art. 192, comma terzo, c.p.p.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: incomprensione di parole o frasi - vaglio - criteri. (art. 192 c.p.p.)

Debbono essere sottoposte ad un vaglio più attento e rigoroso quelle intercettazioni (soprattutto ambientali) nelle quali non e' stato possibile comprendere alcune frasi o anche singole parole. Può accadere, infatti che la mancata comprensione di talune frasi stravolga o, comunque, modifichi sostanzialmente il significato dell'intercettazione, non permettendo di seguire i vari passaggi della conversazione, con il rischio concreto di stabilire collegamenti tra soggetti e fatti non rispondenti al reale tenore della conversazione.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: genuinità delle conversazioni - interpretazione. (art. 192 c.p.p.)

Altro requisito che incide in modo significativo sull'interpretazione delle intercettazioni e' costituito dalla genuinità delle stesse: è, infatti, del tutto diversa la situazione di chi venga intercettato senza sospettare di esser ascoltato da terzi da quella di chi, sapendo o semplicemente sospettando di essere ascoltato, modifichi, anche solo parzialmente, il contenuto delle proprie dichiarazioni o adotti particolari accorgimenti atti ad incidere, anche sensibilmente, sulla completezza o sulla chiarezza del contenuto della conversazione.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: uso di linguaggio criptico - modalità e criteri di interpretazione. (art. 192 c.p.p.)

La mancanza del requisito della chiarezza richiede un ulteriore sforzo interpretativo nel caso in cui gli interlocutori utilizzino un linguaggio convenzionale o criptico od in quello parzialmente sovrapponibile - in cui il contenuto della conversazione sia interpretabile anche in modo alternativo a quello proposto nella tesi accusatoria e non vi siano elementi concreti per adottare un'interpretazione sicuramente accusatoria. Sotto il primo profilo (linguaggio convenzionale) l'utilizzo di termini che non trovano una spiegazione coerente e logica con l'oggetto della conversazione e che, invece, possono esser spiegati unicamente in modo aderente all'ipotesi accusatoria, autorizza il Giudice ad una interpretazione diversa da quella apparente, attribuendo alle parole pronunciate dagli interlocutori il loro effettivo e reale significato, cioè quello a cui i soggetti intercettati intendevano implicitamente riferirsi.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: significato delle espressioni utilizzate - criteri di desumibilità. (art. 192 c.p.p.)

Ogniqualvolta ricorrano, in una conversazione, termini che non possono trovare alcuna plausibile spiegazione se riferiti al tema apparente del discorso e posseggano, invece, un significato univoco nel contesto ipotizzato dall'accusa, è del tutto ragionevole attribuire agli stessi un tale significato, con conseguente affermazione di responsabilità a carico dell'imputato o degli imputati. Capita, tuttavia, che determinati termini ripetutamente utilizzati in modo sicuramente convenzionale assumano significati diversi a seconda del contesto in cui vengono pronunciati o delle persone che li pronunciano. In tal caso, il significato di tali termini dovrà essere necessariamente ricavato, di volta in volta, da altri elementi idonei a chiarire l'effettiva intenzione degli interlocutori. Nel secondo dei casi sopra prospettati (possibilità di interpretazione alternativa) la scelta del significato da attribuire ad una frase o ad una conversazione non può fondarsi unicamente sulle mere deduzioni investigative della p.g. (spesso effettuate anche sulla base di informazioni confidenziali, non utilizzabili in giudizio in quanto tali) ma deve trovare adeguata motivazione sulla base degli atti che concorrono a formare il patrimonio conoscitivo legittimamente utilizzabile dal Giudicante.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: riferibilità della conversazione a determinati soggetti - criteri di accertamento. (art. 192 cpp)

Preliminare ad ogni valutazione in ordine al contenuto delle intercettazioni è l'accertamento della sicura riferibilità di una conversazione telefonica o ambientale a determinati soggetti. Per quanto riguarda le intercettazioni telefoniche, l'accertamento deve necessariamente basarsi su elementi di fatto, quali l'intestazione formale dell'utenza; il riferimento espresso al nome o a "qualità" personali del soggetto; i rapporti accertati tra l'intestatario dell'utenza e l'utilizzatore effettivo di essa, i riscontri operati dalla Polizia Giudiziaria. Una volta effettuato positivamente l'accertamento della riferibilità dell'utenza intercettata ad un determinato soggetto è possibile attribuire al medesimo soggetto, anche le conversazioni per le quali non vi sia uno specifico riferimento all'identificazione dell'interlocutore, salvo che non vi siano elementi concreti per ritenere che l'utenza sia stata utilizzata da persona diversa.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

INTERCETTAZIONI: individuazione degli interlocutori - modalità.

Nel caso - frequente - nel quale i soggetti intercettati si riferiscano a fatti o terze persone indicandoli solo genericamente (ad esempio con il solo nome di battesimo, senza altre indicazioni, o con il soprannome) o, comunque, senza fornire elementi certi per una loro individuazione, spetta all'interprete evidenziare gli elementi, riferibili ad atti del procedimento, che permettono di individuare nella tal persona o nel tal fatto, il riferimento contenuto nella conversazione intercettata.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

PROVA: chiamata in correità - credibilità - requisiti. (art. 192 c.p.p.)

La chiamata di correo, che deve avere i requisiti della credibilità e dell'attendibilità intrinseca, ha valore di prova e non di mero indizio, sempre che venga confermata nella sua attendibilità da 'altri elementi di prova' (che devono essere tanto più consistenti quanto meno radicale sia l'accertamento sulla credibilità e sull'attendibilità intrinseca, e viceversa); e gli altri elementi di prova possono essere di qualsiasi tipo e natura, purché logicamente idonei alla conferma dell'attendibilità, conferma che deve, poi, riguardare la complessiva dichiarazione del coimputato relativamente all'episodio criminoso nelle sue componenti oggettive e soggettive, e non ciascuno dei punti riferiti dal dichiarante.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

PROVA: dichiarazione di imputati di reati connessi e/o collegati - attendibilità intrinseca ed estrinseca - criteri. (art. 192 c.p.p.)

Le dichiarazioni dei coimputati o degli imputati di reato connesso o collegato devono sottostare a un doppio vaglio di attendibilità, sia intrinseca che estrinseca. L'attendibilità intrinseca afferisce propriamente alla credibilità in sé e per sé del dichiarante e della dichiarazione stessa e, pertanto, la sua verifica postula un duplice controllo: l'uno, di carattere soggettivo, cade sulla fonte delle dichiarazioni e riguarda la credibilità della persona che le rende anche nei rapporti coi destinatari delle dichiarazioni medesime; l'altro, di natura oggettiva, concerne i contenuti e le caratteristiche della dichiarazione stessa. L'attendibilità estrinseca attiene, invece, a quegli "altri elementi di prova" che devono corroborare dall'esterno la dichiarazione di cui trattasi.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

PROVA: chiamata di correo - attendibilità intrinseca - criteri di valutazione. (art. 192 c.p.p.)

Per quanto concerne la valutazione dell'attendibilità intrinseca afferente al profilo soggettivo di essa e, dunque, alla credibilità del dichiarante, vengono in rilievo la personalità e il passato esistenziale e delinquenziale del dichiarante, che giocano in senso favorevole al giudizio di credibilità nella misura in cui denotano la possibilità di costui di essere effettivamente al corrente della verità per avere concorso a commettere il reato o averne avuto comunque conoscenza. E sotto tale profilo, versandosi in materia di reati associativi, assume ovviamente particolare rilievo l'accertato inserimento nel sodalizio criminale de quo - specie se con un ruolo non marginale - o almeno nel contesto malavitoso in cui quel sodalizio gravita ed è radicato. Non vale, invece, a escludere la credibilità del dichiarante l'apprezzamento negativo della sua personalità relativo al fatto che si tratta, ordinariamente, di un soggetto responsabile di gravi delitti: infatti, tale profilo della personalità è una "connotazione comune a quasi tutti gli imputati dello stesso reato o di reati connessi, connotazione tenuta presente dai legislatore nel subordinare la rilevanza di tali fonti di prova ad una puntuale verifica circa l'attendibilità intrinseca della chiamata e la presenza di riscontri esterni".

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

PROVA: chiamata di correo - reati associativi - riscontri estrinseci - caratteristiche. (art. 192 c.p.p.)

La dichiarazione accusatoria de relato, resa da un collaboratore di giustizia può integrare la prova della colpevolezza solo se è sorretta da adeguati riscontri estrinseci che riguardino specificatamente il fatto che forma oggetto dell'accusa e la persona dell'incolpato. Ciò, in quanto, il minore tasso di affidabilità di una dichiarazione resa su accadimenti non direttamente percepiti dal dichiarante rende necessaria l'individualizzazione del riscontro. Al riguardo, in materia di reati associativi, deve sottolinearsi che non possono considerarsi dichiarazioni de relato, quelle con le quali si riferisca in ordine a fatti o circostanze attinenti la vita e le attività di un sodalizio criminoso, dei quali il dichiarante sia venuto a conoscenza nella sua qualità di aderente, ancor più se collocato in posizione di vertice nell'ambito del medesimo sodalizio. Soprattutto nel caso di associazioni caratterizzate da un ordinamento a base gerarchica, si crea un patrimonio conoscitivo derivante da un flusso di informazioni, dello stesso tipo di quello che si produce, di regola, in ogni organismo associativo, relativamente ai fatti di interesse comune.

Trib. Nola, coll. D), Sentenza 23 dicembre 2010, n. 1912, Pres. Est. Bruno, Giudici Di Iorio, Aurigemma.

SENTENZA: contraddittorietà della prova - assoluzione. (art. 530 co. 2 c.p.p.)

Secondo il principio di cui all'art. 5 L. 46/2006 che ha modificato il primo comma dell'art. 533 c.p.p., secondo cui il Giudice pronuncia sentenza di condanna solo se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli "al di là di ogni ragionevole dubbio". In effetti, la S.C. ha affermato che "il legislatore ha formalizzato un principio già acquisito in tema di condizioni di condanna, stante la preesistente regola di cui all'art. 530 c.p.p. co. 2, per la quale in caso di insufficienza o contraddittorietà della prova, l'imputato va assolto.

Trib. Nola, GOT Sabato, Sentenza 24 febbraio 2011, n. 437.

SENTENZA: sussistenza di una causa di estinzione del reato - prova evidente della non colpevolezza - prevalenza. (art. 129 c.p.p.)

In presenza di una causa di estinzione del reato il giudice è legittimato a pronunciare sentenza di assoluzione a norma dell'art. 129, comma 2, c.p.p. soltanto nei casi in cui le circostanze idonee ad escludere l'esistenza del fatto, la commissione del medesimo da parte dell'imputato e la sua rilevanza penale emergano dagli atti in modo assolutamente non contestabile, così che la valutazione che il giudice deve compiere al riguardo appartenga più al concetto di 'constatazione', ossia di percezione ictu oculi, che a quello di 'apprezzamento', e sia quindi incompatibile con qualsiasi necessità di accertamento o di approfondimento.

Corte Appello Napoli, sez. II, Sentenza 3 febbraio 2011

VALUTAZIONE DELLA PROVA: criteri. (art. 192 c.p.p.)

Nella valutazione della prova il Giudice deve prendere in considerazione ogni singolo fatto ed il loro insieme non in modo frammentario ed avulso dal generale contesto probatorio, verificando se essi ricostruiti in sé e posti vicendevolmente in rapporto, possano essere ordinati in una ricostruzione logica armonica e consonante, la quale permetta, attraverso la unitaria valutazione di quanto emerge in dibattimento, di attingere alla verità processuale, ovvero la verità limitata, umanamente accertabile e accettabile del caso concreto.

Trib. Nola, GOT Sabato, Sentenza 24 febbraio 2011, n. 437.

VALUTAZIONE DELLA PROVA: silenzio dell'imputato - significato. (192 c.p.p.)

L'imputato può non rispondere su fatti leggibili contra se e negare la propria responsabilità anche contro l'evidenza, tuttavia al giudice non è precluso valutare la condotta processuale del giudicando, coniugandola con ogni altra circostanza sintomatica, con la conseguenza che egli, nella formazione del libero convincimento, può ben considerare, in concorso di altre circostanze, la portata significativa del silenzio mantenuto dall'imputato, su circostanze potenzialmente idonee a scagionarlo.

Trib. Nola, coll. B), Sentenza 2 marzo 2011, n. 230, Pres. Napoletano, Giudici Capasso, Scermino est.

Leggi Penali Speciali

ACQUE REFLUE: nozione di scarico - autorizzazioni - presupposti. (D.l. 152/2006 - D.lg. 4/2008)

La nuova definizione di scarico con la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del d.lg. 16/1/2008 n. 4, è qualsiasi immissione effettuata esclusivamente tramite un sistema stabile di collettamento che collega senza soluzione di continuità il ciclo di produzione del refluo con il corpo recettore in acque superficiali, sul suolo, nel sottosuolo e in rete fognaria, indipendentemente dalla loro natura inquinante, anche sottoposte a preventivo trattamento di depurazione.

Trib. Nola, G.M. Capasso, Sentenza 23 marzo 2011, n. 622

STUPEFACENTI: superamento quantitativo tabellare - presunzione di spaccio - esclusione. (art. 73n DPR 309/90)

Il superamento del quantitativo massimo detenibile di cui alle citate tabelle non comporta affatto una presunzione di detenzione a fine di spaccio della sostanza stupefacente, ma impone solo una valutazione più rigorosa da parte del Giudice in ordine alla sussistenza di altri parametri sintomatici della destinazione ad uso non esclusivamente personale. In altri termini, il superamento del limite della tabella non genera un inversione dell'onere della prova in capo all'imputato, posto che mantengono validità le regole generali in ordine alla dimostrazione della destinazione a terzi, che va fornita dalla pubblica accusa e che deve essere basata anche su elementi diversi.

Trib. Nola, GUP Borrelli, Sentenza 27 aprile 2011, n. 238.

STUPEFACENTI: tentativo di corruzione posto in essere in fase di fermo - indizio di spaccio - esclusione. (art. 73 DPR 309/90)

L'aver tentato la corruttela dei pubblici ufficiali non è affatto univocamente indicativo della consapevolezza di aver commesso un reato ma è esclusivamente sintomatico della volontà di evitare il deferimento penale, automatico - a prescindere dall'accertamento della destinazione ad uso non esclusivamente personale - nel caso di quantitativi al di sopra di un certo limite.

Trib. Nola, GUP Borrelli, Sentenza 27 aprile 2011, n. 238.

Mondo Legale

Notizie di Deontologia, Previdenza e Ordinamento forense

di Salvatore Esposito
Responsabile Ufficio Stampa
e URP Ordine di Nola

Assenza del difensore e abbandono della difesa

Le Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 12903 del 13 giugno 2011, hanno affermato che l'abbandono della difesa non può desumersi dalla sola circostanza dell'assenza ad un'udienza dibattimentale, in quanto questo dato non è da solo sufficiente a provare la violazione, da un punto di vista disciplinare, dell'art. 105 cpp. Tanto più se il difensore giustifica l'assenza ricollegandola a ragioni di carattere processuale.
L'art. 105 c.p.p. attribuisce al Consiglio dell'Ordine competenza in via esclusiva per le sanzioni disciplinari da comminare in caso di abbandono della difesa o di rifiuto della difesa di ufficio per la violazione dei doveri deontologici di lealtà e probità. Il procedimento disciplinare è comunque autonomo rispetto al procedimento penale e può avere quindi esiti differenti.
I giudici di legittimità hanno confermando la decisione del CNF che aveva accolto il ricorso di un avvocato nei cui confronti il Consiglio dell'Ordine, ravvisando la violazione dei doveri di correttezza, fedeltà e diligenza del professionista, aveva inflitto la sanzione della censura per non aver trasmesso all'Autorità Giudiziaria la comunicazione dell'assenza all'udienza dibattimentale.
La decisione era stata riformata in melius dal Consiglio Nazionale Forense, che ha accolto il ricorso dell'avvocato sanzionato in primo grado in quanto l'assenza non doveva essere considerata come abbandono o come atto abdicativo della difesa.

Avvocato non iscritto all'albo e esercizio abusivo della professione

Integra il reato di esercizio abusivo della professione, di cui all'art. 348 c.p., il comportamento di chi, pur avendo conseguito l'abilitazione statale, non è iscritto all'albo professionale, considerando che tale iscrizione è imposta da norma cogente quale condizione inderogabile per l'esercizio della professione.
Con la sentenza n. 27440 del 13 luglio 2011, i giudici della sesta sezione penale della Cassazione, hanno stabilito che la professione forense può essere esercitata da chi ha superato l'esame di abilitazione ed è iscritto all'Albo.
Nella fattispecie, la norma secondaria impone, ai fini dell'esercizio dell'attività professionale, una speciale abilitazione dello Stato e l'iscrizione allo specifico albo.
L' art. 348 c.p., che punisce il reato di esercizio abusivo di una professione, è una norma penale in bianco, in quanto presuppone l'esistenza di altre disposizioni, integrative del precetto penale, che definiscono l'area oltre la quale non è consentito l'esercizio di determinate professioni.

In fine - parole famose

Domattina alle sei sarò giustiziato
per un crimine che non ho commesso.
Dovevo essere giustiziato alle cinque
ma ho un avvocato in gamba.

- Woody Allen -

Avere a che fare con gli uomini di legge
comporta tali stranezze e oscurità che,
anche se assolti, ci si sente evasi.

- Victor Hugo -