

CRONACHE DAL FORO PARMENSE

Anno XXV numero 2 – giugno 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. 3 Sulla schiavitù moderna
- pag. 11 L'esame per il patrocinio avanti le Giurisdizioni superiori
- pag. 19 BRRD (*bail-in*) e "decreto Banche"
- pag. 16 Materiali dal Consiglio dell'ordine
- pag. 22 Giudici e politici
- pag. 25 Sul concordato preventivo liquidatorio
- pag. 27 Memorie (Aldo Cessari, 22 luglio 1971)
- pag. 28 IVA, CAP e ritenuta a carico del soccombente in giudizio (con tabella – prontuario)
- pag. 33 La mediazione obbligatoria
- pag. 36 Ripartizione degli oneri condominiali tra venditore ed acquirente
- pag. 37 Insensibilità condominiale
- pag. 38 Segnali di fumo
- pag. 45 Giurisprudenza disciplinare

SOMMARIO

pag. 3	Sulla schiavitù moderna
pag. 11	L'esame per il patrocinio avanti le Giurisdizioni superiori: cronaca di un'esperienza (con qualche osservazione per il futuro)
pag. 14	Attività del Consiglio
pag. 14	Variazioni e ... forse anticipazioni
pag. 15	Aggiornamento albi
pag. 16	Materiali: circolari e delibere Consiliari XXXIII Congresso Nazionale Forense
pag. 19	BRRD (<i>bail-in</i>) e "decreto Banche"
pag. 22	Giudici e politici
pag. 25	Il concordato preventivo liquidatorio e il "floor" del venti per cento ai creditori: primi profili applicativi
pag. 27	Memorie (Aldo Cessari, 22 luglio 1971)
pag. 28	Adempimenti contabili a seguito di rimborso dal soccombente alla parte vittoriosa delle spese di assistenza legale (in particolare, gli adempimenti per Cassa previdenza, I.V.A. e ritenuta d'acconto del legale).
pag. 33	La mediazione obbligatoria: aspetti critici dell'attuale normativa: per una determinazione uniforme delle regole.
pag. 36	Ripartizione degli oneri condominiali tra venditore ed acquirente
pag. 37	Insensibilità condominiale
pag. 38	Segnali di fumo
pag. 45	Giurisprudenza disciplinare

chiuso in redazione il 13 luglio 2016

Comitato di redazione:

avv. 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:

avv. prof. Luigi Angiello
avv. Giuseppe Boselli
avv. Vincenzo Ciriello
avv. Renato Del Chicca
avv. Cristina Lapenna
avv. prof. Andrea Mora
avv. Giovanni Pinardi
Studio Scotti
avv. Francesco Soncini
avv. Giacomo Voltattorni

Sulla schiavitù moderna

La schiavitù ha sempre fatto parte delle società umane sin dall'antichità e può essere considerata la forma prima dell'espressione naturale del diritto del più forte che si afferma sul più debole, asservendolo.

La complessità del tema rende difficile riuscire ad esprimere la globalità del fenomeno schiavitù. In particolare quando oggetto è la tratta di esseri umani, tutt'altro che ricordo del passato, la molteplicità degli aspetti che lo compongono e delle stesse cause che lo determinano.

Nel contempo è indispensabile averne una percezione unitaria che vada oltre la settorialità degli aspetti singoli proposti in occasioni diverse dai mezzi di comunicazione di massa, per riuscire a rendere evidenti gli elementi sostanziali che caratterizzano oggi il fenomeno nel suo complesso.

Ad indagare le ragioni che giustificano l'esistenza della schiavitù nella società moderna è allora fondamentale individuare le caratteristiche comuni e le differenze che presenta rispetto alle forme classiche che l'hanno connotata in passato.

Kevin Bales è lo studioso inglese che per primo si è interessato sistematicamente del fenomeno prendendo le mosse proprio dalla distinzione dei fattori rappresentativi della schiavitù contemporanea rispetto a quella classica.

Kevin Bales ha condotto un'analisi empirica del fenomeno schiavismo/schiavitù, pragmatica, connotandola come si presenta nella realtà dei Paesi più poveri e ponendo particolare attenzione all'impatto sociale che assume all'interno della organizzazione della società civile e del sistema economico produttivo del singolo Stato.

Da tale osservazione ha tratto il libro "I nuovi schiavi"¹ un reportage - studio condotto attraverso il continente africano e Paesi sottosviluppati dell'Asia sud-orientale, in cui riassume e descrive l'osservazione compiuta, da scienziato, delle forme di schiavitù ancora oggi esistenti e strutturate nel tessuto sociale tradizionale dello Stato arretrato, osservazioni che bene si prestano a fungere da cartina tornasole per il riconoscimento delle nuove forme di schiavitù presentatesi nelle società più evolute.

Tuttavia, anche se fatta oggetto di studi, non è possibile dare una definizione precisa alla schiavitù moderna a differenza di quanto è accaduto per la individuazione dei fenomeni schiavistici del passato, per esempio per la tratta negriera dell'800.

Del resto, male si attaglia una definizione unica al "fenomeno" sia per la diversità delle forme in cui la schiavitù può atteggiarsi sia per la diversità degli ambiti sociali in cui può manifestarsi.

La schiavitù è oggi una condizione formalmente illegale in tutto il mondo occidentale e tuttavia la condizione di schiavitù esiste ancora in un gran numero di Paesi di religione e cultura diversi tra di loro, sia in via di sviluppo, sia industrializzati.

Incredibilmente, per ragioni diverse, non ultima la globalizzazione dei mercati, è un fenomeno in forte espansione e in crescita esponenziale che si diversifica in modo inaspettato.

Interessante è notare come la definizione stessa di schiavitù si sia enormemente dilatata fino a comprendere non solo l'asservimento fisico tradizionale ma anche l'insieme dei fenomeni di sudditanza psicologica, plagio, dipendenza e quant'altro privi l'essere umano della sua dignità di persona, anche quando apparentemente ciò av-

Cenni storici - Il fenomeno della schiavitù ha storicamente accompagnato l'evoluzione della civiltà umana sin dalle sue prime forme di aggregazione, imperniando su di esso il sistema produttivo e il suo stesso sviluppo.

La schiavitù era accettata nella gran parte delle civiltà antiche sia orientali (sumeri, babilonesi, persiani) che occidentali (greci, romani), regolata da usi e leggi come ogni altra pratica economica. Nelle realtà a noi geograficamente più vicine, nella Grecia Antica l'economia prettamente rurale era interamente basata sull'apporto del lavoro degli schiavi; in epoca classica la schiavitù veniva concepita già come un istituto giuridico, di diritto naturale: "schiavo" era il *barbaro*, che non parlava il greco e non condivideva la cultura greca a cui si contrapponeva il cittadino (*politeis*) libero per natura.

Anche nella civiltà romana il lavoro degli schiavi rappresentava una componente essenziale del sistema economico al punto che una delle ragioni delle guerre di conquista del territorio era l'acquisizione di nuovi schiavi. Lo schiavo romano era una cosa, una res vivente, uno "strumento o animale parlante" del padrone come lo definisce Gaio nelle sue *Istitutiones*.

A differenza che in Grecia, per i Romani l'uomo non nasceva schiavo per natura, ma poteva diventarlo se la legge dello Stato lo avesse previsto, come, anche per legge, lo schiavo romano poteva essere liberato dal padrone assumendo lo status di liberto e ottenere la cittadinanza² divenendo *cives*.

In latino la parola schiavo si diceva *servus*, ma gli studiosi hanno utilizzato e ancora si utilizza il termine *schiavo* come specifico per i soggetti produttivi dell'economia basata sul lavoro umano, degli schiavi. Al contrario, viene utilizzato il termine *servo* per indicare l'economia di sussistenza nel periodo feudale, basata sul servaggio o servitù della gleba.

Durante il Medioevo, la pratica della schiavitù si attenua fortemente a causa della opposizione della Chiesa ma soprattutto dopo la caduta dell'Impero Romano d'Occi-

venga per volontà propria dell'individuo.

A seconda delle fonti (Amnesty, Global Index International 2015, Antislavery International, ILO, OIM, Unicef, FIDES, varie associazioni religiose e civili) le stime sui dati della schiavitù nel mondo sono diversificate ma concordi nel ritenere che ancora oggi esistano milioni di uomini, donne e bambini ridotti in schiavitù e / o in condizioni di assoggettamento schiavistico, privati della libertà e dei diritti umani più elementari; stime che vanno dai 27 milioni di Bales (nel 2000) agli attuali 200 milioni delle organizzazioni internazionali antischiavistiche che la combattono.

L'Organizzazione delle Nazioni Unite e l'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni definiscono il traffico di esseri umani come la terza attività criminale più redditizia al mondo.

Nelle società più evolute lo schiavismo non di rado si nasconde nelle pieghe del sistema legale delle società laddove si restringe il margine di confine con le aree del lavoro subordinato e parasubordinato viene gestito legalmente.

Paradossalmente la schiavitù, riconosciuta illegale, cambia pelle, muta e si evolve all'interno del sistema sociale divenendo legale.

L'importanza di contrastare il fenomeno schiavistico trova allora la sua ragion d'essere nella necessità di tutelare il singolo individuo da forme di oppressione che possono manifestarsi in ogni tempo e in qualsiasi campo, e nella necessità di rispettare la dignità della persona anche nei rapporti di lavoro e di produzione della ricchezza per le implicanze sociali che da esso derivano all'intera società.

Infatti, l'individuo che lavora in condizione di schiavitù è privato della libertà ed è legato ai suoi proprietari - schiavisti da un rapporto di dipendenza assoluta anche per i bisogni primari della vita, in un rapporto di dipendenza esclusiva e non paritario, schiavistico appunto.

L'asservimento si completa anche dal punto di vista psicologico divenendo l'unica modalità di espressione dell'individuo. Per tale via si determina una vera e propria trasposizione del rapporto schiavistico del singolo nei rapporti sociali complessivi tenuti dall'individuo-schiavo, che tende a replicarli come forma di relazione naturale nei confronti di altri individui più deboli con cui interagisce creando a sua volta altri schiavi.

dente per la diminuzione dei conflitti.

Il principale fenomeno di lavoro forzato assimilabile a servitù divenne quello dei servi della gleba, fenomeno da ricondursi allo strutturarsi del sistema politico ed economico del vassallaggio feudale europeo. Già nel XI secolo tuttavia la schiavitù era proibita in gran parte dell'Europa cristiana. Grande importanza ebbe la Chiesa che, con l'estensione dei sacramenti agli schiavi, ottenne dai Sovrani cristiani di far proibire per legge la schiavitù per i cristiani e gli ebrei e successivamente l'abolizione totale della schiavitù nelle terre dei Sovrani cristiani. Ciononostante il commercio degli schiavi, in questo periodo essenzialmente provenienti dall'Est Europa, continuò con la tratta dalla Spagna ai Paesi Arabi.

Con la conquista dell'Africa settentrionale gli Arabi dettero inizio alle tratta degli schiavi per mare. Dal XIV al XVII secolo in Europa gli arabi e i turchi gestirono un fiorente commercio di schiavi bianchi, che con l'espansione dell'Impero Ottomano si intensificò e persistette in tutto il Mediterraneo con razzie lungo le coste dell'Italia, della Spagna e dei paesi slavi fino alla Battaglia di Lepanto (1571) con la vittoria cristiana della Repubblica di Venezia e la sconfitta dei Turchi. In seguito, la scoperta delle Americhe e la colonizzazione dell'Africa dettero nuovo impulso al fenomeno schiavitù.

Le idee di libertà propuginate dalla Rivoluzione Francese portarono nel 1794 alla abolizione della schiavitù in Francia, schiavitù che Napoleone restaurava nel 1802 venendo poi definitivamente abolita nel 1833; nel 1848 anche l'Inghilterra aboliva la schiavitù.

In questo periodo, si affermavano in campo filosofico le idee illuministe sulla concezione dell'Uomo quale essere pensante, accomunato ai suoi simili dalla Ragione che lo rende capace di autodeterminarsi e sulla costruzione dello Stato laico. L'Uomo viene quindi concepito come soggetto portatore di diritti naturali, *ex se* autonomi e in quanto tali attribuibili a tutti gli esseri umani. Incompatibile con il concetto stesso di schiavitù.

Favori indirettamente lo sviluppo dei movimenti abolizionisti in tutta Europa e l'idea stessa dell'abolizionismo della schiavitù, il contemporaneo sviluppo dell'industrializzazione del Continente Europeo (la Rivoluzione Industriale) e l'invenzione di macchine idonee a sostituire la forza lavoro umana rendendo non più essenziale il lavoro umano (= degli schiavi)





La Definizione di schiavitù contemporanea per Kevin Bales

A Kevin Bales si deve l'individuazione di alcune caratteristiche diffuse che distinguono la schiavitù dalle altre violazioni dei diritti umani, soffermandosi in particolare sulle differenze tra le forme di schiavitù classica e quelle che tendono a manifestarsi nella società moderna.

In passato la figura dello schiavo identificava una condizione, uno *status* giuridico attribuito a un soggetto della società, ed era solo uno dei tanti componenti della società civile.

Lo schiavo era concepito come vero e proprio oggetto di proprietà del padrone; il legame giuridico che si determinava tra padrone e schiavo era legittimo e legittimato dalla società, regolamentato da leggi dello Stato e dagli usi.

Lo schiavo aveva una sua identità giuridica e godeva di uno *status* doppiamente tutelato:

- In modo diretto dall'ordinamento giuridico dello Stato che gli riconosceva uno status;
- In modo indiretto attraverso la tutela del diritto di proprietà del padrone.

Gli ordinamenti delle società occidentali contemporanee (lecito chiedersi: più evolute?) invece non contemplano la figura del soggetto schiavo.

L'hanno rimossa in nome dei valori più disparati rendendola invisibile.

Lo schiavo è un soggetto che semplicemente non esiste, e se esiste è illegale che esista epperò non esiste.

Gli ordinamenti hanno creato quindi meccanismi sanzionatori, norme, che puniscono l'illegalità della condizione dello schiavo e di chi ponga in atto condotte di sfruttamento schiavistico traendone profitto.

Tuttavia le norme create non hanno impedito né impediscono che queste condotte, private dei connotati meno accettabili dalla società civile in cui vengono poste in essere, si realizzino ogni giorno nella realtà concreta facendo sì che la condotta illegale dello sfruttamento dell'individuo schiavizzato al fine di trarne profitto economico divenga prassi generalizzata, in quanto generalizzata venga di fatto tollerata dalla società civile con una forte diminuzione della percezione del disvalore che la connota.

Tornando a Bales, questi ha condotto il suo esame considerando le sole realtà dei Paesi del Sud del mondo limitandone geograficamente la valenza, dove ancora il fenomeno è significativamente diffuso e si esprime nella struttura della produttività della società civile.

L'approccio di Bales è stato quello di fotografare la realtà del fenomeno schiavismo così com'è, con il più ampio raggio di percezione e indipendentemente dalla qualità accademica della definizione teorica della "schiavitù".

Così contestualizzata, ha potuto rilevare come la schiavitù contemporanea tenda ad atteggiarsi e a strutturarsi in forma antitetica rispetto alle forme di schiavitù del passato.

In altre parole, annota chi è lo schiavo in concreto, chi è definibile schiavo senza sottigliezze che spesse volte deformano e intaccano la verità della realtà.

Per Bales si può definire schiavo qualunque individuo costretto con la violenza o con la minaccia della violenza per fini di sfruttamento economico.

Le differenze esistenti tra la visione sociale della schiavitù moderna e quella del passato:

lo schema di Kevin Bales

Kevin Bales ha condotto dapprima l'esame delle vecchie forme di schiavitù praticate nei Paesi dell'Africa e dei Paesi del Terzo Mondo, in condizione di sottosviluppo, e registrato l'osservazione compiuta dei comportamenti tradizionali dell'assogettato e dell'assogettante, le condizioni economiche, le condizioni, i generi e le possibilità di affrancamento, la situazione politica e le ha rapportate alle forme con cui la schiavitù tende a presentarsi oggi nei Paesi occidentali. Ha elaborato quindi uno schema – paradigma di sintesi e raffronto, a cui potersi riferire per la valutazione del moderno comportamento sociale che può assumersi ritenibile o da ritenersi schiavistico. Uno schema che gli ha permesso di condurre l'analisi del fenomeno **oggettivando** gli aspetti sociali con cui si determina e traendo dall'osservazione diretta dello schiavismo primordiale gli elementi sostanziali che caratterizzano le forme di schiavitù contemporanea. Nello Schema proposto, Kevin Bales relaziona i fattori rilevati comuni alle diverse forme di schiavitù pregresse offrendone la lettura in parallelo e in sintetico raffronto rispetto alle caratteristiche delle nuove forme di schiavitù.

Tabella 1 – Schema di Kevin Bales: differenze tra vecchie e nuove forme di schiavitù

Vecchie forme di schiavitù	Nuove forme di schiavitù
Proprietà legale accertata	Proprietà legale evitata
Alto costo dell'acquisto	Basso costo d'acquisto
Bassi profitti	Elevatissimi profitti
Scarsità potenziale di schiavi	Surplus potenziale di schiavi
Rapporto di lungo periodo	Rapporto di breve periodo
Schiavi mantenuti a vita	Schiavi usa e getta
Importanza delle differenze etniche	Irrilevanza delle differenze etniche





Dal raffronto emerge con evidenza la fondamentale diversità della concettualizzazione della proprietà legale dello schiavo.

Abbiamo già avuto modo di osservare che sin dalle origini lo schiavo era una “cosa”, paragonabile a un oggetto di proprietà del padrone e alla stregua di un oggetto / cosa / animale il padrone poteva disporre direttamente, dei suoi beni e poteva disporre anche dei figli dello schiavo, naturale appendice del bene di proprietà. Quindi che lo status dello schiavo era riconosciuto all'interno dell'ordinamento e regolamentato dalla legge.

In un certo senso non abusato.

Dal canto suo, chi era proprietario di schiavi lo faceva legalmente, comprandoli anche ad un alto prezzo. Era quindi nell'interesse del proprietario mantenere il bene, quindi lo schiavo acquistato, nella migliore condizione possibile, in modo da poterne trarre la massima utilità e per il maggior tempo possibile

Nelle società moderne invece l'ottimizzazione del profitto fa sì che l'utilizzazione dello schiavo avvenga nel periodo più breve con un *range* massimo di sfruttamento intensivo della sua capacità lavorativa.

Trattandosi di un bene materiale e durevole, nel passato l'acquisto dello schiavo era considerato un investimento di lungo periodo e, in quanto tale, aveva un alto costo di acquisto.

Il mercato degli schiavi era organizzato in modo complesso per la difficoltà oggettiva di ridurre in schiavitù altri uomini. Per questa ragione, le civiltà più antiche asservivano i prigionieri di guerra e promuovevano la conquista di nuovi territori per razziarne sì le ricchezze ma anche le popolazioni.

In epoca coloniale, a queste forme di reclutamento schiavistico si aggiungevano gli acquisti tribali e la vendita ai negrieri schiavisti di tutti i soggetti, uomini, donne e bambini che in una qualche maniera erano nella disponibilità dei capi tribù. A seconda dell'età, della razza, del sesso e delle condizioni di salute agli schiavi era attribuito un prezzo di mercato più o meno alto, regolato sulla base della legge economica della domanda e dell'offerta.

Oggi è dato riscontrare un'estrema facilità di reperimento di schiavi a costi irrisori.

Infatti, le conquiste sociali dei Paesi Occidentali per lo più hanno formalmente svestito il fenomeno schiavismo dei suoi aspetti più crudi rendendolo socialmente accettabile e funzionale, per questo arrivando di fatto a strutturarne e metterlo a regime come qualsiasi altro apparato economico.

Sembrerebbe inverosimile, ma è un fatto che il maggior progresso della società civile e delle conoscenze umane ha portato ad una recrudescenza peggiorativa dello schiavismo.

In primis nelle **modalità di reclutamento degli schiavi.**

Lo schiavismo non è più un fenomeno geograficamente localizzato né settoriale ma ha finito con il coinvolgere l'economia planetaria. Si è globalizzato.

Teorizzare l'inesistenza dello schiavo lo ha privato del riconoscimento della sua identità umana, e si è focalizzata l'attenzione sulla sua redditività e sulla resa lavorativa.

Lo schiavo non riconosciuto, inesistente, disumanizza-

to, oggi è concretamente un vero oggetto, uno strumento fungibile nelle mani del suo padrone che, non può, ma ne dispone. La soglia di riferimento dell'utilizzo dello schiavo del padrone schiavista è la massimizzazione del profitto non la durata del rapporto e per tale ragione si tende a restringere il più possibile il periodo di sfruttamento del soggetto.

Poiché esiste un'offerta potenziale di schiavi lavoratori maggiore della domanda, lo schiavo non più persona ma strumento, cosa, è un soggetto facilmente sostituibile se il suo *range* di produttività diminuisce o differisce da quello stabilito dal padrone.

Nello schiavismo moderno è emerso un aspetto in precedenza sconosciuto.

Potremmo dire che, in passato lo schiavo era una cosa animata, un animale da soma e come tale necessitante di sostentamento mentre oggi è assimilabile piuttosto a una macchina perfetta.

Sappiamo essere legge di mercato che la massimizzazione del profitto si consegue anche con l'abbattimento dei costi. Bene, questa logica comporta che l'ottimizzazione del profitto – resa dello schiavo avvenga innanzitutto con lo sfruttamento intensivo ed estremo della cosa-schiavo nel breve/ brevissimo periodo con minori costi possibili di mantenimento della cosa-schiavo nella organizzazione patronale e un'alta resa economica che, una volta diventata ottimale, ne giustifica la dismissione e la sostituzione non appena la curva del profitto diventa discendente.

In assenza di potenziale scarsità di schiavi, la logica del profitto si impone anche alla società civile.

Oggi la massimizzazione della resa, la fungibilità e la semplicità di sostituzione dell'individuo a parità di risultati favorisce i rapporti di breve periodo.

Così la parte meno sviluppata del mondo e direi non più solo quella è diventata il serbatoio inesauribile da cui attingere i possibili schiavi divenuti un oggetto da usare e gettare.

L'utilizzazione nel breve periodo dello schiavo assomma alla massima resa immediata il vantaggio di esentare lo schiavista-padrone dal suo mantenimento.

Infatti, in passato l'investimento schiavo diventava produttivo solo nel lungo periodo. Per esempio, nell'800 l'acquisto dello schiavo del produttore di un Paese coloniale era finalizzato alla coltivazione delle piantagioni del proprietario - padrone. Il quale realizzava il profitto dell'investimento acquisto – impiego dello schiavo solo successivamente al raccolto e alla vendita del prodotto coltivato.

Per potersi spiegare integralmente, la redditività dello schiavo per il proprietario era collegato al ciclo annuale delle coltivazioni che solo se compiuto manifestava il reddito e, pertanto, obbligava il proprietario-padrone al mantenimento costante e vitalizio dello schiavo, provvedendo a tutti i suoi bisogni esistenziali.

Oggi, la nuova modalità di utilizzo produttivo nel breve periodo libera il proprietario del mantenimento dello schiavo scaricando su di lui l'onere di mantenersi e provvedere a quanto gli necessita.

Basti ricordare le *farm* sudafricane esistenti fino alla metà del '900, veri e propri villaggi in cui si svolgeva la



vita degli schiavi, organizzati secondo il modello di organizzazione del Paese colonizzante (Inghilterra, Francia, Spagna, Portogallo).

Nella società globalizzata si è compreso che la schiavitù oltreché illegale, non è più economicamente appetibile.

Infatti, è economicamente non conveniente possedere schiavi di lungo periodo, mantenuti a vita, soprattutto considerando il maggior profitto dovuto allo sfruttamento intensivo di breve periodo, all'ottimizzazione che se ne può fare, e al ricavo netto dovuto all'abbattimento totale dei costi (es. salute, mantenimento, minore compenso) ricadenti sullo schiavo medesimo.

Allargando di poco lo sguardo all'attualità, è evidente il mutamento del tessuto sociale che si è determinato in relazione all'applicazione del medesimo cliché al percorso delle politiche del lavoro allorché impone la flessibilità come un valore, ricusa il lavoro a tempo indeterminato e scarica sul lavoratore l'insieme delle criticità in precedenza gestite con il welfare pubblico, non considerato più una conquista di civiltà sociale e giuridica.

Tornando allo schiavismo, in un sistema così caratterizzato ben si comprende la ragione per cui non venga più considerata rilevante la provenienza e l'etnia dello schiavo.

Anche da questo punto di vista non è sempre stato

così.

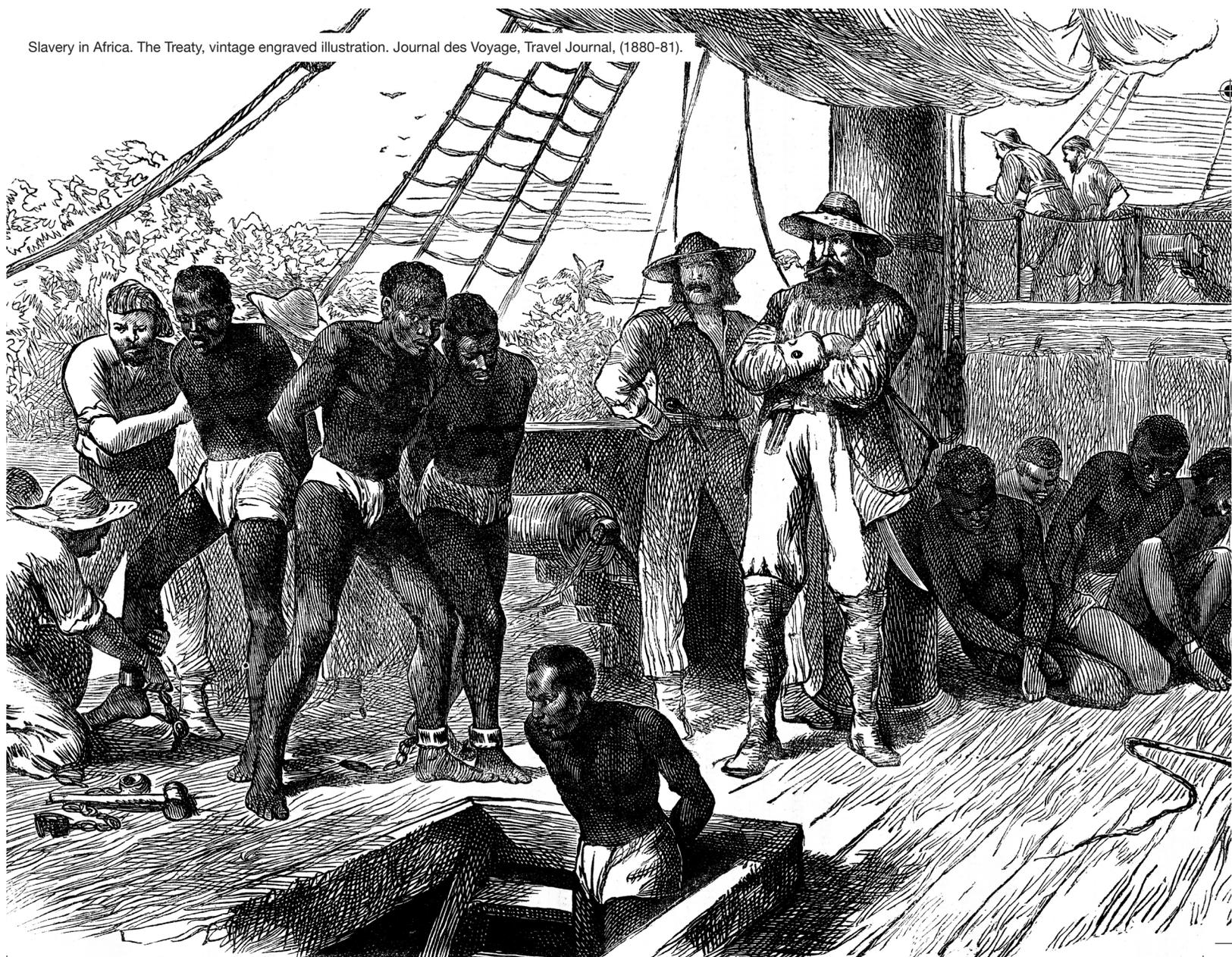
In passato la razza di appartenenza dello schiavo era valore commercializzabile come il sesso o l'età e contribuiva a determinarne il prezzo di acquisto o di vendita del prodotto. La razza dello schiavo poteva essere determinante nella scelta del padrone e indirizzare alla tipologia di attività lavorativa da svolgersi. È noto, per esempio, che nelle piantagioni caraibiche dell'800 si ricorreva di preferenza a manodopera schiavista di razza africana, in particolare della zona sud-sahariana, perché più resistente alla fatica e alle malattie tropicali. Non a caso, le tratte originavano dalla Costa degli Schiavi.

Oggi rileva solamente l'idoneità dell'individuo - schiavo a sopperire ad una determinata esigenza funzionale e temporanea di chi l'asservisce, la sua produttività immediata e la capacità di soddisfare nell'immediato l'utilizzatore, ora e subito.

L'unica relazione possibile è questa, temporanea e di brevissimo periodo.

In generale, emerge dal raffronto come lo schiavismo moderno si sia evoluto con una maggiore flessibilità nelle modalità di reclutamento, sia divenuto aspecifico, e nelle modalità di sfruttamento divenuto crudamente utilitaristico, inumano anche rispetto alle forme di schiavitù già gravi ed esecrabili esistenti in passato.

Slavery in Africa. The Treaty, vintage engraved illustration. Journal des Voyages, Travel Journal, (1880-81).





La schiavitù moderna presenta ancora un'altra caratteristica tutt'altro che secondaria; essa ha necessità di un controllo assoluto della sua vittima, sia dal punto di vista della vita personale che della vita di relazione nel contesto sociale.

Bales individua nella violenza uno dei tratti essenziali della schiavitù anche se in determinate tipologie come la schiavitù di debito la violenza non sembra assumere una rilevanza significativa. Infatti, **si arriva alla schiavitù di debito il più delle volte per effetto di un accordo che interviene tra schiavo e padrone, all'apparenza frutto di libera scelta generalmente, invece, frutto di un raggiro o di un inganno o coartazione.**

In ogni caso, l'affermazione della posizione dominante del padrone è totale e immediata.

Le forme tipiche in cui si manifesta la schiavitù di debito sono tre. La servitù da debito costituisce il caso più frequente di riduzione in schiavitù, molto presente soprattutto in Pakistan e India secondo il rapporto 2013 - 2015 del *Global Index*. Nella forma più arcaica si basa sul possesso materiale – proprietà fisica dello schiavo, limitata per lo più ai Paesi sottosviluppati e socialmente arretrati e rappresenta ormai una quota minima del fenomeno schiavistico nel mondo.

E' una forma di schiavitù flessibile che è capace di assumere connotazioni diverse secondo il luogo geografico dove si presenta, di aderire e strutturarsi per caso singolo a seconda dell'età del soggetto, del sesso e della razza.

Inoltre può differenziarsi ulteriormente a seconda che interessi un cittadino autoctono oppure un soggetto immigrato e, tra questi, rileva ulteriormente se si tratta di un immigrato da altro Paese o di un immigrato interno, da un'altra regione dello stesso Paese.

Una delle più recenti forme di **schiavitù** in espansione è quella cosiddetta **contrattualizzata**.

La globalizzazione ha impresso una forte accelerazione, direi esponenziale, ai commerci e alle economie ricompresi tutti in un unico mercato planetario.

Lo strumento giuridico lecito del contratto viene utilizzato strumentalmente e appone il crisma della liceità a comportamenti di schiavismo.

In determinati casi come la tratta delle prostitute l'offerta di un contratto di lavoro funge da esca per attirare e ridurre in schiavitù la donna o il minore, in altri poi si utilizza un contratto come strumento per dare una parvenza di legittimità alla schiavitù stessa.

Riassumendo, una persona è schiava se è trattenuta con la violenza e contro la sua libera volontà, se è economicamente sfruttata in situazioni di arbitrio e, pur non essendoci una chiara linea di demarcazione tra la schiavitù e il lavoro servile stante la molteplicità delle forme intermedie che possono presentarsi nella realtà, se il lavoro non è pagato.

Questa posizione non è condivisa nella sua totalità da studiosi italiani³ del fenomeno per i quali il discrimine sostanziale tra la condizione servile schiavistica e la condizione paraschiavistica va ravvisato nella graduazione tra la violenza minacciata e quella praticata.

La definizione di Bales comunque è quella più comunemente accettata accanto a definizioni specialistiche a seconda dell'Ente o dell'ong che la utilizza

Altre definizioni: David Bell e Ccem

La violenza tuttavia non è sufficiente, da sola, a connotare una situazione di schiavitù.

Utilizzando il metodo dell'analisi scientifica, già nel 1975 David Bell aveva individuato gli elementi costitutivi principali della relazione schiavo – padrone in tre fattori essenziali:

Il **primo** è quello sociale e implica l'uso della minaccia o della violenza nel controllo che una persona esercita su di un'altra persona.

Il **secondo** è l'aspetto psicologico della influenza, la capacità di persuadere un'altra persona a cambiare il modo in cui percepisce i propri interessi e le proprie condizioni.

Il **terzo** è dato dall'aspetto culturale dell'Autorità, i mezzi per trasformare la forza in diritto e l'obbedienza in dovere.

L'approccio scientifico teorico di David Bell, seppure corretto, rende rigida e statica la sua determinazione e non tiene in conto gli aspetti concreti di novità emergenti nelle nuove forme di schiavitù.

Molto vicina alla individuazione scientifica prospettata da Bell degli aspetti della schiavitù è la definizione accolta dal *Comité contre l'esclave modern* (Ccem) un organismo internazionale CcemAntislavery specifico e molto attivo in Francia, che si occupa della riduzione in schiavitù dell'immigrato clandestino.

Il Ccem ha individuato a sua volta ben cinque criteri in presenza dei quali, se verificati, è possibile identificare una condizione di schiavitù dell'individuo.

1) la **confisca del passaporto**. La confisca dei documenti impedisce alla persona schiavizzata ogni mobilità sul territorio internazionale, la priva della libertà di muoversi e la rende invisibile alle Autorità. Il sequestro del passaporto da parte dei trafficanti di schiavi si traduce presto nella 2) **segregazione indotta delle vittime** che le asservisce psicologicamente impedendo qualsiasi contatto con l'ambiente esterno.

3) Alla **rottura dei legami familiari** intervenuta inizialmente per rendere la vittima più vulnerabile con la segregazione viene affiancata dai trafficanti la impossibilità di creare nuove relazioni sociali e culturali (es.: non conoscenza della lingua, delle leggi). Le condizioni di vita delle vittime sono spesso volte estreme e le condizioni di lavoro schiavista particolarmente difficili.

A questo si deve aggiungere poi 4) l'**esercizio della violenza fisica** e 5) **psicologica** avete lo scopo di intimidire la vittima, di costrizione e di minaccia costante dei trafficanti anche di ricorrere alle autorità come funzionale al mantenimento del rapporto di asservimento.

Riassuntivamente, uno schiavo viene obbligato a lavorare - sotto minacce fisiche o psicologiche; viene posseduto o controllato da un "datore di lavoro", di solito per mezzo di maltrattamenti fisici o psicologici o la minaccia di tali maltrattamenti; viene privato della sua dignità umana, trattato come un oggetto o comprato e venduto come una proprietà privata e infine viene fisicamente limitato o ha una libertà di movimento molto limitata.

I criteri del Ccem rimandano in particolare, alla condizione di schiavitù che potrebbe coinvolgere un immigrato clandestino

Limite di confine della condizione di schiavitù è il **paraschiavismo** che definisce la condizione intermedia tra la condizione di libertà e quella di schiavitù; più precisamente la condizione di chi, non libero, e non propriamente schiavo, rasenta la condizione di schiavitù per la gravosa situazione lavorativa che, in qualche misura, gli viene imposta dal datore di lavoro.

Sia il lavoro definito servile sia il lavoro paraschiavistico sono caratterizzati dalla assoluta mancanza di libertà del lavoratore, che si esprime in forme di sottomissione coatta, subdolamente anche volontaria poiché per realizzarsi necessita del consenso congiunto e univoco del lavoratore e del datore di lavoro.

La mancanza di libertà si verifica quando c'è la privazione, sia pure temporale, delle diverse dimensioni che caratterizzano l'agire libero dell'individuo e collettivo delle persone, e cioè quelle sociali, quelle economiche, quelle giuridiche, quelle politiche, quelle psicologiche e quelle culturali.





Queste variabili sono state specifico oggetto di studio da parte di un gruppo di studiosi che hanno raggruppato in modo sintetico e intuitivo queste variabili in una tabella-prospetto unico¹ sulla falsariga dello Schema di Bales, contribuendo a fornire la dimensione e le condizioni di grave sfruttamento che permettono di identificare e di definire le situazioni di paraschiavismo, che rasentano spesso forme diversificate di schiavitù.

In particolare, l'attenzione degli autori si è focalizzata sulla verifica e l'analisi dei casi in cui la relazione tra datore di lavoro e lavoratore risulta fortemente alterata e compromessa nel senso che il lavoratore viene privato della stessa possibilità di concordare le condizioni del proprio lavoro al momento della stipula del contratto.

Questa circostanza potrebbe essere rilevabile sin dall'inizio del rapporto lavorativo ma si può verificare anche in un momento successivo, durante lo svolgersi del rapporto di lavoro, per esempio lasciando spazio all'esercizio di una pratica di coercizione, di dominio del padrone e sottomissione del lavoratore.

In questi casi si determina una condizione qualificabile come lavoro servile o paraschiavistico. La differenziazione tra lavoro servile e lavoro paraschiavistico sta nel grado di privazione della libertà che il lavoratore subisce. La privazione della libertà potrebbe riguardare l'impossibilità di contrattare le condizioni del proprio lavoro (orario, retribuzione, diritti) e le mansioni da svolgere, o potrebbe riguardare le condizioni di ingresso e uscita dal lavoro. Ove si rintraccino alcune di queste *deminutio* saremo in presenza di situazioni definibili di Paraschiavismo.

Tabella 2

Dimensioni e condizioni che concorrono alla definizione di lavoro servile e lavoro para-schiavistico

Dimensione	Condizione	Dimensione	Condizione
Sociale	Emarginazione ed esclusione Isolamento e solitudine esistenziale Dipendenza per scarsa socialità Condizione di ricatto Nessuna protezione Necessità vitale di rimanere nel rapporto	Politica	Invisibilità civile Non riconoscimento di status Nessuna rappresentatività Mancanza / scarsa partecipazione collettiva Misconoscimento del diritto al voto Stato di non eleggibilità
Economica	Stato di necessità estrema Ancoraggio lavorativo basato sullo stato di necessità estrema Paga uguale a 1/3 di quella ufficiale di categoria Orario di lavoro superiore a 12 ore consecutive e senza riposo Vitto e alloggio inadeguato e considerato complementare al salario Lavoro di fatica fisica e degradante Nessuna possibilità di contrattazione retributiva Stato di indebitamento rapporto lavorativo duale o per piccoli gruppi	Psicologica	costrizione dello stato di soggezione subordinazione pseudovolontaria dipendenza docile e subcondiscendenza per mancanza di alternative praticabili bassa reattività comportamentale stato di stress da dipendenza stagnazione e arresto emozionale ricerca di protezione / soggezione agire servile e corrispondente alla volontà dello sfruttatore
Giuridica	Mancanza di documenti di soggiorno validi Mancanza di passaporto / documenti di identità Stato di vulnerabilità giuridica Sequestro dei documenti e non fruibilità degli stessi Difficoltà a progettare e il ritorno nei luoghi di origine Difficoltà di accedere alla "sanatoria"	Culturale	Accettazione / fedeltà del patto stabilito Incapacità a decodificare il livello di sfruttamento Non conoscenza delle regole e delle condizioni lavorative Mancanza di referenti capaci di legittimare i diritti Continua opera di resistenza e autocontrollo per non rovinare il rapporto lavorativo ritenuto necessario Concepire lo stato di soggezione come temporaneo

1 Francesco Carchedi Giovanni Mottura Enrico Pugliesi *Il lavoro servile e le nuove schiavitù* ed. Franco Angeli Milano 2003 pag. 22





Forme relazionali definibili come paraschiavismo risultano oramai diffuse a livello mondiale anche nelle società più evolute e non più relegate ai Paesi del Terzo Mondo.

Infatti, con la Dichiarazione Universale dei diritti dell'Uomo e i documenti collegati sulla schiavitù, è oramai riconosciuto a livello internazionale l'esistenza del fenomeno schiavistico e non più dubitabile che esistano individui asserviti da altri individui.

Per molti aspetti, allora, la globalizzazione dei rapporti capitalistici ha interessato e coinvolto la valutazione dell'evoluzione del fenomeno schiavistico all'interno della società globale internazionale.

Tale valutazione ha condotto gli studiosi alla conclusione che la ricomparsa del lavoro servile e paraschiavistico in ambito economico all'interno dei Paesi più ricchi e sviluppati, sia motivata dalla possibilità reale di adoperare forza lavoro gratuita e asservita, indifesa giuridicamente e socialmente, senza capacità di reazione.

La schiavitù infatti, non più "male" dei Paesi sottosviluppati, ha elevato il suo margine di considerazione economica a "risorsa" di produttività, favorita dalla segmentazione dei processi produttivi dei Paesi ricchi.

Appare con chiarezza allora che la schiavitù viene oggi praticata e mantenuta in virtù degli elevati profitti che consente.

Pur non essendo un fatto preordinato scientemente come in passato, rappresenta una strategia di mercato vantaggiosa, di produzione per comparti anche non marginali dell'economia globale.² Questo è sufficiente perché sopravviva. Anzi, è rinata una forma di asservimento del lavoro e della persona simile all'antica schiavitù, operante e addirittura in crescita soprattutto in India, Africa del Nord, America Latina, ma anche in Europa ed in Italia.

Ancora Kevin Bales ha scritto **"Vi sono molti più schiavi viventi oggi di quanti ne furono portati via dall'Africa durante l'intero periodo della tratta transcontinentale.**

Per dirla altrimenti, al momento attuale il popolo degli schiavi è più numeroso della popolazione del Canada e sei volte superiore a quella di Israele".

Conclusioni

L'analisi delle cause, delle motivazioni e delle tipologie di schiavitù nel mondo moderno conduce ad affermare che le schiavitù esistenti sono essenzialmente frutto deliberato di comportamenti umani e leggi economiche di mercato.

La varietà delle forme di schiavismo e la loro natura tentacolare non consente più di ignorarne l'esistenza. Da qualsiasi punto di vista la si consideri e in ogni forma in cui si manifesta, i tratti che la identificano e caratterizzano sono sempre gli stessi: la violenza fisica e morale, la sottomissione o meglio l'annientamento totale della persona della vittima, portata alla negazione stessa della sua esistenza, la brutalità demoniaca con cui nega tutti i principi fondanti la società civile e, nello stesso tempo, la capacità di autorigenerarsi in forme pericolose sem-

2 Francesco Carchedi Giovanni Mottura Enrico Pugliesi *op. cit.* pag.84

pre nuove.

Soffermandosi su di essa, colpisce verificare come sia incredibilmente semplice diventare schiavi oggi, e come siano molteplici le opportunità di essere schiavizzati o di schiavizzare a nostra volta un altro essere umano e le cronache lo attestano.

E' indispensabile, quindi, l'attività di denuncia del fenomeno e le documentazioni informative divulgate dalle organizzazioni internazionali come Amnesty International, Terre des Hommes, Anti-Slavery, UNODC, Unicef, etc. grazie alla quale l'attenzione della società civile al fenomeno schiavitù si è venuta accrescendo e fa sperare che si possa arrivare alla sua progressiva attenuazione in una sorta di nuovo e sempre più adeguato movimento antiabolizionista moderno.

Le nuove schiavitù si combattono soprattutto con la sensibilizzazione dell'opinione pubblica verso la sofferenza di milioni di persone colpite dalle più intollerabili forme di violenza fisica e psicologica e sviluppando la consapevolezza diffusa nell'Occidente della esistenza delle vittime. Come tutte le forme di oppressione anche quella schiavistica poggia nella esaltazione del potere possibile portato alla sua massima espressione, che sia del singolo o del gruppo o del potere dell'economia.

Viene favorita dalla corruzione e dall'avidità di denaro e lo schiavismo contemporaneo non più settoriale funge da collante tra attività delle organizzazioni criminali e mafiose, la politica degli Stati più poveri e di quelli più ricchi, ottimizza uno sfruttamento globale razionalizzato e intensivo di uomini, donne e bambini.

Se si giustifica tutto ciò che si può si legittima l'abuso, la distruzione, la negazione del valore Umanità. In nome dell'esercizio del potere possibile, allora, si legittima anche la negazione della legalità come strumento di convivenza tra gli uomini. Si materializza il Leviatano In nome dell'asservimento dell'altro creando una società invivibile.

La schiavitù è destinata a soccombere solo quando la società civile si attiverà scientemente e con determinazione per cambiare il suo modello di sviluppo.

In tal senso, la presa di coscienza di quanto accade nei Paesi del Terzo Mondo permetterà di comprendere che siamo di fronte a un pericolo reale più che problema che potrebbe coinvolgerci direttamente.

La scoperta che più occultamente schiavi esistono anche nel mondo occidentale è già cronaca e solo la determinazione di combatterla tutelerà il vivere civile se la società civile sconfigge la nuova barbarie che porta in sé.

Cristina Lapenna

Note

1 Kevin Bales I nuovi schiavi Milano, ed.Feltrinelli 2000 pag 20

2 Gaio "Vi sono tre tipi di utensili: quelli che non si muovono e non parlano; quelli che si muovono e non parlano (animali),e quelli che si muovono e parlano (schiavi)". "Istitutiones" I,52,

3 Francesco Carchedi Giovanni Mottura Enrico Pugliesi Il lavoro servile e le nuove schiavitù ed.Angeli Milano 2003

L'esame per il patrocinio avanti le Giurisdizioni superiori: cronaca di un'esperienza (con qualche osservazione per il futuro)

La legge n. 247/2012 ha inciso profondamente, come è noto, non solo sulle regole di accesso all'avvocatura ma anche sull'accesso al patrocinio avanti le Giurisdizioni Superiori, regolato dall'art. 22, che prevede due possibilità di iscrizione all'Albo speciale.

La prima si ottiene con il superamento di un esame, disciplinato dalla L. 28 maggio 1936 n. 1003 e dal R.D. 9 luglio 1936 n. 1482.

La seconda – ed è questa la novità – si ottiene da parte di chi “avendo maturato un'anzianità di iscrizione all'albo di otto anni abbia lodevolmente e proficuamente frequentato la Scuola Superiore dell'Avvocatura, istituita e disciplinata con regolamento del CNF”.

Il regolamento può prevedere specifici criteri e modalità di selezione per l'accesso e per la verifica finale di idoneità.

La verifica finale di idoneità è eseguita da una Commissione designata dal CNF e composta da suoi membri, avvocati, professori universitari e magistrati addetti alla Corte di Cassazione (art. 22, comma 2 L. n. 247/2012).

Con la nuova disciplina è stata quindi esclusa la possibilità dell'iscrizione all'Albo speciale con il solo requisito dell'anzianità (*melius* dello svolgimento dell'attività) per un periodo di 12 anni; possibilità che il legislatore ha accordato a coloro che avessero maturato i requisiti previsti dalla previgente normativa all'atto dell'entrata in vigore della legge ed anche a coloro che avrebbero maturato i requisiti richiesti dal previgente regime entro tre anni dalla data di entrata in vigore della legge (art. 22 commi 3 e 4).

La legge prevede, quindi, una duplice via di accesso per l'iscrizione all'albo delle Giurisdizioni superiori.

Ma, come è noto, la prima via è molto impervia e certamente assai meno agevole della seconda, per quanto dirò tra poco.

È noto, pure, che l'esame annuale, previsto dalla richiamata legge del 1936, è stato sostenuto nel corso degli anni da pochissimi avvocati e che la percentuale degli idonei, per quanto risulta, è sem-

pre stata molto bassa¹.

Mi è parso opportuno richiamare sinteticamente la vecchia e la nuova normativa sull'accesso al patrocinio avanti le Giurisdizioni superiori a mo' di introduzione di quanto ora mi accingo ad esporre.

Ho avuto l'onore e l'onere di presiedere la Commissione dell'esame finale per l'iscrizione all'Albo dei Cassazionisti, previsto dall'art. 22 della L. n. 247/2012, in sede di prima applicazione.

L'esame finale ha costituito la parte terminale di un procedimento complesso che si è sviluppato in diverse fasi, che ora sinteticamente riporto.

Nel luglio del 2014 venne emanato dal C.N.F. il regolamento attuativo contenente le disposizioni per l'attuazione dell'art. 22 della L. n. 247/2012.

Fermo restando il requisito dell'anzianità minima di 8 anni di iscrizione all'Albo, venne stabilita la necessità dell'effettivo esercizio della professione².

Si stabilirono, pure, le regole riguardanti il corso per l'accesso all'esame finale, e la prova di accesso allo stesso, attraverso una preselezione a mezzo di un test a risposta multipla³.

Al regolamento seguì l'emanazione, nel febbraio 2015, di un apposito bando per l'ammissione al corso propedeutico per l'iscrizione all'Albo delle giurisdizioni

1 L'esame previsto dalla L. n. 1003/1936 si articola in tre prove scritte ed una orale. Le prove scritte consistono nella redazione di un ricorso in materia civile, uno in materia penale ed uno in materia amministrativa (al Consiglio di Stato o alla Corte dei Conti in sede giurisdizionale).

2 L'art. 4, commi 3 e 4, del Regolamento n. 5 del 16 luglio 2014, prevede che: “3. Sono criteri di effettività nell'esercizio della professione, ai fini dell'accesso al corso:

a) avere patrocinato, negli ultimi quattro anni, almeno dieci giudizi dinanzi ad una Corte di Appello civile;
b) avere patrocinato, negli ultimi quattro anni, almeno venti giudizi dinanzi ad una Corte di Appello penale;
c) avere patrocinato, negli ultimi quattro anni, almeno venti giudizi dinanzi alle giurisdizioni amministrative, tributarie e contabili.

4. I requisiti di cui al comma 3 sono tra loro alternativi”.

3 Regolamento n. 5 del 16 luglio 2014, art. 6, comma 2: “Il corso ha durata trimestrale ed è suddiviso in 120 ore, in ragione di dieci ore a settimana. Le lezioni si svolgono il venerdì pomeriggio ed il sabato mattina”.

superiori.

In detto bando si stabilì che la prova di ammissione sarebbe consistita in un test a risposta multipla, comprendente 48 domande complessive di diritto processuale civile, diritto processuale penale, diritto processuale amministrativo e giustizia costituzionale.

Ai fini del superamento della prova si stabilì che sarebbe stata necessaria la risposta corretta ad almeno due terzi delle domande.

Le domande di ammissione al corso furono 615.

La prova preselettiva per l'ammissione al corso venne superata da 130 candidati.

61 candidati vennero ammessi con riserva dal TAR del Lazio.

Sicché complessivamente si presentarono alla prova finale 191 candidati.

La prova finale consistette in una prova scritta ed in una prova orale.

Sulla base del regolamento e del bando sopra richiamati ciascun candidato avrebbe potuto scegliere - come poi avvenne - tra l'elaborazione di un ricorso per Cassazione in materia civile o in materia penale oppure di un ricorso avanti il Consiglio di Stato.

La prova orale avrebbe dovuto vertere - come poi in effetti fu - sulle materie oggetto delle lezioni del corso propedeutico nell'ambito del diritto processuale civile, del diritto processuale penale, della giustizia amministrativa e della giustizia costituzionale.

Per l'esame finale venne nominata dal C.N.F. il 26 ottobre 2015 un'apposita Commissione, da me presieduta, di 20 membri, di cui alcuni avvocati iscritti all'Albo speciale per il patrocinio avanti le Giurisdizioni superiori, alcuni professori universitari e due consiglieri di Stato, in ottemperanza a quanto previsto dal regolamento sopra richiamato.

La prima riunione della Commissione si svolse all'inizio del novembre 2015; l'ultima, conclusiva, all'inizio di marzo 2016.



Test Preselettivo (615 Candidati)



La Commissione propose per l'idoneità n. 166 candidati, due non si presentarono alla prova orale e 23 vennero ritenuti non idonei.

Va rimarcato che tutti i candidati presentatisi alla prova scritta (191) vennero ammessi alla prova orale, non essendo prevista dal regolamento l'esclusione della prova orale per il mancato superamento della prova scritta.

Questi i dati dell'esame del 2015.

Credo sia molto utile raffrontare detti dati con quelli del 2016, riguardanti la procedura in corso di svolgimento.

I dati sono relativi alla prova preselettiva per l'ammissione al corso propedeutico all'esame finale: candidati n. 625, ammessi n. 462.

I dati sopra riportati mi inducono ad alcune osservazioni sull'esame.

L'esperienza da me fatta, positiva per molti aspetti, mi consente di porre in evidenza alcune criticità.

La prima riguarda la selezione per l'ammissione al corso propedeutico all'esame di verifica finale.

Come ho sopra detto, la selezione è stata fatta con *test* a risposta multipla (volgarmente, con dei quiz).

Nel 2015, come si è posto prima in evidenza, la selezione con siffatto sistema è stata molto forte (la percentuale di ammessi ai corsi è stata di poco più del 20%).

Nel 2016, viceversa, la percentuale di ammessi, come si è visto, è stata molto maggiore.

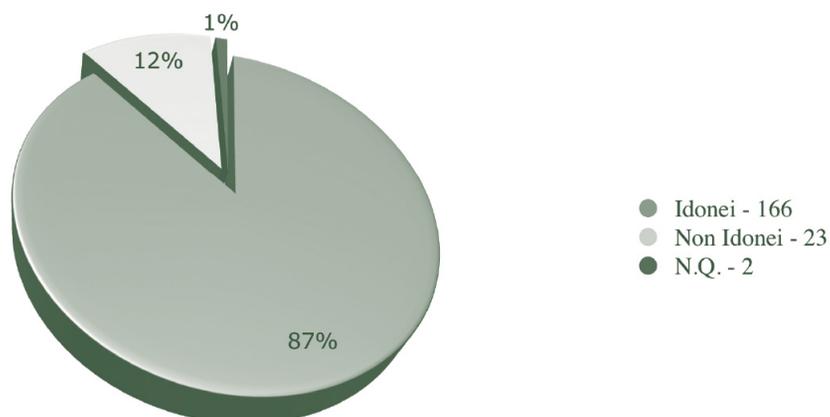
A me pare che tale sistema di preselezione mal si addica ai fini della valutazione delle capacità e della preparazione di un candidato che intenda accedere ad un corso per poi sottoporsi ad un esame finale.

D'altra parte, l'art. 22 sopra citato nulla impone in proposito essendo prevista solo la possibilità di stabilire "modalità di selezione per l'accesso".

C'è da chiedersi se, visto il numero dei candidati, sia nel 2015 che nel 2016 di poco superiore a 600, vi sia la necessità della selezione per l'accesso al corso propedeutico.

A me non sembra che vi sia tale necessità, quantomeno sino a quando i numeri non divengano molto più elevati: il che, però, non pare probabile. La valutazione affidata alla sola prova scritta (la redazione di un ricorso) è, a mio avviso, la forma migliore di valutazione.

Esame Cassazionisti 2015 - 2016 Prova Finale (191 Candidati)



La seconda criticità concerne il numero dei componenti della Commissione finale (10 effettivi e 10 supplenti).

Il numero è eccessivo, specialmente ove si consideri che la Commissione da me presieduta ha sempre operato con 10 componenti, essendo stato ritenuto trattarsi di un Collegio perfetto: ciò sia per la correzione degli elaborati scritti che per l'espletamento delle prove orali.

È facile immaginare per il lettore le difficoltà incontrate, di volta in volta, per la composizione della Commissione, tenuto conto che i commissari provenivano, per la gran parte, da varie zone dell'Italia (Sicilia, Sardegna, Campania, Puglia, Toscana, Emilia Romagna, Lombardia e Veneto).

Soltanto 4 commissari erano residenti nel Lazio: tre a Roma e uno a Latina.

Ciononostante si è riusciti a portare a termine i lavori in un lasso di tempo breve (circa 4 mesi comprensivi delle festività natalizie), grazie all'abnegazione e all'impegno della maggior parte dei Commissari.

Comunque, la criticità circa il numero dei componenti della Commissione è stata presa in considerazione e probabilmente per l'anno 2016 - per quanto è dato di sapere - s'intende operare una sensibile diminuzione del numero (forse un dimezzamento).

Un'ulteriore criticità riguarda la prova orale, che ha avuto ad oggetto, come previsto dal regolamento, le materie processuali (civile, penale, amministrativo e costituzionale), ancorché limitata agli argomenti svolti dai candidati nelle lezioni del corso propedeutico.

L'aver ricompreso nell'esame orale tutte le materie ha comportato - anche se in misura inferiore rispetto a quanto si era previsto - un qualche disagio poiché ciascun candidato aveva un proprio bagaglio professionale già formato.

Il civilista - che aveva optato per il ricorso in materia civile - si è trovato maggiormente a proprio agio nella procedura civile, il penalista nella procedura penale e l'amministrativista nel processo amministrativo.

Nelle materie non frequentate abitualmente (o addirittura del tutto professionalmente trascurate) ciascun candidato ha mostrato, all'esame orale, nel caso di esito positivo, una preparazione istituzionale o poco più.

Tale criticità, del tutto evidente, ha portato all'eliminazione della prova orale nell'esame, attualmente in corso, relativo all'anno 2016.

Sicché la valutazione dell'idoneità, superata la prova preselettiva, d'ora in poi sarà effettuata esclusivamente sulla base della prova scritta.





Tuttavia, l'eliminazione di una prova orale "generalista" mi pare opportuna.

A mio avviso, però, sarebbe meglio mantenere la prova orale ma circoscritta alla materia scelta dal candidato.

Ciò consentirebbe la valutazione della preparazione specifica del candidato nel settore ch'egli presumibilmente andrà ad esercitare.

Comunque, allo stato, vi è solo la prova scritta, che assume, quindi, importanza decisiva.

Il che rende assai rilevante stabilire l'ambito nel quale operare la scelta del compito assegnato al candidato: della cosiddetta "traccia", consistente in una sentenza in grado di appello per il civile ed il penale e in una sentenza di primo grado del TAR.

Nella prima, con riferimento al ricorso avanti la Cassazione civile, vi sono state richieste, da parte di alcuni candidati, di inserimento di "tracce" nel settore del diritto tributario e del diritto del lavoro.

Tali richieste non sono state accolte, avendo reputato la Commissione di pro-

porre tracce esclusivamente nell'ambito del diritto civile senza aperture verso settori specialistici.

Tale soluzione potrebbe essere rivista in assenza della prova orale e tenuto conto che già nella prima tornata parecchi candidati, nel corso della prova orale, dichiararono di svolgere la propria attività in settori "specialistici".

È presumibile che la partecipazione di candidati "specialisti" (di fatto) sarà una costante nel prossimo futuro, con una probabile tendenza all'aumento.

Tale tendenza è abbastanza percepibile ed è in linea con la regolamentazione delle specializzazioni, ormai in dirittura di arrivo, dopo lungo ed aspro dibattito.

Sicché in uno scenario prossimo, nel quale sarà dato riconoscimento ufficiale alle specializzazioni, credo che in sede di esame finale per l'iscrizione all'Albo delle Giurisdizioni superiori si dovrebbe valutare la professionalità specifica con riguardo anche alla specializzazione del candidato, fermo restando che fondamentalmente e prioritariamente l'esa-

me finale riguarda il diritto processuale.

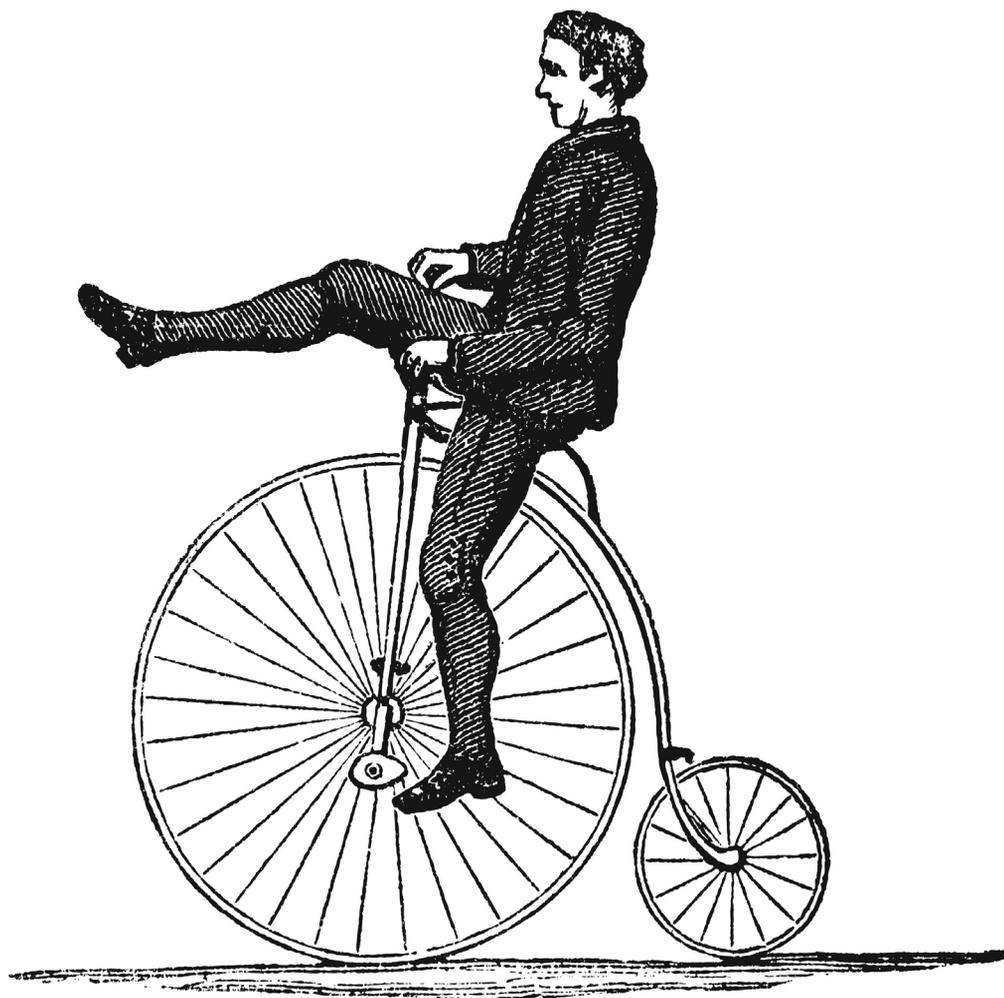
Né potrebbe fondatamente obiettarsi che il superamento dell'esame abilita, in toto, l'avvocato al patrocinio in tutte le materie.

Il che è vero, ma è altrettanto vero che l'avvocato è tenuto al rispetto della regola deontologica relativa alla competenza, la cui osservanza serve (dovrebbe servire) ad evitare che l'avvocato si avventuri in discipline non conosciute, sia dal punto di vista sostanziale che processuale.

L'osservanza di tale precetto deontologico assume importanza sempre maggiore, in particolar modo nell'attività difensiva in sede di giudizio di legittimità, ove negli ultimi tempi, come è noto, le questioni di rito (specialmente *sub specie* di inammissibilità dei ricorsi) stanno assumendo un rilievo troppo spesso decisivo per le note ragioni "deflative".

Ma questo è un altro discorso...

Luigi Angiello



ATTIVITA' DEL CONSIGLIO

Dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016 il Consiglio si è riunito n. 17 volte.

Elenco delle presenze dei Consiglieri alle adunanze:

avv. Ugo Salvini	n. 16
avv. Elisa Gandini	n. 15
avv. Enrico Maggiorini	n. 16
avv. Simona Brianti	n. 13
avv. Giuseppe Bruno	n. 15
avv. Vittorio Cagna	n. 16
avv. Francesco Giuseppe Coruzzi	n. 12
avv. Paola De Angelis	n. 16
avv. Matteo de Sensi	n. 13
avv. Daniela Francalanci	n. 15
avv. Matteo Martelli	n. 14
avv. Alessandra Mezzadri	n. 15
avv. Alberto Montanarini	n. 11
avv. prof. Lucia Silvagna	n. 12
avv. Marcello Ziveri	n. 14

OPINAMENTO PARCELLE

Dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016 l'apposita commissione consiliare (ovvero il Consiglio) ha opinato n. 3 parcelle e ha espresso n. 76 pareri di congruità.

Tentativi di conciliazione ai sensi dell'art. 13 L. 247/2012.

Dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016

Pervenuti n. 8 di cui:

tenuti e non riusciti	n. 4
annullato	n. 1
in attesa di definizione	n. 1
non tenuto	n. 1 per mancata adesione del legale;
da tenere	n. 1

ESPOSTI

Dal registro dei reclami nei confronti degli iscritti dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016:

- Pervenuti n. 40, tutti trasmessi al CDD di Bologna.
- n. 11 segnalazioni da inviare al CCD di Bologna per inadempimento agli obblighi di Formazione Continua, senza riscontro alla richiesta di chiarimenti;
- n. 18 segnalazioni da inviare al CCD di Bologna per inadempimento agli obblighi di Formazione Continua, anche a seguito dei chiarimenti forniti.

RICHIESTE DI AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016:

istanza pervenute n. 178 di cui:

ammesse n. 170;

non ammessa n. 1 per superamento limite reddituale;

rinuncia n. 4 di cui n. 1 ritirata.

Variazioni

Questo numero di CRONACHE non pubblica le consuete variazioni dei dati risultanti dall'albo.

In effetti il nuovo albo 2016, aggiornato, è in corso di pubblicazione.

Anzi è in atto una gara per chi prima arriverà sulle vostre scrivanie: CRONACHE oppure il nuovo albo?

Il problema è che siamo tutti in mano alle Poste, la cui crisi sulla funzione principale e storica è purtroppo ben nota.

La redazione, che spera ancora di arrivare per prima, propone allora la ghiotta anticipazione della bella copertina dell'albo e della prima sua pagina (un tentativo di logo identitario che l'ordine parmigiano non ha mai avuto?)



Maria Luigia in veste Concordia, scultura di Antonio Canova.

Su concessione del Ministero dei Beni, delle Attività Culturali e del Turismo Polo Museale Regionale dell'Emilia Romagna.

E' vietata la riproduzione, duplicazione con qualsiasi mezzo.



ALBO DEGLI AVVOCATI

AGGIORNATO AL 30 APRILE 2016

Stemma di Parma sotto l'Impero di Napoleone. Le tre api d'oro sono il cosiddetto Capo d'Impero Napoleonico. Con l'annessione alla Francia la legislazione Transalpina venne estesa al Ducato che venne annesso come Dipartimento. Fu così che a Parma venne stabilito l'Ordine degli Avvocati, su modello francese, che sostituì il vecchio Collegio. L'Ordine degli Avvocati napoleonico è il modello su cui vennero costruiti tutti gli ordini successivi, anche negli Stati preunitari; è l'antenato diretto dell'Ordine attuale. Il Collegio, era autonomo dallo Stato e non era sottoposto alla sua regolamentazione, costituendo un ordinamento corporativo a sé stante; l'Ordine soggiace ed è costituito secondo la normativa statale.

AGGIORNAMENTO ALBI

(dal 16 marzo 2016 al 12 luglio 2016)

ISCRIZIONI

MATTEO TEMPESTA delibera 5 aprile 2016;
ELEONORA PELIZZARI delibera 12 aprile 2016;
FEDERICO GENNARI delibera 19 aprile 2016;
LUCA FERRARI delibera 27 aprile 2016;
MARIA AZZURRA FORTINI delibera 24 maggio 2016;
NICOLA MUSSINI delibera 24 maggio 2016;
CARLOTTA DEL MONTE delibera 31 maggio 2016;
AURELIANA MAGGIO delibera 5 luglio 2016;
FEDERICO MORA delibera 5 luglio 2016.

CANCELLAZIONI

CARLO ROSSI (per trasferimento al Foro della Spezia)
delibera 5 aprile 2016, con decorrenza 18 marzo 2016;
MATTEO CORSO (a domanda)
delibera e decorrenza 17 maggio 2016;
ROMEO TRABUCCHI (a domanda)
delibera e decorrenza 14 giugno 2016;
FEDERICA FACCHINI (a domanda)
delibera e decorrenza 5 luglio 2016;
IMMACOLATA MARTINI (per trasferimento al Foro di Roma)
delibera 5 luglio 2016, con decorrenza 16 giugno 2016.

SOSPENSIONI VOLONTARIE

(ex art. 20 c. 2 legge 247/2012)

RAFFAELLA CALDA per il periodo di tre mesi a far tempo dal 1°
giugno 2016, eventualmente rinnovabile per pari periodo

Alla data del 12 luglio 2016 gli iscritti all'albo erano in n. mille-
duecentotrentasette

PRATICANTI AVVOCATI

Iscritti n. 28 (di cui n. 1 reinscrizione)
Cancellati n. 38

PATROCINATORI LEGALI

Iscritti n. 5
Cancellati n. 9

circolari e deliberazioni dal Consiglio dell'ordine

Parma li 25 maggio 2016

Prot. n. 1455/2016

A tutti gli iscritti

ARBITRATI ex L. 10/11/2014 n. 162 (translatio iudicii)

E' stato pubblicato sulla G.U. n. 102 del 3/5/2016 il Decreto del Ministero della Giustizia n. 61 del 12/4/2016 dettato in materia di devoluzione in arbitrato ex L. 162/2014 delle controversie civili pendenti.

Ad integrazione e completamento di quanto già in proposito oggetto di segnalazione con le precedenti circolari 15/9/2014 (prot. 1266/14) e, rispettivamente, 17/9/14 (prot. 1278/14) da ritenersi qui richiamate, pare utile ricordare fin d'ora le seguenti novità recate dal predetto regolamento, che entrerà **in vigore il 3/7/2016** (decorsi gg. 60 dalla sua pubblicazione):

- i compensi spettanti agli arbitri, e di cui al D.M. 55/2014 (parametri), sono ridotti del 30%;
- l'elenco nel quale vengono iscritti coloro che depositano la dichiarazione di disponibilità a fungere da arbitro è tenuto ed aggiornato dal presidente del COA e la designazione verrà fatta con assegnazione a rotazione in via automatica mediante sistemi informatizzati di cui i singoli COF dovranno dotarsi, previa validazione tecnica Ministeriale;
- all'atto della dichiarazione di disponibilità per essere inseriti nell'elenco gli interessati, fermi i requisiti previsti dall'art. 1 della L. 162/2014 (già richiamati nella surriportata circolare 15/9/14 di questo Consiglio), dovranno indicare anche l'"*area professionale di riferimento documentando le proprie competenze professionali*" secondo la tabella A allegata al DM 61/2016, che per facilitarne la consultazione viene pubblicata sul nostro sito istituzionale unitamente alla presente circolare.

Cordiali saluti.

Il presidente
(avv. Ugo Salvini)

P.S. Coloro che già sono iscritti nell'elenco, a seguito delle pregresse comunicazioni, dovranno provvedere ad indicare l'"*area professionale di riferimento*" di cui sopra entro la data del 3/7/2016.

Parma li 16 giugno 2016

Prot. n. 1674/2016

A tutti gli iscritti

ARBITRATI ex L. 10/11/2014 n. 162 (translatio iudicii)

A seguito della circolare informativa del 25/5/2016 (prot. 1455/2016) alcuni colleghi hanno richiesto lumi circa le modalità di documentazione delle competenze professionali relative alle "aree professionali" di interesse individuate dalla tabella (allegato A) richiamata dal D.M. 61/2016.

Il silenzio in punto nella richiamata circolare è derivato dalla totale mancanza nel D.M. di ogni e qualsiasi chiarimento e/o indicazione, il ché non rende certo meno legittima la richiesta.

Per risolvere il problema, creato dal vuoto normativo, il Consiglio con delibera adottata il 14/6/2016 ha ritenuto – allo stato – che gli interessati per l'iscrizione all'elenco de quo procedano a documentare le competenze acquisite nell'area professionale di riferimento prescelta come segue:

- allegando certificazione della Cancelleria civile attestante il patrocinio nell'ultimo quinquennio di iscrizione all'Albo di almeno n. 15 (quindici) controversie nelle materie prescelte, da eventualmente integrarsi, per raggiungere tale soglia numerica, anche con attività stragiudiziale, che è consentito in tale ambito potersi utilizzare, allegando in tal caso copie dei relativi accordi/transazioni/lodi, opportunamente depurati con i relativi omissis circa i nomi delle parti interessate;
- per coloro che vantino un'anzianità di iscrizione superiore a cinque anni il periodo valido, da documentare come dianzi, è esteso all'ultimo decennio.

Cordiali saluti.

Il presidente
(avv. Ugo Salvini)

Parma li 31 maggio 2016

Prot. nr. 1522/2016

A tutti gli iscritti

NEGOZIAZIONE ASSISTITA

La pubblicazione periodica dei dati ministeriali sull'andamento – per la verità piuttosto deludente – dell'istituto di nuovo conio introdotto dalla L. 162/2014 quale misura alternativa alla soluzione giudiziale delle controversie, induce ad alcune considerazioni e sollecitazioni.

Lo strumento, concepito per scopi deflattivi unitamente ad altre misure che hanno visto la luce in questi ultimi anni, è stato fortemente voluto dall'Avvocatura e, frutto anche di un'apertura di credito da parte del Ministero della Giustizia, costituisce contemporaneamente una sfida ed un rischio per la classe forense, che sullo stesso si gioca, almeno in parte, la propria credibilità, ovvero la capacità di affrontare il cambiamento e la governabilità di un mezzo che ci vede, quali parte del sistema-justizia, protagonisti nella gestione del contenzioso accrescendo la nostra dimensione pubblicistica e, quindi, le responsabilità.

Esige in tutti noi un "*salto culturale*", per usare un'espressione abusata ma certamente condivisibile, e cioè una presa di coscienza sulla mutazione genetica della nostra professione, che ci vede non più solo nel ruolo di difensori dei diritti degli assistiti ma anche in quello di pacificatori e, appunto, di negoziatori nell'ambito della tutela degli interessi che ci sono affidati: una sfida che perciò non possiamo perdere se vogliamo mantenere a pieno titolo la nostra rivendicata centralità come (co)protagonisti del governo della giurisdizione.

Alla luce di quanto sopra il Consiglio ha in animo di promuovere, in materia, sia eventi informativi che formativi, con il coinvolgimento di figure professionali in grado di dare un contributo significativo sulle tecniche di negoziazione che occorre apprendere.

Agli iscritti si chiede, peraltro, una più proficua collaborazione in due direzioni:

a) da un lato nel fare emergere tutti quegli accordi stipulati in varie forme (transazioni, convenzioni, ecc.) che costituiscono, di fatto, negoziati, trasformandole in (o utilizzando la forma di) negoziazione assistita, rafforzandone in tal modo la consistenza numerica ed affinando nello stesso tempo le tecniche di perfezionamento dell'accordo;

b) dall'altro lato nell'inviare al COA sempre gli atti di negoziazione assistita stipulati (sia che si tratti di materia in cui essa è obbligatoria che laddove è facoltativa): è infatti emersa una rilevante discordanza tra i dati delle Procure – in materia di separazione e divorzi – e quelli dei COA pervenuti al Ministero, nel senso che i primi risultano superiori ai secondi, il che significa che viene spesso trascurato l'adempimento dell'invio ai singoli COA; in proposito si rammenta che tale adempimento non ha solo una mera valenza statistica, ma è un vero e proprio obbligo di legge (art. 11 L. 162/2014) il cui mancato rispetto può avere ricadute anche sul piano deontologico, e quindi disciplinare, posto che non consente agli organi istituzionali (COA e CNF) di svolgere compiutamente il proprio compito di corretta trasmissione dei dati in una materia ad essi affidata dalla normativa vigente.

Cordiali saluti.

Il presidente
avv. Ugo Salvini

Delibera del 7 giugno 2016

CRITERI GUIDA PER LA RIDUZIONE DEI CREDITI FORMATIVI DA ACQUISIRE NEL TRIENNIO, AI SENSI DELL'ART. 15 COMMA 2 DEL REGOLAMENTO PER LA FORMAZIONE CONTINUA 16 LUGLIO 2014, NEI CASI DI ESONERO PER GRAVIDANZA, MATERNITÀ O PATERNITÀ.

Il Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Parma

• Visto l'art. 15 del nuovo regolamento per la formazione continua che prevede la possibilità di esonero *dall'obbligo formativo per gli iscritti che si trovino in una delle situazioni di impedimento* tra quelle elencate nella medesima disposizione;

• Ritenuto che i casi di impedimento statisticamente più frequenti, tra quelli previsti ed elencati in tale disposizione regolamentare, sono costituiti dalla gravidanza o dall'assolvimento dei doveri di maternità e paternità (art. 15 comma 2 lettera a);

• Ravvisato che l'art. 15 comma 4 del Reg. citato, quanto ai criteri che devono essere seguiti dai COA per la determinazione dell'entità dell'esonero, si limita a fissare il principio generale che l'esonero deve avere efficacia *"limitatamente al periodo di durata dell'impedimento"* e comportare *"la riduzione dei CF da acquisire anche in proporzione al contenuto ed alle modalità dell'impedimento"*, senza fornire alcuna ulteriore specificazione;

• Ritenuto che tale criterio può prestarsi, nella prassi applicativa, a difformi interpretazioni, con rischio di disparità di trattamento per casi analoghi;

• Ravvisata, dunque, la necessità di individuare delle linee guida più specifiche che consentano una maggior oggettività nell'individuazione dell'entità della riduzione dei crediti formativi da acquisirsi nei casi di impedimento statisticamente più frequenti, costituiti dalla gravidanza o dall'assolvimento dei doveri di maternità e paternità (art. 15 comma 2 lettera a)

DELIBERA

con decorrenza 1/1/2017

l'adozione dei seguenti criteri orientativi per la concessione della durata ed entità dell'esonero, nei casi di cui all'art. 15 comma 2 lett a):

Per il caso di gravidanza, non a rischio, ritenuto congruo individuare il periodo di impedimento effettivo negli ultimi quattro mesi di gestazione (pari ad 1/3 dell'anno formativo): **esonero di 7 CF** (pari ad 1/3 dei CF acquisibili nell'anno in corso arrotondato per eccesso); tale esonero andrà distribuito

proporzionalmente tra l'anno della nascita e quello precedente, se l'evento nascita si verifica nel primo quadrimestre dell'anno.

Per gravidanza a rischio documentalmente comprovata con idonea certificazione medica: **esonero totale dei crediti formativi per un anno (20 CF)**, da distribuirsi in proporzione tra l'anno dell'evento e quello eventualmente precedente di inizio della gravidanza.

Adozione all'estero

Esonero dei crediti formativi in misura proporzionale alla durata del soggiorno trascorso all'estero del genitore adottante, in attesa di assegnazione di minore straniero adottivo.

Maternità o Paternità

Per il primo anno di vita del neonato

Esonero totale di 20 crediti, a partire dalla nascita, da distribuirsi per trimestri a seconda della data di nascita del neonato secondo il seguente schema:

• se la nascita interviene dal 1.1 al 31.3: esonero totale anno in corso;

• se la nascita interviene dal 1.4 al 30.6: esonero 15 crediti per l'anno in corso (sul presupposto che per il primo trimestre sarebbe già operativo l'esonero per gravidanza e che l'impedimento per maternità riguarderebbe i 2/3 dell'anno in corso) e 5 crediti per l'anno successivo;

• se la nascita interviene dal 1.7 al 30.9: esonero 10 crediti per l'anno in corso (pari ad 1/2 dell'anno formativo) e 10 crediti per l'anno successivo;

• se la nascita interviene dal 1.10 al 31.12 cioè nell'ultimo trimestre (1/4 dell'anno formativo): esonero 5 crediti dell'anno in corso (pari ad 1/4) e 15 crediti per l'anno successivo;

• Dal compimento di 1 anno del bambino ai 2 anni: esonero 10 crediti.

Dal compimento di 2 anni del bambino ai 3 anni: 7 crediti.

Ai casi di maternità o paternità sono equiparati i casi di adozione.

Rimane salva la possibilità del COA di discostarsi da tali criteri in particolari casi specificamente motivati e comprovati.



Delibera del 14 giugno 2016

Il Consiglio

- premesso che l'art. 15 del Regolamento per la formazione continua n. 6 del 16 luglio 2014 adottato dal C.N.F. dispone, tra l'altro, che "Sono esentati dall'obbligo di formazione continua.....gli avvocati dopo venticinque anni di iscrizione all'albo o dopo il compimento del sessantesimo anno di età".

- considerato che tale disposizione regolarmente fa decorrere la cessazione dell'obbligo formativo successivamente al verificarsi della condizione di "anzianità" professionale anagrafica prevista dalla norma;

- preso atto che detti presupposti per l'esonero ben possono in concreto verificarsi (ed è anzi l'ipotesi più diffusa) nel corso di uno qualsiasi dei mesi dell'anno e che, pertanto, occorre determinare quale sia il numero di crediti che l'avvocato deve conseguire nel periodo dell'anno antecedente il verificarsi della condizione di cui al richiamato art. 15 del Regolamento per la formazione;

- ritenuta l'opportunità di disciplinare tale aspetto in modo chiaro ed uniforme

DELIBERA

che **con decorrenza 1/1/2017** il numero di crediti parziali che l'avvocato dovrà conseguire nel corso dell'anno in cui maturino i venticinque anni di iscrizione all'albo o i sessant'anni di età, e prima del loro compimento, saranno stabiliti come segue:

1) Per gli iscritti che maturino la condizione di "anzianità" professionale od anagrafica dal **1 gennaio al 31 marzo**: esonero totale dalla formazione per tutto l'anno in corso;

2) Per gli avvocati che maturino la condizione di "anzianità" professionale od anagrafica dal **1 aprile al 30 giugno**: esonero parziale di 15 crediti formativi con permanenza di obbligo formativo parziale in misura di 5 crediti formativi per l'anno in corso, di cui almeno 1 nelle materie obbligatorie (ordinamentali e deontologia);

3) Per gli avvocati che maturino la condizione di "anzianità" professionale od anagrafica dal **1 luglio al 30 settembre**: esonero parziale di 10 crediti formativi con permanenza di obbligo formativo parziale in misura di 10 crediti formativi per l'anno in corso, di cui almeno 2 nelle materie obbligatorie (ordinamentali e deontologia);

4) Per gli avvocati che maturino la condizione di "anzianità" professionale anagrafica dal **1 ottobre al 31 dicembre**: esonero parziale di 5 crediti formativi con permanenza di obbligo formativo parziale in misura di 15 crediti formativi per l'anno in corso, di cui almeno 3 nelle materie obbligatorie (ordinamentali e deontologia).

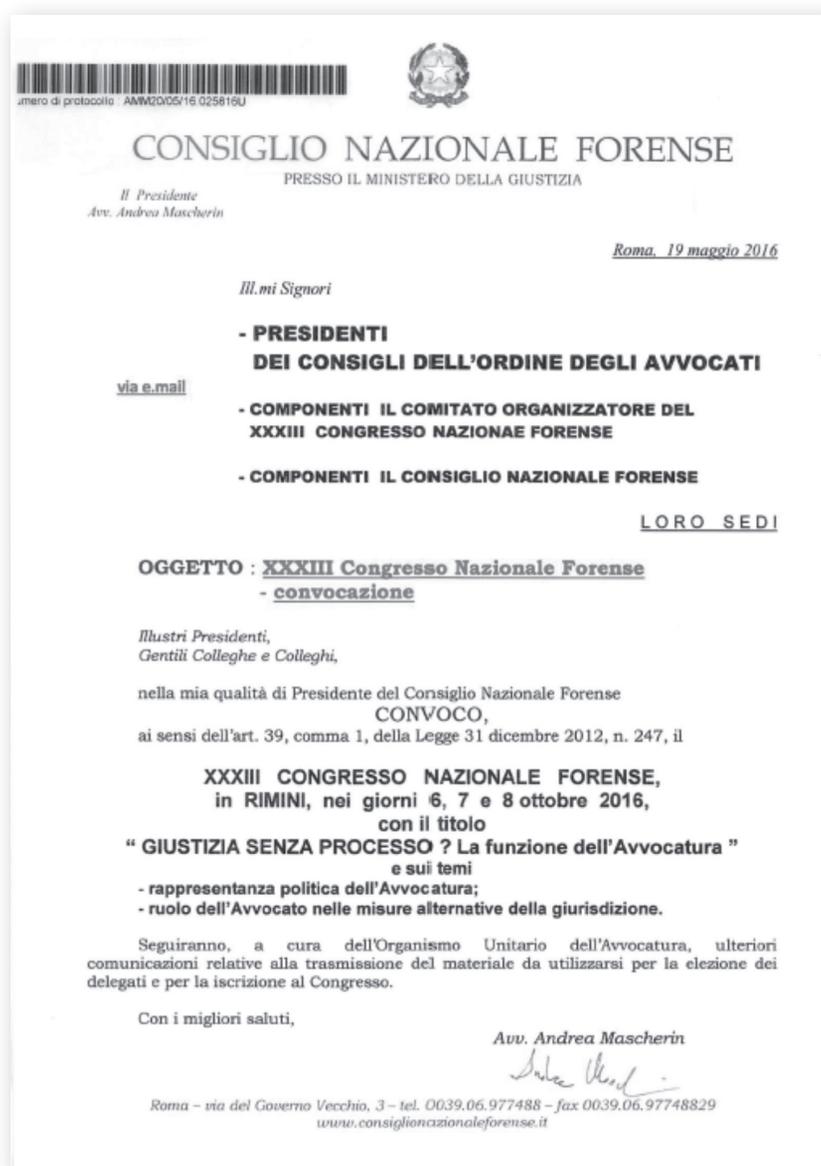
Manda alla segreteria per la pubblicazione della presente delibera sul sito istituzionale e dà mandato alla Consigliera segretaria di darne comunicazione agli iscritti con apposita circolare informativa.

Materiali: XXXIII Congresso nazionale forense

L'assemblea del 29 giugno scorso ha eletto delegati al Congresso i Colleghi:

Marina CAFFERATA; Alessandro DAVINI
Maurizio P. DONELLI; Alessandra PALUMBO

(in ordine alfabetico)



BRRD (*bail-in*) e “decreto Banche”

Le vicende riportate con grande enfasi dalla stampa e dai mass media che hanno coinvolto di recente quattro banche (Banca Marche, Carife, Popolare dell'Etruria, Carichieti), hanno fatto prendere coscienza del fatto che anche istituti locali (oltre che “colossi” informi e lontani, anche geograficamente come Lehman Brothers) possono cadere in default, con riflessi diretti ed immediati sulla vita di migliaia di consumatori.

Appare quindi opportuno ripercorrere brevemente le regole recentemente introdotte in materia di risoluzione delle crisi bancarie.

Il quadro normativo di riferimento è dato dalla Direttiva 2014/59/UE, c.a. BRRD (*Bank Recovery and Resolution Directive*), recepita con il d.lgs n. 180 del 16/11/2015, la quale ha introdotto regole armonizzate in tutti i paesi europei al fine di prevenire e gestire le crisi delle imprese di investimento e delle banche.

Semplificando al massimo, la normativa in discussione impone alle banche un'attività preparatoria continua della gestione di una (eventuale) crisi.

In tale “gestione anticipata” della crisi, la BRRD coinvolge sia le singole banche, sia la c.d. “Autorità di risoluzione” (in Italia, individuata nella Banca d'Italia).

Quanto alle singole banche, è previsto che le stesse debbano predisporre – riesaminare e se del caso aggiornare con cadenza almeno annuale – un piano di risanamento (“*recovery plan*”) individuale, contenente misure idonee a fronteggiare un deterioramento significativo della situazione patrimoniale e finanziaria. Detto piano deve essere basato su assunzioni realistiche e relative a scenari che prevedano situazioni di crisi anche gravi.

Relativamente al momento patologico, alla Banca d'Italia quale Autorità di Risoluzione è attribuito il potere di sottoporre una banca alla procedura c.d. di “risoluzione” in presenza di tutte le seguenti condizioni:

- la banca è in dissesto o a rischio di dissesto (ad esempio, quando, a causa di perdite, l'intermediario abbia azzerato o ridotto in modo significativo il proprio capitale);
- non si ritiene che misure alternative di natura privata (quali aumenti di capitale) o di vigilanza consentano di evitare

in tempi ragionevoli il dissesto dell'intermediario;

- sottoporre la banca alla liquidazione ordinaria non permetterebbe di salvaguardare la stabilità sistemica, di proteggere depositanti e clienti, di assicurare la continuità dei servizi finanziari essenziali e, quindi, la risoluzione è necessaria nell'interesse pubblico.

Una volta che si realizzino tali eventi, Banca d'Italia potrà:

- vendere una parte dell'attività a un acquirente privato;
- trasferire temporaneamente le attività e passività a un'entità (*bridge bank*) costituita e gestita dalle autorità per proseguire le funzioni più importanti, in vista di una successiva vendita sul mercato;
- trasferire le attività deteriorate a un veicolo (*bad bank*) che ne gestisca la liquidazione in tempi ragionevoli;
- applicare il *bail-in*, ossia svalutare azioni e crediti e convertirli in azioni al fine di assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in difficoltà o una nuova entità che ne continui le funzioni essenziali.

L'intervento pubblico diviene pertanto praticabile soltanto in circostanze straordinarie per evitare che la crisi di un intermediario abbia gravi ripercussioni sul funzionamento del sistema finanziario nel suo complesso. L'attivazione dell'intervento pubblico richiede comunque che i costi della crisi siano ripartiti con gli azionisti e i creditori attraverso l'applicazione di un *bail-in* almeno pari all'8% del totale del passivo.

Relativamente al citato *bail-in* (letteralmente, salvataggio interno), si tratta di uno strumento che consente alle Autorità di risoluzione di disporre, al ricorrere delle condizioni come sopra descritte, la riduzione del valore delle azioni e di alcuni crediti, ovvero la loro conversione in azioni, per assorbire le perdite e ricapitalizzare la banca in misura sufficiente a ripristinare un'adeguata capitalizzazione e a mantenere la fiducia del mercato.

Tale strumento (applicabile con decorrenza dal 01/01/2016) risponde al mutamento di prospettiva introdotto dalla Direttiva, passando da un sistema in cui la risoluzione delle crisi è imperniata sul ricorso ad apporti esterni, forniti dallo Stato (*bail-out*) ad uno nuovo, che ricerca all'interno degli stessi intermediari le risorse necessarie tramite il coinvolgimento di azionisti e creditori

(*bail-in*), secondo una gerarchia la cui logica prevede che chi investe in strumenti finanziari più rischiosi sostenga, prima di altri soggetti, le eventuali perdite ovvero subisca la conversione in azioni. Solo dopo aver esaurito tutte le risorse della categoria più rischiosa si passa alla categoria successiva.

In prima battuta risultano quindi “sacrificati” gli interessi degli azionisti esistenti, attraverso la riduzione o l'azzeramento del valore delle loro azioni.

In secondo luogo, è previsto un intervento su ulteriori categorie di creditori, le cui attività possono essere, anche congiuntamente (i) trasformate in azioni al fine di ricapitalizzare la banca e (ii) ridotte nel valore, nel caso in cui l'azzeramento del valore delle azioni non risulti sufficiente a coprire le perdite.

In sintesi, l'ordine gerarchico di applicazione del *bail-in* è il seguente:

- i) azionisti;
- ii) detentori di altri titoli di capitale;
- iii) altri creditori subordinati;
- iv) creditori chirografari;
- v) persone fisiche e piccole e medie imprese titolari di depositi di importo eccedente la somma di Euro 100.000;
- vi) fondo di garanzia dei depositi.

Quanto alle passività soggette a *bail-in*, l'art. 49 del D.lgs 180/2015, in conformità all'art. 44 della Direttiva BRRD, dispone che sono soggette al *bail-in* tutte le passività, ad eccezione di alcune, tra le quali merita ricordare i depositi protetti, vale a dire quelli di importo non eccedente la somma di €100.000,00 ovvero passività nei confronti dei seguenti soggetti:

- i) dipendenti, limitatamente alle passività riguardanti la remunerazione, i benefici pensionistici o altra componente fissa della remunerazione. Il *bail-in* può essere applicato alla componente variabile della remunerazione, salvo che essa sia stabilita da contratti collettivi.

In qualche modo collegato alla riforma della gestione delle crisi del sistema bancario è il DL 3/5/2016 n. 59, il quale, nello stabilire i criteri di rimborso ai risparmiatori coinvolti nei *defaults* sopra indicati, prevede disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali nonché a favore degli investitori in banche in liquidazione nonché nuovi sistemi di garanzia in favore delle ban-

che per facilitare ed agevolare la erogazione di finanziamenti alle imprese.

Ad una prima lettura le novità più rilevanti riguardano l'introduzione del nostro ordinamento del pegno non possessorio e la codificazione del cd "patto marciano"

Il patto marciano non è sconosciuto alla prassi: si tratta di quell'accordo tra creditore e debitore nel quale si prevedeva che, in caso di inadempimento, il creditore acquisisse la proprietà di un dato bene del debitore, stabilendo altresì l'obbligo però del creditore di versare al debitore la differenza tra l'importo del proprio credito e il valore di tale bene concesso di garanzia.

Detto accordo è stato, come detto, codificato dal DL 59/2016 il quale prevede un particolare patto marciano, cioè a dire quello tra banca e impresa, avente ad oggetto il trasferimento alla prima di un bene immobile (terreno, fabbricato strumentale ovvero abitativo della stessa impresa o di un terzo, con esclusione della abitazione principale del datore id ipoteca, del coniuge o di parenti ed affini entro il terzo grado), sospensivamente condizionato all'inadempimento della impresa mutuataria.

In altre parole, in presenza di un inadempimento (nei termini espressamente previsti dalla medesima legge) della mutuataria, il bene immobile viene trasferito alla Banca la quale può mantenerlo nel proprio patrimonio ovvero, come più probabile, venderlo direttamente al

fine di compensare, con il ricavato dalla vendita, il proprio credito, evitando così la procedura esecutiva.

Detto patto può essere trascritto nei registri immobiliari e l'avveramento della condizione sospensiva dell'inadempimento, in ragione dell'effetto *ex tunc* ad esso collegato, rende inopponibili alla Banca eventuali trascrizioni ed iscrizioni successive a tale formalità.

Operativamente, una volta verificatosi l'inadempimento, la banca creditrice deve notificare all'impresa una dichiarazione di volersi avvalere degli effetti del patto di trasferimento della proprietà.

Decorsi 60 giorni, la Banca ha facoltà di chiedere al presidente del Tribunale la nomina di un esperto stimatore dell'immobile e comunicarne il valore ai soggetti interessati. In tale frangente, si verifica il passaggio di proprietà del bene dal datore di ipoteca alla Banca nella ipotesi in cui l'esperto ritenga che il valore del bene sia inferiore al debito. Ove invece fosse considerato superiore, il passaggio di proprietà si realizza nel momento in cui la banca paga al debitore la differenza tra il valore peritato e l'importo del debito.

L'altro elemento di grande rilievo contenuto nel DL 59/2016 è costituito dal pegno non possessorio.

La novità principale di tale istituto, come desumibile dalla stessa denominazione, è costituita dalla circostanza che esso, a differenza del pegno ordinario, non comporta lo spossessamento dei

beni particolari di cui può essere oggetto (cioè a dire i beni mobili strumentali all'esercizio dell'impresa, esclusi quelli registrati) nei confronti del debitore, attuando una diversa forma al fine di assicurare la pubblicità della garanzia nei confronti dei terzi.

Il venir meno dello spossessamento attribuisce al debitore-imprenditore, l'indubbio vantaggio di continuare a utilizzare il bene gravato da pegno che, come visto, deve essere esclusivamente destinato all'esercizio dell'impresa ed a garanzia di finanziamenti concessi per l'esercizio della medesima.

Rimane ovviamente fermo il vincolo di destinazione degli stessi, come beni strumentali o materiali, all'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Relativamente ai crediti, possono essere garantiti con pegno non possessorio quelli aventi due requisiti: uno di carattere soggettivo ed uno oggettivo: il debitore dovrà essere un imprenditore regolarmente iscritto al Registro delle Imprese ed i crediti garantiti dovranno essere stati concessi per l'esercizio dell'impresa.

I crediti potranno essere presenti o futuri, determinati o determinabili, purché destinati all'esercizio dell'impresa. Potranno quindi essere concessi in pegno non solo i c.d. beni "imbullonati", ossia strumenti tecnici necessari per la produzione dell'attività aziendale e come tali incorporati e inscindibili dal ciclo produttivo, quali impianti e opere,



Nuovi quartier generali della European Central Bank - telesniuk / Shutterstock.com

ma anche materie prime, prodotti in corso di lavorazione, scorte, merci.

Ove non diversamente previsto nel contratto di pegno, il debitore o il terzo concedente il pegno sono poi autorizzati a trasformare o alienare il bene dato in pegno e comunque disporne, a patto che venga rispettata la sua destinazione economica: in caso di trasformazione il pegno si trasferisce al prodotto risultante dalla essa e se alienato, il pegno si trasferisce al corrispettivo della vendita o al bene sostitutivo acquistato con tale corrispettivo.

Emerge quindi una rilevante differenza del pegno non possessorio rispetto al pegno ordinario, in cui, invece, il debitore non può usare la cosa data in pegno, a meno a che non vi sia il consenso del creditore e, comunque, non può né venderla né donarla, né darla ad altri in pegno, né concederle ad altri il godimento (art. 2792 c.c.).

Dal punto di vista formale, per la costituzione del pegno non possessorio, è prescritta la forma scritta *ad substantiam* del contratto traslativo il quale dovrà necessariamente indicare: il soggetto creditore, il debitore, eventuali terzi concedenti il pegno, la descrizione del bene mobile oggetto della garanzia, la descrizione del credito e del relativo importo massimo garantito. Il contratto di pegno dovrà essere iscritto in un registro informatizzato, costituito presso l'Agenzia delle Entrate e, denominato "Registro dei pegni non possessori". Si osserva che l'iscrizione, che ha durata decennale ed è rinnovabile, ha natura costitutiva e pubblicitaria: ed infatti, dalla data di iscrizione, il pegno prende grado ed è opponibile ai terzi e nelle procedure concorsuali. Per quanto riguarda le modalità concrete, si rimane in attesa della emissione del regolamento attuativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze.

Occorre comunque rilevare che il pegno non possessorio non è però opponibile a chi abbia finanziato l'acquisto di un bene determinato destinato all'esercizio dell'impresa garantito da riserva di proprietà sul bene stesso o da un pegno non possessorio regolarmente iscritto nel registro dei pegni non possessori e che al momento di tale iscrizione il creditore abbia informato i titolari di pegno non possessorio iscritti anteriormente.

Se si verifica l'evento che prevede l'escussione del pegno, il creditore, previo avviso scritto inviato al datore della garanzia e agli eventuali titolari di un pegno non possessorio trascritto successivamente della somma garantita, avrà la facoltà di:

a) procedere alla vendita dei beni oggetto del pegno trattenendo il corrispettivo a soddisfacimento del credito

fino a concorrenza della somma garantita, informando immediatamente per iscritto il datore della garanzia dell'importo ricavato restituendo contestualmente l'eccedenza;

b) procedere all'escussione dei crediti oggetto di pegno fino a concorrenza della somma garantita;

c) ove previsto nel contratto di pegno e ove sia iscritto nel Registro delle Imprese, procedere alla locazione del bene oggetto del pegno, imputando i canoni a soddisfacimento del proprio credito fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda i criteri e le modalità di valutazione del corrispettivo della locazione;

d) ove sia previsto nel contratto di pegno e ove sia iscritto nel Registro delle Imprese, procedere all'appropriazione dei beni oggetto del pegno fino a concorrenza della somma garantita, a condizione che il contratto preveda anticipatamente i criteri e le modalità di valutazione del valore del bene oggetto di pegno e dell'obbligazione garantita.

Altro aspetto sui cui si è focalizzato il legislatore nel d.l. n. 59/2016, è l'ipotesi di fallimento del debitore. In tale caso, il creditore potrà escutere il pegno con le modalità sopra previste solo dopo che il suo credito sia stato ammesso al passivo con il riconoscimento della prelazione.

Va da ultimo segnalato come il legislatore abbia anche previsto una tutela di tipo risarcitorio per il debitore, il quale, entro il termine di tre mesi dalla comunicazione di cui alle predette lettere a) c) e d), potrà agire in giudizio per il risarcimento del danno quando la vendita del bene mobile avvenga in violazione delle summenzionate modalità di escussione del pegno e la vendita del bene non corrisponda ai valori correnti di mercato. Ciò rappresenta quindi una forma di tutela per l'imprenditore affinché l'escussione del pegno avvenga nel rispetto delle disposizioni di legge ed il bene non venga svenduto.

Infine, il Decreto Banche equipara il pegno mobiliare non possessorio a quello ordinario per quanto riguarda l'applicazione della revocatoria fallimentare ai sensi degli art. 66 e 67 Legge Fallimentare.

Relativamente al "decreto banche", si tratta di impressioni riconducibili ad una prima lettura del testo normativo e destinate ad ulteriori e più meditati approfondimenti da rivisitare e rimodulare alla luce delle eventuali modifiche che fossero apportate in sede di conversione in legge.

Studio Scotti



giudici e politici

“Il confronto scoppiato negli ultimi giorni tra la magistratura e il primo ministro appare datato, fuori tempo e soprattutto inutile”. Così un recente editoriale di un quotidiano di larga diffusione.

Il confronto, come è noto, attiene alle accuse di corruzione rivolte ai politici da un giudice nominato presidente dell'A.N.M. e alla replica del primo ministro che i giudici parlano solo con le sentenze e dovrebbero “andare più veloci per arrivare a sentenza”.

Il confronto si è ulteriormente animato fra le varie fazioni politiche per cui, come d'ordinario, processi, condanne e gli stessi giudici sono considerati favorevolmente quando colpiscono gli avversari, assai meno quando investono i propri adepti.

Che il confronto sia inutile è tutto da verificare, ma, ancor prima, è proprio vero che sia fuori tempo o non è, piuttosto, una costante che riemerge ed alimenta polemiche nelle ricorrenti fasi dei più delicati momenti istituzionali che coinvolgono i giudici, il loro modo di amministrare la giustizia e, di frequente, la loro libera manifestazione del pensiero a livello politico?

Senza pretesa alcuna di trattazione organica e completa (che richiederebbe sede e soprattutto competenza ben diverse) mi limito ad alcune divagazioni sul tema, rifacendomi, anche per rimanere fuori dall'attualità polemica, ad alcune citazioni datate, ma non per questo meno pertinenti ed attuali.

Al classico, perfin ovvio, richiamo della definizione di Montesquieu, nell'*Esprit des lois*, del giudice come “être inanimé...bouche qui prononce les paroles de la loi”, fa riscontro la giustificazione posta da Kelsen a fondamento della sua opera(1): “...sono trascorsi più di due decenni da quando ho intrapreso a svolgere una dottrina pura del diritto, cioè una dottrina depurata da ogni ideologia politica e da ogni elemento scientifico naturalistico...il mio scopo è stato quello di elevare la giurisprudenza, che palesemente od occultamente si dissolveva quasi del tutto nel ragionamento politico-giuridico, all'altezza di una scienza autentica...”.

Proprio nel perseguimento di un ideale del giudice impersonale, pura vox legis, il Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione ha promosso, nel luglio 1974, un procedimento disciplinare contro tre Pretori milanesi, accusati

di avere inserito, in decisioni attinenti a cause di lavoro, “considerazioni socio-politiche non essenziali ed improntate ad ideologie riformiste in contrasto con l'ordinamento giuridico vigente, ponendo a repentaglio la fiducia della quale deve essere circondata l'attività giurisdizionale”(2).

Ancor prima dell'inizio dell'azione disciplinare da parte del Procuratore Generale, il Presidente della Corte di Appello di Milano aveva ravvisato una particolare faziosità politica in un decreto ex art. 28 dello statuto dei lavoratori e in altri provvedimenti emessi da Pretori del capoluogo lombardo (“Ho ravvisato faziosità, persino ostentata nella palese discriminazione secondo il colore politico della azione, al punto da negare tutela alle rappresentanze sindacali di destra”), aveva quindi chiesto al Consiglio Superiore della Magistratura lo spostamento degli stessi dalla trattazione delle cause del lavoro ad altro settore.

E' interessante notare che uno dei Pretori inquisiti sollevò questione di legittimità costituzionale(3) della norma dell'art. 18 r.d.l. 31 maggio 1946 n. 511 modificato dalla legge 7 febbraio 1956 n. 30 (“Il magistrato che manchi ai suoi doveri o tenga in ufficio o fuori una condotta tale che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario, è soggetto a sanzioni disciplinari...”) in base alla quale il Procuratore Generale aveva iniziato il procedimento disciplinare. Veniva addotto il contrasto con l'art. 21 della Costituzione non potendo la norma impugnata “essere utilizzata per perseguire manifestazioni del pensiero o di giudizio politico, per avventura non in armonia con quelle dominanti” e con l'art. 101 Cost. (“i giudici sono soggetti soltanto alla legge”) posto che l'azione disciplinare avrebbe investito anche il contenuto, la motivazione dei provvedimenti giurisdizionali.

Il conflitto non poteva manifestarsi in modo più netto e insanabile, tanto più che una sorta di militanza “politico giudiziaria” veniva apertamente professata nell'ordinanza di rinvio (“...quello che è accaduto negli ultimi anni è noto: non appena alcuni giudici sono usciti dalla ‘torre d'avorio’ tradizionale ed hanno espresso pubblicamente la loro ideologia politico-giudiziaria, una serie di incriminazioni disciplinari si è abbattuta su di loro”), così come si professava la inevitabilità

di una commistione della “ideologia del giudice” con la giurisdizione resa in materie particolarmente “delicate” (“...una sorta di ‘ideologia’ del giudice, soprattutto in giudizi relativi a materie ‘politiche’, quali reati politici, diritto del lavoro ecc., è sempre destinata a trasparire dalla sentenza”).

Tornavano attuali le osservazioni del Kelsen(4) sulla difficile rinuncia dei giudici “a credere e a far credere” di possedere la risoluzione “giusta” dei conflitti sociali sulla base della propria “ideologia politico-giudiziaria”. Di nuovo si levava il lamento del pratico del diritto (5), costretto a far professione di realismo giuridico suo malgrado (“E come avvocato depreco...che la prima cosa che ci si chiede solitamente oggi, nell'accingersi a trattare un caso, attenga alla tessera del giudice”).

Peraltro, una “libertà d'azione” del potere giudiziario, è stata motivatamente invocata pure da un Presidente della Corte Suprema di Cassazione(6): “Vi è infatti la necessità che pure il potere giudiziario abbia libertà di azione affinché, nel rispetto del vincolo della legge, esso tuttavia possa –anche mediante la interpretazione della medesima– svolgere una funzione di garanzia dei diritti individuali, se del caso anche in contrasto con le pretese del potere esecutivo e in alcune circostanze, come quando viene in discussione la legittimità costituzionale di una legge, anche con il legislatore”.

Il conflitto che tanto appassionò il filosofo viennese tra l'ideale di una dottrina pura del diritto (e di un giudice pura vox legis) ed una concezione del diritto politica, sociologica, può considerarsi perenne, destinato ad investire, a seconda dei periodi, la legislazione, la giurisprudenza e a volte lo stesso modello del giudice accettabile nel sistema anche in termini di deontologia professionale.

D'altronde, accuse di “usurpazione del potere legiferante” e, a volte, del potere esecutivo, di Governo, sono state rivolte anche alla Corte Costituzionale, concepita dall'Assemblea Costituente (nel'indirizzo prevalente recepito dalle norme dell'art. 134 Cost., art. 1 della legge costituzionale 9.02.1948 n. 1 e art. 28 della legge 11.03.1953 n. 87) come organo che ha funzioni strettamente giurisdizionali, limitate al controllo della costituzionalità delle leggi, ma che ha improntato spesso la propria giurisdizione a motivi di opportunità politica e sociale, tanto da indurre a ritenere che la Corte abbia operato “come organo di indirizzo politico...più come giudice di opportunità piuttosto che come giudice di legittimità delle leggi”(7). A questo “ruolo di supplenza” della Corte Costituzionale (pur prevedibile stante l'importanza e ri-



levanza costituzionale del ruolo di “organo sovrano” della Consulta) si è cercato di porre un riparo preventivo con la “*fatata distinzione*” (operata dalla Corte di Cassazione, a sezione unite penali, con la sentenza 7 febbraio 1948) fra norme costituzionali precettive e norme costituzionali programmatiche, nonché con la tendenza a rifiutare immediata operatività a sentenze ‘interpretative’ della stessa Corte(8).

La preoccupazione per la forma e il contenuto della giurisprudenza si è di frequente estesa alla condotta del giudice, alle opinioni da lui espresse, in ufficio e fuori e, in genere, al ruolo rappresentato dallo stesso nella società.

Lo attesta, oltre il controllo esercitato sui giudici in sede disciplinare attraverso il parametro del “*prestigio dell’ordine giudiziario*” di cui all’art. 18 della legge delle guarentigie, pure lo ‘scontro’ nei dibattiti dell’Assemblea Costituente sulla legittimità di una “*personalizzazione*” politica del magistrato mediante iscrizione ai partiti politici, il cui risultato fu l’art. 98 Cost. (“*Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d’isciversi ai partiti politici per i magistrati...*”).

Il ‘conflitto’, in questi giorni, è emerso al livello asseritamente più elevato del “*diritto dovere costituzionale anche del magistrato, come ogni cittadino, di schierarsi in un referendum costituzionale*” e si è manifestato -come diritto del magistrato, al pari di ogni cittadino, alla libertà di manifestazione del pensiero (art. 21 Cost.) anche aderendo a ‘comitati’- con lo “*schieramento*” di alcuni magistrati in aperta opposizione all’indirizzo del Governo sul referendum per la riforma della Costituzione. L’importanza assunta dal conflitto, anche a livello di *mass media*, ha determinato l’intervento del C.S.M. che, in persona del Vice Presidente, ha contestato ai magistrati il pericolo di “*trovarsi schierati a fianco dei partiti*”, dato che il referendum, con lo schieramento degli stessi partiti, “*si è caricato di significato politico*”; il C.S.M. ha quindi preannunciato un “*codice deontologico*” per garantire ancor più la terzietà dei giudici, con immediata contestazione dei magistrati in quanto lesivo del diritto di libera manifestazione del pensiero di cui all’art. 21 Cost.

L’approvazione del referendum per la responsabilità civile dei magistrati e della conseguente legge 13.04.1988 n. 117 fu certamente favorita da un diffuso consenso sul dovere dei giudici ad un’esatta applicazione della legge, alla pronuncia di decisioni fondate su logica e corretta valutazione delle prove, alla doverosa cautela nella privazione della libertà personale dei cittadini, alla solerzia nell’amministrazione della giu-

stizia, da quanti però si manifestò l’opinione che, approfittando dell’emozione suscitata da clamorosi casi giudiziari e agitando lo spettro del c.d. *governo dei giudici*, si intendesse in realtà perseguire un programma di controllo e di normalizzazione della magistratura. Ancor prima però, al delinarsi della c.d. *cultura dell’emergenza* di fronte al fenomeno del terrorismo, l’intervento del potere giudiziario si esplicò in armonia e coerenza alle finalità perseguite dal potere esecutivo, di Governo.

Per altro verso, all’accusa di emettere “*sentenze creative*”, svincolate dalla legge, rivolta da un politico dell’area di governo ai giudici che hanno ammesso l’adozione (divulgata con la locuzione barbara *stepchild adoption*) del figlio del *partner* da parte di convivente nelle unioni civili omosessuali, ha replicato il Ministro della giustizia, questa volta in puntuale difesa del potere dei giudici di applicare la legge nella interpretazione che ritengano dare alla stessa, spettando eventualmente alla Corte di Cassazione statuire sulla corretta interpretazione da seguire nell’applicazione della legge ai casi *sub iudice*. E, in effetti, la Corte Suprema è in questi giorni intervenuta confermando la correttezza di una sentenza che ha in concreto applicato l’istituto medesimo: intervento esaltato come “*pagina storica*”, o svilito come “*violazione del diritto*”, a seconda del colore politico delle esternazioni.

Il pericolo di assoggettamento della magistratura al potere esecutivo è stato ravvisato, non senza fondamento, nella proposta di rivedere, da un lato, il principio, pur affermato dall’art. 112 della Costituzione, dell’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione penale da parte del pubblico ministero, dall’altro, di separare l’ordinamento della magistratura requirente da quella giudicante.

In passato, pure il Presidente della Repubblica è intervenuto sui poteri e titoli di legittimazione del Consiglio Superiore della Magistratura, dando adito al dubbio che contenuti e scelte suggerite dalla commissione di studio all’uopo istituita fossero orientate a restringere poteri e facoltà di intervento del C.S.M. a favore di altre istituzioni estranee all’ordinamento giudiziario(9).

Sempre in un non recente passato la prima sezione penale della Corte di Cassazione è stata accusata di “*ammazzasentenze*”, per i frequenti annullamenti di sentenze di condanna emesse dai giudici di merito nei processi contro la mafia. Si obiettava trattarsi di giurisprudenza disancorata dalla realtà economico-sociale, un mero gioco di concetti vuoti; altri hanno però replicato che le sentenze dei giudici non devono soddi-

sfare aspettative di difesa o progresso sociale, ma attenersi soltanto alla corretta interpretazione e applicazione del diritto(10).

Torna quindi pertinente l’affermazione che “*la certezza del diritto è un valore giuridico astratto: come la regina nel gioco degli scacchi può muoversi in ogni direzione*”(11).

“*Giudici e Pd alta tensione sugli arresti...scontro al C.S.M....indebita interferenza*” e ancora “*il punto di equilibrio tra magistratura e politica è sempre fragile e precario*”...sono tutte formulazioni del conflitto in auge in questi giorni, ma anche in passato la giurisdizione è stata avvertita, in modo allarmante, come ‘potere’ effettivo e incisivo proprio allorché svolse il proprio ruolo, specie in giurisdizione penale, nei confronti della pubblica amministrazione e del potere politico in genere. Si è, pure allora, prospettata come “*realtà indiscutibile la prassi di utilizzare lo strumento del processo per influire dall’esterno sul modo di comportarsi della pubblica amministrazione*” ed il processo penale è stato in questi casi considerato come “*un mezzo di pressione, di controllo sociale indiretto*”, esercitato non solo in via di fatto, ma addirittura secondo un programma teorizzato(12). In realtà, e forse con maggiore fondamento, si sarebbe anche potuto ritenere che “*la giurisprudenza è uno specchio della realtà più fedele della legislazione e per comprendere veramente che cosa accada in una società durante un periodo di crisi poco giova l’esame delle sue leggi e molto di più quello delle sue sentenze*”(13).

Forse, anche per risolvere alla radice la situazione conflittuale tra “*giustizia e politica*”, si è prospettata la tesi, desunta da una lettura meramente testuale della norma dell’art. 104 Cost., che la magistratura non è un ‘potere’ indipendente, nella previsione istituzionale dei tre poteri, fondamento dello Stato di diritto, risalente a Montesquieu, ma è soltanto un ‘ordine’ autonomo. Tesi che parrebbe congrua al postulato fondamentale del monopolio legislativo della produzione del diritto e alla conseguente configurazione del giudice come “*être inanimé... bouche qui prononce les paroles de la loi*”, che aveva indotto Montesquieu a concludere che delle tre *puissances* dello Stato, quella giurisdizionale è “*en quelque façon nulle*”(14).

Quanto alla lentezza dell’amministrazione della giustizia, lamentata dal primo ministro (certamente non solo), ha destato curiosità il rimedio proposto, in passato, da un Presidente della Corte di Cassazione(15) con un “*Appunto sulla motivazione in Cassazione*” mediante il quale si suggerivano ai magistrati della



Corte “criteri orientativi” nella stesura delle sentenze volti a garantire (anche sul modello dello stile ‘oracolare’ della cassazione francese) la concisione della motivazione e la conseguente speditezza dei giudizi; criteri che hanno avuto una prima, tempestiva applicazione nella sentenza della Corte di Cassazione a sezioni unite 12.06.1990 n. 5713(16), ma non hanno poi avuto il seguito che meritavano.

L’efficientismo ha poi offerto il pretesto ad un Presidente di Tribunale(17) di formulare una concezione aziendalistico-manageriale quale criterio per una ‘buona’ amministrazione della giustizia, da prevalere, nella “capacità di organizzare e programmare il lavoro”, sulla stessa preparazione giuridica del magistrato che ricopre ‘uffici direttivi’. La proposta ha dato adito a dotte e caustiche censure di altro magistrato(18), proprio in punto alla auspicata prevalenza delle doti manageriali sulla preparazione giuridica del “presidente-capo”.

Giuseppe Boselli

- 1) H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1956 p. 19
- 2) Cfr. G. Pera, *Sentenza politica e ideologia del magistrato. Irrilevanza o no?*, in *Il diritto del lavoro*, 1977, II, pp. 6 ss.
- 3) Ord. Pret. Milano 26.11.1974, dichiarata inammissibile con sentenza della Corte Costituzionale 12.1.1977 n. 6, in *Il diritto del lavoro*, 1977, II, p. 3.
- 4) Kelsen, cit., p. 21.
- 5) Pera, cit.
- 6) A. Brancaccio, *Giustizia e democrazia*, in *Legalità e Giustizia*, 1989, p. 364.
- 7) N. Occhiocupo, *La Corte Costituzionale come giudice di “opportunità” delle leggi*, in *La Corte Costituzionale tra norma giuridica e realtà sociale*, Padova, 1984, pp. 56 ss.
- 8) Occhiocupo, cit., pp. 24 ss.
- 9) Cfr., fra altri, E. Bruti Liberati, *Il Presidente della repubblica presidente del C.S.M.*, in *Questione Giustizia*, 1990, pp. 434 ss.; G. D’Orazio, *Orientamenti presidenziali per un “Superior” Consiglio della Magistratura*, in *Quaderni costituzionali*, 1990, pp. 299 ss.; L. Ferrajoli, *Un nuovo conflitto tra Presidente della Repubblica e Consiglio Superiore della Magistratura*, in

Questione Giustizia, 1990, I, pp. 1 ss.

10) Cfr. G. Boselli, *Brevi note su formalismo e realismo nella giurisprudenza*, in *Studi Parmensi*, 1990, pp. 19 ss.

11) J. H. Merryman, *La tradizione di civil law nell’analisi di un giurista di common law*, Milano, 1973, p. 73.

12) Cfr. G. Contento, *Il sindacato del giudice penale sugli atti amministrativi, con particolare riferimento agli atti discrezionali*, in *Quaderni del C.S.M.*, gennaio 1991, pp. 13 ss.

13) A. Battaglia, *I giudici e la politica*, Bari, 1962, pp. 3 ss.

14) Cfr. G. Boselli, *Un potere in qualche modo inesistente*, in *Studi Parmensi*, 1992, pp. 61 ss.

15) A. Brancaccio, *La motivazione della sentenza di Cassazione*, in *Il Foro it.*, 1990, V, 482.

16) In *Il Foro it.*, 1990, I, 2163.

17) L. Scotti, *I nuovi compiti del presidente del tribunale e dei presidenti di sezione nel decreto legislativo n. 51*, in *Documenti Giustizia*, 1998, pp. 936-948.

18) L. Mossini, *Se il presidente capo è anche un giurista poco male*, in *Giurisprudenza Italiana*, I, 2003, pp. 213-2016.



Il concordato preventivo liquidatorio e il “floor” del venti per cento ai creditori: primi profili applicativi.

E' noto che, a far tempo dal 2005, sono intervenute una serie di modifiche organiche alla legge fallimentare, entrate complessivamente in vigore nel gennaio 2008, orientate, *inter alia*, ad un processo di privatizzazione del concordato preventivo e ad una conseguente limitazione dei poteri del Tribunale al controllo di legittimità della procedura concorsuale. Il legislatore intendeva così rimettere ai creditori la decisione se accettare la proposta del debitore, purché formulata nel rispetto della legge, rendendo le parti artificiali delle loro sorti economiche anche quando la percentuale di soddisfazione prevista per il credito chirografario o per alcune categorie di crediti omogenei “classati” fosse stata particolarmente bassa.

L'applicazione di queste norme ha visto un crescente utilizzo dello strumento concordatario, in alcuni casi con modalità fraudolente tanto che la contemporanea emersione della figura dell'abuso del diritto ha trovato applicazione anche in materia concordataria. Ha fatto *pendant*, altresì, un percorso parallelo della giurisprudenza che, utilizzando lo strumento concesso dall'art. 173 legge fall., oltre alla più in generale figura dell'abuso del diritto (1), ha restituito al Tribunale un ruolo centrale non solo nell'esame dei profili di legittimità ma anche nel giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo.

In tale ultima direzione è orientata anche l'ulteriore produzione legislativa del 2015 in materia che ha introdotto, con una sorta di miniriforma, modifiche radicali rispetto all'impianto della riforma del 2005, al punto da far riaffiorare alcuni tratti distintivi dell'originario concordato preventivo del 1942, con una conseguente riemersione dei poteri giudiziali nel merito della procedura del concordato pre-

1 Per una prima, immediata riflessione in materia di abuso del diritto sia consentito rinviare a A. Mora, *Condotte abusive e responsabilità*. Atti del Convegno (Modena, 23 ottobre 2009), Milano, 2014.

ventivo.

Significativa di tale processo di revisione è la modifica del quarto comma dell'art. 160 legge fall., (2) laddove il legislatore ha stabilito che “*in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. La disposizione di cui al presente comma non si applica al concordato con continuità aziendale di cui all'articolo 186-bis*”, oltre all'ultima parte dell'art. 161, 2° co. lett. e) legge fall. che ha prescritto: “*in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*”.

Tali previsioni sono indubbiamente nel segno di una reintroduzione di una sorta di meritevolezza oggettiva per l'accesso alla procedura di concordato liquidatorio, elevando ad una percentuale significativa il limite al di sotto del quale, il “*floor*” appunto, l'imprenditore non merita di accedere alla procedura concordataria ed il creditore, a sua volta, non può decidere se accettare il piano liquidatorio del proprio debitore che si attesti, eventualmente, di qualche punto al di sotto del venti per cento rispetto ad una procedura fallimentare (3).

2 Cfr. legge 6 agosto 2015, n. 132, che ha convertito in legge il d.l. n. 83 del 27 giugno 2015, in Gazzetta Ufficiale del 20 agosto 2015 Suppl. Ord. n. 50, entrata in vigore il giorno successivo, che ha convertito in legge il d.l. n. 83 del 27 giugno 2015. Va rammentato, altresì, che prima del decreto legge e della relativa conversione in legge era stata istituita, nel gennaio 2015, dal Ministero della Giustizia una commissione, la cosiddetta Commissione Rordorf per proporre le linee guida per una riforma organica della legge fallimentare, i cui lavori si sono conclusi nel mese di dicembre 2015 con la presentazione di un disegno di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali.

3 Al riguardo, cfr. le condivisibili considerazioni di S. Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della miniriforma del 2015*, in *Dir. Fall.*, 2015, pp. 361 – 362 il quale mette in evidenza come la reintroduzione di una percentuale minima sia verosimilmente destinata a comportare null'altro che un incremento dei fallimenti e con esso un ulteriore carico per la – già cronicamente affaticata – giustizia civile, senza apprezzabili vantaggi per i creditori, cui viene in tal modo sottratta la possibilità di scegliere fra un concordato con un soddisfacimento compreso, ad esempio, fra il 15% e il 19,9% (in sé non disprezzabile) e, appunto, un fallimen-

Insomma, l'autonomia privata viene compressa nell'ambito di parametri oltre i quali la proposta di concordato non rispetta la nuova previsione, e la locuzione in essa prevista “*deve assicurare*” ha fatto propendere i primi interpreti verso una condizione di (in)ammissibilità della domanda di concordato. A questo riguardo, come accade sempre più spesso nei nostri Tribunali, le utili circolari emesse per agevolare curatori o comunque professionisti che accedono alle procedure concorsuali, non si limitano più a fornire solo istruzioni operative ma contengono una sorta di interpretazione autentica *a priori* della norma giuridica. E' il caso, ad esempio, di una circolare della sezione fallimentare autorevolmente presieduta del Tribunale di Bergamo (4) che ha offerto un'interpretazione preventiva della norma, intendendo la percentuale del venti per cento quale vera e propria condizione di ammissibilità ai fini della proposta di concordato, nonché quale parametro di riferimento cui ancorare la valutazione di integrale adempimento della proposta o, in caso di inadempimento, la sua qualificazione come di non scarsa importanza al fine di verificare la sussistenza dei presupposti ai fini della risoluzione del concordato.

Per la verità, anche alcune decisioni della giurisprudenza di merito sono orientate nel senso della inammissibilità. E' il caso, ad esempio, della pronuncia del Tribunale Pistoia, 29 ottobre 2015, secondo cui “*Non vi sono dubbi che la prima disposizione (comma IV dell'art. 160) inserita all'interno di una norma che prevede i presupposti per l'ammissione alla procedura individui*

to.” cfr., altresì P. Pototschnig, *Misura di soddisfacimento e azione di risoluzione del concordato con cessione dei beni*, in *Fall.*, 2015, 1238 ss.; F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, 2015, Milano, 15 ss. Per una interpretazione rigorosa della percentuale di soddisfazione minima del 20% cfr. V. Zanichelli, *Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno*, <http://news.ilcaso.it/libreriaFile/839.pdf>, ove ulteriori e apprezzabili spunti di riflessione sulle modifiche legislative intervenute nel 2015.

4 Cfr. circolare n. 2/2016, in <http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/14487.pdf>

un nuovo requisito o fatto costitutivo del concordato preventivo, la cui assenza determinerà l'inammissibilità della proposta ai sensi dell'art. 162 l.f.". (5). Anche il Tribunale di Ravenna concorda sulla inammissibilità del concordato, laddove afferma che si tratta dell'assunzione di un preciso impegno a contenuto obbligatorio dell'imprenditore a cedere tutti i propri beni ai creditori, purché il compendio attivo consenta il soddisfacimento del ceto chirografario in misura non inferiore al nuovo limite minimale di ammissibilità e "che non si tratti di una semplice prospettazione, ma di un vero e proprio impegno soggetto a verifica da parte del commissario giudiziale, risulta, oltre che dal collegamento della nuova disposizione con l'utilità "specificata" che il debitore deve necessariamente impegnarsi ad assicurare in forza del novellato art. 161, comma 2, lett. e), dall'apertura tranchant della disposizione "In ogni caso": trattasi infatti di elementi testuali rilevanti, destinati a saldarsi altresì con l'argomento teleologico fornito dalla relazione di accompagnamento alla riforma, secondo cui la modifica ha "la finalità di evitare che possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori". (6).

Analogo problema ermeneutico si pone anche in caso di formazione di classi di creditori, se cioè il floor del 20% debba essere rispettato in ciascuna di esse, ovvero se possa rappresentare un "criterio di media ponderata", essendo sufficiente che i creditori chirografari siano soddisfatti nel floor quale media (7). Il già citato provvedimento del Tribunale di Pistoia, è intervenuto sul punto ritenendo che il rispetto del floor nel concordato con classi, non debba estendersi fino a condizionare il trattamento di ogni singola classe, al punto da imporre che per ciascuna di esse un pagamento non inferiore al floor. Oltre a profili di ragionevolezza è la lettera stessa della norma che induce a ritenere che si tratti del complessivo "ammontare" dei crediti chirografari e non di ogni singolo credito.

Sempre con riferimento al floor, si pone un ulteriore interrogativo intro-

5 http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/crj.php?id_cont=13637.php

6 http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/crj.php?id_cont=14643.php

7 Così S. Ambrosini, Op. ult. loc. cit., p. 370.

dotto anche dalla pronunzia ravennate di cui si è appena riferito, se cioè la percentuale minima del 20% debba rappresentare una ragionevole previsione, ovvero una promessa a contenuto obbligatorio, come ritiene tale Corte di merito appunto, il cui mancato puntuale rispetto debba comportare la risoluzione del concordato. A me pare, più in linea con ragioni di carattere sistematico, che si debba preferire l'interpretazione del Tribunale di Firenze secondo cui il debitore deve proporre "fondatamente il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari laddove per fondatamente deve intendersi una prospettazione a metà strada fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione" ed il potere del tribunale è limitato alla verifica che la proposta contenga l'assicurazione di detto soddisfacimento, sulla base di un piano che non possa essere qualificato come manifestamente inidoneo a raggiungere tale obiettivo, trattandosi di una verifica della conformità della proposta al modello normativo. (8). In tal modo, l'articolo 160, comma 4, legge fall., può essere interpretato nel senso che il debitore deve proporre in ogni caso il soddisfacimento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari, non quale garanzia né quale certezza ma come ragionevole previsione, sempre in una valutazione prognostica, nell'ambito di una ragionevole sicurezza della soddisfazione dei crediti.

In questa direzione si è espresso, recentemente, anche il Tribunale di Trento che, richiamando la ratio del concordato preventivo del 1942, ha stabilito: "non vi è dubbio, peraltro, che l'aggiunta del comma 4° al testo dell'art. 160 abbia una valenza non limitata alla fissazione di uno soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, ma legata, appunto, all'uso della locuzione "deve assicurare", valenza che, avuto riguardo al significato proprio del termine adoperato ("assicurare" nella lingua italiana sta per "rendere sicuro", "rendere certa una persona riguardo ad un determinato fatto", "affermare con sicurezza") deve individuarsi nella necessità che l'attuazione del piano concordatario sia prospettata dal debitore, ed attestata dal professionista, in termini di ragionevole certezza." (9).

8 http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/fal.php?id_cont=14046.php

9 Trib. Trento, sez. fallimentare, 12/05/2016, in www.iuexplorer.it

Da ultimo, con riferimento alla modifica legislativa, gli interpreti si sono anche interrogati sul significato del termine pagamento contenuto sempre nell'art. 160, comma 4, legge fall., se cioè debba intendersi nel senso di pagamento di una somma di danaro o più in generale di una qualsiasi utilità equivalente che soddisfi il creditore. Sul tema è intervenuta una recentissima decisione del Tribunale di Milano secondo cui il termine pagamento "deve essere interpretato nel senso che il debitore si deve obbligare al pagamento monetario dell'importo del 20% del complessivo ammontare dei crediti chirografari, non essendo consentita la loro soddisfazione in altro modo se non per quanto riguarda la eventuale eccedenza rispetto a detta percentuale che il debitore libero di offrire. Depone in favore di questa interpretazione il chiaro e per nulla ambiguo tenore letterale della disposizione, giacché il termine "pagamento" ha un suo significato tecnico preciso, in alcun modo equivalente al concetto di "soddisfacimento" e che riconduce senza incertezze al denaro il quale, ai sensi dell'articolo 1277 c.c., costituisce lo strumento normale di adempimento delle obbligazioni pecuniaria". (10). Anche la citata circolare del Tribunale di Bergamo aveva affermato che la proposta deve assicurare, a pena di inammissibilità, il pagamento dell'ammontare del 20% dei crediti chirografari, "il che significa che il debitore deve assumere necessariamente un'obbligazione di pagamento di carattere monetario". Qui il contrasto giurisprudenziale non appare sanato, se è vero che il Tribunale di Pistoia, nella ormai più volte citata decisione, ha sostenuto che «il termine "pagamento" non debba intendersi in senso proprio, ma come equivalente di "soddisfazione" ma a maggior ragione se si fa riferimento all'art. 161, comma 2 lett. e), che si riferisce genericamente al termine "utilità" un'interpretazione estensiva del termine "pagamento".

Andrea Mora

www.iuexplorer.it

10 Trib. Milano, 7 aprile 2016 - Pres. Alida Paluchowski - Est. Francesca Mammone. http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/crj.php?id_cont=15252.php



Memorie

(Aldo Cessari, 22 luglio 1971)

Ortisei, 22 luglio 1971

Gent.ma Dott.
LUCIA SILVAGNA
Studio Prof. Cessari
Via Farini 5
PARMA



Società Alfa / sig. Tizio + 9

Cara Dottoressa,

mi è pervenuta la copia del verbale che Le ho chiesto. Ho così scoperto la ragione per la quale sono afflitto da ulcera. La verità è che io debbo provvedere a tutte le minuzie, Nessun impulso, neppure il minimo, è comunque preso da chi collabora con me.

Ho dovuto scoprire io che non esisteva la copia del verbale. Scoperto ciò, ho dovuto parimenti scoprire io che non esiste né l'originale né alcuna copia della memoria avversaria 28.5.1971 alla quale dobbiamo replicare.

Ciò è accaduto perché, evidentemente, la dott. x ha inviato alla società Alfa (con lettera da lei firmata di cui possiedo copia) l'originale della memoria avversaria guardandosi attentamente dal farne trarre copia per i nostri atti.

Così, nelle varie ricerche abbiamo perso due mesi. E poiché non penso che Lei potrà riuscire a spedirmi la copia della memoria avversaria per il 24 - 25 p.v. (cioè in tempo per fare la memoria di risposta insieme con la Franca) il risultato pratico di un piccolissimo contrattempo è questo: che dovrò sobbarcarmi ad estendere la memoria in pieno settembre, quando sarò travolto dal lavoro.

Le ho scritto apertamente perché anche Lei - che non ha colpa nella faccenda - tragga ammaestramento. Nella vita professionale occorre una precisione prussiana. Ogni volta che si prende una pratica, non la si deve accantonare se non si sono svolte tutte le operazioni, e se non si è preso debitamente nota di ciò che si deve fare.

Attendo ora la copia della memoria avversaria.

Porgo cordiali saluti.

Aldo Cessari

P.S. Nella specie la regola del prussiano è questa. Ogni volta che si fa un'udienza si deve tornare a casa con la copia di ciò che è stato detto a verbale dalle parti e con la velina dell'eventuale memoria avversaria. Se tale velina è spedita al cliente, se ne deve trarre subito copia per noi.

Chi non è prussiano fa nascere pasticci terribili! Ad esempio può essere accaduto questo: che all'udienza del 28.5.1971 (ultima udienza) l'avversario non abbia scambiato alcuna memoria.

Ma poiché nella lettera 28.5.1971 inviata dalla dott. x alla società Alfa si afferma che l'avversario ha scambiato la memoria, di qui il pasticcio di cui ci stiamo occupando. In altri termini può essere accaduto che (senza la precisione tipica dei prussiani) la dott. x abbia chiamato memoria una velina contenente una semplice deduzione a verbale. Di qui il mio correre dietro a fantasmi che non esistono. Cercate di reperirli.

Aldo Cessari



ADEMPIMENTI CONTABILI A SEGUITO DI RIMBORSO DAL SOCCOMBENTE ALLA PARTE VITTORIOSA DELLE SPESE DI ASSISTENZA LEGALE

(in particolare, gli adempimenti per Cassa previdenza, I.V.A. e ritenuta d'acconto del legale).

Si ripropone all'attenzione dei lettori, in particolare dei più giovani, un articolo già pubblicato su CRONACHE per ben due volte: la prima, nell'anno 1995, la seconda nell'anno 2003, che la Redazione ritiene utile presentare di nuovo, aggiornato e rivisto, anche per quanto attiene alle aliquote dell'I.V.A. e della ritenuta d'acconto che, nel giro di oltre vent'anni dalla prima uscita, sono state modificate.

Si presenta anche ciò che vorrebbe essere una tavola sinottica – suddivisa, a fianco della descrizione delle varie circostanze esaminate, in quattro “colonne” (per la “sorte” del capitale, interessi e spese, queste ultime con o senza “distrazione”) e in 11 “linee” (o, se volete, “righe” od anche “numeri”, descrittivi delle varie situazioni di fatto, in cui risultino pretesi dal vincitore verso il soccombente il capitale, gli interessi e le spese).

Nel riprendere in mano il tema assegnatomi, ero convinto che esso non fosse così attuale come lo era nella metà degli anni '90 e che le rubriche di raccolta di giurisprudenza sugli artt. 91 e ss. cpc avessero finalmente chiarito i pochi concetti conseguenti alla *soccombenza*, conciliandone l'applicazione civilistica e quella tributaria, evitando l'impostazione di atti di precetto sbagliati, occasione tipica di discussioni tra Colleghi (con accaloramenti al limite dell'esposto disciplinare, conditi da relative opposizioni a precetto) e quindi che le questioni in argomento si fossero notevolmente affievolite.

Da un rapido censimento fatto, ho dovuto ricredermi: alla domanda se sono ancora in molti a chiedere (per esempio) il versamento dell'I.V.A. sulle spese legali liquidate (in astratto) dal giudice a favore di un soggetto IVA, il mio interlocutore della stanza a fianco mi ha mostrato un atto di precetto appena fresco di notifica, su cui si apprestava a intavolare le solite spiegazioni, che invece a me parevano ormai acquisite da tutti.

Va peraltro detto che le espressioni che

utilizzano i giudici a volte sono sbrigative e danno per conosciuti concetti che, evidentemente, o sono ancora ignoti a parte dei nostri colleghi, o che si propende a ... dimenticare, tentati di *portare a casa* somme aggiuntive rispetto all'importo correttamente dovuto (comportamento, questo, foriero di complicazioni contabili anche per la cliente e sempre che la parte soccombente non si accorga che sta sborsando più del dovuto; ciò a prescindere dalle implicazioni disciplinari).

I principi che sto richiamando sono sostanzialmente riassumibili nei seguenti concetti, che sono consolidati da parecchio tempo:

1) la condanna alle spese che segue alla soccombenza non deve consentire alla parte vittoriosa di incassare somme che per essa non costituiscono un costo (Cass. 3843/95; Cass. 8497/95; Cass. 1073/00; Cass. 12656/00, tutte sul tema che l'importo della Cassa previdenza costituente “costo” per la parte vittoriosa è rappresentata solo dal Contributo integrativo e non da quello soggettivo, ma utili a comprendere cosa possa considerarsi come “costo accessorio” alla liquidazione delle spese);

2) laddove vi sia soccombenza e su di essa la condanna alle spese, non importa se la parte non abbia chiesto l'IVA o il CAP (e la sentenza abbia o non abbia disposto specificamente sul punto, in presenza o in assenza di espressa domanda), trattandosi di oneri che automaticamente conseguono alla condanna alle spese (Cass. 12089/90; Cass. 4023/96; Cass. 3412/97; Cass. 7551/011), ciò valendo ovviamente anche per il Contributo Unificato (Cass. 2691/016; Cass. 23830/015);

3) tra le spese processuali che il soccombente deve rimborsare al vincitore, quando vi è condanna alle spese, rientra anche la somma dovuta per IVA al legale del vincitore, ma l'eventualità che la parte vittoriosa possa o non possa portare in detrazione l'IVA sulle spese del proprio legale, in ragione della propria qualità personale, è questione che rileva solo in sede esecutiva (Cass. 8686/91; Cass. 2387/98; Cass. 7806/010; Cass. 10336/09), in base -appunto- alle qualità personali di colui che invoca il titolo esecutivo, al momento della richiesta, poiché la condanna

dell'IVA sulle spese legali deve intendersi in ogni caso sottoposta alla condizione “se dovuta” (Cass. 3536/00; Cass. 9730/00; Cass. 3968/014).

4) Nel caso di condanna alle spese, “si presume” ricompreso anche l'onere dell'IVA, ma la parte destinataria della richiesta potrà contestarne la debenza, invocando presunzioni, pari e contrarie a quelle scaturenti dal provvedimento di condanna (es., la natura di soggetto IVA, munito di Partita IVA, della parte vittoriosa: Cass. 22789/014);

5) A fianco di questi automatismi, s'è poi creata tutta la giurisprudenza che prevede la “automaticità” della liquidazione delle spese generali di studio, che consente di maggiorare l'importo liquidato dalla sentenza che non ne faccia menzione, in presenza di condanna alle spese di causa (Cass. 17046/015; Cass. 7511/014; Cass. 5753/011; Cass. 23053/09); quindi tali (ulteriori) spese saranno da considerare nel conteggio della terza e quarta colonna (quella delle “spese legali”, poste a fianco degli interessi e del capitale dovuti dal soccombente) del prospetto allegato;

6) In definitiva – per tornare al tema specifico - occorre sempre verificare prima quale sia l'adempimento fiscale corretto sul versante della parte vittoriosa e applicare poi al rapporto processuale di soccombenza solo quegli importi che costituiscono un costo effettivo per la parte vittoriosa, al fine di rendere, anche nel concreto, operativo il principio per cui la parte completamente vittoriosa (che ha visto la condanna a proprio favore delle spese di causa), non deve venire intaccata nel proprio patrimonio dagli esborsi al proprio legale, che costruirebbero per essa, in caso contrario, un “danno” che andrebbe a diminuire l'entità delle statuizioni emesse dal giudice (trattando tali “spese”, essa “vittoriosa”, come una “partita di giro”, a pareggio di quanto già versato, o da versare, al proprio legale).

Nelle note che seguono, per convenzione, s'intenderà “parte vittoriosa” quella a favore della quale si ipotizzano rimborsate le spese del proprio legale e “parte soccombente” quella che è tenuta a tale rimborso, sia esso stabilito in una sentenza, in lodo arbitrale o altri provvedimenti suscet-



tibili di successiva esecuzione, ovvero che sia frutto di accordi stragiudiziali o, infine, che sia l'esito dello spontaneo adempimento della stessa parte debitrice.

Per "spese" si intenderanno sia i compensi veri e propri che le spese vive c.d. *anticipate* dal legale (marche da bollo, tasse varie, contributi unificati, spese notifica, ecc.), ma anche il contributo addebitabile al Cliente per la Cassa di Previdenza e l'I.V.A.: mentre i compensi e le spese vive sono ovviamente un costo sempre rimborsabile (quando ne sia disposta la condanna), e così pure lo è anche la Cassa di Previdenza (il "CAP", ora calcolato al 4% dell'imponibile dovuto al legale), si vedrà che non sempre l'I.V.A., ora al 22% dell'imponibile spettante al legale, è un costo che si può addebitare alla parte soccombente.

1) PAGAMENTO DELLE SPESE A UN SOGGETTO IVA "VITTORIOSO" DA PARTE DEL SOGGETTO SOCCOMBENTE

1.1)...a seguito di sollecito stragiudiziale e spontaneo adempimento del debitore

Ipotesi: *spintaneamente* il debitore rimborsa al creditore le spese stragiudiziali sostenute per l'assistenza legale (es. a seguito di sollecito scritto); il creditore-vittorioso incassa, oltre a quanto richiesto in via sostanziale, anche le spese dell'avvocato (**N.d.R.:** ammesso che ciò che capitava qualche volta negli *anni '90* capiti ancora; quella del *trattamento fiscale delle spese legali della controparte è, in definitiva, l'ipotesi fissa, sia pure sotto svariati profili, trattata nelle presenti note*).

Adempimenti: il legale non può che far fattura al proprio cliente il quale, come "ditta", non sopporta in genere l'I.V.A. come costo e non può quindi chiederla in rimborso al debitore soccombente.

Ipotizzando un compenso del legale di Euro 100,00 la creditrice potrà pretendere Euro 104,00 compresa la maggiorazione del CAP, che rimane per essa un costo.

La creditrice-vittoriosa, all'incasso di Euro 104,00, emetterà una ricevuta quietanza per pari importo a favore della debitrice-soccombente (applicando il bollo vigente, ora Euro 2,00, se le spese rimborsate saranno di importo superiore a Euro 77,47); non essendovi accordi o contratti di sorta tra le due parti sulle spese, non è intercorsa sicuramente tra loro alcuna operazione che rientri nel campo di applicazione dell'I.V.A.

Il rapporto tributario e civilistico del legale è solo con la propria cliente, che quindi applicherà la ritenuta d'acconto in sede di pagamento della fattura (quindi la parte vittoriosa pagherà al legale anche l'I.V.A., anche se materialmente non percepita dalla soccombente).

Ovviamente la parte vittoriosa regi-

strerà la fattura IVA del proprio legale nei propri acquisti e così essa sarà "scaricata" in sede di versamento I.V.A. periodico, confermandosi quindi la "neutralità" dell'imposta (IVA in rivalsa pagata al legale - I.V.A. detratta in sede di versamento periodico = zero).

1.2) ...a seguito di accordo stragiudiziale (cioè transazione) tra le parti

1^a ipotesi: tenendo fermo l'esempio del compenso al legale di Euro 100,00 imponibili come sopra, da parte di taluno si sostiene che, in virtù dell'accordo direttamente intercorso tra le parti, si sarebbe provocata la nascita di un'operazione soggetta ad I.V.A., non solo tra avvocato e suo cliente, ma anche tra parte vincitrice e soccombente; in tale caso tutto si risolverebbe in una partita di giro: la soccombente dovrebbe versare Euro 100,00 imponibili, Euro 4,00 di CAP e Euro 22,88 di I.V.A. alla vincitrice, la quale però, anziché emettere ricevuta-quietanza, dovrà emettere una fattura che comprenda anche l'importo dell'I.V.A..

Chi non accetta la tesi dell'"accordo che crea titolo" rileva una disparità di trattamento in casi in cui sia soccombente una ditta, o un privato, verso un privato (cfr. prospetto in calce, linee 2 e 9, col. 3: il legale, fatturando al privato, non provoca la detrazione dell'I.V.A. in capo alla ditta soccombente, in quanto è un costo per la parte privata vittoriosa e va rimborsata) rispetto all'ipotesi in cui la soccombente sia verso una ditta (perché in tal caso, non essendo per essa l'I.V.A. un costo, questa non deve essere rimborsata dal soccombente).

Il meccanismo dell'I.V.A. subirebbe quindi una violazione perché, nell'ipotesi appena fatta, si sostiene che vi sarebbe una prestazione di un legale senza che un "consumatore finale" subisca l'addebito dell'I.V.A..

Mi pare che l'errore possa essere individuato nella circostanza che il soggetto passivo d'imposta non è il consumatore finale (che sarà semmai un soggetto passivo "di fatto") ma è sempre lo stesso legale, che da una parte è obbligato all'emissione della fattura e alla rivalsa (i patti contrari sono nulli) e dall'altra subisce l'I.V.A. dai suoi fornitori, azzerando la sua posizione in sede di liquidazione periodica.

Mentre nella cessione dei beni l'addebito dell'I.V.A., "di fatto", risulta evidente nei confronti del consumatore al minuto "finale", perché si pensa sempre che alla fine della "catena" materie prime-vendita al minuto vi sarà sempre un "consumatore" per qualsiasi bene ceduto, nelle prestazioni di servizi ciò risulta meno immediato (se si pensa alla parte vittoriosa "ditta" che usufruisce di una prestazione immateriale), ma ritorna evidente quando ad essere vittorioso è un "privato".

Ed è in tale ultima ipotesi che va applicata la giurisprudenza della Cassazione, che ormai è ferma nel ritenere che al privato vittorioso, "consumatore finale" (ed ai soggetti assimilati), non può farsi carico di alcun onere per egli pregiudizievole, compreso quindi l'addebito "di fatto" (meglio, "in rivalsa") dell'imposta, perché il "consumo" del servizio legale è una circostanza da lui non ricercata né provocata (in quanto "vittorioso").

2^a ipotesi: personalmente, però, a parte le solite considerazioni sulla prova della transazione, che nel caso di specie non è sempre facile dare, non vedo perché non si possa applicare il principio per cui, nel rimborso di spese dell'avvocato, non si può individuare alcuna operazione imponibile I.V.A. trattandosi, in definitiva, di un risarcimento di danni che la parte vincitrice ottiene dalla parte soccombente.

Ciò mi pare evidente nel caso di adempimento dopo la classica raccomandata di sollecito; mentre, se risultasse scritto nell'atto transattivo (che diventa "titolo" anche per i rapporti tributari tra le parti) che le spese di assistenza legale sono sostenute a titolo di risarcimento danni, "rimborso", o equipollenti, mi pare che ci troveremo sempre in una ipotesi di operazione "fuori campo I.V.A..".

Se in detta transazione invece fosse espressamente previsto un "titolo" diverso dal risarcimento danni (ma che francamente non riesco a individuare: forse addebito di spese imponibili sostenute? L'"accollo" potrebbe essere una ipotesi suggestiva) allora si potrebbe effettivamente prevedere che il soccombente versi anche l'I.V.A., attendendo però per la sua contabilità una fattura con esposta l'I.V.A. già versata a tale titolo, come per una prestazione "imponibile" qualsiasi (ma mi sembra un caso raro a verificarsi e anche un po' troppo forzato, parendomi più corretta la soluzione evidenziata in apertura di questa ipotesi, che non provoca danni al soggetto IVA vittorioso).

Adempimenti: in ogni caso, come visto sub. 1.1., il rapporto di prestazione d'opera è tra legale e cliente e quindi il legale fatturerà alla parte-cliente vittoriosa (che opererà la ritenuta d'acconto, trattandosi normalmente di un soggetto obbligato). Nessun rapporto, né di natura fiscale né di natura civilistica, intercorre tra legale della parte vittoriosa e parte soccombente (nonostante la suggestione dell'"accollo").

Resta aperta la discussione - con esiti diversi a seconda che si ritenga o meno sussistere un'operazione in campo I.V.A. tra parte soccombente e parte vittoriosa - se la parte vittoriosa debba emettere verso la soccombente un documento con I.V.A. o meno (è ovvio che chi propende per la prima ipotesi delle due sopra delineate dovrà



esigere anche l'importo dell'I.V.A.).

Come già spiegato l'I.V.A. non costituisce normalmente un costo per la parte "vittoriosa", per cui la "soccumbente" non è tenuta al suo versamento.

Ciò vale ovviamente salvo casi particolari, in cui l'onere della prova, comprensivo anche delle presunzioni, è distribuito secondo i normali criteri: per esempio, gli enti che optano per la dispensa dagli obblighi di fatturazione ai sensi dell'art.36 bis del D.P.R. 633/72, come pure gli altri soggetti che esercitano attività esenti da imposta, potrebbero invocare la indetraibilità dell'imposta stessa, sulle spese pagate al proprio legale "vittorioso", costituendo quindi un "costo" che il soccombente deve ristorare, secondo i principi già illustrati; ma anche ad essi si potrebbe obiettare che l'art. 19.5 del D.P.R. 633/72 prevede invece la limitazione della detrazione al rapporto percentuale esistente tra operazioni imponibili e volume d'affari, che ciascuno ente - ove pretendesse dal soccombente il rimborso dell'IVA pagata al proprio legale - dovrebbe documentare di volta in volta, ove non avesse effettuato operazioni esclusivamente "esenti da imposta" (dovendosi dimostrare, o comunque chiarire, in alternativa, anche quest'ultima circostanza, se si volesse insistere per il rimborso totale dell'imposta). Vale quindi, in queste discussioni, la ordinaria distribuzione dell'onere della prova, laddove le parti volessero confrontarsi in giudizio.

1.3)...a seguito di una sentenza, lodo arbitrale o equipollenti.

Ipotesi: non c'è sicuramente nessun "accordo" e quindi non si verifica mai il caso 1.2); infatti il titolo per cui si procede al pagamento è costituito dal provvedimento giudiziale o da suo equipollente.

In tal caso, in applicazione della logica intrinseca delle decisioni giudiziarie, è pacifico che il soccombente deve "ristorare" il vincitore da ogni conseguenza dannosa e quindi non solo eliminare il comportamento riconosciuto illecito in sentenza ma anche provvedere al pagamento delle spese di lite ove sia disposto.

In questo caso, nei rapporti tra soccombente e vincitore, quando c'è la condanna alle spese, si finisce per prevedere una forfetizzazione del "danno da ricorso alle vie legali", costituito appunto dalle spese legali liquidate in sentenza.

Anche in questa ipotesi, l'I.V.A. sulle spese legali, se la parte vittoriosa è munita di Partita IVA e procede alle liquidazioni periodiche, non costituisce un costo e quindi non dovrà essere versata da quella soccombente, salvi i casi particolari come quello previsto dall'art. 36 bis D.P.R. 633/72, con distribuzione dell'onere della prova secondo le regole ordinarie.

Adempimenti: ci si trova di fronte ad una posizione fuori campo I.V.A., per cui la parte vittoriosa, al momento dell'incasso delle spese liquidate, emetterà ricevuta-quietanza comprensiva anche del CAP ma non dell'I.V.A., che per essa "ditta" non è un costo (come al contrario dovrà provare, a mio avviso, la parte vittoriosa che rimanesse incisa dall'IVA, quelle volte in cui essa, per un qualsiasi motivo, sia esonerata dalle liquidazioni periodiche, o non sia tenuta ad applicare l'IVA sulle proprie fatture, laddove essa sia un soggetto IVA e ciò sia eccepito dalla parte soccombente).

Ai fini della ritenuta d'acconto il rapporto è sempre tra soggetto vincitore e il proprio legale, per cui se quest'ultimo deve emettere la fattura unicamente al proprio cliente, è unicamente questo che può operare la ritenuta.

Va da sé che - di norma - il rapporto finanziario intercorre, da un lato, fra la parte soccombente e la parte vittoriosa; dall'altro, tra questa ed il suo difensore.

1.4)...a seguito di una sentenza che preveda la distrazione ai sensi dell'art. 93 c.p.c..

Ipotesi: vi è la particolarità che la sentenza possa prevedere, come titolo autonomo, la condanna del soccombente a pagare direttamente il legale della parte vittoriosa che, a mio parere, diviene quindi, non solo ai fini strettamente fiscali, "parte" del rapporto (lo è, per esempio, anche ai fini di un'eventuale revocatoria fallimentare, o in sede di impugnazione sul capo delle spese, per intenderci).

In questo caso, una circolare del 1994 (quella che provocò la prima edizione di queste note) prevedeva che il legale del "vincitore" dovesse emettere fattura ancora a quest'ultimo, in quanto il rapporto I.V.A. sarebbe intercorso con lo stesso "vincitore", mentre la ritenuta d'acconto avrebbe dovuto essere effettuata dal soccombente, in quanto è quest'ultimo che avrebbe dovuto "erogare" il pagamento.

Bisogna considerare che quella qui in esame non è l'ipotesi normale, ma è un caso di specie a cui non si può fare riferimento per la generalità dei casi, visto che la specificità della situazione è giustificata da un vero e proprio provvedimento giudiziale.

Personalmente, ho già dato e darei tuttora, ancora oggi, più importanza di quanto è stata data in quella circolare, a tale provvedimento giudiziale e non vedrei inesatta l'ipotesi dell'emissione di fattura da parte del legale del "vincitore" a carico della parte soccombente, che trovi titolo proprio nel provvedimento di distrazione (ed in effetti in tal senso v. il parere 188/95 Esperto Risponde del "Sole - 24 ore", ormai datato, ma tuttora convincente quanto ai principi processuali e sostanziali che sottintende;

e ancora, Cass. 8215/013, la quale prevede che, allorché sia riformata in appello la sentenza, costituente titolo esecutivo, di condanna alle spese in favore del difensore della parte vittoriosa, il soggetto tenuto alla restituzione delle somme pagate a detto titolo è il difensore distrattario, quale parte del rapporto intercorrente tra chi ha ricevuto il pagamento non dovuto e chi lo ha effettuato, il quale ultimo ha diritto ad essere indennizzato dell'intera diminuzione patrimoniale subita e cioè alla restituzione della somma corrisposta, con gli interessi dal giorno del pagamento).

Adempimenti: in adesione alle istruzioni ministeriali, il legale deve emettere fattura in capo al proprio cliente vittorioso (personalmente, continuo a credere che la sentenza costituisca un titolo valido per emettere la fattura in capo al soccombente, disapplicandosi la circolare), ma la ritenuta sarà operata dal soccombente, che otterrà poi ricevuta-quietanza dalla parte vittoriosa, con precisazione che il versamento è stato effettuato dallo stesso soccombente.

A mio giudizio è da ritenersi ovvio che la ritenuta sarà operata dal soccombente solo in quanto tenuto a detto onere (soggetti IVA, enti di varia natura sottoposti a tale obbligo, ecc.) e non anche se "privato".

Infatti anche se la circolare 203/E/94 sembrava, all'epoca, attribuire lo status di sostituto a "chiunque" corrispondesse compensi professionali, a termini di buon senso e per un minimo di sistematicità, si deve interpretare detto "chiunque" come riferito ai soggetti di cui agli artt. 23 e seguenti del D.P.R. 600/73.

Trattandosi sempre di una "ditta-vittoriosa", l'I.V.A. non sarà un costo per essa sicché non potrà essere pretesa, come in tutti i casi precedenti, presso la parte soccombente, laddove si voglia seguire l'impostazione della circolare ministeriale, fatturando alla "ditta" vittoriosa pur in presenza della "distrazione"; sarà invece dovuta dalla parte soccombente, laddove la fattura venga emessa dal legale direttamente nei confronti di quest'ultima, valorizzando il "titolo" costituito dalla sentenza.

2) PAGAMENTO DELLE SPESE A UN PRIVATO VITTORIOSO DA PARTE DEL SOGGETTO SOCCOMBENTE

Ipotesi: c'è ovviamente sempre una parte "soccumbente" e una "vittoriosa", ma quest'ultima è un "privato".

Il comportamento che va applicato non diverge sostanzialmente da quello del capo 1), con l'unica diversità che, poiché il privato non è un soggetto I.V.A., che può detrarre l'imposta pagata al legale in rivalsa sulla sua fattura, per lui l'I.V.A. è un costo e quindi ha diritto di richiederla al soccom-

bente.

Ai privati possono poi assimilarsi, sotto questo profilo, gli enti ed i soggetti IVA che, in base a specifiche circostanze, si trovano l'I.V.A. versata al loro legale sempre come costo (es.: perché non sono soggetti I.V.A. o hanno cessato di esserlo, avendo chiuso l'attività nelle more di un giudizio; o comunque non possono detrarla per legge, per esempio in quanto effettuano esclusivamente operazioni esenti, come sopra ho accennato riferendomi all'art. 36 bis del D.P.R. 633/72).

Adempimenti: ripercorrendo le casistiche 1.1, 1.2, 1.3, 1.4 i privati, dopo l'incasso delle spese dal loro legale (direttamente da parte del loro legale nel caso speculare al n. 1.4) invieranno regolare quietanza pari alle spese, al relativo CAP ed all'I.V.A. versati al proprio legale, al momento del rimborso dalla parte soccombente.

Nel caso analogo al n. 1.4, in presenza di provvedimento di distrazione, il legale invierà al privato, come da circolare ministeriale, sua fattura-quietanza e quest'ultimo invierà regolare quietanza di scarico al soccombente (salvo giustificarsi l'intestazione della fattura in capo a quest'ultimo, sulla base del provvedimento di distrazione contenuto nella sentenza, come s'è già detto).

I privati non effettuano mai la ritenuta e poiché il rapporto intercorre sempre (salvo nel caso di distrazione) tra loro ed il legale, non si pone nessun problema in proposito.

Ancora: in caso di "distrazione", se la parte soccombente è una ditta, in ossequio alla circolare andrebbe da questa operata la ritenuta.

Ho cercato di riassumere tutte le ipotesi possibili nel quadro riepilogativo - pronuario.

Gli adempimenti contabili del soccombente, a seconda che sia una "ditta" o un "privato" variano - considerato che l'emissione del documento fiscale va eseguita, di norma, da chi riceve il pagamento e non da chi lo effettua (ovviamente entrambi poi devono eseguire le loro registrazioni sul documento emesso o ricevuto) - solo quando ci si trova di fronte al provvedimento di "distrazione". In tale ipotesi, infatti, se la soccombente è una ditta, sarà questa a dover operare la ritenuta.

Nel prospetto che segue sono previste anche le registrazioni contabili del soccombente che si originano dal pagamento delle spese legali alla parte vittoriosa, oltre alla previsione della "sorte" di capitale ed interessi, in base al provvedimento giudiziale o agli accordi fra le parti.

A fianco della mia proposta di "comportamento uniforme", vorrei segnalare anche alcuni casi di specie che, come la materia sopra trattata, sono suscettibili di varia interpretazione a seconda di come, anche a termini di buon senso, si voglia trattare in concreto, di volta in volta, ogni singolo caso:

A) - mi sono chiesto se, per motivi di praticità, sia possibile conglobare in un unico documento giustificativo inviato al soccombente la quietanza degli interessi e delle spese del legale. Direi di sì, considerato che gli interessi sono esclusi da I.V.A. ex art. 15 DPR 633/72 e, forse, il rimborso delle spese legali, anziché un "risarcimento" fuori campo I.V.A., può essere considerato una "penale" esclusa dalla base imponibile I.V.A. ex art. 15; la discussione è solo per giustificare l'eventuale violazione del bollo di Euro 2,00, qualora il rimborso delle spese sia eccedente Euro 77,47; può comunque, a mio giudizio, in tutta tranquillità formarsi un documento unico (fattura ex art. 15), considerandovi analiticamente tanto gli interessi che il rimborso delle spese, sia esso escluso ex art. 15 o "fuori campo I.V.A." (e se volete essere prudenti consideratelo fuori campo I.V.A. e applicate Euro 2,00 di bollo in caso superi Euro 77,47);

B) - in occasione del primo articolo era capitato che una mia cliente "ditta" si fosse vista condannare in sentenza al pagamento anche "dell'I.V.A. come di legge" e avesse ricevuto la richiesta di pagamento anche dell'IVA medesima; ancora oggi, a distanza di più di venti anni, mi si mostra un precetto dove, col 99,99% di probabilità, l'IVA prelevata sulle spese legali non è dovuta; in sede di appello, di fronte al dubbio amletico se impugnare o meno anche la statuizione per tale titolo, optai per la soluzione positiva, per motivi prudenziali, anche se effettivamente il problema sorge solo in sede di esecuzione (ed in fin dei conti la condanna a pagare l'I.V.A. come di legge è una statuizione corretta, che l'interprete deve applicare una volta compresi i principi sopra espressi). Ora, di fronte alla giurisprudenza accumulatasi in vent'anni, mi sembra pacifico che la condanna a pagare l'IVA, sia contenuta o meno nella sentenza, debba sempre venire ragguagliata al momento esecutivo. Quindi, anche se - per un'ipotesi "assurda", per il vero mai vista - vi fosse una condanna a pagare l'IVA sulle spese legali a favore di un soggetto che pacificamente la può "scaricare", motivata diffusamente ed infondatamente, penso che si possa considerare l'errato dispositivo e l'errata motivazione della sentenza come *tamquam non esset*, senza necessità di formulare un'apposita impugnazione sul punto [è sufficiente, infatti, pensare alla ormai pacifica possibilità di disapplicare i "giudicati interni", allorché violino i principi comunitari (nel caso, la neutralità dell'I-

VA per i soggetti passivi di tale imposta) e la responsabilità dei magistrati che, nelle loro decisioni su un'opposizione all'esecuzione, li disattendano];

C) - a volte, anche per ragioni contingenti, il professionista, con o senza "distrazione", incassa direttamente dal soccombente l'importo delle sue spese. Sul piano pratico l'operazione di fatturazione da parte del legale al soccombente potrebbe essere giustificata con l'"accollo" (o con altro strumento ritraibile dalle *vicende delle obbligazioni*) che questi opera a favore della controparte vittoriosa.

A mio avviso, in presenza di "distrazione", la fatturazione diretta del legale al soccombente sarebbe abbastanza difendibile, nonostante la circolare del 1994.

Ma anche senza "distrazione", se tali vicende fossero previste con uno scambio di lettere tra soccombente e vittorioso, magari munendole di data certa - ora che si può, con poca fatica (tramite "P.E.C") - si potrebbe sostenere la creazione di un "titolo" che giustifica l'incasso diretto del legale "vittorioso" a seguito di pagamento diretto a suo favore della parte soccombente.

La tentazione viene alla ditta soccombente nell'ipotesi prevista alle linee/righe 2 e 9 col. 3 del prospetto (v. parere 188/95 E.R. "Sole-24 ore") e, magari, quando la parte "vittoriosa" è ... *sconfitta dall'economia* e sta apprestandosi a portare i libri in Tribunale.

A parte i risvolti suscettibili di critica in sede fallimentare, ciò potrebbe creare un'elusione di imposta, che potrebbe essere rilevata e non tollerata dall'Erario.

Infatti l'eventuale "accollo" delle spese può nascondere, se non giustificato da un provvedimento ex art.93 c.p.c., una violazione dell'art.21 del D.P.R. 633/72, con la conseguente sanzione prevista dall'art.6.1, ovvero 6.6, o ancora 6.8 del d.lgs 471/97, ove la fatturazione alla parte soccombente venisse effettuata "senza titolo", al solo scopo di consentire a quest'ultima di detrarre l'IVA, non essendo il soccombente il vero e proprio "committente" delle prestazioni del legale "vittorioso".

La serie di appunti sopra raccolti non è certamente esaustiva, né vuol esser risolutiva, di tutta la problematica del settore: poiché possono sempre sfuggire (anche a chi ha tempo di leggere tutte le segnalazioni ed inserti vari dei quotidiani specializzati) le novità, ribadiamo l'invito a collaborare attivamente con la Redazione, segnalando ogni intervento sull'argomento.

Giovanni Pinardi

Tabella prontuario

linea		colonna 1	colonna 2	colonna 3	colonna 4
		CAPITALE	INTERESSI	SPESE LEGALI (no distrazione)	SPESE LEGALI (con distrazione)
1	INCASSA LA DITTA VERSO IL SOCCOMBENTE DITTA	C'è già la fattura o va emessa all'atto di pagamento e va quietanzata.	Va emessa la fattura senza esposizione di IVA e quietanza (art. 15).	La ditta riceve il pagamento ed emette ricevuta quietanzata. Per importo pari a: imponibile pagato al legale, spese vive, CAP; il legale farà fattura alla ditta vittoriosa ma la soccombente non deve pagare la relativa IVA se prova, o è pacifico, che la parte vittoriosa può detrarre l'IVA.	Stesso comportamento come a fianco, salvo che il pagamento è ricevuto dal legale direttamente. Il legale fattura al proprio cliente ditta. (1) A mio avviso si può fatturare anche in capo al soccombente, in base alla sentenza, opponibile anche all'Erario, costituente valido "titolo".
2	INCASSA IL PRIVATO VERSO IL SOCCOMBENTE DITTA	Quietanza gli importi dovuti dalla ditta (1).	Quietanza gli importi dovuti dalla ditta. (1)	Riceve e quietanza gli stessi importi come n. 1. Più IVA dell'avvocato che farà fattura (il soccombente deve l'IVA sulle spese). (1)	Stesso comportamento come a fianco, salvo che il pagamento è ricevuto dal legale che fattura al privato (v. circolare) cliente. E' dovuta l'IVA sulle spese. (1) Possibilità di fatturare al soccombente vedi linea 1.
3	INCASSA LA DITTA VERSO IL PRIVATO SOCCOMBENTE	C'è già la fattura o va emessa (o equipollenti) vedi linea 1.	Vedi linea 1	Vedi linea 1.	Vedi linea 1. Il legale incassa direttamente e fattura al cliente ditta. (1) Salva l'ipotesi formulata in linea 1.
4	INCASSA IL PRIVATO VERSO IL PRIVATO SOCCOMBENTE	Emette quietanza, vedi linea 2.	Emette quietanza vedi linea 2 (1)	Emette quietanza vedi n. 2. (1)	Emette quietanza vedi linea 2. Il legale incassa direttamente e fattura al cliente. (1) Salva l'ipotesi formulata in linea 1.
5	LA DITTA SOCCOMBENTE OPERA LA RITENUTA	Vedi note (2) (3)	Vedi nota (2)	Non la opera perché versa alla parte vittoriosa. (3)	La opera perché versa direttamente al legale vincitore (vedi circolare). (3)
6	IL LEGALE VINCITORE EMETTE			Fattura al suo cliente.	Fattura al suo cliente (vedi circolare), salva l'ipotesi trattata alla linea 1.
7	LA DITTA VITTORIOSA OPERA LA RITENUTA			Al suo legale. (3)	Non opera la ritenuta. (vedi circolare) (3)
8	LA DITTA SOCCOMBENTE PAGA IL CREDITORE DITTA (vedi n. 1)	C'è già la fattura della parte vittoriosa o viene emessa fattura all'atto del pagamento.	Attende emissione fattura (art. 15).	Attende ricevuta quietanzata dalla ditta creditrice, non paga l'IVA sulle spese (vedi linea 1). (1)	Vedi a lato. Il legale incassa direttamente e fattura alla ditta cliente. (1) Salvo verificare l'ipotesi prevista alla linea 1.
9	LA DITTA SOCCOMBENTE PAGA IL PRIVATO (vedi n. 2)	Il privato emette ricevuta quietanza alla ditta (1).	Il privato emette ricevuta quietanza alla ditta (1).	Il privato emette ricevuta quietanzata alla ditta. La ditta paga l'IVA sulle spese e non la detrae. Il legale fattura al privato cliente - no ritenuta. (1) (3) L'IVA resta costo detraibile dal reddito della ditta.	Il legale fattura al privato cliente. La ditta soccombente opera ritenuta (vedi circolare). Il privato emette ricevuta per le spese incassate dal suo legale. (1) (3). Vedi ipotesi alla linea 1.
10	IL PRIVATO SOCCOMBENTE PAGA LA DITTA CREDITRICE (vedi n. 3)	Attende (o dovrebbe avere già) fattura, o ricevuta fiscale o scontrini fiscali.	Attende fattura (art. 15).	Attende quietanza dalla ditta creditrice - non versa l'IVA (vedi linea 1) (1).	Idem come a fianco. (non opera mai la ritenuta perché non è "sostituto" istituzionale). Il legale incassa direttamente e fattura alla ditta, o al privato, secondo l'ipotesi del n. 1. (1) (3)
11	IL PRIVATO SOCCOMBENTE PAGA IL PRIVATO (vedi n. 4)	Il privato attende ricevuta di saldo. (1)	Il privato attende ricevuta di saldo. (1)	Il privato attende ricevuta di saldo. Il legale fattura al suo cliente. Il privato deve pagare l'IVA sulle spese (vedi linea 2) (1).	Vedi a fianco. Il legale incassa direttamente e fattura al privato suo cliente, salva l'ipotesi come alla linea 1. (1) (3)

note

1. Ricevuta quietanzata con bollo da 2,00 euro se di importo superiore a euro 77,47.

2. Il quadro è riepilogativo degli adempimenti sulle spese legali del "vittorioso" e del "soccombente". Sono tralasciati gli adempimenti relativi al rapporto sostanziale (es. indennità avviamento o espropriazione) retribuzioni lavoro autonomo o subordinato.

3. I privati non sono sostituiti d'imposta nei confronti del loro legale, in nessun caso.

LA MEDIAZIONE OBBLIGATORIA

Aspetti critici dell'attuale normativa: per una determinazione uniforme delle regole.

La *querelle* che si è sviluppata su queste pagine (*Cronache n. 1/2015* pagg. 29 e segg. "Le mobili frontiere della mediazione" – *Cronache n. 2/2015* pagg. 45 e segg. "Mediazione: nuove frontiere?" e "Mediazione obbligatoria – note sulla giurisprudenza del Tribunale di Parma" e *Cronache n. 3/2015* sub "Segnali di fumo" pag. 30 "Mediazione: vecchie e nuove frontiere") attorno alla facoltà ovvero dovere del mediatore di formulare alle parti una proposta conciliativa ha sortito (o sortirà) la modifica del regolamento del nostro organismo di mediazione in virtù della quale in relazione ad una mediazione demandata¹ contenente l'invito del giudice a formulare "in ogni caso" la proposta conciliativa (e, quindi, anche senza concorde richiesta delle parti) si esplicita che "il mediatore formulerà la proposta senza necessità di acquisire il consenso delle parti" (art. 8, punto 7, nostro regolamento).

Modifica da ritenersi necessaria sia per il *favor* di cui deve godere l'istituto della mediazione nella sua effettività, sia ad evitare che il giudice espressamente invii le parti avanti ad un organismo di mediazione che non limiti tali poteri al solo caso della richiesta congiunta di tutte le parti in mediazione. E' quanto accaduto recentemente avanti al Tribunale di Bari.

La questione fa parte della casistica applicativa che la esperienza giudiziaria offre de jure condendo al legislatore che dovrà provvedere alla revisione della disciplina, previo monitoraggio degli esiti della sperimentazione, entro i quattro anni successivi alla data di entrata in vigore della novella dl 69/2013 conv. in legge n. 98/2013 ai sensi dell'art. 5 comma 1 bis. Revisione già in corso con l'istituzione di una apposita Commissione insediata dal Ministero della Giustizia, che dovrà soffermarsi sui punti di maggior sofferenza interpretativa della normativa onde evitare difformità di applicazione non solo a livello giudiziale, ma anche tra organismi.

Di particolare criticità il punto relativo ai poteri propositivi della conciliazione da attribuirsi al mediatore. Già il quadro legislativo e regolamentare appare incerto.

L'art. 11 dlgs n. 28/2010 prescrive al comma 1: "Quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione. In ogni caso il mediatore formula una proposta di conciliazione se le parti gliene fanno concorde richiesta in qualunque momento del procedimento".

A tale disposto fa eco l'art. 7 2 b) d.m. n. 180/2010 secondo cui la proposta di mediazione "può essere formulata

¹ E' appena il caso di ricordare la differenza tra la mediazione "delegata" (ex lege) e quella "demandata" dal giudice (ex officio iudicis). La prima è quella disposta dal giudice in luogo della conciliazione preventiva a cui sono tenute le parti che non vi abbiano provveduto (art. 5 1 bis dlgs n. 28/2010 mod. dl n. 69/2013). La seconda è prevista dall'art. 5 comma 2 dlgs ut supra).

dal mediatore anche in caso di mancanza di una o più parti al procedimento di mediazione sempre che tale facoltà sia prevista nel regolamento dell'organismo"².

L'art. 5 comma 2 dlgs n. 28/2010 prevedeva una mediazione "endo processuale" "su invito" del giudice oltre a quella eventualmente consumatisi in via preventiva: tale mediazione era al tempo facoltativa, rimessa cioè alla discrezionalità delle parti.

Ma con la modifica di tale disposto il decreto legge n. 69/2013 sempre all'art. 5 comma 2 introduceva in via innovativa una ulteriore condizione di procedibilità anche in sede di giudizio di appello, valutata dal giudice la natura della causa, lo stato dell'istruzione ed il comportamento delle parti, sostituendo all'invito "il può disporre" l'esperimento del procedimento di mediazione, aperto anche alle materie nelle quali la mediazione sia facoltativa. E' chiaro che con tale novella il requisito della proposta su richiesta congiunta delle parti viene parzialmente meno, e i regolamenti della mediazione redatti in precedenza, che dovessero ancora prevederla in via esclusiva, "per non essere spiazzati" vanno modificati per quanto di ragione.

Il quadro che ne esce è il seguente:

a.- la proposta conciliativa *ex officio* emergente dall'art. 11 1° comma dlgs 28/2010, appartenente alla discrezionalità del mediatore (mentre nella prima stesura del testo del decreto legislativo essa costituiva un vero e proprio dovere) non sembra avere avuto frequente attuazione a fronte del carattere diversamente attuativo dei vari regolamenti (domanda congiunta, ovvero, eccezionalmente unilaterale) e soprattutto per la carenza di elementi istruttori.

b.- A questo punto c'è una divaricazione tra legge e i regolamenti degli organismi che si limitano ad assentire alla proposta solo se richiesta congiuntamente, e gli altri per i quali vale anche la richiesta unilaterale (pure in sede di procedura contumaciale).

Nel caso in cui il giudice si limitava ad *invitare d'ufficio* le parti davanti al mediatore, quest'ultimo non doveva formulare necessariamente una proposta nel caso in cui le parti aderissero all'invito. Ma anche negli altri casi di legittima richiesta delle parti o di mediazione oggi "demandata", egli dovrebbe conservare il potere di va-

² Tiscini "La mediazione" pag. 211 e segg. pone il problema dell'eventuale contrasto delle previsioni dei regolamenti di procedura rispetto al dato positivo dell'art. 11 dlgs, che impone al mediatore di formulare la proposta in caso di richiesta concorde delle parti. A tal proposito l'A. riporta e fa propria l'opinione secondo cui la formula di legge va intesa nel senso che mentre gli organismi di mediazione "sono obbligati a prevedere nel regolamento la formulazione della proposta in caso di richiesta congiunta", essi sono liberi di inserire o meno (discrezionalmente, appunto) nel relativo regolamento una clausola che attribuisca al mediatore il potere di formulare la proposta anche in assenza di richiesta congiunta; conf. Caponi "Adesione e partecipazione alla mediazione" (www.judicium.it, par. 3).



lutare se formulare la proposta oppure di astenersene per difetto di elementi a disposizione, in tal caso dovendo motivare in modo circostanziato il suo diniego. E' questo il punto in comune con i percorsi regolamentari dell'uno e dell'altro tipo (unilaterali o congiunti) e normalmente nella mediazione demandata"³.

Come pure da rilevare che la proposta su richiesta unilaterale financo "in procedura contumaciale" non è vero che sia inutile, in quanto l'iniziale rifiuto di adesione, a proposta formulata può indurre la parte che non vi ha aderito a riconsiderare la propria posizione, potendo comunque costituire valido punto di riferimento per il giudice.

c.- Può accadere che quando la domanda di proposta conciliativa, ove nell'uno o nell'altro regolamento conferisca al mediatore il *potere - dovere* di formulare la proposta, e tuttavia egli non abbia elementi istruttori utili, possa disporre una perizia, alla quale una parte non voglia aderire. E' verosimile che il mediatore debba procedere nella nomina del perito ponendo le spese a carico della parte che insista nel richiederla (e di ciò dovrà far menzione a verbale per il giudice). La questione può ripetersi negli organismi in cui è ammessa la richiesta unilaterale (con oneri a carico del richiedente). E' evidente che l'unica parte istante non potrà dolersi se il mediatore non sia in grado di formulare la proposta allo stato degli atti, non aderendo essa alla richiesta di nomina di perito. E anche di questo comportamento il mediatore dovrà dare atto a verbale. Nella demandata sarà lo stesso giudice ad invitare il mediatore a disporre la perizia ovvero ad autorizzarla su richiesta del mediatore ove manchi il consenso delle parti⁴.

3 Per Dalfino "Mediazione civile e commerciale": "benché possa sembrare che il mediatore non abbia alternative che attenersi alla richiesta, in realtà, anche in questo caso egli dovrebbe conservare il potere di valutare se formulare la proposta oppure no, in base agli elementi a propria disposizione (cioè che, del resto è in qualche modo evidenziato nella relazione illustrativa del dlgs 28/2010, ove si legge che "si è voluto evitare di rendere obbligatoria la proposta anche nei casi in cui l'attività di mediazione svolta non abbia consentito l'emersione di sufficienti elementi per una definizione alternativa del conflitto")".

4 "In sede di mediazione al fine di facilitare il raggiungimento di un accordo, e ciò anche a prescindere da una istanza per la formulazione di una proposta conciliativa, che potrà essere successiva, le parti potranno richiedere al mediatore la nomina di un consulente per l'espletamento di una C.T.M." "In caso di mancato accordo tale attività, ove espletata da consulente serio e preparato, può conservare utilità, purché siano rispettate alcune regole fondamentali ed in particolare quella del contraddittorio e l'esclusione del riferimento a dichiarazione delle parti in mediazione" ("Ord. Trib. Roma 04.04.2016"). Al riguardo della assenza del contraddittorio in sede di esperimento della C.T.M. riveste particolare interesse la ordinanza Dott. Angela Chiari del Tribunale di Parma in data 13.03.2015 in procedimento ex art. 670 e 700 c.p.c. che aveva ritenuto di accordare un sequestro conservativo ante causam sulla base del *fumus boni juris* derivante da una perizia esperita in mediazione

d.- Assai penetrante nei poteri del mediatore l'*ordine* ("in ogni caso") del giudice di formulare la proposta conciliativa in virtù della novella del 2013⁵.

C'è chi si ribella a tale *jussus* affermando che esso prevarica i poteri discrezionali e la responsabilità del mediatore, che non è un ausiliario del giudice. Si può obiettare che nessuna responsabilità deriva al medesimo innanzitutto perché il suo non è un *decisum* (non è un arbitro), e comunque la sua proposta potrebbe essere alla fine accettata anche dalla parte inizialmente riluttante (così come in una procedura a richiesta unilaterale) ovvero, in caso di insistito diniego (anche se il giudice aveva ritenuto praticabile l'impegno demandato al mediatore), sarà il giudice a valutare il fondamento della non accettazione e a trarre le conseguenze processuali e sanzionatorie in base al comportamento delle parti, doverosamente verbalizzato. Infine il mediatore ben potrebbe motivare la difficoltà o impossibilità di eseguire la disposizione giudiziale ed eventualmente ipotizzare al giudice demandante diverse soluzioni transattive a seconda delle emergenze istruttorie. Tra il giudice e il mediatore deve intendersi un dialogo.

Da queste considerazioni discende conclusivamente che non è opportuno mantenere in tema di proposte conciliative

"contumaciale", su richiesta di una sola parte. Premesso che il mediatore aveva costantemente richiesto alla parte assente la partecipazione al contraddittorio, e tuttavia la stessa era rimasta assente, il G.I. riteneva pronunciarsi a favore della domanda di sequestro sulla base di una perizia richiesta da un organismo terzo e redatta da un tecnico iscritto all'albo dei C.T.U. del Tribunale. Si noti che questa ordinanza prescindeva dalle modalità regolamentari dell'organismo di mediazione, al punto da non accertare se la richiesta di una proposta transattiva, di cui la C.T.M. era strumentale, fosse consentita. Per la verità il regolamento di quell'organismo prevedeva la richiesta unilaterale della proposta conciliativa. Come si vede, mantenere questa duplicità di regolamenti costituisce un inconveniente inutile che appesantisce le indagini del giudicante. Come altrettanto noto, il Tribunale di Parma, con ordinanza collegiale 11.05.2015 accertava la "non illegittimità" della consulenza svolta in mediazione, ma su impugnazione della parte rimasta contumaciale nella prima fase, dava atto essersi svolta in assenza di contraddittorio, e pertanto ne ordinava il rifacimento. Premesso che il giudice ha ampi poteri di sindacato sulla C.T.M., anche per la diversa natura della C.T.U. (Trib. Roma 17.03.2014) va però tenuto presente che non può darsi eccezione di nullità da parte di chi vi ha dato causa con il proprio consapevole comportamento. Sarebbe pertanto stato più puntuale che il reclamo fosse proposto nella contestazione specifica di singoli e circostanziati esiti della C.T.M.

5 "La norma in esame intende incentivare strumenti di risoluzione delle controversie preposti a facilitare l'accesso alla giustizia con l'assistenza di un mediatore qualificato al fine di promuovere una stabile composizione amichevole delle controversie e di ridurre i costi del contenzioso civile, senza peraltro costituire una alternativa deteriore alla giurisdizione o all'arbitrato in attuazione alla direttiva n. 5/8/CEE". (Appello Milano 2015 in ADR center); conf. ord. Trib. Ascoli Piceno 2015 in mondo ADR "prescrive in caso di effettivo svolgimento della mediazione che non si concluda con il raggiungimento di un accordo amichevole, il mediatore provveda comunque ad una mediazione di una proposta di conciliazione anche in assenza di una concorde richiesta delle parti. Sull base dell'art. 11 comma 1 D.lgs. 30.06.2014".

liative due regimi differenti, incidenti diversamente, con maggiore o minore intensità sulle sorti processuali a seconda dei presupposti richiesti. In punto la materia dovrà essere resa omogenea dal legislatore. A nostro avviso deve essere privilegiato il regolamento che, ad evitare irragionevoli disparità di trattamento e atteggiamenti concorrenziali tra diversi organismi, consente la richiesta unilaterale. Ciò corrisponde del resto agli orientamenti dei giudici che tendono a valorizzare il ruolo *valutativo* dei mediatori al fine di incentivare l'istituto⁶. Nel recente corso tenuto a Parma da Resoluta il 18 e il 19 Aprile 2016 è stato chiaramente riferito che i giudici hanno raccomandato ai mediatori la linea più "cogente" e di rappresentare alle parti "con una certa energia" la utilità della conciliazione a fronte degli oneri e dei tempi della giustizia⁷.

e.- Non sono quelle evidenziate le uniche criticità dell'istituto di mediazione conciliazione a livello di legge e regolamento di attuazione su cui il legislatore dovrà intervenire per fare chiarezza, dettando regole uniformi.

Brevemente accenno alla obbligatorietà della personale presenza delle parti al tentativo di conciliazione che, insieme all'effettuazione di un serio ed effettivo tentativo di conciliazione, costituisce elemento costitutivo della condizione di procedibilità, segnatamente nella mediazione *ex officio* (Trib. Firenze 19.03.2011)⁸; alla necessità di conferimento di procura negoziale distinta dalla procura alle liti (Trib. Palermo 16.07.2014); o addirittura se sia compatibile la attribuzione di procura alle liti e di potere negoziale a favo-

6 In dottrina Tiscini op. cit. pag. 211: "d'altra parte (...) impone la richiesta congiunta per attivare la fase valutativa rischia infatti di porre nelle mani della parte ostile all'accordo un incontrollabile potere di impedire la formulazione della medesima, così ostacolando il regolare svolgersi della procedura".

7 A titolo esemplificativo Trib. Bari Sez. Altamura 26.02.2016: "invita i difensori delle parti ad informare i loro assistiti della presente ordinanza ai sensi dell'art. 4, comma 3 d. lvo cit. e delle conseguenze processuali espressamente previste per il caso di mancata attivazione del procedimento dall'art. 5 comma 2 secondo periodo d. lvo cit., evidenziando sin d'ora che in caso di mancato raggiungimento di accordo si procederà alla riconvocazione del C.T.U. (con il conseguente aggravio dei costi che ben le parti dovrebbero superare con l'esame in contraddittorio della documentazione e la valutazione delle dettagliate considerazioni rese nel presente provvedimento, essendo per altro tutte le parti munite di CTP e conducendo i redigenti quesiti ad un'unica ed univoca conclusione contabile)". L'ordinanza circoscrive la parte della controversia da sottoporre ad esame.

8 Ovvero Trib. Firenze 11.04.2016: "rilevato che dal verbale prodotto (negativo) non emerge l'avveramento della condizione di procedibilità allo stato, atteso, che l'incontro delle parti non appare aver condotto ad un concreto confronto della stessa sui profili della lite, sicché la procedura non può ritenersi esaurientemente esperita" rinviava per la definizione della mediazione.



re dello stesso avvocato che testualmente “assiste le parti”, dovendosi dar corso ad una dualità indefettibile tra difensore e parte per assicurare la genuinità dell'intervento e delle determinazioni di quest'ultima⁹; ed ancora i rapporti tra l'art. 185 bis c.p.c.¹⁰ e la “demandata” contemplandosi nella prassi la priorità temporale dell'uno o dell'altra. Per non tacere del nodo ancora irrisolto circa l'onere dell'avvio della mediazione nella opposizione a decreto ingiuntivo, nonostante la condivisibile soluzione della S.C. n. 24629/2015 (essendo l'onere probatorio altro dall'onere dell'impulso processuale), ancora contrastata dai giudici di merito (per es. i giudici fiorentini), e della correlata questione nel processo di appello, in cui il mancato assolvimento della condizione di procedibilità potrà farsi ricadere, come appare probabile, in danno dell'appellante, che ne era onerato, ingenerando il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Ed ancora se è necessario che parte ricorrente e convenuta motivino il rifiuto di continuare nella mediazione, e le conseguenze del diniego.

Infine la migliore perimetrazione del concetto di “riservatezza”, in particolare nella C.T.M.

Si ritiene più accorto, nelle more di ristrutturazione della legge, attenersi ai più rigorosi criteri emersi nella recente giurisprudenza, ancorché non contemplati nel regolamento, a salvaguardia della realizzazione della condizione di procedibilità, senza con ciò negare al giudice un certo margine di discrezionalità \ elasticità nella valutazione del caso concreto. Intendo dire che è opportuno se non doveroso che il mediatore segnali alle parti e ai loro difensori la recente rigorosa giurisprudenza affinché possano, se credono, munirsi di ulteriori cautele.

f.- Pare utile esemplificativamente richiamare una recentissima ordinanza del Tribunale di Vasto in data 23.04.2016 nella quale vengono affrontate ulteriori

.....
9 Secondo Resolutia la procura sostanziale al difensore dovrebbe essere molto dettagliata anche per il caso di mancato accordo. Sembra tuttavia inapplicabile l'art. 1395 c.c. anche per rispetto della professionalità. Invero l'avvocato sarebbe relegato al ruolo di mero nuncius, che mal si concilia con i suoi poteri tecnici. Da ultimo Trib. Milano 27.04.2016: “la mediazione non potrà considerarsi esperita con un semplice incontro preliminare tra i soli difensori delle parti ancorché muniti di procura speciale per la partecipazione alla mediazione, dal momento che nella detta procedura la posizione del legale è di mera assistenza alla parte comparsa (art 5 c. 1 bis e art. 8 c 2 Dlgs 28/2010)”.

10 Che nel nuovo disegno di legge di riforma diviene più stringente in quanto prevede che in caso di mancata comparizione delle parti o di rifiuto ingiustificato della transazione, tale comportamento sarà valutabile sia ai fini della decisione del giudizio che della responsabilità aggravata.

questioni dipendenti dalle criticità che abbiamo sopra espresso. In sintesi il giudice relatore Dott. Fabrizio Pasquale con l'ordinanza del 23 aprile 2016 affronta l'analisi di alcune questioni connesse alla mediazione, e, in particolare, le conseguenze derivanti dal diniego ingiustificato di una e/o di entrambe le parti di proseguire oltre il primo incontro informativo.

Nel caso *de quo*, il Giudice disponeva, ai sensi dell'art. 5, secondo comma, del D. Lgs. 4 marzo 2010, n. 28, l'esperimento della procedura di mediazione per una soluzione amichevole della lite; le parti si presentavano al primo incontro con l'assistenza dei difensori, ma la procedura non si concludeva positivamente in quanto la parte invitata dichiarava di non voler proseguire nella mediazione: il mediatore ne prendeva atto e di conseguenza, dichiarava chiuso il procedimento.

All'udienza avanti al Giudice Relatore l'attore, rappresentata l'impossibilità di dare seguito alla mediazione a causa del rifiuto della parte convenuta, chiede la precisazione delle conclusioni.

Il Giudice, con ordinanza, fissa la precisazione delle conclusioni e condanna parte convenuta al versamento, in favore dell'Erario, della somma di Euro 206,00, pari all'importo del contributo unificato dovuto per il presente giudizio, come conseguenza sanzionatorio della ingiustificata volontà di non prendere parte alla fase del procedimento di mediazione successiva al primo incontro; qui di seguito le motivazioni della decisione:

1.- le conseguenze, anche di natura sanzionatoria, previste dell'art. 8 comma 4 bis D. lgs. N. 28/2010 non scattano soltanto nel caso di assenza ingiustificata della parte al primo incontro di mediazione, ma operano anche nel caso in cui la parte presente al primo incontro, esprimendosi negativamente sulla possibilità di iniziare la procedura di mediazione, non espliciti le ragioni di tale diniego ovvero adduca motivazioni ingiustificate;

2.- le parti non possono avere un potere di veto assoluto ed incondizionato sulla possibilità di dare seguito alla procedura di mediazione: ciò si presterebbe al rischio di legittimare condotte delle parti tese ad aggirare l'applicazione effettiva della normativa in materia di mediazione, frustrando la finalità stessa dell'Istituto, ma consiste in un'occasione per addivenire ad una soluzione extra giudiziale del-

la vertenza;

3.- quando il rifiuto ingiustificato di dare seguito al procedimento di mediazione viene opposto dalla parte attrice/istante in mediazione, consegue la improcedibilità della domanda, in quanto la condizione di cui all'art. 5, D. Lgs. N. 28/10 non può considerarsi soddisfatta; se detto rifiuto proviene oltreché dalla parte attrice/istante, anche o soltanto dalla parte convenuta/invitata in mediazione, sussistono i presupposti per l'irrogazione – anche nel corso del giudizio – della sanzione pecuniaria della condanna al versamento di una somma di importo corrispondente al contributo dovuto per il giudizio;

4.- per poter valutare se sussiste una giustificazione a supporto del rifiuto opposto dalla parte, il mediatore ha il dovere di invitare la parte a esplicitare le ragioni del proprio dissenso e di riportarle nel verbale di chiusura della procedura di mediazione¹¹.

Conclusioni: non si può restare in mezzo al guado.

Giacomo Voltattorni

.....
11 Conf. Trib. Roma 28.04.2016.

Ripartizione degli oneri condominiali tra venditore ed acquirente

Il Terzagò (Il condominio – Giuffrè Editore 1981, pag. 485) dopo avere constatato che in proposito sorgono molti problemi si sofferma “sulla natura giuridica dell’obbligo di pagare i contributi”. E’ quest’obbligazione di natura reale o personale? Alcuni autori (Barassi, Trabucchi) sostengono che la suddetta obbligazione sia obbligazione propter rem. Dalla realtà dell’obbligazione di rimborso deriva che essa è accollata a chiunque subentri nel diritto di proprietà di uno dei partecipanti obbligati “

Il Visco (Le case in condominio – Dott. A. Giuffrè Editore 1976, pagg. 708-709) si chiede. “Nei rapporti fra venditore ed acquirente, a quale momento bisogna stare? Quello in cui il lavoro è stato ordinato o quello in cui il lavoro è stato eseguito? Bisogna guardare al momento in cui sorge l’obbligazione. Il Barassi (Comproprietà, pag. 375) riteneva obbligato il successore: Il Vitaleni (Comunione, n.233) riteneva obbligato l’alienante....

Il dubbio resta nei rapporti interni fra alienante ed acquirente.“

Il Visco ricorda che secondo il Branca il successore a titolo particolare “diventa partecipe e come tale risponde delle spese man mano che esse si rivelino necessarie e l’amministratore od uno qualunque dei partecipanti ne chiedano la erogazione: chi è nella comunione (intendi condominio) in quel momento, anche se non vi era quando si è verificato il fatto che minaccia la conservazione della cosa, deve contribuire...”

“Il criterio esposto (commenta il Visco) non sembra molto chiaro, perché quello che vale non è il momento in cui viene chiesto il pagamento, ma il momento in cui l’obbligazione è sorta. Se io compro un appartamento in cui devono essere eseguiti i lavori di tinteggiatura dei muri delle scale e della facciata non importa che la relativa delibera sia anteriore al momento dell’acquisto, ma importa che i lavori vengano eseguiti dopo che io sono diventato proprietario dell’appartamento perché è in questo secondo momento che sorge il debito verso la ditta che esegue i lavori. Invece se i lavori sono stati già eseguiti ma non ancora pagati non importa che la fattura venga presentata dopo la data del mio acquisto, perché obbligato resta sempre il venditore“.

Dopo questi brevi cenni dottrinari passo ad esaminare la relativa giurisprudenza di legittimità.

Così Cass. civ., sez. II 22/02/2000 n. 1956 nel rapporto tra venditore ed acquirente stabilisce che “salvo che non sia diversamente convenuto dalle parti, è invece operante il principio generale della personalità delle obbligazioni: l’acquirente dell’unità immobiliare risponde soltanto delle obbligazioni condominiali sorte in epoca successiva al momento in cui, acquistandola, è divenuto condomino.“

La sentenza Cass. civ., sez. II 18/04/2003 n. 6323, invece asserisce “Le obbligazioni dei condomini di concorrere nelle spese per la conservazione delle parti comuni si considerano obbligazioni propter rem, perché nascono come conseguenza della contitolarità del diritto sulle cose, sugli impianti e sui servizi comuni. Segue che, nel caso di vendita di una unità immobiliare sita in un edificio soggetto al regime del condominio, al contributo delle spese per la conservazione è tenuto il condomino al momento in cui si rende necessario eseguire i lavori per la conservazione. D’altra parte, dalla esecuzione

dei lavori deriva un incremento di valore delle parti comuni e, in considerazione della relazione strumentale, un corrispondente incremento di valore della sua stessa unità immobiliare.“

Lo stesso principio è affermato da Cass. civ., sez. II 01/07/2004 n. 120134.

Con altre parole Cass. civ., sez. II 09/09/2008 n. 23345 sostiene che “secondo la prevalente giurisprudenza di legittimità che negli ultimi anni si è venuta formando ... l’obbligo del condomino di pagare per le spese di manutenzione delle parti comuni dell’edificio deriva non dalla preventiva approvazione della spesa e dalla ripartizione della stessa, atteso il carattere meramente dichiarativo di tali delibere, ma dal momento in cui sia sorta la necessità della spesa ovvero la concreta attuazione dell’attività di manutenzione ...”

Al contrario Cass. civ., sez. II 02/09/2008 n. 22034, di pochi giorni anteriore alla sentenza sopraricordata, ha sostenuto che “la giurisprudenza ha, infatti, affermato che l’obbligo dei condomini di contribuire al pagamento delle spese condominiali sorge per effetto della delibera dell’assemblea che approva le spese stesse (...); pertanto, nel caso di alienazione di un appartamento, obbligato al pagamento dei tributi è il proprietario nel momento in cui la spesa viene deliberata (Cass. 26.10.1996 n. 9366).“

In questo valzer di pronunce completamente contrarie, bene ha fatto il Nucera a commento di Cass. civ., sez. II 09/11/2009 n. 23686 (Archivio delle locazioni 5/2010, pagg. 503-504) a scrivere che la Corte “senza entrare nel merito e spiegare i motivi di tale scelta, sposa la tesi secondo cui l’obbligo dei condomini di contribuire al pagamento degli oneri condominiali sorge per effetto della delibera assembleare che li approva ... ma trascura anche di approfondire il controverso problema della individuazione del momento della insorgenza dell’obbligo di contribuire a tali spese, perdendo all’evidenza l’occasione di (aiutare a) portare chiarezza intorno ad una questione che di chiarezza, invece, avrebbe estremo bisogno.“

Passo ora ad esaminare Cass. civ., sez. II 03/12/2010 n. 24654, importante non fosse altro per la circostanza che tutte le successive sentenze di legittimità 15309/2011, 23682/2011, 8782/2013 si riportano pedissequamente alla stessa confermandola e riproducendone ampi stralci.

“Il quesito di diritto ... concerne la individuazione del momento di insorgenza dell’obbligo di contribuzione alle spese condominiali nell’ipotesi di trasferimento di proprietà di immobile sito in edificio condominiale e, quindi, del soggetto sul quale, nei rapporti interni tra venditore e compratore, ricade tale onere.

Sul punto, la giurisprudenza di questa Corte ha dato risposte contrastanti.

Secondo un orientamento, l’obbligo del condomino di pagare i contributi per le spese di manutenzione delle parti comuni dell’edificio deriva, non dalla preventiva approvazione della spesa, ma dalla concreta attuazione dell’attività di manutenzione, e sorge quindi per effetto dell’attività gestionale concretamente compiuta ... Pertanto, nel caso di vendita di un appartamento sito in un edificio soggetto al regime del condominio, obbligato al pagamento delle spese è il proprietario nel momento in cui vengono eseguiti i lavori.

Un altro indirizzo, invece, identifica il mo-

mento dell’insorgenza dell’obbligo con la delibera della spesa da parte dell’assemblea condominiale: il condomino che vende l’immobile di sua esclusiva proprietà è tenuto a contribuire alle spese condominiali deliberate quando era ancora proprietario“.

La sentenza prosegue affermando che “la soluzione del quesito di diritto dipende dalla diversa origine della spesa alla quale il condomino deve contribuire.

Può trattarsi di (a) di spesa necessaria alla manutenzione ordinaria, alla conservazione, al godimento delle parti comuni dell’edificio o alla prestazione di servizi nell’interesse comune; (b) di spesa attinente a lavori che comportino una innovazione e che, seppure diretti alla migliore utilizzazione delle cose comuni od imposti da una nuova normativa, comportino per la loro particolarità e consistenza, un onere rilevante, superiore a quello inerente alla manutenzione ordinaria dell’edificio. Nel primo caso la nascita dell’obbligazione coincide con il compimento effettivo dell’attività gestionale “mentre nel secondo caso “la delibera condominiale che dispone l’esecuzione degli interventi assume valore costitutivo della relativa obbligazione in capo a ciascun condomino.“

Questo si ricaverebbe da una pluralità di indici normativi, indici che non riporto per la semplice ragione che non sono riuscito a comprenderne la rilevanza nella decisione.

La sentenza così conclude: in caso di vendita di un’unità immobiliare in condominio, nel quale siano stati deliberati lavori di straordinaria manutenzione o di ristrutturazione o innovazioni, in mancanza di accordo tra le parti nei rapporti interni tra alienante ed acquirente è tenuto a sopportarne i relativi costi chi era proprietario al momento della delibera dell’assemblea, sicché, ove tali spese siano state deliberate antecedentemente alla stipulazione dell’atto di trasferimento dell’unità immobiliare, ne risponde il venditore, a nulla rilevando che tali opere siano state, in tutto o in parte, eseguite successivamente, e l’acquirente ha diritto a rivalearsi nei confronti del proprio dante causa, per quanto pagato al condominio in forza del principio di solidarietà passiva di cui all’art. 63 disp. att. cod. civ.“

Per quanto questo principio di diritto sia stato, come già ricordato, confermato da tutte le successive pronunce della Cassazione io non lo condivido e ritengo che date le premesse si sarebbe dovuto giungere alla soluzione contraria.

Infatti, a parte la non sempre facile individuazione della manutenzione ordinaria rispetto a quella straordinaria, se per i lavori di manutenzione ordinaria non si segue la personalità dell’obbligazione ma si privilegia la sua realtà, non si dovrebbe a maggior ragione riconoscere ai lavori di straordinaria manutenzione, di ristrutturazione e di innovazioni proprio per la loro consistenza ed anche per il presumibile protrarsi nel tempo degli interventi una particolare connessione con la cosa?

Simili lavori, proprio per gli elevati costi, non conferiscono un incremento del valore anche della unità immobiliare?

E, per quanto possa servire, quando si avrà in materia una decisione delle Sezioni Unite?

Renato Del Chicca

Insensibilità condominiale

Con sentenza del 29 febbraio 2016, il Tribunale di Parma, nella persona del Dott. G. Nigro, ha ritenuto esente dalla responsabilità penale un soggetto condotto a giudizio per il reato di cui all'art. 660 c.p. poiché, sulla scia di *originari dissapori relativi a rumori propagatisi tra due appartamenti sovrapposti*, costui aveva tenuto una serie comportamenti degenerati in incosanti e continuativi atti di disturbo e molestie nei confronti dei vicini.

Nello specifico si trattava di rumori, molestie telefoniche, messaggi inviati tramite social network, tutti posti in essere dall'imputato per ritorsione in quanto, a sua volta, non più disposto a tollerare le condotte di disturbo, o per lo meno non rispettose del regolamento dello stesso condominio, provenienti dal sottostante appartamento delle persone offese.

Dirimente è stata la contestualizzazione dei fatti nell'alveo di reciproci atti di interferenza, dalle risultanze processuali era emersa, infatti, l'*"insensibilità condominiale"* nelle abitudini delle stesse parti civili costituite in giudizio.

In altri termini, se da un lato era stata resa confessione circa la contestata condotta contravvenzionale tenuta dall'imputato, dall'altro era stato dimostrato che lo stesso, pur avendo civilmente fatto presente l'insopportabilità degli abituarini rumori e schiamazzi provenienti dall'appartamento delle persone offese (urla, sbattere di tapparelle, litigi, ecc) ed avendo civilmente richiesto di porvi fine specie nelle ore notturne, non aveva avuto riscontro alcuno ed, anzi, era stato oggetto di scherno.

Con la sentenza in commento il Giudice, dopo una accurata disamina dei fatti e delle prove, ha ritenuto di mandare esente dalla responsabilità penale l'imputato, per insussistenza del fatto, con un ragionamento logico-giuridico che può sintetizzarsi nelle due massime di seguito riportate:

"Pare a questo Giudice stimare incoerente quella esegesi che volesse il motivo ritorsivo quale causa di non punibilità ex art 599, co 2, cp solo nel caso di ingiuria e minaccia, negandolo con riferimento all'ipotesi di cui all'art 660 cp. In entrambi i casi, infatti, pare identica la ratio: la rinuncia dello Stato alla potestà punitiva, evidentemente sulla scorta di un equilibrato bilanciamento degli interessi privati contrapposti.

In altre parole questo Giudice ritiene che, se la ritorsione non può certo costituire causa di non punibilità nell'ipotesi che ne occupa per mancata espressa previsione di legge, essa ben può e deve costituire ragione di esclusione della biasimevolezza costituente profilo psicologico carat-

terizzante il dolo specifico voluto dalla contravvenzione di che trattasi: se così non fosse, si perverrebbe all'assurdo di punire l'autore in ritorsione e lasciare impunito il comportamento di chi detta ritorsione avesse provocato per di più con condotte analoghe a quelle dell'antagonista".

Come emerge dalle motivazioni, i fatti in decisione e le norme applicabili, in effetti, evidenziano una apparente incoerenza per cui l'esimente di cui all'art.599, co2, c.p., ovvero la provocazione/ritorsione, possa essere applicabile ai reati di ingiuria/minaccia e non a quello contestato di molestia/disturbo alle persone pur nonostante l'identica ratio per cui lo Stato rinuncia alla potestà punitiva, *"evidentemente sulla scorta di un equilibrato bilanciamento degli interessi privati"*.

In verità, la speciale causa di non punibilità della "ritorsione", prevista dall'art. 599 c.p., per i reati di ingiuria e minacce non trova applicazione a quello concorrente ascritto all'imputato e commesso nel medesimo contesto, stante la non corrispondenza delle condotte punibili e dei beni giuridici protetti dalle rispettive norme incriminatrici. Difatti il legislatore, attraverso la previsione di un fatto recante molestia alla quiete di un privato, ha inteso tutelare la tranquillità pubblica per l'incidenza che il turbamento ha sull'ordine pubblico. Riguardo al rapporto tra i due reati, appare opportuno segnalare la Cassazione penale n. 31265, del 27/06/2014, secondo cui *"in tema di molestia o disturbo alle persone, la norma dell'art. 660 c.p. mira a prevenire il turbamento della pubblica tranquillità attuato mediante l'offesa alla quiete privata, e la relativa contravvenzione è procedibile d'ufficio. Ne consegue che, quando il fatto sia perseguibile anche quale minaccia, l'assenza della querela per tale ultimo reato o la relativa remissione non influiscono sulla procedibilità dell'azione per il reato contravvenzionale, mentre quest'ultimo, nel caso di contestuale perseguimento del delitto punibile a querela, resta invece assorbito nella fattispecie più grave"*.

Ciò chiarito, come condivisibilmente si legge in sentenza, va però specificato che ai fini della configurabilità della molestia o disturbo alle persone ex art. 660 c.p. è richiesto il dolo specifico, quello per cui chi pone in essere quelle condotte idonee a molestare e disturbare terze persone, interferendo nell'altrui vita privata e di relazione, lo faccia nella consapevolezza della sua idoneità a molestare/disturbare per *petulanza o biasimevole motivo*. Quanto alla prima si può identificare con tutti quei comportamenti caratterizzati da atteggiamento di insistenza fastidiosa, arrogante invadenza, intromissione inopportuna e continua, quanto invece al biasimevole motivo tale può intendersi quel movente in se stesso riprovevole.

Nella fattispecie a giudizio è emerso, invece, che l'imputato, pur consapevole di arrecare disturbo alle persone offese, aveva posto in essere tali comportamenti non per motivi futuri o fini a se stessi, bensì per cercare di arginare medesimi comportamenti, ugualmente molesti e fastidiosi di cui lo stesso era a sua volta vittima, facendo venire meno uno degli elementi costitutivi del reato ascrittogli. A tal riguardo è già intervenuto il Giudice di legittimità, con sentenza Cass. 9619/2004, stabilendo che *"in tema di molestia o disturbo alle persone (art. 660 c.p.), se, per un verso, deve ritenersi la configurabilità del reato anche quando l'agente esercita, o crede di esercitare, un proprio diritto, in modo tale, tuttavia, da rivelare l'esistenza di uno specifico malanimo che si traduce in un mero dispetto arrecato per "biasimevole motivo", per altro verso deve escludersi che tale condizione possa essere ritenuta sussistente per il solo fatto che la condotta sia o possa apparire oggettivamente molesta (nel senso di "fastidiosa" o "irritante") a chi la subisce, richiedendosi invece che tale sua caratteristica le venga impressa senza alcuna plausibile ragione strumentalmente ricollegabile all'effettivo esercizio del preteso diritto; ragione che può consistere anche nell'intento di rendere manifesta la propria volontà di avvalersi di quel diritto, a fronte di chi non intenda riconoscerlo"*.

Del medesimo avviso anche la sentenza della Cassazione penale, sez. I, 06/05/2004, n. 26303, secondo cui *non è configurabile il reato di molestia o disturbo alle persone di cui all'art. 660 c.p. allorché vi sia reciprocità o ritorsione delle molestie, in quanto in tal caso non ricorre la condotta tipica descritta dalla norma, e cioè la sua connotazione "per petulanza o altro biasimevole motivo", alla quale è subordinata l'illiceità penale del fatto (si trattava nello specifico di reciproci messaggi e comunicazioni scambiati per mezzo di apparecchio di telefonia mobile).*

Anche nella fattispecie in commento non può certo ritenersi biasimevole la motivazione di chi, come l'imputato, soprattutto nelle ore notturne sia a sua volta vessato da condotte simili a quelle che gli vengono ascritte e, per di più, non in linea con quanto previsto dal regolamento condominiale. Concludendo se, da un lato, occorre essere consapevoli che di norma la "giustizia fai da te" è foriera di addebiti, per lo più di rilevanza penale, dall'altro, anche a parare dello scrivente, è sicuramente apprezzabile la decisione di buon senso, oltre che giuridicamente strutturata, di mandare esente da responsabilità penale chi reagisce per esasperazione, in fattispecie come quella presente, con condotte simili a quelle di cui si trova lui stesso ad essere vittima.

Vincenzo Ciriello

segnali di fumo



**il diritto preso sul serio
&
il diritto preso sul ridere**



Legge Cirinnà: prima e dopo.

1.- Pronunce delle Corti Italiane ed Europee.

Il dibattito parlamentare e mediatico sulle coppie di fatto, omo od etero sessuali, destinato a conferirle uno stato giuridico permanente e a dare una sistemazione normativa alla *stepchild adoption* per i conviventi *same-sex* ha sortito un esito parziale, con lo stralcio di quest'ultima parte, rinviata al generale *restyling* dell'istituto della adozione. Il mezzo esito è tuttavia da accogliere come un significativo passo avanti nella tutela dei diritti delle coppie in conformità all'art. 8 connesso con l'art. 14 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che ne riconoscono il diritto alla "vita privata" ma anche alla "vita familiare"¹. Il qual disposto riguarda sia coppie etero che omosessuali, poiché essendo in Italia negato l'accesso all'istituto matrimoniale in considerazione dell'art. 29 Cost., fa difetto uno status permanente che ne stabilizzi diritti e doveri in ragionevole somiglianza con lo status matrimoniale.

Tale conclusione è obbligata da logica, posto che alla base di queste unioni di fatto c'è il rapporto affettivo da riconoscere e tutelare, che non può essere discriminato né per ragioni di sesso né per orientamenti sessuali².

1 Art. 8 1° comma: "ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza". Art. 14: "Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, le origini nazionali o sociali, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, la ricchezza, od ogni altra condizione".

2 La Risoluzione della APCE 1547 (2007) del 18.04.2007 intitolata "lo stato dei diritti umani e della democrazia in Europa" ha invitato tutti gli stati membri del Consiglio

E' ben noto ai lettori ben più qualificati dello scrivente che il Consiglio d'Europa ed altrettanto la Corte di Strasburgo ritengono ammissibili nell'ambito della loro giurisdizione i matrimoni tra coppie dello stesso sesso, salvo in quei paesi nei quali limitazioni costituzionali non rendano accessibile questo istituto alle coppie dello stesso sesso. E' il caso dell'Italia per la rilevanza conferita dall'art. 29 Cost. al matrimonio di persone di sesso diverso.

Difatti nel dire "... non vieta né impone il matrimonio omosessuale" l'art. 9 della Carta Europea (CEDU) sembra lasciare alla discrezionalità legislativa degli Stati, al loro "margine di apprezzamento", la decisione se concedere o meno lo status matrimoniale a queste situazioni³.

Come è noto i Paesi Europei che ammettono matrimoni *same sex* sono 18: Andorra, Austria, Belgio, Croazia, Finlandia, Francia, Germania, Irlanda, Liechtenstein, Lussemburgo, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito, Repubblica Ceca, Slovenia, Spagna, Svizzera e Ungheria.

Per comprendere la latitudine del problema che all'Italia si è posto fino ad oggi va ricordato che secondo una statistica richiamata

d'Europa, e in particolare i loro rispettivi organi fondamentali ad affrontare tutte le questioni sollevate nei rapporti e nelle opinioni alla base di tali soluzioni e in particolare inter alia, a lottare effettivamente contro tutte le forme di discriminazione basate sul genere o sull'orientamento sessuale, a introdurre una legislazione contro la discriminazione, i diritti delle unioni e programmi di sensibilizzazione. Raccomandava altresì: "Quando la legislazione nazionale conferisce diritti e doveri alle coppie non sposate, gli Stati membri dovrebbero garantire l'applicazione senza alcuna discriminazione, sia nei confronti delle coppie dello stesso sesso, che di quelle di sesso diverso, ivi compreso per quanto riguarda le pensioni di reversibilità e il diritto di subentrare nel contratto di locazione. Quando la legislazione nazionale riconosce le unioni registrate tra persone dello stesso sesso, gli Stati membri dovrebbero cercare di garantire che il loro status giuridico e i loro diritti e obblighi siano equivalenti a quelli previsti per le coppie eterosessuali che si trovano in situazioni paragonabili. Quando la legislazione nazionale non riconosce e non conferisce diritti né obblighi alle unioni registrate tra persone dello stesso sesso e alle coppie non sposate, gli Stati membri sono invitati a prendere in esame la possibilità di fornire alle coppie dello stesso sesso, senza alcuna discriminazione, ivi compreso rispetto a coppie di sesso diverso, i mezzi giuridici o di altro tipo per risolvere i problemi pratici legati alla realtà sociale in cui vivono".

3 Art. 9: "Il diritto di sposarsi e il diritto di costituire una famiglia sono garantiti secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio".

dalla sentenza della Corte Europea dei diritti dell'Uomo (Corte di Strasburgo 21.07.2015) soltanto nell'Italia centrale vi è circa un milione di unioni omosessuali o bisessuali. Da qui il richiamo del Consiglio d'Europa all'Italia per apprestare una disciplina normativa *uniforme* per tali convivenze, non essendo sufficienti gli interventi episodici del legislatore o del giudice in sporadiche materie (v. nota 4) diretti ad assimilare caso per caso alle coppie di fatto normative (diritti ed obblighi) i cui destinatari sono coniugi legalmente sposati; ben poco potendo sopperire a questa lacuna "i contratti di convivenza" e ancor meno i Registri comunali delle unioni civili per la limitatezza degli effetti amministrativi, al di là di ogni formalismo sulla gerarchia delle fonti.

Come è ben noto, è intervenuta la Corte Costituzionale Italiana che con la sentenza n. 138/2010, per la prima volta nella storia repubblicana, ha dichiarato che le coppie dello stesso sesso risultano giuridicamente - costituzionalmente "esistenti". Esse non rientrano nella nozione di famiglia di cui all'art. 29 Cost., ma sono comunque assimilate alle categorie delle formazioni sociali ex art. 2 cost. Si affermava così la necessità di introdurre nel nostro ordinamento un istituto di riconoscimento generale (legale) delle unioni fra persone LGBT, benché la sua completa implementazione non potesse essere rimessa che ai tempi, ai modi e ai limiti decisi dal legislatore.

A tale pronuncia del giudice delle leggi faceva eco Cass. Civ. n. 4184/2012, che così sintetizzava le ragioni della preclusione: "1) la questione sollevata in riferimento agli artt. 3 e 29 Cost., è stata dichiarata non fondata, sia perché l'art. 29 Cost., si riferisce alla nozione di matrimonio definita dal codice civile come unione tra persone di sesso diverso, e questo significato del precetto costituzionale non può essere superato per via di ermeneutica "creativa", sia perché, in specifico riferimento all'art. 3 Cost., comma 1, le unioni omosessuali non possono essere ritenute omogenee rispetto al matrimonio; 2) la questione sollevata in riferimento all'art. 2 Cost., è stata dichiarata inammissibile, perché diretta ad ottenere una pronuncia additiva non costituzionalmente obbligata; 3) la medesima questione - sollevata in riferimento all'art. 117 Cost., comma 1, in relazione alle specifiche norme, di cui ai già citati artt. 12 della CEDU

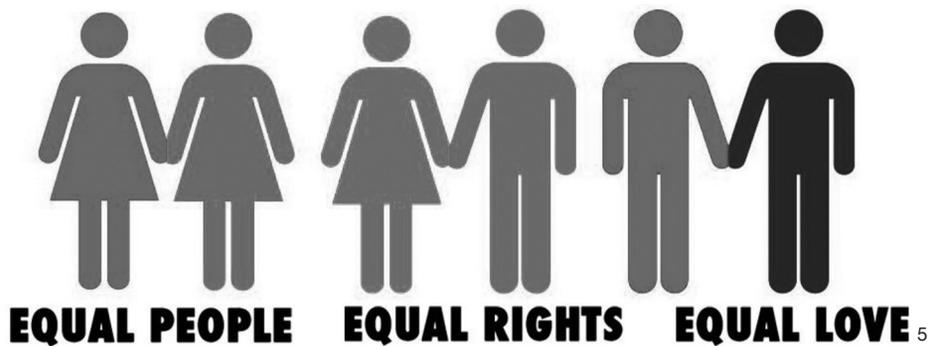
e 9 della cosiddetta “Carta di Nizza” – è stata dichiarata del pari inammissibile, perché tali norme interposte, “con il rinvio alle leggi nazionali, ... confermano che la materia è affidata alla discrezionalità del Parlamento”.

Ciò spiega il “monito” della Consulta che, pur escludendo l’illegittimità costituzionale delle norme del codice civile che restringono la applicazione dell’istituto matrimoniale ai legami tra uomo e donna, ha ribadito il “diritto fondamentale” delle coppie dello stesso sesso di ottenere il riconoscimento giuridico del loro stabile legame. Tale decisione precede di poco la sentenza 25.10.2010 della Corte di Strasburgo, per la quale le coppie formate da persone dello stesso sesso rientrano nella definizione di “vita familiare” di cui all’art. 8 CEDU.

Ne seguiva che le legislazioni di ciascun paese potevano equiparare le coppie dello stesso genere a quelle coniugate, ovvero prevedere due differenti discipline per le coppie LGBT e i matrimoni fra persone di sesso differente. E tuttavia ove si fosse evidenziata una disparità di trattamento erano tenute a spiegarla sotto il profilo della ragionevolezza. Il che in Italia pone problemi delicati sotto il profilo del coordinamento con il regime matrimoniale costituzionalmente scolpito⁴. Va pure ricordato che lo stesso presidente della Corte Costituzionale nella relazione annuale della Corte si è rammaricato della mancata risposta da parte del legislatore alla pronuncia della Corte Costituzionale. La quale si è quindi trovata isolata in un angolo, tra le reiezioni dei ricorsi delle coppie richiedenti l’incostituzionalità del divieto del matrimonio o della intrascrivibilità del matrimonio fra omosessuali contratti all’estero in quanto “inidoneo a produrre qualsiasi effetto nell’ordinamento italiano” (Cass. n. 4184/2012), ed il vuoto normativo inidoneo ad applicare l’art. 2 Cost., sebbene ritenuto comprendere formazioni sociali costituite da coppie omosessuali.

In tale situazione di stallo interveniva la n. 170/2014 della Consulta, che ha dovuto far ricorso ad una nuova tipologia di sentenza. Si trattava di un’ipotesi di “divorzio coatto”: l’art. 4 della legge n. 164/1982 tra l’altro dispone

4 Ancora una volta Corte Cass. N. 4184/2012 richiama Corte Cost. n. 138/2010: “Per formazione sociale di cui all’art. 2 Cost. “deve intendersi ogni forma di comunità, semplice o complessa, idonea a consentire e favorire il libero sviluppo della persona nella vita di relazione, nel contesto di una valorizzazione del modello pluralistico” –: “In tale nozione è da annoverare anche l’unione omosessuale, intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso, cui spetta il diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge- il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri. Si deve escludere, tuttavia, che l’aspirazione a tale riconoscimento- che necessariamente postula una disciplina di carattere generale, finalizzata a regolare diritti e doveri dei componenti della coppia – possa essere realizzata soltanto attraverso una equiparazione delle unioni omosessuali al matrimonio. E’ sufficiente l’esame, anche non esaustivo, delle legislazioni dei Paesi che finora hanno riconosciuto le unioni suddette per verificare la diversità delle scelte operate. Ne deriva, dunque, che, nell’ambito applicativo dell’art. 2 Cost. spetta al Parlamento, nell’esercizio della sua piena discrezionalità, individuare le forme di garanzia e di riconoscimento per le unioni suddette, restando riservata alla Corte Costituzionale la possibilità di intervenire a tutela di specifiche situazioni (come è avvenuto per le convivenze more uxorio: sentenze n. 559 del 1989 e n. 404 del 1988). Può accadere infatti, che, in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza”.



che la rettificazione di attribuzioni di sesso provoca ex nunc lo scioglimento del matrimonio o la cessazione degli effetti civili del matrimonio celebrato con rito religioso ad opera dell’ufficiale di stato civile senza la necessità di una domanda o di una pronuncia giudiziale.

Ciò verificandosi anche nella opposizione dell’altro coniuge.

La Corte, alla fine di un percorso di volontaria giurisdizione, su rinvio della Corte di Cassazione, doveva ricorrere a complesse argomentazioni, tratte da nozioni civilistiche (exceptio inadimplenti non est adimplendum con riferimento alla inerzia dello Stato) al punto da emettere una sentenza di illegittimità costituzionale sottoposta a condizione risolutiva, nel senso che la norma dichiarata incostituzionale non può essere applicata fino a quando non venga inserita nell’ordinamento una disciplina sostitutiva per le coppie che vogliono mantenere il loro contesto relazionale e affettivo sebbene uno dei due abbia mutato la propria condizione di attribuzione di sesso (v. il commento del Prof. A. D’Aloja in Cronache 2014 n. 2 pagg. 16 e segg.).

Tale tipo di sentenza è stata catalogata come additiva di principio.

Tutto questo iter si concludeva con la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo del 21.07.2015 che condannava l’Italia ai danni a favore dei ricorrenti per violazione degli artt. 8 – 14 della CEDU: sentenza che ha un’efficacia vincolante oltre che per i giudici anche per i legislatori nazionali.

2.- Lo svolgimento della discussione parlamentare.

Era quindi inevitabile che venissero presentati in Parlamento diversi progetti di legge, fra questi il ddl Cirinnà, destinati ad istituire lo status delle unioni civili per le coppie same – sex e per le convivenze di fatto sia etero che omosessuali. Non altrettanto prevedibile che la discussione, specie dopo tali autorevoli precedenti, non si rivelasse all’altezza delle materie trattate. E’ mancato un autentico confronto di merito tra i rispettivi punti di vista, ha fatto difetto uno scambio informativo delle varie esperienze di vita, giudiziali e scientifiche anche straniere. Insomma è mancata una discussione “laica” aperta a dubbi ed incertezze più che ad affermazioni perentorie.

Al contrario troppo spesso parlamentari e media si sono abbandonati a invettive indecorose e a slogan di marca ideologica, per di più strumentale.

Oscillanti tattiche sono state influenzate dalla auscultazione degli umori popolari nella assoluta incuranza delle situazioni affettive più sensibili riguardanti la urgente tutela dei minori.

Maternità surrogata e stepchild adoption sono divenuti sinonimi aberranti, quando si tratta di realtà del tutto diverse.

3.- Maternità surrogata e stepchild adoption.

Il cd. “utero in affitto” o “maternità surrogata” in Italia continua ad essere vietata (art. 12 comma sesto legge n. 40/2004), seppure una sensibile differenza “etica” sia ravvisabile tra maternità “merceneria” e maternità surrogata “solidale”, normativamente apprezzata in alcuni Paesi.

Infatti la Consulta con sentenza 162 del 2014 ha dichiarato illegittimo solo il divieto di fecondazione eterogena, di cui all’art. 4 comma terzo l. 40/2004 rendendo così possibile anche in Italia, alla donna sterile, in date circostanze da verificare con acconci protocolli, di avere una gravidanza tramite donazione di ovociti di altra donna, fecondati dal seme del proprio marito o partner. In questo caso nell’atto di nascita verrà correttamente indicata come madre colei che ha partorito, pur in difetto di un qualsiasi legame di tipo genetico con il nato (ex art. 263 comma 3 c.c. in base al quale la madre è colei che partorisce: da qui il divieto anche civilistico della surrogazione di maternità).

Di conseguenza con d.m. 1° luglio 2015 veniva riscritto un nuovo protocollo delle procedure di procreazione assistita.

Anche dopo la legge Cirinnà, giustamente il divieto resta senza deroghe ed eccezioni, poiché la maternità surrogata rappresenta pur sempre un vulnus al sentire comune per l’abdicazione “pattizia e preventiva” alla maternità, per le possibili devianze eugenetiche, nonché per la discriminazione a favore degli abbienti, infine per i possibili squilibri psichici del figlio causati dal distacco dalla madre surrogante.

Ma la confusione deliberatamente indotta cela la verità, e cioè che la stragrande maggioranza di tali pratiche è operata da coppie etero.

A questo riguardo non si sono elevati strepiti o anatemi.

Al contrario la stepchild adoption è un istituto di origine inglese già vigente in Italia con l’art. 4 d della legge n. 184/1983 come sostituito dalla legge n. 149/2001 ed evolutosi in via giurisprudenziale. Trattasi di casi particolari ove, in mancanza della messa in stato di adottabilità, è consentita l’adozione oltre che ai coniugi anche a chi non è coniugato (novellato art. 44 comma 1b)). In tale modo si permette l’adozione del figlio del coniuge ovvero del convivente non sposato, ma

5 L’indicazione dell’Editore per il contenimento della spesa, doverosamente condivisa, impone alla redazione di rinunciare a tutti i colori dell’arcobaleno, caratterizzante quest’immagine come il logo LGBT – Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender. Poco male: un invito alla fantasia cromatica del lettore.



etero ove sia nell'interesse del minore che al rapporto affettivo fattuale con l'adottante corrisponda anche il rapporto giuridico, consistente in diritti, ma soprattutto in doveri: il tutto non automaticamente, ma previe accurate verifiche del Tribunale per i minorenni. E' agevole comprendere che questa estensione sia nell'interesse del minore soprattutto quando venga a mancare il suo genitore, ancorché adottivo, restando privo di regolamentazione giuridica il rapporto affettivo con il convivente superstita.

Finché nel 2014 e 2015 il Tribunale per i minorenni di Roma, ribadito il principio giuridico consolidato, e in linea con tutta la giurisprudenza italiana (dai Tribunali alla Cassazione) ed Europea, ha sancito che l'orientamento sessuale dell'adottante - a maggior ragione la semplice identità di genere con il genitore biologico- non può costituire elemento ostativo alla stepchild adoption.

In entrambi i casi il Tribunale aveva verificato, con estrema attenzione, che la convivente della madre biologica non solo aveva maturato un legame affettivo intenso con il minore, ma aveva tutte le carte in regola per poter essere un buon genitore anche sotto il profilo giuridico, visto che già lo era nella pratica di tutti i giorni, capacità genitoriali che non potevano certo essere invalidate dall'orientamento sessuale.

Infine nel 2016 lo stesso Tribunale per i minorenni di Roma estendeva tale tipo di decisione ad una coppia maschile.

In senso uniforme la Corte d'Appello di Torino con decreto del 29.10.2014 aveva ordinato all'Ufficio di Stato Civile di trascrivere l'atto di nascita di minore nato all'estero da una coppia di sesso femminile per inseminazione eterologa e all'estero registrato come loro figlio.

Motivava il decreto che: *"Il concetto di ordine pubblico deve essere declinato con riferimento all'interesse del minore"* (art. 3 della Convenzione di New York 27.05.1991 n. 176) e ribadito nell'ambito comunitario dall'art. 23 del reg. CE n. 2001/2003 il quale con particolare riferimento al riconoscimento delle sentenze di altri Stati in materia di rapporti tra genitori e figli, stabilisce espressamente che la valutazione della non contrarietà all'ordine pubblico deve essere effettuata tenendo conto dell'interesse superiore del figlio: regolamento, quest'ultimo, che, riceveva applicazione in Italia attraverso l'art. 117 I° comma Cost., che in questa fattispecie non incontra ostacoli applicativi⁶.

Si obietterà che per l'appunto questo è il varco attraverso il quale passa la pratica della maternità surrogata, avvenuta in Paese in cui non è vietata.

Ma è così solo per chi ha una visione unilaterale dei principi non adeguatamente bilanciati.

Si tratta invero di due realtà diverse, l'una da valutare secondo l'ordine pubblico, l'altra sotto quello del superiore interesse del minore. Si ha cioè riguardonon tanto alla posizione

.....

⁶ "Nel caso non si tratta di introdurre ex novo una situazione giuridica inesistente ma di garantire la copertura giuridica ad una situazione in essere da anni, nell'esclusivo interesse di un bambino che è stato cresciuto da due donne che la legge riconosce entrambe come madri" (App. Torino cit. nel testo).

dei partners, ma allo status e alla tutela del minore.

E che lo stesso legislatore italiano valuti la questione su piani diversi si evince quando fa convivere in una stessa legge i due principi *apparentemente* contrapposti, in realtà distinti: l'art. 4 comma 3 della legge n. 40/2004, oggi caduto per illegittimità costituzionale, che vietava la fecondazione eterologa, sanzionata all'art. 12 primo comma, e l'art. 9 stessa legge, secondo cui se, in violazione del divieto, la si è ugualmente praticata, è preclusa alla coppia che vi ha fatto ricorso l'azione di disconoscimento ovvero l'impugnazione del riconoscimento; sicché il nato da fecondazione eterologa, pur al tempo vietata, resta incontestabilmente loro figlio, riconosciuto, nato nel matrimonio o fuori dal matrimonio.

Tali conclusioni sono in linea con la riforma del 2012, che ha unificato lo status di tutti i figli (art. 315 c.c.), e sostituito alla potestà genitoriale, esercitata in nome e per conto del minore, il nuovo concetto di "responsabilità genitoriale" a cui corrispondono diritti e doveri reciproci, nozione più ampia che va oltre la genitorialità biologica, e riconosciuta oggi dalla legge per tutte le famiglie, intese quali formazioni sociali, sia in quelle matrimoniali che in quelle di coppie di fatto.

Non si comprende, quindi, o meglio si comprende anche troppo, la ragione dell'in-

gorgo parlamentare e la necessità di ricorrere ad uno stralcio per quest'ultima parte (art. 5 ddl). Accadrà verosimilmente come per "il fin di vita". Saranno i giudici a risolvere le problematiche, caso per caso, secondo l'indirizzo ormai consolidato, opportunamente valorizzato dall'art. 3 legge Cirinnà -testo definitivo-: "resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozioni dalle norme vigenti". Certo, meglio di una legge - pastrocchio.

La legge, così delimitata, nel suo testo definitivo, stralciata la stepchild adoption, per la prima volta a livello nazionale contiene una prima parte istitutiva delle unioni civili per le coppie omosessuali, una seconda che regola le coppie di fatto, sia etero che omosessuali, per i conviventi maggiorenni che non hanno contratto matrimonio o un'unione civile (v. discipline nel riquadro riassuntivo).

4.- Guai in arrivo per i Tom Ponzi ?

Una nota meno impegnativa per concludere. Per le unioni civili non è fatto obbligo di fedeltà. Una offesa per loro? Oppure una posizione di avanguardia? Infatti due senatori PD hanno presentato un progetto di legge che ne esenta le coppie sposate. Un brutto colpo per Tom Ponzi.

La legge Cirinnà introduce nuovi diritti e nuovi doveri per le coppie omosessuali o eterosessuali. In particolare, con le unioni civili si permette alle coppie omosessuali di costituire un nucleo familiare riconosciuto dallo Stato. Figli a parte, le unioni civili hanno molte analogie con il matrimonio tra eterosessuali, a partire dalla possibilità per uno dei due partner di prendere il cognome dell'altro. Le coppie dello stesso sesso potranno contare sui diritti successori, sull'assistenza morale e materiale, sulla comunione dei beni (possibile ma non obbligatoria), sugli alimenti in caso di scioglimento dell'unione e sulla pensione ai superstiti.

Le coppie gay che sognavano il "matrimonio" dovranno accontentarsi di un rito molto meno romantico che prevede semplicemente una dichiarazione di fronte all'ufficiale di stato civile e alla presenza di due testimoni. Niente pubblicazioni né formule particolari: l'ufficiale di stato civile si limiterà a compilare un certificato con i dati dei due partner e il regime patrimoniale scelto. Se formare una unione civile è burocraticamente "agile", lo stesso si può dire per lo scioglimento del rapporto: si "divorzia" senza passare per la separazione. L'iter prevede la presentazione di una dichiarazione (anche unilaterale) all'ufficiale di stato civile e, dopo tre mesi, il divorzio per via giudiziale, negoziazione assistita o accordo sottoscritto davanti all'ufficiale di stato civile.

Nella legge è stato volutamente eliminato ogni riferimento alla filiazione, alla adozione e alla *stepchild adoption* fino alle tecniche di procreazione possibili grazie al progresso scientifico.

L'altra nuova tipologia di famiglia introdotta dal disegno legge è quella dei conviventi di fatto: si tratta di un'unione che può riguardare coppie eterosessuali o omosessuali. Fino a oggi le coppie conviventi non erano tutelate dalla legge. Ora, invece, lo sono in alcuni specifici ambiti, come per esempio, l'assistenza e il diritto di visita in caso di ricovero. Le coppie conviventi che formalizzeranno la loro unione attraverso una dichiarazione all'anagrafe potranno, in futuro, godere di diritti come la possibilità di essere reciprocamente indicati come "rappresentanti" per le decisioni in materia di salute; la facoltà di successione nel contratto di locazione; il diritto agli alimenti in caso di scioglimento della convivenza. A differenza delle unioni civili tra omosessuali, però, le convivenze di fatto non hanno ripercussioni in ambito successorio: il partner superstite non ha alcun diritto all'eredità. Altra differenza riguarda il cognome: mentre nelle unioni civili uno dei due partner può scegliere di prendere il cognome dell'altro, nelle convivenze i due mantengono ognuno il proprio cognome.

Oltre alla semplice dichiarazione anagrafica che permette l'ufficializzazione della convivenza di fatto, è possibile anche stipulare un "contratto di convivenza" che disciplini gli aspetti economici della vita di coppia: questo contratto va predisposto da un notaio o un avvocato nella forma di atto pubblico o di scrittura privata. E se l'amore finisce? Se la coppia aveva sottoscritto un "contratto di convivenza" sarà necessario un atto scritto che ne decreti lo scioglimento. In caso contrario, invece, non è prevista una procedura particolare (da "Il Sole 24 Ore" - 8 maggio 2016).



Una depenalizzazione improvvida.

La presente si può considerare quale nota accessoria a quella che precede.

Mentre Parlamento e opinione pubblica si agitavano attorno al tema delle unioni civili e delle adozioni per coppie same - sex, il decreto legislativo sulle depenalizzazioni varato dal Consiglio dei Ministri il 15 Gennaio 2016 inaspriva e non cancellava la afflittività della sanzione per l'aborto clandestino: prima di questa modifica a chi interrompeva la gravidanza entro 30 giorni fuori dalle strutture autorizzate veniva irrogata una multa fino a Euro 51,00=. Ma ora questa multa è salita ad un cifra fra i 5 e i 10.000,00= Euro. Il Governo ha ignorato completamente le ragioni per cui la legge n. 194 comminava una multa simbolica: permettere alle donne di denunciare i *cucchiari d'oro* che praticavano aborti fuori dalla struttura pubblica ma, soprattutto, permettere loro di andare in ospedale al primo segnale di complicazione senza rischiare la denuncia, e salvarsi la vita.

Questa notizia traggo da un settimanale di nicchia, "pagina 99", non la vedo riportata altrove. La firma è della giornalista scrittrice Paola Tavella.

Quando era ancora vigente il codice Rocco che contemplava il reato di aborto, le donne morivano in seguito alle complicazioni di interruzioni praticate fuori dalle più elementari norme igieniche. La legge n. 194 ha sempre avuto come finalità sia l'eliminazione dell'aborto ("contraccettivi per non abortire") sia la salute di chi lo faceva ("aborto libero per non morire"). Ma ora rischiamo che la piaga dell'aborto clandestino si rinnovi. L'abnorme innalzamento delle pene pecuniarie previste in caso di interruzione volontaria avvenuta fuori dalle strutture autorizzate appare deleterio. Se, infatti, l'illecito è stato sottratto alla sfera penale, e questo è un bene, il ricorso a ben maggiori sanzioni amministrative rischia di produrre conseguenze ancora peggiori. E ciò perché non è difficile immaginare come davanti al rischio di incorrere in una sanzione tanto elevata (ripeto, fra i 5.000,00= e i 10.000,00= contro i precedenti Euro 51,00=) una donna esiterà a recarsi in ospedale in caso di complicazioni, andrà incontro a pericoli maggiori per la salute e si guarderà dallo sporgere denuncia nei confronti di strutture non autorizzate. Osserva giustamente il Sen. Luigi Manconi che le intricate e alterne vicissitudini di queste conquiste in materia di libertà non fanno che riproporre costantemente una avvertenza cruciale: i diritti ottenuti non sono "per sempre". Occorre tenere alta la guardia, difendere ogni giorno e non smettere mai di accudirli con vigilanza e sollecitudine.

Altro segnale d'allarme è la denuncia del Consiglio Europeo contro l'Italia per infrazione della legge 194 causata dalla crescente difficoltà di ricorrere all'aborto nelle pubbliche strutture a causa del numero altissimo dei medici obiettori. Si pensi che ad Ascoli Piceno e a Jesi il 100% dei medici si dichiara obiettori, e nel sud la percentuale resta molto alta.

Né si provvede ad un adeguato piano di organizzazione delle strutture ginecologiche

pubbliche.

Sempre secondo il Sen. Manconi questi "ostacoli ... non sono certo riconducibili - come troppo superficialmente si sostiene - alla forte presenza della Chiesa Cattolica e al ruolo svolto dalle gerarchie ecclesiastiche" nel formare e orientare il senso comune del nostro paese. C'è dell'altro. Qualcosa che ha a che fare con l'inerzia della classe politica, e più in generale della società".

Ne segue che le conquiste civili non sono sufficienti. E' necessario salvaguardarle da norme e pratiche che ne svuotano il contenuto e l'efficienza.



Convenzioni professionali e posizioni dominanti.

Vedeva ben lontano un past president del nostro Consiglio dell'Ordine quando il Governo stava per varare il D.L. n. 223/2006 conv. mod. con legge n. 248/2006, ahimè passato alla storia come decreto Bersani, ministro che pure ha operato con efficacia contro le posizioni dominanti delle banche in tema di anatocismi, commissioni massimo scoperto, mutui Questa legge - aveva avvertito quel Presidente - che aboliva i minimi tariffari, privilegiando il consenso delle parti, non servirà affatto alla liberalizzazione della concorrenza e non gioverà ai giovani professionisti⁷. Servirà solo ai clienti "forti" per strappare ai legali convenzioni iugulatorie. Se non si accettano si passa ad altro professionista, con buona pace dei committenti i quali per loro insipienza non sembrano occuparsi della qualità della prestazione. Questa normativa si atteggiava agli avvocati d'affari, ai grandi studi, che trattano con clientela acculturata, non alla molteplicità degli avvocati - artigiani, che hanno a che fare per lo più con clienti privi di strumenti valutativi: la famosa asimmetria informativa⁸ (così scrivevamo in "Ma Bersani

7 All'art 2 c. 1 Lett. a) del DL 4/7/2006 n. 223 "Misure urgenti per lo sviluppo, la crescita e la promozione della concorrenza e della competitività, per la tutela dei consumatori e per la liberizzazione di settori produttivi" figura il primo provvedimento abrogativo delle tariffe minime professionali reso, a quanto si legge nel citato comma I: "in conformità al principio comunitario di libera concorrenza e a quello di libertà di circolazione delle persone e dei servizi, nonché al fine di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato".

8 "L'abolizione dell'obbligatorietà delle tariffe e l'introduzione di forme di pubblicità commerciale privilegiano, dal punto di vista del soggetto esercente la professione, gli studi organizzati in forma societaria per l'esecuzione di grandi quantità di prestazioni (tendenzialmente standardizzate), attraverso l'opera di molti professionisti, sostanzialmente salariati, dipendenti da soci capitalisti, per i quali la prestazione d'opera intellettuale tende fatalmente a costituire una mera occasione di investimento e di guadagno. Con i dovuti adattamenti, sembra riprodursi il modello commerciale della prevalenza della grande distribuzione - affermatosi nel campo dei mestieri e della vendita di beni al dettaglio-, per cui tende a scomparire l'artigiano e il piccolo venditore specializzato in un unico settore merceologico, a favore di iper / supermercati omnicomprensivi. Dal punto di vista giuridico, a tale fenomeno socio-economico di dequalificazione della prestazione lavorativa, si associa il passaggio dal lavoro autonomo e dalla piccola e media impresa commerciale al lavoro subordinato presso le grandi catene

non si è convertito" su Cronache n. 3/2006, 28 ss). Il tutto mentre (Corte CEE, 19.02.2002, causa c. - 309/99 in Foro It. 2002, IV, c. 186; Corte CEE, 05.12.2006 in cause riunite 94/04 e 20221/04; Cass. 25.03.2003 n. 4355) si affermava a) che in date situazioni socio economiche (sovraffollamento di avvocati) era necessario bilanciare la tutela di due beni pubblici, la libera concorrenza da una parte, e la dignità della professione e la qualità della prestazione dall'altra; b) che non vi è violazione del Trattato se le tariffe, pur essendo predisposte da membri della stessa associazione, sono soggette ad approvazione e controllo da parte di ordini pubblici e conservano quindi i caratteri della normativa statale relativa alle stesse (nel caso forensi).

Come vengono formulate tali convenzioni legali è risaputo.

Per il principio del pluralismo istituzionale la conseguenza è che le tariffe in convenzione sono valide dal punto di vista civilistico, e tuttavia gli avvocati sono passibili di sanzioni disciplinari quando violino l'art. 29 punto 4, art. 6, art.9.2C.D., in precedenza gli artt. 43 punto 2 e 45(compenso dequalificante), evento che non ho mai visto verificarsi.

Sembra tuttavia che la categoria finalmente si sia risvegliata dal letargo.

Merita pertanto pubblicità una iniziativa che non ha fin'ora avuto un'eco adeguata, e di cui è bene che i colleghi siano quanto meno edotti e consapevoli.

Mi riferisco ad una proposta di legge del Consiglio Nazionale Forense, che tutela l'avvocato nei rapporti contrattuali con altri operatori economici: grandi imprese (innanzitutto); ma anche altri professionisti, società tra professionisti ed enti pubblici.

L'iniziativa è stata varata in occasione della riunione dell'Agorà degli Ordini Forensi promossa dal Consiglio Nazionale Forense.

Qui di seguito il comunicato stampa del C.N.F. 05.02.2016:

"Il CNF, partendo dal dato costituzionale dell'art. 36 (che riconosce il diritto del lavoratore all'equa distribuzione)⁹ ha condotto

distributive di beni e servizi. Se il destino delle professioni intellettuali è la commercializzazione, sembra potersene dedurre che tale fenomeno non arreca giovamento né alla generalità degli utenti, né ai professionisti, se non per quei pochi (quantitativamente) soggetti, nell'uno e nell'altra categoria, fortemente organizzati (da un lato imprese, anche bancarie e assicuratrici; dall'altro, grandi strutture / studi professionali sul modello angloamericano)" (G. Musolino "Contratto d'opera professionale" in Comm. Schlesinger, II^a Ed. pag. 378 nota 71).

9 E' evidente che il richiamo all'art. 36 Cost. non può essere totale. Già la Corte Cost. 7.07.64 n. 63 nonché la giurisprudenza di legittimità (Cass. N. 10064/1998; Cass. S.U. n. 224/1986; Cass. N. 17564/2004; Cass. N. 10168/2004; Cass. S.U. 19.09.2005 n. 18450 in "Guida al Diritto" 2005, 39), escludevano il professionista intellettuale dalla tutela costituzionale dell'art. 36 Cost. riferibile solo al lavoratore subordinato, anche perché non è possibile dar luogo ad una valutazione di congruità del compenso per ogni singolo incarico rispetto alla globalità del reddito professionale. Il riferimento del C.N.F. è pertanto da ritenersi nel senso che l'inderogabilità delle tariffe, quando previste dal legislatore, può trovare giustificazione nei principi generali ex art. 35 Cost. sulla tutela del lavoro (e ex art. 36 Cost., limitatamente al diritto ad una giusta retribuzione). E si è in genere ritenuto (dalla giurisprudenza) che debba essere stabilita con atto avente forza di legge (G. Musolino op. cit. I^o ed. pag. 290). La più recente strategia dei clienti forti consiste nell'abbassare ancora le tariffe riducendo al minimo i legali convenzionati in modo da indurli ad accettare e a non impugnare la convenzione. A quando il contratto collettivo di questi atipici lavoratori ?



un lungo lavoro di analisi che ha riguardato i testi di numerose convenzioni, da una parte; e la legislazione attualmente vigente in materia di equo compenso e di clausole abusive¹⁰, dall'altra", spiega il presidente Andrea Mascherin, "la proposta di legge ha dunque solidi agganci ordinamentali e va nella direzione imboccata dal Governo di riconoscere uno "statuto" del lavoratore autonomo, con l'approvazione del disegno di legge presto all'esame del Parlamento. E' una iniziativa, questa dell'Agòrà degli Ordini forensi, che rappresenta un punto di riferimento importante per tutte le professioni ordinistiche e che segna un necessario riequilibrio nei rapporti tra operatori economici, impedendo situazioni che in certi casi possiamo definire, senza mezzi termini, di prevaricazione".

"La verifica dei contenuti di numerose convenzioni che i "grandi committenti", clienti forti come banche e assicurazioni, propongono ai professionisti legali per lo svolgimento di attività di consulenza e/o di rappresentanza in giudizio, ha fatto emergere la presenza -piuttosto diffusa ed uniforme- di clausole "capestro", di natura abusiva nella misura in cui non rispettano la proporzione tra il compenso previsto e la quantità e la qualità del lavoro svolto dal legale su mandato della impresa. A titolo di esempio, valgono le clausole che prevedono che nel caso il giudice liquidi all'avvocato una somma a titolo di spese legali superiore a quella concordata in convenzione, la somma eccedente viene incamerata dalla banca/assicurazione; o che impongono la gratuità della attività di consulenza ed assistenza, l'onere della anticipazione delle spese a carico dell'avvocato o la non rimborsabilità delle spese vive quali quelle di trasferta.

I riferimenti legislativi di cui si è fatto riferimento nel redigere l'articolato sono la legge che ha istituito l'equo compenso per i giornalisti (legge 233/2012) e anche l'ampia applicazione da parte della giurisprudenza del principio di "abuso di posizione economica", originariamente previsto dalla legge di disciplina della subfornitura (legge 192/98) e ora ritenuto principio generale dell'ordinamento¹¹. In sintesi la proposta di legge prevede la

10 Oltre quanto al testo: a) viene "imposta" la retroattività dei nuovi parametri rispetto agli incarichi già conferiti ed in corso di esecuzione. b) è prevista una serie di prestazioni prive di compenso, che obbligano il fiduciario ad operare sistematicamente su determinate piattaforme informatiche ove caricare i dati informativi delle attività espletate. c) il committente non assume alcuna obbligazione circa l'ammontare e la periodicità degli incarichi consegnandosi così al fiduciario una mera aspettativa che si può tradurre anche in termini di perdita di chance vuoti per l'incompatibilità con altri incarichi che per l'effetto di rinuncia dei diritti già conseguiti in conseguenza della retroattività (punto a). d) è talvolta disciplinato il regime economico da applicarsi in ipotesi di recesso del professionista dalla convenzione con significative penalizzazioni economiche, mentre altre convenzioni sono a tempo indeterminato e, non venendo rinnovate o sostituite, poiché nessuna comunicazione viene data al fiduciario per una singolare forma di fair play, continuano ad operare a vuoto aggravando gli squilibri contrattuali in danno del professionista. e) accade anche che alcune convenzioni, oltre a prevedere indecorose tariffe, non compensino che un numero limitatissimo di udienze "effettive" costringendo il professionista a rappresentare nella nota spese una realtà processuale contraffatta per eludere la liquidazione giudiziale di tutte le altre, salvo a far acquisire il surplus direttamente allo stesso cliente.

11 Cass SU 25.11.2011 n. 24906 - Cass 23.7.2014 n. 16787 in cui tra l'altro si legge: "l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica in cui si trovi nei suoi o nei loro confronti un'impresa cliente o fornitrice va

istituire presso il Ministero della Giustizia di una Commissione per la valutazione dell'equo compenso nella professione forense nei casi di contratti con "clienti forti", formata da rappresentanti istituzionali e del mondo produttivo, che definisce l'equo compenso degli avvocati iscritti all'albo e individua gli operatori economici che ne garantiscono il rispetto dandone adeguata pubblicità. Sul fronte contrattuale, sono considerate nulle le clausole che prevedano condizioni contrattuali contrarie all'equo compenso; la proposta definisce inoltre le tipologie di clausole ritenute abusive in quanto realizzano un eccessivo squilibrio contrattuale tra le parti in favore del committente.

L'Agòrà ha dato mandato al Consiglio di rappresentare la questione nei termini di cui all'articolato al Governo ed al Parlamento".¹²

Il D.D.L. con il n. 2281 è stato presentato in Senato il 23.02.2016 e propone la modifica dell'art. 2233 c.c.



ravvisato allorché l'una sia in grado di determinare nei confronti dell'altra un'eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi tramite l'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravosi o tramite l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto, anche in considerazione della difficoltà per la vittima dell'abuso di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Il divieto di abuso di dipendenza economica costituisce peculiare applicazione di un principio generale che si vorrebbe caratterizzare l'intero sistema dei rapporti di mercato". E' stato per altro superato in senso positivo il nodo dell'applicabilità di tali principi anziché a due imprenditori anche ad un imprenditore e un libero professionista. D'altra parte la Comunità Europea aveva posto alla base della parificazione del libero professionista all'imprenditore il principio della attribuzione della qualifica imprenditoriale a ciascun soggetto, e comunque a qualsiasi entità che eserciti una attività economica a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento, così estendendo la normativa antitrust a soggetti che per il nostro codice civile non sono imprenditori commerciali.

12 Per un importante recente contributo si segnala Salvatore Monticelli "Regole e mercato nella disciplina convenzionale del contratto d'opera professionale" in "Contratto e impresa" n. 2/16 pagg. 520 e ss. Nel testo si fa riferimento all'art. 13 comma 6 legge 31.12.2012 n. 247 che prevede la determinazione di parametri, poi istituiti con decreto ministro Giustizia n. 55 del 10.03.2014, prescindendone l'osservanza nel caso di "liquidazione da parte di un organo giurisdizionale". Con ciò è vanificata la clausola convenzionale che impegna alla esposizione delle tariffe in convenzione, ma soprattutto si assumono i parametri come indicativi medi di base, i massimi e i minimi, questi ultimi non variabili in basso per effetto della nullità delle tariffe convenzionate discendenti dal principio generale che ricava dall'art. 9 terzo comma legge n. 192/1998 (vedi altresì la nullità ex art. 6 secondo comma stessa legge per mancata previsione del patto di recesso senza congruo preavviso). Ciò dicasi con riferimento non già alla convenzione quadro bensì ai singoli atti esecutivi della stessa, i.e. ai singoli incarichi professionali, e al carattere suppletivo dei parametri rispetto alal volontà, carente o invalida, delle parti.

L'intervento legislativo non ha nulla di dirimente e dirigitico.

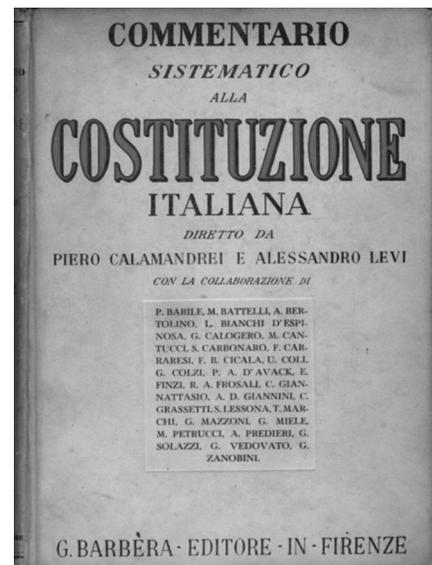
Come scriveva Fabio Merusi ("La professione tra legge e autonomia" in Cronache 2008/1, 29 ss.) "quando il mercato non funziona prima o poi la regolazione arriva ... o ritorna. E il problema si riduce a chi affidare la regolazione, alla legge, agli organi dello Stato o agli Ordini", eventualmente integrati dalla organizzazione statale come accade in Italia. Invero, come egli scrive, "in ogni settore economico la regolazione interviene per correggere questi fallimenti del mercato fissando i prezzi delle prestazioni, in massimi o minimi, a seconda delle asimmetrie fra concorrenti che si vuol correggere" a favore della parte più debole, cliente o professionista che sia¹³

La par condicio delle parti è una delle condizioni perché si possa determinare la concorrenza.

Non è infine senza significato che il comma 3 dell'art. 2 decreto legge Bersani così disponesse: "le disposizioni deontologiche e pattizie e i codici di autodisciplina che contengono le prescrizioni di cui al comma 1 sono adeguate, anche con l'adozione di misure a garanzia della qualità delle prestazioni professionali, entro il 1° gennaio 2007. In caso di mancato adeguamento, a decorrere dalla medesima data le norme in contrasto con quanto previsto dal comma 1 sono in ogni caso nulle".

L'inciso "anche" è significativo della consapevolezza del legislatore delle possibili conseguenze perverse della normativa (in ogni caso, come ha osservato il Galgano, il legislatore non può modificare le norme deontologiche di categoria, che semmai coesistono con quelle statuali, con applicazione su piani diversi).

Da qui ad ottobre



13 Sempre Merusi: "nelle professioni legali il fenomeno può manifestarsi nei due sensi: di solito è il cliente dell'avvocato che è degno di diritto e non è pertanto in grado di apprezzare in tutto o in parte la prestazione legale; ma può accadere anche il contrario; il cliente forte, (grandi imprese; imprese costrette a prestazioni legali frequenti come le assicurazioni; le pubbliche amministrazioni et similia) può essere tentato di imporre condizioni capestro al professionista in cambio dell'esclusiva, o della continuità nelle prestazioni (le ben note convenzioni per l'assistenza legale, sulle quali si sono affaticati gli Ordini)".



Il prossimo referendum costituzionale, a differenza di quello bocciato nel 2006, non vede contrapposti due blocchi compatti, bensì una eterogeneità politica di consensi e di dissensi, che rende difficile ogni pronostico, ma soprattutto non evidenzia la formazione di piattaforme politiche univoche di consenso, e soprattutto di dissenso. Questa trasversalità di opinioni dipende dai chiaroscuri rinvenibili nella riforma, o da tatticismi, tali da rendere esitante il giudizio, inevitabilmente complessivo ed inscindibile, dell'elettore. Sembra che taluno si sia divertito a "sparigliare" il tradizionale assetto politico: e questo per un verso può essere un dato positivo, trattandosi di scrivere regole comuni. Ad aggravare le perplessità il collegamento con la nuova legge elettorale, vero e proprio vaso comunicante, oltretutto a sua volta oggetto di referendum abrogativo (le cui sottoscrizioni per il SI sembrano numericamente superiori a quelle del costituzionale per il NO), e di scrutinio della Consulta sulla base del precedente ordinamento (poi, opportunamente e inusualmente, la Riforma lo ha previsto *preventivo* onde evitare per il futuro una frattura istituzionale come quella provocata dalla dichiarazione di incostituzionalità del *porcellum*).

Se poi si rileva che non si conoscono le modalità di elezione diretta o indiretta (e sulla base di liste bloccate o non) dei senatori, il quadro resta piuttosto offuscato, e i promotori della riforma non sembrano intenzionati a diradare le lacune e le oscurità e a mitigare le divisioni, pur dovendo esserne interessati.

Chiedesi che cosa possa avvenire politicamente e istituzionalmente se l'Italicum, votato a colpi di fiducia, venga dichiarato illegittimo dalla Consulta, prima o dopo il referendum costituzionale. Poiché saremmo al secondo "infortunio" senza soluzione di continuità. E con quale legge si voterebbe?

C'è per altro da rimarcare il felice superamento della legislazione concorrente Stato - Regioni (titolo V^o), fonte di infiniti contenziosi, nonché il superamento *parziale* del bicameralismo perfetto, non soppresso, ma mantenuto in materie importanti a formazione "collettiva" (art. 10.1) esclusa la fiducia al Governo; "le altre leggi sono approvate dalla Camera dei Deputati" con possibile intervento "endoprocedimentale" del Senato a carattere sostanzialmente consultivo stante la tendenziale "supremazia" della Camera. Metaforicamente può dirsi che in questi casi il Senato opera "di rimessa". La contorsione normativa è rafforzata da una scrittura che non brilla per limpidezza.

Se gli eventuali conflitti di competenza o sulle regole di raccordo, che appaiono un po' "affannose", non sono risolti dai Presidenti delle due Camere si va al conflitto di attribuzione. Ai cultori della materia spiegarci se fossero praticabili migliori tecniche normative o se tali rischi siano connaturali quando non si voglia varcare la soglia del monocameralismo.

E' fondato il timore che venga meno la rappresentatività del Capo dello Stato quando eletto dal settimo scrutinio dai 3/5 dei *votantispecie* in un quadro fortemente maggioritario. Dal quale assetto non può, a cascata, non essere depotenziato ogni altro organo di garanzia, a cominciare dalla Corte Costituzionale.

Da approvare gli stretti vincoli ai decreti legge, recuperando il Governo l'agibilità del-

la direzione politica con disegni di legge a corsie (auto) preferenziali.

Torno ai "vasi comunicanti": Italicum e Referendum confermativo. E' corrente la opinione che vuole pericolosa la super maggioritaria legge elettorale (al servizio della governabilità), caduta la quale la riforma costituzionale sarebbe accettabile. Propongo una opposta metodologia: una riforma costituzionale è da bocciare ove non porga argini e rimedi a leggi elettorali "sbagliate", a maggior ragione dato che la riforma ha carattere duraturo di *rigidità*, a differenza della seconda più facilmente emendabile (finché si è in tempo).

Ciò premesso, il testo appare per taluno fideisticamente da accogliere (per la suggestione della fine del bicameralismo perfetto), o respingere (in odio al Governo), anche al di là delle questioni di merito, mentre per altri è fonte di grosse perplessità. La riscrittura delle regole costituzionali non deve essere né di destra né di sinistra, né tanto meno di convenienza di parte, bensì non entrare in collisione con la immodificabile parte prima.

Accade diversamente che motivazioni di politica contingente, ancorché rilevanti, sovrapponendosi, accendano le radicalizzazioni e finiscano paradossalmente per favorire il fronte opposto, e soprattutto per impedire la corretta disamina della proposta referendaria.

Non esiste per altro una semplificazione istituzionale *tout court*, quale che sia, che risolva i problemi della politica. Non è solo questione di tecnica normativa. Un costituzionalista ha scritto: "Le regole costituzionali stanno alla politica esattamente come le norme del codice civile sul matrimonio stanno all'amore".

Giacomo Voltattorni



(doppi) SEGNALI DEI LETTORI

(benvenuto il confronto, gradita la polemica)"

Ha suscitato particolare attenzione, in parte divertita, in parte seria, il mio pezzo "Anche i giuristi mettono le dita nel naso", pubblicato sul precedente numero di "Cronache" sub "I segnali di fumo".

Così il giornalista maceratese Andrea Barchiesi di "La Repubblica" scrive:

"Mi trovo sostanzialmente d'accordo con l'illustre Prof. Gazzoni anche se non ne condivido l'aria di superiorità che certe affermazioni colte e giuste celano. Insomma più che le dita sul naso a intimorirmi è la puzza sotto il naso".

Invece il collega Francesco De Vanna, borsista presso la cattedra di filosofia del diritto nella nostra Università, così annota: "Non giurisprudenza creativa, ma "costruttiva" (nel senso del law finding, e non del law making), ossia giurisprudenza che conclude

.....
14 nota della redazione

un processo che il legislatore ha solo iniziato e che ha la sua ragion d'essere non nella regola dettata astrattamente dal legislatore ma nel "tutto" dell'ordinamento. Che si oppone a questa visione, desidera (legittimamente?) un diritto legalistico ancora subordinato alla politica. "Gesetz ist Gesetz", dicevano, non a caso, in Germania; però noi sappiamo che non è andata benissimo".

Certamente: il giudice non è un demiurgo, ma un inventore nel senso di inventare.

G. V.



Parma, 22 giugno 2016

Ancora sul tema "filosofia del diritto nell'Aula Mossini"

Caro Giacomo,

a pag 37 e 38 del n. 2/2016 di "Cronache del Foro Parmense" mi attribuisce (senza fare il nome) di avere scritto e letto, durante la cerimonia del conferimento delle Toghe d'oro a noi due, nel 2014, questa frase: "sono un giusnaturalista avverso al positivismo che è la radice del nazismo"; hai soggiunto che trattasi di "frase trascritta a suo tempo su questa rivista".

Consentimi di correggere la Tua affermazione poiché io ho scritto diversamente a pag. 17 del n. 1/2014 della stessa rivista: "io mi posso riferire soltanto, sommamente, all'apprezzamento pregresso ed attuale per il diritto e segnatamente per il diritto naturale (anche se i giusnaturalisti non sono più di moda). Ai cultori del solo diritto positivo direi: Hitler era un perfetto osservante del diritto positivo del suo Paese in quel momento storico. Direi anche che l'imperante e 'devastante' relativismo morale è spesso 'figlio', e nel contempo spesso 'padre', del diritto positivo quando interpreta solo sé stesso senza accogliere alcuna pulsione dal diritto naturale che è, in definitiva, la coscienza profonda di ognuno e ognuno la possiede (a mio avviso come dono di Dio) anche se talvolta è più comodo nascondersela".

Come vedi, caro Giacomo, la frase è completamente diversa da quella che Tu mi hai attribuito; la mia affermazione appare più veridica rispetto al Tuo assunto secondo cui "proprio la negazione del principio della legalità tolse ogni freno ... 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 a chi detiene il potere" (così hai riportato un passo del testo del Fassò).

Al contrario di quanto sostieni, in Germania Hitler plasmò il diritto positivo secondo il suo proposito nazista (come spesso accade ove domina la "tirannide") e tentò



di legittimarsi incidendo "mortalmente", motu proprio, sul diritto positivo esistente (la democratica Costituzione della Repubblica di Weimar), imponendo all'anziano e ormai senile Presidente della Repubblica Paul Von Hindenburg, in data 27 febbraio 1933, il cosiddetto "Decreto del Presidente del Reich per la protezione del Popolo e dello Stato" che sospese gran parte dei diritti civili garantiti dalla costituzione del 1919.

Traggo dal Decreto il paragrafo 1: "gli articoli 114... della Costituzione sono sospesi fino ad ulteriore avviso. Anche in deroga alle norme vigenti, è per ciò lecito porre limiti ai diritti di libertà personale, di libertà di espressione, compresa la libertà di stampa, di libertà di assembramento, di riservatezza di corrispondenza, posta, telegrammi, telefonate, nonché disporre perquisizioni e confische e porre limiti ai diritti di proprietà, ecc."

Addirittura un mese dopo, il 24 marzo 1933, Hitler ottenne che il Parlamento tedesco (Reichstag) approvasse il cosiddetto "Decreto dei pieni poteri" (conosciuto anche come Legge dei pieni poteri "Ermächtigungsgesetz") il cui articolo 1 stabilì che:

"in aggiunta alla procedura di cui alla Costituzione, le leggi del Reich possono altresì essere emanate dal Governo del Reich".

L'articolo 2 aggiunse: "le leggi emanate dal Governo del Reich possono derogare alla Costituzione...". E l'articolo 4: "i trattati stipulati dal Reich con Stati stranieri... non richiedono il consenso del Reichstag" (cioè del Parlamento).

Va precisato che Hitler non possedeva la maggioranza assoluta dei voti in Parlamento, a quella data, ma con la violenza si assicurò che i deputati approvassero la legge, e giunse ad impedire con la forza la partecipazione alla seduta di taluni deputati.

Orbene, caro Giacomo, è evidente che l'uso della forza non è certamente rispettoso del principio di legalità (da Te richiamato) per il quale tutti gli organi dello Stato sono tenuti ad agire secondo la legge, pur ammettendosi che il potere venga esercitato in modo discrezionale ma non in modo arbitrario. Senonché, è palese che il diritto positivo (cioè la legge, in relazione alla quale opera il principio di legalità) si pone come pregiudiziale rispetto all'applicazione di tale principio.

Con i due decreti di cui sopra, Hitler tentò di legittimarsi al potere tirannico; così saremmo tenuti ad affermare se ci attenissimo strettamente al solo diritto positivo da lui stesso plasmato in quel momento storico, mentre siamo autorizzati a definire Hitler un efferato tiranno-usurpatore solo se applichiamo il diritto naturale e la sua espressione attuativa rappresentata dalla nobile Costituzione della Repubblica di Weimer, stravolta dal sopravvenuto diritto

positivo hitleriano.

Del resto, se Hitler avesse, a sua volta, rispettato il diritto naturale ... non sarebbe stato Hitler.

Mi conforta il fatto che così ha ragionato la Corte di Norimberga nei processi contro i criminali di guerra.

Senonché, la Corte ha disapplicato il diritto positivo tedesco vigente (cioè quello hitleriano) in nome proprio del diritto naturale e ha condannato i criminali che per difendersi sostenevano di avere obbedito alle norme del diritto positivo germanico in base alle quali venivano comandati dai superiori, Hitler in primis.

A mio avviso, il diritto naturale non dovrebbe sostituirsi al diritto positivo (anche se carente o moralmente censurabile), di talché non dovrebbe produrre col suo innegabile "fascino", effetti diretti ed immediati sull'ordinamento.

Infatti, sulla sentenza di Norimberga è nata una "querelle" assai delicata e tuttora non sopita in dottrina, poiché il diritto naturale dovrebbe "limitarsi" (per così dire) ad incidere e quindi a plasmare il diritto positivo, come mi sono permesso di sostenere nella mia relazione in aula Mossini, allorché "ho avuto l'ardire" di censurare il diritto positivo qualora non tenga conto delle pulsioni che gli vengono dal diritto naturale, cioè in definitiva dalla profonda coscienza di ognuno.

Ebbene, non si può non sottolineare che la Corte di Norimberga condannò i criminali di guerra in virtù del solo diritto naturale (cioè, come Essa scrisse, in base a "principi preesistenti a livello consuetudinario" che possono considerarsi espressione del diritto naturale), atteso che soltanto in data 29 luglio 1950 l'apposita Commissione del diritto internazionale (organo sussidiario dell'Assemblea Generale) emanò un Rapporto intitolato "Principi di diritto internazionale riconosciuti dallo Statuto e dalla sentenza del Tribunale di Norimberga" in virtù del quale, al punto 4 (dei sette principi formulati) si è stabilito: "il fatto che un soggetto abbia agito in esecuzione di un ordine non lo esime dalla propria personale responsabilità penale internazionale. Parallelamente, il subordinato ha il dovere di sottrarsi dall'eseguire ordini riguardanti atti criminali".

Caro Giacomo, come vedi, non era proprio il caso che Tu scrivessi a pag. 37 che "conviene dissipare ogni ombra che possa inquinare il luogo dedicato ... al prof. Mossini", men che meno avresti dovuto scrivere "è ora tempo di riconsacrare quel tempio, liberandolo da scorie da tempo improvvidamente sedimentate".

Confido sommessamente di non avere inquinato alcunché.

Con immutata stima.
(Francesco Soncini)



Art. 35. **Dovere di corretta informazione**

1. L'avvocato che dà informazioni sulla propria attività professionale, **quali che siano i mezzi utilizzati per rendere le stesse**[1], deve rispettare i doveri di verità, correttezza, trasparenza, segretezza e riservatezza, facendo in ogni caso riferimento alla natura e ai limiti dell'obbligazione professionale.

2. L'avvocato non deve dare informazioni comparative con altri professionisti nè equivoche, ingannevoli, denigratorie, suggestive o che contengano riferimenti a titoli, funzioni o incarichi non inerenti l'attività professionale.

3. L'avvocato, nel fornire informazioni, deve in ogni caso indicare il titolo professionale, la denominazione dello studio e l'Ordine di appartenenza.

4. L'avvocato può utilizzare il titolo accademico di professore solo se sia o sia stato docente universitario di materie giuridiche; specificando in ogni caso la qualifica e la materia di insegnamento.

5. L'iscritto nel registro dei praticanti può usare esclusivamente e per esteso il titolo di "praticante avvocato", con l'eventuale indicazione di "abilitato al patrocinio" qualora abbia conseguito tale abilitazione.

6. Non è consentita l'indicazione di nominativi di professionisti e di terzi non organicamente o direttamente collegati con lo studio dell'avvocato.

7. L'avvocato non può utilizzare nell'informazione il nome di professionista defunto, che abbia fatto parte dello studio, se a suo tempo lo stesso non lo abbia espressamente previsto o disposto per testamento, ovvero non vi sia il consenso unanime degli eredi.

8. Nelle informazioni al pubblico l'avvocato non deve indicare il nominativo dei propri clienti o parti assistite, ancorché questi vi consentano.

~~[9. L'avvocato può utilizzare, a fini informativi, esclusivamente i siti web con domini propri senza reindirizzamento, direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipi, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto del sito stesso.~~

~~10. L'avvocato è responsabile del contenuto e della sicurezza del proprio sito, che non può contenere riferimenti commerciali o pubblicitari sia mediante l'indicazione diretta che mediante strumenti di collegamento interni o esterni al sito.] [2];~~

11. Le forme e le modalità delle informazioni devono comunque rispettare i principi di dignità e decoro della professione.

12. La violazione dei doveri di cui ai precedenti commi comporta l'applicazione della sanzione disciplinare della censura.

NOTE:

[1] Il testo in grassetto è stato aggiunto con delibera CNF del 22/01/2016.

[2] Il testo barrato è stato abrogato con delibera CNF del 22/01/2016.

Le predette modifiche sono state pubblicate nella Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n.102 del 3 maggio 2016.

Nuovo Codice deontologico forense (in vigore dal 15/12/2014)
(Approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014)

(GU Serie Generale n. 241 del 16-10-2014)



SOSPENSIONE CAUTELARE

La nuova disciplina della sospensione cautelare non è retroattiva

La nuova disciplina della sospensione cautelare (art. 60 L. n. 247/2012) non si applica retroattivamente ai procedimenti già pendenti alla data della sua entrata in vigore, per i quali dovrà continuarsi ad applicare la vecchia disciplina (43 RDL n. 1578/1933).

La "nuova" sospensione cautelare

La sospensione cautelare delineata dall'art. 60 della legge 247/2012 è profondamente diversa da quella disciplinata dall'art. 43, comma 3, R.D.L. 1578/1933: mentre quest'ultima era una misura atipica, da utilizzare anche in casi diversi da quelli previsti dalla legge (sottoposizione a misura di prevenzione della sorveglianza speciale, emissione di mandato, o di ordine di comparizione, o accompagnamento), allorché il comportamento dell'interessato avesse generato *strepitus* compromettendo l'immagine dell'avvocatura, la nuova sospensione ex art. 60 tipizza le ipotesi che la legittimano, escludendo la sussistenza di un potere discrezionale di applicazione al di fuori dei casi ivi contemplati. Inoltre, la sospensione cautelare di cui all'art. 43, comma 3, era sine die, laddove quella prevista dall'art. 60 prevede espressamente il limite massimo di un anno, nonché – a carattere totalmente innovativo – l'inefficacia della sospensione ove nel termine di sei mesi dalla sua irrogazione non venga adottato il provvedimento sanzionatorio.

I presupposti per la (vecchia) sospensione cautelare dall'esercizio della professione

I presupposti richiesti dall'art. 43 L.P. per il provvedimento di sospensione cautelare dall'esercizio della professione sono: a) la gravità in astratto delle imputazioni penali indipendentemente dalla loro fondatezza; b) il c.d. *strepitus fori*, ovvero il clamore suscitato dalle imputazioni stesse e la loro rilevanza a livello mediatico.

E' legittimo il provvedimento di sospensione cautelare adottato dal COA quando gli elementi posti alla base si fondano su condotte ed eventi che risultano dagli atti del procedimento penale che hanno comportato il rinvio a giudizio di un iscritto all'albo e che presentano rilevante gravità sotto il profilo della tutela del prestigio dell'Ordine e della funzione sociale della professione, che richiede condotte ineccepibili sotto il profilo dell'etica professionale per l'affidabilità dei cittadini e della collettività negli appartenenti all'Ordine Forense.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Piacci), sentenza del 14 marzo 2015, n. 49

Sospensione cautelare: post CDD, la nuova disciplina opera anche retroattivamente

A far data dal 2 gennaio 2015, si sono realizzate tutte le premesse fattuali e logico/giuridiche ai fini dell'applicabilità

della sospensione cautelare ex art. 60 L. n. 247/12, ovverosia la costituzione dei Consigli distrettuali di disciplina (CDD), sicché non trova più applicazione l'art. 43, co. 3, RdL n. 1578/1933, neppure con riferimento ai provvedimenti cautelari irrogati nella vigenza di tale ultima norma ma ancora in corso (*Nel caso di specie, il professionista lamentava la mancata applicazione della nuova disciplina con riferimento ad una sospensione cautelare irrogatagli -sine die- precedentemente al 2/1/2015. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha accolto il ricorso dichiarando cessata l'efficacia del provvedimento cautelare, per superamento della sua durata massima -un anno- nonché per mancata adozione del provvedimento sanzionatorio -entro sei mesi- da parte del C.D.D., come previsto dalla nuova disciplina.*)

La sospensione cautelare delineata dall'art. 60 della legge 247/2012 è profondamente diversa da quella disciplinata dall'art. 43, comma 3, R.D.L. 1578/1933: mentre quest'ultima era una misura atipica, da utilizzare anche in casi diversi da quelli previsti dalla legge (sottoposizione a misura di prevenzione della sorveglianza speciale, emissione di mandato, o di ordine di comparizione, o accompagnamento), allorché il comportamento dell'interessato avesse generato *strepitus fori* compromettendo l'immagine dell'avvocatura, la nuova sospensione ex art. 60 tipizza le ipotesi che la legittimano, escludendo la sussistenza di un potere discrezionale di applicazione al di fuori dei casi ivi contemplati. Inoltre, la sospensione cautelare di cui all'art. 43, comma 3, era sine die, laddove quella prevista dall'art. 60 prevede espressamente il limite massimo di un anno, nonché – a carattere totalmente innovativo – l'inefficacia della sospensione ove nel termine di sei mesi dalla sua irrogazione non venga adottato il provvedimento sanzionatorio.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Graziano), sentenza del 6 giugno 2015, n. 73

PROCEDIMENTO DISCIPLINARE: IL DIRITTO (EUROPEO) ALL'AUDIIZIONE PERSONALE

La sospensione cautelare di un avvocato sottoposto a giudizio penale è conforme ai principi comunitari e al relativo procedimento si applica l'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (Diritto a un equo processo), sicché al professionista deve riconoscersi il diritto di audizione personale, che può essergli eccezionalmente negato solo ove sia necessario procedere con indefettibile urgenza (*Nel caso di specie, un avvocato austriaco, condannato in sede penale per aver facilitato l'ingresso illegale di diversi moldavi in Austria attraverso l'Italia, lamentava di essere stato sospeso cautelatamente, dal proprio Consiglio Disciplinare, sulla base della sola istruttoria documentale ed in difetto di una sua audizione orale, che pure aveva richiesto. In applicazione del*

principio di cui in massima, la Corte, rilevato che l'efficacia del provvedimento cautelare adottato dal giudice disciplinare non richiedeva un processo decisionale tanto urgente da escludere il diritto dell'incolpato all'audizione personale, ha conseguentemente accertato la violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione.)

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. IV, sentenza del 5 aprile 2016 (Blum vs. Austria)

NOTA:

In ambito nazionale, cfr. l'art. 59 lett. e) L. n. 247/2012, secondo cui "nel corso del dibattimento l'incolpato ha diritto di [...] rendere dichiarazioni e, ove lo chieda o vi acconsenta, di sottoporsi all'esame del consiglio distrettuale di disciplina; l'incolpato ha diritto ad avere la parola per ultimo", nonché, con specifico riferimento al procedimento cautelare, l'art. 60 co. 1 L. n. 247 cit., secondo cui "la sospensione cautelare dall'esercizio della professione o dal tirocinio può essere deliberata dal consiglio distrettuale di disciplina competente per il procedimento, previa audizione".

Con riferimento alla previgente disciplina, cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. Buccico, rel. Bonzo), sentenza del 29 ottobre 1998, n. 131, secondo cui: "L'audizione del professionista con il termine di comparizione di dieci giorni previsto dagli artt. 43 e 45 r.d.l. 1578/33 per il procedimento disciplinare è necessaria anche nel procedimento per la sospensione cautelare, in ossequio ad una norma generale di garanzia dell'incolpato ai fini di una compiuta difesa. Né tale mancanza può ritenersi sanata dalla mera presenza dell'incolpato, ascoltato dal solo consigliere relatore, per la fase preliminare al procedimento disciplinare".

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, riguarda 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, sicché è inapplicabile lo jus superveniens introdotto con l'art. 56, comma 3, della legge n. 247/12.

Corte di Cassazione (pres. Rordorf, rel. D'Ascola), SS.UU, sentenza n. 9138 del 6 maggio 2016

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Corte di Cassazione (pres. Rordorf, rel. Amatucci), SS.UU, ordinanza n. 16068 del 14 luglio 2014, Corte di Cassazione (pres. Adamo, rel. Cappabianca), SS.UU, sentenza n. 11025 del 20 maggio 2014, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 11 marzo 2015, n. 21, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 10 novembre 2014, n. 153.

I rapporti col Consiglio dell'Ordine

L'avvocato nei cui confronti è presentato un esposto, da un lato ha l'obbligo (oltre che il diritto) di chiarire il suo comportamento nei confronti del reclamante e dall'altro ha il dovere di fornire al Consiglio, investito con l'esposto del dovere di valutare la sussistenza delle condizioni per aprire un procedimento, elementi che consentano ad esso il pieno e corretto esercizio delle sue funzioni istituzionali che tutelano prioritariamente un interesse pubblico. Tale fase preliminare, non prevista dalla legge, costituisce regola che trova fonte nel diritto vivente formatosi nella giurisprudenza disciplinare ed il profilo in esame si ricollega al dovere dell'avvocato sancito dall'art. 7, Il canone, c.d. riferibile alla responsabilità sociale dell'appartenente ad un Ordine che, come quello forense, esercita funzioni a garanzia del corretto esercizio della professione legale non solo nell'interesse delle parti assistite ma anche nell'interesse dei terzi e della collettività.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Damascelli), sentenza del 14 marzo 2015, n. 54

L'obbligo di formazione continua è posto a tutela della collettività

L'avvocato deve curare costantemente la preparazione professionale, conservando e accrescendo le conoscenze con particolare riferimento ai settori di specializzazione e a quelli di attività prevalente. In particolare, il dovere di competenza di cui all'art. 12 cdf (ora, 14 ncd) -che costituisce il presupposto dell'obbligo di aggiornamento professionale previsto dall'art. 13 cdf (ora, 15 ncd)- ha la finalità di garantire la parte assistita che l'accettazione dell'incarico da parte dell'avvocato implicitamente racchiuda il possesso di quella preparazione professionale acquisita, appunto, con la regolare frequenza delle attività di aggiornamento. La norma deontologica in parola è pertanto posta a tutela della collettività, e non già del prestigio della professione, in quanto garantisce la qualità e la competenza dell'iscritto all'albo ai fini del concorso degli avvocati al corretto svolgimento della funzione giurisdizionale (*Nel caso di specie, il professionista aveva acquisito n. 30 crediti formativi sui 50 previsti. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare dell'avvertimento*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f.

Salazar, rel. Broccardo), sentenza del 14 marzo 2015, n. 53

L'avvocato deve essere particolarmente prudente nella scelta professionale di interloquire con il minore

L'avvocato deve svolgere la propria attività con lealtà e correttezza, non solo nei confronti della parte assistita, ma anche e soprattutto verso l'ordinamento, generale dello Stato e particolare della professione, verso la società, verso i terzi in genere. Tali doveri, in ogni occasione ed in ogni contesto, devono rappresentare, e rappresentano, con il *munus* difensivo, il criterio fondante ed ispiratore di ogni attività dell'avvocato, che deve essere ispirata a diligenza, ovvero accortezza e prudenza nel saper selezionare i percorsi dell'agire professionale e gli interlocutori, i più disparati, con i quali si può venire in contatto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Sica), sentenza del 14 marzo 2015, n. 52

Pluralità di azioni nei confronti della controparte: la liceità processuale della condotta non esclude, di per sé, la sua eventuale rilevanza deontologica

L'art. 49 cdf (ora, 66 ncd) contiene un precetto che fa divieto all'avvocato di moltiplicare le iniziative giudiziali nei confronti della controparte se non in presenza di effettive ragioni di tutela della parte assistita. La norma contiene un principio corrispondente a quello processualmente disciplinato dall'art. 88 c.p.c. che impone al difensore il dovere di lealtà e probità nei rapporti con la controparte. Il dovere etico imposto al difensore ed alle parti ex art. 88 c.p.c. si connette, a sua volta, all'ulteriore profilo consequenziale in tema di ripartizione delle spese processuali, in quanto l'art. 92 c.p.c. contempla il potere del giudice di condannare una parte al rimborso delle spese che, per trasgressione al dovere di cui all'art. 88 c.p.c., essa abbia causato all'altra parte. Il dovere etico del difensore nel processo si completa col principio della responsabilità aggravata prevista dal successivo art. 96 c.p.c. a carico della parte processuale. Tuttavia, dal complesso quadro normativo (artt. 88, 92, 96 c.p.c.) non è possibile trarre una connessione necessaria e logica tra l'art. 49 c.d.f. (ora, 66 ncd) e le norme codicistiche. L'art. 88 c.p.c., contempla quei comportamenti (anche del difensore) che, ancorché privi di rilievo processuale, appaiono integrare comportamenti lesivi degli standard etici propri del comune sentire. Ma agire o resistere in modo temerario non equivale sempre e comunque ad essere sleali o improbi (*Nel caso di specie, trattavasi di plurimi atti di intervento in una medesima procedura esecutiva, che avevano comportato un altrettanto plurima liquidazione delle spese processuali, con conseguente aggravamento della posizione del debitore. L'incolpato aveva contestato la sanzione deontologica sul rilievo*

che gli atti di intervento erano stati ritenuti legittimi dal giudice dell'esecuzione. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato l'impugnazione).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Damascelli), sentenza del 14 marzo 2015, n. 56

NOTA:

La sentenza di cui in massima è stata confermata da Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Giusti), SS.UU, sentenza n. 21948 del 28 ottobre 2015

Avvocati stabiliti: la dichiarazione di intesa con altro avvocato del libero foro

Fatta eccezione per l'attività stragiudiziale (art. 10 D.Lgs. n. 96/2001), l'avvocato stabilito deve agire di intesa con un avvocato del libero foro (art. 8 D.Lgs. n. 96/2001): in particolare, tale intesa deve risultare "da scrittura privata autenticata o da dichiarazione resa da entrambi gli avvocati al giudice adito o all'autorità procedente" (art. 8 cit.), e non deve essere depositata presso il COA né essere allegata in via preventiva alla domanda di iscrizione nella Sezione Speciale dell'Albo, giacché l'obbligo di esercitare la professione di intesa con un avvocato italiano implica che "non vi possa essere un affiancamento in via generale ad un avvocato abilitato ma che tale integrazione di poteri debba essere fornita per ogni singola procedura". In altri termini, non è ammesso un atto di intesa preventiva, a carattere generale ed indifferenziato, poiché esso comporterebbe di fatto per l'avvocato stabilito (ed affiancato) una piena abilitazione sottraendolo al controllo dell'avvocato "affiancante" il quale non potrà, quindi, essere indicato in una dichiarazione d'intesa che non sia specificamente riferita alla singola controversia trattata.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Pisano), sentenza del 25 maggio 2015, n. 72

La minaccia di azioni (sproporzionate e vessatorie) alla controparte

L'art. 48 del codice deontologico (ora, 65) ha come ratio quella di temperare le esigenze di difesa dell'assistito con il necessario rispetto della libertà di determinazione della controparte. Infatti, sebbene possa il difensore intimare alla controparte di adempiere sotto comminatoria di sanzioni, istanze o denunce, tale condotta non può assumere il carattere di minaccia di azioni o iniziative sproporzionate e vessatorie (*Nel caso di specie, in una controversia di famiglia, l'avvocato rappresentava alla controparte l'esistenza di alcuni video a contenuto erotico, pacificamente non correlata alla vertenza in essere con il proprio assistito*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Piacci), sentenza del 6 giugno 2015, n. 77

Illecito agire contro un cliente del collega di studio

L'avvocato ha l'obbligo di astenersi dal prestare attività professionale quando questa determini un conflitto di interessi confliggenti con la controparte che sappia assistita da avvocato che eserciti la professione nei suoi stessi locali. E', infatti, deontologicamente rilevante la condotta dell'avvocato che ponga in essere una situazione di conflitto anche solo potenziale nei confronti della parte da lui assistita o che comunque possa ingenerare nei terzi il semplice sospetto di un comportamento non improntato ai canoni di una assoluta correttezza (*Nel caso di specie, l'avvocato aveva agito nei confronti di una cliente del coniuge, con cui divideva lo studio professionale, ivi comprese le utenze telefoniche*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. De Giorgi), sentenza del 11 giugno 2015, n. 80

L'intempestiva fatturazione dei compensi percepiti

L'avvocato ha l'obbligo, sanzionato dall'art. 15 cdf (ora, 16 ncd), di emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione dei compensi, restando irrilevante la misura del ritardo, non presa in considerazione né dal codice deontologico né dalla legge statale (DPR 633/72).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Neri), sentenza dell'11 giugno 2015, n. 84

La "restituzione" dei documenti al cliente implica un comportamento attivo

Al fine di adempiere l'obbligo disciplinare di restituire senza ritardo alla parte assistita tutta la documentazione ricevuta per l'espletamento del mandato (art. 42 cdf, ora 33 ncd) non è sufficiente lasciare la documentazione stessa nel proprio studio a disposizione del cliente, giacché il termine "restituire", di cui alla norma, implica una condotta attiva da parte del professionista e non già la semplice messa a disposizione.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Tacchini), sentenza dell'11 giugno 2015, n. 87

Procedimento disciplinare e obbligo di audizione personale dell'incolpato

Nel caso in cui il Consiglio dell'Ordine proceda a raccogliere informazioni e documentazione ex art. 47 R.D. n. 37/34, non sussiste alcun obbligo di informarne l'incolpato con avvisi o convocazioni prima dell'atto di citazione previsto dal successivo art. 48. La fase delle indagini preliminari deve essere considerata, infatti, propedeutica e non necessaria al procedimento disciplinare, non è regolata da norme dell'ordinamento professionale e nella prassi si svolge senza formalità, sicché in questa fase la convocazione e

l'audizione dell'incolpato non sono obbligatorie ma facoltative.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Mariani Marini), sentenza del 16 luglio 2015, n. 96

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Damascelli), sentenza del 14 marzo 2015, n. 56, nonché Cass. SS.UU. 5.10.2007 n. 20843, CNF 6.12.2002 n. 193.

In arg., cfr. ora l'art. 59 lett. e L. n. 247/2012, che -innovando rispetto alla precedente disciplina (art. 50 RDL n. 1578/1933) silente sul punto- dispone: "nel corso del dibattimento l'incolpato ha diritto di produrre documenti, di interrogare o far interrogare testimoni, di rendere dichiarazioni e, ove lo chieda o vi acconsenta, di sottoporsi all'esame del consiglio distrettuale di disciplina; l'incolpato ha diritto ad avere la parola per ultimo".

La violazione dell'obbligo di evitare attività incompatibili con la permanenza dell'iscrizione all'albo

E' deontologicamente rilevante il comportamento dell'avvocato che richieda o mantenga l'iscrizione all'albo in pendente di una causa di incompatibilità con l'esercizio della professione (*Nel caso di specie, si trattava di contratto di formazione e lavoro poi convertito in rapporto di lavoro a tempo indeterminato alle dipendenze dell'Agenzia delle Entrate, circostanza che l'incolpato aveva sottaciuto al momento della domanda di iscrizione all'albo e nei successivi anni. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare di mesi nove di sospensione dall'esercizio professionale*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Mariani Marini), sentenza del 16 luglio 2015, n. 96

I rapporti con i magistrati devono essere improntati alla dignità e al rispetto (reciproco)

I rapporti con i Magistrati devono essere improntati alla dignità e al rispetto quali si convengono alle reciproche funzioni (*Nel caso di specie, nel corso di una prova testimoniale che si assumeva dinanzi al GdP, l'avvocato si alzava di scatto dal proprio posto, battendo ripetutamente i pugni sul tavolo, e proferendo con tono molto alto la frase "porca miseria adesso basta". In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Piacci), sentenza del 16 luglio 2015, n. 100

La compensazione (con obbligo di rendiconto): quando l'avvocato può trattenere per sé le somme riscosse per conto del cliente

L'avvocato è tenuto a mettere imme-

diatamente a disposizione della parte assistita le somme riscosse per conto di questa (art. 31 ncd, già 44 cdf), fatto salvo il consenso prestato dal cliente in modo specifico e dettagliato (dovendo egli conoscere l'esatto contenuto dell'obbligazione), che può appunto costituire ipotesi di lecita compensazione, senza tuttavia far venir meno il dovere di rendiconto che deve, anzi, essere più puntuale e dettagliato proprio in virtù della coesistenza di reciproci rapporti di debito e credito (*Nel caso di specie, l'avvocato aveva trattenuto quale compenso una rilevante somma di pertinenza del cliente. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della radiazione*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Picchioni), sentenza del 16 luglio 2015, n. 101

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. La sentenza medesima non ha invece alcuna efficacia in ordine alla valutazione dei comportamenti e della personalità dell'autore dell'illecito sotto il profilo disciplinare, essendo tale valutazione riservata al giudice della deontologia.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Picchioni), sentenza del 16 luglio 2015, n. 101

L'obbligo di preannunciare il giudizio nei confronti di un collega non vale per l'opposizione a decreto ingiuntivo

L'opposizione a decreto ingiuntivo richiesto ed ottenuto da un collega non rientra propriamente tra le iniziative giudiziarie in relazione alle quali sussiste(va), ex art. 22 cdf (ora art. 38 ncd), l'obbligo di comunicazione al Consiglio dell'Ordine competente, stante la sostanziale qualità di attore del convenuto opposto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Allorio), sentenza del 16 luglio 2015, n. 110

Parere di congruità delle parcelle: il COA non verifica l'effettivo compimento delle prestazioni professionali indicate

In sede di opinamento delle parcelle, il Consiglio dell'Ordine, nel valutare la congruità delle specifiche, non può e non deve entrare nel merito dell'effettivo compimento delle prestazioni, dovendosi limitare ad un giudizio astratto sulle voci di compenso indicate nella notula.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Allorio), sentenza del 16 luglio 2015, n. 110

Pluralità di azioni nei confronti della controparte (ed espressamente richieste dalla parte assistita)

L'avvocato non deve aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte, quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni di tutela della parte assistita (art. 66 ncd, già 49 cdf). La rilevanza deontologica della violazione di tale precetto non è scriminata dalla circostanza che le iniziative stesse siano state espressamente volute dalla medesima parte assistita.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Baffa), sentenza del 22 luglio 2015, n. 115

I limiti deontologici 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 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 email, ivi affermando di effettuare alcune prestazioni professionali gratuite).

La pubblicità mediante la quale il professionista con il fine di condizionare la scelta dei potenziali clienti, e senza adeguati requisiti informativi, offra prestazioni professionali, viola le prescrizioni normative, nel momento in cui il messaggio è redatto con modalità attrattive della clientela operate con mezzi suggestivi ed incompatibili con la dignità e con il decoro, quale l'uso del termine "gratuito".

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 23 luglio 2015, n. 118

Pubblicità informativa: vietato offrire prestazioni professionali verso compensi infimi o a forfait

Pur a seguito dell'entrata in vigore della normativa nota come "Bersani",

la pubblicità informativa dell'avvocato deve essere svolta con modalità che non siano lesive della dignità e del decoro, sicché è da ritenersi deontologicamente vietata una pubblicità indiscriminata (ed in particolare quella comparativa ed elogiativa) così come una proposta commerciale che offra servizi professionali a costi molto bassi ovvero determinati forfettariamente senza alcuna proporzione all'attività svolta, a prescindere dalla corrispondenza o meno alle indicazioni tariffarie. Infatti, 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 predette limitazioni connesse alla dignità ed al decoro della professione, la cui verifica è dall'ordinamento affidata al potere-dovere del giudice disciplinare (*Nel caso di specie trattavasi di box pubblicitario in un quotidiano, con evidenza riservata in via pressoché esclusiva e palesemente suggestiva al costo della prestazione offerta*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Ferina), sentenza del 24 settembre 2015, n. 142

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 ncd), 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 intervista ad un quotidiano, il professionista dichiarava di distinguersi dagli altri avvocati, a suo dire non altrettanto informati e documentati*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Pasqualin), sentenza del 11 novembre 2015, n. 163

Sanzione aggravata per l'avvocato che tradisca il rapporto fiduciario sottraendo subdolamente somme ai propri assistiti

L'avvocato, che utilizzi strumentalmente il proprio ruolo di tutore e difensore dei diritti per organizzare una macchinazione che gli consenta di impossessarsi delle somme dei propri assistiti, si pone in assoluto ed irrimediabile contrasto non solo con la deontologia professionale ma anche con i più elementari canoni etici (*Nel caso di specie, il professionista, approfittando delle debolezze psichiche della propria assistita, si era fatto rilasciare procura ad operare sul conto corrente della stessa con l'obiettivo di sottrarle ingenti somme di denaro, che nel frattempo vi aveva fatto appositamente confluire. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha*

ritenuto congrua la sanzione disciplinare della radiazione, così aggravata ex art. 22, co. 2, nuovo codice deontologico).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi), sentenza del 23 luglio 2015, n. 128

L'attuale connotazione penalistica delle sanzioni disciplinari, tra favor rei e tempus regit actum

Queste Sezioni unite hanno affermato che, in tema di giudizi disciplinari nei confronti degli avvocati, le norme del codice deontologico forense approvato il 31 gennaio 2014 si applicano anche ai procedimenti in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevoli per l'incolpato, avendo l'art. 65, comma 5, della legge 31 dicembre 2012, n. 247, recepito il criterio del favor rei, in luogo del criterio del tempus regit actum (S.U. n. 3023/2015).

Corte di Cassazione, sez. Unite Civili pres. Canzio; rel. Napoletano), sentenza 8 marzo - 6 maggio, n. 9147

L'indubbia natura afflittiva della sanzione disciplinare induce a ritenere applicabile il principio generale del favor rei, per una primaria esigenza di parità sostanziale, costituzionalmente garantita, tra gli incolpati. Conseguentemente, l'art. 11 c. 2 L. 247/2012 (secondo cui l'inadempimento dell'obbligo formativo presuppone il mancato compimento del sessantesimo anno di età) può applicarsi retroattivamente (*Nel caso di specie, il professionista -ultrasessantenne- era stato sanzionato per aver violato l'obbligo formativo. In applicazione del principio di cui in massima, poiché nelle more del procedimento disciplinare entrava in vigore il nuovo ordinamento professionale con il nuovo limite d'età, il CNF ha accolto il ricorso annullando la sanzione*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Piacci), sentenza del 23 luglio 2015, n. 123

NOTA:

In senso conforme, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Tinelli), sentenza del 18 luglio 2015, n. 112.

Con particolare riferimento alla successione nel tempo delle norme del codice deontologico, cfr. Corte di Cassazione (pres. Rovelli, rel. Cappabianca), SS.UU., sentenza n. 3023 del 9 febbraio 2015, e, ancor prima dell'entrata in vigore dell'art. 65 L. n. 247/2012, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. De Giorgi), sentenza del 18 luglio 2013, n. 113, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Pasqualin), sentenza del 15 ottobre 2012, n. 152; Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Borsacchi), sentenza del 27 ottobre 2008, n. 127.

Sull'applicazione dell'opposto -ed ormai più risalente- principio del tempus regit actum cfr., per tutte, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Bulgarèlli), sentenza n. 31 del 16 marzo 2011.

La (generica) formazione in proprio non è sufficiente ad assolvere l'obbligo deontologico

L'obbligo di formazione (assistito da sanzione) è conforme a Costituzione

L'obbligo di formazione non può ritenersi assolto mediante l'autoreferenziale richiamo ad una generica attività formativa svolta in proprio su materie di interesse.

La previsione regolamentare in tema di obbligo di formazione (con relative sanzioni disciplinari, poste a tutela della sua effettività) non è in contrasto con l'art. 23 né con l'art. 33 della Costituzione non potendosi riconoscere nella stessa né una previsione patrimoniale imposta né una disposizione per la conservazione dell'iscrizione nell'albo professionale ma, esclusivamente, una condizione per l'accesso.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Piacci), sentenza del 23 luglio 2015, n. 123

I presupposti per la sospensione cautelare delle sentenze del CNF

La sospensione dell'efficacia esecutiva delle sentenze del CNF (art. 36, comma 7, della L. n. 247 del 2012) postula, secondo i principi che regolano la giurisdizione cautelare in ragione della sua naturale strumentalità rispetto alla tutela da somministrarsi nel "merito", la valutazione della ricorrenza sia della sussistenza del *fumus boni iuris*, sia della sussistenza del c.d. *periculum in mora*, cioè l'esistenza, non solo in ragione della natura della situazione giuridica coinvolta, ma anche in ragione del modo in cui essa lo è nella vicenda giudicata dalle autorità disciplinari, di una situazione per cui la mancanza della sospensione dell'esecutività della decisione adottata dal Consiglio Nazionale Forense sia idonea ad arrecare un pregiudizio caratterizzato dalla imminenza e irreparabilità (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha respinto il ricorso cautelare avverso Consiglio Nazionale Forense -pres. f.f. Perfetti, rel. Neri, sentenza del 22 luglio 2015, n. 114*).

Corte di Cassazione (pres. Rordorf, rel. Frasca), SS.UU, ordinanza n. 9149 del 6 maggio 2016

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

Nel caso in cui l'impugnazione al CNF sia proposta mediante spedizione del ricorso a mezzo raccomandata, è sufficiente che l'atto stesso sia consegnato all'ufficio postale entro il termine di decadenza previsto dalla Legge (nella specie, 20 giorni ex art. 50 RDL n. 1578/1933 *ratione temporis* applicabile), non essendo altresì necessario che esso effettivamente giunga al COA destinatario entro il suddetto termine (*Nell'esprimere il principio di cui in massima, il CNF ha motivatamente dissentito dal precedente, contrario orientamento*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. De Michele), sentenza del 23 luglio 2015, n. 132

NOTA:

In senso conforme, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Tacchini), sentenza del 29 novembre 2012, n. 175. Contra, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 27 settembre 2014, n. 124, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio - Rel. Perfetti), sentenza del 15 ottobre 2012, n. 137, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Perfetti, Rel. Neri), sentenza 20 luglio 2012, n. 104; Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Mariani Marini, Rel. Morlino), sentenza del 20 luglio 2012, n. 102; Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Perfetti - Rel. Perfetti), sentenza del 30 aprile 2012, n. 78; Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Merli), sentenza del 15 dicembre 2011, n. 201 (la quale fa una distinzione tra spedizione a mezzo posta e notifica in proprio a mezzo posta ex L. n. 53/94); Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Cardone), sentenza del 27 ottobre 2010, n. 160; Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Cardone), sentenza del 27 ottobre 2010, n. 157; Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Cardone), sentenza del 27 ottobre 2010, n. 156; Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Borsacchi), sentenza del 12 maggio 2010, n. 34.

L'avvocato può essere socio accomandante (ma non accomandatario)

La carica di socio accomandante (dunque, senza poteri di gestione della società) non è incompatibile con l'esercizio della professione forense.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Allorio), sentenza del 2 settembre 2015, n. 136

Il dovere di difesa non giustifica la commissione di illeciti a pretesa tutela del cliente

Commette illecito disciplinare l'avvocato che sottragga atti o provvedimenti dal fascicolo processuale, a nulla rilevando che si tratti di documenti ritenuti necessari per la difesa del proprio cliente ed a prescindere dalla loro rilevanza nel processo stesso (*Nel caso di specie, l'incolpato aveva eccepito l'asserita legittimità del proprio operato, sostenendo il contemperamento dei doveri di correttezza e lealtà professionale con i doveri di difesa e giusto processo ex artt. 2 e 111 Cost. a tutela del cliente. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato l'eccezione*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Neri), sentenza del 24 settembre 2015, n. 138

Il diritto di rifiutare l'adempimento parziale va contemperato con i principi deontologici di lealtà e correttezza

Il diritto di rifiutare una prestazione

parziale (art. 1181 c.c.) va contemperato con gli obblighi deontologici di lealtà e correttezza, ditalché può assumere rilevanza disciplinare il comportamento dell'avvocato che rifiuti il pagamento parziale, quando risulti inutilmente vessatorio e non risponda ad effettive ed esplicitate ragioni di tutela di parte creditrice (*Nel caso di specie, l'avvocato aveva rifiutato il pagamento di un proprio ex cliente perché effettuato tramite bonifico bancario, anziché mediante assegno, dopodiché aveva immediatamente intrapreso azione esecutiva. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Florio), sentenza del 24 settembre 2015, n. 146

L'obbligo di (corretta e veritiera) informazione al cliente

L'art. 40 CDF (ora, 27 ncdf), nel disciplinare gli obblighi di informazione, impone in ogni caso una corretta e veritiera informazione a prescindere dalla innocuità reale o virtuale delle comunicazioni non corrispondenti al vero. Un rapporto fiduciario quale quello che lega l'avvocato al cliente non può certamente tollerare un comportamento che violi un aspetto essenziale del "rapporto fiduciario" proprio consistente nella completezza, completezza e verità delle informazioni destinate all'assistito.

Il dovere di correttezza e di diligenza, di cui il dovere di informazione esplicitamente previsto dall'art. 40 c.d. (ora, 27 ncdf) è espressione, impone, anche al difensore d'ufficio, di comunicare tempestivamente all'assistito l'avvenuta emissione di una sentenza, tanto più se di condanna, mettendolo così in condizione di valutare l'opportunità e la convenienza di interporre appello, altrimenti preclusagli in radice, a prescindere dalla inesistenza delle condizioni per proporre un'utile impugnazione, circostanza questa che può rilevare sul diverso piano della responsabilità professionale al fine di escluderla, ma non fa venire meno il dovere deontologico di informazione al cui adempimento il professionista è in ogni caso tenuto (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Perfetti, rel. Piacci), sentenza del 24 settembre 2015, n. 147

L'obbligo di attendere in udienza l'arrivo del collega avversario

Contravviene ai doveri di lealtà, correttezza e colleganza l'avvocato che, pur avvertito del ritardo incolpevole della controparte all'udienza (nella specie dovuto ad un pneumatico forato), dopo un'attesa di appena 5 minuti chiedi al Giudice di dare atto dell'assenza del collega e di trattare la causa fissata per l'escussione



delle prove orali avversarie con conseguente decadenza istruttoria. Peraltro, l'esclusione di un pregiudizio a seguito di rimessione in termini, non far venir meno la rilevanza disciplinare della condotta, ma anzi rappresenta la conferma che l'incolpato avrebbe potuto tenere un contegno diverso, senza con ciò mancare ai propri doveri di difesa.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Pasqualin), sentenza dell'11 novembre 2015, n. 160

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense (pres. Cagnani, rel. Bonazzi), sentenza del 29 novembre 1995, n. 137.

Per i casi di esclusione della responsabilità disciplinare, cfr. Consiglio Nazionale Forense (pres. Cagnani, rel. Cagnani), sentenza dell'8 marzo 1990, n. 5 (nella specie: un'ora di attesa e senza che controparte avvisasse del ritardo), nonché Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Alpa, rel. Stefanelli), sentenza del 8 marzo 2002, n. 13 (nella specie: due ore di attesa).

Ignorantia legis non excusat, anche in ambito deontologico

L'eccezione di non conoscenza di una norma del codice deontologico costituisce doglianza destituita di fondamento, giacché dette norme hanno valore ricognitivo del comune sentire della classe forense e, quindi, di condotte già ampiamente consolidate, per prassi generale, nell'ambito dell'esercizio professionale. In ogni caso, l'ignoranza non è comunque giustificabile dopo un certo periodo dall'introduzione di una norma deontologica a carattere innovativo (*Nel caso di specie, al professionista veniva contestata la violazione dell'art. 51 cod.deont.per aver assunto un incarico contro un proprio ex cliente prima che fosse trascorso "almeno un biennio" dalla cessazione del rapporto professionale. L'avvocato impugnava la sanzione eccependo di aver ignorato in buona fede la nuova formulazione della norma -entrata in vigore già da circa 6 mesi al momento della condotta-, avendo egli fatto affidamento sulla previgente previsione deontologica che stabiliva un "ragionevole periodo di tempo", anziché un "biennio". In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato il ricorso.*)

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Pasqualin), sentenza dell'11 novembre 2015, n. 164



CINQUIÈME SECTION

AFFAIRE VERSINI-CAMPINCHI ET CRASNIANSKI c. FRANCE

(Requête n° 49176/11)

ARRÊT

STRASBOURG

16 juin 2016

Procedimento disciplinare avviato sulla base di intercettazione telefonica avvocato-cliente

L'art. 8 CEDU protegge la riservatezza di qualsiasi "corrispondenza" tra individui ed in particolare quella tra gli avvocati ed i propri clienti, che è fondamentale in una società democratica per il corretto funzionamento della giustizia. Conseguentemente, l'intercettazione delle telefonate tra avvocato e cliente deve in generale ritenersi vietata, a meno che non sia eccezionalmente prevista dal diritto interno per il perseguimento di uno scopo legittimo, nel rispetto di criteri di proporzionalità e con espressi limiti all'ingerenza (categorie di persone intercettabili, tipi di reati, durata dell'intercettazione), sì da scongiurarne abusi che costituirebbero violazione del diritto di difesa (Nel caso di specie, dall'intercettazione telefonica emergeva a carico dell'avvocato la violazione del segreto professionale, da cui scaturiva un procedimento disciplinare).

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Sez. V, sentenza del 16 giugno 2016 (V.-C., C. vs. Francia)

NOTA:

Art. 8 Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo – Diritto al rispetto della vita privata e familiare

1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.





Anno XXV numero due (settantatreesimo della serie) giugno 2016

Questo numero usa il font Rockwell

**ROCK
WELL
1934
SLAB
SERIF**

Il Rockwell è un carattere che rientra nella gamma dei cosiddetti “egiziani”, più comunemente ormai chiamati in inglese “slab serif” (“a grazie piatte”).

In questa tipologia di font le grazie vengono semplificate e sovente anche aumentate di spessore, portandole ad una dimensione comparabile a quella delle aste.

Il Rockwell venne progettato e distribuito dalla nota fonderia Monotype Foundry nel 1934, e le sue forme geometriche lo rendono peculiare e molto riconoscibile.

La particolare forma squadrata del Rockwell non ne pregiudica la qualità e la leggibilità. È utilizzato soprattutto per le titolazioni o per parole che debbano avere un impatto forte e immediato al primo colpo d’occhio.

E’ stato il carattere ufficiale della rivista Guinness World Records degli anni ’90.

(www.iprindifferent.com)



In memoria delle vittime dell’attentato di Dacca (1° luglio 2016)

progetto grafico di Alessandro Riccomini - stampa Cabiria

