CRONACHE DAL FORO PARMENSE



pag. 3

Anno XXV numero 1 – febbraio 2016
Periodico quadrimestrale a cura dell'Ordine degli
Avvocati di Parma.
Autorizzazione del Tribunale di Parma n.14 del 10
giugno 1992.
Spedizione in abbonamento postale
art. 2 comma 20/c legge 662/96
Filiale di Parma
Direttore responsabile:
avv. Giuseppe Negri

pag. 8	Giornata della Memoria
pag. 14	Fondazione dell'Avvocatura parmense
pag. 15	Il diritto a non nascere
pag. 20	Per una cultura arbitrale e dell'arbitrato
pag. 22	Promozione in Cassazione
pag. 25	Memorie (Aldo Cessari, 23 luglio 1972)
pag. 27	Depenalizzazione
pag. 32	La (mini)riforma del processo tributario
pag. 35	Segnali di fumo
pag. 41	Giurisprudenza disciplinare

Apertura anno giudiziario

SOMMARIO

pag.	3	Discorso del presidente distrettuale per l'apertura dell'anno giudiziario 2016
pag.	8	Giornata della Memoria
pag.	12	Aggiornamento albi
pag.	12	Variazioni
pag.	13	Attività del Consiglio
pag.	14	L'attività della Fondazione dell'Avvocatura parmens nell'ultimo biennio
pag.	15	Il diritto a non nascere
pag.	20	Per una cultura arbitrale e dell'arbitrato
pag.	22	Promozione in Cassazione
pag.	25	Memorie (Aldo Cessari, 23 luglio 1972)
pag.	27	La riforma della disciplina sanzionatoria dopo i d. lgs n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016
pag.	32	La (mini)riforma del processo tributario
pag.	35	Segnali di fumo
pag.	41	Giurisprudenza disciplinare

chiuso in redazione il 16 marzo 2016

Comitato di redazione: awv. Nicola Bianchi, avv. Angelica Cocconi, avv. Emanuela De Roma, avv. Valentina Gastaldo, avv. Alessandra Mezzadri, avv. Giovanni Nouvenne, avv. Lucia Silvagna

Hanno collaborato a questo numero:

aw. prof. Luigi Angiello aw. Giovanni Berti Arnoaldi Veli aw. Giuseppe Boselli aw. Michele Cammarata aw. prof. Antonio D'Aloia aw. Renzo Menoni prof. Marco Minardi aw. Massimo Restano aw. Fulvio Villa aw. Giacomo Voltattorni

Intervento del Presidente del Consiglio dell'Ordine Distrettuale degli Avvocati alla CERIMONIA DI INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO

30 gennaio 2016

Sig. Presidente della Corte d'Appello, sig. Procuratore Generale, Arcivescovo, autorità tutte, magistrati del Distretto, colleghi avvocati, signore e signori, vi porgo il saluto dell'avvocatura di Bologna e dell'intero Distretto dell'Emilia-Romagna, a nome della quale ho l'onore di prendere la parola.

L'anno che ci lasciamo alle spalle è stato un anno duro, crudele, per l'avvocatura italiana e anche europea.

Il 9 aprile, dentro al Tribunale di Milano, un folle apriva il fuoco e uccideva il giovane avvocato Lorenzo Claris Appiani, che stava testimoniando in un processo penale contro un suo ex cliente. Sapeva che poteva essere pericoloso ma non aveva paura; figlio di madre avvocato, fratello di sorella magistrato, onorava il valore della giustizia. Aveva detto: "certamente testimonierò, nella vita bisogna avere coraggio".

Il suo coraggio – come quello del magistrato Fernando Ciampi e del cittadino Giorgio Erba, che hanno perso la vita insieme a lui – si è infranto contro la violenza cieca di chi la giustizia la rifiuta, di chi di fronte alla ricerca e all'affermazione della giustizia cede all'accecamento dell'odio e alla imposizione della violenza, e la sua giovane vita si è sacrificata sull'altare di quei principi che noi, oggi qui riuniti, ricordiamo a noi stessi dover ispirare l'azione giudiziaria nel nuovo anno.

Il 25 novembre, nella Giornata internazionale contro la violenza sulle donne, mentre al Quirinale l'avvocato Lucia Annibali, sfigurata nel volto dall'acido, riceveva dal Presidente della Repubblica il riconoscimento del Cavalierato per il suo coraggio, in quello stesso giorno così simbolico, un'altra avvocatessa, Raffaella Presta, veniva uccisa con fredda premeditazione.

Solo pochi giorni prima, a Parigi, la strage del Bataclan. La prima vittima identificata è stata quella di un altro giovane avvocato, Valentin Ribet, francese laureato alla London School of Economics: uno di quei giovani talenti che ci fanno sentire orgogliosi di essere europei e nelle cui mani affidiamo il nostro futuro, il mondo dove i diversi saperi si intrecciano in un circuito sovranazionale di fiducia e di speranza.

In un anno così difficile e luttuoso, caratterizzato dal sacrificio di tante, troppe, vite di avvocati – appartenenti alla fasce più esposte della professione: i giovani e le donne – abbiamo avuto il dono di una luce, che ci ha restituito la speranza: il conferimento del Premio Nobel per la pace a due avvocati, Abdetassar Ben Moussa, già Presidente dell'Ordine degli Avvocati di Tunisi, e Mohamed Fadhel Mahfoudh, Presidente del Consiglio Nazionale Forense della Tunisia, componenti del "Quartetto del Dialogo", per la loro opera di mediazione nel processo di democratizzazione della Tunisia dopo la "primavera araba" del 2011. Un riconoscimento che non solo ci restituisce la speranza, ma che esalta la funzione degli avvocati quali tecnici di costruzione della democrazia e custodi dei diritti fondamentali, dei principi costituzionali, della libertà.

Abbiamo espresso commozione e sdegno per la tragica sequenza di lutti che ha reso così doloroso per l'avvocatura l'anno appena finito; abbiamo abbracciato i nostri colleghi transalpini e lo facciamo di nuovo oggi, rinnovando i sentimenti di solidarietà e amicizia che animano il gemellaggio che unisce l'Ordine Forense distrettuale dell'Emilia-Romagna a quello francese di Tolosa, la cui Presidente e altra collega ci fanno oggi l'onore di sedere fra i banchi dell'avvocatura della nostra regione, annodando il filo solidale che unisce gli avvocati di tutta Europa.

Ma ci siamo anche fermati a riflettere sulle tante difficoltà che opprimono i professionisti legali, in un periodo di crisi economica che non accenna ad allentare la morsa; ci siamo spaventati, di fronte ai pericoli che in tanti corrono; ci siamo sentiti collettivamente deprivati e feriti, perché quando viene ucciso un avvocato muore sempre un po' anche la libertà; ci siamo domandati, in definitiva, chi ce lo fa fare, se ne vale sempre e ancora la pena.

3

E ci siamo risposti, facendoci forza con il coraggio di Lorenzo Claris Appiani: certamente sì, gli avvocati continueranno con convinzione, con tenacia, con dedizione e con fiducia, a testimoniare che la giustizia deve essere inseguita e affermata sempre, soprattutto quando le condizioni sono difficili e avverse.

Guardando al futuro, in questo inizio d'anno, possiamo senz'altro dire che ci attende un anno di sfide. Di sfide non solamente per l'avvocatura, ma per tutti coloro che, a diverso titolo, abitano il processo e vivono la giurisdizione.

La sfida principale è, naturalmente, quella di cercare di far funzionare meglio la giurisdizione, per riavvicinare i cittadini – coloro nell'interesse dei quali l'azione giudiziaria è esercitata e la giustizia viene resa – a un'idea di giustizia che sia concreta, afferrabile, possibile, reale. Perché, in tutta franchezza, ciò che preoccupa l'avvocatura – e credo dovrebbe preoccupare tutti noi – non è tanto il fatto che la macchinosità e la durata eccessiva dei processi italiani possa allontanare gli investitori stranieri e deprimere i mercati, quale sembra essere l'unica preoccupazione dell'Autorità garante per la concorrenza e il mercato, ma è invece il fatto che una giustizia che non funziona allontana i cittadini dall'idea stessa di giustizia, la colloca in una dimensione chimerica che travolge la fiducia che deve invece sorreggere l'obbedienza civile, la condivisione diffusa dell'orgoglio di appartenere a una comunità civile, il riconoscimento dei diritti in funzione della consapevole assunzione dei doveri di ciascuno e delle responsabilità sociali di coloro cui spetta riconoscerli (il legislatore), coltivarli e difenderli (l'avvocatura) e affermarli (la magistratura).

In un "sistema giustizia" ideale – che funzioni, che deve funzionare – ciascuno deve svolgere al meglio il proprio ruolo, e l'avvocatura non vi si sottrae di certo. Gli avvocati, anzi, rivendicano con convinzione e orgoglio la funzione sociale della difesa, che deve essere svolta con rispetto della dignità della professione forense e di chi quotidianamente la esercita, fra tante difficoltà. Perché l'avvocatura non è ospite all'interno degli uffici giudiziari, ma vi accede – esattamente come i magistrati e gli operatori amministrativi – per svolgere la propria funzione, quale parte integrante della giurisdizione.

Proprio perché l'avvocatura non è un mero utente degli uffici giudiziari ma semmai è soggetto a pieno titolo protagonista della giurisdizione, da tempo gli avvocati hanno abbandonato l'attesa fatalista di una riforma taumaturgica del processo, e hanno cominciato a chiedersi – kennedyanamente – non tanto che cosa il legislatore può fare per migliorare la situazione, ma quanto invece possiamo concretamente fare noi, per cercare di contribuire a rendere meno gravoso, per tutti, l'esercizio quotidiano della giurisdizione.

E ciò l'avvocatura fa perché appartiene al fondamento del riconoscimento del ruolo sociale dell'avvocato: che è professionista libero, ma insieme partecipe necessario e istituzionale del servizio pubblico della giustizia. Un professionista che, a differenza degli altri professionisti, non si limita alla produzione di utilità economiche, ma ha anche la funzione di partecipare alla realizzazione dello stato di diritto, alla promozione e al mantenimento di quella legalità il cui valore trascende l'interesse dell'avvocato e anche l'interesse del cliente, per costituire il terreno comune di cultura per la realizzazione dell'interesse superiore della collettività sociale.

Con l'introduzione del processo telematico, l'avvocatura ha dato prova di grande maturità. A fronte di una rivoluzione epocale che rischiava di annichilire larghe fasce di professionisti, non nativi digitali o comunque riottosi al cambiamento, gli avvocati hanno dimostrato in breve tempo di avere la duttilità e anche l'entusiasmo per affrontare adeguatamente la sfida del processo telematico, che certamente per parte nostra può dirsi vinta: lo prova il fatto, a titolo d'esempio, che a Bologna e anche in larga parte del Distretto dell'Emilia-Romagna, i depositi telematici effettuati su base volontaria, là dove cioè non siano previsti dalla legge come obbligatori, sono in misura superiore al 50% rispetto ai depositi cartacei agli sportelli di Cancelleria.

Non credo in tutta franchezza che tale sfida possa dirsi vinta anche per gli altri operatori della giustizia. E' avvilente leggere – come ancora capita – provvedimenti di giudici che invitano le parti a depositare copia cartacea di tutti gli atti e di tutti i documenti depositati telematicamente; è sconsolante subire rinvii delle cause perché il giudice lamenta che non siano state depositate le copie cd. di cortesia, non richieste come tali ma sollecitate come atto dovuto, difformemente alle ipotesi normative previste e alle stesse, esplicite e inequivoche, indicazioni del Ministero della Giustizia.

Più di tutto, colpisce il pericoloso tentativo di fuga dalla realtà, di rifiuto culturale dell'unica riforma che è

invece rimasta possibile, dopo anni di tentativi vani di riforme sul rito, e cioè la riforma della organizzazione dei servizi di giustizia in chiave tecnologica, informatica, telematica: in una parola, moderna.

Gli avvocati leggono gli stessi identici atti che leggono i giudici, ma non si chiedono fra loro la copia cartacea di cortesia degli atti depositati telematicamente. Non di meno, l'avvocatura è consapevole che l'introduzione del processo civile telematico ha avuto e ha un forte impatto sulle cancellerie e sulle modalità di lavoro dei magistrati. L'avvocatura di questo Distretto, in particolare, ha fornito un sostanziale e pragmatico aiuto alla Corte d'Appello, investendo risorse materiali e umane a spese di tutti i nove Ordini Forensi dell'Emilia-Romagna, per la formazione e l'affiancamento tanto dei magistrati quanto del personale di Cancelleria nella delicata fase di avvio del processo telematico in Corte d'Appello. E altrettanto stiamo facendo, come Ordine di Bologna, offrendo una prima piattaforma di dialogo telematico alla Procura della Repubblica, a costo zero per l'ufficio e a cura e spese degli avvocati.

In precedenza, per rimanere all'ambito locale, l'Ordine degli Avvocati di Bologna aveva investito forti risorse nella informatizzazione del Tribunale, assumendosi l'onere e il costo della formazione non solo degli avvocati ma anche dei magistrati e dei funzionari di Cancelleria, con gli effetti e i benefici che sono sotto gli occhi di tutti, e che hanno fatto di Bologna un Tribunale d'avanguardia dal punto di vista dell'informatica e della diffusione del processo civile telematico.

Ma se, tutto sommato, l'allineamento – tecnico e culturale – alle nuove esigenze del processo telematico può dirsi nel complesso soddisfacente nel settore civile in Corte d'Appello e nei nove Tribunali del Distretto, negli uffici giudiziari penali e in quelli del Giudice di Pace (rimasto l'unico giudice di prossimità, dopo la soppressione delle sedi distaccate dei Tribunali) si registra al contrario una situazione di forte arretratezza, pericolosa in termini di incoerente disallineamento dei servizi di giustizia e foriera di gravi disagi, anche in relazione a una emorragia di personale amministrativo che solamente in parte, e comunque con tempi non certi, potrà essere assorbita dal ricollocamento dei dipendenti delle ex Provincie.

Non è tuttavia solamente il processo telematico che porta a un necessario ripensamento delle dinamiche processuali. In questi ultimi tempi abbiamo assistito a una sorta di mutazione genetica della giurisdizione, una volta intesa come tempio all'interno del quale i diritti e i contrapposti doveri trovavano solennemente la propria regolamentazione.

Oggi la dimensione sacrale della giurisdizione è assalita e abdicata da più parti, con l'introduzione di filtri conciliativi obbligatori (in organismi di mediazione e di composizione delle crisi da sovraindebitamento, e con la negoziazione assistita); con proliferazione di inviti a mediazioni anche in corso di causa; con gestione dei ruoli affidata in larga parte a giudici onorari o ausiliari: insomma, con un complesso di attività che restituisce con nettezza il disegno legislativo di un movimento centrifugo rispetto alla decisione.

Dobbiamo allora interrogarci su che cosa in effetti rimane della giurisdizione, come tradizionalmente intesa: una giurisdizione sempre più lontana dallo ius dicere, alla quale il cittadino può approdare, come premio, solamente dopo avere superato una serie di prove progressive, dove l'incontro con il giudice arriva solamente – ed eventualmente – dopo quello con il mediatore, nelle mediazioni obbligatorie a pena d'improcedibilità dell'azione giudiziaria; dopo quello con la controparte nella negoziazione assistita, anch'essa obbligatoria prima di causa; dopo quello con il giudice onorario cui viene oramai sistematicamente delegata la cruciale fase istruttoria, quando non la stessa emissione della sentenza.

Non sono tanto i nuovi istituti della mediazione e della negoziazione assistita che gli avvocati osteggiano, pur nella loro limitata utilità; ciò che rifiutiamo, oggi e sempre, è la concezione, pianificata e realizzata ope legis, di un processo modellato come una corsa ad ostacoli, che invece di avvicinare il cittadino alla giustizia che egli invoca, lo sottopone a prove di resistenza, psicologica ed economica, che ne fiaccano fatalmente la fiducia non tanto e non solo rispetto alla sua personale domanda di giustizia, ma su larga scala rispetto alla credibilità del sistema giudiziario del nostro Paese.

In questo senso, emblematici sono i recenti interventi normativi sugli indennizzi che ai cittadini spettano a causa della irragionevole durata dei processi italiani, ora sottoposti a una tale e tanta parte di adempimenti burocratici che sembrano fatti apposta – e credo che non si pecchi di malizia pensando che effettivamente sono fatti apposta – per far incorrere in qualche dimenticanza o inciampo, con l'effetto di disinnescare le richieste di risarcimento e potere così spendere in Europa risultati di contenimento raggiunti non con l'effettiva riduzione

5

della durata dei processi, ma con l'artificiosa diminuzione del monte indennizzi versato alle parti che di tale irragionevole durata hanno avuto motivo di dolersi.

Ma c'è un altro aspetto che allontana l'idea di giustizia dai cittadini, ed è la sempre più frequente tendenza – realizzata più volte e in più uffici nel corso del 2015 e già prospettata anche in questo inizio d'anno – a ridurre gli orari e, addirittura, i giorni di apertura al pubblico degli sportelli di cancelleria degli uffici giudiziari, motivandola con una progressiva riduzione del personale che, se non è circostanza disconosciuta dall'avvocatura, non di meno non può essere posta a motivo di limitazioni che, semplicemente, sono contro la legge: come è noto, ma si finge di non sapere, esiste una legge (la n. 1196/1960) che impone l'apertura al pubblico delle cancellerie per cinque ore al giorno e per cinque giorni alla settimana; esiste una sentenza del Consiglio di Stato (la n. 798/2014), pronunciata su ricorso dell'Ordine degli Avvocati di Roma, che ha riaffermato questo principio, che è di rango costituzionale perché attiene alla possibilità di accesso alla giustizia da parte del cittadino, non tanto e non solo dell'avvocato; ed esiste una norma di modifica successiva (emanata con la legge 114/2014) che ha introdotto – solamente per i Tribunali ordinari e per le Corti d'Appello, e fra questi solamente per gli uffici telematizzati – la possibilità di riduzione dell'apertura degli sportelli ad almeno quattro ore quotidiane, sempre per cinque giorni alla settimana.

Non è soltanto per invocare il rispetto della legge, ma anche per garantire il funzionamento minimo del sistema giustizia, che l'avvocatura continuerà a non avallare e, anzi, a non tollerare e ad opporsi con tutte le proprie forze, invocando se del caso l'interruzione del pubblico servizio, ogni tentativo di indebita riduzione d'accesso agli sportelli di cancelleria, di ogni e qualsiasi ufficio giudiziario.

In questo nuovo anno giudiziario andrà oramai a completamento anche la riforma dell'ordinamento forense, rinnovato profondamente con la legge 247/2012, che ha sostituito l'obsoleto assetto ordinamentale precedente, che risaliva addirittura al 1933.

Per rimanere in anni lontani, come è noto già nel 1921 Piero Calamandrei mandava alle stampe il suo celebre libro "Troppi avvocati!". Gli avvocati erano troppi allora e continuano a essere troppi oggi, intendiamoci. Ma non è il numero degli avvocati che dilata i tempi dei processi, che li rende più macchinosi, che ne aumenta la mole. Non è perché gli avvocati sono troppi che sono aumentati i procedimenti di sfratto per morosità, le procedure di fallimento, i procedimenti di protezione internazionale; non è perché gli avvocati sono troppi che si sono accresciute a dismisura le richieste di patrocinio a spese dello Stato da parte di soggetti non abbienti; non è perché gli avvocati sono troppi che sono aumentate le misure di prevenzione penali, o che si fanno i maxiprocessi alla criminalità organizzata, con le loro pesanti ricadute in termini organizzativi e di costi per la collettività.

Oltre tutto, la correlazione – facile, scontata, ma non reale – fra il numero delle cause e quello degli avvocati è smentita dai numeri: quelli che ha diffuso il Ministro della Giustizia nei giorni scorsi, e che parlano di 4,2 milioni di cause pendenti alla fine del 2015 contro i 6 milioni del 2009 e di un calo del 20% delle nuove iscrizioni a ruolo, in un periodo in cui l'avvocatura italiana, se pure ha smesso di crescere esponenzialmente, non ha smesso del tutto di farlo.

Il 2016 è anche l'anno in cui l'avvocatura, con l'emanazione oramai imminente di alcuni decreti ministeriali attuativi, completerà il processo di autoriforma avviato con la nuova legge ordinamentale forense. Finisce l'epoca – durata anche troppo a lungo – in cui per dirsi avvocati bastava vantare l'iscrizione amministrativa nell'Albo di un Ordine. Ma come ci ha insegnato Angiola Sbaiz, indimenticato Presidente della nostra Unione distrettuale e prima donna Presidente di un Ordine Forense in Italia, un conto è essere avvocato, altro è fare l'avvocato.

Per compiere la pratica forense non basterà fare il praticante in uno studio o svolgere tirocini alternativi, ma sarà obbligatorio frequentare le scuole forensi; per essere avvocato non basterà essere iscritto all'Albo ma occorrerà essere anche iscritti alla Cassa Forense (e già 8.000 avvocati per questo motivo si sono cancellati in Italia nel 2015); bisognerà esercitare in modo effettivo, continuativo e prevalente la professione, anche assolvendo puntualmente agli obblighi formativi, pena la cancellazione; per diventare cassazionisti, bisognerà superare un difficile esame; per diventare specialisti, occorrerà frequentare un corso di due anni, con esame finale.

Insomma, bisognerà proprio fare l'avvocato. Finisce l'epoca – finalmente – del "todos caballeros", in favore di una selezione basata sulla effettività, sulla trasparenza, sulla competenza, sulla qualità: un'avvocatura al passo con i tempi, moderna, senza incrostazioni da decubito o ripiegamenti sul passato.

Un'avvocatura, inoltre, sempre più consapevole della propria responsabilità sociale e del proprio ruolo determinante nella giurisdizione e nella partecipazione ai servizi di giustizia. Quella consapevolezza che ha portato tanti Ordini forensi a costituire Sportelli di prima informazione ai cittadini; qui a Bologna, 35 avvocati svolgono bisettimanalmente il servizio presso l'Ufficio Relazioni Pubbliche del Comune, in piazza Maggiore, in piena intesa e collaborazione con l'amministrazione comunale. E altrettanti avvocati si apprestano a inaugurare, fra pochi giorni, analogo Sportello informativo per il cittadino all'interno del Tribunale, nella specifica e delicata materia del diritto di famiglia e delle persone. Il tutto in modo del tutto assolutamente gratuito, volontaristico e disinteressato.

E' un servizio in favore della collettività reso dagli avvocati, soprattutto giovani; da quegli stessi avvocati che l'amministrazione pubblica della giustizia paga poco, male e con ritardi di due/tre anni quando svolgono la fondamentale funzione di difensori d'ufficio o con patrocinio a spese dello Stato; quella stessa avvocatura che ora, con una disposizione introdotta nell'ultima legge di stabilità, dovrà addirittura farsi carico di inserire direttamente nei sistemi informatici degli uffici giudiziari le liquidazioni dei propri compensi, gravandosi di costi ulteriori e di attività non proprie.

Faremo anche questo. E lo faremo perché siamo convinti che una buona organizzazione dei servizi di giustizia richiede necessariamente un impegno condiviso e suddiviso fra tutti coloro che della giustizia sono i protagonisti: i giudici, gli avvocati, il personale amministrativo.

Per fare ciò, bisogna naturalmente che gli operatori della giustizia – soprattutto gli avvocati e i magistrati – sappiano abbandonare sterili contrapposizioni e posizioni di retroguardia culturale, superando quel vizio genetico – una sorta di peccato originale – dal quale troppi, ancora, non sanno liberarsi: l'individualismo, fatalista e lamentoso, che impedisce di alzare la testa e vedere cosa succede dietro alla cattedra del giudice e oltre la scrivania dell'avvocato.

Quando avvocati e magistrati sono capaci di alzare lo sguardo, e di farlo insieme, i risultati sono incoraggianti: è successo e succede in tutti quei Tribunali, soprattutto nel nostro Distretto, dove il processo telematico è una realtà, anche grazie all'impegno e alle risorse profuse da un'avvocatura consapevole e motivata alla modernizzazione; potrà succedere ancora in tutti quei Tribunali dove la novità dell'ufficio per il processo sarà responsabilmente gestita d'intesa fra tutti i soggetti protagonisti della giustizia.

In questa opera di convergenza e mutuo soccorso, preziosa e fondamentale è l'attività motrice degli Osservatori sulla giustizia, sia civile che penale; così come fondamentale deve essere – come è nelle dichiarate intenzioni tanto del Ministro della Giustizia che del Vice Presidente del C.S.M. – la valorizzazione di nuove regole d'ingaggio e di nuove attitudini per i magistrati che saranno chiamati a ricoprire le funzioni direttive e semidirettive degli uffici giudiziari, rifuggendo – davvero e una volta per tutte – la logica stantia e sconfortante di designazioni compiute in obbedienza alle appartenenze correntizie.

E' una speranza, spero non sia un sogno. Il coraggio dell'avvocato Lorenzo Claris Appiani sia il nostro, sia quello di tutti, così come sia nostra, di tutti, la speranza di un giovane magistrato del Tribunale di Bologna, Carlo Maria Verardi, che quindici anni fa, tre mesi prima di lasciarci prematuramente, all'Assemblea Nazionale degli Osservatori sulla giustizia civile a Salerno, diceva: "Forse è l'utopia di un gruppetto di reduci che si ostina a tenere i libri di Calamandrei sul comodino. O forse no. Molta strada insieme magistrati e avvocati l'hanno fatta. Si tratta di capire se vogliono continuare a camminare su una carreggiata unica, scoprendo magari che l'altro ha preso il senso opposto un attimo prima dello scontro, o se invece accetteranno di costruire con pazienza un'autostrada su cui i cittadini possano camminare con più fiducia, possibilmente senza pagare un pedaggio troppo costoso, e a noi di camminarci con più dignità. Ci vorrà un bel po' di cemento e di sudore, e l'allegria di chi, nonostante tutto, non ha smesso di crederci".

avv. Giovanni Berti Arnoaldi Veli

Presidente del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Bologna

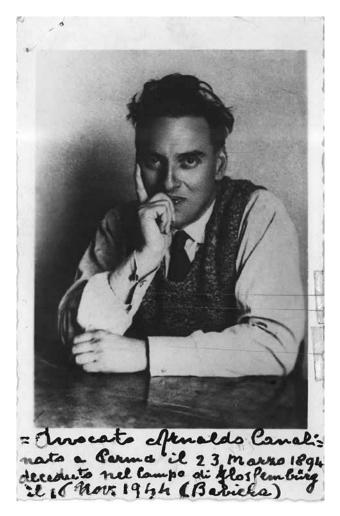
Giornata della memoria

(Palazzo del Tribunale 27 gennaio 2016)

Era trascorso poco meno di un anno dalla fine della guerra quando amici e colleghi dell'avvocato Augusto Olivieri si riunirono in questo stesso luogo in cui ci troviamo oggi per ricordarlo e rievocarne la figura di professionista, uomo politico e antifascista. Oggi, a settant'anni di distanza, nella Giornata della memoria che ricorda quanti soffrirono deportazione e internamento, rinnoviamo il ricordo di coloro - studenti in legge, avvocati, cancellieri e dipendenti delle istituzioni giudiziarie fatti prigionieri dall'esercito tedesco dopo l'otto settembre 1943 sui fronti di guerra e nelle caserme in Italia, oppure catturati nel corso della lotta di liberazione finirono

internati nei campi di concentramento in Germania, soprattutto a Mauthausen, Flossenbürg e Dachau.

I più esposti furono inizialmente gli ebrei. Aristide Foà nel 1943 e i due fratelli Ettore e Giacomo Ottolenghi furono i primi costretti ad abbandonare casa e studio per riparare in Svizzera, clandestinamente, allo scopo di sfuggire alla deportazione in un campo di sterminio. Giacomo Ottolenghi, prima di espatriare clandestino, ricoprì l'incarico di responsabile per la provincia di



Parma della DELASEM (Delegazione per l'assistenza agli emigranti), che si rifaceva all'Unione delle comunità israelitiche italiane, impegnata ad assistere gli ebrei che intendessero emigrare¹. Compito che si concluse all'indomani dell'otto settembre 1943 con la sua partenza, insieme al fratello, per sfuggire alla deportazione.

Augusto Olivieri venne arrestato nel marzo del 1944 su ordine del

Servizio di sicurezza tede-Siicherheitspolizei-Sicherheitsdienst - Sipo-SD di Bologna, trasferito nel capoluogo emiliano e rinchiuso nelle carceri di S. Giovanni in Monte insieme all'amico e collega Credali. Il terzo della lista, l'avv. Paolo Venturini, riuscì a sfuggire alla cattura. Con l'ordine d'arresto dei tre antifascisti, definiti «capi franco muratori»², si intendeva colpire tre intellettuali antifascisti di area democratica che per altro non avevano mai nascosto le loro idee politiche durante il ventennio e che rappresentavano una minaccia per gli occupanti visto il prestigio e l'influenza che avevano tra la borghesia cittadina. Di Olivieri, nel dopoquerra, si disse addirittura che avesse rifiutato l'offerta di ricoprire la carica di Pode-

stà all'indomani della creazione della Repubblica sociale italiana. A prescindere dal fatto che essi fossero o meno appartenuti ad una loggia massonica collegata con il Grande Oriente d'Italia (Palazzo Giustiniani), chiusa dal governo Mussolini nel 1925, il fatto che venissero indicati quali aderenti alla massoneria li collocava, politicamente, nell'area liberal-socialista, nel campo democratico dell'antifascismo italiano,

¹ M. Minardi, *Invisibili. Internati civili nella* provincia di Parma, 1940-1945, Clueb Editore, Parma 2010, pp. 135-136.

² Archivio di Stato di Parma, Questura, categoria A8 b.23A, f. «Credali Adelvando», ordine d'arresto della Sipo-SD di Bologna, 3 marzo 1944.

che a Parma era stato e lo era ancora, tutt'altro che marginale nel fronte impegnato nella lotta di liberazione.

Augusto Olivieri aveva 52 anni quando venne prelevato dalla polizia nazista nel marzo 1944. Proveniva da una famiglia di professionisti da sempre legata all'eredità politica risorgimentale, il padre Erminio, anch'egli avvocato, era stato un fervente radicale, eletto deputato in parlamento e Sindaco di Parma tra il 1914-1919. A differenza del padre, Augusto preferì il lavoro alla politica, anche se allo scoppio della Grande guerra si schierò contro l'intervento aderendo al movimento anti-interventista. Le cose andarono diversamente e con l'ingresso dell'Italia in guerra Augusto Olivieri, come molti altri giovani italiani che si erano schierati per la neutralità, partì volontario e combatté «con ardore ed eroismo» (fu anche ferito sul Pasubio).

Fu insignito, a riconoscimento del suo valore, di una medaglia d'argento e di una medaglia di bronzo al valor militare, di una promozione per merito di guerra nonché di una decorazione francese corrispondente alla medaglia d'argento italiana³.

Durante la ventennale dittatura Olivieri rimase fedele all'idea mazziniana-repubblicana e, come si è detto, a sentimenti antifascisti. Al termine del periodo trascorso nel carcere bolognese venne trasferito nel campo di concentramento di Fossoli mentre l'amico e collega Credali arrestato insieme a lui e come lui rinchiuso a S. Giovanni in Monte, venne spostato nel dulag di Bolzano e da lì verso i campi del Reich. Di lui non si seppe più nulla fino alla fine della guerra quando i sopravvissuti

3 R. Lasagni, *Dizionario biografico dei parmigiani, PPS Edizioni, vol.III*

rientrati in Italia raccontarono del suo calvario. Duramente provato dalle difficili condizioni di vita e dai lunghi mesi di fatica trascorsi nel campo di Gusen (Austria) nel marzo 1945 il suo corpo cedette. Ormai privo di forze e con un braccio fratturato non poteva più lavorare. Venne ricoverato nell'infermeria, anticamera della morte dei campi KZ. Venne dimesso il 22 aprile più debole di prima e rispedito in baracca in attesa della morte. Lo salvarono un gruppo di internati che lo presero sotto la propria custodia. Ricorderà il collega e amico Francesco Albertini

«Venne dimesso dall'infermeria e rinviato al blocco n.4 dove egli era in forza. Era in condizioni pietosissime. Non aveva la forza di reggersi in piedi. In quei giorni infieriva a Gusen la più terribile eliminazione. I più deboli venivano inesorabilmente e brutalmente uccisi con i metodi più bestiali e barbari. In un solo giorno vennero massacrati 1700 nostri compagni di tutte le nazionalità. Il povero avv. Olivieri non aveva la forza materiale di recarsi al lavoro e d'altra parte se fosse rimasto al blocco sarebbe stato egli pure barbaramente eliminato. Per sottrarlo alla sicura uccisione e tenerlo continuamente sotto la nostra sorveglianza e difesa, io, l'ing. Gianni Rusconi di Lecco, il dr. Maris di Milano e il sig. Aldo Ravelli di Varese lo portavamo di peso con noi al lavoro e là lo nascondevamo al riparo di una macchina. Alla sera, alla fine del lavoro, lo riportavamo in blocco. Quando il pericolo di uccisione era scomparso per la fine di quella terribile eliminazione, il povero avv. Olivieri ha potuto restare, con una relativa tranquillità, nella sua baracca per passare colà gli ultimi Suoi giorni».

Morì alla vigilia della liberazio-

ne, il 28 aprile 1945. «E' stato per noi tutti un grandissimo dolore la perdita di un così caro compagno, di un tanto nobile amico, proprio quando egli già assaporava la dolcezza dell'imminente liberazione»⁴.

Arnaldo Canali, poco più giovane di Olivieri, aveva 49 anni quando giunse nel campo di concentramento di Flossenbürg nel novembre 1944, morì anch'egli prima della liberazione, schiacciato dalla fatica e dall'esistenza disumana che regolava la vita quotidiana nel campo.

Figlio dell'illustre clinico Leonida Canali, Arnaldo partì volontario nella guerra '15-'18 dove rimediò una ferita. Nel dopoguerra si laureò in legge e fece pratica nello studio di Agostino Berenini.

"Il sorgere del fascismo – ricorderà la moglie Maria Canali nel 1946 - lo trovò all'immediata opposizione, e mai, durante il famigerato venticinquennio, egli ebbe un attimo di esitazione nella nobilissima linea di condotta che in lui, per altro, era spontanea, come la certezza di essere vivo. Tale atteggiamento gli costò la carriera professionale. La innata lealtà gli vietava e gli vietò sempre ogni compromesso. Sicché fin dal 1922 egli era un "segnalato", un "soggetto pericoloso".

Nel 1937 per provvedere in qualche modo alla propria esistenza e a quella della famiglia, andò quale semplice impiegato in Africa Orientale, donde fu rimpatriato d'autorità per il suo inflessibile atteggiamento che si ribellava ad ogni manifestazione, sia pure esteriore, di deferenza al potere allora costituito.

Le vicende travagliate della vita lo condussero poi, sul finire del 1940, a Milano, dove, nel dicembre 1942,

⁴*In memoria di Augusto Olivieri,* Tipografia Ferrari e figli, Parma 1946, p.20

trovò impiego presso l'Istituto Italiano di Previdenza. Era già comunista, ma dal settembre 1943 ebbe inizio la sua instancabile attività politica, sia presso il Comitato di liberazione clandestino dell'agenzia, sia presso il partito. Suo compito specifico era il reclutamento morale e materiale dei giovani renitenti alla leva fascista, avviandoli ai gruppi di Azione partigiana, con il concorso del suo partito.

Mai si perdette d'animo di fronte ai pericoli che si moltiplicavano ogni giorno, fin che il 13 luglio 1944, su denuncia di un ufficiale repubblichino, presidente del tribunale speciale di Torino e padre di una spia falsa recluta, fu arrestato e trattenuto a San Vittore, come ostaggio nel 7° raggio del reparto tedesco - poi deportato a Bolzano, quindi al campo della morte di Flossembürg (Baviera) dove il 16 novembre dello stesso anno fu massacrato a colpi di scudiscio e cremato, come attestano i compagni sopravvissuti.

L'uomo che aveva avuto il coraggio, durante il primo interrogatorio rivoltogli da uno sgherro del [Pietro] Koch di rispondere: "Ero, sono e sarò sempre antifascista", con il sacrificio della sua travagliata ma luminosa

vita non può morire nel ricordo di quanti lo hanno compreso e amato»⁵.

Colleghi e compagni vollero rinnovare il loro ricordo l'anno seguente, nel dicembre 1947, sistemando

5Archivio Istituto storico della Resistenza e dell'età contemporanea di Parma, fondo Testimonianze di Maria Canali, 21 novembre 1946, fasc. «Canali Arnaldo».

una lapide nell'atrio del palazzo del tribunale e aggiungendo il nome dell'avvocato Giuseppe Barbieri, dirigente della Resistenza parmense, formatosi professionalmente nello studio Venturini, fucilato in piazza Garibaldi insieme ad altri sei partigiani e antifascisti dalla Brigata nera sotto lo sguardo del capo del fascismo parmense, Pino Romualdi, nella notte tra il 31 agosto e il primo



Augusto Olivieri

settembre 1944. Inciso sulla lapide il riconoscimento del loro sacrificio: «La toga non piegarono alla tirranide deportati oltr'Alpe dopo lunghi tormenti diedero la vita per la rinascita del popolo italiano. I colleghi memori, 7 dicembre 1947».

Il legame tra uccisi nei campi di concentramento e caduti durante la

lotta di liberazione è evidente, così come dimostrò l'ampia partecipazione di avvocati e uomini di legge alla lotta contro il nazifascismo e per l'indipendenza dell'Italia e per la libertà. Di ciò si era accorto anche Romualdi, il quale, sul finire di maggio 1944, inviò al sindacato forense e al prefetto una lettera denunciando «per quanto alla macchia, gli avvocati Parisi Druso, Savani Primo, Ven-

turini Paolo, Fava Lanfranco, regolarmente denunciati al Tribunale straordinario provinciale, continuano a far funzionare i loro uffici tramite l'interessamento di altri colleghi che li sostituiscono». Lo studio Parisi gestito dall'avvocato Antonio Belli, quello di Savani da Aurelio Candian, quello di Venturini dall'avvocato Bordi e quello di Fava dal collega Calzolari. Va detto che i professionisti subentrati erano tutti a loro volta segnalati antifascisti, il che irritava alguanto le autorità fasciste repubblicane.

Romualdi chiese la radiazione dall'albo professionale degli avvocati coinvolti e la chiusura degli uffici legali in questione, e che le pratiche inevase fossero «affidate al Sindacato avvocati per la ripartizione tra professionisti di buona moralità professionale e politica». La ri-

sposta del presidente del sindacato forense deve aver adirato alquanto Romualdi. L'avvocato P. Boselli infatti chiariva, sentito il direttore del sindacato, che non era possibile la radiazione dei professionisti accusati dal capo del fascismo parmense, in quanto «il provvedimento della radiazione non può essere emanato se non quando sia stata inflitta con-

.......

danna penale, non potendo il giudizio disciplinare precorrere, e ciò allo scopo di evitare conflitti di giudicanti». Per quanto concerneva l'attività svolta dai legali che sostituivano nelle cause i colleghi, precisava il presidente, «si accerta che nessuna istanza di liquidazione, quietanza od altro documento a firma dei detti professionisti è stata presentata a questo sindacato»⁶. Possiamo solo immaginare la reazione del segretario del PFR, sempre più impegnato a cancellare ogni residua forma di regolamentazione dei rapporti e della convivenza in favore di una visione intransigente dello scontro.

La ricostruzione dei ruoli ricoperti da avvocati e uomini di legge nelle organizzazioni antifasciste che contrastarono il nazifascismo e la loro presenza tra le fila della Resistenza sono ancora in larga parte da chiarire. Dai numerosi esempi e dalle storie individuali conosciute non è difficile sostenere che si trattò di una presenza robusta e qualificata quella che affiancò e in parte guidò, l'esercito partigiano nello sforzo di contribuire a liberare Parma e il suo territorio provinciale.

Marco Minardi

6P. Savani, *Antifascisti e guerra di liberazione a Parma. Cronache dei tempi*, Guanda, Parma 1972, pp.137-138.



BeeZeePhoto / Shutterstock.com

Variazioni

avv. FRANCESCA TINELLI: casella UNEP n. 378;

aw. RAFFAELLO MORETTI: casella UNEP n. 379:

dott. STEFANO TAMAGNA: Parma, viale Bottego 3, tel. e telefax 0521/508304, invariate e-mail e posta elettronica certificata;

avv. DAVIDE PAVESI: Parma, via Mansfield 1, cell. 347/5262602;

aw. CORRADO VINCENTI: Parma, via E. Pini 57/a, tel. 0521/1810603 – 0521/287406, telefax 0521/287406, e-mail cor1.vincenti@libero.it, posta elettronica certificata cor.vincenti@pec.giuffre.it;

avv. LAURA FAVARO: Parma, via E. Pini 57/a, tel. 0521/1810603 – 0521/287406, telefax 0521/287406, e-mail avvfavaro@libero.it, posta elettronica certificata avvfavarolaura@ pecstudio.it;

•••••

aw. CARLO POLLINI: Parma, via E. Pini 57/a, tel. 0521/1810603 – 0521/287406, telefax 0521/287406, e-mail pollinicarlo@gmail.com, posta elettronica certificata aw.pollinicarlo@ pec.it;

avv. PAOLO DELIETI: e-mail p.delieti@ studiofurlotti.it;

......

avv. CRISTIANO OSTI: Parma, galleria Polidoro 8;

avv. MARCO ALBINO VOLPI: e-mail studio@avvocatovolpi.it;

avv. GLORIA CASTAGNETTI: Parma, via Paradigna 5, tel. 0521/1686355, telefax 0521/1686356, e-mail avv. gloriacastagnetti@gmail.com;

avv. CHIARA DALL'ASTA: Parma, strada Repubblica 31, tel. 0521/281181, telefax 0521/230481;

dott. NUNZIO PASSAMONTI: Parma, galleria Polidoro 8;

avv. SABRINA MARINA SPAGNOLI: Parma, via Cavour 15, tel. e telefax 0521/572831;

avv. ANDREA SIMONAZZI: Parma, via Paganini 13;

avv. BARBARA MAZZULLO: e-mail barbara.mazzullo@studiolegaleparma. it;

aw. MASSIMILIANO BURIASSI: telefax 0187/022258, posta elettronica certificata massimilianoburiassi@ legalmail.it;

avv. ENRICA PAINI: e-mail avv.enrica. paini@gmail.com;

avv. ALESSIA KEISSIDIS: posta elettronica certificata avvocato.alessiakeissidis@legalmail.it;

awv. MICHELE SACCHI: primo studio, Parma, viale Tanara 13, tel. 0521/491686, telefax 0521/1852786, secondo studio, Noceto, via dei Mille 3, tel. 0521/627405, telefax 0521/627441, e-mail m.sacchi@sacchiconsulenze.com;

avv. IMMACOLATA MARTINI: e-mail immacolatamartini@gmail.com;

avv. FRANCESCA RUSSO: Parma, borgo al Collegio Maria Luigia 16, tel. 0521/508616, telefax 0521/204700;

avv. SIMONA VARESE: tel. 0521/571057, telefax 0521/204518;

avv. LAURA BOCCHI: e-mail avvlaurabocchi@gmail.com;

aw. FILIPPO FEDERICO: Parma, borgo al Collegio Maria Luigia 16, tel. 0521/508616, telefax 0521/204700, e-mail aw.filippofederico@gmail. com, posta elettronica certificata aw. filippofederico@pecstudio.it, casella UNEP n. 339:

dott.ssa MIRIAM ANNA DE PALMA: posta elettronica certificata miriamanna.depalma@pec.it;

avv. GRAZIA GENNARI: Parma, strada Garibaldi 28, tel. 0521/574371, invariati gli altri recapiti;

avv. MARIA LA NAVE: telefax 0521/1562040, e-mail avvocato. lanave.parma@gmail.com;

avv. ROMINA CINI: e-mail avvrominacini@studiolegalecini.com;

avv. ELENA G. MARTINA: cellulare inattivo;

avv. GIANCARLO VIVA: Parma, galleria Bassa dei Magnani 7, tel. e telefax 0521/571742, cell. 338/7530054;

avv. GIORGIA PIGOZZI: Parma, piazza Garibaldi 23, tel. 0521/221358 – 0521/386974, telefax 0521/384821, e-mail giorgiapigozzi@studiolegale-spaggiaribenadusi.it, posta elettronica certificata avvgiorgiapigozzi@pec. giuffre.it;

avv. FRANCESCA GUIDETTI: posta elettronica certificata francesca.guidetti@pec.prosciuttodiparma.it;

avv. GIACOMA VIVIANA MARZANO: telefax 0521/1747469;

avv. VIVIANA MANTIONE: Parma, via Volturno 89, tel. e telefax 0521/1810615, posta elettronica certificata vmantione@pec.it;

avv. ANGELO STECCONI: e-mail angelo.stecconi@infinito.it;

avv. DOMINGA BUBBICO: Parma, borgo Antini 3, tel. 0521/206494 – 0521/1890487, telefax 0521/1741050, e-mail: dominga. bubbico@studiobubbico.it;

avv. ALESSANDRA TAZZI: Parma, borgo Antini 3, tel. 0521/1741949 – 0521/1890487, telefax 0521/1741050;

avv. ANTONIO BODRIA: e-mail avv. bodria@gmail.com;

avv. PAOLO MICHIARA: e-mail paolo. michiara@studiolegaleparma.it;

ATTIVITA' DEL CONSIGLIO

Dal 19 novembre 2015 al 15 marzo 2016 il Consiglio si è riunito n. 15 volte.

Elenco delle presenze dei Consiglieri alle adunanze:

avv. 090 salvirii	11. 15
avv. Elisa Gandini	n. 15
avv. Enrico Maggiorelli	n. 15
avv. Simona Brianti	n. 14
avv. Giuseppe Bruno	n. 15
avv. Vittorio Cagna	n. 15
avv. Francesco Giuseppe Coruzzi	n. 14
avv. Paola De Angelis	n. 15
avv. Matteo de Sensi	n. 14
avv. Daniela Francalanci	n. 11
avv. Matteo Martelli	n. 14
avv. Alessandra Mezzadri	n. 13
avv. Alberto Montanarini	n. 14
avv. prof. Lucia Silvagna	n. 10
avv. Marcello Ziveri	n. 8

OPINAMENTO PARCELLE

Dal 19 novembre 2015 al 15 marzo 2016 l'apposita commissione consiliare (ovvero il Consiglio) ha opinato n. 29 parcelle e ha espresso n. 70 pareri di congruità.

Tentativi di conciliazione ai sensi dell'art. 13 L. 247/2012: Pervenuti n. 6 Tenuti n. 5 con n. 1 esito positivo.

ESPOSTI

Dal registro dei reclami nei confronti degli iscritti dal 19 novembre 2015 al 15 marzo 2016: Pervenuti n. 26, trasmessi al CDD di Bologna Pervenuti n. 3, trasmessi per competenza ad altri Ordini Forensi.

RICHIESTE DI AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

dal 19 novembre 2015 al 15 marzo 2016: Pervenute n. 135, delle quali:

ammesse n. 128 non ammesse n. 2 archiviate per inammissibilità dell'istanza n. 5

avv. MARCELLO MENDOGNI: e-mail marcello.mendogni@studiolegalepar-

dott. MATTEO BOLSI: Parma, strada S. Anna 19;

avv. LUCA ORI: tel. 0521/239945 non attivo, permane tel. 0521/804706, cell. 347/1041343;

avv. SILVIA MARIA GRILLO: casella UNEP n. 144; avv. GIOVANNI MASSIMO SAVANI: Parma, via Nazario Sauro 7, tel. 0521/285657, telefax 0521/285680, e-mail avv.savani@savaniferraritomasi. it;

avv. ERIKA FERRARI: Parma, via Nazario Sauro 7, tel. 0521/285657, telefax 0521/285680, e-mail avv.ferrari@ savaniferraritomasi.it;

avv. ANGELA TOMASI: Parma, via Nazario Sauro 7, tel. 0521/285657, telefax 0521/285680, e-mail avv. tomasi@savaniferraritomasi.it;

studio legale: "STUDIO LEGALE ASSOCIATO SAVANI FERRARI TOMA-SI": Parma, via Nazario Sauro 7, tel. 0521/285657, telefax 0521/285680, e-mail studiolegaleassociato@savaniferraritomasi.it;

avv. KATIA BUSI: cell. 347/0181485;

avv. VALENTINA MIGLIARDI: e-mail v.migliardi@virgilio.it;

avv. PAOLO ZUCCHI: telefax 0521/228811, e-mail studiolegale@ zucchipaolo.191.it;

avv. FEDERICA ZECCA: tel. e telefax 0521/625134;

avv. SABRINA ORLANDINI: e-mail sabrinaorlandini@labadinisrl.it;

avv. RAFFAELLA DE DOMINICIS: e-mail: avvocato.raffaelladedominicis@gmail.com;

aw. CARLO ABLONDI: primo e unico studio, Parma, borgo Bruno Longhi 6, tel. 0521208333 – 0521/1626279, telefax 0521/1621199;

avv. ELISA AGNETTI: secondo studio, Berceto, via Pier Maria Rossi 24;

avv. MILENA ORLANDELLI: Parma, piazzale Maestri 3, tel. telefax 0521/239067, cell. 338/2293569;

aw. DARIO UGOLINI: Traversetolo, via Giovanni XXIII n. 3, tel. 0521/848275, telefax 0521/1991268, cell. 349/8195999;

avv. MARIA GUALDINI: secondo studio, Parma, via Scarabelli Zunti 3, tel. e telefax 0521/240878;

avv. FEDERICA CUSIMANO: Parma, vicolo dei Mulini 4, tel. e telefax 0521/711258;

aw. MONIA COCCONI: Parma, piazza Corte D'Appello 5;

dott.ssa MARISA PELLEGRINO: cell. 328/8161315, e-mail marisapellegrinomail@gmail.com, posta elettronica certificata marisapellegrino@pec.it;

avv. DANIELA FORNARI: Parma, via Gorizia 15, tel. 0521/228271;

avv. ANGELICA CISARRI: Parma, stradello Marche 6, tel. 0521/237578, telefax 0521/236840, e-mail a.cisarri@studiofurlotti.it;

aw. ANNALISA BASSI: Parma, strada Repubblica 56, tel. 0521/1705618 -0521/200830, telefax 0521/1705619, e-mail a.bassi@bcmslaw.it:

aw. MICHELE MAROCCHI: Parma, strada Repubblica 56, tel. 0521/1705618, telefax 0521/1705619, e-mail m.marocchi@ bcmslaw.it;

aw. FEDERICO CASIRAGHI: Parma, strada Repubblica 56, tel. 0521/1705618, telefax 0521/1705619, e-mail f.casiraghi@ bcmslaw.it;

dott. FEDERICO VOLPONI: e-mail f.volponi@studiovolponi.it, posta elettronica certificata federico.volponi@ pec.studiovolponi.it; avv. PATRIZIO POZZOLI: telefax 0521/1851988;

avv. MARIA CHIARA SALTI: Parma, strada Repubblica 56, tel. 0521/1705618, telefax 0521/1705619, e-mail c.salti@ bcmslaw.it;

avv. VIRGINIA MORI: Parma, Via Madre A. M. Adorni 14/1, tel. e telefax 0521/231493, cell. 324/7999073, e-mail info@studiolegalemori.it, posta elettronica certificata virginia.mori@pec.it;

avv. LAURA BONOMINI: posta elettronica certificata laura.bonomini@pec.it;

dott.ssa LORETTA PENSATO: posta elettronica certificata loretta_pensato@pec.giuffre.it;

dott. MATTIA CANTARELLI: Parma, via Paradigna 5, tel. 0521/1686355, telefax 0521/1686356;

avv. GIUSEPPE SILVA: Parma, via Gorizia 15;

avv. ENRICA COSCELLI: Parma, via Gorizia 15, tel. 0521/228271, telefax 0521/235966:

avv. ARTURO PAGNANELLI: telefax 0521/230724;

avv. SILVIA CENCI: Collecchio, strada Campirolo 4, tel. 0521/806676;

dott.ssa MICHELA MARIA CARMEN BUONOMO: posta elettronica certificata dott.michelabuonomo@pec.it;

dott. MATTEO DELLAPINA: Borgo Val di Taro, viale Vittorio Bottego 15, tel. e telefax 0525/90586, e-mail matteo@chiesastudiolegale.com, posta elettronica certificata matteo. dellapina@pec.giuffre.it;

avv. VALENTINA BOCCHI: Parma, strada XXII luglio 58;

avv. SIMONE CALZI: posta elettronica certificata simone.calzi@pec.prosciuttodiparma.it;

avv. SIMONETTA CHIESA: primo studio, Borgo Val di Taro, viale Vittorio Bottego 15, tel. e telefax 0525/90586, e-mail simonetta@ chiesastudiolegale.com;

avv. PATRIZIA CARUSO: e-mail avvpatriziacaruso@gmail.com;

avv. SEBASTIANO GUERZONI: e-mail avv.guerzoni@gmail.com;

avv. FEDERICA PONTRANDOLFI: tel. 0521/970739;

avv. ILARIA BROVARONE: Parma, borgo Santa Brigida 1;

avv. SILVIA CIGALA: Parma via XXII luglio 5, tel. 0521/236444;

avv. STEFANO DELSIGNORE: e-mail stefano.delsignore@gmail.com;

AGGIORNAMENTO ALBI

ALBO AVVOCATI

ISCRIZIONI

FEDERICO CARATTINI CASA (1/12/2015) CHIARA ANZOLA (12/1/2016) SHARA GOLLO (12/1/2016) LUIGI PROCOPIO (12/1/2016) ANDREA SANGERMANO (12/1/2016) SIMONE SPENNATO (12/1/2016) CLAUDIO BERCELLA (12/1/2016) nella sezione speciale avvocati U.E. ELENA ALFIERI (19/1/2016) ELENA PIAZZA (19/1/2016) GIANLUCA SCUOLA (19/1/2016) ELENA VENTURINI (19/1/2016) MICHELE NACCI (26/1/2016) reiscrizione per trasferimento dall'Ordine degli avvocati di Reggio Emilia VALENTINA SARTORI (2/2/2016) LUCA GHIDONI (2/2/2016) passaggio da albo ordinario ad elenco speciale dei professori universitari ROBERTO BRUGNANO (2/2/2016) MICHELE BONACINI (9/2/2016) ALESSIA BOLDRINI (9/2/2016) MARIA LINDA SBARRA (23/2/2016) reiscrizione FABRIZIA SARCINA (23/2/2016) ADDOLORATA CARLETTA (1/3/2016) MELANIA TABAGLIO (1/3/2016) EMILIANO CUPPONE (15/3/2016)

CANCELLAZIONI

GUIDO MARIA AVANZINI (31/12/2015) BIANCAMARIA MATTUCCI (22/10/2015) per trasferimento all'Ordine di Pescara GIOVANNI CORRADI (1/12/2015) FEDERICA BERTINELLI (9/12/2015) EMANUELE BASTONI (30/12/2015) GIANCARLA PIETRALUNGA (31/12/2015) GRAZIAMARIA MONICA CIGNA (22/12/2015) PIERMARIA SACCANI (22/12/2015) ROSALIA DI CRISTO (12/1/2016) ELISA PAGLIARI (21/12/2015) per trasferimento all'Ordine di Cremona **ANTONIO COICO (21/1/2016)** MARTINA CANELLA (9/2/2016) SALVATORE MASCHIO (23/2/2016) dall'elenco speciale degli avvocati addetti agli Uffici Legali GIAMPAOLO MORA (17/2/2016) per decesso

Alla data del 15 marzo 2016 gli iscritti all'albo erano milleduecentotrentaquattro PRATICANTI AVVOCATI

Iscritti n. 22 Cancellati n. 24

PATROCINATORI LEGALI

Iscritti n. 9 Cancellati n. 6

La Fondazione dell'avvocatura parmense

L'ATTIVITA' DELLA FONDAZIONE DELL'AVVOCATURA PARMENSE NELL'ULTIMO BIENNIO

Nello scorso mese di gennaio è stato rinnovato il Consiglio di amministrazione della Fondazione dell'Avvocatura Parmense

Il nostro Consiglio dell'Ordine ha confermato l'avv. Daniela Francalanci, l'avv. Elisa Gandini e l'avv. Alessandra Mezzadri.

L'assemblea dei soci ha eletto chi scrive e l'avv. Lorenzo Bianchi.

All'inizio di febbraio il c.d.a. ha confermato lo scrivente quale presidente, Elisa Gandini segretario e Alessandra Mezzadri tesoriere.

Dopo avere fornito le ultime notizie sulla vita della Fondazione, mi pare di qualche utilità dar conto di ciò che è avvenuto nello scorso biennio.

Come già scrissi in un mio precedente intervento ("La Fondazione dell'Avvocatura Parmense: i primi anni di vita in Cronache dal Foro Parmense n.1//2014") l'attività principale della Fondazione è dedicata alla formazione sia con riguardo alla Scuola Forense, la cui frequenza è divenuta obbligatoria per i praticanti avvocati, sia per quanto concerne il piano dell'offerta formativo, realizzato attraverso l'organizzazione di numerosi convegni nel corso dell'anno.

Anche nello scorso biennio la formazione ha avuto un ruolo fondamentale nell'attività della Fondazione.

Mi preme rimarcare, come dissi nella mia relazione all'assemblea dei soci del 27 gennaio 2016, che agli eventi formativi della Fondazione partecipano normalmente anche avvocati provenienti da altri Fori nonché, talvolta, professionisti per taluni versi a noi vicini (commercialisti, consulenti del lavoro).

Inoltre, mi piace ancora una volta sottolineare che i relatori dei nostri convegni non hanno sinora mai percepito alcun compenso, contrariamente a quanto accade da altre parti. Il dato assume particolare rilevanza ove si consideri che il livello qualitativo dei relatori – avvocati, docenti universitari, magistrati- è stato indubbiamente elevato.

Nella scelta dei temi nei nostri eventi si è privilegiata l'attualità, essendo stati dibattuti, da un lato, i più recenti interventi legislativi e, dall'altro, essendo stato dato ampio spazio al processo civile telematico, senza trascurare, però, argomenti di carattere generale e deontologico.

La Fondazione ha sviluppato la propria attività anche in altre direzioni, in linea con i propri fini istituzionali.

Particolarmente rilevante è stata l'espansione dell'attività dell'Organismo di media conciliazione, la cui gestione è stata affidata, mediante apposita convenzione, dal nostro Consiglio dell'Ordine alla Fondazione.

I risultati dell'Organismo sono stati lusinghieri grazie all'opera svolta dall'avv. Enrico Maggiorelli, responsabile dell'Organismo, ben coadiuvato dal personale dipendente.

I dati dell'ultimo biennio parlano chiaro: le richieste di mediazione nel 2014 sono state 487, 563 nel 2015.

Nei primi due mesi del 2016 le richieste sono state 107.

L'Organismo sta quindi funzionando bene, in linea con quanto si auspicava all'atto dell'introduzione della mediazione nel nostro Paese.

Si deve pure al nostro Organismo di mediazione l'organizzazione dell'Assemblea del coordinamento della conciliazione forense, tenutasi a Parma nell'aprile del 2015, nella quale si è svolta una tavola rotonda ove sono state dibattute le questioni più importanti in sede applicativa e le prospettive di riforma.

L'ultima novità -che sono lieto di riportare- è costituita dalla creazione del sito della Fondazione (www.fondazioneavvocaturaparmense.it), operante a partire da febbraio 2016, che consentirà di rendere nota l'attività della Fondazione, sinora per molti versi rimasta poco conosciuta. Responsabile del sito è stata nominata l'avv. Daniela Francalanci, affiancata dall'avv. Lorenzo Bianchi.

Dopo avere riferito dell'attività della Fondazione nell'ultimo biennio, ponendo in evidenza i risultati complessivamente buoni anche in termini di espansione, sono costretto a ribadire, in chiave non positiva, quanto scrissi due anni fa nel sopra richiamato articolo a proposito della posizione degli Enti locali della nostra Provincia nei riguardi della Fondazione, il cui atteggiamento di indifferenza permane.

Credo, però, che con il passare del tempo le cose siano destinate ad un miglioramento, essendovi già stato qualche segnale di apertura.

Viceversa, è da rimarcare l'ottimale, immutato rapporto con la nostra Università -in particolare con il Dipartimento di Giurisprudenza- con la quale la collaborazione è costante.

Così pure continua ad essere proficua la collaborazione con le associazioni forensi parmensi, soci collettivi della Fondazione.

Un segnale confortante è costituito dall'aumento del numero degli iscritti alla Fondazione, passati dai 158 di due anni fa agli attuali 184, con due soci individuali iscritti all'Albo degli Avvocati di Reggio Emilia.

Certo, rimane il fatto che il numero dei soci individuali è basso rispetto al numero degli iscritti all'Albo.

Nel prossimo biennio si cercherà, con immutata perseveranza, di incrementare le adesioni onde consentire una maggiore partecipazione nell'interesse di tutti noi e del mondo della giustizia.

Luigi Angiello

<u>Il diritto a non nascere</u>

Sul diritto a non nascere (se non sano) si è recentemente soffermata l'attenzione dell'opinione pubblica, sollecitata da interventi giornalistici non sempre appropriati e poche volte chiari.CRONACHE ha chiesto un commento a Renzo Menoni, civilista di lungo corso, attento ed impegnato ed al prof. Antonio D'Aloia, non solo avvocato, ma pure docente di respiro internazionale e studioso del "biodiritto", una materia in rapida evoluzione. E' bene segnalare, al fine di affrontare più approfonditamente tali complesse problematiche, che la Camera Civile di Parma sta organizzando, per il prossimo 21 aprile, un convegno al quale interverranno, fra gli altri, il Presidente delle Sezioni Unite, della Corte di Cassazione dott. Luigi Rovelli ed il Presidente emerito della Corte Costituzionale, prof. Cesare Mirabelli.

Esiste un diritto a non nascere (se affetti da gravi patologie)?

(Cass. Sez. Un. 22/12/2015 n.25767)

A partire dagli anni 2000, nell'ambito della Terza Sezione della Cassazione, si sono formati due opposti orientamenti giurisprudenziali in materia della c.d. "nascita indesiderata": il primo relativamente all'onere probatorio, in cui si contrapponeva ad un iniziale orientamento secondo il quale corrispondeva a regolarità causale che la gestante interrompesse la gravidanza, se informata di gravi malformazioni del feto (Cass. 13 luglio 2011 n.15386; 10 novembre 2010 n.22837; 4 gennaio 2010 n.13; 29 luglio 2004 n.14488), una più recente giurisprudenza in cui veniva posto a carico di parte attrice allegare e dimostrare che, se informata delle malformazioni del concepito, avrebbe interrotto la gravidanza, escludendosi la possibilità di avvalersi di una presunzione semplice (Cass. 30 maggio 2014 n.12264; 10 dicembre 2013 n.27528; 22 marzo 2013 n.7269;2 ottobre 2012 n.16754).

In secondo luogo si era altresì creato un contrasto sulla questione della legittimazione del soggetto nato di pretendere il risarcimento del danno nei confronti del medico e della struttura sanitaria. Alla tesi negativa inizialmente sostenuta (Cass. 11 maggio 2009 n.10741; 14 luglio 2006 n.16123; 29 luglio 2004 n.14488), si erano andate contrapponendo più recenti decisioni che escludevano il requisito della soggettività giuridica del concepito e la sua legittimazione dopo la nascita. (Cass. 2 ottobre 2012 n.16754; 3 maggio 2011 n.9700)

Al fine di tentare di comporre tale contrasto giurisprudenziale, queste problematiche sono state rimesse all'esame delle Sezioni Unite, le quali si sono pronunciate

con la recentissima sentenza 22 dicembre 2015 n.25767 (Pres. Luigi Antonio Rovelli; Rel. Dott. Angelo Spirito; Est. Renato Bernabai).

La Corte d'Appello di Firenze, confermando la decisione di primo grado, aveva ritenuto che l'onere della prova della sussistenza di tutti i presupposti richiesti dall'art. 6 della legge 22/5/1978 n.194 ("Norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza") ricadesse sulla gestante, inclusa quindi la prova che ella, se fosse stata in grado di conoscere il grave handicap del nascituro (nella fattispecie affetto dalla sindrome di Down), avrebbe esercitato la scelta abortiva e ne aveva tratto quindi la conclusione che, in difetto di tale prova, la domanda dovesse essere respinta, non essendo ammissibile neppure la consulenza tecnica d'ufficio.

La Cassazione ha censurato la sentenza impugnata, affermando che la Corte d'Appello si era erroneamente "arrestata a livello enunciativo del principio generale, pur esatto, del riparto dell'onere probatorio: e risulta dunque manchevole nella parte in cui omette di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati".

In proposito la sentenza chiarisce che non si verte in tema di presunzione legale, sia pure "juris tantum", "la cui consacrazione in via generale ed astratta appartiene al legislatore e che si risolve in una semplificazione della fattispecie legale, esimendo la parte dall'onere di provarne uno o più elementi integrativi, ulteriori rispetto alla premessa fattuale", ma bensì ci si riferisce alla "praesumptio hominis", di cui all'art. 2729 c.c., "che consiste nell'inferenza del fatto ignoto da un fatto noto, sulla base non solo di correlazioni statisticamente ricorrenti, secondo l'id quod plerumque accidit . . . ma anche di circostanze contingenti - eventual-



mente anche atipiche – emergenti dai dati istruttori raccolti: quali ad esempio il ricorso al consulto medico proprio per conoscere le condizioni di salute del nascituro, le precarie condizioni psico-fisiche della gestante, eventualmente verificabili tramite consulenza tecnica d'ufficio, pregresse manifestazioni di pensiero in ipotesi sintomatiche all'opzione abortiva in caso di grave malformazione del feto, etc.".

La sentenza affronta poi un problema notevolmente complesso, in quanto i ricorrenti, con il secondo motivo del ricorso, censuravano la violazione, da parte della Corte d'Appello, degli artt. 2, 3, 31 e 32 della Costituzione e della legge 29/7/1975 n.405, nella negazione del diritto del figlio, affetto come già si è detto dalla sindrome di Down, al risarcimento del danno, per l'impossibilità di un'esistenza sana e dignitosa.

Le Sezioni Unite superano il precedente contrasto sulla legittimazione del bambino nato handicappato, affermando che non è "indispensabile elevare il nascituro a soggetto di diritto, dotato di capacità giuridica – contro il chiaro dettato dell'art. 1 cod. civ. – per confermare l'astratta legittimazione del figlio disabile ad agire per il risarcimento di un danno le cui premesse fattuali siano collocabili in epoca anteriore alla sua stessa nascita".

Infatti, prosegue la sentenza: "tenuto conto del naturale relativismo dei concetti giuridici, alla tutela del nascituro si può pervenire in conformità con un indirizzo dottrinario, senza postularne la soggettività - che è una tecnica di imputazione di diritti ed obblighi – bensì considerandolo oggetto di tutela (Corte Costituzionale 18 febbraio 1975 n.27: Cass., Sez. 3, maggio 2011 n.9700; Cass. 9 maggio 2000 n.5881)". Tale principio informerebbe espressamente diverse norme dell'ordinamento, quali l'art. 1, comma 1, della L. n.40/2004, che annovera tra i soggetti tutelati anche il concepito; l'art. 1 della L. n.194/78, che retrodata la tutela della vita umana anteriormente alla nascita; la L. n.405/1975, che afferma l'esigenza di proteggere la salute del concepito ed infine lo stesso codice civile che, all'art. 154, prevede il riconoscimento del figlio nato fuori dal matrimonio anche quando questi sia solo concepito e non ancora nato.

Afferma quindi la sentenza 25767/15: "Entro questa cornice dogmatica si può dunque concludere per l'ammissibilità dell'azione del minore, volta al risarcimento di un danno che assume ingiusto, cagionatogli durante la gestazione".

Nella fattispecie però il medico non ha causato al nascituro nessun danno durante la gestazione, ma la sua responsabilità consisterebbe solo nel non aver diagnosticato e comunque comunicato ai genitori la sussistenza di una grave patologia nel feto.

In questo caso: "non si può dunque parlare di un diritto a non nascere; tale, occorrendo ripetere, è l'alternativa; e non certo quella di nascere sani, una volta esclusa alcuna responsabilità commissiva o anche omissiva del medico nel danneggiamento del feto".

Prosegue in proposito la sentenza: "il supposto interesse a non nascere, come è stato detto efficacemente in dottrina, mette in scacco il concetto stesso di danno. Tanto più che di esso si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla malattia; come tale, indegna di essere vissuta (quasi un corollario estremo del c.d. diritto alla felicità)".

Secondo le Sezioni Unite si può peraltro "enucleare una tendenza generale a rite-

nere compensabile la penosità delle difficoltà cui il nato andrà incontro nel corso della sua esistenza, a cagione di patologie in nessun modo imputabili eziologicamente a colpa medica, mediante interventi di sostegno affidati alla solidarietà generale, e, dunque, nella sede appropriata alla tutela di soggetti diversamente abili e bisognosi si sostegno, per cause di qualsivoglia natura, anche diversa da quella in esame".

Nell'ultima parte della sentenza, la Cassazione afferma che, d'altra parte, non può essere sottaciuto "il dubbio che l'affermazione di una responsabilità del medico verso il nato aprirebbe, per coerenza, la strada ad una analoga responsabilità della stessa madre, che nelle circostanze contemplate dall'art. 6 legge 194/1978, benché correttamente informata, abbia portato a termine la gravidanza: dato che riconoscere il diritto di non nascere malati comporterebbe, quali simmetrico termine del rapporto giuridico, l'obbligo della madre di abortire".

Ricordano infine le Sezioni Unite il rischio di una "reificazione dell'uomo, la cui vita verrebbe ad essere apprezzabile in ragione dell'integrità psico-fisica con il rischio evidente di una deriva "eugenica"".

Come si è ricordato in premesse, l'estensore della sentenza non coincide, come normalmente avviene, con il relatore, evidente segno che il Collegio si è diviso sulla decisione ed il relatore è stato messo in minoranza, sicchè la stesura della sentenza è stata affidata ad altro componente del Collegio.

Se poi si osserva che il Procuratore Generale aveva concluso per il rigetto del ricorso, sembra potersi concludere che il dissenso è avvenuto sulla prima parte della sentenza, relativa alla questione dell'onere probatorio. Se infatti sul punto fosse stata confermata la decisione della Corte d'Appello di Firenze, il ricorso sarebbe stato semplicemente rigettato.

Le Sezioni Unite, viceversa, con le motivazioni sopraricordate, hanno ritenuto di censurare l'impugnata sentenza in quanto avrebbe omesso di prendere in considerazione la possibilità di una prova presuntiva, in concreto desumibile dai fatti allegati ed ha quindi rinviato la causa alla medesima Corte d'Appello, in diversa composizione.

La complessa sentenza riconosce che il precedente contrasto giurisprudenziale nasce da due indirizzi di pensiero di ispirazione anche metagiuridica e che non può prescindere da riflessioni financo di ordine filosofico ed etico-religioso e fa riferimento ad "accese intonazioni polemiche in una pubblicistica ideologicamente schierata in favore o contro la presunzione juris et de jure di preferibilità della vita, per quanto malata". Crediamo che, per ciò stesso, questa decisione difficilmente possa chiudere sia le problematiche espresse che quelle sottese, molto probabilmente costituisce un semplice, seppur importante, capitolo del dibattito civile e giurisprudenziale.

Renzo Menoni

Il danno da nascita malformata: la Cassazione 'riscopre' Carnelutti

1. Il tema della nascita indesiderata è uno dei più affascinanti e controversi nell'ambito del biodiritto. Le sue varianti fenomeniche sono numerose: alcune di queste ipotesi appaiono ormai saldamente 'assestate' dal punto di vista dei modelli di risarcimento, altre sollevano effettivamente interrogativi "terribili" al giurista e al giudice, chiedendo opzioni interpretative e inquadramenti concettuali che si pongono su linee estreme di compatibilità e di coerenza rispetto alla razionalità giuridica: la vita può essere considerata un danno in sé, vale a dire anche se l'alternativa sarebbe la "non-vita"? E' possibile concepire un diritto di non nascere (in determinate e gravi condizioni patologiche e invalidanti), e verso chi potrebbe essere fatta valere la sua violazione? Quali linee di raccordo un diritto del genere potrebbe trovare con la disciplina legislativa (da noi vigente) in tema di interruzione volontaria della gravidanza, e con la facoltà (riconosciuta fondamentalmente alla madre) di abortire (ma anche di non farlo) in presenza di particolari condizioni giustificative?

La drammaticità della questione, quasi 'intrattabile' sul piano etico, è espressa con grande efficacia nelle parole di E. Picker (2004, p. 12): "un bambino può essere qualificato direttamente o anche indirettamente come un danno? [...] l'essere-così di una vita menomata, posto a confronto con non-essere (inteso come alternativa obbligata), può venire interpretato come condizione più svantaggiosa e quindi come un danno?"

Il problema dunque, è quello di una potenziale richiesta risarcitoria dei genitori nei confronti dei medici, e dello stesso bambino anche nei confronti dei suoi genitori (oltre che dei medici), per la sola circostanza di averlo fatto nascere in condizioni così menomate; questo elemento introduce una sorta di spartiacque nella fenomenologia della nascita indesiderata, differenziando due specifici torts: di wrongful birth e di wrongful life¹.

Il recente intervento della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite (n. 25767 del 22 settembre 2015) ha riguardato proprio questa seconda ipotesi, individuabile in modo netto rispetto ad altri casi in cui si ammette abbastanza pacificamente che un bambino possa agire in giudizio, anche contro i propri genitori, per comportamenti o atteggiamenti che hanno causato un danno collegato in senso effettuale alla nascita, ma da essa distinto. In tali diverse situazioni, il bambino sarebbe nato sano, senza la condotta colposa e sconsiderata della madre o dell'altro genitore, e pertanto l'alternativa non è tra una vita malata e una non vita, bensì tra una vita malata ed una sana².

2. Il problema affrontato dal Supremo Giudice della legittimità è esploso negli ultimi anni, manifestandosi in un contrasto tra alcune sezioni civili della Corte. Ma ha da noi un suo antecedente molto più lontano nel tempo: una grande questione di biodiritto, quando ancora non esistevano il 'nome' biodiritto (e nemmeno quello di 'bioetica', come è noto risalente ad un libro di Van Rensselaer Potter del 1971:

1 Come rileva Casonato (2004, p. 9), Il primo caso descrive una situazione in cui i genitori di un bimbo nato disabile attribuiscono al medico la responsabilità di non averli sufficientemente informati riguardo alle anomalie del nascituro; anomalie che li avrebbero indotti ad abortirlo o a non concepirlo affatto. Il risarcimento si collega tipicamente ai costi aggiuntivi economici e morali legati alla disabilità del bambino. Nel secondo caso, invece, è il bimbo stesso ad accusare i medici o i genitori di avergli permesso di nascere in condizioni menomate. Il risarcimento, in questo caso, si riferisce direttamente al danno subito dal bambino a motivo della costrizione a vivere una vita in condizioni di disabilità.

2 La casistica è assai varia: dalla responsabilità della madre che produce danni al figlio per abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti durante la gravidanza (celebre il caso Grodin v. Grodin, esaminato dalla Corte d'Appello del Michigan nel 1980; al famoso caso della minore eredoluetica cui il Tribunale di Piacenza riconobbe nel 1950 (sent. 31 luglio 1950, in Foro It., 1951, I, col. 987 ss., con nota di ELIA, Responsabilità del genitore verso il figlio eredoluetico?, ivi; v. altresì PUGLIESE, Responsabilità morale e responsabilità giuridica per la procreazione di figli eredoluetici, in Iustitia, 1953, 26 ss.) il diritto al risarcimento del danno nei confronti dei propri genitori per il fatto stesso del suo concepimento, perché "il trasmettere attraverso la generazione, quando la causalità come nel caso è dimostrata, una condizione morbosa, .., è fatto contrario al diritto [...] né è difficoltà a così ritenere la circostanza che l'azione non si rivolga contro un soggetto di diritto già esistente, ma si compia nell'atto stesso di dare vita al futuro soggetto del diritto"; fino al tentativo -respinto dalla Corte in quella fattispecie- di un ragazzo, nel caso Zepeda v. Zepeda (Corte d'Appello dell'Illinois, 1963), di vedersi riconoscere il danno derivante dal fatto che l'abbandono della madre da parte del padre naturale lo aveva privato del suo diritto "to be a legittimate child, to have a nromal home, to have a legal father, to inherit from his father, to inherit from his parental ancestors and for being stigmatized as a bastard" (su questi casi, v. PINNA, 2005, p. 5).

"Bioethics: bridge to the future").

In fondo, è una conferma che i temi biogiuridici nascono nei tribunali, a partire dai casi, dalle rivendicazioni drammatiche di soggetti che non possono che rivolgersi all'unica risorsa del diritto che non può mai declinare il suo intervento: il giudice, che quando non trova una norma specifica per risolvere un caso, ha a disposizione tutta una serie di strumenti attraverso cui l'interpretazione diventa momento di costruzione del diritto, fino al ricorso ai principi generali del diritto, che oggi sono anche i principi costituzionali, le norme del diritto europeo (unitario e convenzionale), le sentenze della Corte EDU.

Mi riferisco al caso, affrontato dal Tribunale di Piacenza nel 1950, di responsabilità per fatto illecito di un genitore che trasmette al figlio, attraverso il concepimento, una grave malattia ereditaria della cui esistenza era consapevole. Sulla vicenda del minore eredoluetico scrissero i più grandi giuristi del tempo (Rescigno, Elia, Lener, Carnelutti). Soprattutto l'ultimo, in una brevissima nota, spiegava l'incoerenza della situazione processuale rispetto alla teoria del danno, affermando: "Senza l'inadempimento il preteso danneggiato anziché più avrebbe meno di quello che ha perché non avrebbe, anzi non sarebbe nulla [...]" (1951, p. 990).

3. Quel caso è rimasto per molti anni isolato, quasi per il timore di aprire un incontenibile 'vaso di pandora' del ragionamento giuridico.

In generale, comunque, anche fuori dall'Italia, la domanda sulla praticabilità di una wrongful life action ha per lo più ricevuto risposte negative.

In Germania, resta determinante la posizione del BGHZ (Bundesgerichtshof -Corte di Giustizia Federale), che nella decisione 86-204, in un caso di rosolia della donna nelle prime settimane di gestazione non diagnosticata dal medico per negligenza, da un lato ha accolto la domanda di risarcimento avanzata dai genitori utilizzando la categoria della responsabilità contrattuale del sanitario e della struttura di riferimento, e valutando soprattutto la perdita economica che deriva ai genitori in conseguenza dell'obbligo di provvedere al mantenimento del bambino (in questo superando la nota posizione del BVG sulla non qualificabilità giuridica dell'esistenza del bambino come fonte di danno alla luce del principio costituzionale della dignità umana), dall'altro ha respinto l'azione risarcitoria del bambino, sostenendo, nel quadro di una motivazione attraver-

sata da un senso di insufficienza della razionalità giuridica rispetto a questi eventi, che l'ordinamento giuridico si fonda sulla garanzia inderogabile della integrità umana, della vita come "assolutamente degna di essere preservata" (sulla sentenza, v. Picker, 2004, p. 24 ss.), e che "L'uomo deve accogliere in via di principio la propria vita così come essa è stata plasmata dalla natura, e non ha alcun diritto di impedire il suo sviluppo o di annientarla attraverso altri. Se alla madre -e soltanto ad essa- viene concessa nonostante tutto tale facoltà, ciò tuttavia non fa nascere alcun diritto del bambino, anche nei confronti della madre alla non-esistenza".

Conclusioni analoghe sono state più volte ribadite dalle Corti statunitensi, conformandosi al Congenital Disabilities Act del 1976 che esclude espressamente l'esperibilità delle wrongful life actions per i nati dopo il 1976. Ad esempio, nel celebre caso Gleitman v. Cosgrove (1967), la Corte Suprema del New Jersey fa suo il cd. non-existence paradox, in base al quale "Since the propose of tort law is to restore the victim to his former state, tort law was insufficient in wrongful life suits: damages are impossible to calculate because the standard of comparison is flawed existence as compared to non-existence" [in termini, v. BURNS, 2003, p. 811; e, anche per gli altri casi di diniego di wrongful life actions da parte di bambini malformati, CAREY, 2005, p. 1 ss.]

Nell'esperienza francese, com'è noto, ha avuto un impatto deflagrante l'arrêt Perruche (Corte di Cass., sed. Plen., 17 novembre 2000), in cui per la prima volta il bambino affetto da handicap a causa di una rosolia non diagnosticata alla madre durante la gravidanza era ammesso a chiedere il risarcimento del pregiudizio risultante da questo handicap e causato dagli errori riconosciuti del medico. Questa controversa 'apertura' è stata poi 'bloccata' dall'approvazione della legge Kouchner "sui diritti dei malati e sulla qualità del sistema sanitario" (legge 4 marzo 2002, n. 303), il cui primo articolo sancisce perentoriamente -e retroattivamente- che " nul ne peut se prévaloir d'un prejudice du seul fait de sa naissance " [sul tema, v. PICIOCCHI, 2001, p. 677 ss., e soprattutto CAYLA-THOMAS, 2004, passim].

Com'è noto, questa legge è stata giudicata contraria alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e del cittadino da due sentenze della Corte Edu (n. 11810 e 1513 del 2003, Maurice v. France e Draon v. France), sebbene limitatamente al profilo della sua efficacia retroattiva, ritenuta incompatibile con il principio (ex art. 1 del protocollo n. 1) del pacifico godimento della proprietà privata, che comprende anche i crediti, e, tra questi, le pretese giu-

ridiche al risarcimento dei danni. Il merito delle scelte legislative viene invece 'salvato' dalla Corte europea, che rinvia alla discrezionalità dei legislatori nazionali il compito di definire bilanciamenti così eticamente complicati e basilari per le concezioni della vita e della società [sul punto, v. VIOLINI, 2005].

4. Anche la posizione della giurisprudenza italiana si è mantenuta su questi binari interpretativi, come si è visto dominanti nel diritto comparato, confermando una posizione di chiusura nei confronti delle azioni risarcitorie intentate dai bambini nati malformati (o dai loro genitori), e basate 'direttamente' sul fatto stesso della nascita come evento in sé dannoso.

Emblematica, anche per la ricchezza dell'impostazione argomentativa, la sentenza della Cass. Civ., III sez., 29 luglio 2004, n. 14488 (in Fam. Dir., 2004, p. 559 ss.; ma v. più recentemente, Cass. 10741/2009).

La Suprema Corte affronta subito il problema della configurabilità di un "diritto del nascituro a nascere sano o a non nascere affatto", rivendicato dai ricorrenti sulla base del combinato disposto degli artt. 2 e 32 Cost., ammettendo che se ne possa parlare, ma solo in chiave positiva e non negativa. In altre parole, "il diritto a nascere sani significa solo che, sotto il profilo privatistico della responsabilità contrattuale, extracontrattuale, e da "contatto sociale", nessuno può procurare al nascituro lesioni o malattie (con comportamento omissivo o commissivo colposo o doloso), e, sotto il profilo -in senso latopubblicistico, che siano predisposti quegli istituti normativi o quelle strutture di tutela, di cura e di assistenza della maternità, idonei a garantire, nell'ambito delle umane possibilità, la nascita sana. Non significa invece, come ritengono i ricorrenti, che il feto che presenti gravi anomalie genetiche, non deve essere lasciato nascere".

E' questo un punto centrale nel ragionamento del Giudice di legittimità, che si salda con la struttura della legislazione sull'interruzione volontaria della gravidanza, che per un verso non consente di obbligare una donna a scegliere di abortire, per altro verso, nel definire i presupposti per l'IVG non lascia spazio ad alcun automatismo tra la presenza di malformazioni genetiche nel feto e la decisione di non portare avanti la gravidanza, proprio alla luce dell'inesistenza dell'aborto eugenetico; e questo, anche se la l. 194/78 ammette che la presenza di anomalie o malformazioni del nascituro possa gravemente influire sulla salute psichica della donna.

Nella valutazione della Cassazione, la questione del "diritto di non nascere se non sano", "ha un notevole impatto emotivo, ma scarsa consistenza giuridica, poiché mentre per i genitori l'inadempimento (esclusivamente diagnostico-informativo, giacchè altre sarebbero le conclusioni nell'ipotesi in cui la malformazione del nascituro fosse addebitabile al comportamento omissivo o commissivo) del medico ha dato origine alla seguenza causale, passata attraverso la non possibilità di autodeterminazione della donna all'aborto nelle condizioni previste dalla legge, che si conclude con l'avere un figlio malformato (e quindi l'evento finale è la genitorialità non voluta), per il concepito malformato l'evento finale della seguenza causale si pone in maniera differente rispetto ai genitori e consiste nella sua vita non voluta (sia pure perché non sana) [...]".

Un simile diritto contrasta con l'immagine complessiva di un ordinamento che tutela la vita, ed evidenzia altresì una intima contraddizione, ponendosi alla stregua di un diritto 'adespota', in quanto "Fino alla nascita non avrebbe un soggetto titolare dello stesso e con la nascita detto "diritto di non nascere" sarebbe definitivamente scomparso".

Le suggestioni della giurisprudenza straniera si ritrovano poi nella utilizzazione che la Suprema Corte fa del paradosso della non esistenza. Anche per la Corte di Cassazione, "Il danno è sempre una perdita ovvero una diminuzione rispetto ad uno stato anteriore, che il risarcimento deve in qualche modo reintegrare. L'omessa o errata informazione non ha apportato per il concepito una posizione peggiore rispetto a quella che precedeva l'inadempimento informativo da parte del medico nei confronti della gestante [...] Né questo danno può essere ritenuto ponendo a comparazione la vita malata con quella sana, proprio perché quest'ultima non ci sarebbe stata, e neppure la vita, per quanto malata, con la non nascita (o morte del concepito), che costituisce perdita assoluta".

Invero, in un arresto più recente (2012), la Corte di Cassazione aveva 'revisited' l'impostazione argomentativa delle precedenti sentenze, approdando a conclusioni diverse, che vanno nel senso dell'ammissibilità di un risarcimento del danno da nascita malformata in favore direttamente del neonato, anche quando non ci sarebbe alcuna possibilità di alternativa diversa dalla 'non nascita'.

Secondo questo indirizzo, va "sgombrato il campo dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione "diritto a non nascere se non sano", e ricondotta la vi-

cenda alla sua più corretta dimensione giuridica, (di talché) il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire il giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto...". Il punto giuridicamente nodale è un altro: "Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsoali durante il concepimento non fa. pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico, la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita".

5. Questo è il contrasto che ha richiesto l'intervento delle Sezioni Unite, che qui si commenta.

Un intervento deciso, che accoglie la tesi della non ammissibilità dell'azione risarcitoria del bambino per il fatto stesso di essere nato: la 'non-vita' non può costituire un elemento di comparazione; semplicemente non è 'nulla', e il danno invece è necessariamente un 'avere di meno'.

Per il Supremo Collegio della nomofilachia, "il supposto interesse a non nascere ... mette in scacco il concetto stesso di danno. [...] la non vita non può essere un bene della vita Tanto meno può esserlo, per il nato, retrospettivamente, l'omessa distruzione della propria vita (in fieri), che è il bene per eccellenza, al vertice della scala assiologica dell'ordinamento". Qui è una contraddizione insuperabile, in quanto "il danno riuscirebbe pertanto legato alla stessa vita del bambino; e l'assenza di danno alla sua morte [..] il supposto interesse a non nascere, ..., mette in scacco il concetto stesso di danno (la Corte parla di "visione pan-risarcitoria dalle prospettive inquietanti"). Tanto più che di esso si farebbero interpreti unilaterali i genitori nell'attribuire alla volontà del nascituro il rifiuto di una vita segnata dalla

Cambiando prospettiva, gli stessi genitori (e soprattutto la madre) finirebbero –come segnala il Supremo Giudice- con l'essere investiti da una ipotesi risarcitoria costruita intorno al preteso diritto di non nascere. Ne dovrebbe derivare infatti, conseguenza che contraddice però precise scelte dell'ordinamento giuridico (anche di livello costituzionale), una sorta di

'obbligo giuridico di abortire' della madre correttamente informata della malformazione o anche semplicemente del rischio del suo verificarsi.

La vita come 'bene supremo dell'ordinamento', come 'presupposto stesso del diritto': questo è il paradigma costituzionale che la Corte di Cassazione ritiene doverosamente di adottare. Dentro questa trama, implicita ma non meno fondamentale sul piano costituzionale, non è configurabile un 'diritto alla non - vita', "allo stesso modo in cui non sarebbe configurabile un diritto al suicidio, tutelabile contro chi cerchi di impedirlo". Il rischio, che la Cassazione intravvede, è quello di una oggettiva 'deriva eugenica', in cui la malformazione, l'anomalia, diventa in sé un danno, l'emblema (inaccettabile) di un minor valore della vita.

E' una Corte consapevole degli orientamenti giurisprudenziali di altri Paesi. Anzi, li usa per confermare la sua impostazione argomentativa. Un altro esempio (sempre sui temi biogiuridici: v. la decisione sul caso Englaro) di un diritto 'globale', che si forma non solo per effetto di vincoli giuridici formali (come per le sentenze della Corte EDU, gli altri obblighi internazionali, il diritto comunitario), ma come conseguenza di un dialogo culturale, di una circolazione spontanea di argomenti giuridici, su temi che evidentemente hanno una dimensione sempre più 'a-territoriale'³.

E' ancora presto per dire che siamo agli albori di un diritto intercostituzionale (e intergiurisprudenziale) "al servizio dell'uomo, dei suoi bisogni elementari, della sua dignità"⁴: anche perché si tratta di una tendenza molto contrastata, non solo a livello culturale⁵.

Di certo però, appare chiaro che come si nasce, come si muore, altri temi simili, producono domande, percezioni, modi di pensare, rivendicazioni e problemi, che alla fine tendono a convergere e ad attraversare i confini 'nazionali' della strumen-

3 v. G. DE VERGOTTINI, Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione, Bologna, 2010.

tazione giuridica e delle risorse sociali e culturali.

Dal mio punto di vista, lo scambio di modelli argomentativi, di proposte di soluzione dei problemi pratici, capire quali relazioni razionali vi siano tra il caso che dobbiamo decidere o impostare e il modo in cui casi simili sono stati risolti in altre parti del mondo, non deve allora sorprendere né apparire pericoloso, per il semplice fatto che un tale schema è 'naturalmente coessenziale' al fenomeno giuridico come 'argumentative discipline'⁶.

Alla fine, resta il dramma esistenziale di queste situazioni, l'effettiva e pesantissima riduzione della qualità della vita

6 Vedi F. VIOLA, *Diritti umani e globalizzazione del dirit*to, Napoli, 2009. di queste persone (e delle loro famiglie), rispetto alle quali un disincentivo alla 'giurisdizionalizzazione' potrebbe venire da una scelta politico-legislativa forte nel senso della 'socializzazione' di questi problemi, e dell'adeguamento rispetto ad essi dei meccanismi dello Stato sociale.

Appare importante, in questo senso, proprio un passaggio della Suprema Corte, quando i Giudici di legittimità esprimono l'auspicio che "la penosità delle difficoltà cui il nato andrà incontro nel corso della sua esistenza", possa essere compensata "mediante interventi di sostegno affidati alla solidarietà generale".

Ancora una volta, la Costituzione, agli artt. 2 e 38, può offrire una traccia significativa di quello che dovrebbe essere un diritto orientato al bene comune e alla tutela della dignità umana.

Antonio D'Aloia



⁴ A. RUGGERI, Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale, in Rivista AIC, n. 1/2011, 12.

⁵ Una posizione critica su questo fenomeno dello 'scambio transnazionale di diritti umani' o di pratiche interpretative intorno ai medesimi, è espressa da P. CAROZZA, Il traffico dei diritti umani nell'età postmoderna, in L. ANTONINI (a cura di), Il traffico dei diritti insaziabili, Milano, 2007, 89 ss., secondo cui "... si tratta di un mercato affetto da amnesia storica e culturale. La circolazione dei diritti umani si svolge senza alcun riferimento reale al modo in cui la dignità umana e il bene comune sono stati ricostruiti e realizzati in concreto nelle diverse civiltà nel corso della storia... Si tratta di un mercato di ideo logie, e non di ideali. [...] privilegia preferenze culturali e politiche altamente contingenti rispetto alla genuina esperienza umana"...

PER UNA CULTURA ARBITRALE E DELL'ARBITRATO

Già qualche anno fa avevo coltivato l'idea di costituire un gruppo di studio e lavoro, da riversarsi poi in una associazione stabile, che affrontasse quella che avevo genericamente definito "cultura arbitrale e dell'arbitrato".

Con ciò intendendo riunire colleghi, o professionisti in genere, interessati a scoprire e coltivare sia un interesse professionale specifico riguardo la risoluzione delle controversie attraverso l'arbitrato, sia l'approfondimento delle problematiche, difficili e complesse, che occupano questo istituto, a lungo affossato, nella storia del processo civile del XX secolo, ma destinato a tornare, come già sta verificandosi, alla ribalta, in vari settori.

È utile ed interessante ricordare che nel "Codice di Processura Civile per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla" licenziato da Maria Luigia nel 1820, l'articolo primo recitava: "Le controversie si decidono o da arbitri, o da giudici: gli arbitri sono scelti dalle parti, i giudici dalla Sovrana Autorità", ed il titolo primo del libro primo del Codice anzidetto si occupava "Degli arbitri", per comprendere quale importanza avesse, allora, la possibilità per i cittadini di ricorrere alla giustizia privata, e quale sorta di evidenza ed incentivazione venisse attribuita a detta possibilità, che costituiva lo strumento popolare maggiormente ricorrente per la risoluzione delle liti di diritto privato.

Negli ultimi tempi, ancorché detto istituto sia relegato in coda al codice di procedura civile, è stato oggetto di significativi interventi legislativi e giurisprudenziali, che hanno recepito l'humus dell'autonomia privata, nella quale si radica la scelta operata, sempre più, dalle parti di rivolgersi agli arbitri, piuttosto che non al giudice togato, per decidere le controversie.

La convenzione arbitrale è ormai collocata, a giusto titolo, nell'ambito delle categorie dei negozi giuridici, sia con riguardo ai requisiti dell'accordo, sia, soprattutto, con riguardo alla autonomia della clausola compromissoria, che rende detta pattuizione valida ed efficace, ancorché venga dichiarata l'in-

validità del contratto a cui accede.

Il giudice privato non può, infatti, vedere paralizzato il proprio potere di esaminare il merito di una controversia, per il solo fatto che sia dedotta l'invalidità dell'accordo che contiene, fra le altre, la clausola arbitrale; fatto ovviamente salvo il caso in cui sia accertato che l'eventuale vizio infici, oltre all'accordo, la clausola compromissoria stessa.

Senza poi considerare l'invero ingente produzione legislativa che ha potenziato gli istituti di ricorso alla giustizia privata, delegando ai privati un primo ed iniziale *ius decidendi*, onde contribuire all'intero funzionamento della macchina della giustizia, ed ha orientato quel movimento pendolare dei rapporti tra le procedure arbitrali e la giurisdizione ordinaria, che, per l'appunto, oscilla dal distacco massimo all'inglobamento nel diritto statuale.

Oggi, le spinte più forti verso il pluralismo delle tecniche di risoluzione delle controversie, in cui viene scelto di esaltare la libertà dei privati, sono postulate dall'esigenza delle dimensioni internazionali assunte dai commerci. Così si è pervenuti al riconoscimento dell'autonomia organizzativa, e quindi all'autonomia astatuale che, pur coi superiori vincoli di garanzia e controllo, costituisce un'apertura da saper cogliere, nel giusto contesto di indispensabile professionalità.

Ma siffatta autonomia privata, sarebbe indubbiamente sterile, ove non fosse accompagnata dalla equiparazione *quoad effectum* del lodo arbitrale alla sentenza giudiziale.

E in questo senso, il percorso è stato, ed è ancora, lungo e faticoso, poiché non si deve credere che sia semplice, da parte del giudice ordinario, abdicare allo ius iudicandi. Il fondamento costituzionale dell'arbitrato è stato però reinterpretato alla luce dell'art. 111 della Costituzione nella sua nuova formulazione, perché, se è vero che l'art. 111 Cost. si riferisce alla tutela erogata dallo Stato, non sono escluse altre forme di tutela alle quali lo Stato è disposto a dare rilevanza giuridica, nella misura

in cui siano rispettose dei principi indeclinabili fissati dalla stessa Carta Costituzionale.

Gli interventi, ormai numerosi, di cui si cennava, ove il legislatore rinvia alle procedure arbitrali e nei quali l'alterna giurisprudenza riconosce merito e qualità all'attività giurisdizionale privata, testimoniamo quindi sia il superamento del monopolio della giustizia togata, sia il credito di cui l'arbitrato è tornato a godere, a livello istituzionale e nell'ambito della società civile.

Il vero problema che però si pone e che occorre chiaramente e pubblicamente evidenziare e denunciare, consiste nella rispondenza tra l'opportunità di ricorrere all'arbitrato ed il risultato delle procedure adite in termini di efficienza, preparazione professionale, correttezza, celerità, costi, qualità e credibilità del lodo, imparzialità e neutralità degli arbitri.

Questi aspetti costituiscono, in realtà, i momenti realmente critici dell'arbitrato, sui quali è richiesto un arresto per effettuare le riflessioni che pertengono, come indicavo all'inizio di questo scritto, alla "cultura arbitrale e dell'arbitrato".

L'esercizio della funzione giurisdizionale, delegata ai privati cittadini non è infatti scelta che possa essere effettuata a cuor leggero, ancorché sussista la possibilità di impugnare il lodo dinnanzi agli organi giurisdizionali, trattandosi, pur sempre, di funzione fondamentale delegata da uno dei tre poteri statutali, quello giurisdizionale, ad opera del potere legislativo.

Affidarsi, nel momento in cui le parti stipulano un contratto avente importanti e fondamentali risvolti economici, a qualunque livello, alla scelta del giudice privato, anziché al giudice togato, è decisione gravosa ed impegnativa, poiché coinvolge la valutazione di diverse circostanze legate alla qualità, al tempo, ai costi, alla garanzia di professionalità.

Nei contratti c.d. di SPA (Share Purchase Agreement), ovvero di cessione di partecipazioni societarie, secondo la prassi desunta da quel diritto sovrannazionale non scritto, che va sotto il nome di lex mercatoria, la clausola compromissoria è spesso relegata, nel più ampio coacervo di pattuizioni impegnative e pericolose, a "midnight clause", ovvero alla clausola che si stipula a mezza-

notte, alla fine di tutto, clausola valutata dunque di scarsissima importanza, mentre si tratta di pattuizione di tutto riguardo, per i risvolti che potrà assumere nella fase funzionale del contratto.

Stabilire, infatti, se scegliere di litigare dinnanzi al giudice ordinario o privato, e chi, in questa seconda ipotesi, debba essere a nominare l'arbitro, quali siano le regole procedimentali da individuare, la legge applicabile (si pensi alla stipula di un contratto tra contraenti di diverse nazionalità) e la lingua dell'arbitrato, non sono certo scelte di cui trascurare la portata e le conseguenze.

Nelle esperienze in materia, non sono mancati episodi scoraggianti, prevalentemente determinati dalla nomina di arbitri inadeguati, da parte anche di disattenta Autorità a ciò preposta, e dalla mancanza di coscienza e di umiltà, da parte del nominato, a declinare garbatamente l'incarico.

Ciò poiché il primo e fondamentale requisito, per poter ricoprire la carica di arbitro a pieno titolo, è quello della preparazione professionale specifica. Il resto viene dopo, pur mantenendo altrettanta soverchia importanza.

La preparazione professionale specifica è, sicuramente, quella relativa alla approfondita e sperimentata conoscenza delle norme procedurali e dei principi fondamentali che regolano il processo civile.

Alle più specifiche conoscenze del diritto sostanziale, circa il tema dedotto in controversia arbitrale, potrà anche porsi rimedio successivo, attraverso migliore studio dell'istituto di cui trattasi, ma alla previa conoscenza del complesso ed articolato motore processuale non si può rimediare postumamente.

Così, nella esperienza professionale, ho dovuto richiedere pareri pro veritate per spiegare all'arbitro cosa fosse una domanda riconvenzionale, o la mutatio libelli o, ancora, per illustrare il principio del ne bis in idem, senza parlare di altre numerose vicende legate alle motivazioni sopra enunciate.

Recentemente, in una procedura disciplinare, affidata a giudici privati, alla quale si applicano le norme del codice di procedura civile, il Collegio Giudicante ha preso atto dell'assenza giustificata dell'incolpato, licenziando il suo legale, ma ha, poi, sentito, nella stessa udienza, la parte denunciante, assistita dal suo avvocato, il quale ha verbalizzato le proprie risposte in vece del cliente; allorquando, appresa la notizia, l'incolpato ha chiesto copia del verbale di quella parte di udienza e delle relative produzioni, il Collegio ha richiesto la presentazione di un'istanza formale e motivata; quindi ha emesso un'ordinanza nella quale, preso atto della legittimità della richiesta, ha fornito, per graziosa concessione e coi propri tempi, copia del verbale e dei documenti prodotti. Tutto ciò con buona pace del diritto di difesa e del principio del contraddittorio, che sono, in ogni procedimento sia di giustizia privata che pubblica, i principi guida da osservare scrupolosamente.

E se, in teoria, parrebbe così semplice il loro rispetto, in pratica basterà andare a considerare quanti lodi vengono annullati, dalle Corti di Appello, per detti motivi, per capacitarsi come sia più facile di quanto non possa ritenersi, uscire dal seminato.

Alla indispensabile ed assorbente adeguata preparazione professionale, nel senso anzidetto, una confacente cultura dell'arbitrato postula il rispetto di rigorose norme etiche che, ancorché sanzionate, tanto gravemente quanto giustificatamente, dalla disposizione di cui all'art. 61 del Codice Deontologico, necessitano di qualche più specifica precisazione, poiché se l'impreparazione professionale è già violazione genericamente sanzionata dal nostro Codice Deontologico (art. 14 Codice Deontologico), l'autonomia, l'indipendenza e la neutralità nell'adempimento del mandato arbitrale, costituiscono il fulcro centrale di ogni lodo che sia reso nell'interesse della giustizia, idoneo a rafforzare la credibilità dell'istituto e, diciamolo pure, a dare conforto all'immaagine di una professione che sta subendo non pochi attacchi dal mondo civile e dalle pronunce giudiziali.

Un lodo che possa definirsi obiettivo, postula, oltre alla indipendenza ed autonomia dell'arbitro, che viene in un certo senso garantita dalla dichiarazione di disclosure che costui deve rendere nel momento in cui accetta l'incarico, anche dalla sua neutralità rispetto alle parti; requisito, questo, più difficile e complesso da gestirsi, affondando le radici nell'intimo di ogni uomo, ed estrinsecandosi in simpatie o antipatie che ripescano nei più svariati fattori: frequentazioni sociali, credenze religiose o politiche, appartenenze sportive, ovvero quanto può emotivamente inci-

dere su una decisione che, pur rifacendosi alla norma positiva, presenta quasi sempre margini di interpretazione che lasciano spazio ad una discrezionalità di convincimento, che dovrebbe poggiare espressamente sulla neutralità.

Da qui la necessità della formazione ed implementazione di una cultura più ampia dell'istituto, onde garantirne ed accrescerne lo sviluppo abbisognandosi, per certo, di arbitri preparati, autonomi, indipendenti e neutrali. Così come necessitano organi deputati alla loro nomina che pongano dovuta attenzione nella scelta dei professionisti adeguati ad assolvere tale delicato ruolo (si pensi che ormai, molte Camere Arbitrali motivano la delibera di nomina dell'arbitrato, che, talvolta viene resa subito nota, ed altre volte può essere resa nota, a richiesta delle parti). Quindi occorrono avvocati che, nel giusto contesto, sappiano quidare il cliente alla redazione e sottoscrizione della clausola compromissoria, e alla gestione di un procedimento in cui l'esigenza di giustizia, affidata ai privati, dovrebbe dare prova e garanzia di affidabilità e di eccellenza del prodotto. Avvocati consapevoli dell'importanza della delicata funzione svolta da chi ritiene di poter accettare un mandato che implica diverse considerazioni, troppo spesso trascurate. Tutto nel rispetto assoluto ed imprescindibile dei principi fondamentali del giusto processo e di quanto vi ruota attorno.

Nella notte dei tempi, Piero Calamandrei suggeriva che i giudici avrebbero dovuto fare, ogni anno, per tre mesi, gli avvocati, e viceversa, questo per la reciproca comprensione dei ruoli e delle rispettive difficoltà; si trattava di previsione lungimirante, che potrebbe veramente realizzarsi attraverso l'implementazione della cultura arbitrale e dell'arbitrato, strumento che ove adeguatamente divulgato, impiegato e gestito, è idoneo a costituire ottimale strumento di cooperazione fiduciaria tra avvocati e magistrati, per conseguire, assieme e collaborando, il superiore interesse del funzionamento della giustizia, di cui ogni cittadino ha urgente indifferibile necessità.

Fulvio Villa

Promozione in Cassazione (ottobre 1989)

Casella mio, per tornar altra volta Là dove son, fo io questo viaggio

Il giudice Bonfiglio era giunto a pomeriggio inoltrato nella capitale per prendere possesso del nuovo posto assegnatogli, a sua domanda, alla Corte Suprema di Cassazione.

Si era accompagnato ad un collega, proveniente dalla sua stessa città, ma anziano della Corte, in modo da avere una guida che, attraverso i meandri dell'immenso palazzo di giustizia, lo indirizzasse all'ufficio di destinazione.

Con un'auto dell'ufficio che, su richiesta del collega, li attendeva alla stazione, giunsero in breve al palazzo.

Il giudice anziano si diresse subito al suo ufficio ove, a suo dire, doveva urgentemente consultare atti processuali per l'udienza del giorno seguente ed esortò il giovane collega a fare il giro del palazzo per reperire la sezione che gli era stata assegnata.

Anche per non apparire eccessivamente impacciato, il nuovo arrivato si inoltrò nel labirinto di corridoi senza fine, illuminati a malapena da specie di lucerne pendenti, rade, come immense lampade votive, dagli altissimi soffitti. Possenti pilastri terminavano a soffitto in cariatidi mammellute, incombenti,

plastiche e in grande rilievo, a sostegno degli architravi. Ai piani superiori, immensi corridoi, ove già cominciava a diffondersi l'oscurità della sera, si aprivano su un grande, squadrato cortile interno dal quale emergeva, antichissimo totem dimenticato, ma sempre incombente come atavico retaggio di un inconscio collettivo, una immensa statua della giustizia, assisa in trono, la cui testa massiccia di donna, resa ancor più plastica e inquietante dalla vaga oscurità che l'avvolgeva, dominava tutto il piano superiore del faraonico palazzo.

Sul corridoio davano immense aperture squadrate, chiuse da nere porte possenti, al cui lato era scolpita in lettere verniciate in oro la funzione che vi si svolgeva: "Sezione I^ civile...Sezione II^ civile....Primo Presidente....Segretario Generale....Procuratore Generale....Sezione I^ penale.... Sezione II^ penale.... Sostituti Procuratori Generali......".

Il giudice Bonfiglio percorse il corridoio fino in fondo alla ricerca della sua sezione. Tutto era chiuso e oscuro e sempre quell'immensa testa della Giustizia lo accompagnava di lato. Giunto al termine, prese il corridoio di sinistra e venne a trovarsi proprio a cospetto della divinità che lo guardava come una sfinge dalle labbra tumide, il naso ritto tra le gote carnose, il capo sormontato da una grande corona ferrea puntuta. Percorse anche

questo corridoio fino a metà inoltrandosi poi in un altro più piccolo che si apriva sulla destra, ma terminava su un'ampia terrazza da dove, pur affacciandosi, non potè capire in quale ala del palazzo si trovasse. Ritornò, a passi affrettati e con riluttanza al contempo, difronte alla dea Giustizia, unico punto che ormai potesse essere di qualche orientamento, con la sensazione di essersi smarrito e di non riuscire più a ritrovare la via dell'uscita, come se avesse ceduto a un inganno, vittima inconscia, predestinata alla mostruosa divinità. Fu preso dal panico, affrettandosi fino all'affanno ripassò davanti alle possenti porte sbarrate e si accorse che su ognuna di esse campeggiava, come su arcani sepolcri, il nome di antiche vittime sacrificali.

A lato emersero busti, prima non notati, dedicati a venerate autorità sacerdotali: a Enrico Ferri, a Antonio Salandra, a Salvatore Barzilai... Vi era anche chi, sfuggito alla vorace divinità cui era sacro il luogo, era rimasto vittima di altro totem non meno implacabile, meritando così un posto, sia pure leggermente appartato, in quella labirintica corte: Giuseppe Garrone -magistrato e soldato- medaglia d'oro- Col della Berretta- 14 dicembre 1917. Un sentimento di pietà e di tristezza ad un tempo, alla vista di questa vittima, che, appena notata, subito colpiva e inteneriva per il suo aspetto estremamente giovanile e come smarrito, valse a calmarlo e a riportarlo alla coscienza di sè stesso. Guardandosi attorno con maggior attenzione, vide aprirsi sul lato sinistro un piccolo corridoio che nel percorso precedente era passato inosservato; vi si inoltrò e verso la fine notò una debole luce provenire da una stretta finestra e una porta chiusa a lato. Si ricompose cercando di assumere un aspetto dignitoso, si ravviò i capelli con il pettinino di osso che si era portato da casa in una tasca della giacca, cercò nella borsa la cravatta che si era tolta durante il viaggio in treno, se la annodò con gesti febbrili, bussò..." Avanti!" rispose una voce stentorea dall'interno.

Un uomo, un giudice, piccolo, con un grande neo, come una crosta, sulla guancia destra, si alzò da una scrivania sul cui ripiano erano disseminati fogli dattiloscritti.

"Sono il dottor Bonfiglio... il nuovo giudice destinato alla Corte di Cassazione....una matricola della Corte...domani prendo possesso del nuovo posto e così ero venuto a vedere...a presentarmi in anticipo...".

"Bravo, bravo!...vedrai che ti troverai bene.... in questa sezione sono tutti gentiluomini... anche i presidenti sono persone squisite...ti troverai bene...".

"Ecco, vedi...io non ho pratica di questo lavoro, vengo da tutt'altro ufficio...da un tribunale...e penso di trovare qualche difficoltà agli inizi...".

"Non preoccuparti, non preoccuparti che imparerai...certo che il lavoro qui è completamente diverso...tu devi dimenticare il merito...il caso concreto...non devi preoccuparti di chi ha raquardare soltanto la sentenza... controllare soltanto la sentenza...imputata è solo la sentenza...non devi prenderti cura del fatto....certo dovrai distinguere gli errores in procedendo dagli errores in iudicando...per i primi soltanto potrai fare un'indagine sul fatto...però attenzione!...pur sempre limitata agli atti, a quello che risulta dagli atti...i motivi...in definitiva i motivi...tu dovrai sempre partire dai motivi e sulla base di questi prendere in esame la sentenza impugnata.... certo...ci sono poi le questioni rilevabili di ufficio...le questioni di inammissibilità del ricorso, di improcedibilità...il giudicato...noi distinguiamo tra giudicato interno e giudicato esterno...ecco... per farti un esempio....questo è un fascicolo di un ricorso per cassazione...un primo controllo sulla ammissibilità del ricorso tu lo puoi fare subito sulla copertina... vedi questa data?...la devi confrontare con quest'altra...tra le due non devono essere trascorsi più di sessanta giorni...invece, rispetto a quest'altra data non più di venti giorni...ma vedrai che ti troverai bene...ecco...è un mestieraccio, un mestieraccio.... io, come avrai notato dall'accento, sono napoletano, ma vivo a Trieste, dove sono stato giudice del Tribunale, abito a Trieste da più di vent'anni....ecco!...i tuoi fascicoli li troverai nel tuo loculo...scusa sai!...non ti spaventare, ma noi...ecco...chiamiamo così.... loculi....questi scaffali ove vengono messi i fascicoli, la posta di ognuno....Ah!...ecco....un'altra cosa importante!...quando ti prendi le carte e te le porti a casa devi controllare che non manchi qualche pagina...che le dattilografe, nel predisporre le copie degli atti, non abbiano saltato qualche pagina perchè poi tu ti

gione e di chi ha torto...tu devi

trovi a più di cinquecento chilometri di distanza e allora come fai?....Devi portarti a casa meno carte che puoi...a parte che pesano a portarle, ma poi non puoi riempirti la casa di carte... ecco...io, dopo avere depositato la sentenza, le conservo per un pò, ma poi mia moglie comincia a lamentarsi: "Non vorrai riempirmi la casa di tutta questa porcheria!?..." e allora io le getto... tanto si tratta di semplici copie a uso interno, per il relatore, ma vedrai...non ti spaventare...vedrai che ti abituerai...vedrai...è un mestieraccio, un mestieraccio...ti abituerai...".

A un tratto -Dio sa come e perchè- nella mente del giudice Bonfiglio si erano ricollegate varie immagini, vari ricordi che parevano essere appartenuti a un'altra persona, in un tempo Iontano, Iontanissimo, non suo, ma che in realtà gli apparteneva, così come suoi erano i ricordi, quei ricordi, proprio suoi e risalivano al giorno innanzi appena. Come d'incanto, inaspettatamente, gli apparve il posto che aveva lasciato, laggiù, nel Tribunale della sua città, per quello nuovo, da tutti considerato di maggior prestigio, una vera promozione in carriera.

Si vide nel suo ufficio, in quella stanza spaziosa, dall'alto soffitto a volta da cui pendeva un luminosissimo lampadario di cristallo di Murano, il più bello di tutto il palazzo, che egli stesso aveva fatto restaurare e che tutti gli invidiavano e ammiravano....anche Sua Eccellenza, il Presidente della Corte di Appello, quando era venuto in visita al Tribunale, si era fermato davanti alla porta del suo ufficio, che egli aveva lasciato a bell'apposta aperta con il lampadario illuminato ed aveva esclamato con meraviglia :" Ah!...bello!...bello!...".

Egli si vedeva nel suo ufficio, accuratamente ripulito e spolverato ogni giorno dalle donne delle pulizie, seduto alla poltrona di pelle dall'alto schienale cui egli soleva appoggiare la testa quando udiva i testimoni alla presenza degli avvocati, dondolandosi leggermente dietro l'ampia scrivania di mogano, il telefono personale al suo fianco, a portata di mano, a parete le stampe -che egli stesso aveva raccolto e fatto incorniciare- riproducenti grida, sentenze severissime emesse al tempo del Ducato, paesaggi e costumi caratteristici dell'Appennino ove, un tempo, egli era stato Pretore riverito e stimato... ah!...la sua biblioteca!....i libri di diritto, di giurisprudenza, i volumi di filosofia, di sociologia dalla brossura con fregi e caratteri in oro, in bella mostra nell'ampia vetrina,...ma adesso, quel Pretore, quel giudice, quell'uomo, chi erano?...cosa realmente erano?...cosa rimaneva di loro?...

La sera, il giudice Bonfiglio telefonò a casa, alla moglie, dall'istituto delle suore di Santa Elisabetta ove aveva preso alloggio nella capitale, in via dell'Olmata, nei pressi di Santa Maria Maggiore.

"Ma che cos'hai?..." lo interpellò dall'altro capo, preoccupata, la moglie "ma che voce distante hai...sei così serio... così stanco...hai una voce così seria, così stanca, lontana....ma cos'hai?...cosa hai fatto?...cosa ti è successo?...".

Giuseppe Boselli

P.S.

La novella, di pura fantasia, è comunque 'datata'; sono trascorsi parecchi lustri da allora.

La Corte Suprema di Cassazione è "organo supremo della giustizia che assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale" (art. 65 dell'ordinamento giudiziario), funzione che, approssimativamente, traspare dall'eloquio fantasioso e sbrigativo del Consigliere napoletano-triestino, nell'affrettato approccio del giudice Bonfiglio, e che, in realtà, è esercitata in modo eccelso, come emerge, non solo dalla elevata produttività, ma, propriamente, da forma e contenuto pregevoli delle sentenze rese dalla Corte.

La Corte di Cassazione può, quindi, considerarsi giudice 'speciale', non in senso propriamente giuridico (la Corte è pur sempre organo di giurisdizione ordinaria, con competenza generale sulle pronunce dei giudici di merito), ma per la peculiare funzione, di legittimità, che la contraddistingue dai giudici di merito, quale organo supremo esercente il controllo sull'esatta osservanza della legge da parte degli stessi. E' allora comprensibile lo spaesamento di un giudice del merito che arrivi alla Corte Suprema, peraltro per saltum (omettendo il passaggio alla Corte di Appello) dalla sua nicchia di un Tribunale di provincia, allarmato da aspetti e situazioni emerse al suo primo, superficiale approccio con ambiente talmente diverso da quello di provenienza, anche se in seguito il rapporto quotidiano con l'esperienza e la sapienza giuridica dei giudici anziani della Corte varrà ad integrare appieno il nuovo giudice nella giurisdizione di legittimità. Proprio per questo, è ritenuto auspicabile che il passaggio dalla giurisdizione di merito a quella di legittimità avvenga gradualmente, con l'intermezzo dell'Ufficio del Massimario, istituito presso la Corte Suprema, ove il giudice possa formarsi un'esperienza di giurisdizione di legittimità attraverso lo studio e la massimazione delle sentenze rese dalla stessa Corte Suprema, oltre che mediante la ricerca di giurisprudenza e dottrina a documentazione dei Consiglieri relatori delle cause involgenti questioni di diritto dubbie o complesse.

Dalla novella emerge, per esperienza di vita vissuta del giudice Bonfiglio, quanto sia inopportuna la proposta da ultimo avanzata dal Guardasigilli pro tempore di riforma della giustizia mediante la rottamazione dei giudici più anziani, da attuarsi con la riduzione dell'età pensionabile, in modo da dare spazio, nell'auspicio del Guardasigilli, alle nuove generazioni di magistrati. Verrebbe infatti smarrita la diluizione nel tempo del ricambio dei giudici, che consente la trasmissione graduale delle esperienze affiancando, nell'esercizio della giurisdizione, i giudici più giovani a quelli più anziani.

G.B.

Memorie (Aldo Cessari, 23 luglio 1972)

Un insegnamento, essenziale ed efficace, ad un giovane praticante, che affronta il complesso esercizio dell'Avvocatura, non può limitarsi allo studio del diritto ma deve, contemporaneamente, riguardare la capacità di "leggere" le strategie e lo stesso carattere morale del contraddittore. Non si tratta, infatti, di un aspetto secondario o irrilevante ma di una capacità introspettiva della persona che può modificare completamente la posizione delle parti contrapposte, pur di fronte alla stessa questione giuridica. La lettera che ritengo utile pubblicare, soprattutto per i giovani colleghi, conferma la modernità di insegnamenti che anche altri autorevoli studiosi avevano meravigliosamente descritto. In poche parole: gli avvocati preparati ed esperti e, soprattutto, moralmente corretti, hanno sempre dedicato ai giovani colleghi impegno ed esempi idonei ad evitare che divenissero vittime inconsapevoli di coloro che possono essere considerati "fraudolenti", come anche Aurelio Candian li aveva qualificati nel suo impareggiabile ed ancora modernissimo scritto sull'Avvocatura: "IL "FRAUDOLENTO"C'è il contradittore fraudolento, capace di ogni artificio più abietto: dalla falsa allegazione di fatti, alla falsa invocazione di testi dottrinali o di sentenze; dalla circuizione del tuo stesso cliente a fine di transazioni clandestine, e dalla intimidazione o corruzione tentate di testimoni e periti, alla millantazione di credito e alla vendita di fumo. E' il soggetto più spregevole e più pericoloso. Tu, vigila senza tregua; e, se ti càpita il destro, incidigli pubblicamente il marchio sul ceffo. Guàrdati dalla tentazione di risparmiarlo per un falso sentimento di solidarietà fra colleghi; o, peggio ancora, per non crearti un nemico che un giorno potrebbe tentare una rivincita e renderti meno tranquilla la vita. Sarebbe un modo di connivenza: e tu tradiresti il tuo dovere. Che il volgo dica, esistere fra avvocati una solidarietà mutualistica la guale al bisogno si esercita sulla pelle dei clienti, è escremento da lasciare sul ciottolato: ma, per l'appunto, se in vista di una frode giudiziaria del tuo contraddittore ti accada di dover scegliere tra il possibile danno del tuo mandante e la rottura con un collega non degno, guàrdati dal pericolo di una trista e non infrequente pigrizia morale, e dal suggerimento del tuo personale interesse. E rompi senza ritegno, costi che può."("Avvocatura", Milano, 1949, pagg. 168-169).

Lucia Silvagna

DA - DT - C 23 - 7 / 72

Cara Lucia,

la ragione per la quale ho drasticamente sospeso la transazione, ed anzi la vieto, è presto detta.

La premessa è che del dominus avversario si deve necessariamente diffidare, secondo la regola che impone di riservare il massimo della diffidenza nei confronti degli ignoranti. Essi sono pericolosissimi, molto più dei cosiddetti "furbi"; altra categoria che io fuggo come la peste.

Che il dominus avversario sia ignorante è certo: in questa causa, che è di lavoro, non sapeva che esistesse l'art. 434 c.p.c. perciò citò innanzi al Tribunale di Roma! Eppure la DA, supposta datrice di lavoro, ha sede a Parma. Ugualmente il convenuto risiede a Parma.

Commessa questa sciocchezza, ne ha subito voluto fare un'altra, per non perdere l'esercizio. Perciò, pur asserendo di essere stato assunto dalla DA (s.r.l. e, perciò, persona giuridica) ha citato in causa il rag. DT che, in qualità di persona fisica, non può evidentemente rispondere delle minori retribuzioni che il C assume di avere ricevuto.

Noti, ora, come questo lucido campione di intelligenza sta affossando la trattativa di transazione. Lei mi ha riferito della "cagnara" sollevata per la mia pretesa di far risultare l'esenzione di responsabilità per il DT. lo non mi sono sbagliato. Ho inteso benissimo, in base alle sue telefonate, che la cagnara del domila questione DT.

Ma, appena ho acconsentito a mollare su questa specifica questione, è, di corsa, nata una questione nuovissima della quale non mi si era fatto il minimo cenno prima di quel momento: l'avversario ha messo in crisi tutta la residua formula asserendo che non intende sottoscrivere la mancanza di fondamento delle domande, né nei confronti della DA, né nei confronti del DT.

Così resta dimostrato che l'avversario è sleale, oltre che ignorante. Sleale perché, se intendeva far cagnara anche sulla residua formula aveva l'onere di clare logui e di non impostare l'opposizione sull'altra parte di formula, relativa al DT. Cretino, perché impedisce la transazione senza che dalla sua opposizione gli derivi utilità alcuna. Infatti:

- 1) Se con la transazione si definisce tutto, senza che al C rimanga qualsiasi residua possibilità o velleità d'azione, che gli importa di dichiarare che l'azione del medesimo C era infondata?
- 2) Non capisce che questa dichiarazione è invece indispensabile per noi, perché altrimenti il C potrebbe fare la transazione e poi denunciare la DA e il DT, all'Ispettorato del lavoro, ai fini dei contributi? Insomma, in questa vicenda è in discussione l'esistenza o no del rapporto di lavoro; perciò, la forma della transazione deve adeguarsi a questo tema. Altrimenti, a me non conviene la transazione, non avendo io la certezza di ave-

nus riguardava esclusivamente re definitivamente "chiuso" e sapendo, oramai, di avere a che fare con professionista sleale, oltre che ignorante; perciò la denuncia all'Ispettorato è più che probabile.

> E' tutto. Se ha occasione di parlare con C., gli illustri i punti 1 e 2 e gli spieghi la ragione obiettiva per la quale la formula minima ora rimasta è l'ultima mia ancora, assolutamente irrinunziabile.

> Quanto al dominus avversario, non gli parlo. Anzitutto perché non parlo con gli ignoranti, poi perché non parlo con i cretini; infine perché non vedo perché debba chiamarlo io.

> Provveda lui, che ha sollevato l'inutile e stupida grana, a chiamarmi, se crede ed osa.

> Grazie per quanto lei ha fatto e molti cordiali saluti.

> > Aldo Cessari

La riforma della disciplina sanzionatoria dopo i decreti legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016

INTRODUZIONE

Con i decreti legislativi n. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, pubblicati in Gazzetta Ufficiale il 22 gennaio 2016 ed entrati in vigore, dopo il periodo di *vacatio legis*, il 6 febbraio 2016, si conclude l'iter travagliato della riforma della disciplina sanzionatoria delegata dal Parlamento al Governo con l'art. 2 della legge 67/2014.

La *ratio* della riforma è da rinvenire, in primo luogo, nell'intento di deflazionare il carico giudiziario del giudice penale.

Lo spirito della legge delega era quello di riformare l'intera disciplina sanzionatoria dei reati, assicurare una maggiore efficacia della sanzione e del risarcimento del danno ed introdurre sanzioni di carattere amministrativo e civile rispettando comunque un principio di fondo: rispetto a talune fattispecie la sanzione penale deve operare solo se non esistono altri adeguati strumenti di tutela; la stessa sanzione penale non è giustificata se risulta sostituibile con una sanzione amministrativa avente pari efficacia e, anzi, dotata di maggiore effettività perchè si applica anche alle persone non fisiche, non può essere sospesa condizionalmente ed ha tempi di prescrizione più lunghi.1

Vale subito la pena ricordare che la legge delega dava un margine di operatività al Governo ben più ampio di quello effettivamente svolto; infatti il legislatore delegato, per motivi a mio parere esclusivamente "politici", ha ritenuto di non esercitarla, rispetto ad alcune fattispecie; in particolare ha escluso dal decreto sulla depenalizzazione (D. lgs. 8/16) il reato di cui all'art. 659 c.p (disturbo delle occupazioni e del risposo delle persone) e soprattutto i reati puniti con sola pena pecuniaria previsti del Testo Unico dell'immigrazione (art 1 comma 4 D.lgs 8/16); parimenti, in ordine alla abrogazione dei reati (D.lgs. 7/16), per le medesime ragioni di opportunità politica, sono stati espunti

1Disegno di legge del 13 marzo 2013 a firma dei senatori Palma e Caliendo dal testo i reati di cui agli art. 631, 632 e 633 comma 1 del codice penale (rispettivamente usurpazione, deviazione di acque e modificazione dello stato dei luoghi ed invasione di terreni ed edifici) espressamente previsti, invece, nella legge delega.²-

Inizieremo ora ad analizzare il decreto legislativo n. 7/16 in materia di "abrogazione" per poi proseguire con l'analisi del decreto legislativo n. 8/16 di "depenalizzazione".

DECRETO LEGISLATIVO N. 7 DEL 15 GENNAIO 2016.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI ABRO-GAZIONE DI REATI E INTRODUZIONE DI ILLECITI CON SANZIONI PECUNIARIE CI-VILI, A NORMA DELL'ART. 2, COMMA 3 DELLA LEGGE 28 APRILE 2014, N. 67

Come chiaramente si intuisce dal titolo, il decreto legislativo n. 7/16 realizza la cosiddetta "abrogazione secca" di alcune fattispecie dal panorama sanzionatorio, o come precisato da alcuni osservatori, una vera e propria "decriminalizzazione" caratterizzata dall'abrogazione di norme senza l'istituzione di altrettanti illeciti amministrativi.- 3

Va subito detto che il legislatore, con l'emanazione della legge delega, aveva inteso abrogare una serie di reati in relazione alla "loro ridotta offensività nell'attuale contesto storico".-4

Naturalmente tale decriminalizzazione, fermo restando il concetto di sanzione penale come extrema ratio, doveva essere accompagnata dalla garanzia del diritto al risarcimento del danno in aggiunta al nuovo istituto della sanzione pecuniaria civile avente natura squisitamente sanzionatoria e preventiva.

Il D. Lgs. n.7/16 opera in una duplice direzione.

2Art. 2 comma 3 lett. a) n. 4 legge 67/2014

......

Da una parte, ai sensi dell'art 1, abroga alcuni delitti, in particolare i seguenti articoli del codice penale:

- a) 485 (Falsità in scrittura privata);
- b) 486 (Falsità in foglio firmato in bianco. Atto privato);
 - c) 594 (Ingiuria);
 - d) 627 (Sottrazioni di cose comuni);
- e) 647 (Appropriazione di cose smarrite, del tesoro o di cose avute per errore o caso fortuito).

Vale la pena ricordare che si tratta di reati tutti procedibili a querela di parte (ad eccezione degli artt. 485 e 486 nel caso di testamento olografo) ed incidono tutti su interessi di natura privata; la loro abrogazione risulta, pertanto, assolutamente coerente con la legge delega in ordine alla necessità di espungere dall'ordinamento penale alcuni delitti contro la fede pubblica, l'onore e il patrimonio le cui posizioni soggettive risulterebbero meglio salvaguardate dall'ordinamento civile e da esso tutelate in varie modalità.

L'art. 2 del decreto (modifiche al codice penale), modifica diversi articoli del codice penale facenti riferimento ai precedenti reati abrogati (ad es. gli art. 488, 489, 490, 596 e 597 c.p.) e riscrive altre norme come ad esempio l'art. 635 di cui si dirà infra.

Tale operazione si è resa necessaria per rispettare il principio di tassatività e determinatezza, con l'evidente obiettivo di lasciare inalterata l'operatività di alcune singole fattispecie di reato non interessate dall'abrogazione.

Analizziamo in particolare le singole fattispecie.

L'abrogazione dei reati previsti dagli art. 485 e 486 c.p. ha obbligato il legislatore delegato ad eliminare qualsiasi riferimento agli stessi reati negli art. 488, 489, 490, 491, 491 bis, 493 bis c.p.

L'abrogazione del delitto di ingiuria (art. 594 c.p.) ha reso necessaria la riscrittura degli artt. 596, 597 e 599, con l'eliminazione di qualsiasi riferimento

³A. Della Bella; Diritto Penale Contemporaneo 4 aprile 2014

⁴Disegno di legge del 13 marzo 2013 a firma dei senatori Palma e Caliendo

all'art. 594.

Qualche parola in più bisogna spendere per la riscrittura dell'art. 635 c.p. che in attuazione della legge delega ha inteso abrogare il primo comma dello stesso articolo: il cosiddetto "danneggiamento semplice" procedibile a querela di parte e di competenza del Giudice di Pace.

Bisogna subito dire che il legislatore delegato, con la riscrittura dell'art. 635 cp, ha effettuato la seguente operazione: ha eliminato il primo comma e ha trasformato le circostanze aggravanti di cui al secondo comma in fattispecie autonoma di reato; la riscrittura dell'articolo ha comportato, quindi, la trasformazione del secondo comma del vecchio art. 635 nel primo comma del nuovo art. 635.

Contestualmente il legislatore ha introdotto una nuova condotta sempre al comma 1, quella di danneggiamento ... "in occasione di manifestazioni che si svolgono in luogo o aperto al pubblico".

La nuova formulazione dell'art 635 ha comportato la coerente riscrittura degli art. 635 bis, 635 ter, 635 quater e 635 quinquies c.p..

Nessun problema di coordinamento sembra sussistere ad eccezione della competenza per materia in relazione al novellato primo comma dell'art. 635 c.p..

E' di tutta evidenza che nel disegno del legislatore il nuovo danneggiamento rientri nella sfera di competenza del Tribunale monocratico.

Questo doveva comportare la modifica dell'art. 4, comma 1 lettera a) del D. Lgs 274/2000 (disposizioni sulla competenza penale del giudice di pace) il quale, come è noto, stabilisce che il Giudice di Pace è competente per i delitti consumati o tentati ... di cui all'art. 635 primo comma c.p..

In realtà nessuna modifica in tal senso è stata operata e, stando al tenore letterale della norma, la fattispecie di danneggiamento di cui al primo comma dell'art. 635, risulterebbe di competenza del Giudice di Pace e non più del Tribunale.

Il secondo importante aspetto viene rappresentato dal momento innovativo della riforma: quello dell'introduzione della sanzione pecuniaria civile.

Come detto, nella relazione al disegno di legge sulla riforma del sistema sanzionatorio le "sanzioni pecuniarie civili" vengono ricondotte al concetto di "pena privata" (di chiara matrice anglosassone, soprattutto statunitense) e si afferma che mentre il "risarcimento ha una funzione riparatoria, la pena privata ha una funzione sanzionatoria e preventiva e si giustifica allorquando l'illecito, oltre a determinare un danno patrimoniale, consente di ottenere un arricchimento ingiustificato".-5

L'art. 3, al primo comma, identifica una serie di "fatti" che, se dolosi, fermo restando il diritto alle restituzioni ed al risarcimento del danno secondo le leggi civili, obbligano al pagamento di una sanzione pecuniaria civile.

E' bene ricordare che il giudice provvederà in tal caso al risarcimento del danno, unitamente all'irrogazione della sanzione pecuniaria civile; in caso di fatto colposo si limiterà al solo risarcimento del danno non applicando nessuna sanzione.

Il secondo comma chiarisce che il termine prescrizionale per l'obbligo del pagamento della sanzione pecuniaria civile è quello quinquiennale concernente il risarcimento del danno (la norma richiama espressamente l'articolo 2947, comma 1, c.c.).

La cosiddetta "pena privata", fermo sempre il diritto al risarcimento del danno, dovrà essere adeguata alla gravità della violazione, alla reiterazione dell'illecito, all'arricchimento del soggetto responsabile, all'opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle sue conseguenze e alla personalità dell'autore e alle sue condizioni economiche (art. 5).

Si segnala che l'art. 6 ha ritenuto specificare il contenuto della locuzione "reiterazione dell'illecito" precisando che si verifica nel caso in cui l'illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile sia compiuto entro quattro anni dalla commissione, da parte dello stesso soggetto, di un'altra violazione della stessa indole e che sia stata accertata con provvedimento esecutivo. Continua il legislatore delegato affermando che si considerano reati della stessa indole quelli che per la natura dei fatti che la costituiscono o per la modalità della condotta, presentano una sostanziale omogeneità o caratteri fondamentali comuni-. 6

Si definiscono poi le condotte a cui si applicano e gli importi minimi e massimi della sanzione (art. 4) e l'autorità competente ad irrogarla (art. 8).

.....

La tecnica legislativa applicata prevede l'elencazione di una serie di "fatti" previsti dall'art. 4 del D.Lgs. dividendoli in due grosse categorie:

A) fatti puniti con una sanzione pecuniaria civile da euro cento ad euro ottomila (art 4 comma 1); rientrano in questa categoria sostanzialmente tutte le condotte previste dagli abrogati artt. 594, 627, 635 e 647 del c.p.; in relazione alla condotta ingiuriosa il legislatore delegato ha ritenuto, da una parte, di non rendere sanzionabile l'ipotesi sostanzialmente prevista dal comma 2 dell'art. 599 dall'altra di lasciare al giudice la possibilità di non applicare la sanzione pecuniaria sullo schema dell'abrogato primo comma dell'art. 599;

B) fatti puniti con una sanzione pecuniaria civile da euro duecento ad euro dodicimila (art 4 comma 4); rientrano in questa categoria sostanzialmente tutte le condotte previste dagli abrogati artt. 485 e 486 del c.p.; il legislatore delegato, ritenendo la condotta più grave, ha ritenuto di inserire in questa categoria le condotte previste dai commi 3 e 4 dell'abrogato art. 594 c.p. (art. 4 comma 4 lettera f).

L'art. 6 del D.Lgs. 7/16, sotto la rubrica "reiterazione dell'illecito", prevede che si ha reiterazione nel caso in cui la condotta si sia verificata entro quattro anni dalla commissione di altra violazione sottoposta a sanzione pecuniaria civile.

L'art. 11 prevede, coerentemente, la creazione di un registro informatizzato a cura del Ministro della Giustizia, in cui saranno iscritti i provvedimenti di applicazione della sanzioni.

Il procedimento di applicazione delle sanzioni pecuniarie civili è regolato dall'art. 8.

Il giudice sarà quello civile competente a conoscere l'azione del risarcimento del danno.

Dato caratterizzante la riforma è che la pretesa punitiva da parte dello Stato risulta subordinata alla richiesta di risarcimento del danno da parte della persona offesa (sempre che la domanda risarcitoria sia accolta); di conseguenza, se non è accolta la domanda risarcitoria non può essere conseguentemente applicata alcuna sanzione pecuniaria civile.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 8, ai fini dell'applicazione della sanzione, si deve avere la certezza della conoscenza, da parte del convenuto, dell'atto introduttivo del giudizio; non è pertanto ammessa la notificazione dell'atto ai sensi

⁵Disegno di legge del 13 marzo 2013 a firma dei senatori Palma e Caliendo

⁶Si segnala una sostanziale assonanza con le disposizioni di cui all'art. 101 c.p. e art. 8 bis, comma 2, L. 689/81

dell'art. 143 c.p.c..

Il procedimento è regolato dalle norme previste dal codice di procedura civile in quanto compatibili con le norme del Capo II dello stesso decreto.

Entro sei mesi dall'entrata in vigore del decreto legislativo, il Ministro della Giustizia emanerà un decreto per fissare i termini e le modalità di pagamento della sanzione pecuniaria civile oltre che per le forme e per la riscossione degli importi.

Il giudice, con particolare riferimento alle condizioni economiche del condannato, ha facoltà di disporre il pagamento della sanzione pecuniaria civile in rate mensili (in numero da 2 a 8), ma ciascuna rata non potrà essere inferiore a 50 euro, anche se il condannato ha la possibilità di estinguere la sanzione civile pecuniaria in ogni momento, attraverso un unico pagamento.

Tenuto conto della funzione general-preventiva e compensativa sottesa alla minaccia della sanzione pecuniaria civile, nonché della vocazione pubblicistica di quest'ultima, si è preferita la soluzione a favore della destinazione pubblicistica della sanzione; per tale motivo la stessa è devoluta alla cassa delle ammende (Art. 10).

La disposizione transitoria (art. 12) prevede, in ossequio al principio fondamentale del *favor rei*, che se la legge in vigore al momento del fatto e le leggi posteriori stabiliscono sanzioni di entità diversa, trova applicazione la legge più favorevole, a meno che il provvedimento sia divenuto definitivo, con la conseguenza che, ai fini della abrogazione, questa riguarderà anche i reati commessi prima dell'entrata in vigore delle novelle a meno che non vi siano state condanne passate in giudicato.

Nulla, infine, dice il decreto legislativo in ordine allo standard probatorio richiesto al giudice civile per l'accertamento dei "fatti" previsti dall'art. 3.

In altri termini il giudice civile, per accertare i fatti passibili di sanzione pecuniaria civile dovrà applicare il suo standard probatorio o quello, come noto, più stringente dell'oltre ogni ragionevole dubbio del giudice penale?

La risposta sembra fornirla lo stesso Governo il quale, nella sua relazione illustrativa al provvedimento afferma che ".....Nel silenzio del legislatore delegante, non è stata introdotta alcuna norma di disciplina volta a incidere sul quantum di prova necessario ai fini dell'inflizione della sanzione punitiva, ritenendosi sufficiente il raggiungimen-

to dello standard di prova normalmente occorrente in un processo civile e, in particolare, ai fini della decisione sulla domanda di risarcimento del danno: la scelta di uniformare lo standard probatorio, allineandolo a quello contemplato nell'ordinamento civile, è dettata da esigenze di coerenza e di funzionalità pratico-applicativa...". 7-

DECRETO LEGISLATIVO N. 8 DEL 15 GENNAIO 2016.

DISPOSIZIONI IN MATERIA DI DE-PENALIZZAZIONE A NORMA DELL'ART. 2, COMMA 2 DELLA LEGGE 28 APRILE 2014, N. 67

L'art. 1 del Decreto legislativo n. 8/16 sulla depenalizzazione fissa nei primi due commi due principi, nel terzo nel quarto comma due eccezioni, nel quinto e sesto comma determina le fasce di sanzioni amministrative pecuniarie.

Il primo comma prevede la cosiddetta depenalizzazione generalizzata o "cieca" con la quale si rendono non più punibili penalmente, ma soggette a sanzione amministrativa, tutte le violazioni per le quali è prevista la sola pena della multa o dell'ammenda.

Ciò significa che non viene specificato un elenco di reati depenalizzati ma dovrà essere l'interprete ad identificare, volta per volta, le singole fattispecie indicate dalla norma.

Il secondo comma prevede un altro principio: la depenalizzazione opera anche in relazione a quei reati che nella fattispecie semplice sono puniti solo con pena pecuniaria ma che, nelle ipotesi aggravate, sono puniti con la pena detentiva, sola, alternativa o congiunta a quella pecuniaria.

In questo caso le ipotesi aggravate si trasformano in fattispecie autonome di reato con il conseguente corollario che la fattispecie base (punita con la sola pena pecuniaria) viene depenalizzata mentre la fattispecie aggravata si trasforma in fattispecie autonoma di reato come tale perseguibile penalmente.

In linea teorica potrebbero sussistere ipotesi di fattispecie base punite con pena detentiva che nelle forma attenuata prevederebbero la sola pena pecuniaria.

In queste ipotesi, assolutamente residuali, sembrerebbe applicabile la depenalizzazione generalizzata ai sensi del comma 1.

7Relazione illustrativa del Governo al D.Lgs 7/2016

......

Di particolare interesse, invece, risulta l'ipotesi della reiterazione dell'illecito che ha costretto il legislatore delegato ad introdurre l'art. 5 che testualmente recita: "quando i reati trasformati in illeciti amministrativi ai sensi del presente decreto prevedono ipotesi aggravate fondate sulla recidiva ed escluse dalla depenalizzazione, per recidiva è da intendersi la reiterazione dell'illecito depenalizzato".

Per meglio comprendere la portata dell'art. 5 si può analizzare, ad esempio, l'art. 116 comma 15 del codice della strada che punisce, con pena pecuniaria, chi guida senza patente perchè mai conseguita, revocata o non rinnovata; il secondo periodo prevede che nell'ipotesi di recidiva nel biennio si applica la pena dell'arresto fino ad un anno.

Ebbene in applicazione del suddetto art. 5 una reiterazione dell'illecito depenalizzato nel biennio comporterebbe l'applicazione dell'ipotesi aggravata con l'applicazione della sanzione penale ivi prevista; naturalmente, ai fini della reiterazione, la violazione dovrà essere accertata con provvedimento divenuto esecutivo.

Il terzo comma dell'art. 1, come si diceva, contiene due eccezioni.

Con la prima il legislatore delegato precisa che la depenalizzazione generalizzata non si applica ai reati previsti dal codice penale fatta salva la contravvenzione di cui all'art. 726 (Atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio).

Con la seconda il decreto, recependo le indicazioni della legge delega, che aveva già individuato una lunga serie di materie escluse dalla depenalizzazione, in considerazione dell'importanza dei beni giuridici tutelati, ha proceduto all'individuazione delle leggi disciplinanti quelle materie, raggruppandole nell'elenco allegato al decreto e riguardanti:

- a) Edilizia ed urbanistica.
- b) Ambiente, territorio e paesaggio.
- c) Alimenti e bevande.
- d) Salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.
 - e) Sicurezza pubblica.
 - f) Armi ed esplosivi.
- g) Elezione e finanziamento ai partiti.
- h) Proprietà intellettuale ed industriale.

Il quarto comma prevede, allo stesso modo, la non applicabilità della depenalizzazione generalizzata al Testo Unico sull'immigrazione (D. Lgs. 286/1998) le cui fattispecie punite solo con pene pecuniarie, rimangono, quindi, all'interno dell'ambito penalistico.

Il quinto comma stabilisce le fasce delle sanzioni amministrative applicabili così determinandole:

- a) sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 10.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo ad euro 5.000:
- b) sanzione amministrativa pecuniaria da euro 5.000 ad euro 30.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda non superiore nel massimo ad euro 20.000;
- c) sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 50.000 per i reati puniti con la multa o l'ammenda superiore nel massimo ad euro 20.000.

Infine la norma di chiusura del comma 6 stabilisce che se la pena pecuniaria prevista per i reati depenalizzati è fissata in maniera proporzionale, la conseguente sanzione amministrativa pecuniaria sarà pari all'ammontare della multa e, in ogni caso, non potrà essere inferiore ad euro 5.000 o superiore ad euro 50.000.

L'art. 2 del D. Lgs n. 8/16 opera quella che viene invece definita depenalizzazione "nominativa" del codice penale; il legislatore delegato elenca, cioè, una serie di reati prevedendone o la depenalizzazione dell'intero articolo o la depenalizzazione solo di parte della fattispecie contenuta nello stesso articolo.

Nel dettaglio l'elenco dei reati del codice penale depenalizzati:

- a) art. 527 (atti osceni): il primo comma è depenalizzato (sanzione amministrativa pecuniaria fra euro 5.000 e 30.000) il secondo comma diviene fattispecie autonoma di reato;
- b) art. 528 (pubblicazione e spettacoli osceni): i primi due commi vengono depenalizzati (sanzione amministrativa pecuniaria, per entrambi i commi, fra euro 10.000 e 50.000); il terzo e il quarto comma conservano la loro natura di reato:
- c) art. 652 (rifiuto di prestare la propria opera in occasione di un tumulto): fattispecie interamente depenalizzata (sanzione amministrativa pecuniaria fra euro 5.000 e 15.000 nel primo comma e fra euro 6.000 e 18.000 nel secondo comma);
- d) art. 661 (abuso della credulità popolare): fattispecie interamente de-

penalizzata (sanzione amministrativa pecuniaria fra euro 5.000 e 15.000);

- e) art. 668 (rappresentazioni teatrali o cinematografiche abusive): fattispecie interamente depenalizzata (sanzione amministrativa pecuniaria fra euro 5.000 e 15.000 nel primo e nel secondo comma, fra euro 10.000 e 30.000 nel terzo comma);
- f) art. 726 (atti contrari alla pubblica decenza. Turpiloquio): fattispecie interamente depenalizzata (sanzione amministrativa pecuniaria fra euro 5.000 e 10.000).

Vale la pena ricordare che il legislatore delegato ha scelto di non esercitare la delega relativamente all'art 659 c.p. (disturbo delle occupazioni o del riposo delle persone) che rimane quindi punito con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

L'art. 3 del D. Lgs n. 8/16, sotto la rubrica "altri casi di depenalizzazione" opera, invece, la depenalizzazione nominativa di alcuni reati previsti da leggi speciali.

Lo stesso articolo depenalizza una serie di contravvenzioni che, molto probabilmente, avranno una scarsa incidenza in ordine all'effetto deflattivo del carico giudiziario, ad eccezione di una fattispecie assolutamente rilevante: quella prevista dal comma 6 dello stesso articolo 3.

Si tratta, in particolare, della depenalizzazione dell'art. 2, comma 1-bis D.L. 12 settembre 1983, n. 463, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 1983, n. 638, relativo all'omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei lavoratori dipendenti.

Ove l'omissione sia pari o inferiore ai 10.000 euro annui la fattispecie viene depenalizzata e punita con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 10.000 ad euro 50.000.

Rimane nell'alveo della punibilità l'omesso versamento per un importo superiore ad euro 10.000 annui con la pena (invariata) della reclusione fino a tre anni e la multa fino a euro 1032.

Resta salva la non punibilità del datore di lavoro, né la sua assoggettabilità alla sanzione amministrativa pecuniaria, nel caso lo stesso provveda al versamento delle ritenute entro tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione.

L'art. 4 prevede l'applicazione di una serie di sanzioni amministrative acces-

sorie, ma particolarmente incisive, quali la sospensione della concessione, della licenza, dell'autorizzazione o di altro provvedimento amministrativo che consente l'esercizio dell'attività da un minimo di 10 giorni ad un massimo di 3 mesi.

Tali sanzioni accessorie sono applicabili esclusivamente agli art. 668 codice penale (rappresentazioni teatrali e cinematografiche abusive), art. 171-quater legge 633/41 (sul diritto d'autore) e art. 28, comma 2 DPR 309/90 (coltivazione autorizzata di piante da cui possono trarsi sostanze stupefacenti) e solo ove sussista una "reiterazione specifica" delle violazioni appena ricordate; si potrebbe interpretare tale locuzione nel senso dell'applicabilità della sanzione amministrativa accessoria solo a seguito dell'accertamento di una seconda violazione.

Si è già detto dell'art. 5.

Nessun problema di carattere applicativo sembrerebbe avere l'art. 6 del decreto in ordine alle disposizioni applicabili; invero il legislatore delegato si è limitato ad operare un semplice rinvio alle norme della legge 689/1981.

Quanto all'art. 7 si è scelto di ripartire le competenze ad irrogare le sanzioni amministrative nel modo che segue:

- a) per le violazioni di cui all'art. 1 del decreto (depenalizzazione generalizzata) sarà competente l'autorità amministrativa già competente ad irrogare le altre sanzioni amministrative previste dalle leggi che contemplano la violazione; in caso di mancata previsione l'autorità sarà individuata a norma dell'art. 17 della legge 689/81.
- b) per le violazioni di cui all'art. 2 del decreto (reati depenalizzati del codice penale) competente ad irrogare la sanzione sarà il prefetto;
- c) per le violazioni di cui all'art. 3 del decreto (altri casi di depenalizzazione) competente ad irrogare la sanzione saranno, a seconda delle fattispecie contestate, le singole autorità amministrative competenti, il Ministero dello Sviluppo economico, l'autorità comunale o il prefetto.

Particolare importanza riveste la disciplina transitoria prevista dagli artt. 8 e 9 del decreto.

La scelta di trasformare l'illecito penale in illecito amministrativo ha richiesto l'individuazione di alcune norme transitorie dirette a disciplinare la permanenza dell'illecito.

In particolare, nel silenzio della legge delega, il Governo si è chiesto se questa mancanza fosse da interpretare come la volontà di affidarsi alle regole generali dell'art. 2 del codice penale e dell'art. 1 della legge 689/81 (suffragata dalla giurisprudenza; fra tutte S.U. 25457/2012) con la conseguenza che, in assenza di disposizioni transitorie l'infrazione non è più sanzionabile, nemmeno a livello amministrativo, se (ovviamente) depenalizzata.

Tale silenzio è stato interpretato in senso opposto dal legislatore delegato il quale ha scelto di creare una norma transitoria: ciò precipuamente per evitare una sperequazione fra chi ha commesso il fatto depenalizzato prima della riforma (e quindi non assoggettabile ad alcuna sanzione amministrativa) e chi lo ha commesso dopo (a cui invece la sanzione amministrativa verrà certamente applicata), per evitare in altri termini una sorta di "illiceità amministrativa" per i fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore delle norme.

Nello specifico si prevede che le sanzioni amministrative (in sostituzione delle sanzioni penali depenalizzate) si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo (06.02.2016), a condizione che il procedimento non sia stato definito con sentenza o con decreto penale divenuti irrevocabili (art. 8, comma 1).

In questo ultimo caso il giudice dell'esecuzione, con l'osservanza dell'art. 667 comma 4, cpp, revoca la sentenza o il decreto, dichiara il fatto come non più previsto dalla legge come reato e "adotta i provvedimenti conseguenti"; tale ultima locuzione, identica a quella adoperata dall'art. 673, comma 1, cpp, non può evidentemente essere intesa come trasmissione degli atti all'autorità amministrativa, non foss'altro perchè lo stesso art. 8, comma 1 espressamente lo esclude; si può dedurre che i provvedimenti conseguenti siano quelli di cui agli art 199 disp. att. e 33 reg. cpp..

L'art. 9, infine, si occupa della trasmissione degli atti all'autorità amministrativa e della procedura di applicazione della sanzione, ricalcando sostanzialmente le disposizioni contenute decreto legislativo n. 507/1999 (Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'articolo 1 della legge 25 giugno 1999, n. 205).

Dalla lettura congiunta dell'art. 8 e dell'art. 9 (commi 1, 2 e 3) ecco gli scenari che potrebbero verificarsi:

a) procedimenti definiti al 06.02.2016 con condanna o decreto penale di condanna: in questo caso si dovrà procedere con incidente di esecuzione ai sensi dell'art. 8 comma 2 del decreto ed applicazione del principio generale dell'art. 2 comma 2 c.p.;

- b) procedimenti definiti al 06.02.2016 con sentenza di proscioglimento o archiviazione: in tali casi non si pone alcun problema di ordine applicativo essendo stato il reato, oggetto di depenalizzazione, valutato in maniera favorevole all'indagato;
- c) procedimenti pendenti al 06.02.2016 innanzi al PM: se il reato è estinto per prescrizione o per altra causa il Pm dovrà richiedere l'archiviazione al GIP o al GDP; se il reato non è ancora estinto il PM trasmette gli atti alla autorità amministrativa competente entro 90 giorni;
- d) procedimenti pendenti al 06.02.2016 innanzi al GIP: in tale caso (del tutto residuale) il GIP, ove non debba provvedere alla declaratoria di estinzione del reato per qualsiasi causa, provvede alla trasmissione degli atti al PM affinchè provveda alla successiva trasmissione all'autorità amministrativa;
- e) procedimenti per cui è stata esercitata l'azione penale prima del 06.02.2016: il giudice emette una sentenza ex art. 129 cpp e dispone la trasmissione degli atti direttamente all'autorità amministrativa competente;
- f) procedimenti per cui è stata pronunciata una sentenza di condanna prima del 06.02.2016: il giudice dell'impugnazione pronuncia sentenza ex art. 129 cpp e decide sull'impugnazione ai soli effetti delle disposizioni e dei capi della sentenza che concernono gli interessi civili

Quanto alla specifica procedura di contestazione il comma 4 dell'art. 9 prevede che l'autorità amministrativa competente (individuata ai sensi del precedente art. 7) deve notificare gli estremi della violazione entro il termine di 90 giorni ai residenti in Italia ed entro 360 giorni ai residenti all'estero. Entro 60 giorni dalla notificazione l'interessato è ammesso al pagamento in misura ridotta, pari alla metà della sanzione. Si applicano le norme di cui all'art. 16 della legge 689/1981.

CONCLUSIONI

Quali saranno le ricadute pratiche di questa riforma?

Certamente la riforma del sistema sanzionatorio rimarrà nella storia giuridica del nostro paese rappresentando un indirizzo con il quale il legislatore ha inteso dare concretezza ad una scelta politica volta a deflazionare il sistema penale.

Il tutto sulla base dell'idea condivisa che una penalizzazione generalizzata si risolve di fatto in un abbassamento della tutela degli interessi coinvolti; tanto a maggior ragione se la macchina repressiva penale non è in grado di sanzionare un numero elevato di fatti, specie quando questi siano minori per grado di offensività.

Scelta, certamente non frequente, ma in linea con gli ultimi provvedimenti di depenalizzazione del 1981 e del 1999.

A seguito della riforma il diritto penale cede certamente il passo al diritto amministrativo e per la prima volta (ed è questa la vera novità) anche al diritto civile.

Accanto a reati trasformati in illeciti amministrativi puniti con sanzioni pecuniarie, ve ne sono altri che perdono il loro carattere penalistico trasformandosi in illecito civile, sanzionati con una sanzione pecuniaria civile irrogata dal giudice civile e devoluta alla cassa delle ammende.

Sicuramente i benefici della riforma sono destinati a ricadere sul processo penale, secondo una logica deflattiva.

Nessun beneficio, se non minimo, sul problema dell'affollamento carcerario, atteso che i reati interessati dalla depenalizzazione/abrogazione sono puniti con la sola pecuniaria, e comunque, in quanto reati minori o bagatellari, non sfociano, normalmente, in misure detentive.

Di contro, all'alleggerimento del carico giudiziario penale, verosimilmente, corrisponderà un proporzionale aumento del carico sul processo civile, come noto, già da tempo, in gravi difficoltà.

Michele Cammarata

La (mini)riforma del processo tributario, ex d.lgs. n. 156/2015

Dopo vari e numerosi rinvii il legislatore è riuscito, con la legge n. 23/2014, a varare la nota delega fiscale, all'interno della quale ha trovato spazio anche una parziale revisione del contenzioso tributario.

Pubblicato sulla G.U. n. 55 del 7/10/2015, il D.Lgs. n. 156 del 24/9/2015 ha rivisto il D.Lgs. n. 546/1992 (cd. Codice del Processo Tributario), apportandovi importanti e rilevanti modificazioni, sebbene alcuni commentatori della materia si aspettassero maggiori e più incisive cambiamenti.

Difatti, si parla di mini-riforma del processo tributario, pur avendo il decreto delegato n. 156 apportato modifiche in molti articoli del D. Lgs. n. 546/1992.

L'entrata in vigore della novella si è avuta col 1 gennaio 2016, mentre per l'esecuzione provvisoria delle sentenze e quella di condanna a favore del contribuente la data di effettiva applicazione è stata portata al 1 giuqno 2016.

Con riferimento alle diverse date di effettiva applicazione delle norme rinnovate, va ricordato che la relazione governativa, in difetto di una specifica e determinata disposizione sul periodo transitorio, ha esplicitato che la nuova normativa ha operatività in relazione a tutti i giudizi pendenti alla data della loro entrata in vigore.

I punti di forza in essa contenuti hanno previsto l'emanazione di norme per il rafforzamento della tutela giurisdizionale del contribuente, assicurando la terzietà delle CC.TT. in virtù di principi e criteri ben precisi e dirimenti, razionalizzazione dell'istituto della conciliazione nel processo tributario, con lo scopo di deflazionare il contenzioso coordinandolo con l'accrescimento della disciplina del contraddittorio fra contribuente e Amministrazione finanziaria nella fase amministrativa.

Inoltre, di particolare interesse, sono stati prospettati il pieno utilizzo degli strumenti di tutela cautelare; la previsione di immediata esecutorietà, a tutte le parti del giudizio, delle sentenze delle CC.TT.; l'individuazione di criteri di maggior rigore nell'applicazione del principio della soccombenza, con conseguente limitazione del potere discrezionale del giudice di disporre la compensazione delle spese di lite in casi diversi dalla soccombenza reciproca.

Infine, in analogia con altri tipi di processo, la legge delega ha sancito il massimo ampliamento dell'utilizzazione della posta elettronica certificata per le comunicazioni e le notificazioni.

- I pilastri della riforma, maggiormente interessanti, si possono enumerare nei seguenti punti:
- 1. radicale modifica dell'art. 15 in tema di spese di giudizio;
- 2. inserimento dell'art. 16 bis dell'uso, nella sua massima applicazione, della PEC;
- 3. rivisitazione dell'art. 17 bis, il cd. reclamo-mediazione;
- 4. ampliamento delle giuridiche fattispecie relative alla sospensione del processo;
- 5. allineamento della sospensione giudiziale dell'atto impugnato con altre tipologie di processo;
- 6. completo rinnovo dell'istituto della conciliazione con il cd. spacchettamento dell'art. 48, con i nuovi artt. 48, 48 bis e 48 ter;
- 7. sospensione dell'esecutività della sentenza del giudice di primo grado, ora ben indicato e specificato nell'art. 52;
- 8. nuovi artt. 67 bis e 69, riguardanti, il primo, l'esecuzione provvisoria delle sentenze delle CC.TT. e, il se-

condo, l'esecuzione delle sentenze di condanna a favore del contribuente, con effetto (come detto innanzi) dal 1° giugno 2016.

9. sono state, anche, previste la revisione delle soglie dei valori di lite onde permettere al contribuente di stare in giudizio personalmente con ampliamento dei soggetti abilitati (diversi dagli Avvocati) a rappresentare i contribuente davanti al Giudice Tributario.

Spese di giudizio

Seguendo cronologicamente l'*iter* appresso enumerato, la previsione delle spese di giudizio è circoscritto in un articolo, precisamente il 15, che è stato totalmente riscritto.

La regula iuris, come in qualunque tipo di processo, è la condanna alla refusione delle spese di lite, secondo il criterio della soccombenza, potendosi compensarle in tutto o in parte dalla commissione tributaria soltanto in caso di soccombenza reciproca o qualora sussistano gravi ed eccezionali ragioni che devono essere espressamente motivate.

Rispetto alla precedente versione, viene richiamato esplicitamente l'articolo 96, commi 1 e 3 del Cpc, in tema di responsabilità processuale aggravata per la cd. lite temeraria.

Nuova, poi, è il profilo della condanna alle spese di giudizio nella fase cautelare (rectius, l'istanza di sospensione dell'atto impugnato ovvero della esecuzione della sentenza), per la quale, con l'Ordinanza che decide, la Commissione provvede sulle spese e tale pronuncia conserva efficacia anche dopo il provvedimento che definisce il giudizio, salva diversa prospettazione.

Posta elettronica certificata (PEC)

Con riferimento all'art. 16 bis, viene data amplia apertura all'uso della PEC con cui le comunicazioni e le notificazioni possono essere effettuate attraverso tale strumento telematico.

Così e come nel processo ordinario, l'indirizzo di posta elettronica certificata del difensore o delle parti è – deve essere - indicato nel ricorso o nel primo atto difensivo, ben potendo anche indicare un indirizzo telematico non inserito nei pubblici elenchi, fermo restando che la sua omissione comporta che le comunicazioni (ad esempio, l'avviso di trattazione della discussione del giudizio) sono eseguite esclusivamente mediante deposito in segreteria della Commissione tributaria.

Di particolare interesse è il comma 4 a mente del quale l'indicazione dell'indirizzo PEC, valevole per le comunicazioni e le notificazioni, **equivale** alla comunicazione del domicilio eletto

Giova, al riguardo, rammentare che con Decreto MEF del 4/8/2015 è già in vigore, per le regioni Toscana e Umbria, il PTT.

Reclamo e Mediazione

Apparentemente rivisitato è l'art. 17 bis, anche se è stato reso giuridicamente meno rigido rispetto alla versione precedente, sempre rubricato in "Reclamo e Mediazione".

I confini della medesima fase processuale, ante costituzione in segreteria, sono rimasti immutati nel senso che, a pena di improcedibilità del ricorso, questo per controversie con valore di lite (da intendersi la maggiore imposta, senza sanzioni e senza interessi, oppure la sola sanzione irrogata) inferiore ad € 20.000,= produce gli effetti di un reclamo e comporta la sospensione dei termini processuali, validi anche per i termini feriali, per 90 giorni pieni all'interno dei quali l'organo destinatario provvederà a vagliare la fondatezza o meno delle tesi del ricorrente.

Precedentemente, nella versione ante riforma, tale procedura è valsa solo per gli Uffici delle Agenzie delle Entrate; la novella l'ha estesa, con finalità decisamente deflattive, erga omnes agli altri enti impositori, compreso gli agenti della riscossione, e quindi allo stato per ogni tributo, statale e non, vige l'obbligo della mediazione, pur sempre nei limiti del valore suddetto.

In caso di definizione della controversia la conseguente mediazione si perfeziona, oggi, con il versamento, entro il termine di venti giorni dalla data di sottoscrizione dell'accordo tra le parti, delle somme dovute ovvero della prima rata.

Il profilo sanzionatorio vede l'applicazione della misura del trentacinque per cento del minimo previsto dalla legge, con applicazione pure – se sussistenti – i benefici del cumulo giuridico così come avviene per l'accertamento con adesione.

L'eventuale esito negativo del procedimento di reclamo, quanto al successivo giudizio e alle spese di lite, porta con sé una sorta di aggravamento delle medesime ultime con la maggiorazione del 50% a titolo di rimborso delle maggiori spese del procedimento.

Sospensione del processo, dell'atto impugnato e dell'esecutività delle sentenze

Con l'aggiunta di due commi, 1-bis e 1-ter, sono state accresciute le possibili situazioni di sospensione del processo il cui giudizio deve essere sospeso.

La Commissione tributaria dispone la sospensione del processo in ogni altro caso in cui essa stessa o altra commissione tributaria deve risolvere una controversia dalla cui definizione dipende la decisione della causa: fra queste ipotesi vi rientra la cd. sospensione necessaria, tale sussistendo nei casi in cui il Fisco contesta ai soci la cd. distribuzione di utili extracontabili in presenza di accertamento nei confronti di società a ristretta base societaria.

Viene, altresì, sospeso il processo, su richiesta conforme delle parti, nel caso in cui sia iniziata una procedura amichevole ai sensi delle Convenzioni internazionali per evitare le doppie imposizioni stipulate dall'Italia ovvero nel caso in cui sia iniziata una procedura amichevole ai sensi della Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di

rettifica degli utili di imprese associate n. 90/463/CEE del 23 luglio 1990.

L'art. 47 ex D. Lgs. 546/92, rubricato come sospensione dell'atto impugnato, assume che l'atto opposto può essere sospeso laddove il contribuente prova la sussistenza del danno grave e irreparabile: preliminare alla decisione, come specifica il comma 3, è la delibazione del merito, il che a dire che, quanto meno, necessita la presenza del fumus boni iuris, anche in via di prima apparenza, mentre ciò che rileva, in ogni caso, è il periculum in mora che deve essere motivato.

La novità della novella, in ordine a questo articolo, è l'inserimento dell'inciso in base al quale "il dispositivo dell'ordinanza deve essere immediatamente comunicato alla parti in udienza".

In un certo qual modo, si è voluto uniformare tale momento processuale ad altri tipi di processo, evitando che l'esito della fase cautelare venisse ottenuto in tempi non rapidi.

Va ricordato, come ex ante già indicato, che se prima della riforma nessuna decisione sulle spese della fase è stata mai adottata, dal 1 gennaio 2016, invece, il Collegio giudicante dovrà porre a carico di una delle parti le spese di lite, ferma la possibilità di compensazione solo e soltanto in casi eccezionali (cfr. art. 15).

La ratio del legislatore, nell'attribuzione delle spese, è da individuare nell'esigenza di porre un freno alle, talvolta, disordinate e non sufficientemente provate istanze di sospensione dell'atto impugnato.

Già, per prassi, ma non ancora normato, avverso le sentenze della CTP è possibile proporre istanza di sospensione della sua esecuzione (si veda, Corte Cost. n. 217/2010).

Con l'art. 52, ora, l'appellante può chiedere alla Commissione Regionale di sospendere in tutto o in parte l'esecutività della sentenza impugnata, se sussistono gravi e fondati motivi.

Per appellante si intende sia la parte privata che quella pubblica e, come si nota, diversamente anche dalla richiesta di sospensione dell'atto impugnato in primo grado oppure della sentenza della CTR pendente ricorso per Cassazione non si fa riferimento al danno grave e irreparabile.

Se però ad appellare è il contribuente, questi ha due possibilità: chiedere la sospensione dell'esecutività della sentenza a suo sfavore impugnata in secondo grado per gravi e fondati motivi ovvero può comunque chiedere la sospensione dell'esecuzione dell'atto (già impugnato) se da questa può derivargli un danno grave e irreparabile.

La differenza fra le due fattispecie (gravi e fondati motivi – danno grave e irreparabile) consiste, quanto al primo, in questioni sia giuridiche (ad esempio, ragionevole probabilità di accoglimento dell'appello) e sia fattuali (ad esempio, possibilità di insolvenza del contribuente), ancorchè non sia necessaria la vigenza di entrambe, e, quanto al secondo, nell'esistenza di profili esclusivamente fattuali, comunque fumus e periculum coordinati fra loro.

Come per la sospensione dell'atto in primo grado, anche per la sospensione dell'esecutività della sentenza della CTP la CTR può concederla subordinandola alla prestazione di idonea garanzia.

Conciliazione giudiziale

Se, da una parte, la riforma ha "stretto le corde" su certi livelli processuali, da un'altra parte, ha stimolato le parti affinché possano addivenire ad ipotesi conciliative o comunque definitorie del giudizio.

Ne è esempio tipico la rinnovata conciliazione giudiziale che ha visto il precedente art. 48 suddiviso in tre nuovi articoli (48-48 bis-48 ter).

In sintesi: ciascuna parte può presentare istanza di conciliazione (totale o parziale), se in udienza, entro 10 giorni liberi prima della data di trattazione del giudizio; se fuori udienza, e quindi in pendenza di giudizio, le parti presentano istanza congiunta sottoscritta personalmente o dai difensori.

Nell'uno o nell'altro caso, si avrà o l'estinzione del giudizio o la cessazione della materia del contendere e, quanto alle spese, queste, anche per la modifica dell'art. 46 ex D. Lgs. 546/92, restano a carico della parte che le ha anticipate.

Diversamente dalla precedente versione che prevedeva il versamen-

to del conciliato o della prima rata, la nuova conciliazione si perfeziona con la sottoscrizione dell'accordo.

Questa forma di alleggerimento dell'istituto della conciliazione va di pari passo anche con la misura delle sanzioni consequenziali che sono state ridotte: se la conciliazione avviene in primo grado, la sanzione è del 40% del minimo di legge; mentre in secondo grado, nella fase dell'appello, la percentuale arriva al 50% del minimo di legge.

Come ultimo aspetto, è bene tenere in debita considerazione che "Qualora una delle parti abbia formulato una proposta conciliativa, non accettata dall'altra parte senza giustificato motivo, restano a carico di quest'ultima le spese del processo ove il riconoscimento delle sue pretese risulti inferiore al contenuto della proposta ad essa effettuata. Se è intervenuta conciliazione le spese si intendono compensate, salvo che le parti stesse abbiano diversamente convenuto nel processo verbale di conciliazione."

Insomma, entra nel processo tributario, come già presente nel processo di rito, una sorta di penalità nei confronti della parte che non ha accettato la conciliazione senza giustificato motivo.

Provvisoria esecutorietà della sentenza a favore del contribuente

Forse la novità più rilevante della riforma, la cui entrata in vigore è stata differita al 1/6/2016, concerne la previsione dell'immediata totale provvisoria esecutorietà della sentenza a favore del contribuente, comprese le spese, restando confermata, in caso di vittoria della P.A., la cd. riscossione frazionata.

Corollario del nuovo articolo 67 bis è che il contribuente potrà esperire il giudizio di ottemperanza, senza attendere la definitività del giudizio per la restituzione delle somme oggetto di rimborso: davanti alla CTR se il giudizio pende avanti a sé stessa, ovvero alla CTP.

Da notare che detto giudizio di ottemperanza può essere attivato nei riguardi degli agenti della riscossione.

In ordine all'art. 69, anch'esso novellato, si conferma l'immediata ese-

cutività delle sentenze condannati al pagamento di somme in favore del contribuente con un duplice condizione: se le somme ammontano a non oltre €10.000, non vi sono preclusioni nel senso che l'Ente impositore decorso lo spatium deliberandi deve provvedere; se, al contrario, la detta somma è superiore, il Giudice può subordinare il pagamento alla prestazione di idonea garanzia, tenuto conto della solvibilità dell'istante.

Conclusioni

Per concludere queste semplici osservazioni, in attesa che la giurisprudenza di merito e legittimità possano offrire chiarimenti o precisazioni, due particolarità.

La prima, ai sensi dell'art. 18 (Il Ricorso) al comma 3°, consiste nella necessità (... deve contenere ...) di indicare a quale categoria professionale – avvocato, commercialista, geometra, etc. – appartiene il difensore; la seconda, come previsto dall'art. 62, consente con l'accordo personale delle parti, e non coi rispettivi difensori, il ricorso per Cassazione "per saltum" avverso le sentenze della CTP.

Un'ultima annotazione: il D.Lgs. n. 156/2015 ha dato una rinfrescata al Processo Tributario, però giace in Parlamento un progetto di legge, ben più ampio e armonico, di completa rinnovazione della Giustizia Tributaria che probabilmente condurrà anche ai Giudici Tributari di "carriera": è proprio di qualche giorno fa' la notizia che il Governo intende procedere in tal senso, anche per tutti i profili di responsabilità connessi alla qualificazione professionale di Giudici togati.

Massimo Restano

segnali di fumo



il diritto preso sul serio & il diritto preso sul ridere



Anche i grandi giuristi mettono le dita nel naso.

"Quello di mettere le dita nel naso è infatti un antico, infantile vizio, anche degli uomini colti. Uno dei più grandi giuristi italiani lo praticava spesso e meticolosamente, con lunghe e approfondite esplorazioni. Tutti noi, poi, conosciamo uomini di cultura, spesso professori, che, al pari degli incolti, si lavano poco, hanno denti guasti, forfora sulla giacca, alito pesante o che sono incontinenti nel parlare come nel mangiare, non di rado in modo inurbano". Ad esemplificazione l'autore di guesta frase "addita" un personaggio di spessore come "Eminente Forforato"1.

Quella che precede è una notazione che non si trova in un trattato di galateo, ma si colloca nel bel mezzo di una (auto) introduzione ad un "Manuale di diritto privato", di cui è autore il Prof. Francesco Gazzoni. A questo brillante ed astioso giurista ho accennato in Segnali di fumo in Cronache dal Foro Parmense n. 2/2015 per tratteggiarne la defla-

1 Plausibile la identificazione, dati i tempi, con l'ex Ministro Gianni De Michelis, già docente universitario in chimica industriale. grante vis polemica a confronto del fioretto impugnato dal Prof. Bigiavi.

1. La idroglicerina del Prof. Gazzoni.

Nomen omen, viene in mente la idrolitina del buon Cav. Gazzoni, ma questa è idroglicerina, che esplode ben al di là dei temi propri di un manuale giuridico, spaziando in ogni ramo dello scibile.

Qualche collega, reso curioso dal mio sopracitato "segnale di fumo", è andato a scovare le introduzioni di altrettante edizioni del volume, alle quali l'autore, nonostante promesse solenni, non ha mai rinunciato, aggiungendo volta a volta benzina sul fuoco.

Un collega del Gazzoni, molto riduttivamente ed amichevolmente, gli ha intimato: "Basta con le introduzioni intimistiche ai volumi giuridici". Lui si è schermito: "Tollerate queste pagine, stampate in corsivo e con la numerazione romana in quanto fuori testo". Insomma una zona franca, un editoriale in cui sciabolare a tutto campo con libertà di irridere e beffeggiare prassi e concezioni correnti, nemici e quasi amici.

2. Gli studendi di ieri e di oggi.

Se un profilo dell'autore può essere ritagliato è quello dell'uo-mo consapevolmente molto colto, altezzoso, eclettico, versato in primis in jure e nella musica classica, "antico" signore stretto ad una concezione liberale, e dissacratore senza pietà dei costumi e dei politici

odierni, in specie del radical – catto – comunismo. Del suo tradizionalismo fa prova persino il suo giudizio sugli studenti di ieri e di oggi.

Si compiace infatti delle goliardate di altri tempi, i suoi, quando i compagni di studio istoriavano i lignei banchi con queste dediche: "Quando parla il buon Volterra | c.. e p.. vanno a terra!". "Quando parla Ugo Papi | non c'è c. che si arrapi!". Proprio così nella prefazione del manuale. Ma quando si occupa dei "suoi" studenti, quelli della generazione del '68, politicizzata, non c'è pietà: "Dell'orgia di follia sessantottina è rimasta, innanzitutto, la liberazione sessuale a seguito di una deflorazione di massa, avvenuta con il consenso di quelle giovani che univano il dilettevole all'utile, al fine di essere accettate dai "rivoluzionari" i quali si erano ovviamente assegnati il privilegio di un novello jus primae noctis nelle aule delle facoltà occupate. All'Università di Censier un cartello così invitava gli studenti "Amatevi gli uni sugli altri".

Da tutto questo "cazzeggio", parlato e praticato, e dal 18 "politico" non poteva che discendere la decadenza della odierna istruzione e della università, e la violazione dell'art. 34 cost., secondo cui solo i capaci e meritevoli hanno il diritto di raggiungere i posti più alti negli studi, mentre tutti oggi vengono promossi, basta che ottengano quel pezzo di carta, che li renderà ignoranti, inoccupati o disoccupati per tutta la vita. Ove riecheggiano

le idee di Einaudi sulla abolizione della laurea come titolo legale, con il "ricarico" dell'auspicio di sbarramenti alle scuole materne, elementari ect. a cui anche i ventenni asinini potranno restare iscritti finché maturino a dovere. Paradosso o cinismo? Mentre Benedetto Croce si limitava a scrivere – e non è poco - che i giovani avevano l'unico compito di studiare, per poi, divenuti maturi, dedicarsi, se lo credevano, all'attività politica. Non vedeva spazio per i movimenti giovanili ².

Al goliardo spoliticizzato e scavezzacollo, magari bohémien, si dedica un ricordo compiacente, ma a quello sessantottino e suoi discendenti nulla è perdonato. Quell'epoca e quelle anarco - ideologie si riveleranno nefaste per le future generazioni provocando danni irreparabili, compresa la deviazione nella lotta armata, oltre che odiosi lasciti lessicali ("niente, cioè, praticamente, diciamo, no ? beeh, insomma, come dire, attimo, attimino"), a tali tic verbali essendo ridotto il loro vocabolario.

Nessun rilievo viene dato alle conquiste sociali e professionali della donna e alla rivolta contro le incostrazioni burocratiche dello Stato e degli stessi partiti di critico riferimento.

3. L'università di massa.

Dei rapporti tra il prefatore – autore con i colleghi universitari si è già accennato nel precedente "Segnali di fumo" a proposito della denuncia delle nefandezze sistematicamente perpetrate dai cattedratici nei concorsi ³. A suo giudizio,

i professori universitari gioirono della università di massa, divenuta una sorta di università dell'obbligo vista la necessità di aumentare il loro organico, "moltiplicando falsi e pretestuosi corsi di laurea" ed il numero di "emeriti" - "oggi persino estesi al Vicario di Cristo in terra"- irripetibilmente sostantivizzati. "Novelli Caligola promuovono gli asini in assenza di cavalli". Vedeva giusto il custode dell'aula della facoltà romana di giurisprudenza che, lasciando le chiavi "dell'obitorio" al docente che si dilungava nella lezione, con indolente e rassegnato romanesco "A professò io me ne vado, ar cadavere ce pensa lei!".

4. Macerata?

Una parentesi dilettevole e dialettale sia consentita.

Debbo premettere che tra i miei corregionali maceratesi, e dintorni, è uso mettere il punto interrogativo in luogo delle affermazioni ed esclamazioni. Noi diciamo: "Non ho parole!" "Non posso credere!". Loro: "Ma che davero davero ?". E c'è chi risponde in luogo dell'interlocutore anticipando con una domanda retorica lo scontato diniego. Ecco il quadretto gazzoniano in una introduzione al suo manuale: "Quando insegnavamo a Macerata e andavamo al ristorante, dovevo tradurre al cameriere marchigiano ordinazioni come questa: "Daiadille 'n biango, no?", "Fiddu ashkulano, no?", "Gelado (di) chema, no ?". Egli infatti storpiava e mangiava le parole, frammentando la frase con un continuo interrogativo retorico, che, piacevole nel francese n'est-ce pas, era davvero insopportabile con l'italiano no".

Marchigiani anche trogloditi. Punto interrogativo.

5. Toscanini, Muti e.... il norcino di Parma.

Mescolando i suoi primari interessi, professionali e culturali: "Mi si permetta, a questo riguardo, di divagare un po' e di portare un esempio, riferendomi all'ambito culturale che più amo: quello della musica classica. Pur sforzandomi, non riesco a entrare in sintonia con le proposte interpretative dei nuovi esecutori, così come non riesco a trovare il

senso di quasi tutti gli scritti giuridici che si riversano in continuazione sul mercato. Dei giuristi preferisco tacere, così come dei cantanti lirici, ormai estinti, salvo poche oasi sopranili e baritonali. Per i direttori d'orchestra, invece, è facile osservare che da Furtwangler, da Celibidache, luminosa meteora, e dal sublime Karajan dell'ultima stagione, i Berliner Philharmoniker sono passati nelle mani del dimenticabile Abbado e del circense Rattle, così come, dopo Walter, Mitropoulus e Bernstein, a New York sono arrivati il patinato colorista Metha, il Kapel-Imeister Masur e l'incostante Maazel, mentre a Londra, dopo il primo Karajan e Klemperer, è arrivata la mediocrità". E via censurando.

".... passi parlare di Toscanini, con le sue esecuzioni sintetiche alla Reader's Digest adatte al pubblico americano e quindi anche ai provincialotti italiani, ma giù le mani da Furtwangler!".

E prorompe: "Mi innervosisco quando sento critiche osannanti a Muti (emulo del norcino di Parma, capace solo di fare salsicce di qualsivoglia musica dirigesse), bensì discreto istruttore di orchestre di medio livello e buon insegnante di dizione per cantanti stranieri, ignoranti della lingua italiana, ma interprete rozzo e di corto respiro, strangolatore di voci, amante dei timpani delle trombe, dei piatti, e degli zumpapà, tutta esteriorità".



Uscendo dalla musica classica, affonda la lama nel prodotto contemporaneo: "Si dà in pasto alla plebe ignorante il prodotto più idiota e svilito o falsa e imbastardita cultura (dagli orrendi concerti dei tre tenori, a Benigni che legge Dante, dopo aver speculato, tra autoassolutori applausi, sull'Olocausto)", tutto per la remunerativa pubblicità mediatica.

² L'impronta dell'autentico liberale che ancora ha ad insegnare alle nuove generazioni la troviamo in questo significativo passo, anch'esso in una delle introduzioni al manuale: "Il funerale di Giorgio Ambrosoli, uno dei pochi veri eroi italiani, ucciso il 12 Luglio 1979, fu disertato dalle c.d. autorità perché il suo eroismo aveva intralciato i disegni criminosi di politici, allora collusi ed ancora oggi riveriti e omaggiati. La sua lettera – testamento alla moglie dovrebbe essere letta ogni anno in ogni scuola di Italia".

³ Si vuol qui rammentare che il giornalista Emiliano Fittipaldi, ora noto per le inchieste sul Vaticano, su *l'Espresso* del 05.09.2014, rifacendosi al Prof. Gazzoni, in particolare al suo già da noi citato articolo (sub *Segnali di Cronache* n. 2/2015) apparso e repentinamente scomparso sul giornale online "Judicium" proponeva questo glossario: " "ah porci!", esclamò Perpetua. "ah baroni!", esclamò Don Abbondio . I Lanzichenecchi che distrussero la Lombardia nel 1630 Alessandro Manzoni li chiama proprio così "baroni". Dal latino "baro baronis", termine che, dice la Treccani, indicava il "briccone. il farabutto. il furfante"".



6. Contro la giurisprudenza "creativa".

Quali i giudizi del Gazzoni sulla magistratura e sulla metodologia dell'attuale esercizio della funzione giurisdizionale? Sono facili da dedurre. Giuristi "anarcoidi" o in preda ai loro sentimenti spacciati per valori "pretendono di imporre i valori propri contro quelli altrui, considerati non - valori o valori secondari e deboli". Il loro é "l'attacco alla legge scritta e codificata" in nome dell'antiformalismo, della sostituzione delle norme costituzionali con "il proprio mondo extragiuridico della propria Weltanschauung". E' la critica al c.d. diritto giurisprudenziale o giurisprudenza normativa.

Ritroviamo una esemplificazione di tali asserti all'interno del manuale, al riguardo del caso Englaro.

Scrive il Gazzoni: "Si è così assistito a invasioni di campo, sostanziali se non formali, ad opera di giudici, i quali hanno ritenuto di poter decidere a quali condizioni si può far morire cittadini incapaci di intendere e di volere, pur essendo evidente che in tal caso solo una legge è in grado di garantire con una efficacia erga omnes la sintesi possibile tra la pluralità di valori etici professati dalla collettività. I giudici, in tal modo in nome del popolo italiano hanno deciso in base ai valori non già fissati in leggi, frutto di mediazione ad opera dei rappresentanti del popolo stesso, ma espressione della propria visione del mondo, con efficacia per le "sole" parti del giudizio e sostanziale violazione dell'art. 3 cost., oltre che del fondamentale principio della separazione dei poteri".

Obiettiamo: al contrario sembra che il legislatore abbia inteso assu-

mere funzioni giurisdizionali. Quando il Presidente della Repubblica ha rifiutato di emanare un decreto legge che ponesse fine alla interruzione dell'alimentazione artificiale della Englaro, tra le altre ragioni addusse che la necessità ed urgenza della decretazione sottopostagli dal Governo non poteva riferirsi ad un caso unico, ad personam, mentre per una normativa generale non ricorrevano gli estremi, dopo tanti anni di inutili discussioni parlamentari. D'altronde è noto il principio del non liquet che non ammette vuoti, anzi nel nostro ordinamento fa obbligo al giudice di colmarli, come la stessa norma positiva prescrive all'art. 12 secondo comma c.c., e correttamente aveva già deciso Cass. n. 21748/2007, interpretativa dell'art. 32 II° comma Cost., introdotto su proposta dell'On. Moro. E' alla Corte Cost. che compete il bilanciamento e la composizione dei principi fondamentali, tant'è che con ord. n. 334/2008 ha respinto per inammissibilità il conflitto di attribuzione sollevato dal Parlamento.

7. Idee e antipatie.

Si era già avuto modo di cogliere nel segnale di Cronache n. 2/2015 ("Gerarchie universitarie") che tra il nostro Autore e il Prof. Galgano, oggi unanimemente compianto, non corresse buon feeling. Non saprei dire se quel "civilista sopravalutato, mio coetaneo", a cui è rivolta la pittoresca definizione di "un peto in un'ampolla" sia il docente bolognese. Lo è certamente colui a cui Gazzoni addebita di aver scritto non qià "aequitas" ma "equitas", non solo confondendo equità e "cavallinità platonica", ma, "non bastasse, ritiene, avendolo scritto, che ultimo Re di Napoli sia stato Federico II°, quello del Sacro Romano impero, lo stupor mundi, e non già Francesco II°, il povero Franceschiello" (gioco di equivoci già praticato dal Bigiavi versus Provinciali, che aveva confuso Beirut con Bayreuth).

Altrettanto assodato che la nota frase del Gazzoni "un giurista improvvisatosi civilista" abbia lo stesso destinatario.

Non è dubbio che in queste trincee, tra i contendenti, nonché tra i lettori, hanno un grosso peso le simpatie e il loro rovescio. Lo riconosce lo stesso Gazzoni non smentendo la regola quando riporta il commento alla sua opera di un collega: "L'Autore è antipatico ma ha scritto un buon manuale".

Scriveva Leo Longanesi sul suo diario⁴: "Non ho idee, in questo momento, ma solo antipatie".

Ma qui, tra due Maestri di diritto, le idee sono tante e di alto profilo, e prevalgono sulle antipatie.



Filisofia del diritto nell'Aula Mossini.

Proprio così. Nell'aula del nostro Tribunale dedicata al Prof. Mossini, in una circostanza festosa e solenne di qualche anno fa, si sono levate brevi e dotte considerazioni di filosofia del diritto. Per pochi secondi, sia pure; chissà dove si saranno depositate. L'evento era troppo emotivo, la lectio dotta e commossa, il clima terso per essere rotti da qualche segno di dissenso, al massimo un battito di ciglia. Ma proprio perché conviene dissipare ogni ombra che possa inquinare il luogo dedicato al docente di filosofia del diritto, nonché rimpianto Presidente del Tribunale, che è ora tempo di "riconsacrare" quel tempio liberandolo dalle scorie improvvidamente sedimentate.

Diceva l'oratore: "Sono un giusnaturalista avverso al positivismo, che è la radice del nazismo": frase trascritta a suo tempo su questa rivista.

Ora ciascuno può credere di essere quello che vuole, ma che il positivismo sia alla base del nazismo è asserto che capovolge la realtà del pensiero giuridico.

Guido Fassò, Maestro del Maestro, scrisse un memorabile saggio dal titolo – che dice tutto- "Tra positivismo e nazismo giuridico".

Quest'ultima ideologia ripudia il giuspositivismo sostituendolo con

⁴ L. Longanesi "Parliamo con l'elefante – frammenti di un diario".

una sorta di diritto libero secondo il quale il giudice, anziché creare il diritto in base alla propria valutazione dell'interesse generale, doveva ispirarsi al volere del Fuerer, interprete dell'anima della comunità popolare, fonte di legittimità al di fuori e al di sopra della legalità.

Nella sua "Storia della filosofia del diritto", III° Vol. Ed. 2006, 317 lo stesso Fassò scrive: "Non è dunque al positivismo giuridico che si può addossare la colpa di essere stato strumento di esso (come invece lo fu del fascismo italiano); anzi, proprio la negazione del principio della legalità tolse ogni freno - quel freno che costituì in Italia e nel periodo post staliniano nell'URSS -all'arbitrio politico, arbitrio che non trovò in Germania non solo il limite, ma neppure l'intralcio che il formalismo legalistico può opporre all'azione di chi detiene il potere".

Atto dovuto.



Un giurista di common law.

Guido Calabresi "Il mestiere di giudice - pensieri di un accademico americano", Ed. Il Mulino, 2013, pagg. 138. ⁵

Si tratta di un'opera inconsueta per la nostra letteratura giuridica, ma in quella di common law copiosissima.

5 Guido Calabresi è nato a Milano nel 1932 da una famiglia borghese ebraica, ed è stato il più giovane professore nella storia della facoltà di legge Yale dalla sua fondazione, che risale al 1701. Il padre, amico dei fratelli Rosselli e legato a Salvemini, fu brillante cardiologo ed in tale qualità era stato convocato al capezzale di Papa Ratti, ma la notizia venne passata sotto silenzio per prudenza in quel clima di regime. Vinta una borsa di studio per Yale, grazie all'intercessione di Giuseppe Levi, padre di Natalia Ginzburg, con molta fatica riuscì ad ottenere il permesso per recarsi in U.S.A.. Il viaggio, con i suoi famigliari, avvenne sul famoso transatlantico Rex, non certo con il piroscafo riservato agli emigranti, quindi senza la sosta forzata ad Ellis Island. Nonostante questi "privilegi" egli, e con lui la moglie Bianca Finzi Contini, insegnante di letteratura francesce, si considerò sempre un rifugiato, ancorché "separato" dagli emigranti italiani ed ebrei per esigenze di censo universitario e di appartenenza a Yale. E' uno dei massimi studiosi di torts, cioè degli illeciti civili. Nel 1994 è stato nominato giudice federale della corte d'appello nel secondo circuito di New York dal Presidente Clinton. Insignito di oltre quaranta lauree ad honorem in tutto il mondo, è autore di libri ed articoli ed è universalmente considerato, insieme al premio nobel per l'economia Ronald Coase, il fondatore dell'analisi economica del diritto.

Qualcosa di simile e unico in Italia è il libro di Sabino Cassese "Dentro la Corte", di cui si è parlato nel numero precedente di Cronache in "Segnali di fumo" pag. 27 e segg.

Trattasi invero di un genere letterario a noi sconosciuto: autobiografie, in cui si raccontano i casi risolti, le discussioni all'interno delle camere di consiglio; le reazioni alle soluzioni proposte, la raccolta di casi esemplari, le biografie e le lezioni dei protagonisti.

Ebbene, quest'opera di Calabresi si collaca al crocevia di tutti questi generi letterari. Domina l'autobiografico in quanto l'autore racconta le sue esperienze di giudice di Corte d'Appello federale del circuito di New York, seguita agli anni di docenza e presidenza della law school della Yale University.

Il volume raccoglie tre lezioni di eccellenza tenute presso l'Università di Macerata, dedicate al grande giurista e filosofo maceratese Alberico Gentili, eretico protestante che alla fine del XVI secolo trovò riparo dalle persecuzioni religiose rifugiandosi dall'Italia a Oxford, e in Inghilterra divenne consulente della Regina Elisabetta I° e di Giacomo I° Stuart, Regius Professor of civil law, famoso avvocato associato a Grey's Inn. Calabresi si rispecchia in Gentili condivendo lo status di "rifugiato".

Nella prima lezione ("Chi è e cosa fa il giudice di una Corte d'Appello Federale degli Stati Uniti") l'a. declina la complessa e frastagliata, per noi di civil law, struttura giudiziaria degli States.

Per tutto il territorio degli U.S.A. ci sono 11 Corti d'Appello (più la dodicesima collocata nel distretto di Columbia – Washington). Ciascuna di esse esercita la propria giurisidizone in un c d. circuito, cioè in una determinata area del paese comprendente un certo numero di Stati.

Le Corti d'Appello sono il secondo grado di giudizio nel sistema giurisdizionale federale. Si collocano, cioè, a metà fra le Corti di distretto previste una per ciascuna dei 94 distretti giudiziari federali, e che rappresentano il primo grado di giudizio, e la Corte Suprema Federale che si trova a Washington, e che è il vertice di tutto il sistema giudiziario degli Stati Uniti.

E' cruciale aver presente che le due giurisdizioni, quelle degli Stati e quelli delle Corti federali, sono nettamente separate, gli Stati mantengono giurisdizione per tutto quello che riguarda la loro legislazione e la loro Costituzione, al punto che le Corti Federali rimandano alle Corti Statali un ricorso erroneamente presentato davanti alle stesse per difetto di giurisdizione.

A ciò si aggiunga che le Corti di Appello federali hanno giurisdizione anche per tutte quelle controversie che nascono fra cittadini di due Stati diversi.

In questi casi le Corti d'appello finiscono per lavorare come Corti statali, applicando il diritto di uno Stato, ma offrendo alle parti la terzietà di una Corte tipicamente federale.

Il sistema in un certo senso è più equilibrato dell'ordinamento delle corporazioni medievali, ove, nella controversia tra un affiliato e il comune cittadino per un atto di commercio si applicava lo statuto delle corporazioni.

Inoltre, ed è distinzione essenziale rispetto al sistema europeo, in U.S.A. i giudici statali sono prevalentemente *eletti* dalle comunità nelle quali eserciteranno la loro funzione. In qualche Stato dal governatore e approvati dal Senato locale.

I giudici federali, invece, vengono *nominati* dal Presidente e poi confermati dal Senato di Washington.

La carica è a vita. Mentre i candidati in Italia sono nominati per concorso, i Giudici federali degli U.S.A provengono da carriere e da formazioni le più varie, dal mondo accademico, dall'avvocatura, dalla schiera di alti politici. Il gruppo restante, che è il più numeroso, è composto da giudici di carriera provenienti da gruppi di prima istanza e promossi a quelli di appello; anche se negli U.S.A., essendo la carica di giudice federale di nomina, non è possibile perseguire una carriera in senso stretto.

A distinguere nettamente l'ordinamento giudiziario statunitense è la facoltatitivtà dell'intervento della Corte Suprema federale limitato ai casi ritenuti più rilevanti e che essa ritiene decidere in modo uniforme, ad esempio quando abbiano dato luogo a contrasti la cui persistenza sia ritenuta insostenibile.

In altre parole la esigenza della nomofilachia, nel nostro sistema indefettibile a tutela del principio di uguaglianza, negli U.S.A. è circoscritta ad una stretta casistica. In relazione a questo potere di scelta dei casi da decidere nel grado superiore, è comprensibile come ogni anno il numero delle decisioni della Suprema Corte Federale sia soltanto una ottantina, di contro ai trentamila casi decisi dalla nostra Corte di Cassazione, e ai circa 400 casi decisi dalla Corte Costituzionale nel medesimo arco temporale.

La Corte di volta in volta sceglie quali settori uniformare, con una decisione che, a livello federale, chiude la questione definitivamente e in modo identico per tutti, e ad evitare tensioni localistiche, quali settori lasciare liberi di evolversi autonomamente per aderire alle diverse esigenze dei cittadini dei diversi Stati. Così è stato per la segregazione razziale, abolita solo nel 1950 e per la dichiarazione di illegalità delle leggi statali punitive dell'aborto; così sta avvenendo gradualmente per il matrimonio tra persone dello stesso sesso⁶ o per la pena di morte, per le quali questioni ogni Stato provvede secondo le proprie tradizioni sin quando la Corte Suprema non avocherà a sé la decisione.

In controtendenza rispetto ai criteri europei che tendono a istituire giudici specializzati (per la famgilia, per i minorenni, sez. fallimentari-per le questioni societarie...) negli U.S.A. la scelta dei giudici è avulsa dalle loro conoscenze specifiche ad evitare che la nomina o l'elezione sia influenzata dalle tesi che notoriamente i giudici abbiano professato su dati argomenti, e comunque per favorire il dialogo tra giudici nell'ambito della stessa Corte.

6 Al tempo delle lezioni del Calabresi. Nel 2015 la Corte Suprema Federale lo ammetterà. E' appunto il tema della seconda lezione: il dialogo fra i vari giudici e il legisaltore.

Fulcro di questo dialogo sono le corti federali di appello, muovendosi tra le leggi federali e le leggi statali e formando il deciso fin quando la Suprema Corte federale non abbia inteso avocarlo a sé facendolo diventare uguale per tutti gli Stati. Sicché l'aspetto cruciale del rapporto tra il potere giudiziario e il legislativo è il ruolo politico, in senso centripeto o centrifugo, esercitato dalla magistratura.

Sono vari i tipi di dialogo praticato: la sentenza che contiene ammonimenti diretti al legislatore, e questa è tecnica conosciuta dal nostro giudice costituzionale; l'uso di obiter dicta (simili ai nostri ma finalizzati a facilitare ad altri giudici la loro decisione in casi consimili); infine l'impiego della certification. Quest'ultima è la tecnica a noi ignota con cui la Corte chiede chiarimenti al giudice inferiore o all'autorità pubblica di dar conto degli atti emessi. In quel caso la Corte d'appello federale richiede alla Corte Suprema dello Stato un supplemento di riflessioni e delucidazioni, perché possa rivalutare la questione. All'inverso, verso l'alto, la Corte d'appello federale interrogherà la Corte Suprema federale. "E' come comunicare alla Corte Suprema le nostre riserve". "Anche questo è un esempio di dialogo, noi che riconosciamo la scelta che in quel caso la Corte ha fatto ma che esprimiamo le nostre riserve e proviamo a decidere diversamente. E' come se chiedessimo alla Corte cosa pensi della alternativa che stiamo prospettando". Questa prassi di dialogo interpretativa è nota come "cross – fertilisation".

Verso la giurisprudenza straniera i giudici statunitensi rifiutano ogni dialogo in segno di orgoglioso distacco, nonostante la provenienza della popolazione sia di emigranti. E' la posizione del giudice della Corte federale Antonin Scalia, per altro noto come propugnatore della dissenting opinion⁷. L'amara conside-

......

razione del Calabresi: "Malgrado le apparenze, gli Stati Uniti restano dopo tutto un paese molto provinciale".

Ma le ragioni di queste diversità rispetto all'ordinamento giudiziario dell'Europa Occidentale non dipendono solo da elementi strutturali, bensì anche dall'impiego della concurring e dalla dissenting opinion che hanno l'effetto –per noi inconsueto- di porre in evidenza inevitabilmente le individualità e quindi la personalità, la cultura e il carattere del giudice, che ha preso parte al giudizio.

Con la opinione concorrente alcuni giudici, pur approvando il dispositivo della sentenza, aggiungono ulteriori o diverse motivazioni, che possono essere utili per altre decisioni su casi identici o analoghi o per rendere più accettabile la ratio alle parti contendenti specie quando il contrasto è di tipo etico-politico; con la dissenting esprimono contrarietà alla decisione apportando motivazioni che potranno essere di spunto per un futuro normativo o giudiziario.

Per Calabresi "l'aspetto cruciale del rapporto tra potere giudiziario e potere legislativo riguarda il ruolo politico del giudice, se le corti devono tener conto della maggioranza, oppure si devono rimettere ad essa". "Le Corti, lavorando a tutela della minoranza ed elaborando un apprezzamento di ciò che è giusto

è personaggio estremamente controverso per la sua linearità e contraddittorietà insieme, comunque, tutto sommato, fortemente conservatore. La sua interpretazione del diritto costituzionale: "Diversi colleghi mi dicono che la Costituzione è un testo vivo, io devo ricordare loro che è un testo morto". Il contrario della nostra Costituzione. Scalia è deceduto il 13.02.2016. La sua scomparsa apre una partita politica pesante quanto quella presidenziale. Come si evince dalle lezioni di Calabresi, i giudici della Corte Suprema hanno il potere di plasmare la società poiché il Congresso è ben felice di delegare al potere giudiziario di dirimere questioni di carattere eminentemente politico. Ancora una volta al contrario di quanto avviene in Italia, salvo per il caso della inazione o impotenza parlamentare. La nomina di un altro giudice in luogo di Scalia è prerogativa di Obama, che ha bisogno dell'assenso del Senato. E già si preannuncia battaglia poiché i repubblicani chiedono che provveda alla nomina il prossimo presidente. Possibile una mediazione su una figura moderata. Per comprendere la portata della nomina, a sanare lo squilibrio in senso progressista tra gli otto giudici rimasti, è da tener presente che la Corte Federale dovrà decidere se mantenere la sanatoria decisa dall'attuale amministrazione e impedire la deportazione di 4 milioni di clandestini; nonché gravi questioni sanitarie di natura etico – religiosa, e sindacali,

⁷ Il Giudice Antonin "Nino" Scalia di origini siciliane,

devono avere il coraggio di contrastare la maggioranza". E' quanto scolpito nella nostra Carta costituzionale (art. 1 secondo comma; art. 3; tutta la parte prima) in forza di precetti generali che dovranno essere armonizzati tra loro.

Più tormentata da dubbi di coscienza la terza lezione "Il giudice e la giustizia: di fronte alla pena di morte".

Come deve comportarsi il giudice di fronte ad una legge ingiusta?

Il caso più angoscioso è quello della pena di morte che solo in alcuni Stati è vietata, sicché una Corte Federale d'appello dovrà applicarla se il reato è stato commesso in uno stato di sua giurisdizione in cui è prevista. La Corte Suprema ha stabilito che la pena di morte non è una sanzione "cruel and inusual" difendendone la legittimità costituzionale verosilmente per il cauto rispetto delle culture locali.

Nulla di tutto ciò nelle costituzioni europee, ove generalmente la pena di morte è bandita, e comunque, come detto, principi diffusi come il rispetto della persona e della uguaglianza sono stabiliti nelle carte costituzionali. Nel campo civilistico, in Italia il ricorso all'equità è previsto in dati casi, mentre le clausole generali di buona fede costituiscono diritto positivo.

Si chiede Calabresi: "Il fatto che la legge ingiusta sia stata approvata dalla maggioranza implica che in un regime democratico il giudice sia obbligato ad applicarla?". Ma l'autore ha già detto che la maggioranza non può prevaricare le minoranze. Tuttavia la Corte Suprema Federale ha una elasticità politica che non dà le (relative) certezze del nostro giudice costituzionale.

E dunque, ove si presentasse un caso di indefettibile applicazione di condanna a morte, Calabresi –reputato di fatto impraticabile il ricorso alla decisione del plenum della Corte federale d'appello onde affrancarsi da un giudicato precedente- considerata la attuale immodificabilità del principio della Suprema Corte, non ritiene corretto abbandonare

da sé l'amaro calice astenendosi o scegliendo la via delle dimissioni.

Non resta che applicare la legge. Poi "non c'è altra dimensione in questo momento di profondo rincrescimento che consumarlo tra sé e il proprio Dio".



Colleghi immaginari: schizzi d'Autore.

- Irti quando la nebbia piovigginando sale. Sempre il Prof. Natalino.

(Carducci).

- E' più facile che dimentichino il naso che la pipa.

(Melville).

- Attorno al Tribunale una voce dal Foro s'ode ognor levarsi: "Sempre libero degg'io...." "Dè miei bollenti spiriti il giovanile ardore...."

(Verdi).

Giacomo Voltattorni

I SEGNALI DEI LETTORI

La dissentig opinion

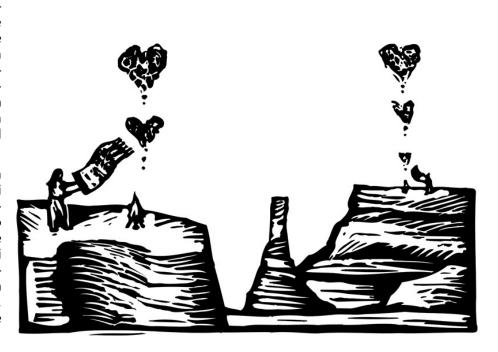
Erano freschi di stampa i "Segnali di fumo" del precedente numero di Cronache, che il Prof. Stefano Maffei, aggregato di diritto processuale penale presso l'Università di Parma, con particolare riferimento alla recensione dell'opera di Sabino Cassese, "Dentro la Corte", in segno di adesione all'Autore mi trasmetteva la seguente perentoria e-mail:

"L'idea malsana che i giudici dissenzienti non debbano esplicitare il loro dissenso per mantenere la "legittimità" e la "autorevolezza" del potere giudiziario è idiozia che solo i servi continentali di Napoleone potevano concepire. Sbagliata, pessima, aristocratica, e inutile.

Viva Scalia e la dissenting opinion urlata e brutale – che destabilizza e solleva dubbi, eresie, nuove idee.

The dissenting opinion of to day is the majority opinion of tomorrow".

S. M.



GIURISPRUDENZA DISCIPLINARF

La (potenziale) rilevanza deontologica della vita privata del professionista

Deve ritenersi disciplinarmente responsabile l'avvocato per le condotte che, pur non riguardando strictu sensu l'esercizio della professione, ledano comunque gli elementari doveri di probità, dignità e decoro e, riflettendosi negativamente sull'attività professionale, compromettono l'immagine dell'avvocatura quale entità astratta con contestuale perdita di credibilità della categoria.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Ferina), sentenza del 24 luglio 2014, n. 102

Il suggerimento di avvalersi di falsa documentazione

Integra illecito deontologico il comportamento dell'avvocato che, al fine di rimediare all'intervenuta prescrizione del diritto al risarcimento del danno, suggerisca al cliente di utilizzare un avviso di ricevimento relativo ad altra richiesta risarcitoria indirizzata alla medesima compagnia di assicurazione in relazione ad altro sinistro, così da documentare falsamente di aver interrotto il termine prescrizionale (in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione della sospensione dall'esercizio della professione per la durata di mesi due).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Mariani Marini), sentenza del 24 luglio 2014, n. 105

Conflitto di interessi: l'illecito di pericolo non presuppone la produzione di un danno

L'art. 37 c.d.f. (ora, 24 ncdf) mira ad evitare situazioni che possano far dubitare della correttezza dell'operato dell'avvocato e, quindi, perché si verifichi l'illecito, è sufficiente che potenzialmente l'opera del professionista possa

essere condizionata da rapporti di interesse con la controparte. Facendo riferimento alle categorie del diritto penale, l'illecito contestato all'avvocato è un illecito di pericolo e non di danno. Quindi l'asserita mancanza di danno è irrilevante perché il danno effettivo non è elemento costitutivo dell'illecito contestato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Sica), sentenza del 26 settembre 2014, n. 110

Il dies a quo della prescrizione disciplinare nel caso di illecito deontologico permanente o continuato

Il dies a quo per la prescrizione dell'azione disciplinare va individuato nel momento della commissione del fatto solo se questo integra una violazione deontologica di carattere istantaneo che si consuma o si esaurisce al momento stesso in cui viene realizzata; ove invece la violazione risulti integrata da una condotta protrattasi e mantenuta nel tempo, la decorrenza del termine prescrizionale ha inizio dalla data della cessazione della condotta (Nella specie, trattavasi di ingiustificato trattenimento di somme del cliente).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Picchioni), sentenza del 6 ottobre 2014, n. 134

Il divieto di cancellazione dall'albo in pendenza di procedimento penale o disciplinare

Ai sensi dell'art. 17, co. 16, L. n. 247/2012 (nuovo ordinamento forense) (già art. 37 del R.D.L. n. 1578/1933), non può essere pronunciata la cancellazione dall'albo professionale in pendenza di procedimento penale o disciplinare (Nel caso di specie, il CNF ha disapplicato il provvedimento amministrativo di cancellazione emesso in violazione del principio di cui in

massima, e ha quindi comminato la sanzione disciplinare).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Pisano), sentenza del 26 settembre 2014, n. 116

Prescrizione dell'azione disciplinare e procedimento penale

Nel caso in cui il procedimento disciplinare ha luogo per fatti costituenti anche reato e per i quali sia stata iniziata l'azione penale, la prescrizione decorre dal passaggio in giudicato della sentenza penale, a nulla rilevando il periodo decorso dalla commissione del fatto. In tale ipotesi, inoltre, opera la sospensione necessaria del procedimento disciplinare eventualmente iniziato in pendenza di quello penale.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Pisano), sentenza del 26 settembre 2014, n. 116

La produzione in giudizio della corrispondenza scambiata tra avvocati

La produzione in giudizio di corrispondenza riservata è un illecito deontologico permanente o continuato

L'art. 28 Cod. deont. (ora, 48 ncdf) ha inteso porre in via assoluta il divieto di produrre in giudizio corrispondenza tra professionisti espressamente qualificata riservata, a prescindere dal suo contenuto, prevedendo, a completamento del precetto, il divieto di produzione quando, pur in difetto dell'espressa qualificazione in termini di riservatezza, la corrispondenza riporti proposte transattive scambiate con i colleghi.

Il dies a quo per la prescrizione dell'azione disciplinare va individuato nel momento della commissione del fatto solo se questo integra una violazione deontologica di carattere istantaneo che si consuma o si esaurisce al momento stesso in cui viene realizzata; ove invece la violazione risulti integrata da una condotta protrattasi e mantenuta nel tempo, la decorrenza del termine prescrizionale ha inizio dalla data della cessazione della condotta (Nella specie, trattavasi di deposito in giudizio di corrispondenza riservata).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Morlino), sentenza del 26 settembre 2014, n. 117

Il *ne bis in idem* opera anche in sede disciplinare

Il principio del *ne bis in idem* informa di sé anche il procedimento disciplinare e la sua violazione configura una eccezione che può essere rilevata d'ufficio.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Borsacchi), sentenza del 27 settembre 2014, n. 125

Appello al CNF: il rispetto del termine nel caso di ricorso spedito a mezzo posta

Il ricorso al CNF va depositato presso il Consiglio territoriale che ha emanato la decisione impugnata (art. 59 r.d. n. 37/1934): qualora l'appellante opti per la modalità di presentazione a mezzo raccomandata, non è sufficiente che l'atto sia consegnato all'ufficio postale entro il termine di decadenza previsto dalla Legge (nella specie, 20 giorni ex art. 50 RDL n. 1578/1933), essendo altresì necessario che esso effettivamente giunga al COA destinatario entro il suddetto termine).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 27 settembre 2014, n. 124

Il diritto-dovere di difesa non giustifica l'uso di espressioni sconvenienti ed offensive

Benché´ l'avvocato possa e deb-

ba utilizzare fermezza e toni accesi nel sostenere la difesa della parte assistita o nel criticare e contrastare le decisioni impugnate, tale potere/dovere trova un limite nei doveri di probità` e lealtà`, i quali non gli consentono di trascendere in comportamenti non improntati a correttezza e prudenza, se non anche offensivi, che ledono la dignita` della professione, giacché la liberta` che viene riconosciuta alla difesa della parte non puo` mai tradursi in una licenza ad utilizzare forme espressive sconvenienti e offensive nella dialettica processuale, con le altre parti e il giudice, ma deve invece rispettare i vincoli imposti dai doveri di correttezza e decoro (Nel caso di specie, era stata proposta opposizione alla richiesta di pagamento della parcella, asseritamente dovuta ad "auri sacra fames e avidità di denaro").

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 2 ottobre 2014, n. 127

In dubio pro reo: il principio di presunzione di non colpevolezza vale anche in sede disciplinare

Va accolto il ricorso avverso la decisione disciplinare del C.d.O. allorquando la prova della violazione deontologica non si possa ritenere sufficientemente raggiunta, per mancanza di prove certe o per contraddittorietà delle stesse, giacché l'insufficienza di prova su un fatto induce a ritenere fondato un ragionevole dubbio sulla sussistenza della responsabilità dell'incolpato, che pertanto va prosciolto dall'addebito, in quanto per l'irrogazione della sanzione disciplinare non incombe all'incolpato l'onere di dimostrare la propria innocenza ma al C.O.A. di verificare in modo approfondito la sussistenza e l'addebitabilità dell'illecito deontologico.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Pisano), sentenza del 2 ottobre 2014, n. 126

Il divieto di intrattenersi con i testimoni o futuri tali

A morma dell'art. 52 cod.deont. (ora art. 55 ncdf) l'avvocato deve evitare di intrattenersi con i testimoni sulle circostanze oggetto del procedimento con forzature e suggestioni dirette a conseguire deposizioni compiacenti.

La regola vale anche per coloro che non abbiano ancora assunto la qualità formale di testimoni.

Il principio deontologico abbraccia un perimetro più vasto di quello penale (art. 377 cod. pen.) in quanto il bene qui tutelato non è –o non è solo- l'amministrazione della giustizia, ma l'esercizio del diritto di difesa delle altre parti del processo (diritto che potrebbe essere reso vano dalla predeterminazione del contenuto della deposizione) e la stessa regola di lealtà e correttezza imposta all'attività dell'avvocato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Damascelli), sentenza del 6 ottobre 2014, n. 133

Il giudicato penale non preclude una rinnovata valutazione dei fatti in sede disciplinare

Il giudicato penale non preclude una rinnovata valutazione in sede disciplinare dei fatti accertati penalmente, essendo diversi i presupposti delle rispettive responsabilità e dovendo rimanere fermo il solo limite dell'immutabilità dell'accertamento dei fatti, nella loro materialità, operato dall'autorità giudiziaria. E' infatti inibito al giudice della deontologia di ricostruire l'episodio posto a fondamento dell'incolpazione in modo diverso da quello risultante dalla sentenza penale passata in giudicato ma sussiste, tuttavia, la piena libertà di valutare i medesimi accadimenti nella diversa ottica dell'illecito disciplinare, con la conseguenza che il C.O.A. (ed ora il C.D.D.) non è vincolato alle valutazioni contenute nella sentenza penale laddove esse esprimano determinazioni riconducibili a finalità del tutto distinte da quelle del controllo deontologico.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Picchioni), sentenza del 10 novembre 2014, n. 152

Lo jus superveniens non si applica alla prescrizione dell'azione disciplinare

In materia di sanzioni disciplinari a carico degli avvocati, l'art. 65, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n.247, nel prevedere, con riferimento alla nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense, che le norme contenute nel nuovo codice deontologico si applicano anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli all'incolpato, riquarda esclusivamente la successione nel tempo delle norme del previgente e del nuovo codice deontologico. Ne consegue che per l'istituto della prescrizione, la cui fonte è legale e non deontologica, resta operante il criterio generale dell'irretroattività delle norme in tema di sanzioni amministrative, sicchè è inapplicabile lo jus superveniens di cui all'art. 56, comma 3, della legge n. 247/12.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 10 novembre 2014, n. 153

Illecito definire "risibile" il comportamento del Collega

Il termine "risibile" ha valenza offensiva e/o disdicevole sul piano deontologico, indipendentemente dal suo eventuale rilievo penale (Nel caso di specie, il termine de quo veniva usato in una missiva rivolta al collega. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare dell'avvertimento).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 10 novembre 2014, n. 154

Responsabilità disciplinare ed evitabilità della condotta tenuta (cosiddetta suitas)

Al fine di integrare l'illecito disciplinare sotto il profilo soggettivo, è sufficiente l'elemento della suitas della condotta, intesa come volontà consapevole dell'atto che si compie, dovendo la coscienza e volontà essere interpretata in rapporto alla possibilità di esercitare sul proprio comportamento un controllo finalistico e, quindi, di dominarlo. L'evitabilità della condotta tenuta delinea, pertanto, la soglia minima della sua attribuibilità al soggetto, intesa come appartenenza della condotta al soggetto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 10 novembre 2014, n. 153

Illecito spacciare per propri clienti dei figuranti appositamente ingaggiati a fini autopromozionali

L'avvocato non deve abbracciare qualunque causa ma solo quelle lecite: non può pertanto assurgere alla dignità di causa da difendere quella dell'autopromozione, perché il nesso funzionale che unisce l'attività professionale con l'esercizio di difesa non deve essere strumentalmente utilizzato a fini egoistici per organizzare, "sub specie" di informazione circa un servizio reso a tutela dei deboli e dei danneggiati, un'attività volgarmente pubblicitaria perché suggestiva, captatoria e del tutto dimentica dei doveri di lealtà e correttezza (Nel caso di specie, il professionista ingaggiava due figuranti al fine di presentarli ai media come propri clienti che si erano trovati a bordo della nave da crociera Costa Concordia in occasione del naufragio del 2012, che, nella messinscena, avrebbe procurato ad una di loro l'interruzione della gravidanza. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale forense per la durata di mesi undici).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Picchioni), sentenza del 13 dicembre 2014, n. 188

L'avvocato deve rifiutarsi di prestare la propria attività in operazioni (quantomeno) sospette

L'avvocato deve rifiutare di ricevere o gestire fondi che non siano riferibili a un cliente esattamente individuato e, in ogni caso, deve rifiutare di prestare la propria attività quando dagli elementi conosciuti possa fondatamente desumere che essa sia finalizzata alla realizzazione di una operazione illecita (Nel caso di specie, quale presunta attività di beneficenza a favore di una bambina da sottoporre ad intervento chirurgico, il professionista avrebbe dovuto occuparsi di trasferire, in conti esteri cifrati, dei fondi di incerta provenienza che erano nella presunta titolarità di un soggetto ristretto in carcere in forza di condanna definitiva a 18 anni per ricettazione e riciclaggio. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale forense per la durata di mesi undici).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Picchioni), sentenza del 13 dicembre 2014, n. 188

La richiesta di un compenso sproporzionato

L'avvocato che richieda un compenso manifestamente sproporzionato e comunque eccessivo rispetto all'attività documentata, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante perché lesivo del dovere di correttezza e probità, a nulla rilevando ai fini della responsabilità disciplinare, l'eventuale assenza di dolo o la circostanza per cui il cliente abbia corrisposto la somma richiestagli.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Florio), sentenza del 24 novembre 2014, n. 157

Per il termine d'impugnazione al CNF è irrilevante la data di notifica al difensore

Ai sensi dell'art. 50, comma 1° R.D.L. n. 1578/1933 (ratione temporis applicabile), la notificazione della decisione del C.O.A. è necessaria soltanto nei confronti dell'incolpato, e non anche nei confronti del suo eventuale difensore, la quale ultima, qualora fosse comunque eseguita, non rileva ai fini del computo del termine per l'impugnazione tempestiva (Nel caso di specie, la decisione veniva notificata all'incolpato e, successivamente, anche al suo difensore. L'impugnazione veniva quindi proposta tardivamente rispetto alla prima notifica, sebbene entro 20 giorni dalla seconda notifica, fatta al difensore. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha dichiarato il ricorso inammissibile per tardività).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Mariani Marini, rel. Pisano), sentenza del 24 novembre 2014, n. 159

La valutazione della condotta irreprensibile ai fini dell'iscrizione all'albo o registro

La sussistenza del requisito del-

la condotta "specchiatissima e illibata" (nel nuovo Ordinamento Forense: "irreprensibile"), necessaria al fine di ottenere l'iscrizione al registro speciale dei praticanti avvocati non abilitati, deve essere esclusa in tutte le ipotesi in cui il richiedente abbia tenuto condotte non conformi alla disciplina normativa o alle regole deontologiche della professione forense, tali da incidere sull'affidabilità del soggetto che aspira a svolgere il ruolo attribuito dall'ordinamento al professionista forense. Tuttavia, non possono essere considerate come ostative quelle condotte che, per la loro natura, l'occasionalità, la risalenza nel tempo, non appaiano ragionevolmente suscettibili di incidere attualmente sulla suddetta affidabilità (Nel caso di specie, il Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte di Appello aveva proposto ricorso avverso il provvedimento con cui il COA aveva disposto l'iscrizione nel Registro speciale dei praticanti avvocati senza patrocinio di soggetto che, all'età di 18 anni, era stato condannato, a seguito di patteggiamento, per il reato di cui all'art. 648 c.p. - i.e. ricettazione. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato il ricorso).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Allorio), sentenza del 24 novembre 2014, n. 161

L'inosservanza di un provvedimento del giudice

Il mancato adempimento in ordine al pagamento di somma portata in sentenza integra illecito disciplinare, per gli inevitabili riflettersi negativi derivanti alla reputazione professionale dell'iscritto e la conseguente compromissione dell'immagine stessa della classe forense.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Allorio), sentenza del 24 novembre 2014, n. 160

Dovere di difesa e responsabilità sociale dell'avvocato

Intendere il dovere di difesa come possibilità di agire con qualsiasi mezzo per ottenere ragione in favore della parte assistita costituisce un'errata percezione dei principi che sono alla base della funzione che l'avvocato esercita nel sistema della giurisdizione e scarsa consapevolezza della responsabilità sociale che egli deve assolvere nei confronti della collettività a garanzia dei principi dello stato di diritto e dell'interesse generale al corretto esercizio della giurisdizione.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Mariani Marini), sentenza del 24 novembre 2014, n. 164

La mancata risposta alla richiesta di chiarimenti da parte del COA

Non costituisce (più) illecito disciplinare sanzionato dal secondo capoverso dell'art. 24 del codice deontologico forense (ora art. 71 ncdf) la mancata risposta dell'avvocato alla richiesta del Consiglio dell'Ordine di chiarimenti, notizie, o adempimenti in relazione ad un esposto presentato, per fatti disciplinarmente rilevanti, nei confronti dello stesso iscritto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Morlino), sentenza del 24 novembre 2014, n. 169

L'inadempimento al mandato per assenza all'udienza

In difetto di una strategia difensiva concordata con il cliente, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante ex art. 38 cdf (ora, 26 ncdf) il difensore di fiducia che non partecipi all'udienza, a nulla rilevando, peraltro, l'eventuale assenza di concrete conseguenze negative per il proprio assistito giacché ciò non varrebbe a privare di disvalore il comportamento negligente del professionista (Nel caso di specie, il professionista aveva omesso di presenziare all'udienza penale e di informarsi della data di relativo rinvio, per disinteresse nei confronti del cliente. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Morlino), sentenza del 24 novembre 2014, n. 169

L'indebito trattenimento di somme erogate dalla controparte al professionista in favore del cliente in esecuzione di un provvedimento giudiziale

L'avvocato è tenuto a mettere immediatamente a disposizione della parte assistita le somme riscosse per conto di questa: soltanto la prova del valido (rectius: specifico e dettagliato) consenso prestato dal cliente può costituire ipotesi di lecita compensazione, che peraltro non esonera il professionista dall'obbligo di rendiconto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Pasqualin), sentenza del 25 novembre 2014, n. 171

La *ratio* e l'oggetto del divieto di produrre la corrispondenza scambiata con il collega

L'art. 28 del Codice Deontologico Forense (ora, art. 48 ncdf) inibisce tra l'altro la produzione in giudizio delle lettere qualificate riservate scambiate con i colleghi; tale precetto non prevede eccezioni o esimenti al di fuori di quelle previste nella medesima disposizione, trattandosi di canone deontologico che mira a salvaguardare il corretto svolgimento dell'attività professionale, con il fine di non consentire che leali rapporti tra colleghi possano dar luogo a conseguenze negative nello svolgimento della funzione defensionale, specie allorchè le comunicazioni ovvero le missive contengano ammissioni o consapevolezze di torti ovvero proposte transattive. Ciò al fine di evitare la mortificazione dei principi di collaborazione.

Pone in essere un comportamento disciplinarmente rilevante il professionista che produca in giudizio una lettera inviatagli dal collega di controparte e contenente una proposta transattiva (art. 48 ncdf, già art. 28 c.d.f.). La riservatezza, infatti, colpisce non solo tutte le comunicazioni espressamente dichiarate riservate, ma anche le comunicazioni scambiate tra avvocati nel corso del giudizio, e quelle anteriori allo stesso, quando le stesse contengano espressioni di fatti, illustrazioni di ragioni e proposte a carattere transattivo, ancorché non dichiarate espressamente "riservate".

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Ferina), sentenza dell'11 dicembre 2014, n. 177

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 10 giugno 2014, n. 92

L'efficacia, in sede disciplinare, della sentenza di patteggiamento

Ancorché il procedimento disciplinare sia autonomo rispetto al procedimento penale aperto per lo stesso fatto, a norma dell'art. 653 c.p.p. la sentenza penale di applicazione di pena su richiesta delle parti è equiparata alla sentenza di condanna. Ne consegue che essa esplica funzione di giudicato nel procedimento disciplinare quanto all'accertamento del fatto, alla sua illiceità penale e alla responsabilità dell'incolpato.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Picchioni), sentenza del 13 dicembre 2014, n. 186

La "pubblicità" professionale non deve essere comparativa né autocelebrativa

L'informazione sull'attività professionale, ai sensi degli artt. 17 e 17 bis cod. deont. (ora, 17 e 35 ncdf), deve essere rispettosa della dignità e del decoro professionale e quindi di tipo semplicemente conoscitivo, potendo il professionista provvedere alla sola indicazione delle attività prevalenti o del proprio curriculum, ma non deve essere mai né comparativa né autocelebrativa (Nel caso di specie, in una pagina del proprio sito web, il professionista dichiarava di distinguersi dagli altri avvocati, "troppo spesso apparsi azzeccagarbugli").

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 19 dicembre 2014, n. 194

Costituzione di associazione professionale e omessa comunicazione al COA di appartenenza

Si ritiene riprovevole sul piano disciplinare il contegno dell'avvocato che si sottragga ai doveri di collaborazione col proprio C.d.O., nell'ambito dei compiti di tenuta dell'Albo ad esso riservati, omettendo comunicazioni ritenute fondamentali per l'esercizio dell'attività forense (Nel caso di specie, trattavasi di costituzione di associazione professionale non comunicata al COA di appartenenza).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 19 dicembre 2014, n. 194

Il diritto-dovere di difesa non giustifica l'uso di espressioni sconvenienti ed offensive

L'avvocato è tenuto a contemperare le esigenze di dialettica processuale e adempimento del mandato difensivo con il divieto di usare espressioni sconvenienti ed offensive e ciò non solo nei confronti del collega avversario ma anche delle parti e più in generale dei terzi (Nel caso di specie, in un proprio atto giudiziario l'avvocato si riferiva alla controparte come ad un "inetto e vigliacco", e "un pollo che si crede gallo nel pollaio").

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Sica), sentenza del 22 dicembre 2014, n. 204

Pubblicità informativa: i limiti della dignità e del decoro

La pubblicità informativa deve essere svolta con modalità che non siano lesive della dignità e del decoro propri di ogni pubblica manifestazione dell'avvocato ed in particolare di quelle manifestazioni dirette alla clientela reale o potenziale (Nel caso di specie, il professionista aveva pubblicizzato il proprio studio professionale a mezzo di volantini lasciati elo fatti depositare sul parabrezza delle vetture in sosta, ivi affermando di praticare prezzi popolari).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Tacchini), sentenza del 29 dicembre 2014, n. 207

L'avvocato non può mettersi in contatto diretto con la controparte che sappia assistita da altro legale

Costituisce comportamento deontologicamente scorretto prendere accordi diretti con la controparte, quando sia noto che la stessa è assistita da altro collega (art. 27 cdf, ora art. 41 ncdf). Tale precetto deontologico si riferisce alla intera "assistenza" da parte del legale di controparte a quest'ultima, che (in assenza di revoca o nomina di altro difensore) deve ritenersi estesa anche alle attività immediatamente successive e dipendenti dalla decisione giudiziaria, ancorché il mandato ad litem conferito dal difensore della controparte abbia cessato la sua funzione con la conclusione del grado del processo (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima è stata inflitta la sanzione dell'avvertimento).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Ferina), sentenza del 29 dicembre 2014, n. 211

L'omessa restituzione della documentazione al cliente

L'omessa restituzione al cliente della documentazione ricevuta per l'espletamento del mandato va deontologicamente sanzionata, atteso che ai sensi degli artt. 2235 c.c., 42 c.d. (ora, 33 ncdf) e 66 del R.d.l. n. 1578/33, l'avvocato non ha diritto di ritenere gli atti e i documenti di causa, né può subordinarne la restituzione al pagamento delle spese e dell'onorario.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Grimaldi, rel. Sica), sentenza del 29 dicembre 2014, n. 215

Avvocati Stabiliti: i presupposti dell'abuso del diritto comunitario

I cittadini comunitari hanno il diritto di scegliere, da un lato, lo Stato membro nel quale desiderano acquisire il loro titolo professionale e, dall'altro, quello in cui hanno intenzione di esercitare la loro professione. L'abuso di tale diritto richiede la presenza di un elemento oggettivo (lo scopo perseguito dalla normativa dell'Unione non deve essere stato raggiunto, nonostante il rispetto formale della medesima) e di un elemento soggettivo (deve emergere una volontà di ottenere un vantaggio indebito). In assenza di tali presupposti, la domanda di iscrizione dell'Abogado nella Sezione Speciale dell'Albo degli Avvocati Stabiliti non può essere legittimamente respinta ma deve essere accolta in forza del principio comunitario del mutuo riconoscimento del titolo presentato dal migrante (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha accolto il ricorso avverso la

delibera con la quale il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati aveva rigettato l'istanza di iscrizione nella Sezione Speciale dell'Albo degli Avvocati Stabiliti).

Il fatto che un cittadino di uno Stato membro ed ivi laureatosi si rechi in un altro Stato membro al fine di acquisirvi la qualifica professionale di avvocato allo scopo di beneficiare della normativa più favorevole e faccia subito ritorno nello Stato membro di cui è cittadino per esercitarvi la professione di avvocato, con il titolo professionale ottenuto nello Stato membro in cui tale qualifica è stata acquisita, non costituisce, di per se', un abuso del diritto di stabilimento (art. 3 direttiva 98/5) (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha accolto il ricorso avverso la delibera con la quale il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati aveva rigettato l'istanza di iscrizione nella Sezione Speciale dell'Albo degli Avvocati Stabiliti).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Allorio), sentenza del 23 gennaio 2015, n. 1

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 25 febbraio 2015, n. 2

L'obbligo di corrispondere il compenso al domiciliatario

L'avvocato che incarichi direttamente altro collega di esercitare le funzioni di rappresentanza o assistenza deve provvedere a compensarlo, ove non adempia il cliente.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Merli), sentenza del 10 marzo 2015, n. 5

I limiti alla pubblicità professionale dopo il c.d. decreto Bersani

I principi in tema di pubblicità di cui alla legge 248/2006 (c.d. decreto Bersani), pur consentendo al professionista di fornire specifiche informazioni sull'attività e i servizi professionali offerti, non legittimano tuttavia una pubblicità indiscriminata avulsa dai dettami deontologici, giacché la peculiarità e la specificità della professione forense, in virtù della sua funzione sociale, impongono, conformemente alla normativa comunitaria e alla costante sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, le limitazioni connesse alla dignità ed al decoro della professione, la cui verifica è dall'ordinamento affidata al potere – dovere dell'ordine professionale.

La pubblicità informativa che lede il decoro e la dignità professionale costituisce illecito, ai sensi dell'art. 38 del r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, poiché l'abrogazione del divieto di svolgere pubblicità informativa per le attività libero-professionali, stabilita dall'art. 2 legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani), non preclude all'organo professionale di sanzionare le modalità ed il contenuto del messaggio pubblicitario, quando non conforme a correttezza, in linea con quanto stabilito dagli artt. 17, 17-bis e 19 del codice deontologico forense, e tanto più che l'art. 4 del d.P.R. 3 agosto 2012, n. 137, al comma secondo, statuisce che la pubblicità informativa deve essere "funzionale all'oggetto, veritiera e corretta, non deve violare l'obbligo di segreto professionale e non deve essere equivoca, ingannevole o denigratoria.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Pisano), sentenza del 10 marzo 2015, n. 13

L'omessa fatturazione di compensi percepiti

L'omessa fatturazione di compensi percepiti costituisce illecito disciplinare ai sensi dell'art. 15 codice deontologico (ora, 16 e 29 ncdf). (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la

sanzione disciplinare della cancellazione).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 11 marzo 2015, n. 21

La sostituzione del collega nell'attività di difesa

In caso di sostituzione di un collega nel corso di un giudizio per revoca dell'incarico o rinuncia, il nuovo legale deve render nota la propria nomina al collega sostituito in tempi ragionevolmente congrui rispetto all'assunzione dell'incarico, al fine di fornire al precedente difensore la consapevolezza della nuova nomina (connessa alla cessazione del rapporto professionale) e di far sì che il legale subentrato nell'incarico si adoperi affinchè il collega venga soddisfatto nelle legittime pretese per l'attività svolta.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Grimaldi, rel. Ferina), sentenza del 11 marzo 2015, n. 22

L'assunzione di incarichi contro ex-clienti

L'avvocato può assumere un incarico professionale contro una parte già assistita solo quando sia trascorso almeno un biennio dalla cessazione del rapporto professionale e, in ogni caso, non può utilizzare notizie acquisite in ragione del rapporto già esaurito (Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare dell'avvertimento).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Mariani Marini), sentenza del 12 marzo 2015, n. 34

Questo numero usa il font Frutiger

"Frutiger" è il nome di un carattere tipografico creato nel 1975 dal designer svizzero Adrian Frutiger (1928). Quest'alfabeto fu commissionato per essere utilizzato nella segnaletica dell'aeroporto internazionale Charles de Gaulle di Roissy (Parigi) e doveva rispondere alle caratteristiche elencate dal committente, prime tra tutte la leggibilità e la chiarezza. Tutti pensavano che il designer utilizzasse il suo Univers, invece sviluppò un carattere nuovo (inizialmente chiamato Roissy) ponendo molta attenzione alla leggibilità.

L'aspetto di questo carattere è pulito, nitido, semplice e riconoscibile. Adrian Frutiger ha prestato attenzione alla chiarezza e alla comprensione delle lettere da parte dell'utente che deve poter accedere all'informazione in modo immediato, soprattutto in un ambiente come quello di un aeroporto internazionale.

Per crearlo il progettista si è ispirato a due caratteri: l'Univers, per la linearità e il Gill Sans (di Eric Gill) per la compattezza e l'immediata riconoscibilità. Le caratteristiche di questo font sono: la semplicità, la modernità e l'inclinazione delle aste ascendenti e discendenti delle lettere, che facilitano la comprensione e la leggibilità del singolo grafema.

(www.brand-identikit.it)





La foto in copertina è di Jacopo Emiliani.

www.jacopoemiliani.com Info@jacopoemiliani.com