CRONACHE DAL FORO PARMENSE

Anno XXVI numero 3 – ottobre 2017

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 La leggenda della fondazione

pag. 5 Qualche riflessione sull'equo compenso

pag. 10 La portata del principio della ragione più liquida

pag. 16 Dialoghi sui regolamenti di mediazione

pag. 22 Sul delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte

pag. 32 I rapporti di lavoro nella cessione dell'azienda fallita

pag. 34 La separazione delle carriere

pag. 35 Sull'assemblea del supercondominio

pag. 37 La mediazione familiare; la deontologia dell'avvocato di famiglia

numero 3 2017 bis.indd 1 10/12/17 19:53

Buone Feste

SOMMARIO

pag. 3 La leggenda della fondazione
pag. 5 Qualche riflessione sull'equo compenso
pag. 8 Aggiornamento albi
pag. 9 Attività del Consiglio
pag. 8 Variazioni
pag. 10 La portata del principio della ragione più liquida
pag. 14 Giuseppe Chiovenda
pag. 16 Dialoghi sui regolamenti di mediazione
pag. 20 Un avvocato del secolo V a.c.
pag. 22 Considerazioni sul delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte in sede di transazione fiscale
pag. 32 I rapporti di lavoro nella cessione dell'azienda fallita
pag. 34 La separazione delle carriere tra PM e Giudici
pag. 35 Sull'assemblea del supercondominio
pag. 37 La mediazione familiare come risorsa nel lavoro dell'avvocato; la deontologia dell'avvocato di famiglia
pag. 42 Segnali di fumo
pag. 47 Giurisprudenza disciplinare

Chiuso in redazione il 5 dicembre 2017

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

Hanno collaborato a questo numero:

avv. prof. Luigi Angiello
avv. Carlo Barbieri
avv. Gianluca Bergamaschi
avv. Giuseppe Boselli
Guido Conti
avv. Renato Del Chicca
avv. Stefano Delsignore
avv. Daniela Francalanci
avv. Paola Pieresca
avv. Giacomo Voltattorni

numero 3 2017 bis.indd 2 10/12/17 19:53

La leggenda della Fondazione

Non è solo questione di esperti cisposi e noiosi eruditi. La leggenda della fondazione di Parma si tramanda da secoli. Per capire la storia della nostra amata città non bastano le poche righe di Tito Livio, che così racconta la sua fondazione nel 183 a.C.: “Quello stesso anno furono fondate le colonie romane di Mutina e di Parma. Nel territorio che apparteneva ai Boi, e prima agli Etruschi duemila uomini ottennero otto iugeri ciascuno a Parma, cinque a Modena. E fondatori delle colonie furono M. Emilio Lepido, T. Ebuzio Caro, L. Quinzio Crispino”. Come ci ricordano gli studiosi, molto di più raccontava Tacito nell’ottavo libro degli *Annales,* andato purtroppo perduto. In verità la leggenda della fondazione di Parma è stata narrata da Cassio Parmense, primo autorevole scrittore di quella che oggi chiamiamo l“Officina Parmigiana”. Cassio, di cui ci resta un solo verso: “Nocte intempesta nostra devenit domum”, fu il primo, non bisogna dimenticarlo, ad alzare il coltello omicida contro Cesare alle idi di Marzo del 44. Un episodio straordinario della nostra storia che i nostalgici ricollegano alla tradizione dei ribelli concittadini, riconducendo quell’episodio alla resistenza dei parmigiani contro Federico I cui la vittoria a Vittoria, e poi con le barricate nell’Oltretorrente contro le truppe di Balbo nel 1922. Ma questi collegamenti fanno parte del folklore dei cultori di storia locale.

Parlando invece di realtà storiche vere, Cassio scrisse un libercolo dal titolo *Ab urbe conditam Parmae,* che andò bruciato per colpa della moglie Lavinia. Scoperto il marito fedifrago che se l’intendeva con la servetta Ulpia, buttò tutte le sue elegie rivolte alla giovinetta nel camino acceso. Nel libercolo, Cassio raccontava, tra l’altro, come l’arrivo dei Romani, in quella che oggi chiamiamo piazza Garibaldi, fu contrastata da due vecchi terramaricoli sopravvissuti ai galli boi e agli etruschi, che abitavano lì. Era consuetudine, scriveva Cassio, che i romani, quando fondavano una città, arrivassero con tanto di groma, lo strumento che serviva per misurare i campi, tagliare strade, fondare città. La leggenda di Cassio riguarda quello che accadde in piazza proprio con l’arrivo dei primi romani.

“Scusi, che succede?” chiese un vecchio terramaricolo in pensione, appoggiandosi al bastone, vedendo un paio di romani con la groma.

“Stiamo prendendo le misure, non vede?”

“Un’altra strada?”

“No, la via Emilia c’è già.”

Si avvicinò un altro vecchio terramaricolo con le braccia dietro la schiena.

“Che succede?”

“Glielo dica lei” disse il romano al primo terramaricolo.

“Stanno prendendo delle misure!”

“Eh certo! Altrimenti che cosa ci facciamo qui?” rispose il romano.

“Non so, ce lo dica lei!” rispose il terramaricolo avvicinandosi ai lavori.

“Fondiamo una città!”

“Ma ci siamo già noi qui!” protestarono i due terramaricoli. “Non vi è bastato passare con la via Emilia proprio sotto casa nostra?”

“Lasciateci lavorare che è meglio. E mi raccomando, quando passeremo con l’aratro per il solco sacro, è bene per voi non farvi sorprendere all’interno! Quindi circolate”.

“Non è giusto!” disse il vecchio terramaricolo.

“Esatto, non è giusto!” rispose l’altro. “Questa terra è sempre stata nostra!”

“Sbagliato, adesso è una città romana!” risposero i soldati. “Dov’è andato a finire l’aruspice?” chiese un altro.

“Ma non è giusto, sono più di vent’anni che abitiamo qui!” protestò di nuovo il vecchio terramaricolo.

numero 3 2017 bis.indd 3 10/12/17 19:53

“E allora? Adesso è nostra” risposero i romani.

“Diritto di usucapione! Sono più di vent’anni che andiamo avanti e indietro da qui!” disse di nuovo il terramaricolo.

“Vent’anni? E’ così tanto che siete in pensione?” chiese il romano ridendo.

“E come fate a sapere dell’usucapione?” disse l’altro romano.

“Facevo l’avvocato!” rispose il terramaricolo.

“Andiamo bene! Lo dicono tutti, in città ci sono sempre stati troppi avvocati!” disse il soldato romano che smise di prendere le misure.

“Lei è stato un bravo avvocato?” chiese l’altro romano.

“Certo” rispose con orgoglio il terramaricolo.

“Ha mai corrotto un giudice?”

“Mai!”

“Ha pagato gli stagisti nel suo ufficio?”

“Sempre!”

“Ha mai avuto amanti nel suo studio?”

“Mai!” rispose indispettito il terramaricolo.

“Lei, è davvero un bravo avvocato!” disse deciso il romano. “Non ho mai sentito tante bugie messe insieme!”

Scoppiarono tutti a ridere. I due vecchietti era davvero indispettiti.

Poi, racconta Cassio, sentite le proteste, si aggiunsero al centro della piazza, oltre ai terramaricoli, le proteste dei Galli Boi e degli etruschi, nonché di alcuni gruppetti di liguri rimasti in zona. I romani, minacciati dalle popolazioni superstiti, si affrettarono ad arare un cerchio di terra. L’aruspice, dentro nel cerchio, oltre al volo degli uccelli, predisse il futuro della città e declamò: “Parma! Questa città si chiamerà Parma, non per lo scudo rotondo degli etruschi, e neanche per il nome del torrente, ma perché i suoi abitanti hanno la testa rotonda, e non quadrata come a Reggio!”.

Ci fu un grande applauso. Le popolazioni locali insorsero ed entrarono nel cerchio di fondazione. Così arrivò l’esercito romano che decimò tutti e nacque la città.

Le fonti di Cassio non sono attendibili, ma come si vede, certe verità sopravvivono nei secoli, e nei secoli a venire continueranno a rendere questa città inimitabile.

Guido Conti

Guido Conti, parmigiano del 1965, oggi forse più vogherese – ma sempre a cavallo del Po- non solo è grande scrittore (*), ma maestro, storico e diffusore di lettura e scrittura, creatore appassionato, irrequieto, innovativo e coinvolgente d’editorìa. Per tutte, tralasciando l’iniziale epopea del “Cavaliere azzurro”, tenne, fino al 2010, la direzione editoriale di MUP, la casa editrice impresa strumentale della Fondazione Monte di Parma con la partecipazione dell’Università degli studi di Parma.

CRONACHE lo ringrazia di cuore per la disponibilità e l’amicizia con la quale ha accettato la commissione (e la piccola sfida creativa) di raccontare il rapporto tra la fondazione della nostra città e gli avvocati.

(*) tra l’altro: Il coccodrillo sull’altare; i due volumi della cicogna Nilou; La profezia di Cittastella; gli studi su Cesare Zavattini e Giovannino Guareschi; Il grande fiume Po: una storia da raccontare

PARMA 2020
Città candidata a Capitale Italiana della Cultura 2020

numero 3 2017 bis.indd 4 10/12/17 19:33

Qualche riflessione sull'equo compenso

Una premessa è necessaria.

Allorché fu deciso, dopo l'estate, dal comitato di redazione di *Cronache*, di pubblicare uno scritto sull' "equo compenso", si presumeva che, entro breve temine, sarebbe stata approvata una legge *ad hoc*.

Ciò non è avvenuto e, allo stato, il disegno di legge di iniziativa governativa – approvato dal Consiglio dei ministri il 7 agosto 2017 – è stato inserito, quale emendamento, nella legge di conversione del D.L. del 16.10.2017 n. 148/2017 (c.d. decreto fiscale), approvato dal Senato in data 16.11.2017. Il testo dovrà ora passare all'esame della Camera.

Comunque, pur in carenza della conversione in legge, si ritiene di qualche utilità svolgere alcune considerazioni sul testo approvato dal Senato, che molto probabilmente non subirà mutamenti alla Camera, con qualche riflessione *de iure condito* sul tema.

Va precisato che sull'equo compenso è stato presentato nel 2017 un disegno di legge al Senato (n. 2858/2017), ad iniziativa del Sen. Sacconi, il cui ambito di applicazione riguarda tutte le professioni regolamentate.

Non mi occuperò specificamente di tale ultimo disegno di legge – le cui possibilità di divenire legge appaiono scarse – ma mi limiterò ad un richiamo su un punto assai significativo, concernente l'art. 36 Cost.

1 Come è noto, da tempo si discute sull'equo compenso per i lavoratori autonomi.

Nel 2017 il tema è divenuto di stretta attualità dopo la L. 22 maggio 2017 n. 81, c.d. *Jobs Act* degli autonomi, e la più recente legge sulla concorrenza (L. 4 agosto 2017 n. 124).

Tuttavia, le leggi ora richiamate non contengono disposizioni riguardanti il compenso dei lavoratori autonomi, come ho già avuto modo di rimarcare in questo periodico[1].

Nell'agosto del 2017, come si è detto, è stato approvato, dal Consiglio dei ministri, uno schema di disegno di legge "*in materia di equo compenso e clausole vessatorie nel settore delle prestazioni legali*".

Tale provvedimento, riguardante all'inizio solo l'avvocatura, è stato esteso in *extremis* a tutte le professioni, ordinistiche e non[2], a favore delle quali si introduce l'equo compenso, ancorché con alcune rilevanti limitazioni.

Va rimarcato che l'ambito di applicazione soggettivo, è circoscritto ai professionisti, ma limitatamente *"ai rapporti regolati da Convenzioni riguardanti l'attività giudiziale e stragiudiziale sulla base di quanto previsto dall'art. 2, commi 5 e 6, primo periodo della Legge 31 dicembre 2012 n. 247 in favore di imprese bancarie ed assicurative e delle grandi imprese con esclusione, quindi, dei rapporti con le microimprese o delle piccole o medio imprese, come definite nella raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea"*.

Con riguardo ai suddetti rapporti, regolati da apposite convenzioni - che si presumono predisposte unilateralmente dall'impresa committente, salvo prova contraria - viene introdotto l'equo compenso, considerato tale "*quando risulta proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto, nonché al contenuto e alle caratteristiche della prestazione legale, tenuto conto dei parametri previsti dal decreto del Ministero della giustizia adottato ai sensi dell'art. 13, comma 6, della legge 31 dicembre 2012, n. 247."*

Nel predetto, limitato ambito viene riproposta la normativa relativa alle clausole vessatorie, contenuta nel c.d. *Jobs Act* degli autonomi (L. n. 81/2017), con alcuni necessari adattamenti, alcuni dei quali concernenti la peculiarità della professione legale.

Le clausole vessatorie, comuni a quelle previste dalla L. n. 81/2017, riguardano: la riserva al cliente di modificare unilateralmente le condizioni del contratto; la previsione di termini oltre

1 Mi riferisco al mio scritto *Jobs Act degli autonomi: prime riflessioni in Cronache dal Foro parmense, anno XXVI, numero 2, 2017, pp. 3 ss.*

2 L'emendamento, da ultimo approvato in Senato, è il seguente:*"2. Le disposizioni di cui all'art. 13-bis della legge 31 dicembre 2012, n. 247 si applicano, in quanto compatibili, anche alle prestazioni rese dai professionisti di cui all'art. 1 della legge 22 maggio 2017, n. 81, anche iscritti agli ordini e collegi, i cui parametri ai fini di cui al comma 10 del predetto articolo sono definiti dai criteri ministeriali adottati ai sensi dell'articolo 9del decreto legge24 gennaio2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.*
3. La pubblica amministrazione, in attuazione dei principi di trasparenza, buon andamento ed efficacia delle proprie attività, garantisce il principio dell'equo compenso in relazione alle prestazioni rese dai professionisti in esecuzione di incarichi conferiti dopo l'entrata in vigore della presente legge."

numero 3 2017 bis.indd 5 10/12/17 19:53

i sessanta giorni dalla richiesta di pagamento; l'attribuzione al cliente della facoltà di "rifiutare" la stipulazione in forma scritta "degli elementi essenziali del contratto".

Le clausole vessatorie - previste per gli avvocati, ma applicabili anche alle altre professioni - riguardano le spese, disponendosi che, convenzionalmente, esse non potranno essere poste a carico del professionista, così come non si potrà pattuire la rinuncia, da parte del professionista, al rimborso delle spese.

Pure vessatorie sono considerate le clausole, riguardanti la sola professione legale, a mezzo delle quali si pattuisce che, nell'ipotesi in cui le spese liquidate in giudizio siano di importo superiore rispetto a quelle pattuite, non possa validamente convenirsi che l'avvocato si debba "accontentare" del minore importo pattuito.

Infine, sono previste come vessatorie le condizioni, a mezzo delle quali, in ipotesi di rinnovazione di una convenzione, vengano stipulate condizioni peggiorative rispetto alle precedenti pattuizioni anche con riferimento agli incarichi pendenti o comunque non definiti o non ancora fatturati.

Nel testo di legge in esame si dispone la nullità delle clausole vessatorie, con la precisazione che si tratta di nullità parziale e che essa, *"opera soltanto a vantaggio dell'avvocato"* (nullità di protezione).

Va però rilevato che la disciplina delle clausole vessatorie è fortemente ridimensionata a sfavore del professionista, essendo previsto, nell'art. 2 del disegno di legge, che le clausole si considerano vessatorie "*salvo che non siano state oggetto di una specifica trattativa*". Restano vessatorie, in ogni caso, anche se oggetto di specifica trattativa, soltanto le clausole consistenti "*nella riserva al cliente della facoltà di modificare unilateralmente le condizioni del contratto"* (lettera a) e *"nell'attribuzione al cliente di pretendere prestazioni aggiuntive che l'avvocato deve prestare a titolo gratuito"* (lettera c).

Sono viceversa legittime, se oggetto di specifica trattativa, le altre clausole indicate nell'art. 2, tra le quali spiccano quelle sull'anticipazione delle spese a carico del professionista, sulla rinuncia al rimborso delle spese (!) e sulla previsione di termini superiori ai 60 giorni per il pagamento delle prestazioni professionali.

Infine, è prevista la determinazione giudiziale del compenso, il cui ammontare sia ritenuto non equo dal giudice, il quale applicherà i parametri previsti dal decreto del Ministro della giustizia, ai sensi dell'art. 13, comma 6, L. n. 247/2012, per quanto riguarda gli avvocati.

Per quanto concerne gli altri professionisti, saranno applicati giudizialmente i parametri previsti dai decreti ministeriali per ciascun ordine professionale[3].

2 Il disegno di legge sull'equo compenso ricalca, come si è visto, in larga parte la legge n. 81/2017 (*Jobs Act* degli autonomi), richiamata espressamente per quanto riguarda l'ambito di applicazione soggettivo, con la quale si sono fissati limiti all'autonomia privata contrattuale nei rapporti tra soggetti in posizione di disparità sotto il profilo economico.

L'elemento di novità è costituito dall'equo compenso, in relazione al quale è stato fatto riferimento, ancorchè indirettamente, al principio fondamentale contenuto nell'art. 36 Cost., primo comma[4].

Il richiamo indiretto al principio costituzionale della retribuzione sufficiente è in linea con l'opinione, sinora dominante, secondo la quale l'art. 36 Cost. non sarebbe applicabile al lavoro autonomo ed anche al lavoro parasubordinato (in dottrina, per quanto risulta, vi è un'isolata, autorevole voce dissenziente[5]).

L'opinione dominante, a parere di chi scrive, potrebbe essere rivista: il che condurrebbe all'affermazione dell'equo compenso attraverso l'applicazione del principio dell'art. 36 Cost. anche al lavoro autonomo (non imprenditoriale) e al lavoro parasubordinato, sulla base della vigente legislazione[6].

A favore dell'applicabilità dell'art. 36 Cost., oltre il lavoro subordinato, militano i seguenti argomenti.

L'art. 35, che apre il titolo III della Carta Costituzionale, prevede la tutela del lavoro *"in tutte le sue forme ed applicazioni"*.

L'affermazione di tale fondamentale principio non può essere limitata al solo lavoro subordinato. Nell'ambito di detta tutela

3 V. la nota 2 che precede.

4 Necessaria proporzionalità della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro svolto.

5 GIACOBBE, voce *Professioni intellettuali, in Enc. dir., vol. XXXVI, Milano 1987, p. 1087.*

6 Nel disegno di legge del 2017, ad iniziativa del sen. Sacconi, di cui si è accennato nella premessa - riguardante "*disposizioni in materia di equità del compenso e responsabilità professionale delle professioni regolamentate" vi è il richiamo espresso all'art. 36 Cost.: "In attuazione dell'art. 36, primo comma, della Costituzione, la presente legge è finalizzata a tutelare l'equità del compenso dei professionisti iscritti ad un ordine o collegio professionale e a garantire certezza del diritto nei loro rapporti con il committente".*

numero 3 2017 bis.indd 6 10/12/17 19:53

dovrebbe rientrare anche il diritto ad una equa retribuzione e, quindi, ad un equo compenso per quanto concerne il lavoratore autonomo o parasubordinato.

Le ragioni a favore dell'inapplicabilità paiono superabili.

Il principale argomento a favore dell'inapplicabilità è costituito dalle previsioni del comma 2 e del comma 3 dell'art. 36, riguardanti la durata massima della giornata lavorativa e il diritto per il lavoratore al riposo settimanale ed alle ferie annuali retribuite.

Ma siffatto argomento non tocca, a mio avviso, il principio sancito nel primo comma: il diritto del lavoratore ad "*una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro svolto e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa*"; principio che va preso in considerazione indipendentemente dalle regole enunciate nel 2° e nel 3° comma.

Neppure pare convincente, ai fini dell'inapplicabilità, osservare come è stato fatto, che il lavoratore subordinato riceve un'unica retribuzione in quanto ha un'unica occupazione, mentre il libero professionista ha, in genere, una pluralità di incarichi[7].

Invero, la molteplicità di incarichi per il professionista può essere parificata alla pluralità di contratti a tempo parziale per il lavoratore subordinato, in ordine ai quali è stato più volte affermata, in giurisprudenza e in dottrina, l'applicabilità dell'art. 36 Cost..

Peraltro, va richiamata una risalente pronuncia della Corte costituzionale[8], nella quale, incidentalmente, si affermò la parificazione di tutela tra il lavoratore subordinato e il lavoratore parasubordinato, ai sensi dell'art. 409 c.p.c..

L'applicabilità dell'art. 36 Cost. condurrebbe alla soluzione del problema dell'equo compenso per i liberi professionisti, per i quali, come è noto, il codice civile disciplina all'art. 2232 il compenso, la determinazione del quale è rimessa, però, alla volontà delle parti e, solo in assenza di una regolamentazione pattizia, è prevista la determinazione del compenso ad opera del Giudice.

La determinazione giudiziale del compenso, effettuata sulla base dell'art. 36 Cost., andrebbe a sostituire la regolamentazione pattizia in violazione del precetto costituzionale.

3

Il disegno di legge sopra esaminato, pur essendo da accogliere positivamente per l'introduzione dell'equo compenso, presta il fianco ad alcune critiche.

La prima riguarda l'ambito di estensione del principio, che non può essere circoscritto ai soli rapporti con i clienti c.d. forti (banche, assicurazioni, grandi imprese e pubblica amministrazione), dovendo essere esteso, a parere di chi scrive, alle prestazioni professionali svolte a favore di chiunque.

È appena il caso di ricordare che il professionista (specialmente se giovane) in molti casi è indotto a pattuire un compenso non equo anche con soggetti non rientranti nell'ambito dei clienti forti.

Un altro aspetto critico concerne la disciplina delle clausole vessatorie, laddove – come già prima rilevato – la "specifica trattativa" rende legittime alcune pattuizioni massimamente sfavorevoli per il professionista.

È facile immaginare a quali strumentalizzazioni si potrebbe prestare la norma così formulata.

In conclusione, il disegno di legge esaminato, pur essendo apprezzabile in linea di principio per quanto riguarda l'equo compenso, lascia molto perplessi sul circoscritto ambito di applicazione e sulla disciplina delle clausole vessatorie, in relazione alla quale la posizione del "cliente forte" non appare molto indebolita.

Occorrerà (occorrerebbe) qualche efficace aggiustamento, in difetto del quale la battaglia contro "i poteri forti" - di cui tanto si parla in questi ultimi tempi - pare destinata a esiti non felici.

Luigi Angiello

7 MUSOLINO, *Contratto d'opera professionale in Il Codice civile Commentario* diretto da Busnelli, *II ed., Milano, 2014, p. 330.*

8 Ordinanza 10/5/'78 n. 57 in *Foro it., I, 1978, 1344.*

numero 3 2017 bis.indd 7 10/12/17 19:53

Variazioni

SEGRETERIA ORGANISMO DI MEDIAZIONE: posta elettronica certificata odm-parma@pec.odm-parma.it;

avv. MARIA CHIARA BLASI: Parma, borgo Girolamo Cantelli 11, tel. 0521/385552 - 578150, telefax 0521/578150, invariati gli altri recapiti;

avv. SIMONA COCCONCELLI: Parma, borgo Girolamo Cantelli 11, tel. 0521/385552 - 578150, telefax 0521/578150, invariati gli altri recapiti;

avv. ALBERTO MONTANARINI: Parma, viale Mariotti 1, tel. 0521/235211, telefax 0521/235298, e-mail alberto.montanarini@abczeta.it, posta elettronica certificata alberto.montanarini@pec.abcz.biz;

avv. SIMONA CARUSO: Parma, via Rosselli 13, tel. 0521/1856214, cell. 389/8858290, telefax 0521/1852774, invariati gli altri recapiti;

avv. LUCIO DE PALMA: Mamiano di Traversetolo, PR, strada Argini 106, tel. e telefax 0521/228005, invariati gli altri recapiti;

avv. MARA NEGRI: e-mail avvmaranegri@gmail.com;

avv. CRISTINA TRIPICIANO: e-mail avv.cristinatripiciano@gmail.com;

avv. ANTONELLA PASQUARELLA: Parma, viale Milazzo 2, invariati gli altri recapiti;

avv. MARIA GRAZIA DE ROSA: posta elettronica certificata avv.mariagrazia.derosa@pec.it;

avv. LUCA CAMUSSI: telefax 0521/1413390;

avv. LINO VIGNALI: tel. 0521/861103 soppresso;

avv. CARLO AMADINI: Parma, borgo Bruno Longhi 8, invariati gli altri recapiti;

dott.ssa LORETTA PENSATO: Parma, borgo Bruno Longhi 8, invariati gli altri recapiti;

avv. FRANCESCO MAZZONI: seconda e-mail ordinaria mazzoni.studiolegale@gmail.com;

avv. ANDREA MERLI: tel. e telefax 0521/485579, cell. 333/6111809;

avv. MILENA ORLANDELLI: Parma, via Lombardia 4, cell. 338/2293569, invariati gli altri recapiti;

avv. GIUSEPPE ROSAFIO: Parma, strada Giuseppe Mazzini 6, tel. 0521/234762 – 287457, telefax 0521/231177, invariati gli altri recapiti;

avv. BARBARA NAVARI: primo studio, Parma, borgo Antini 7, tel. e telefax 0521/186449, cell. 340/3057889, secondo studio, Parma, via Zarotto 47, invariati gli altri recapiti;

avv. MANUELA MULAS: secondo studio, Parma, strada Mazzini 6, tel. 0521/287457, telefax 0521/231177, invariati gli altri recapiti;

avv. PAOLO MORETTI: telefax 0521/235298;

avv. PIETRO MELI: telefax 0521/204256;

avv. LAURA FLORA: Parma, borgo Garimberti 6, tel. 0521/1412566, telefax 0521/1412564, invariati gli altri recapiti;

avv. FRANCA DE ROSA: e-mail studiolegalederosaeassociati@gmail.com;

errata corrige pag. 291 da "STUDIO LEGALE ASSOCIATO AVVOCATO STABILITO FRANCESCO CALTAGIRONE & AVVOCATO LUISELLA LAZZARONI" a "STUDIO LEGALE ASSOCIATO AVVOCATO FRANCESCO CALTAGIRONE & AVVOCATO LUISELLA LAZZARONI" componenti associazione avv. FRANCESCO CALTAGIRONE e avv. LUISELLA LAZZARONI;

avv. MICHELE BONATI: e-mail avvmichele.bonati@gmail.com;

dott.ssa MICHELA MARIA CARMEN BUONOMO: Parma, via Alinovi 5;

avv. SARA TORRESIN: Parma, vicolo dei Mulini 4, tel. e telefax 0521/711258, invariati gli altri recapiti;

avv. ANNA PROKOP MALGORZATA: tel. 0521/030656;

avv. VALENTINA GASTALDO: Parma, borgo Giacomo Tommasini 20, tel. 0521/1756266, telefax 0521/223116, invariati gli altri recapiti;

avv. SUSANNA BENAGLIA: Parma, piazzale Carlo Alberto Dalla Chiesa 1, telefax 0521/1622197, invariati gli altri recapiti;

avv. ELIANA SAMMARTANO: Parma, via Monte Santo 5, cell. 393/0279477, tel. e telefax 0521/1812633, e-mail sammartano.eliana@hotmail.it, posta elettronica certificata avvelianasammartano@legalmail.it;

avv. CRISTIANO BINI: Parma, via Mazzini 6, invariati gli altri recapiti;

avv. MARCO SPAGGIARI: Parma, viale Tanara 13, tel. 0521/491686, telefax 0521/1852786, invariati gli altri recapiti;

dott.ssa FRANCESCA GALLIANI: posta elettronica certificata francesca.galliani@pec.it;

avv. MARIALAURA PELLEGRINO: Salsomaggiore Terme, via Valentini 2, tel. 0524/571455, telefax 0524/581589, invariati gli altri recapiti;

avv. MARCELLO SPAGGIARI: telefax 0521/835634;

avv. PAOLO RIGHINI: telefax 0521/508400;

avv. RAFFAELE BUSANI: unico studio, Salsomaggiore Terme, viale Giacomo Matteotti 73, tel. e telefax 0524/401422, e-mail info@studiolegalebusani.com, posta elettronica certificata raffaelebusani@pec.studiolegalebusani.com, invariato il cell.;

avv. PIERFRANCESCO BRUNELLI: Parma, strada Mazzini 6, invariati gli altri recapiti;

avv. DANIELE PICELLO: Parma, piazzale Carlo Alberto Dalla Chiesa 1, invariati gli altri recapiti;

avv. CAROLINA BELFIORE: Parma, piazzale Carlo Alberto Dalla Chiesa

AGGIORNAMENTO ALBI

ISCRIZIONI

- CARMELA DANIELA FERRARO (delibera 26.9.17)
- RICCARDO MARINI Elenco Speciale degli avvocati addetti agli Uffici legali di enti pubblici (delibera 3.10.2017)
- PIO ANTONACI per trasferimento dall'Ordine di Foggia (delibera 17.10.2017, anzianità 13.1.2001)
- CRISTINA AFFANNI (delibera 24.10.2017)
- ALICE BRAMBILLA (delibera 24.10.2017)
- CLAUDIO BIANCHINI per trasferimento dall'Ordine di Napoli (delibera 24.10.2017, anzianità 15.1.2003)
- PAULINA SEWERZYN'SKA Sezione Speciale Avvocati Comunitari UE Stabiliti (delibera 31.10.2017)
- FRANCESCO LA ROVERE per trasferimento dall'Ordine di Massa Carrara (delibera 14.11.2017, anzianità 13.1.2017)
- GIULIA CUCCHI (delibera 21.11.2017)
- BERNARDO ROGNETTA per trasferimento dall'Ordine di Reggio Calabria (delibera 5.12.2017, anzianità 11.1.2010)

CANCELLAZIONI

- ALFREDO COVA, per decesso (data delibera 19.9.2017, data decorrenza 11.8.2017)
- ALDO COLLI, per decesso (data delibera 26.9.2017, data decorrenza 19.9.2017)
- MARIA LAURA SIDERI per trasferimento all'Ordine di Reggio Emilia (data delibera 26.9.2017, data decorrenza 11.9.2017)
- ANGELICA ROSSETTI (delibera 3.10.2017)
- DANIELA RAELI (delibera 24.10.2017)
- IVANO BANDINI (delibera 21.11.2017 decorrenza 1.12.2017)
- LUCA SONCINI (delibera 5.12.2017)

SOSPENSIONI VOLONTARIE ex art. 20 c. 2 l. 247/2012:

- ANNA MARIA NOCERA (delibera 19.9.2017)

REVOCA SOSPENSIONI VOLONTARIE ex art. 20 c. 2 l. 247/2012:

- ANGELO DETTORI (delibera 19.9.2017)

Alla data del 5 dicembre 2017 gli iscritti all'albo erano **milleduecentocinquantacinque**

PRATICANTI AVVOCATI

Iscritti	n. 22
Cancellati n.	n. 17

PATROCINATORI LEGALI

Iscritti	n. 3
Cancellati	n. 3

PATROCINATORI ABILITATI AL PATROCINIO SOSTITUTIVO

Iscritti	n. 4

numero 3 2017 bis.indd 8 10/12/17 19:53

1, cell. 393/9859992, invariati gli altri recapiti;

avv. SABRINA ALBERINI: Parma, strada Garibaldi 2, telefax 0521/1523005, e-mail segreteria@studiolegalealberini.com, invariati gli altri recapiti;

avv. DANIELA BANDINI: e-mail avvdanielabandini@libero.it;

avv. PAOLO SCHIVAZAPPA: Parma, via Goito 16 A, invariati gli altri recapiti;

avv. ANGELO DETTORI: Parma, strada Conservatorio 15, tel. 0521/234610, telefax 0521/289545, e-mail angelodettori@hotmail.com, posta elettronica certificata avv.angelodettori@pec.giuffre.it;

avv. ALESSANDRO NUCCI: telefax 0521/1852698;

avv. GERARDINA TRABACE: Parma, piazzale Carlo Alberto Dalla Chiesa 1, invariati gli altri recapiti;

avv. DONATA GIORGIA CAPPELLUTO: Parma, via Mazzini 6, e-mail donatagiorgia.cappelluto@avvocaticappelluto.it, invariati gli altri recapiti;

avv. LAURAVITA CAPPELLUTO: Parma, via Mazzini 6, e-mail lauravita.cappelluto@avvocaticappelluto.it, invariati gli altri recapiti;

avv. ALESSANDRA ZONGOLI: posta elettronica certificata avv.alessandrazongoli@pec.it;

avv. BRUNO CAMAIORA: Parma, strada Sant'Anna 19, invariati gli altri recapiti;

avv. SIMONA GNONI: Parma, borgo G. Cantelli 11, tel. 0521/1801960, telefax 0521/1801958, invariati gli altri recapiti;

avv. ALBAROSA BALESTRIERI: tel. 0521/393762, telefax 0521/393309;

avv. MARIAPAOLA ANGELLIERI: e-mail avvangellieri@live.it;

avv. CORRADO VINCENTI: Parma, via Camillo Rondani 6, cell. 331/5666060, invariati gli altri recapiti;

avv. IOANA VERBANCU: Parma, borgo Giacomo Tommasini 20, tel. e telefax 0521/712049, invariati gli altri recapiti;

avv. EDOARDO ACQUISTAPACE: Parma, via Mazzini 2, invariati gli altri recapiti;

avv. SABRINA ALBERINI: Parma, strada Garibaldi 2, invariati gli altri recapiti;

dott.ssa FEDERICA SPADACCINI: posta elettronica certificata federica.spadaccini@legalmail.it;

avv. IVANO BANDINI: Parma, via Gallenga 1, cell. 338/1215712, telefax 0521/994330, invariati gli altri recapiti;

avv. EUGENIA CROCE BERMONDI: chiusura studio in Parma per trasferimento ad altro Ordine;

studio associato: "STUDIO LEGALE ASSOCIATO RESTANO" componenti associati: avv. Carlo Andrea Restano, avv. Isabella Molè.

avv. MASSIMILIANO PORCARI: telefax 0521/986759, e-mail porcari@studio1987.com;

avv. PENELOPE VECLI: telefax 0521/986759, e-mail vecli@studio1987.com;

avv. BARBARA GIOVANNELLI: unico telefax 0521/986759,

avv. CORRADO VINCENTI: Parma, vicolo Z. Campanini 1, cell. 327/4229721, telefax 0521/1857165, e-mail cor1.vincenti@libero.it, posta elettronica certificata cor.vincenti@pec.giuffre.it;

avv. LAURA FAVARO: Parma, vicolo Z. Campanini 1, cell. 327/4229721, telefax 0521/1857165, e-mail avvfavaro@libero.it, posta elettronica certificata avvfavarolaura@pecstudio.it;

avv. FEDERICA PUTELLI SCRINZI: Parma, borgo Ronchini 9, tel. e telefax 0521/1475215, e-mail avvfedericaputelliscrinzi@gmail.com, posta elettronica certificata federicaputelliscrinzi@pec.it, casella UNEP n. 315;

avv. EMANUELA FERRAZZI: Parma, borgo XX marzo 1, tel. e telefax 0521/711231, e-mail avv.emanuelaferrazzi@aruba.it, posta elettronica certificata avv.emanuelaferrazzi@pec.it;

avv. GIOVANNI VARCARO: Parma, borgo della Posta 28, invariati gli altri recapiti;

avv. CARLOTTA FARNITANO: Parma, borgo della Posta 28, invariati gli altri recapiti;

avv. STEFANO MOLINARI: telefax 0521/289545;

avv. MICHELE MEGHA: telefax 0521/289545;

avv. FEDERICO GENNARI: telefax 0521/289545;

studio associato: "STUDIO LEGALE ASSOCIATO SAVANI, FERRARI E TOMASI", secondo studio, Torrile, frazione San Polo, piazza della Repubblica 8;

avv. GIOVANNI MASSIMO SAVANI: secondo studio, Torrile, frazione San Polo, piazza della Repubblica 8;

avv. ERIKA FERRARI: secondo studio, Torrile, frazione San Polo, piazza della Repubblica 8;

avv. NAGELA TOMASI: secondo studio, Torrile, frazione San Polo, piazza della Repubblica 8;

ATTIVITA' DEL CONSIGLIO

Dal 12 luglio 2017 al 5 dicembre 2017 il Consiglio si è riunito n. 16 volte.

Elenco delle presenze dei Consiglieri alle adunanze:

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

OPINAMENTO PARCELLE

Dal 12 luglio 2017 al 5 dicembre 2017 l'apposita commissione consiliare (ovvero il Consiglio) ha opinato n. 5 parcelle e ha espresso n. 77 pareri di congruità.

ESPOSTI

Dal registro dei reclami nei confronti degli iscritti dal 12 luglio 2017 al 5 dicembre 2017:

Pervenuti n. 44 (tutti trasmessi al CDD di Bologna)
Pervenuti n. 4 (trasmessi per competenza al COA di Milano n. 1, al COA di Lecce n.1, al COA di Massa Carrara n.2)

Tentativi di conciliazione ai sensi dell'art. 13 L. 247/2012 dal 12.7.2017 al 31.10.2017:

Fissati	n. 7
Non riusciti	n. 6
Da esperire	n. 1

RICHIESTE DI AMMISSIONE AL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

Dal 12 luglio 2017 al 5 dicembre 2017:
istanze pervenute n. 185 di cui:

ammesse	n. 182;
in sospeso	n. 5

LA PORTATA DEL PRINCIPIO DELLA RAGIONE PIU' LIQUIDA

La sentenza che offre lo spunto per qualche breve considerazione sul principio della ragione più liquida è stata pronunciata dalla Corte d'Appello felsinea in materia di riconoscimento della decorrenza di un rapporto di lavoro subordinato e delle conseguenti differenze retributive maturate in capo al lavoratore che è ricorso al Giudice del lavoro.

In breve il ricorrente ha chiesto in primo grado che fosse riconosciuta al proprio rapporto di lavoro subordinato una maggiore durata e che, per l'effetto, il datore venisse condannato al pagamento delle differenze salariali non corrisposte e del t.f.r. proporzionalmente maturato.

Il resistente ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità della domanda allegando, quale fatto ostativo al suo ingresso processuale, il precedente perfezionamento della procedura di emersione del lavoro irregolare con effetto sanante e comunque, nel merito, l'infondatezza della pretesa creditoria.

In prime cure il Tribunale di Modena ha innanzitutto disatteso l'eccezione preliminare ritenendo che il perfezionamento dell'iter normativo di emersione del lavoro irregolare incidesse unicamente per lo sgravio di illeciti collegati di natura amministrativa e penale, senza comunque pregiudicare il persistente diritto al riconoscimento della durata effettiva del rapporto per la sua ricaduta sui crediti retributivi rivendicati dal lavoratore.

Con l'accoglimento nel merito della domanda, all'esito dell'istruttoria compiuta, detti crediti sono stati quindi accertati ed il resistente perciò condannato al pagamento del dovuto, come pure alla regolarizzazione della corrispondente posizione contributiva.

In sede di gravame il Giudice d'appello ha fatto uso del principio della ragione più liquida e così, accogliendo direttamente il secondo dei motivi di impugnazione (riproposti nello stesso ordine sequenziale di precedenza decisionale rispettivamente delle questioni di ammissibilità rispetto a quelle di fondatezza nel merito della domanda) ha integralmente riformato la sentenza impugnata accertando l'infondatezza nel merito della domanda proposta dal lavoratore per difetto di prova attorea dei fatti costituivi.

In particolare la Corte d'appello ha ritenuto che, anche superando *de plano* il riesame delle questioni preliminari sollevate dall'appellante, risultasse comunque di pronta ed unica decisione, per il suo rigetto, la questione attinente al merito della domanda sulla scorta delle risultanze istruttorie (diversamente) ritenute insufficienti all'assolvimento dell'onere probatorio sui fatti allegati.

Il criterio della ragione più liquida trova fondamento negli artt. 24 e 111 Cost. ed è frequentemente utilizzato in giurisprudenza nel processo decisionale seguito dal giudice.

Il principio permette di scegliere la soluzione più idonea, sul piano dell'impatto operativo piuttosto che su quello tradizionale della coerenza logico – sistematica, a consentire la preferenza del profilo dell'evidenza a quello dell'ordine di trattazione delle questioni stabilito all'art. 276 c.p.c..

La disposizione deve essere coordinata con l'art, 187, 2° comma, c.p.c., che prevede che il giudice decide la causa senza necessità di esaminare e risolvere tutte le questioni sollevate dalle parti e rilevate d'ufficio, sulla base della risoluzione di una questione preliminare di merito quando, così facendo, può essere definito il giudizio con un accertamento circa l'esistenza o l'inesistenza del diritto sostanziale fatto valere.

La norma attua i principi di economia processuale, consentendo di semplificare la trattazione e l'istruzione della causa, e di ragionevole durata, riducendo i tempi del giudizio.

Se ne ricava il principio di assorbimento delle questioni non decise poiché non è necessario che il giudice prenda posizione su tutti i temi che sono stati affrontati dalle parti.

In altri termini non vi è per il giudicante un vincolo di completezza circa la risoluzione dei punti in contestazione.

Le condizioni necessarie e sufficienti per la pronuncia immediata sono che la questione sia pronta per essere decisa e che la sua risoluzione permetta la definizione del giudizio.

L'ordinamento dunque è informato al principio del primato della ragione più liquida così efficacemente espresso in dottrina: "*se, in*

numero 3 2017 bis.indd 10 10/12/17 19:53

un processo, sussiste una ragione sufficiente per la decisione, la sentenza può fondarsi su di essa anche quando il motivo della decisione si pone, da un punto di vista logico, a valle di altre ragioni, che non sono affrontate e decise"[1].

In una prospettiva aderente alle esigenze di economia processuale e di celerità del giudizio, nella scelta del percorso decisionale si favorisce la questione ritenuta di più agevole soluzione – anche se logicamente subordinata – senza che sia necessario esaminare previamente le altre normativamente anteposte.

Nel caso affrontato il criterio della ragione più liquida ha permesso al Giudice di rigettare la domanda sulla base di un motivo di più facile accertamento sotto il profilo istruttorio rispetto a quello di inammissibilità, essendo stato a ciò invero facilitato – per la rivalutazione delle risultanze processuali delle prove già assunte - dalla natura del giudizio di secondo grado ad istruttoria ormai chiusa e, di regola, irripetibile.

Di analoga facoltà non si era invece avvalso il *Giudice a quo* che aveva affrontato le questioni proprio nell'ordine prospettato, rigettando innanzitutto quella preliminare di ammissibilità siccome ritenuta non impediente alla trattazione del merito, la cui successiva valutazione positiva aveva consentito un opposto giudizio di fondatezza della domanda.

Tradizionalmente la ragione più liquida viene utilizzata per seguire un ordine diverso da quello logico previsto dall'art. 276 c.p.c. tra le sole questioni di merito, in presenza di una ragione da sola idonea a giustificare il rigetto nel merito, poiché ai fini dell'inesistenza del diritto dedotto in causa è sufficiente la mancanza di uno soltanto di più fatti costitutivi o, specularmente, l'esistenza di uno soltanto di più fatti impeditivi, modificativi ed estintivi.

Se il giudice si convince che difetta uno di detti fatti costituivi o che sussiste uno soltanto di quelli *tout court* ostativi è in grado di definire il giudizio dichiarando l'inesistenza del diritto senza ulteriori indagini sugli altri fatti rilevanti.

In un caso, ad esempio, è stata rigettata una domanda risarcitoria per responsabilità professionale proposta dalla società attrice nei confronti del revisore contabile solo sulla base dell'incongruità, genericità ed inammissibilità della prospettazione del danno subito "*senza necessità di dare ingresso all'attività istruttoria richiesta dalle parti e con assorbimento di tutte le altre questioni*".[2]

Meno frequente, seppure comunque possibile, è l'applicazione del principio del primato della ragione più liquida anche per sentenze di accoglimento che, presupponendo al contrario l'accertamento dell'esistenza del diritto, implicano nel contempo la valutazione dell'intera fattispecie costituiva e della inesistenza di tutti i fatti modificativi, impeditivi ed estintivi.

L'ipotesi è quella di domande relative a diritti autodeterminati (diritti assoluti e reali di godimento come pure azioni costitutive di impugnazione di un contratto) ove l'attore abbia invocato, a fondamento del loro accoglimento, una pluralità di fatti costitutivi tra loro concorrenti.

Offrendo una ricostruzione che consente una risposta affermativa, ci si è domandato però se, con carattere di eccezione al principio generale, la prevalenza del principio della ragione più liquida possa tollerare deroghe o essere confinato in limiti definiti.

Il riferimento è (A) al vincolo di completezza, se per il giudice sussistesse – per legge o volontà delle parti - un obbligo di esame e risoluzione di tutte le questioni rilevanti, e (B) a quello di subordinazione, se – per la stessa ragione - corresse un obbligo di trattazione e decisione delle questioni secondo un ordine predeterminato[3].

Per il vincolo di completezza il richiamo è alle domande di impugnazione di atti (ad es. delibere assembleari) laddove l'accoglimento di uno solo dei plurimi motivi è indifferentemente bastevole alla definizione del giudizio ma l'accoglimento della domanda raggiunto con la decisione completa di tutti i motivi di impugnazione dedotti assume per la parte valore significativo per il futuro.

La parte ha certamente un interesse a che vengano decisi con priorità i motivi il cui accoglimento risulta maggiormente satisfattivo (così è del tutto intuitivo che l'annullamento per vizi sostanziali ha un'utilità maggiore rispetto ad un motivo formale) e comunque nella loro completezza allorquando ne derivi l'effetto conseguente di adeguamento per il futuro esercizio del diritto (si pensi per l'impugnazione di delibera societaria alla violazione, fra gli altri motivi di censura, anche della regola sulla distribuzione degli utili, il cui esame e risoluzione può giovare anche dopo la rimozione dell'atto viziato e precludere ulteriori liti sul punto).

Anche il vincolo di subordinazione, soprattutto – ma non solo – determinato dalla volontà della parte, può per altro profilo incidere sul principio del primato della questione risolutiva più pronta, nella cui applicazione discrezionale le questioni vengono consi-

1 LUISO, Diritto processuale civile, vol. II, 8^ ed., Milano, 2015, 68; nel senso che l'attività decisoria è governata dal principio del primato della ragione più liquida ed è perciò svincolato dall'ordine logico delle questioni anche Cass., sez, un., 14.12.2014 n. 2642

2 Trib. di Milano, Sez. Imprese, 15.12.2016

3 MENCHINI, L'ordine di decisione delle questioni di merito, in Rivista di Diritto Processuale, 2/2017

numero 3 2017 bis.indd 11 10/12/17 19:53

derate dal giudice giuridicamente equivalenti.

In particolare il principio può subire deroga ogni volta che per la parte le difese assumono singolarmente un significato preciso ed una diversa incidenza le une rispetto alle altre.

In presenza di almeno uno dei due presupposti cade la interscambiabilità dei motivi e pertanto la loro trattazione avviene secondo un ordine di preferenza; il giudicante deve dare precedenza di esame al motivo principale e, soltanto in caso di accertamento negativo sulla sua fondatezza in fatto o in diritto, può proseguire la trattazione degli altri motivi sottordinati.

In questo caso il criterio della ragione più pronta cede il passo all'interesse della parte ad ottenere dalla sentenza la più ampia tutela possibile (si tratta del cosiddetto "parametro della maggiore utilità ritraibile dalla sentenza finale di merito").

Il Giudice del resto, fra più motivi parimenti idonei a definire il giudizio, deve optare per quello che assicura la decisione più stabile anche sacrificandone altri di maggiore evidenza, così come preferire la questione che, seppur meno pronta, fornisce alla parte la maggiore utilità finale.

Proprio detta utilità può essere ricercata dalla parte nel maggior grado di soddisfacimento attraverso la graduazione delle difese contenute negli atti.

In questo caso il giudizio potrà risultare meno celere ma consentirà la sua definizione con una sentenza meno vulnerabile da nuove azioni successive originabili dalla stessa fattispecie.

Accade così che, in deroga eccezionale al principio di supremazia del criterio della ragione più liquida, il convenuto utilizzi la graduazione delle difese per condizionare il giudice nell'esame dell'eccezione di compensazione, perché è ovvio che potrà risultare più vantaggiosa una pronuncia di rigetto della domanda per non essere il diritto mai sorto o per essersi poi estinto rispetto ad una pronuncia di rigetto per operatività della compensazione.

Condizionato dall'istanza della parte, il giudice dovrà allora prima accertare l'esistenza dei crediti contrapposti e, successivamente, la loro eventuale compensabilità.

Analogamente si può argomentare per l'eccezione di adempimento rispetto alla questione relativa alla inesigibilità della prestazione.

Ai sensi dell'art. 1460 c.c. nei contratti con prestazioni corrispettive il contraente può rifiutare l'adempimento della prestazione se l'altro contraente non offre il contemporaneo adempimento della propria.

In caso opposto di adempimento spontaneo della prestazione l'eccezione deve essere quindi disattesa, ciò che comporta come corollario che la questione relativa all'adempimento debba essere esaminata con priorità rispetto all'*exceptio inadimpleti contractus*.

Vi è infine da rilevare che con le più recenti pronunce della Corte di Cassazione il criterio della ragione più liquida ha assunto, per così dire, una più spiccata duttilità processuale e valenza di impiego anche diversificata.

Le decisioni hanno optato per una nuova applicazione del criterio anche nel rapporto tra questioni di merito e questioni di rito, che consentirebbe al Giudice di rigettare la domanda nel merito senza esaminare le questioni pregiudiziali di rito.[4]

Il Supremo Collegio ha così affermato il principio secondo cui, in presenza di un'evidente ragione di inammissibilità o di manifesta infondatezza del ricorso in Cassazione, si impone la definizione con immediatezza del procedimento senza la preventiva integrazione del contraddittorio nei confronti di litisconsorti necessari cui il ricorso non risulti essere stato notificato, trattandosi di un'attività processuale del tutto ininfluente sull'esito del giudizio (in questo casi dagli atti emergeva l'esistenza di una questione pregiudiziale relativa al mancato perfezionamento della notifica del ricorso, essendo mancante la cartolina di ricevimento della raccomandata informativa di cui all'art. 140 c.p.c.).

Ancora in questo solco allargato si è ritenuto, anche dalla giurisprudenza di merito, che in un giudizio di opposizione a cartelle esattoriali relative a sanzioni amministrative per violazione di norme del codice della strada potesse affrontarsi in via preliminare la questione di intervenuta prescrizione delle sanzioni superando le eccezioni pregiudiziali relative alla natura della corretta opposizione da proporre avverso le cartelle. [5]

Qualche perplessità sorge piuttosto sulla condivisione del principio affermato dalla Corte d'appello di Torino in ipotesi di litisconsorzio necessario[6].

Con discutibile forzatura, si crede, il giudice del gravame ha affermato l'applicazione indiscriminata del principio della ragione più liquida, sulla scorta della prevalente infondatezza del ricorso, anche in relazione all'eccezione sollevata di violazione del principio di litisconsorzio necessario, non avendo ritenuto invero neppure sussistente una questione di integrità del contraddittorio.

Per quanto secondo il disposto di cui all'art. 354 c.p.c. sembri ricorrente nella fattispecie un'ipotesi di rimessione al primo giudice

4 Cass, Sez. III, 08.03.2017 n. 5804

5 Trib. Genova, 25.102016

6 App. Torino, sez. lavoro, 15.06.2017

numero 3 2017 bis.indd 12 10/12/17 19:53

ad evitare la pronuncia di una sentenza *inutiler data*, la Corte d'appello ha infatti escluso (in luogo del giudice *a quo)* la rilevanza di motivi di doglianza della parte per la mancata instaurazione del contraddittorio, trattandosi di sentenza di rigetto nel merito.

Altro limite all'applicazione del principio della ragione più liquida, per il mutamento dell'ordine di trattazione delle questioni di rito e di merito, è stato di recente affermato dal Tribunale di Vercelli[7], che ha escluso la possibilità di decidere una questione più pronta afferente la carenza di titolo esecutivo posto a fondamento di atto di precetto notificato, in presenza di fondata eccezione ostativa in rito sulla propria incompetenza per valore in favore di quella del Giudice di Pace.

La condivisibile motivazione ha fatto leva sulla prevalenza di indefettibili presidi processuali tutelati costituzionalmente (art. 25) quali, appunto, il principio del giudice naturale precostituito per legge.

Anche l'ordine di trattazione di più questioni di rito può risultare impermeabile al principio derogativo derivante dalla prevalenza della ragione più liquida prospettata per una di esse.

Proprio di recente lo ha ricordato il Supremo Collegio con una interessante pronuncia[8] ove il caso affrontato riguardava la proposizione cumulativa, ad opera della parte convenuta, di due eccezioni pregiudiziali di rito di cui l'una per la sussistenza di clausola compromissoria per arbitrato rituale e l'altra per l'incompetenza territoriale del giudice adito, con specificazione espressa dell'ordine di graduazione e di preferenza di decisione della prima rispetto alla seconda.

Nella fattispecie è stato riconosciuto il vincolo del giudice di merito all'osservanza dell'ordine indicato, senza possibilità di alterare la sequenza logica di esame delle questioni prospettata dalla parte, per due ordini di ragioni.

La prima, attinente al rispetto del potere dispositivo riservato alla parte perché libera di regolare le scelte processuali secondo i propri interessi.

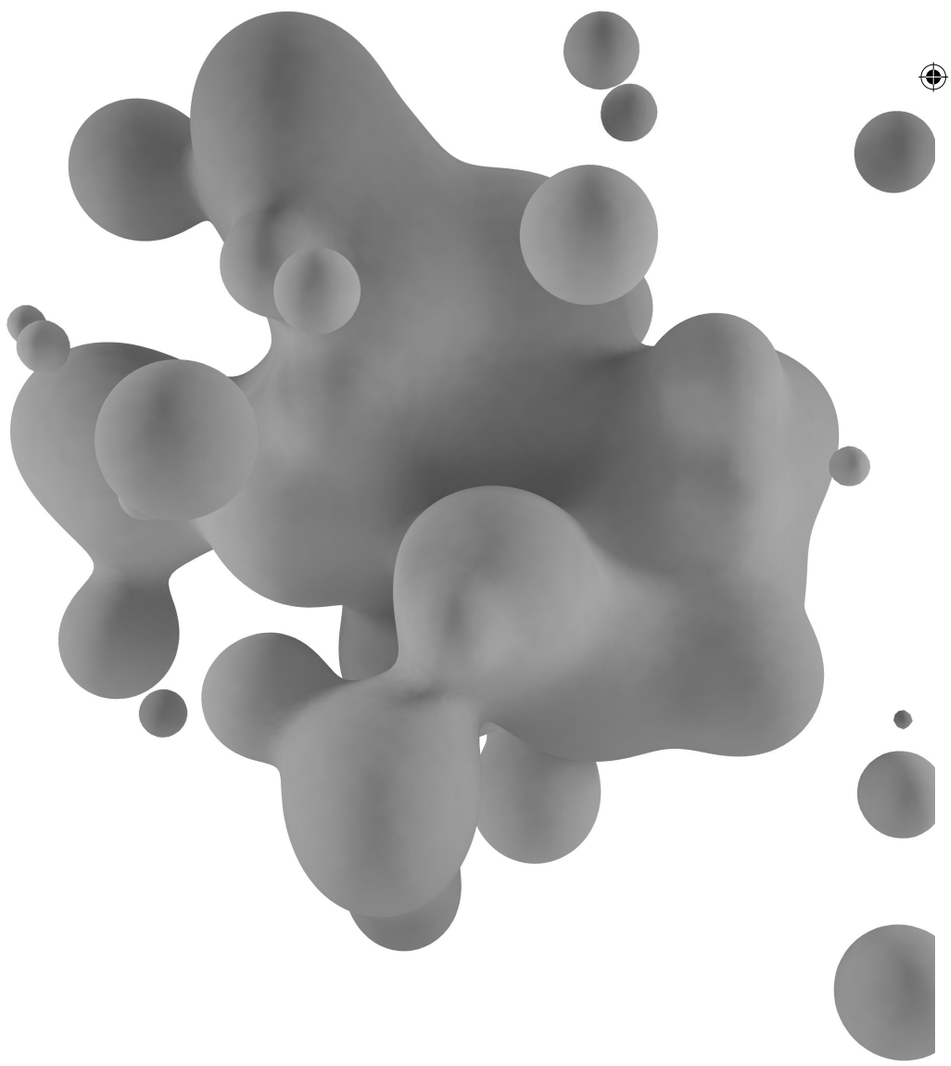
La seconda riconducibile al superiore principio costituzionale del giusto processo attuabile sia con economia dei mezzi processuali sia con tempi di celebrazione del giudizio del tutto ragionevoli ed accettabili.

Ovviamente la casistica non può esaurire tutte le possibili ipotesi limitative che soltanto caso per caso possono essere scrutinate.

Il criterio della ragione più liquida, per concludere, può dunque rappresentare un apprezzabile strumento di riduzione dei tempi richiesta per un giusto processo, sempreché se ne escluda un uso indifferenziato e sia salvaguardato il rispetto dei diritti delle parti processuali comunque non sacrificabili.

Carlo Barbieri

(Avvocato in Mantova)



7 ordinanza 09.05.2016, in Giurisprudenza Italiana, 2016, 2623, con nota di Alunni

8 Cass. civ., sez. VI, 25.10.2017 n. 18410, sito Il Caso.it, 08.11.2017

Giuseppe Chiovenda

**(Premosello-Chiovenda,
2 febbraio 1872 – 7 novembre 1937)**

Fulvio Villa, attento e colto lettore delle nostre CRONACHE, ci ha scritto:

"Il 7 novembre ricorrono 80 anni dalla morte di Giuseppe Chiovenda. Ho reperito, nei documenti, questa acquaforte del suo ritratto, ed una breve commemorazione di ***Arturo Carlo Jemolo*** *all'Accademia dei Lincei del 24/4/1938, che mi pare potrebbe essere pubblicata su Cronache, sempre sulla scia di quel tentativo di ricordare ai giovani Colleghi che il mondo cambia, ma l'etica dei valori non muta."*

Ben volentieri diamo seguito alla bella idea, non senza ricordare che il primo incarico universitario del Maestro (1901) fu nell'Università di Parma.

"Fu tra i maggiori avvocati d'Italia: da tutte le nostre città avvocati affluivano a lui a sottoporgli le cause più ardue, e non c'è ramo del diritto civile, commerciale, industriale, amministrativo, in cui l'avvocato Chiovenda non abbia combattuto una bella battaglia: anche questioni storiche lo trovarono combattente ferventissimo: tra le molte cause in tema di usi civici; di diritti araldici, di antiche servitù di uso pubblico, che lo videro patrono valorosissimo, può ricordarsi quella tra il Comune di Viterbo e la famiglia Lante per la ben nota villa di Bagnaia.

La sua clientela era prevalentemente di avvocati che lo desideravano associato; ma non gli mancavano i clienti diretti; e penso alla sorpresa che avranno provato i più umili tra essi, venuti alla capitale a cercare il grande avvocato nazionale, nel trovarlo così diverso dal *cliché* convenzionale del «mago del foro», nel vedere il maestro che ascoltava paziente, che rifletteva, cercava nella ricca biblioteca precedenti giurisprudenziali ed opere prima di rispondere, e poi dava il suo parere, che non era mai il «Vincerai di sicuro» o «Perderai certo» che il cliente suole attendersi e desiderare dall'avvocato, bensì era l'analisi esatta della situazione, la diagnosi, contenente fatalmente dei «se», dei «ma», dei «può darsi», ch›è la sola diagnosi che possa fare l›avvocato, il quale ben sa ciò ch'egli si appresta a dire, ma ignora ciò che si propone l'avversario, né sa l'eco che le tesi di entrambi troveranno nel giudice.

Avvocato di coscienziosità unica, che non solo avrebbe creduto imperdonabile non leggere e rileggere ogni infimo foglio nel grosso incarto della causa, ma che -sicuro dominatore della dottrina e della giurisprudenza- indugiava paziente nella ricerca giurisprudenziale; e sapeva venire incontro ai desideri del cliente, e mai avrebbe per indulgenza alla propria stanchezza o per non affrontare la fatica di una serrata preparazione, chiesto un differimento che al cliente fosse discaro.

Nel suo profondo rispetto per la giustizia e per i giudici, Chiovenda teneva per certo che non si possa vestire la toga -quella

numero 3 2017 bis.indd 14 10/12/17 19:53

dell'avvocato al pari di quella del magistrato- se non servendo la verità; che non sia lecito mai al legale scrivere o dire nell'interesse del cliente cosa che sappia non vera, mai lecito sostenere tesi di diritto che l'uomo di studio non possa avallare. Naturalmente ciò gli rendeva necessario rifiutare molti patrocini; credo fosse l'avvocato che respingesse maggior numero di clienti; ma egli era pure l'avvocato di cui, come disse il presidente D'Aquino nella commemorazione alla Suprema Corte, i giudici sapevano di potersi fidare, in cui sentivano vibrare il fervore della convinzione, l'accento della sincerità; e credo fosse tra gli avvocati quegli che contava più alta percentuale di vittoria. Anche quella sua eloquenza forense, così semplice, spoglia di ogni fronzolo, quasi scompagnata del tutto dal gesto, era proprio l'antitesi dell'eloquenza forense quale sogliono immaginarsela i profani; e non aveva, è d'uopo dirlo, il fascino di quella propria di altri avvocati, che la ravvivano con la satira o l'ironia cortese, come faceva Vittorio Scialoja, o talora con l'impeto della indignazione per il torto che vedono racchiuso nelle tesi avversarie, o con la bellezza dell'ampia frase letteraria, perfettamente paludata, ritmicamente disposta. L'eloquenza forense di Chiovenda traeva tutta la sua bellezza dal contenuto, dalla costruzione perfetta dell'arringa, dove tutto era a posto, dove ogni periodo aveva il suo scopo, e doveva trovare il suo posto in quel luogo e non in un altro, dove tutti gli argomenti erano incatenati, dove la dimostrazione era la più luminosa.

Lo scopo dell'avvocato è di convincere il giudice, e per convincerlo occorre non stancarlo, e presentargli gli argomenti nella luce più chiara, facilitargli il lavoro di assimilazione, di sistemazione, di collegamento logico.

Questo Chiovenda non lo dimenticava mai."

numero 3 2017 bis.indd 15 10/12/17 19:53

Dialoghi sui regolamenti di mediazione

1.- Il nostro regolamento

Sul precedente numero di Cronache (n. 2/2017 pag. 20 e segg.) è stato pubblicato un mio articolo dal titolo "La mediazione a due velocità".

Rilevo due errori materiali:

- a pag. 21 seconda col. ove è scritto "per il convenuto non costituito in giudizio che non partecipi alla mediazione si applica la sanzione pecuniaria di cui all'art. 8 bis e l'eventuale aggravio delle spese di lite" va soppresso il "non" in quanto la sanzione è applicata solo a coloro che sono costituiti in giudizio;

- a pag. 22 la circolare ministeriale citata come del 04.04.2011 è in realtà del 05.11.2013.

Si vuole qui precisare che mi riferivo al caso più frequente, cioè quando resti contumace o sia presente alla mediazione ma non aderisce la parte chiamata e comunque, quella non tenuta all'avvio della procedura, il che avviene nella pluralità dei casi. In tale ipotesi, il mediatore, quanto meno nella demandata, quando vi sia la disposizione del giudice a formulare una proposta conciliativa, o di coltivare quella su cui le parti sono state dallo stesso indirizzate, è ugualmente onerato di tale compito, comunicando alla parte contumace la proposta da lui eventualmente "aggiornata" o, se lo ritiene, altra di suo conio quando l'esito fosse negativo (si intende contumace in mediazione).

Naturalmente con il limite della impossibilità di fatto di procedere.

A carico della parte assente o che non aderisce la sanzione pecuniaria a favore dell'Erario e la applicazione dell'art. 116 c.p.c. ove l'esito sia definitivamente negativo. E questo è stato detto.

Quando, invece, l'assenteismo risale alla parte chiamante o comunque tenuta ad avviare la mediazione –o eventualmente ad entrambe le parti- (v. giurisprudenza che segue), a maggior ragione nella demandata, la proposta non può avere corso in quanto scatta la improcedibilità del giudizio.

Le osservazioni di cui al mio precedente articolo sono dettate dalla preoccupazione di un possibile conflitto tra organo di mediazione / giudici, i quali ultimi potrebbero ritenere non completata la procedura di mediazione e, al limite, rimandare le parti ad altro organismo, meno rigido.

Ho postato in *facebook* sul sito "Professionisti della mediazione" il problema ricevendone due opposti pareri:

Il mediatore Avv. Giuseppe Ruotolo scrive: "Penso che la proposta la faccio solo se mi viene richiesta da entrambi i medianti e, in questo caso, sempre che me la senta di farla.... Non c'è giudice che tenga".

Aggiunge: "Qualcuno mi spieghi che succede se io mediatore non mi adeguo alla richiesta del Giudice (di cavargli le castagne dal fuoco) e dò atto che i medianti dopo ampia discussione e disponibilità non hanno raggiunto un accordo".

Ed ancora: "Il Giudice faccia il Giudice come il mediatore fa il mediatore ..." nessun giudice (tanto meno nessun mediatore) potrà asservire la mediazione al processo ma solo prendere atto che il mediatore ha fatto il mediatore e ... non il giudice... Anteponendo l'interesse dei mediandi a quello per il "fascicolo processuale".

Questa interpretazione nasce dalla contrarietà alla cd. "processualizzazione" della mediazione: il Giudice non deve dettare tempi, contenuti e modalità di una procedura che in realtà è negoziale (ed infatti lo è, ma con riflessi processuali), e quindi affidata alla esclusiva responsabilità del mediatore.[1]

Viceversa il mediatore avvocato Dante Leonardi scrive: "Il regolamento (nostro, ndr) è scritto male ed è un po' furbetto. Danneggia gli avvocati e la mediazione. L'unica condizione ammissibile affinché sia formulata una proposta è che non si sia giunti ad un accordo e che i mediatori ritengano vi siano i necessari elementi. Regolamenti più stringenti sono illegittimi come ha chiarito il Tar Abruzzo. Detto questo il mediatore può anche ritenere che non si possa fare una proposta in una mediazione demandata, magari spiegando il perché a verbale. A me è capitato, ho incontrato il giudice che ha emesso quella ordinanza, che sostanzialmente ha condiviso le mie ragioni. Basta essere trasparenti e corretti, ognuno nel suo ruolo".

1 Nessuna incompatibilità: ai comportamenti delle parti sotto l'aspetto processuale si applicano gli artt. 116 c.p.c., la sanzione pecuniaria, gli artt. 92 e 96 c.p.c. e l'art. 13 dlgs n. 28/2010 mod., e, specularmente, nel tratto negoziale, i principi di buona fede discendenti dall'art. 2 Cost. e dalle clausole generali dei Cod. Civ. (artt. 1175-1374-1375 etc).

numero 3 2017 bis.indd 16 10/12/17 19:53

Perciò, riassumendo, e tornando alla mediazione preventiva o *ope legis*, è inevitabile che il nostro regolamento all'art. 8.7 espungendo il *potere* (discrezionale) del mediatore di fare un a proposta conciliativa, lede l'art. 11 I° comma dlgs n. 28 /2010 ("quando l'accordo non è raggiunto, il mediatore può formulare una proposta di conciliazione"). Tale facoltà va esercitata, come si è già avvertito, con molta cautela, quando il mediatore ravvisi fondati elementi per raggiungere un punto di incontro, eventualmente suggerendo sia ragioni valutative che di opportunità. Ma tant'è: altro è escludere *a priori* e *contra legem* tale facoltà.

L'obbligo di formulare la proposta solo quando concordemente lo richiedano tutte le parti è altro, che non può elidere del tutto la facoltà prevista per legge, e di cui sopra.

Anche nel caso della obbligatorietà il mediatore può concludere per la impossibilità di formulare la proposta, quando derivi da fatti oggettivi, indipendenti dalla sua volontà.

Altro tema è quello se la proposta facoltativa conciliativa sia consentita anche in caso di contumacia (in mediazione) di una parte o di sua comparizione seguita dalla dichiarazione di non aderire non già ad una proposta già espressa dal mediatore, ma a monte e prima, alla prosecuzione della mediazione.

Ciò è possibile se previsto dal regolamento dell'organismo adito, non nel nostro, e qui non c'è alcuna contrarietà al dettato di legge.

Di fatti l'art. 7 II° comma lettera b dm. 180/2010 rimette al regolamento di procedura dell'organismo la possibilità di prevedere che la proposta possa *"essere formulata dal mediatore anche in caso di mancata partecipazione di una o più parti al procedimento di mediazione"*. E il nostro non si avvale di tale possibilità.

Ribadisco che è anomalo che una condizione di procedibilità si consumi attraverso percorsi non uniformi a seconda dell'organismo adito.

Detto questo, registro che in dottrina si hanno orientamenti incerti. Scrive Dalfino in "Mediazione civile e commerciale" Zanichelli Ed. pag. 442 che "la deviazione (quella di quest'ultimo disposto regolamentare) emerge in tutta la sua chiarezza dal fatto che in questo caso manca almeno uno dei contendenti – ciò che impedisce di integrare l'ipotesi di "richiesta concorde delle parti" – e che la proposta può essere formulata indipendentemente dall'ascolto di tutti. E' auspicabile che l'applicazione della disposizione avvenga in casi isolatissimi…". Tiscini in "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, che impone al mediatore di formulare la proposta in caso di richiesta concorde delle parti. A tal proposito l'autrice 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". Tale opinione conferirebbe legittimità al nostro regolamento solo nel caso di mancata comparizione di una delle parti, restando *contra legem* (art. 11) per la parte in cui impedisce l'esercizio della facoltà di formulare la proposta quando tutte le parti partecipano o qualcuna non si ritiri. Ancorché non possa sfuggire che il disposto limitativo di cui all'art. 7 dm n. 180/2010 si pone in contrasto in linea gerarchica con l'art. 11 legge n. 28/2010.

La stessa Tiscini rileva: "… d'altra parte imporre la richiesta congiunta per attivare la fase valutativa rischia … 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".

Quel che pare assodato è che se non partecipano tutte le parti non si può procedere alla formulazione di una proposta conciliativa e la mediazione deve concludersi con verbale negativo.

Altro discorso ancora riguarda le demandate *plus*, come già abbiamo definito quelle contenenti la disposizione del giudice al mediatore di procedere alla formulazione di una proposta, se del caso "perimetrata" entro un certo ambito riservandone la "lavorazione" al mediatore.

Si è già detto e si conferma al riguardo che non può esserci alcuna relazione tra la prima e la seconda parte dell'art. 8.7 del nostro regolamento svolgendosi le demandate su presupposti diversi, che trascendono la delibazione del mediatore (*ope judicis* ex art. 5.2 anziché *ope juris* ex art. 5.1.). Di conseguenza l'assenteismo di una delle parti non risulta preclusivo della formulazione della proposta. Per la motivazione rimando al mio precedente scritto "La mediazione a due velocità".

La giurisprudenza, soprattutto per le m. demandate, segue un indirizzo consolidato. Di particolare rilievo, per i principi generali

numero 3 2017 bis.indd 17 10/12/17 19:53

espressi, Corte d'Appello di Milano II° Sez. Civile 10.05.2017, che ha respinto un appello avverso sentenza Tribunale di Busto Arsizio per aver dichiarato la improcedibilità della domanda di manleva proposta dalla convenuta nei confronti del terzo, la assicurazione, in quanto "la mancata adesione della convenuta e della terza chiamata al primo esperimento di mediazione .... unita all'omesso invio di un secondo invito alla controparte concretizzano un'ipotesi di improcedibilità della domanda di manleva azionata dalla prima nei confronti della propria compagnia assicuratrice per il mancato espletamento della condizione di procedibilità della mediazione obbligatoria".

Interessante è la motivazione che riporto per ampi stralci.

Premesso dunque che si era verificato l'assenteismo, *rectius* l'opposizione alla prosecuzione sia della parte convenuta che della chiamata, pur entrambe presenti in mediazione, si osserva: " Non è possibile infatti ritenere che l'ordine del Giudice di procedere al tentativo di mediazione sia stato nella specie osservato per il solo fatto che le parti (e segnatamente l'odierna appellante) siano comparse dinanzi all'Organismo preposto ed abbiano nell'occasione dichiarato di non volersi avvalere della procedura.

L'accoglimento di una diversa soluzione non solo si porrebbe in contrasto con la finalità dell'istituto, che mira a provocare una comunicazione e una interazione tra i soggetti in conflitto per renderli concretamente in grado di sondare la possibilità di un accordo, ma verrebbe anche a configgere con il principio del giusto processo.

La dilatazione dei tempi del giudizio a scapito delle relative esigenze di speditezza può trovare giustificazione, infatti, esclusivamente nell'ottica di un tentativo di mediazione condotto in modo serio e coscienzioso, così da potersi effettivamente scandagliare ed approfondire la possibilità di giungere ad una soluzione concordata della lite.

E ciò, *a fortiori*, nel caso in cui –come nella specie- la mediazione sia disposta dal Giudice e si fondi sulla previa valutazione di "mediabilità" del conflitto, secondo la previsione del citato art. 5 cit., svolta nel contraddittorio delle parti e preceduta dalla formulazione di una proposta transattiva (p.v. d'udienza 07.05.2014: *"Il Giudice, visto l'art. 185 bis c.p.c. suggerisce di transigere la controversia dividendo la somma richiesta in citazione tra il convenuto e la terza chiamata in parti uguali a spese compensate")*.

Ritenere che l'ordine del Giudice sia osservato quando le parti si rechino dal mediatore per limitarsi a dichiarare di non voler procedere oltre, in tal modo esercitando una sorta di veto assoluto ed incondizionato sulla possibilità di dare seguito alla procedura, è conclusione certamente irrazionale e soprattutto non conforme ad una lettura sistematica e teleologica della normativa.

Vi è infatti da considerare che l'art. 5 della direttiva europea sulla mediazione 2008/52/CE distingue chiaramente l'ipotesi in cui il giudice invia le parti in mediazione da quelle in cui lo stesso si limita ad un invito per una semplice sessione informativa.

Inoltre l'art. 8 D. Lgs. 28/2010 prevede che, durante il primo incontro, il mediatore debba verificare in concreto se vi sia la possibilità di svolgere la mediazione (con riferimento a eventuali situazioni preliminari che possano ostacolarne l'esperimento) e non semplicemente se esista o meno la volontà delle parti di procedervi.

Né avrebbe senso, del resto, la rimessione innanzi all'Organismo di mediazione, con correlativa interruzione (sia pure temporanea) del processo, in funzione di una semplice presa d'atto della manifestazione di disinteresse e quindi di un adempimento di tipo prettamente burocratico.

Logica vuole che sia svolta invece una vera e propria sessione di mediazione, nell'ottica di un serio tentativo di risolvere il conflitto.

L'esigenza (nella specie rimasta lettera morta) che la mediazione sia effettivamente avviata, senza aggirare la normativa in materia, risulta del resto funzionale all'obiettivo di agevolare il più possibile la soluzione delle controversie in modo alternativo a quello giudiziario, essendo ragionevole che la mancanza di collaborazione e di impegno in tal senso sia sanzionata con l'imposizione a carico delle parti di un ostacolo per accedere alla giurisdizione (si veda al riguardo la decisione della Corte Giustizia Eu 18.03.2010 che, sia pure in tema di condizioni per ritenere conforme al diritto comunitario il tentativo obbligatorio di conciliazione, ha affermato, tra l'altro, che *"i diritti fondamentali non si configurano come prerogative assolute, ma possono soggiacere a restrizioni, a condizione che queste rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla misura di cui trattasi e non costituiscono, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato ed inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa dei diritti così garantiti"*).

In definitiva, la condotta delle parti, che ha finito per svuotare di ogni contenuto sostanziale e funzionale il procedimento mediatorio, degradando a mero adempimento burocratico quella che avrebbe dovuto essere un'occasione utile per ricercare una soluzione extra giudiziale della

numero 3 2017 bis.indd 18 10/12/17 19:53

controversia, comporta che debba sicuramente ravvisarsi, nel caso in esame, la carenza della condizione di procedibilità di cui all'art. 5 comma 2 D. Lgs. 28/2010". Inoltre l'appellante viene sanzionato ai sensi dell'art. 13 comma 1 – quater D.P.R. n. 115/2002 così come modificato dall'art. 1 comma 17 della Legge 24.12.2012 n. 228. Conforme Trib. Roma 28.04.2016: *"l'impossibilità di procedere oltre l'incontro informativo implica la sussistenza di concreti impedimenti all'effettivo esperimento della procedura. E' per contro da escludere che l'impossibilità possa coincidere con la mera volontà di non dare inizio alla mediazione"*. Per Tribunale di Reggio Emilia sent. n. 794/2017: *"Il tentativo di mediazione non può dirsi ritualmente svolto qualora le parti presenti al primo incontro davanti al mediatore si limitino a manifestare la loro intenzione di non dare seguito alla procedura obbligatoria, senza fornire ulteriore e più specifica indicazione degli impedimenti all'effettivo svolgersi del procedimento"*.

"Ne consegue-sempre nella sentenza di Reggio Emilia est. Dott.ssa Simona Boiardi –*che va sanzionato con l'improcedibilità il comportamento della parte onerata ex lege di attivare la mediazione che dichiari la propria intenzione di non dare seguito alla procedura obbligatoria, senza fornire ulteriore e più specifica indicazione degli impedimenti all'effettivo svolgersi del procedimento"* (in Giuremilia).

E' ben chiaro che il nostro regolamento è in contrasto con questo autorevole indirizzo giurisprudenziale. A maggior ragione nella mediazione demandata con richiesta di formulazione di proposta conciliativa.

- Altro punto critico: la giurisprudenza consolidata ritiene che la parte in mediazione non può farsi rappresentare dall'avvocato che invece la assiste. Per stare nelle .... vicinanze, il Consiglio dell'Ordine di Bologna, con una sua delibera ha introdotto questa clausola regolamentare. E l'Avv. Marco Marianello nella sua relazione al recente convegno indetto dalla nostra Fondazione ha espresso parere conforme. E allora perché la modulistica del nostro Organismo propone la delega alla rappresentanza all'avvocato che assiste la parte?

Si può non essere d'accordo, ma la cautela suggerisce una modifica.[2]

2.- Regolamento A.E.E.G.S.I.

Come già scritto nel precedente numero, tale regolamento di mediazione, emanato dalla A.E.E.G.S.I. con effetto dal primo gennaio 2017 per le controversie con gli utenti di gas, luce, acqua ect. costituisce condizione di procedibilità.

Tuttavia, a differenza dalle mediazioni ordinarie, questa è insanabile, nel senso che se non perfezionata prima dell'avvio del giudizio, il giudice non può disporla nel corso dello stesso.

Inoltre diviene particolarmente complicata per l'utente trattandosi di procedimento che si svolge in parte in via telematica (avvio) ed in parte in via telefonica (trattazione).

Quanto invece sembra illegittima è la interpretazione del regolamento.

Difatti, sebbene non sia detto letteralmente, ma corrisponde ad una interpretazione e applicazione del Servizio conciliazione clienti energia, non è consentito convenire in mediazione più soggetti, per esempio due fornitori, per responsabilità in via solidale, alternativa o *proquota*, sempre ad esempio per inadempimento delle regole relative al procedimento di *default* contenute in regolamenti emanati dall'A.E.E.G.S.I. Pertanto, mentre è possibile in giudizio evocare tutti i soggetti interessati, ciò non lo è altrettanto nella mediazione. Di conseguenza per soddisfare la condizione di procedibilità è necessario esperire separatamente e preventivamente i vari tentativi conciliativi ancorché tra loro collegati.

Ciò comporta un dispendio di energie ed è a mio avviso contrario all'economia processuale, ponendo all'utente ostacoli alla tutela giurisdizionale dei suoi diritti e, in quanto condizione di procedibilità, comporta un allungamento dei tempi in violazione della ragionevole durata del processo. Vero che viene convocata l'impresa distributrice, ma come "ausiliare tecnico", non come parte, senza poter rivolgersi domande contro la stessa.

Oggi il regolamento aggiunge un ulteriore grado di mediazione, alternativo al giudizio, per l'ipotesi in cui in prima istanza non sia comparso il fornitore.

Per quanto concerne la letteratura in questione è appena uscito per la Giappichelli il testo *"Vent'anni di regolazione accentrata dei servizi pubblici"* a cura di Fabio Merusi e Sandra Antoniazzi, nella ricorrenza della istituzione della A.E.E.G.S.I.

Trattandosi di opera di amministrativisti non sembra che si occupi delle questioni qui trattate.

Giacomo Voltattorni

2 Chi contesta la "processualizzazione" della mediazione non può far riferimento all'art. 185 c.p.c. che consente la delega alla conciliazione al proprio difensore.

numero 3 2017 bis.indd 19 10/12/17 19:53

Un avvocato del secolo V a.C.

Chi non conosce Lisia, quel grande retore-sofista, pari a Demostene, vissuto in Atene nel secolo V a.C.?

Le sue orazioni erano programma di studi di terza liceo classico, da portare all'esame di maturità.

Nel tentativo di disfarmi dei vecchi libri di scuola (tentativo andato a vuoto perché ogni testo, anche le insulse grammatiche, appena preso tra le mani, apriva tutta una finestra su un periodo ineffabile, fatato, della mia esistenza) mi sono imbattuto in una sua orazione, '*Per l'Invalido*', da me tradotta allora, studente di terza liceo nei primi anni cinquanta.

Avvocato ottuagenario, 'collocatomi a riposo', mi sono proposto di ritradurla, senza dare troppo peso alle insormontabili difficoltà degli aoristi, ma badando sostanzialmente al senso del discorso, attratto dalla finezza ingegnosa, intrisa di verismo, dell'oratoria di Lisia, che la sapienza e il gusto del mio professore di greco, Marco Marcolini, avevano saputo trasmettermi. Attrazione divenuta, nel progredire della ri-traduzione, commossa vicinanza, per affinità di 'mestiere' (certamente non di arte), anch'io avvocato 'comparsista', qual mi ero ridotto per scelta personale (e capacità residuale), mentre Lisia lo era per necessità istituzionale, l'esercizio del 'logografo' rispondendo, in Atene, ad una assoluta necessità della vita pubblica. L'ordinamento di quella grande città-Stato infatti prescriveva che l'accusatore (attore) e l'accusato (convenuto) dovessero trattare la causa personalmente, comparendo di persona in giudizio, così le parti svolgevano la propria difesa pronunziando davanti ai giudici discorsi dettati da altri, autentici avvocati 'comparsisti', che non comparivano in giudizio. Soltanto nell'orazione 'contro Eratostene' –soggetto che, partecipe del governo dei Trenta tiranni, aveva spogliato Lisia e suo fratello Polemarco di tutti i loro beni mettendo inoltre a morte Polemarco- Lisia compare personalmente in giudizio a svolgere la difesa dei propri diritti violati.

Lisia (*egregie subtilis atque elegans, venustissimus ac politissimus* a giudizio dello stesso Cicerone) trionfò nell'oratoria giudiziale, dettando orazioni per molti processi, anche se è rimasto a noi ignoto il loro esito.

L'eloquenza di Lisia emerge proprio nella semplice, chiara e obiettiva esposizione dei fatti.

Dovendo il cittadino interessato trattare personalmente la propria causa ed esporre da sé stesso la propria difesa davanti ai giudici, Lisia predisponeva le 'orazioni', che il proprio cliente avrebbe dovuto direttamente pronunciare, immedesimandosi nella persona dello stesso e facendolo parlare in conformità alle sue condizioni di vita, al suo livello sociale, al suo carattere e sviluppo intellettivo, adottando il parlare vivo e disinvolto del popolo, perfino professando, per accattivarsi la benevolenza dei giudici, la propria completa inesperienza giudiziaria.

L'abilità oratoria di Lisia si rivela in tal modo tanto più efficace e sorprendente quanto meno si mostra.

Emergono, dalle sue orazioni, tanti ritratti di persone, figure viventi quali potrebbero sortire dal repertorio delle difese di un avvocato dei nostri tempi (il marito offeso nei suoi diritti, il povero inabile spogliato del suo sussidio, il soldato di servizio onorato che subisce un trattamento ingiusto, il dolore e la sete di giustizia per l'uccisione di un congiunto, l'indignazione per calunniose accuse, il dispetto per la condotta corrotta di un pubblico funzionario, il risentimento contro un incosciente revisore delle leggi o contro un soggetto indegno di occupare cariche pubbliche...).

Lo stile di Lisia si rivela, nella pur breve orazione per l'Invalido che ha richiamato la mia attenzione, proprio nel brio e nell'arguzia del parlare vivo e disinvolto del *demos*, ricondotto alle concrete condizioni del momento storico mediante il richiamo di avvenimenti e curiosi istituti giuridici, allora di evidente dominio pubblico, rapportati alle concrete condizioni

numero 3 2017 bis.indd 20 10/12/17 19:53

di vita della persona del 'cliente'. Così, l'invalido, per difendersi dall'accusa (che poteva essere promossa da chiunque davanti al Consiglio-*Boulé*) di non meritare il sussidio elargito dallo Stato per mancanza dell'invalidità, adduce ironicamente che la propria invalidità non può essergli tolta, ad arbitrio del suo accusatore, quasi fosse una donna *epikleros*, come si designavano le donne depositarie del patrimonio paterno, ma che, essendo prive della capacità di ereditare, potevano essere reclamate, insieme al patrimonio, innanzi all'arconte eponimo, dal parente più prossimo e, in tal caso, se coniugate, erano costrette a divorziare: l'invalidità, suggerisce quindi l'invalido, contrariamente alla pretesa dell'accusatore, è indissolubilmente legata alla propria persona senza possibilità di divorzio come se fosse una donna *epikleros*.

Ulteriore argomento di difesa non indifferente è il contrasto di giudicati che si prospetterebbe se la *Boulè*, accogliendo l'accusa, giudicasse non spettare il sussidio per mancanza dell'invalidità, quando lo stesso giudice aveva già deciso, in precedenza, in senso favorevole all'accusato concedendogli il sussidio; contrasto di giudizi che sarebbe parimenti emerso dal fatto che l'accusato, proprio per la sua ritenuta invalidità, non poteva essere estratto a sorte per partecipare alla magistratura superiore dei nove Arconti, come invece avrebbe potuto e dovuto qualora fosse stato ritenuto valido (e come spettava nella democraticissima Atene ad ogni cittadino che avesse superato l'esame di *dokimasia* provando almeno una elementare capacità fisica e intellettuale e la mancanza di *atimia*, perdita dei diritti politici per motivi infamanti).

In ordine all'accusa di essere violento e di insidiare le sostanze degli altri con malvagie macchinazioni (come solevano i *sicofanti*, assai diffusi in Atene) l'invalido richiama l'attenzione dei giudici, oltre che sulla propria condizione personale, sulla irreprensibilità della propria condotta in un periodo di estrema difficoltà della vita in Atene, durante la tirannide dei Trenta.

Per confutare l'accusa dell'agiatezza, che impedirebbe la corresponsione del sussidio, l'invalido si dichiara argutamente pronto all'*antidosis*, ovvero allo scambio dei beni con il suo accusatore: i cittadini di Atene non erano soggetti a imposte permanenti, ma a contribuire di volta in volta alle pubbliche necessità emergenti, quali, fra altre, le spese per equipaggiare una nave da guerra (*trierarchia*) o per istruire i cori delle tragedie e delle commedie (*coregia*); il controllo sulla rispettiva capacità contributiva era efficacemente rimesso ai cittadini stessi conferendo ad ogni onerato il potere di chiamare in giudizio chi ritenesse dotato di maggiore capacità contributiva dichiarandosi pronto all'*antidosis*, allo scambio dei beni, che l'invalido quindi prospetta e propone in giudizio al proprio accusatore, assumendo così, a sua volta, con indubbia efficacia, l'iniziativa dell'azione e della gestione del processo, spiazzando definitivamente il proprio avversario.

Anche nell'orazione per l'Invalido, pur semplice e breve, la difesa si svolge secondo lo schema che caratterizza le orazioni più complesse di Lisia (fra le più note, quelle 'contro Eratostene' e 'contro Agorato'). L'orazione può quindi dividersi in un proemio in cui l'invalido presenta sé stesso e la sua condizione personale, mirando a conciliarsi la simpatia dei giudici; segue la narrazione (*dieghesis*) dei fatti con l'esposizione delle accuse; si passa poi alla argomentazione (*apodeixis*) volta a confutare l'accusa e a addurre gli elementi a difesa; per finire con l'epilogo, ove si pone sinteticamente in evidenza natura e consistenza della causa, l'onestà e debolezza dell'invalido a fronte della violenza e disonestà dell'accusatore, invocando e confidando quindi nella giustizia dei giurati.

Mi fossi ricordato di Lisia quand'ero '*avvocato comparsista*'!...chissà se me ne sarei avvantaggiato nelle '*orazioni*' delle comparse che mi venivano commissionate...magari anche adottando lo spartito (se non proprio lo stile: inimitabile) delle orazioni di quel grande avvocato...

Giuseppe Boselli

numero 3 2017 bis.indd 21 10/12/17 19:53

Considerazioni sul delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte in sede di transazione fiscale, previsto dall'art. 11, 2° comma d.lgs. 10.3.2000, n. 74

1. Evoluzione del quadro normativo. La *ratio* incriminatrice dei due delitti previsti dall'art. 11. d.lgs. 74/2000

Il delitto di "sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte", di cui all'art. 11, d.lgs. 10.3.2000, n. 74, è stato inserito nell'ordinamento penal-tributario dal Governo in adempimento a quanto a suo tempo previsto dalla legge delega per l'emanazione del decreto legislativo recante la nuova disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto.[1] Il delitto è inserito nel Capo II - Delitti in materia di documenti e pagamento di imposte.

La norma non è stata toccata dall'ultima riforma organica dei reati tributari, contenuta nel d.lgs. 24 settembre 2015, n. 158. Essa era infatti già stata parzialmente **modificata, rispetto al testo originario, dall'art. 29, comma 4, d.l. 31.5.2010, n. 78**[2] - convertito dalla l. 30.7.2010, n. 122 – attraverso l'inserimento dell'aggravante presente nell'ultima parte del primo comma, l'eliminazione dell'originaria clausola di riserva e soprattutto l'inserimento del secondo comma, che prevede la nuova ed ulteriore ipotesi delittuosa, di cui ci si occuperà in queste brevi note, consistente nel fornire false indicazioni nel corso di una procedura di transazione fiscale, prevista dall'art. 182-*ter* r.d. 16.3.1942, n. 267 (l. fall.).[3]

Già in precedenza il legislatore aveva incriminato il compimento di atti fraudolenti da parte del contribuente moroso.[4] L'incriminazione poi ripresa dall'attuale art. 11 d.lgs.n. 74/2000 appartiene infatti al «nucleo storico più remoto» del diritto penale tributario.[5] In particolare l'art. 30, r.d. 17.9.1931, n. 1608, testo unico delle disposizioni concernenti le dichiarazioni dei redditi e le sanzioni in materia di imposte dirette, sanzionava con la reclusione fino a tre mesi il contribuente inadempiente al versamento delle imposte per sei rate successive che, al fine di sottrarsi al pagamento, avesse posto in essere atti fraudolenti sui propri o altrui beni, rendendo così, in tutto o in parte, inefficace l'esecuzione forzata promossa dall'esattore. Tale incriminazione venne successivamente ripresa dall'art. 261, d.p.r. 29.1.1958, n. 645, che puniva, in modo similare, con l'ammenda il mancato pagamento di sei rate consecutive di imposte per un ammontare pari a dodicimila lire e

1 Si veda al riguardo la previsione contenuta nell'art. 9, comma 2, let. a), n. 4, legge 25 giugno 1999, n. 205, che delegava il Governo a: "a) prevedere un ristretto numero di fatti-specie, di natura esclusivamente delittuosa, punite con pena detentiva compresa tra sei mesi e sei anni con esclusione del ricorso a circostanze aggravanti ad effetto speciale, caratterizzate da rilevante offensività per gli interessi dell'erario e dal fine di evasione o di conseguimento di indebiti rimborsi di imposta, aventi ad oggetto:
(…)
4) la sottrazione al pagamento o alla riscossione coattiva delle imposte mediante compimento di atti fraudolenti sui propri beni o altre condotte fraudolente".

2 Per comodità di lettura, si riporta il testo vigente dell'art. 11 - Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte.
"1. E' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di sottrarsi al pagamento di imposte sui redditi o sul valore aggiunto ovvero di interessi o sanzioni amministrative relativi a dette imposte di ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila, aliena simulatamente o compie altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva. Se l'ammontare delle imposte, sanzioni ed interessi è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni.
2. E' punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per se' o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila. Se l'ammontare di cui al periodo precedente è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni."

3 Con riferimento alle modifiche apportate, si vedano, quantomeno: Corso P., *Nuovo reato e nuova "aggravante" contro l'evasione fiscale*, in *Corr. trib.*, 2010, 2738 ss.; Monfreda N., *Decreto anti-crisi (DL 31 maggio 2010, n. 78) - Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte*, in *Fisco*, 2010, 4644 ss.; Iorio A., *Evoluzione normativa e giurisprudenziale della sottrazione fraudolenta*, in *Corr. trib*., 2010, 3385 ss.

4 Sulla precedente disciplina si vedano, tra gli altri, in dottrina: Parlato M. C., *Il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte ex art. 11, comma 1, d.lgs. n. 74/2000: considerazioni critiche,* in *Riv. dir. trib.*, f.7-8, 2013, 154 ss.; Iorio A., *I nuovi reati tributari*, Milano, 2012, 69 ss.; Musco E.- Ardito F., *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, 288; Vagnoli E., *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. trib*., 2004, 1319 ss.; Zannotti R., *Il delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. trib*., 2001, 771 ss.; Lo Monte E., *Gli aspetti problematici del delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte*, in *Rass. trib*., 2000, 1139 ss.; Napoleoni V., *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 187 ss.

5 Napoleoni V., *I fondamenti,* cit., 192.

numero 3 2017 bis.indd 22 10/12/17 19:53

con la reclusione il contribuente inadempiente che, allo scopo di sottrarsi al pagamento delle imposte dovute, compisse sui propri o altrui beni degli atti fraudolenti che vanificassero la procedura di riscossione esattoriale totalmente o parzialmente.

Il più prossimo antecedente del reato di "sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte" era però costituito dall'art. 97, d.p.r. 29.9.1973, n. 602, modificato dall'art. 15, l. 30.12.1991, n. 413, generalmente etichettato come "frode nell'esecuzione esattoriale".[6] La norma puniva il contribuente che, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte dovute, compisse su beni propri o altrui "atti fraudolenti", che rendessero in tutto o in parte inefficace l'esecuzione esattoriale.

La fattispecie configurava un reato proprio del contribuente moroso e richiedeva, in sintesi, ai fini della rilevanza penale delle condotte di questi, tre presupposti: l'esito infruttuoso della procedura di riscossione coattiva; la preventiva attività di verifica, accertamento o iscrizione a ruolo da parte dell'amministrazione; il superamento della soglia di punibilità di dieci milioni di lire.[7]

Si trattava quindi di un reato di danno, che puniva la c.d. "frode nell'esecuzione esattoriale" consistente in condotte che vanificassero effettivamente, in tutto o in parte, l'esecuzione stessa.

La norma è rimasta sostanzialmente inapplicata poiché, da un lato, tra-

scurava tutte quelle condotte poste in essere dal contribuente prima dell'esecuzione di attività di accertamento e comunque prima della notifica di inviti e richieste dell'Amministrazione finanziaria, dall'altro, subordinava la rilevanza penale del fatto alla riscontrata inefficacia, anche parziale, della procedura esecutiva.[8]

Proprio la difficoltà di verificare l'esistenza di una situazione di morosità ed il compimento di successivi atti fraudolenti, richiesti dal citato art. 97, hanno poi indotto il legislatore, in sede di riforma della disciplina, ad escludere un espresso riferimento alla morosità, pur richiamandosi l'esistenza di imposte dovute ed accertate in via definitiva.

Il legislatore non è tuttavia intervenuto al riguardo con la riforma organica, contenuta nella l. n. 516/1982, lasciando in vigore la citata disciplina sino all'emanazione del d.lgs. n. 74/2000, che l'ha abrogata, introducendo la fattispecie prevista dall'art. 11 di tale decreto.[9]

Le principali differenze rispetto all'abrogato art. 97 sono state sinteticamente individuate[10] nel fatto che: a) le imposte, gli interessi e le sanzioni amministrative, al cui pagamento l'agente intende sottrarsi, non sono più qualificate come "dovute"; b) non è più richiesto, come presupposto della condotta, l'effettuazione di accessi, ispezioni o verifiche, o la preventiva notificazione all'agente di inviti, richieste, atti di accertamento o iscrizioni a ruolo; c) non è più previsto che la condotta posta in essere dall'agente abbia effettivamente reso inefficace, in tutto o in parte, la procedura di riscossione coattiva. Inoltre è stato evidenziato che l'attuale disciplina si estende ai soggetti obbligati per l'imposta sul valore aggiunto, mentre la precedente fattispecie limitava la rilevanza penale alla condotta dei soggetti obbligati per le imposte sui redditi.[11]

La Cassazione ha comunque ritenuto che sussista **continuità normativa tra la fattispecie prevista dall'art. 97, d.p.r. n. 602/1973 e quella prevista dall'art. 11 d.lgs. n. 74/2000**, che ricomprenderebbe, per la sua maggiore ampiezza, anche il delitto di cui alla fattispecie abrogata.[12]

In ogni caso, l'art. 11, d.lgs. n. 74/2000,[13] ha operato una rivisitazione molto significativa della fattispecie. La disposizione vigente richiede che il soggetto alieni simulatamente o compia altri atti fraudolenti sui propri o su altrui beni idonei a rendere in tutto o in parte inefficace la procedura di riscossione coattiva.

La scelta compiuta in sede di riforma è stata ritenuta[14] in controtendenza rispetto alla complessiva impostazione del d.lgs. n. 74/2000, poiché segna **l'arretramento della soglia di rilevanza penale della condotta** rispetto alla previgente normativa, anticipando la "soglia di tipicità"[15] e lasciando intendere l'esigenza di superare la sostanziale disapplicazione della fattispecie incriminatrice, almeno apparentemente riconducibile all'eccessiva rigidità strutturale del "vecchio" art. 97, d.p.r. n. 602/1973. Si è quindi voluta superare una formula, che aveva contribuito a «limitare fortemente la capacità di presa dell'incriminazione».[16]

La **struttura più elastica dell'attuale fattispecie sembra**

6 L'art. 97, DPR n. 602/1973, successivamente alla modifica operata ai sensi dell'art. 15, 1egge n. 413/1991, sanciva: "Il contribuente che, al fine di sottrarsi al pagamento delle imposte, interessi, soprattasse e pene pecuniarie dovuti, ha compiuto, dopo che sono iniziati accessi, ispezioni e verifiche o sono stati notificati gli inviti e le richieste previsti dalle singole leggi di imposta ovvero sono stati notificati atti di accertamento o iscrizioni a ruolo, atti fraudolenti sui propri o su altrui beni che hanno reso in tutto o in parte inefficace la relativa esecuzione esattoriale, è punito con la reclusione fino a tre anni. La disposizione non si applica se l'ammontare delle somme non corrisposte non è superiore a lire 10 milioni". Anche questa formulazione non consentiva però di superare gli ostacoli derivanti dalla complessità della fattispecie, per cui rimanevano escluse dalla stessa le condotte compiute prima dell'esecuzione delle attività (come accessi, ispezioni e verifiche) dell'amministrazione, previste come presupposto; la punibilità era poi subordinata all'infruttuoso esito dell'esazione.

7 Così, correttamente, sintetizza i presupposti della norma Parlato M. C., *Il reato di sottrazione fraudolenta,* cit., 156.

8 In questo senso Caraccioli I., *Le novità della "Manovra" (DL n. 78/2010) in ambito penale tributario*, in *Riv. dir. tributario*, 2011, III, 4; Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto penale tributario*, Padova, 2014, 306; Musco E.-Ardito F., *Diritto penale tributario*, cit., 304.

9 L'art. 97, DPR n. 602/1973, è stato abrogato dall'art. 25, comma 1, let. a), D.Lgs. n. 74/2000.

10 Si vedano al riguardo D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati tributari*, Milano, 2012, 296; Parlato M. C., *Il reato di sottrazione fraudolenta,* cit., 156.

11 In questo senso Mancini A.- Pisani M., *Diritto penale tributario. Profili applicativi della disciplina dei reati in materia di imposte sui redditi e Iva*, Forlì, 2012, 254.

12 Sul punto si veda, tra le altre, Cass. sez. III, 18.4.2001, n. 15864, secondo cui "la c.d. frode esattoriale di cui all'art. 97, comma 6, DPR n. 602/1973, norma abrogata dall'art. 25 comma 1, let. a), D.Lgs. n. 74/2000, è in continuità normativa con l'art. 11 dello stesso decreto legislativo, quindi non è stata abolita" con commento di Izzo G., *Equivoci interpretativi sul delitto di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte,* in *Fisco*, 2006, 4209 ss.

13 Romano M., *Il delitto di sottrazione fraudolenta di imposte (art. 11 D.LGS. 74/2000)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 1003 ritiene tale disposizione tra le più interessanti della riforma attuata dal d.lgs. n. 74/2000.

14 Così D'avirro A.- Giglioli M., *I reati tributari*, cit., 297; Parlato M. C., *Il reato di sottrazione fraudolenta*, cit., 158.

15 Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 306.

16 Così la Relazione al D.Lgs. 74/2000, § 3.2.3.

numero 3 2017 bis.indd 23 10/12/17 19:53

però dare spazio all'opposto rischio di un'applicazione indiscriminata del delitto a fronte semplicemente di un qualsiasi atto di disposizione del patrimonio compiuto dal contribuente. Per rendere tale rischio più remoto ed evitare la punizione di condotte prive del necessario disvalore e non collegate ad un effettivo pericolo per l'interesse protetto, parte della dottrina ha quindi prospettato l'opportunità di una stretta interpretazione della norma.[17]

L'originaria formulazione della norma, come detto, è stata poi modificata con la novella intervenuta con l'art. 29, d.l. n. 78/2010.

Le misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e competitività economica, con le quali è stata introdotta tale modifica, miravano a rafforzare la tutela penale in questo ambito. Pertanto all'art. 11, primo comma, oltre ad essere stata eliminata la clausola di sussidiarietà, "salvo che il fatto costituisca reato più grave", è stata aggiunta una seconda parte, che prevede un'aggravante riguardante il caso in cui le somme, al cui pagamento il soggetto intende sottrarsi, siano superiori al quadruplo della soglia di punibilità, ossia ad euro duecentomila. In questo caso la pena è aumentata con la reclusione da uno a sei anni, ossia raddoppiata nel minimo e aumentata della metà nel massimo, rispetto all'ipotesi base.

Oltre alle descritte variazioni apportate alla fattispecie prevista dal primo comma, è stata introdotta al secondo comma una nuova ed autonoma ipotesi delittuosa – meno frequentemente considerata ed applicata - di "sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte in sede di transazione fiscale", anche detta di "falsità nella documentazione presentata ai fini della transazione fiscale". Il delitto è stato accostato[18] a quelle di falso in dichiarazione di cui agli artt. 2 e 3, d.lgs. n. 74/2000. Punisce il comportamento ingannevole del contribuente nei confronti dell'amministrazione finanziaria, che induce la stessa ad una transazione fiscale con un pagamento parziale dei tributi e dei relativi accessori (con corrispondente danno erariale).

2. L'interesse oggetto di tutela e la natura offensiva del reato di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte in sede di transazione fiscale.

Come si è detto il comma 2 dell'art. 11, introdotto dall'art. 29, comma 4, d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (convertito dalla l. 30 luglio 2010, n. 122), contempla la nuova ipotesi delittuosa di "sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte in sede di transazione fiscale", detta anche di "false indicazioni nella transazione fiscale",[19] punita con la stessa pena prevista per il reato di cui al primo comma.

Il contesto in cui si colloca la fattispecie è quello della disciplina della transazione fiscale, che coinvolge il Fisco nelle determinazioni da assumere in qualità di creditore qualificato nell'ambito della procedura di concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.) e degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l. fall.).[20]

Il nuovo delitto, definito a mezza via tra i reati tributari e i reati fiscali,[21] individua "un'ulteriore modalità di sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte"[22] ed è caratterizzato da una condotta di falso che può produrre quale possibile effetto un pagamento, illegittimamente ridotto, dei tributi ed accessori.

La collocazione sistematica nell'art. 11, accanto alla ipotesi di sottrazione fraudolenta prevista dal 1° comma, non è ritenuta convincente, [23] nonostante anche questo nuovo reato sia caratterizzato da una condotta di fraudolenza nei confronti dell'Erario.

Controversa è l'individuazione del bene giuridico tutelato da questa fattispecie.

Un primo orientamento sostiene che la norma tuteli il "**corretto svolgimento della procedura di transazione fiscale** a prevenzione di possibili sviamenti della volontà di rappresentanti della pubblica amministrazione in ordine ai contenuti dell'accordo."[24]

E' stato anche detto che l'incriminazione miri a rafforzare la tutela dell'attività di riscossione.[25]

Tuttavia - la critica ci pare pienamente condivisibile - è stato osservato che in realtà "in tal modo non si individui il bene tutelato, ma ci si limiti a descrivere l'intera fattispecie, identificando, in sostanza, l'oggetto giuridico con la "sintesi dello scopo della norma", secondo la c.d. concezione metodologica".[26]

Diversamente è stato sostenuto che oggetto di tutela sia **l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi.**[27] Questa chiave di lettura

17 In particolare D'Avirro A.- Giglioli M., *I reati tributari*, cit., 297 reputano necessario che gli interpreti si attengano ai seguenti criteri ricostruttivi: a) una corretta interpretazione delle condotte di "alienazione simulata" e di "altri atti fraudolenti"; b) un'attenta valutazione di tutte le circostanze dalle quali possa desumersi (oltre ogni ragionevole dubbio) la sussistenza dell'idoneità della condotta e del dolo specifico richiesto dall'art. 11, d.lgs. n. 74/2000; c) una corretta interpretazione e valutazione della soglia di punibilità prevista dal legislatore, con riguardo all'ammontare complessivo delle imposte, degli interessi e delle sanzioni che l'agente intende eludere. In caso contrario, affermano opportunamente i predetti autori a pag. 298, «La decisione del caso concreto sganciata dai suddetti criteri di giudizio può di fatto condurre alla repressione di condotte non sufficientemente offensive del bene giuridico di settore e prive di quel disvalore che giustifica l'irrogazione della sanzione penale».

18 Corso P., *Nuovo reato e nuova "aggravante" contro l'evasione fiscale*, cit., 2738; Aronica G., *Il nuovo art. 11 comma 2 D.Lgs. n. 74/2000: l'evasione alla riscossione nella transazione fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2011, I, 1005 ss.; M. C. Parlato, *Il reato di sottrazione fraudolenta*, cit., 158.

19 La fattispecie incrimina «chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi».

20 Sulla transazione fiscale cfr. Bersani G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2012, 399 s.

21 Perini A., (voce) *Reati tributari*, in *Digesto pen.*, VI, Agg., Torino, 2013, 544.

22 Mastrogiacomo E., *La frode nella riscossione: limiti e criticità,* in *Riv. dir. trib.,*2011, 6, 661s.

23 Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 320; Musco E.-Ardito F., *Diritto penale tributario*, cit., 327.

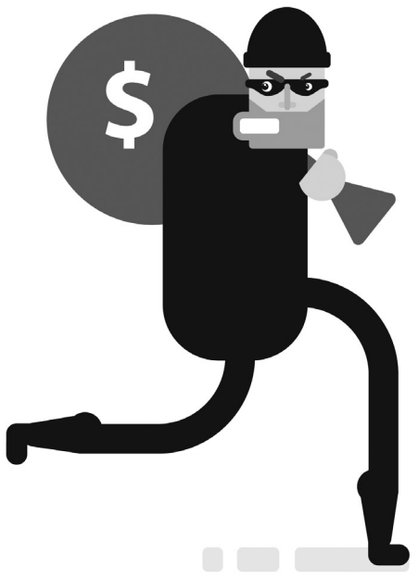
24 Relazione della Corte di Cassazione, n. III/09/10 del 3 agosto 2010 (estensore Pistorelli L.), 5, in *www.cortedicassazione.it* . Identica posizione è chiaramente sostenuta anche in Bricchetti R - Pistorelli L., *Fino a quattro anni per chi consegna documenti non veri,* in *Guida al dir.,* 2010, 37, 89

25 L'Agenzia delle entrate nella circolare 15 febbraio 2011, n. 4/E, in *www.governo.it*, sottolinea che tutte le disposizioni contenute nell'art. 29, d.l. n. 78 del 2010 sono "volte a potenziare l'attività di riscossione".

26 Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 320, nota 212.

27 Sostengono tale tesi Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 321; Ambrosetti E. M.-Mezzetti E.-Ronco M., *Diritto penale dell'impresa,* 3a ed., Bologna, 2012, 491; Gambogi G., *La riforma dei reati tributari*, Milano, 2016, 316; ; Gennai

numero 3 2017 bis.indd 24 10/12/17 19:53



della norma ci pare assai più fondata.

Altri Autori hanno ritenuto di mediare tra i due orientamenti sopra enunciati, valorizzando la **duplicità degli interessi tutelati. Il primo, strumentale**, che hanno ritenuto consistere nel "corretto funzionamento della procedura transattiva". **Il secondo**, quello, **finale** - e di rilievo costituzionale (art. 53 Cost.) dell'interesse dell'Erario alla percezione dei tributi, e - più in particolare - alla percezione delle imposte (e dei relativi accessori) determinate in sede di transazione fiscale, senza che l'adesione dell'Amministrazione finanziaria all'accordo di pagamento parziale (o dilazionato) risulti viziata dalla pregressa condotta fraudolenta posta in essere dal contribuente (ed avente ad oggetto gli elementi rilevanti per la determinazione delle imposte stesse).[28]

In realtà, a parere di chi scrive, la fattispecie di cui all'art. 11, comma 2, d.lgs. n. 74/2000, **ha natura plurioffensiva**. **Tutela** innanzitutto **la fede pubblica** e più precisamente l'affidamento che i rappresentanti dell'Erario ripongono nella veridicità delle informazioni che vengono loro comunicate in sede di transazione fiscale.[29] Come la migliore e maggioritaria dottrina sostiene,[30] i reati contro la fede pubblica hanno generalmente natura plurioffensiva tutelando oltre alla fede pubblica, ulteriori e specifici interessi che la veridicità e genuinità del singolo mezzo probatorio documentale considerato intende garantire.[31] Ciò vale anche in questo caso. L'ulteriore bene giuridico tutelato dalla norma consiste, come sostanzialmente ha ritenuto il sopra richiamato – preferibile - orientamento dottrinale, nell'interesse, di rilievo costituzionale, dell'Erario alla percezione dei tributi, o meglio, più precisamente, considerato quello che si ritiene essere il bene giuridico di categoria tutelato dai reati tributari secondo la miglior dottrina, **la quasi tempestiva e quasi integrale percezione del tributo dovuto dal contribuente**.

E' il caso di ricordare che, secondo la preferibile tesi interpretativa, il bene giuridico, oggetto di tutela specifica della fattispecie di cui alla disposizione del primo comma, consiste nella **conservazione della garanzia patrimoniale** costituita dai beni del contribuente posta a rischio dalle condotte di sottrazione fraudolenta,[32]

S. -Traversi A., *I delitti tributari,* Milano, 2011, 180, secondo i quali "la ratio della norma incriminatrice è quella di tutelare il diritto dell'Amministrazione al percepimento dei tributi e dei relativi accessori dovuti anche nel caso in cui il debitore abbia proposto il pagamento parziale o dilazionato degli stessi nell'ambito della procedura di transazione fiscale prevista dall'art 182-ter della Legge Fallimentare"; Monfreda N., *Decreto anti-crisi,* cit., 4646 secondo il quale la fattispecie è posta "a maggiore tutela dell'interesse pubblico all'effettiva concreta e regolare percezione delle somme dovute dai contribuenti".

28 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 325-326.

29 Vedi più precisamente al riguardo le considerazioni di cui al successivo § 2.

30 Bricola F., *Il problema del falso consentito,* in *Arch. pen.* 1959, 273; Grispigni, *Diritto penale italiano,* Milano, 1952, 172; Antolisei F., *Manuale di diritto penale. Pt. s.*, II, 15a ed., Milano, 2008, 71; De Felice, *Le falsità personali. Profili generali,* Napoli, 1983, 156; Galiani, *Brevi considerazioni in tema di bene giuridico nei delitti di falso documentale,* in *Giust. pen.* 1985, 11, 321; Gallisai - Pilo, *Principio di collegialità delle commissioni universitarie di esami e reato di falso,* in *Giur. mer.* 1985, 933; Cadoppi A. –Veneziani P., *Manuale di diritto penale. Parte generale e Parte speciale,* 3a ed., Padova, 2007, 760; Aragona, *Reato plurioffensivo categoria operativa e non meramente descrittiva,* in *Riv.. it. dir. proc. pen.* 1960, 71.

31 Anche la giurisprudenza ha da tempo accolto l'idea che "i delitti contro la fede pubblica tutelano direttamente non solo l'interesse pubblico alla genuinità materiale e alla veridicità ideologica di determinati atti, ma anche quello del soggetto privato sulla cui sfera giuridica l'atto sia destinato a incidere concretamente, con la conseguenza che egli, in tal caso, riveste la qualità di persona offesa dal reato e, in quanto tale, è legittimato a proporre opposizione alla richiesta di archiviazione" (Cass., sez. un., 25.10.2007 n. 46982; successivamente nello stesso senso Cass., sez. V, 9.12.2008, n. 7187). Per un quadro d'insieme sulla questione sia consentito rinviare a Delsignore S., *Commento art. 476*, in Cadoppi A.- Canestrari S. – Veneziani P. (a cura di), *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, Piacenza, 2011, 1594-1596.

32 In questo senso Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11 (Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte)*, in Nocerino C.-Putinati S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, *Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, 261; Romano M., *Il delitto*, cit., 1008; Basso E.D.-Viglione A., *I reati tributari*, Torino, 2013, 153; Trombella L., *Sottrazione fraudolenta al paga-*

numero 3 2017 bis.indd 25 10/12/17 19:53

mentre l'interesse all'effettiva riscossione dei tributi rimanga "proiettata sullo sfondo".[33]

Più precisamente, a parere di chi scrive, tenendo in considerazione quello che, secondo la miglior dottrina,[34] deve ritenersi essere il bene giuridico di categoria, tutelato dai reati tributari, ossia l'interesse dello Stato alla quasi tempestiva e quasi integrale percezione del tributo, il bene giuridico tutelato dalla fattispecie del primo comma consiste nella **conservazione di una garanzia patrimoniale per consentire la quasi tempestiva e quasi integrale percezione del tributo dovuto dal contribuente**. Quest'ultimo è quindi il **bene finale** che rimane, come detto "sullo sfondo", mentre la **conservazione della garanzia patrimoniale è il bene strumentale-intermedio**.

In tale senso deve essere precisata l'individuazione del bene giuridico, anche in considerazione del fatto che il legislatore, ha condizionato la rilevanza penale del fatto alla volontà del contribuente di sottrarsi a procedure riscossive erariali per importi superiori a 50.000 euro. Tale scelta si spiega proprio nell'anzidetta prospettiva di tutela.

Diversamente dalla tradizionale fattispecie prevista dal primo comma dell'art 11, il delitto in commento ha infatti "carattere prettamente dichiarativo"[35] e punisce, come è stato rilevato, una condotta di falsità ideologica nella documentazione presentata in sede di transazione fiscale (art. 182 *ter,* I. fall.). Come si è detto, questo delitto viene peraltro definito da alcuni di "false indicazioni nella transazione fiscale"[36] e tale denominazione già evidenzia in qualche modo la funzione di tutela apprestata anche alla fede pubblica.

Si è detto trattarsi di un reato di pericolo concreto,37 in cui la previsione di una soglia di punibilità dovrebbe comunque assicurare che la sanzione penale sia riservata solo ad illeciti economicamente significativi.

Anche nella prospettiva qui preferita, che valorizza la dimensione plurioffensiva della fattispecie, pare corretto confermare la natura di **reato di pericolo con riferimento all'oggettività giuridica della quasi tempestiva e quasi integrale percezione del tributo** dovuto dal contribuente, mentre il reato è **di danno rispetto alla tutela della fede pubblica**.

La connotazione plurioffensiva del delitto, in questa sede valorizzata, non rileva solo sul piano astratto della corretta collocazione sistematica della norma, determinando altresì ricadute, si sottolinea, sul piano pratico-applicativo (ad esempio in tema di concorso di reati).

3. Considerazioni preliminari sulla nozione di "procedura di transazione fiscale".

La fattispecie in esame fornisce, come anticipato, un nuovo strumento che mira a proteggere gli interessi erariali nello specifico ambito della procedura di transazione fiscale di cui all'art. 182 *ter* l. fall.

La precipua funzione della transazione fiscale è quella di consentire il risanamento dell'impresa in crisi, anche attraverso la dilazione o la parziale rinuncia da parte dell'Erario al credito fiscale nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, o di accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* l. fall.

Va subito chiarito che, sebbene la transazione fiscale (vedi art. 182 *ter,* comma 1, l. fall.), possa riguardare anche i contributi previdenziali ed assistenziali, la **fattispecie in esame è configurabile solo quando le mendaci informazioni** fornite dal soggetto attivo, siano **finalizzate ad ottenere il pagamento parziale del debito tributario erariale, e quindi statale**.[38] Sono pertanto irrilevanti, ai fini della sussistenza del delitto qui considerato, lo si ricava dalla descrizione della condotta e del dolo specifico, i debiti relativi a contributi previdenziali ed assistenziali.

E' ora opportuno, per meglio comprendere la successiva analisi della tipizzazione del fatto, analizzare i caratteri essenziali dell'istituto della transazione fiscale, contemplato dall'art. 182 *ter,* R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (l.fall.). Per farlo, stante la completezza e la chiarezza espositiva, pare preferibile riportare integralmente la ricostruzione dell'istituto fornita da due competenti ed acuti penalisti, quali D'Avirro e Giglioli,[39] piuttosto che richiamare analisi, forse troppo tecnicistiche ai fini del presente lavoro, sviluppate dalla dottrina che si occupa di diritto commerciale.

«Come la sua denominazione lascia facilmente intuire, la transazione fiscale (introdotta dall›art. 146, D.Lgs. n. 5 del 2006) è, in buona sostanza, un accordo transattivo tra l'imprenditore in stato di crisi e l'Agenzia delle entrate che - a seguito dell'omologa del Tribunale in sede di concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis,* l. fall.) - consente al primo di ottenere la riduzione e/o la dilazione del pagamento dei debiti tributari e contributivi, nell'ottica del superamento dello stato di crisi e del risanamento dell'impresa (al quale anche l'Erario può, dunque, essere chiamato - in qualità di creditore - a partecipare).

.....

38 Buono D., *Ristrutturazione del debito e transazione fiscale estesa alle imprese agricole,* in *Corr. trib.,* 2011, 31, 2558, evidenzia che "i crediti suscettibili di transazione fiscale sono i soli tributi 'amministrati dalle agenzie fiscali' (esclusi quindi i tributi locali)".

39 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 326-330.

mento di imposte, in Giovannini A.– Di Martino A.– Marzaduri E. (a cura di), *Diritto penale e processuale,* Tomo I, in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da Giovannini A, Milano, 2016, 807; Napoleoni V., *I fondamenti*, cit., 195 che, in ogni caso, sottolinea come la fattispecie criminosa protegga "in via diretta l'interesse alla percezione dei tributi nella fase 'estrema' del recupero coattivo". La giurisprudenza sembra seguire principalmente questa impostazione: Cass., sez. III, 8.4.2015, n. 15449; Cass., sez. III, 22.1.2015, n. 10214; Cass., sez. III, 18.5.2011, n. 36290; Cass., sez. III, 22.4.2009, n. 25147.

33 M. Romano, *Il delitto*, cit. 1008.

34 Cadoppi A., *Il reato omissivo proprio*, II, Padova, 1988, 1228; Id., *Commento all'art. 5*, in Caraccioli I.-Giarda A.-Lanzi A. (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 2001, 220 s.; Veneziani P., *Commento all'art. 3*, in Caraccioli I.-Giarda A.-Lanzi A. (a cura di), *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 2001, 133, ai cui importanti lavori si rinvia per una più ampia trattazione della questione.

35 Gennai S. - Traversi A., *I delitti tributari,* cit., 179.

36 Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 320; Parlato M. C., *Il reato di sottrazione fraudolenta*, cit., 157.

37 In questo senso Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 322, che evidenziano come "il dolo specifico, polarizzato sulla riduzione del debito fiscale, vale a configurare il reato come fattispecie di pericolo concreto, in considerazione di quanto più volte già rilevato circa l'incidenza sul piano dell'offensività di tale forma di dolo"; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 273; D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 324, nota 328.

numero 3 2017 bis.indd 26 10/12/17 19:53

Vediamo allora, sinteticamente, come si perfeziona l'accordo tra imprenditore e Fisco nell'ambito delle due diverse procedure disciplinate dalla legge fallimentare.

La domanda per l'ammissione al concordato preventivo è proposta dall'imprenditore in stato di crisi[40] - ai sensi dell'art. 161 l. fall. - con ricorso al Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale. Il comma 2 dell'art. 161 prevede, in particolare, che con il ricorso debbano essere presentati, oltre al piano contemplato dall'art. 160: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili. Ai sensi del comma 3 dell'art 161, poi, il piano e la documentazione suddetta devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, l. fall., che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Ciò detto, l'art. 182 *ter,* comma 1, l. fall., stabilisce - ed eccoci punto - che *"con* il *piano di cui all'articolo 160* il *debitore può pro porre* il *pagamento parziale o anche dilazionato dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, nonché dei contributi amministrati d agli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatoria e dei relativi accessori relativamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti al ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea".* Con l'importante precisazione che, con riguardo all'IVA ed alle ritenute operate e non versate, *"la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento".*[41] Il comma 2 dell'art. 182 *ter* dispone, poi, che l'imprenditore - ai fini della proposta di transazione fiscale - contestualmente al deposito presso il Tribunale, debba presentare al concessionario della riscossione e all'ufficio competente (in base al domicilio fiscale): a) copia della domanda di ammissione al concordato e della relativa documentazione; b) copia delle dichiarazioni fiscali per le quali non è previsto l'esito dei controlli automatici nonché delle dichiarazioni integrative relative al periodo sino alla data di presentazione della domanda *"al fine di consentire* il *consolidamento del debito fiscale".*

La norma prosegue descrivendo, poi, le modalità con le quali si perviene a detto consolidamento, nonché le modalità attraverso le quali il Fisco esprime il diniego o l'adesione alla proposta di transazione fiscale avanzata dall'imprenditore che, qualora si perfezioni, viene successivamente omologata con il decreto di ammissione al concordato preventivo emesso dal Tribunale (art. 180, l. fall.) il quale - ai sensi del comma 5 dell'art. 182 *ter* - *"determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma".*

Quanto agli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'art. 182 *bis,* comma 1, l. fall., prevede che *"l'imprenditore in stato di crisi può domandare, depositando la documentazione di cui all'art. 161, l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti, unitamente ad una relazione redatta da un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) sull'attuabilità dell'accordo stesso, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei".* La disposizione prosegue, poi, prevendendo: a) che l'accordo acquista efficacia dal giorno successivo della sua pubblicazione nel registro delle imprese; b) che per i successivi sessanta giorni si determina, *ope legis,* il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore; c) che entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori (e ogni altro interessato) possono proporre opposizione; d) che il Tribunale, decise le opposizioni, procede alla omologazione dell'accordo in camera di consiglio con decreto motivato, reclamabile nel termine di quindici giorni alla Corte di Appello.[42] Orbene, ai sensi dell'art. 182 *ter,* comma 6, l. fall., il debitore può effettuare la proposta di transazione fi scale prevista, per il concordato preventivo, dal comma 1, *"anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182-bis".* La proposta - prosegue la norma - deve essere depositata presso il concessionario della riscossione e il competente ufficio dell'Amministrazione finanziaria con allegazione, si badi bene: a) della documentazione di cui all'art. 161; b) di un'autocertificazione del debitore che tale documentazione *"rappresenta fedelmente ed integralmente la situazione dell'impresa, con particolare riguardo alle poste attive del patrimonio".*[43] Nei successivi trenta giorni l'Amministrazione finanziaria è chiamata ad esprimere - con le modalità descritte dallo stesso comma 6 dell'art. 182 *ter* - l'assenso alla proposta di transazione che, sempre in forza della stessa disposizione, *"equivale a sottoscrizione dell'accordo di ristrutturazione"*

40 Si tratta dell'imprenditore che esercita un'attività commerciale e che è soggetto alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, *ex* art. 1 l. fall.

41 Quanto alle ritenute operate e non versate, la previsione è frutto delle recenti modifiche apportate dall'art. 29, D.L. n. 78 del 2010. Nella relazione governativa si precisa che - in considerazione delle analogie tra gli istituti della sostituzione tributarla e della rivalsa IVA - appariva *"irragionevole una disparità di trattamento"* tra debiti IVA e debiti per ritenute: relazione al d.d.l. n. 2228, cit.

42 Il D.L. n. 78 del 2010 ha, poi, aggiunto all'art. 182 *bis* i commi 6, 7 e 8, che concedono all'imprenditore in stato di crisi la possibilità di chiedere al Tribunale il blocco delle azioni esecutive o cautelari anche prima del deposito del ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione, ovvero nel corso delle trattative. Sulla procedura prevista dall'art. 182 *bis,* l. fall., si veda - di recente – L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del Tribunale,* in *Giur. merito,* 2011, 2, 416.

43 L'onere di allegazione dei suddetti documenti è stato inserito dall'art. 29, comma 2, n. 78 del 2010 che - conte sottolineato dalla citata circolare dell'Agenzia delle entrate 15 febbraio 2010, n. 4/E, - ha voluto in tal modo offrire *"tutela ai terzi, ai quali l'accordo di ristrutturazione formatosi con procedura stragiudiziale offre minori garanzie rispetto al concordato preventivo che si svolge sotto il controllo degli organi giudiziali".* Lo stesso art. 29 ha, peraltro, inserito - all'ultimo comma dell'art. 182-bis - la revoca di diritto della transazione fiscale *"conclusa nell'ambito: dell'accordo di ristrutturazione"* (la regola non vale, quindi, in sede di concordato preventivo), qualora il debitore non esegua integralmente, entro 90 giorni dalle scadenze previste, i pagamenti dovuti per i debiti fiscali e contributivi.

numero 3 2017 bis.indd 27 10/12/17 19:53

e può, dunque, essere allegato - con la relativa documentazione - alla domanda di omologazione dell'accordo stesso. Si è osservato, in dottrina, che - trattandosi di un contatto plurilaterale - l'accordo di ristrutturazione si perfeziona, *ex* art. 1236 c.c. *"quando l'ultima accettazione, ossia quella necessaria per il raggiungimento della percentuale del 60%, è portata a conoscenza di tutte le altre parti",* e che *"la giurisprudenza ha individuato tale momento, in via presuntiva, in quello del deposito e della pubblicazione dell'accordo".*[44]

Si tenga presente che l'art. 23, comma 43, d.l. 6 luglio 2011, n. 98 (convertito, con modificazioni, dalla L 15 luglio 2011, n. 111) ha stabilito che *"in attesa di una disciplina complessiva dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182 bis e 182 ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni".* La norma, estendendo anche all'imprenditore agricolo la possibilità di accedere alla transazione fiscale in sede di accordi per la ristrutturazione dei debiti, produce, evidentemente, il contestuale effetto di allargare la platea dei possibili soggetti attivi del delitto di cui all'art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 74 del 2000.

Si tenga inoltre presente che, nonostante le innovazioni apportate dal D.Lgs. n. 169 del 2007 e, soprattutto, dal D.L. n. 78 del 2010 (che ha espressamente previsto la prededucibilità dei finanziamenti effettuati dagli istituti di credito sia in esecuzione di accordi di ristrutturazione, sia in funzione della presentazione degli stessi),[45] il ricorso agli accordi di ristrutturazione dei debiti risulta tuttora meno appetibile (e, perciò, meno frequente) rispetto alla richiesta di concordato preventivo, e ciò perché - come sottolineato in dottrina - quest'ultima procedura, pur essendo meno snella, presenta maggiori vantaggi per l'imprenditore.[46]

Ciò detto, v'è concordia in dottrina nel ritenere che - nonostante la dizione non del tutto chiara utilizzata dal legislatore - la fattispecie incriminatrice di cui all'art. 11, comma 2, D.Lgs. n. 74 del 2000, sia applicabile unicamente con riguardo all'istituto della transazione fiscale di cui all'art. 182 *ter,* l. fall., e non anche ad altri istituti di natura transattiva, quali l'adesione all'accertamento e la conciliazione giudiziale.[47] La tesi appare, senz'altro, condivisibile, e ciò non solo perché il legislatore ha utilizzato - declinandola, peraltro, al singolare - la stessa, identica, locuzione ("transazione fiscale") contemplata dalla legge fallimentare, ma anche perché: a) solo la procedura di cui all'art. 182 *ter* richiede espressamente la produzione di "documentazione" a sostegno della proposta transattiva; b) solo la transazione fiscale disciplinata dalla legge fallimentare *"interviene a debito fiscale consolidato, oggetto di riscossione",* mentre sia l'adesione all'accertamento che la conciliazione giudiziale occupano *"una fase endoprocedimentale logicamente precedente alla riscossione*[48]*.»*

4. I soggetti attivi del reato.

Trattasi di reato proprio. Soggetto attivo può essere **l'imprenditore in stato di crisi**, come detto al paragrafo precedente anche l'imprenditore agricolo per esplicita estensione normativa, ovvero **l'amministratore di una società in stato di crisi**, che sottoscrivano la proposta di transazione fiscale.[49]

In dottrina[50] si è sostenuto che anche il professionista, in possesso dei requisiti *ex* art. 67, terzo comma, let. d), l. fall., chiamato dall'imprenditore ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario in una relazione facente parte della documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale, possa essere soggettivo attivo del reato. Tale tesi non pare condivisibile, poiché, in realtà, per quanto il professionista assuma nella prassi un ruolo centrale per la commissione dell'illecito, il dato testuale descrive la condotta – usando il verbo «indica» - con riferimento ad un atto che spetta esclusivamente al debitore (l'imprenditore in crisi) compiere. Potrà quindi essere configurata una responsabilità concorsuale *ex* artt. 110 c.p., al pari di altri professionisti (commercialisti, avvocati, esperti contabili, garanti, ecc.), che possono fornire il loro contributo nel corso della procedura[51].

Il "rischio" di un concorso è ancora più evidente se si ritiene che le mendaci indicazioni possano essere costituite anche da valutazioni estimative, così come avviene ai sensi dell'espressa previsione dell'art. 7, in relazione ai reati di cui agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/200052.

Non si deve infatti trascurare il fatto che l'attività del professionista non può certo ritenersi esaurita in un mero recepimento e trasmissione di

44 L. D'Orazio, cit, il quale richiama la sentenza Trib. Brescia, 22 febbraio 2006, in *Fall.,* 2006, 669. Lo stesso Autore sottolinea, peraltro, come sia controversa la necessità che alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione sia allegato il piano previsto dall'art. 160 l.fall.

45 Art. 182 *quater,* l. fall., come modificato dal D.L. n. 78 del 2010, che a seguito di tale modifica prevede la prededucibilità anche dei compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli artt. 161, comma 3, e 182, comma 1, nonché - ma solo nella misura dell'80% - dei finanziamenti effettuati dai soci.

46 L. D'Orazio, cit., 416 e s., il quale evidenzia come il concordato preventivo risulti più vantaggioso perché, a differenza della procedura di cui all'art. 182 *bis:* a) contempla l'esdebitazione verso tutti i creditori concorsuali, anche se non partecipanti al procedimento; b) non prevede l'obbligo di pagare una determinata percentuale del ceto creditorio; e) presenta vantaggi fiscali assai appetibili, visto che le cessioni di beni immobili in corso di procedura non provocano plusvalenze, e la riduzione del passivo attuata nel concordato non determina sopravvenienza attiva.

47 R. Bricchetti-L. Pistorelli, cit., 88 e s.; E. Mastrogiacomo, *La frode,* cit. 663; S. Gennai-A. Traversi, cit:, 180; G. Bellagamba-G. Cariti, cit., 210; A. Palma, *Novità legislative introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 in materia di reati fiscali,* in *Il Fisco,* 2010, 7141; N. Monfreda, *Decreto anti-crisi* cit., 4646; C. Santoriello, *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte e falso in transazione,* in *Il Fisco,* 2011, 16, 2529.

48 R. Bricchetti-L. Pistorelli, cit., 89. In dottrina v'è, peraltro, chi ha ritenuto che lo *"scarso utilizzo"* dell'istituto della transazione fiscale dipenderebbe *dall'"erronea interpretazione"* che di esso danno gli Uffici periferici dell'Agenzia delle Entrate: Andreani-Ratti, *Il problematico ricorso a procedure concorsuali e transazione fiscale,* in *Corr. Trib.,* 2011, 12, 949.

49 Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 273.

50 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 330; Gennai S.-Traversi A., *I delitti*, cit., 180; G. L. Soana, *I reati tributari*, 3a ed., Milano, 2013, 397.

51 In questo senso Caraccioli I., *Le novità,* cit., 6; Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 323; Perini A., (voce) *Reati tributari*, cit., 544; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 273.

52 Sul problema delle valutazioni, cfr. Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 323.

numero 3 2017 bis.indd 28 10/12/17 19:53

dati, soprattutto in un contesto normativo che comporta affidamento in verifiche, scrutini, accertamenti e valutazioni che solo egli può garantire.[53]

5. La condotta tipica.

Innanzitutto, come è stato correttamente evidenziato[54], **presupposto** della condotta è **l'avvenuta instaurazione di una procedura di transazione fiscale** a norma dell'art. 182-*ter* l. fall., secondo cui «il debitore può proporre il pagamento parziale o anche dilazionato dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori (...) ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea», che, come si è spiegato in precedenza, può essere avviata nell'ambito della procedura di concordato preventivo (artt. 160 ss. l. fall.) ovvero del procedimento che conduce alla stipula degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

L'espressa limitazione alla transazione fiscale esclude che possano venire in considerazione altre diverse tipologie di accordi di natura transattiva previsti dall'ordinamento.[55]

La condotta tipica si sostanzia nell'indicare «nella documentazione presentata ai fini della transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi».

La documentazione comprende copia di quella allegata alla domanda di concordato e consiste nei documenti di cui all'art. 161, 2° e 3° comma, l. fall., nonché nelle dichiarazioni indicate nell'art. 182-*ter*, 2° comma, l. fall., e nella dichiarazione sostitutiva prevista dall'art. 182-*ter*, 6° comma, l. fall., per la stipula dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.[56]

Si ritiene di condividere l'orientamento ermeneutico secondo cui "l'utilizzo del tradizionale verbo "indicare" sembrerebbe denotare come il **falso incriminato sia solo quello ideologico** e non anche quello materiale.[57]"

Tale lettura si spiega anche alla luce della volontà del legislatore di rafforzare in questo ambito la tutela penale rispetto alla disciplina previgente, laddove risultava più debole. Le condotte di falso materiale commesse da privati sono (ed erano) infatti già punibili, ai sensi degli artt. 476 e 482 c.p. con una pena da otto mesi a quattro anni di reclusione, più elevata, quindi, anche se solo leggermente, di quella prevista dalla fattispecie in esame. Al contrario la sanzione comminata dall'art. 483 c.p., norma nella quale, in assenza della fattispecie in esame, sarebbero sussumibili le condotte mendaci del debitore-imprenditore in crisi qui considerate, è quella assai più lieve, della reclusione fino a due anni. E' in tale ambito, quindi, che il legislatore ha ritenuto di intervenire.

Più specificamente la falsa indicazione sulle componenti reddituali deve avvenire nell'ambito della "documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale". Rilevano quindi, quali atti nei quali la falsa indicazione può sostanziarsi: i documenti indicati nell'art. 161, commi 2 e 3, l. fall. (richiamati per gli accordi di ristrutturazione dei debiti - dall'art 182 *bis* l. fall.); la dichiarazione sostitutiva resa dal debitore ai sensi dell'art. 182 *bis,* comma 6, l. fall.; le dichiarazioni indicate nell'art. 182 *ter,* comma 2, l. fall., presentate al concessionario per la riscossione e alla competente Agenzia fiscale, concorrenti al consolidamento del debito fiscale e, quindi, alla formazione della piattaforma sulla quale interviene l'accordo transattivo.[58] Laddove a queste dichiarazioni mendaci dovesse accompagnarsi l'utilizzo di documentazione ulteriore, materialmente falsificata, il debitore ne risponderebbe in concorso materiale, accrescendo tale condotta la capacità frodatoria complessiva.

Va detto che secondo altri Autori invece la fattispecie può essere integrata anche attraverso la sola presentazione di documenti contraffatti o alterati, che rappresentino una situazione inveritiera.[59]

Certamente tra i tributi rispetto ai quali la mendace indicazione potrà venire in considerazione rientrano le imposte sui redditi.[60]

Più in generale, pare **siano rilevanti le mendaci indicazioni fornite riguardo tutti i tributi erariali**: Ires, Irpef, Irap, Imposte di bollo, di registro, ipotecarie e catastali, sulle successioni e donazioni con i relativi accessori.[61] Si ritengono invece **esclusi, poiché le agenzie fiscali non possono concludere transazioni relativamente agli stessi, non avendone la disponibilità, i tributi locali, i diritti agricoli ed i tributi doganali della U.E.**[62] **e**, si ribadisce, **i contributi previdenziali ed assistenziali**, rispetto ai quali ultimi la transazione fiscale *ex* 182 *ter,* comma 1, l. fall. è possibile, ma che non costituiscono tributi, come richiesto dalla tipicità del delitto in esame nella descrizione del dolo specifico.

Si ritiene che la fattispecie incriminatrice sia **inoltre applicabile anche con riferimento all'IVA**. Sebbene con riferimento a tale tributo la proposta di transazione fiscale possa riguardare esclusivamente la dilazione del pagamento e non anche il pagamento parziale, come richiede invece, si ribadisce, il tipizzato dolo specifico, si ritiene che l'indicazione di elementi attivi inferiori a quelli effettivi o di elementi passivi fittizi relativi all'IVA, possa essere fatto dal debitore-imprenditore in crisi allo scopo di ottenere un transazione fi-

53 Rileva al riguardo Mapelli W., *Il reato dell'attestatore*, in Caiafa A.-Romeo S. (a cura di), *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Tomo III, Padova, 2014, 955 che «nella stragrande maggioranza dei casi, la valutazione falsa è contenuta nell'attestazione del professionista».

54 Bricchetti R.-Pistorelli L., *Fino a 4 anni,* cit., 88; Aronica G., *Il nuovo art. 11 comma 2,* cit., 1006.

55 Bricchetti R.-Pistorelli L., *Fino a 4 anni,* cit., 89; Basso E.D.-Viglione A., *I reati*, cit., 160.

56 Vedi *supra* § 2, nonchè Gennai S.-Traversi A., *I delitti*, cit., 180.

57 Bricchetti R.-Pistorelli L., *Fino a 4 anni*, cit., 89; Soana G.L., *I reati*, cit., 398; D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 332; in termini dubitativi Palma A., *Novità legislative introdotte dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78 in materia di reati fiscali,* in *Il Fisco,* 2010, 7141.

58 Per l'individuazione dei documenti rilevanti si rinvia a Gennai S.-Traversi A., *I delitti*, cit., 181.

59 Lanzi A.-Aldrovandi P., *Diritto*, cit., 321; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 274.

60 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 333 ritengono che solo quando le mendaci informazioni fornite dal soggetto attivo riguardino le componenti di reddito la fattispecie sia configurabile, oltre con riferimento all'IVA, con esclusioni degli altri tributi ritenuti dallo scrivente rilevanti ed indicati nel testo principale.

61 In questo senso Pugnoli C., *Sub. Art. 11 D.Lgs. 74/2000*, in Lanzi A. - Insolera G. (a cura di), *Codice penale d'impresa*, Roma, 2015, 502; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 274.

62 Vedi al riguardo Buono D., *Ristrutturazione del debito,* cit., 2558.

numero 3 2017 bis.indd 29 10/12/17 19:53

scale complessivamente più favorevole, che determini un pagamento parziale inferiore di altre imposte (oltre che un'eventuale dilazione dell'IVA).63

6. La soglia di punibilità consistente nell'indicazione di elementi non veritieri per importi superiori a 50.000 euro.

La soglia di punibilità di cinquantamila euro è elemento costitutivo del reato.[64]

Secondo alcuni,[65] che criticano conseguentemente la formulazione legislativa, che esporrebbe la norma a censure di illegittimità costituzionale sotto il profilo della ragionevolezza, il tenore letterale della disposizione parrebbe circoscrivere l'operatività della soglia alla sola condotta di indicazione di elementi passivi fittizi, escludendo invece gli elementi attivi occultati.

Secondo altri, nonostante la formulazione poco felice, **deve** comunque **ritenersi che la soglia quantitativa dei cinquantamila euro operi "anche per la sottomanifestazione di "elementi attivi"**; diversamente qualunque scostamento anche minimo (se provato) integrerebbe delitto tributario".[66]

Questa seconda soluzione appare la più plausibile, non solo perché consente un'interpretazione compatibile con il canone di ragionevolezza, ma anche perché, come è stato osservato, si potrebbe ritenere che "laddove il legislatore ha utilizzato la locuzione *"per un ammontare complessivo superiore ad euro 50.000"* abbia inteso riferirsi, "complessivamente" – così come ha fatto, molto più chiaramente nella let. b) dell'art. 3 sia agli elementi attivi occultati che agli elementi passivi fittizi".[67]

7. L'elemento soggettivo doloso.

Il dolo consiste nella coscienza e volontà di indicare nella documentazione relativa alla transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi oltre alla soglia di punibilità, che, configurando un elemento costitutivo del reato, deve essere oggetto di dolo.

Si tratta di reato a **dolo specifico**.

Il soggetto deve proporsi lo scopo di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori. Tale finalità non deve necessariamente realizzarsi e può non essere esclusiva.

La finalità di ottenere un pagamento parziale può riguardare sé od "altri".

La scelta sembra ispirata dalla volontà del legislatore di estendere la punibilità anche all'amministratore o legale rappresentante di persone giuridiche.[68] Non pare invece condivisibile, per le ragioni esposte *supra* § 3, ricavarne argomento per estendere la soggettività dell'illecito, oltre che all'imprenditore in stato di crisi, anche al professionista che redige la relazione sulla veridicità dei dati contabili e sulla fattibilità del piano.[69]

8. Il momento consumativo ed il tentativo.

Trattasi di reato istantaneo. Il momento consumativo va individuato nella **presentazione della documentazione ai competenti uffici dell'Amministrazione Finanziaria** e al concessionario della riscossione nell'ambito dell'avviata procedura di transazione fiscale.[70]

E' controversa l'ammissibilità del tentativo. Secondo alcuni Autori,[71] posizione condivisa da chi scrive, il **tentativo non sarebbe configurabile**, stante la natura di reato di pericolo. Secondo altri[72] sarebbe invece configurabile in ragione del fatto che la condotta tipica si articola nelle diverse fasi di predisposizione e presentazione della domanda di transazione.

9. La circostanza aggravante.

Nella seconda parte del secondo comma dell'art. 11 d.lgs. 74/2000, analogamente a quanto contempla il primo comma, è prevista una circostanza aggravante ad effetto speciale. L'aggravante prevede una pena della reclusione da uno a sei anni nel caso in cui vengano indicati elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro duecentomila.

10. I rapporti con altri reati.

La natura plurioffensiva del reato si riflette anche sul tema del concorso di reati.

In particolare, stante la coincidenza dei beni giuridici tutelati, il **concorso con il reato di cui all'art. 483 c.p.**, norma nella quale, in assenza della fattispecie in esame, sarebbero sussumibili le condotte mendaci del debitore-imprenditore in crisi qui considerate, è solo apparente. Il disvalore di tale fatto è assorbito nel più grave delitti previsto dal secondo comma dell'art. 11, che peraltro appare anche in rapporto di specialità con la predetta fattispecie.

Le condotte di falso materiale commesse da privati sono, a parere di chi scrive, estranee alla tipicità della norma in commento[73] e pertanto, laddove i **delitti di cui agli artt. 476 e 482 c.p.** vengano commessi per "consolidare" e rendere più convincente l'operazione di fraudolento conseguimento di una transazione fiscale, che non può comunque prescindere dalla "indicazione" mendace come sopra descritta,[74] stante la diversità strutturale tra tali reati e la fattispecie in esame, considerato an-

63 In questo, sostanzialmente, anche Aronica G., *Il nuovo art. 11 comma 2,* cit., 1022; D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 333; *contra* Soana G.L., *I reati*, cit., 399; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 274.

64 Per un esame più dettagliato della questione sia consentito rinviare a Delsignore S., *I delitti di fraudolenta sottrazione al pagamento di imposte*, in Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, 1024 s.

65 In questo senso Bricchetti R.-Pistorelli L., *Fino a 4 anni*, cit., 89 s.; Palma A., *Novità legislative*, cit., 7141; Santoriello C., *Sottrazione fraudolenta al pagamento*, cit., 2532

66 Così Corso P., *Nuovo reato e nuova "aggravante" contro l'evasione fiscale*, cit., 2740 ed anche Gennai S.-Traversi A., *I delitti*, cit., 180-181; Monfreda N., *Decreto anti-crisi,* cit., 4647; Mastrogiacomo E., *Il delitto,* cit*.,* 10280.

67 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 335-336.

68 Bellagamba G.-Cariti G., *I nuovi reati,* cit. 210; Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 275.

69 Questo ritengono invece D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 331; Soana G.L., *I reati*, cit., 397; Monfreda N., *Decreto anti-crisi,* cit., 4647.

70 Aronica G., *Il nuovo art. 11 comma 2,* cit., 1020.

71 Basso E.D.-Viglione A., *I reati*, cit., 164; D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 331.

72 Soana G.L., *I reati*, cit., 402; Palma A., *Novità legislative*, cit., 7145.

73 Vedi *supra* § 5.

74 Vedi ancora le considerazioni esposte *supra* § 5.

numero 3 2017 bis.indd 30 10/12/17 19:53

che il maggior disvalore che l'operazione fraudolenta assume, se posta in essere con tali modalità, il delitto previsto dal secondo comma dell'art. 11 si troverà a **concorrere materialmente** con tali reati.

Non è poi ritenuto configurabile il concorso col delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato (art. 640, 2° comma, n. 1, c.p.) in ragione del carattere di specialità della norma penale tributaria in esame.[75]

Non pare plausibile prospettare ipotesi di concorso con la fattispecie prevista dall'art. 236 l. fall. in tema di concordato preventivo, ponendosi su piani completamente differenti.[76] Altrettanto dicasi riguardo all'art. 236-*bis* l. fall., che d'altra parte non richiama la norma sulla transazione fiscale. Peraltro, laddove la relazione del professionista, già autonomamente punibile *ex* art. 236-*bis*, venisse ripresentata in copia anche per conseguire la transazione fiscale, tale condotta, se munita di tutti i requisiti oggettivi e soggettivi, potrà integrare un contributo concorsuale ai sensi dell'art. 110 c.p. nel delitto di cui all'art. 11 realizzato dall'imprenditore in crisi.[77]

11. Brevi considerazioni sul trattamento sanzionatorio.

La pena prevista nell'ipotesi base è quella della reclusione da sei mesi a quattro anni; nell'ipotesi aggravata da uno a sei anni.

Sono applicabili le pene accessorie contemplate dal primo coma dell'art. 12 d.lgs. 74/2000. Non ricorre invece la deroga alla disciplina della sospensione della condizionale della pena disposta dal comma 2-*bis* dello stesso art. 12.

Il nuovo art. 12-*bis* del d.lgs. prevede – come già l'abrogato art. 1, 143° comma, l. n. 244/2007 – la confisca obbligatoria, anche per equivalente, dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto del delitto.[78]

12. Brevi considerazioni su aspetti processuali.

Valgono, sotto il profilo processuale, considerazioni identiche a quelle già formulate per la fattispecie prevista dal primo comma. La competenza per territorio *ex* art. 8 c.p.p. spetta al giudice del luogo di consumazione del reato, con applicazione tuttavia dell'articolato criterio sussidiario - eccezionale per i reati tributari - del luogo di accertamento *ex* art. 18 d.lgs. n. 74/2000, mentre la competente per materia spetta al Tribunale in composizione monocratica, con citazione diretta *ex* art. 550 c.p.p. Laddove ricorra la circostanza aggravante contemplata dalla seconda parte del primo comma, ovvero quella prevista dall'art. 13-*bis* del decreto, è richiesta l'udienza preliminare.

È consentito, ai sensi dell'art. 381 c.p.p., l'arresto facoltativo in flagranza di reato. Non è invece consentito, ai sensi dell'art. 384 c.p.p., il fermo di indiziato di reato.

Sono consentite, oltre alle misure cautelari reali, anche le misure cautelari personali coercitive (art. 280 c.p.p.) e interdittive (art. 287 c.p.p.).

Le intercettazioni *ex* artt. 266 ss. c.p.p. sono consentite solo ove ricorra la circostanza aggravante di cui alla seconda parte dell'art. 11, ovvero altra circostanza aggravante che determini una pena superiore nel massimo ad anni cinque secondo le regole dettate dall'art. 4 c.p.p.[79]

Solo a fronte dell'integrale adempimento del debito tributario, che rende applicabile la circostanza attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 13*bis* d.lgs. n. 74/2000, è possibile accedere, ai sensi del comma 2 della medesima norma, all' "applicazione della pena su richiesta".

Stefano Delsignore

75 D'Avirro A.-Giglioli M., *I reati*, cit., 338; *contra* Palma A., *Novità legislative,* cit., 7145.

76 Aronica G., *Il nuovo art. 11 comma 2,* cit., 1017 ss.

77 Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 276.

78 Si rinvia al riguardo a Delsignore S., Art. 12-*bis (Confisca)*, in Nocerino C.-Putinati S. (a cura di), *La riforma dei reati tributari*, *Le novità del d.lgs. n. 158/2015*, Torino, 2015, 283 s.

79 Pricolo C. M. – Trabacchi A., *Commento art. 11,* cit., 277.

numero 3 2017 bis.indd 31 10/12/17 19:53

I rapporti di lavoro nella cessione dell'azienda fallita

Sempre più spesso, in questi ultimi anni, chi si occupa di diritto del lavoro deve affrontare problemi legati alla sorte dei rapporti di lavoro nel caso di fallimento dell'azienda datrice di lavoro, specie quando quest'ultima viene ceduta dopo l'apertura della procedura concorsuale. Occorre allora cercare un coordinamento tra norme lavoristiche e fallimentari, azione che non è certo facile, dato che le due branche del diritto non hanno mai molto dialogato, posto che le finalità di tutela sono spesso divergenti.

Senza pretesa di essere esaustivi, per la necessaria brevità di questo scritto, si può comunque ricordare quali sono le norme cardine di questa materia, in modo che si possa delineare il quadro generale, seppur a grandissime linee.

Sveliamo subito la soluzione finale: nella cessione dell'azienda fallita è possibile derogare alle tutele, previste dal diritto del lavoro, per il passaggio dei contratti di lavoro dall'azienda cedente a quella cessionaria, ma questa possibilità dipende dalla presenza di specifici requisiti.

Nella legislazione giuslavoristica i fondamentali articoli sul trasferimento di azienda sono l'art. 2112 c.c. e l'art. 47 Legge 29 dicembre 1990 n. 428, entrambi modificati più volte anche in seguito al recepimento di direttive comunitarie (si veda da ultimo la Direttiva 2001/23/CE del 12 marzo 2001).

L'art. 2112 c.c. recita: "*In caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.*

Il cedente ed il cessionario sono obbligati, in solido, per tutti i crediti che il lavoratore aveva al tempo del trasferimento. Con le procedure di cui agli articoli 410 e 411 del codice di procedura civile il lavoratore può consentire la liberazione del cedente dalle obbligazioni derivanti dal rapporto di lavoro.

Il cessionario è tenuto ad applicare i trattamenti economici e normativi previsti dai contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali vigenti alla data del trasferimento, fino alla loro scadenza, salvo che siano sostituiti da altri contratti collettivi applicabili all'impresa del cessionario. L'effetto di sostituzione si produce esclusivamente fra contratti collettivi del medesimo livello.

Ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sè motivo di licenziamento. Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma.

Ai fini e per gli effetti di cui al presente articolo si intende per trasferimento d'azienda qualsiasi operazione che, in seguito a cessione contrattuale o fusione, comporti il mutamento nella titolarità di un'attività economica organizzata, con o senza scopo di lucro, preesistente al trasferimento e che conserva nel trasferimento la propria identità a prescindere dalla tipologia negoziale o dal provvedimento sulla base del quale il trasferimento è attuato ivi compresi l'usufrutto o l'affitto di azienda. Le disposizioni del presente articolo si applicano altresì al trasferimento di parte dell'azienda, intesa come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento.

Nel caso in cui l'alienante stipuli con l'acquirente un contratto di appalto la cui esecuzione avviene utilizzando il ramo d'azienda oggetto di cessione, tra appaltante e appaltatore opera un regime di solidarietà di cui all'articolo 29, comma 2, del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276."

Questa norma, che è imperativa, stabilisce il principio fondamentale in base al quale i rapporti di lavoro continuano con l'imprenditore subentrante in modo automatico, senza che occorra una formale risoluzione da parte del datore cedente né che il lavoratore presti il proprio consenso ex art. 1406 c.c., dato che l'art. 2112 c.c. integra una cessione ex lege del contratto (Cass. Sez. Lav. 23/5/2017 n. 12919).

La norma accorda inoltre al lavoratore ceduto alcune tutele in modo che il passaggio al cessionario non comporti un peggioramento delle condizioni di lavoro: quindi impone la conservazione di tutti i diritti precedentemente goduti, l'applicazione dei contratti collettivi del cedente fino alla loro scadenza (salvo siano sostituiti da altri di medesimo livello applicabili dal cessionario), nonché la solidarietà del cessionario per i debiti del cedente verso il lavoratore al tempo del trasferimento.

Esaminiamo ora l'altra norma di riferimento in questa materia, l'art. 47 Legge 29/12/1990 n. 428 che afferma:*"1. Quando si intenda effettuare, ai sensi dell'articolo 2112 del codice civile, un trasferimento d'azienda in cui sono complessivamente occupati più di quindici lavoratori, anche nel caso in cui il trasferimento riguardi una parte d'azienda, ai sensi del medesimo articolo 2112 , il cedente ed il cessionario devono darne comunicazione per iscritto almeno venticinque giorni prima che sia perfezionato l'atto da cui deriva il trasferimento o che sia raggiunta un'intesa vincolante tra le parti, se precedente, alle rispettive rappresentanze sindacali unitarie, ovvero alle rappresentanze sindacali aziendali costituite, a norma dell'articolo 19 della legge 20 maggio 1970, n. 300, nelle unità produttive interessate, nonché ai sindacati di categoria che hanno stipulato il contratto collettivo applicato nelle imprese interessate al trasferimento. In mancanza delle predette rappresentanze aziendali, resta fermo l'obbligo di comunicazione nei confronti dei sindacati di categoria comparativamente più rappresentativi e può essere assolto dal cedente e dal cessionario per il tramite dell'associazione sindacale alla quale aderiscono o conferiscono mandato. L'informazione deve riguardare: a) la data o la data proposta del trasferimento; b) i motivi del programmato trasferimento d'azienda; c) le sue conseguenze giuridiche, economiche e sociali per i lavoratori; d) le eventuali misure previste nei confronti di questi ultimi.*

2. Su richiesta scritta delle rappresentanze sindacali o dei sindacati di categoria, comunicata entro sette giorni dal ricevimento della comunicazione di cui al comma 1, il cedente e il cessionario sono tenuti ad avviare, entro sette giorni dal ricevimento della predetta richiesta, un esame congiunto con i soggetti sindacali richiedenti. La consultazione si intende esaurita qualora, decorsi dieci giorni dal suo inizio, non sia stato raggiunto un accordo.

3. Il mancato rispetto, da parte del cedente o del cessionario, degli obblighi previsti dai commi 1 e 2 costituisce condotta antisindacale ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300.

4. Gli obblighi d'informazione e di esame congiunto previsti dal presente articolo devono essere assolti anche nel caso in cui la decisione relativa al trasferimento sia stata assunta da altra impresa controllante. La mancata trasmissione da parte di quest'ultima delle informazioni necessarie non giustifica l'inadempimento dei predetti obblighi.

4-bis. Nel caso in cui sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento,

numero 3 2017 bis.indd 32 10/12/17 19:53

anche parziale, dell'occupazione, l'articolo 2112 del codice civile trova applicazione nei termini e con le limitazioni previste dall'accordo medesimo qualora il trasferimento riguardi aziende:

a) delle quali sia stato accertato lo stato di crisi aziendale, ai sensi dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675;

b) per le quali sia stata disposta l'amministrazione straordinaria, ai sensi del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, in caso di continuazione o di mancata cessazione dell'attività;

b-bis) per le quali vi sia stata la dichiarazione di apertura della procedura di concordato preventivo;

b-ter) per le quali vi sia stata l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti .

5. Qualora il trasferimento riguardi [aziende o unità produttive delle quali il CIPI abbia accertato lo stato di crisi aziendale a norma dell'articolo 2, quinto comma, lettera c), della legge 12 agosto 1977, n. 675,0] imprese nei confronti delle quali vi sia stata dichiarazione di fallimento, omologazione di concordato preventivo consistente nella cessione dei beni, emanazione del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa ovvero di sottoposizione all'amministrazione straordinaria, nel caso in cui la continuazione dell'attività non sia stata disposta o sia cessata e nel corso della consultazione di cui ai precedenti commi sia stato raggiunto un accordo circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione, ai lavoratori il cui rapporto di lavoro continua con l'acquirente non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile, salvo che dell'accordo risultino condizioni di miglior favore. Il predetto accordo può altresì prevedere che il trasferimento non riguardi il personale eccedentario e che quest'ultimo continui a rimanere, in tutto o in parte, alle dipendenze dell'alienante.

6. I lavoratori che non passano alle dipendenze dell'acquirente, dell'affittuario o del subentrante hanno diritto di precedenza nelle assunzioni che questi ultimi effettuino entro un anno dalla data del trasferimento, ovvero entro il periodo maggiore stabilito dagli accordi collettivi. Nei confronti dei lavoratori predetti, che vengano assunti dall'acquirente, dall'affittuario o dal subentrante in un momento successivo al trasferimento d'azienda, non trova applicazione l'articolo 2112 del codice civile."

Anche questa norma richiederebbe un'analisi approfondita, ma per i fini di cui sopra, ci limitiamo ad esaminare gli ultimi 2 commi dell'art. 47, che prevedono che nella cessione di un'azienda con più di quindici dipendenti, dichiarata fallita, o di cui sia stato omologato il concordato preventivo con cessione dei beni, o dichiarata la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria e di cui non sia stata disposta o sia cessata la continuazione dell'attività, possa essere derogato l'art. 2112 c.c. per i contratti di lavoro che passano al cessionario, ma solo se vi è un accordo con le rappresentanze sindacali circa il mantenimento anche parziale dell'occupazione.

Dunque nelle aziende con più di quindici dipendenti è possibile derogare all'applicazione delle garanzie previste per i rapporti di lavoro in caso di trasferimento d'azienda, ma solo rispettando due condizioni fondamentali, che andiamo brevemente ad esaminare.

La prima condizione che deve necessariamente sussistere perchè si possa derogare all'applicazione dell'art. 2112 c.c. è che ci sia stato un accordo sindacale che garantisca, anche parzialmente, i livelli occupazionali. Pertanto la mancanza dell'accordo determinerebbe l'applicazione delle tutele previste dall'art. 2112 c.c.. Secondo la dottrina giuslavoristica (Aprile, Bellè, Bonetti Scaini e altri) appare opportuno che la procedura di accordo sindacale sia sempre esperita in tutte le cessioni di aziende in fallimento, a prescindere dal numero dei dipendenti occupati, perchè altrimenti la norma si porrebbe in contrasto con l'art. 3 della Costituzione; infatti una diversa interpretazione comporterebbe una sostanziale disparità di trattamento tra i lavoratori dipendenti di aziende con più di quindici dipendenti e lavoratori di aziende sotto tale limite numerico, i quali vedrebbero pregiudicata la possibilità di continuazione dell'impresa con la conseguente sicura perdita di tutti i posti di lavoro.

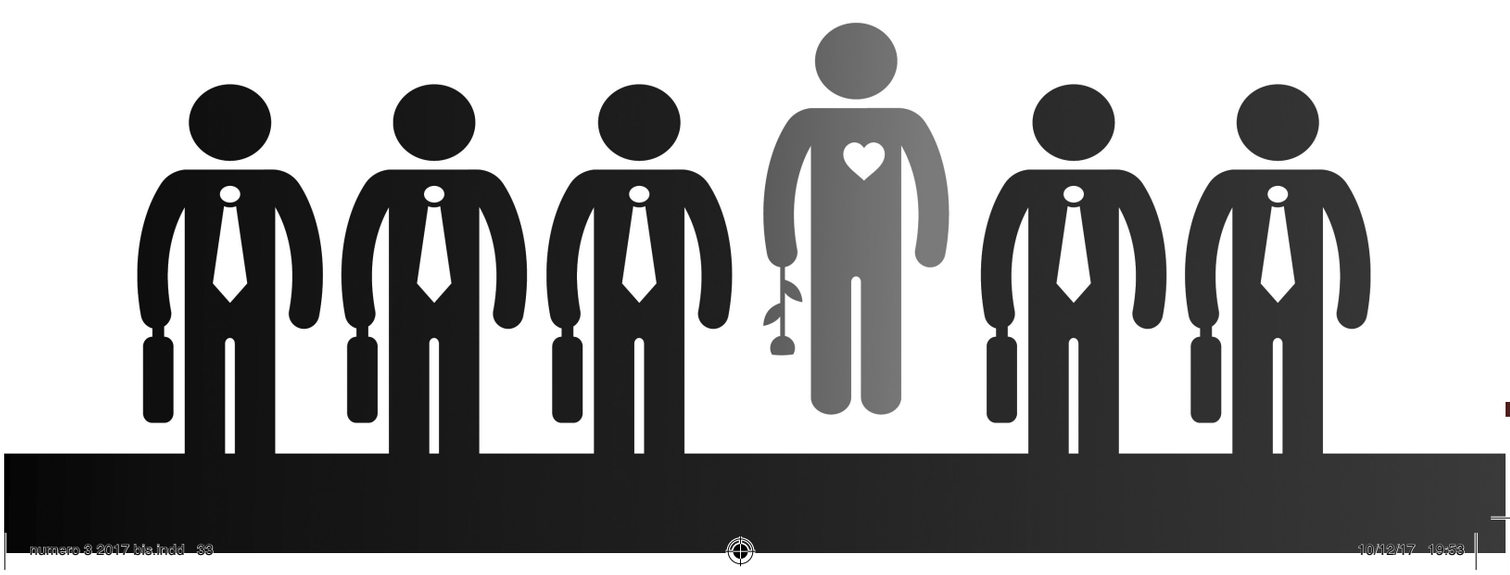
L'altra condizione posta dalla norma (*che non sia stata disposta o sia cessata la continuazione dell'attività dell'impresa*) è finalizzata ad assicurare che le garanzie poste dall'ordinamento per i contratti di lavoro vengano sacrificate solo in presenza di casi in cui sia certo il non ritorno *in bonis* dell'impresa, cosa quest'ultima che si può ritenere certa nelle procedure concorsuali a fine liquidatorio come è il fallimento.

Questo, in estrema sintesi, quanto è previsto dall'ordinamento giuslavoristico per regolare i rapporti di lavoro nella cessione dell'azienda in crisi e che va coordinato con l'art. 105 L.F. che riguarda appunto la vendita dell'azienda come prevista nella Legge Fallimentare.

L'art. 105 L.F. al 3° comma prevede: "*Nell'ambito delle consultazioni sindacali relative al trasferimento d'azienda, il curatore, l'acquirente e i rappresentanti dei lavoratori possono convenire il trasferimento solo parziale dei lavoratori alle dipendenze dell'acquirente e le ulteriori modifiche del rapporto di lavoro consentite dalle norme vigenti*".

Ma per gran parte della dottrina (Fimmanò, Aprile, Bellè, Ferro) questa norma non avrebbe una vera portata innovativa, dato che si limita a richiamare la disciplina dell'art. 47 L. 428/1990, riconoscendo espressamente al curatore la legittimazione alla contrattazione in sede sindacale e quindi la specialità del sistema lavoristico.

Paola Pieresca



La separazione delle carriere tra p.m. e giudici, per una corretta mentalità a suffragio di un'equilibrata soglia della prova

Tempo addietro un noto P.M., a chi gli faceva notare l'elevato numero di assoluzioni in sede di giudizio, ebbe a rispondere che, in realtà, quasi tutti gli imputati sono colpevoli e se tanti vengono assolti, è solo per le deficienze del sistema abilmente sfruttate dagli avvocati.

Questo punto di vista mi ha ricordato la battuta di un famoso film western, in cui un duro sceriffo, dopo aver malmenato un sospetto, venne rimproverato di aver massacrato un innocente, al che lui, in risposta, chiese: «*... innocente di che?*».

Le mentalità del nostro P.M. e di quello sceriffo non differiscono di molto, ma la differenza sta nel fatto che lo sceriffo è rimasto sceriffo, mentre quel P.M., nel frattempo, è diventato Giudice.

Questo aneddoto lumeggia bene la reale problematica relativa alla separazione della carriere in ambito penale, che non risiede tanto nel pericolo che una giurisdizione composta anche da ex P.M., inclini intenzionalmente verso le ragioni dell'accusa, quanto nel pericolo che coloro i quali abbiano svolto lungamente un ruolo di parte accusatoria, siano permanentemente portatori di una deformazione professionale fatta di certezze preconcette e, dunque, poco o punto condite da dubbi, le quali finiscono, nello specifico, per concretizzarsi in una soglia della prova molto bassa, che, inevitabilmente, si rivela come una vera e propria "deformità", allorché gli stessi siano chiamati a svolgere un ruolo di giudice terzo ed imparziale, ossia a dover fare propria una più alta soglia della prova improntata al principio del ragionevole dubbio, quale criterio di giudizio tipico della giurisdizione penale.

Nel processo accusatorio, infatti, la pubblica accusa è parte e, come tale, è pure fisiologicamente portata a sostenere le sue ragione con inevitabile "parzialità", perché ciò è nella logica del principio dispositivo, la stessa logica che impone alla difesa di sostenere, in ogni caso, le ragioni contrarie, proprio perché entrambe debbono assumere i poli dialettici di visioni contrapposte, atte a fornire al giudice uno scenario fatto di tesi ed antitesi da cui trarre la sintesi.

Cosicché – al di là delle posizioni illusorie, contraddittorie e distoniche con il sistema, che vorrebbero il P.M. come l'espressione di una parte *sui generis* o, peggio, l'incarnazione di una contraddizione vivente, ossia una c.d. "parte imparziale" – l'organismo requirente, fatto salvo sempre il rispetto della legge e dell'obiettività in fase d'indagini, deve, in sede processuale, sostenere le sue ragioni, quand'anche fondate su un labile quadro probatorio e una mentalità forgiata dall'idea che la colpevolezza sia sempre molto più vasta di quella che appare; più o meno come fa, *mutatis mutandis*, l'avvocato in chiave difensiva.

Tutto ciò è sostanzialmente fisiologico nel processo accusatorio, così come, però, è altamente probabile che una simile mentalità, se praticata per lungo tempo, finisca per impregnare profondamente il rappresentante della pubblica accusa e gli impedisca, o gli renda oltremodo difficile, riconvertirsi utilmente in un ruolo pressoché interamente fondato sul presupposto del massimo equilibrio, quale è quello del Giudice.

Risulta, quindi, chiaro, come sia nella natura stessa del processo di parti, che il Giudice resti distante dalle stesse, non solo formalmente, ma anche sostanzialmente, evitando di condividere empaticamente con una di esse la visione delle cose e la soglia della prova, al fine di evitare o, quanto meno, ridurre il fenomeno dei giudici "condannatori seriali" e dei G.I.P. largamente proni ai desiderata delle Procure.

Tutto questo, almeno, nell'attuale assetto istituzionale dell'Ordine Giudiziario, ossia in un contesto che concepisce il magistrato o il giudice come un funzionario interamente versato nella carriera pubblica, ossia un mero burocrate di Stato.

La questione, però, potrebbe essere totalmente differente se, come avviene in altri ordinamenti, i magistrati venissero selezionati tra i professionisti del settore, per cui si potrebbe addivenire a un assetto ordinamentale in cui si arrivi al ruolo di Giudice dopo aver esercitato la libera professione per un certo periodo e, successivamente, aver svolto la funzione giudiziaria di pubblico ministero, per un certo numero di anni; cosicché, in definitiva, il ruolo giurisdizionale verrebbe affidato a soggetti dotati di una visione stereoscopica dei problemi ed in grado di operare in se stessi un'utile sintesi tra mentalità contrapposte, per arrivare ad un'equilibrata soglia della prova, ossia non così alta, come può avere la difesa, ma neppure così bassa come solitamente ha l'accusa.

L'unica alternativa utile alla separazione delle carriere è, dunque, quella di un'integrazione piena e completa delle professioni legali, per questo, personalmente, sono favorevole alla separazione tra P.M e Giudici, nell'attuale assetto ordinamentale, ma sarai ancor più favorevole ad una rivoluzione di tale assetto, tendente a comporre le fila della magistratura con le migliori forze delle professioni legali, ossia, in sostanza, della società civile.

Gianluca Bergamaschi

numero 3 2017 bis.indd 34 10/12/17 19:53

Sull'assemblea del supercondominio quando i partecipanti sono complessivamente più di sessanta

Sull'argomento oggetto di queste mie considerazioni nel numero 2/2017 dell'Archivio delle locazioni del condominio e dell'immobiliare edito da La Tribuna srl di Piacenza sono stati pubblicati la sentenza n. 9844 del Tribunale civile di Milano, Sezione XIII del 30/08/2016 e l'articolo di Antonio Scarpa.

Concordo con quanto scritto da questi all'inizio dell'articolo, evidentemente in riferimento alla legge 11/12/2012, n. 220, che ci " sono delle leggi che sono come il vino cattivo, passano gli anni e peggiorano. "

Lo stesso autore, nel prosieguo, ricorda che tutti leggendo il comma 3 dell'art. 67 disp. att. c.c. hanno finora inteso che l'obbligo di nomina del rappresentante sussistesse solo quando si sia in presenza di una pluralità di edifici compresi in un più ampio contesto connotato dall'esistenza di parti comuni ex art. 1117 c.c. (quali ad esempio il viale di accesso, le zone verdi, l'impianto di illuminazione e quello fognario, il locale della portineria e l'alloggio del portiere, ecc.).

Ma secondo lo Scarpa "il senso fatto palese dal significato proprio delle parole (art. 12 delle preleggi) utilizzato negli art. 67, comma 3, disp. att. c. c. e 1117-bis c. c. porta allora a ritenere che anche in caso di unico edificio composto di più unità immobiliari aventi parti comuni ai sensi dell'art. 1117 c.c. , quando i condomini siano in totale più di sessanta, la gestione ordinaria delle parti comuni del pur unico edificio viene affidata all'assemblea dei rappresentanti. "

Questa tesi, per quanto originale, non mi convince e non la reputo sostenibile solo che si osservi come il comma 4 dell'art. 67 disp. att. prescriva in maniera inequivoca che " *il rappresentante risponde con le regole del mandato e comunica tempestivamente all'amministratore di ciascun condominio l'ordine del giorno e le decisioni assunte dall'assemblea dei rappresentanti dei condominii. L'amministratore riferisce in assemblea.* "

Certo il testo dell'art. 1117-bis non è un modello di perfezione ma a mio parere non può, tra l'altro, essere interpretato, come invece fa lo Scarpa, nel senso che "Quando le unità immobiliari appartenenti a distinti condomini ed aventi parti comuni ex art. 1117 c. c. siano oltre dieci, è pure necessario formare il regolamento (art. 1138, comma 1, c. c.). "per il semplice motivo che questo ultimo articolo prescrive letteralmente che " Quando in un edificio il numero dei condomini è superiore a dieci, deve essere formato un regolamento ...".

La citata sentenza del Tribunale di Milano, estensore Rota, era chiamata a giudicare una delibera presa dai rappresentati dei condomini di revoca dell'amministratore del supercondominio e di nomina del revisore ex art. 1130 –bis c. c..

La pronuncia premette che "la nuova disciplina del Supercondominio ha sollevato notevoli problemi applicativi a causa del testo normativo stringato e approssimativo sollevando vivaci discussioni in dottrina e tra i pratici che si sono cimentati per effettuare un'esaustiva ricostruzione della materia in esame". Ma io mi sento di sostituire questa alquanto edulcorata definizione del testo normativo con quella di imperfetto e lacunoso.

Il Tribunale di Milano nella sentenza in esame scrive che l'art. 67 disp. att. c. c. "ad esempio, non ha previsto adeguati meccanismi tramite i quali raccordare la convocazione dell'assemblea ai fini della nomina del rappresentante dei singoli plessi formanti il Supercondominio con la successiva assise supercondominiale..." ma nulla dice sulla assurda maggioranza , assai difficilmente raggiungibile, richiesta per la designazione di ciascun rappresentante, un numero di voti che rappresenti la maggioranza degli intervenuti ed almeno i due terzi del valore dell'edificio.

La pronuncia prosegue sostenendo che " Controversa risulta poi la questione afferente la spettanza della legittimazione attiva a chiedere la revoca giudiziale dell'amministratore del Supercondominio nei casi in cui ciò sia consentito dalla legge nonché la individuazione della composizione dell'organo chiamato a discutere su di essa nel caso di richiesta di revoca avanzata dai condomini: il potere di richiedere la revoca dovrebbe spettare ai singoli compartecipanti al Supercondominio in quanto parti mandatari che sono pertanto legittimati a dolersi di eventuali inadempienze contrattuali dell'amministratore di Supercondominio, mentre non è chiaro se l'assemblea chiamata eventualmente a decidere su di essa debba essere composta dai rappresentanti dei singoli condomini o da tutti i compar-

numero 3 2017 bis.indd 35 10/12/17 19:53

tecipanti al Supercondominio, potendo essere, nel silenzio serbato sul punto dal Legislatore, sostenute entrambe le tesi. “

Nonostante quanto così scritto la pronuncia del Tribunale di Milano, alla fine, ha preferito la tesi della necessaria composizione dell’assemblea chiamata a decidere sulla richiesta di revoca dell’amministratore del supercondominio nelle persone di tutti i condòmini.

Ha quindi differenziato la nomina dalla revoca dell’amministratore del supercondominio sulla base di alcune considerazioni:

a) “ … per il semplice fatto che non si è in presenza di una lacuna normativa ma di una precisa scelta del Legislatore che ha menzionato tra le materie da demandarsi ai rappresentanti unicamente la gestione delle cose comuni e la nomina dell’amministratore di Supercondominio e non anche la revoca si quest’ultimo. “

b) “ la delibera di revoca dell’amministratore di Supercondominio rientra tra gli atti di straordinaria amministrazione che devono essere assunti dai condòmini appositamente convocati, atteso che la revoca denota momenti di fibrillazione della vita assembleare e del rapporto negoziale intercorrente tra amministratore e condòmini la cui definizione deve essere demandata unicamente a questi ultimi; “

c) “ il fatto che l’art. 1136, quarto comma, c. c., accosti la nomina e la revoca dell’amministratore ai fini della previsione del medesimo quorum deliberativo non cambia i termini della questione, valendo la predetta regola anche in ambito di Supercondominio ed a prescindere dalla composizione dell’organo assembleare“ (sic !).

Non condivido le soprariportate considerazioni **né la dichiarazione** contenuta nella sentenza della nullità della delibera presa dai rappresentanti di condominio di revoca dell’amministratore e resto in curiosa attesa di altre eventuali pronunce giurisdizionali in argomento.

Sull’affermazione che si sia trattato di una precisa scelta del legislatore e non di una sua lacuna mi limito a rilevare che altre dimenticanze si rinvengono nella disciplina in esame

L’accortezza del legislatore del 2012 è dimostrata, ad esempio, dalla circostanza che lo stesso si è dimenticato di determinare la proporzione tra i singoli edifici e condomini costituenti il supercondominio.

Non essendo opportuno né semplice il calcolo dei valori proporzionali da esprimersi in millesimi dei singoli edifici, singole unità immobiliari, singoli condomini di diverse dimensioni potrebbe essere utilizzato il criterio che ciascun rappresentante sia portatore nell’assemblea del supercondominio del numero di unità immobiliari presenti nell’edificio che lo ha designato.

Renato Del Chicca

numero 3 2017 bis.indd 36 10/12/17 19:53

La mediazione familiare come risorsa nel lavoro dell'avvocato. *La deontologia dell'avvocato di famiglia*

La Fondazione dell'Avvocatura Parmense ha dato il suo patrocinio al Convegno Informativo sulla mediazione familiare svoltosi a Parma lo scorso 19 ottobre 2017.

Qui di seguito pubblichiamo l'intervento dell'avv. Daniela Francalanci, consigliera della Fondazione, la cui relazione ha avuto ad oggetto la mediazione come risorsa nel lavoro dell'avvocato e la deontologia dell'avvocato di famiglia.

Non possiamo nascondere, per parlare francamente, che il titolo che mi è stato affidato oggi pomeriggio (la mediazione familiare come una risorsa nel lavoro dell'avvocato) avrebbe potuto suonare vagamente provocatorio per gli avvocati, sino a qualche anno fa.

Per spezzare una lancia a favore della mia categoria, diciamo che le riserve nei confronti della figura del mediatore erano da ricollegarsi, ai nostri occhi, alla mancanza di norme chiare che disciplinassero il percorso e la formazione del mediatore, all'assenza di un albo dei mediatori e di un ordine di riferimento, oltre che di un codice deontologico, in sostanza di una cornice normativa della figura e dell'attività del mediatore.

Per anni, in passato, la mancanza di normazione in materia di mediazione familiare, ha creato disagio forse prima di tutto ai mediatori stessi, ma anche a chi si trovava a dare indicazioni ai clienti su tali figure professionali.

E' un ricordo del passato, visto che la categoria dei mediatori, forse per prima e da sola, ha avuto consapevolezza di ciò, è cresciuta, facendo scelte di grande professionalità e di rispetto di precisi canoni deontologici.

Tuttavia, ancora oggi vi è una parte dell'avvocatura che fatica a riconoscere come la mediazione familiare sia effettivamente una risorsa per il lavoro di un avvocato che si occupa di questioni di diritto di famiglia.

Ed invece sappiamo che l'ingresso del mediatore nella gestione del conflitto familiare in presenza di minori è sicuramente una risorsa per l'avvocato.

Un'altra considerazione preliminare.

La scelta di considerare la mediazione familiare come una risorsa per gli avvocati passa anche attraverso una reciproca conoscenza delle due figure professionali: non dobbiamo avere paura a confrontarci reciprocamente, perché solo con una conoscenza profonda della figura e del *modus operandi* del mediatore familiare e, da parte del mediatore, solo una conoscenza dell'azione di un avvocato di famiglia, può portare a riconoscere una condivisione dei valori di queste due categorie, ad un reciproco rispetto per le differenti professionalità e ad una valorizzazione delle specifici campi di azione, autonomi l'uno dall'altro, ma che possono e talvolta debbono (nel caso delle controversie familiari più aspre, come vedremo tra un momento) interagire in questo specifico campo del diritto.

Abbiamo parlato dunque della mediazione familiare come una risorsa per l'avvocato, ma perché?

L'esperienza nelle aule di giustizia ci porta a concludere come, con tutto il rispetto per il lavoro dei magistrati e nonostante l'impegno dei legali nel ricercare la migliore difesa degli interessi del nostro assistito, molto spesso la via esclusivamente giurisdizionale alla composizione dei conflitti familiari non è sufficiente.

Capita spesso di assistere a procedimenti giudiziari che comportano anni di lunghe istruttorie, prove orali dolorose, consulenze tecniche faticosissime e che si concludono poi con soluzioni che avrebbero potuto adottarsi anni addietro, all'inizio del contenzioso.

Perché succede questo?

Perché dobbiamo riconoscere che il più delle volte, e soprattutto nelle controversie che coinvolgono i minori, il diritto da solo non basta, non è sufficiente a dirimere le controversie in ambito familiare, a dare voce e una tutela adeguata agli interessi del primo e più importante soggetto coinvolto in tale processo: il minore.

Queste controversie necessitano di un approccio multidisciplinare, per comprendere le potenzialità di ciascuno dei protagonisti (il papà, la mamma, i fratelli e le sorelle, i nonni, le zie) e le dinamiche relazionali caratteristiche ed uniche di quella famiglia.

Gli avvocati di famiglia hanno capito la necessità di dare fondo a tutti i propri saperi, frutto della loro esperienza professionale e dei corsi interdisciplinari di psicologia e pedagogia, ma anche dell'opportunità offerta dal potere ricorrere ad altre figure formate appositamente per facilitare questo compito di ricomposizione di legami familiari, qual è il mediatore familiare.

Mi fa piacere che il titolo del mio intervento odierno faccia riferimento anche alla deontologia dell'avvocato di famiglia perchè vedremo tra un attimo che la consapevolezza di dovere fare ricorso ad altri piani, ad altri saperi, ad altre figure professionali con i quali interagire, costituisce a mio parere un dovere deontologico dell'avvocato di famiglia che voglia definirsi tale.

E' avvocato di famiglia colui che ha maturato la consapevolezza di muoversi in un campo particolarmente minato del diritto, dove non si parla di vincitori e vinti, ma tutti vincono o perdono a seconda di come viene gestita la lite familiare.

Dicevo appunto "un campo minato" per diversi motivi, che vedremo.

Iniziamo con il constatare, ba-

numero 3 2017 bis.indd 37 10/12/17 19:53

nalmente, che il diritto di famiglia è materia su cui si cimentano pressoché tutti gli avvocati, perlomeno i civilisti.

A torto o a ragione si ritiene - e l'esperienza quotidiana ce lo conferma - che ogni avvocato possa affrontare senza problemi perlomeno la materia delle separazioni e dei divorzi.

E' innegabile, infatti, che l'avvocato che si accosta al diritto di famiglia parta da alcune semplici considerazioni.

In primo luogo il fatto che buona parte del contenzioso civile è costituita da giudizi di separazione e divorzi, che si caratterizzano per un rito tutto sommato semplificato, vertente su questioni all'apparenza prive di un grande pregio giuridico: la determinazione dell'assegno di mantenimento per il coniuge economicamente più debole e per i figli, l'assegnazione della casa familiare, la definizione dei rapporti tra genitori e figli

In tale campo, pochi sono i principi fondamentali: la tutela preminente dell'interesse dei minori, la conservazione dello stile di vita precedente la crisi della famiglia.

Eppure, se al di là di questi scarni principi valutiamo **quali sono gli interessi in gioco**, ecco che la materia di cui oggi trattiamo - il diritto di famiglia - assume **un valore in termini assoluti ben più importante di qualsiasi altro campo di applicazione giuridica.**

Perché qui si parla, da una parte, di un cliente estremamente "in sofferenza", e, dall'altro lato, di relazioni familiari e quindi di più persone sulle quali la nostra buona o cattiva gestione della lite (vedremo poi cosa ciò significhi) necessariamente si ripercuote.

Partiamo proprio dal proprio assistito (mai parola è stata più attinente, visto che in questa prima fase vi è una necessità di assistenza anche in senso paragiuridico). L'avvocato di famiglia è chiamato a misurarsi con questioni che necessariamente coinvolgono la sfera intima ed affettiva della persona che si rivolge a lui.

Nel primo approccio a tali questioni, durante quindi i primi incontri con il cliente, questi è ancora ostaggio delle sue emozioni più cupe e dolorose: o perché ha subito un tradimento, è stato abbandonato o allontanato dai propri figli, o, più in generale, perchè ha visto crollare il suo progetto di coppia e di famiglia.

Il primo rischio che non dobbiamo correre è quello di indossare acriticamente le vesti del nostro cliente, soffiando sul fuoco degli immancabili rancori e dei rimpianti dei coniugi, in sostanza diventando angeli vendicatori del coniuge che difendiamo.

Il nostro dovere è quello di "ricondurre" alla ragione il cliente, per far sì che la "questione di principio" (che può consistere anche solo in una manciata in più o meno di minuti da trascorrere con i figli, o pochi euro mensili) non prenda il sopravvento ma venga valutata per quelle che è, e non ci faccia perdere di vista il nostro compito: la ricomposizione dei legami familiari, che devono restare pur sempre legami.

Il compito essenziale dell'avvocato di famiglia, più che in altri campi del diritto, è quindi ricercare, per quanto possibile, di arrivare in tempi ragionevoli alla definizione di un accordo con la controparte, evitando di delegare al giudice il compito di decidere, magari a distanza di anni dall'inizio della causa, su una materia (i tempi di visita, il contributo periodico) sulla quale i principali protagonisti debbono rimanere i genitori, ovviamente assistiti da avvocati "dialoganti" tra di loro.

Capiamo allora come ogni altra figura professionale in grado di aiutare in questa delicata fase i separandi, *in primis* il mediatore familiare, può veramente costituire un supporto fondamentale per la ricomposizione della famiglia secondo un nuovo assetto.

L'avvocato di famiglia, nella difesa dei diritti del proprio assistito, così come il mediatore familiare, hanno come fine ultimo e condiviso quello di fare riconquistare un ragionevole grado di serenità alla coppia in sofferenza, che passa inevitabilmente nel ripensare ai legami familiari.

Tornando alla mia categoria, ecco allora come la sobrietà, la pacatezza dei toni ed una costante ricerca di dialogo e confronto con l'altra parte (non la controparte) costituiscono indubbiamente doti indispensabili dell'avvocato di famiglia.

Abbiamo detto che l'avvocato di famiglia è chiamato a misurarsi con questioni che necessariamente interessano un'intera famiglia, cioè una serie di legami affettivi che, ripeto, il più delle volte coinvolgono anche i minori, relazioni personali che meritano il nostro rispetto e ci obbligano ad una scelta di consapevolezza e di responsabilità.

Siamo in un terreno delicatissimo e di questo dobbiamo essere consapevoli, cercando di ispirare il nostro operato in primo luogo al rispetto dei sentimenti delle persone coinvolte.

E' ovvio che per noi avvocati il concetto di rispetto non può che coincidere con la consapevolezza delle nostre capacità: garantire al nostro cliente di essere all'altezza del compiuto affidatoci.

Badate che non è solo il dovere di competenza per il quale esiste una precisa norma deontologica; in questa materia dobbiamo infatti avere la piena consapevolezza che, per potere incidere positivamente nella gestione del conflitto, dovremo dare fondo a tutti i nostri saperi: la capacità di ascoltare in modo profondo e vero chi ci sta davanti; di comprendere le sue esigenze, di elaborare dalla rabbia che possiede chi ci sta davanti, un progetto di relazioni familiari diverse, ma sempre rapporti tra genitori, tra ascendenti, nei confronti dei figli, di sapere attendere il tempo necessario (la "tregua legale", se necessaria per non ostacolare il lavoro del mediatore).

Dunque, e per chiudere il cerchio su queste considerazioni indispensabili per comprendere i successivi temi, l'avvocato di famiglia è un avvocato in questo senso "diverso", perché chiamato a misurarsi con tematiche anche necessariamente di confine con altre discipline, ma è innanzitutto un avvocato che non potrà mai trincerarsi e limitarsi alla difesa del cliente, dovendo al contrario tenere presente che, oltre al suo cliente, vi sono in gioco interessi di altri soggetti, il più delle volte deboli e non rappresentati.

Si comprende allora come il campo del diritto di famiglia non sia materia da trattarsi alla stregua delle altre: nulla di più sbagliato di applicare, in questo campo, quella logica oppositiva, di strenua difesa delle ragioni del proprio assistito, di vincitori e vinti.

Il dovere defensionale dell'avvocato di famiglia è prima di tutto la consapevolezza di questi doveri nei confronti di un'intera rete di legami familiari.

Vari sono i modi con i quali l'avvocato può operare in senso negativo sui legami familiari: ad esempio con una denuncia penale forzata, con l'annien-

numero 3 2017 bis.indd 38 10/12/17 19:53

tamento economico dell'altro coniuge, incentivando condotte di alienazione genitoriale.

Questi sono i comportamenti tipici che riscontriamo purtroppo ancora troppo spesso, nella nostra esperienza di tutti i giorni, di un avvocato che si avvicina al diritto di famiglia per criteri diciamo mercantili: è il collega che non invita il suo assistito a fornire le dichiarazioni dei redditi, che utilizza toni troppo accesi con il legale avversario, che non risponde tempestivamente alle comunicazioni del collega.

In poche parole, l'avvocato che, anziché tirare fuori dal cliente la sua parte migliore, cercando di condurlo su un campo di ricostruzione di una rete di rapporti familiari ripensati, si fa portavoce ed esecutore delle emozioni più basse dello stesso.

Grande è quindi la responsabilità dell'avvocato che si approccia a questa materia, perché **questo rigore nel rispetto dei valori in gioco costituisce anche la chiave di lettura dei doveri deontologici ai quali egli è tenuto.**

In altri termini, in questa materia non c'è spazio per comportamenti disinvolti: il rispetto del codice deontologico, che detta i principi generali della nostra condotta, deve essere rigoroso.

Questo rigore richiesto all'avvocato di famiglia, e soprattutto del minore, non ce lo siamo inventati noi.

Gli interventi più recenti del legislatore, in primo luogo, ma anche della Corte Costituzionale e a seguire, la giurisprudenza della Cassazione, ma anche del Consiglio Nazionale Forense, giudice di secondo grado nei procedimenti disciplinari, sono nel senso di attribuire un dovere di competenza preciso ed una stretta osservanza dei principi anche deontologici, richiesto a coloro che maneggiano diritti di tale rango, e quindi la materia di famiglia.

Si pensi all'art. 155 bis c.c. nel testo introdotto con la legge 54/2006 che, nella parte finale del secondo comma, pone una regola di sbarramento alla facile richiesta di affidamento esclusivo dei figli, che spesso ahinoi vengono utilizzati in modo strumentale, talvolta solo al fine di ottenere vantaggi economici.

Ebbene, è il legislatore a dirci che se la domanda di affidamento esclusivo risulta manifestamente infondata, il giudice può trarre argomenti di prova ai fini della determinazione dei provvedimenti da adottare nell'interesse dei figli (anche per il loro affidamento), salva l'applicazione della responsabilità aggravata ex art. 96 c.p.c.

Tale norma rappresenta un'importante innovazione, che dovrebbe servire a scoraggiare "tentativi" del tutto inammissibili alla luce del fine perseguito dalla nuova disciplina sull'affidamento condiviso.

Ebbene, tale norma, che prevede che il difensore che inserisce una richiesta di affidamento esclusivo manifestamente infondata, esponga il suo cliente al rischio che questa domanda venga letta come un **abuso del diritto** e quindi vada a compromettere le sue prospettive di cogestione dei figli, oltre alla responsabilità ex art. 96 c.p.c. ci richiama ad un grande dovere: il senso di responsabilità e di competenza, nella gestione delle liti familiare, al fine di non esporre il nostro cliente a conseguenze così importanti.

Ed ancora, è stata la Corte Costituzionale a stabilire, nella sentenza 22.6.2004 n. 178 (in ordine all'ammissibilità della decretazione d'urgenza per i procedimenti in materia di dichiarazione di stato di adottabilità del minore di cui alla l. 149/2001) come, nei giudizi ove è parte un minore, occorre tenere conto "*della necessità di avvalersi nei procedimenti in questione di professionisti in possesso di competenze adeguate alla particolarità e alla delicatezza della funzione da assolvere*".

Alla luce di quanto sopra detto, e quindi del fatto che il diritto di difesa deve contemperarsi con il diritto degli altri interessi in gioco, e che questo equilibrio sia delicatissimo, appare paradigmatica la sentenza della Cassazione n. 11564 del 26.5.2011, secondo la quale "*In tema di responsabilità disciplinare degli avvocati, il comportamento dell'avvocato che si adoperi al fine di consentire al proprio assistito, nell'ambito della controversia con l'altro coniuge, di disfarsi dell'immobile costituente la casa familiare, vanificando, in tal modo, il diritto delle figlie minori della coppia di abitarvi e sottraendo l'unica fonte di possibile soddisfacimento dei loro diritti familiari, è contrario ai doveri deontologici e non ha nulla a che vedere con la tutela del legittimo diritto di difesa del cliente*".

In particolare, nel caso di specie, l'avvocato di Verbania aveva iniziato una trattativa con il legale avversario celando a quest'ultimo, ed anzi al fine di consentire al marito, da lei assistito, di avere il tempo di vendere la casa familiare, in modo da evitare che la stessa venisse assegnata alla moglie quale collocataria delle figlie minori; addirittura agevolando la vendita ad una società di cui era amministratrice la figlia dell'avvocato stesso, ad un prezzo di vendita di gran lunga inferiore a quelli di mercato.

Capite quali e quanti violazioni poste in essere da un avvocato che ha assolutamente pretermesso quello che deve essere il suo dovere principale: contemperare al diritto di difesa del marito, garantito dall'art. 24 della Costituzione, gli altri interessi (della famiglia e dei minori) anch'essi costituzionalmente garantiti dagli art. 29 e 30 della Costituzione e che impongono, in questioni di tale natura, una lealtà e correttezza del tutto particolare e da valutarsi con rigore.

Nel caso di specie, la difesa del diritto del proprio assistito a vedere pienamente garantito il suo diritto di proprietà, in procinto di essere grandemente limitato da un provvedimento di assegnazione della casa coniugale all'altro coniuge collocataria dei figli, deve fare i conti con il diritto delle minori a rimanere nella casa familiare. Il rispetto di tale legame familiare avrebbe consigliato maggior cautela alla collega, che invece si è buttata a capofitto nell'affare.

Veniamo da ultimo al nostro codice deontologico.

Il nostro codice deontologico non costituisce una semplice petizione di principio né costituisce una autoregolamentazione della categoria.

Trattandosi di violazione di una fonte normativa, ogni infrazione della norma deontologica è infrazione di un precetto giuridico, quindi un illecito civile, fonte diretta, in ipotesi, di responsabilità civile.

La pericolosità insita in una condotta contraria ai precetti deontologici, costituendo oltre che una violazione disciplinare anche fonte di responsabilità per violazione di norme e non di meri precetti interni alla categoria o di codice di autoregolamentazione, costituisce la maggiore forma di tutela

numero 3 2017 bis.indd 39 10/12/17 19:53

innanzitutto per colui che si rivolge ad un avvocato, una garanzia di serietà.

Vediamo nel dettaglio le norme che più in particolare interessano l'avvocato di famiglia.

Sapete che nel nostro codice deontologico poche sono le regole espressamente dettate per le questioni di famiglia: in pratica solo l'art. 68 del nuovo codice deontologico forense rubricato "assunzione di incarichi contro una parte già assistita", introdotto dopo che vi era stata una fiorente produzione giurisprudenziale in relazione alla norma presente in precedenza, la quale disciplinava il conflitto di interessi.

L'art. 68 Cod. Deont. prevede, in generale, per tutte le materia diverse dal diritto di famiglia, la possibilità di assumere un incarico professionale contro l'ex cliente quando sia trascorso un biennio dalla cessazione del precedente rapporto professionale e l'oggetto del nuovo incarico sia estraneo a quello espletato in precedenza.

Al quarto comma, tuttavia, si prevede che *"l'avvocato che abbia assistito congiuntamente coniugi o conviventi in controversie di natura familiare deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza, in favore di uno di essi, in controversie successive tra i medesimi"*

Ed ancora, rispetto al precedente testo, ha introdotto il quinto comma che prevede come:

"*L'avvocato che abbia assistito il minore in controversie familiari deve sempre astenersi dal prestare la propria assistenza in favore di uno dei due genitori in successive controversie aventi la medesima natura, e viceversa*".

Questo nuovo testo costituisce una conferma del fatto che in questa materia vi è un particolare rigore nell'affrontare comportamenti disciplinarmente rilevanti.

Infatti, il quarto canone precisa come l'avvocato che abbia assistito congiuntamente i coniugi in controversie familiari deve in futuro, senza il limite del biennio, astenersi dal prestare assistenza a favore di uno di essi in controversie successive tra i medesimi, anche estranee al diritto di famiglia, senza se e senza ma.

Badate che già in epoca precedente all'introduzione di questo speciale canone, la giurisprudenza disciplinare (che in epoca meno recente era stata più oscillante nei giudizi) era addivenuta ad una interpretazione rigorosa della norma deontologica, all'epoca prevista all'art. 37 Cod. Deont., arrivando a sanzionare anche comportamenti in cui, nei fatti, si era in precedenza prestato assistenza a favore di due coniugi che erano perfettamente d'accordo su una separazione consensuale, dove quindi l'intervento del legale era stato, nei fatti, minimo.

Ebbene, anche in questi casi, si era stabilito che il conflitto di interessi poteva essere anche solo potenziale ma andasse comunque censurato.

Ora la regola deontologica non lascia spazio ad interpretazioni largheggianti ed in questo senso è tutta la giurisprudenza disciplinare, anche nell'ipotesi in cui non vi fosse stata una gestione personale del conflitto, ma tramite colleghi di studio, oppure nei casi in cui si erano giustificati assunzioni di incarichi successivi con una sorta di economia processuale, vista la pregressa conoscenza delle persone e dei fatti.

Quindi, divieto assoluto di assumere incarichi contro ex clienti, in questa materia, da parte di uno dei coniugi in precedenza assistiti congiuntamente, anche da parte di colleghi di studio.

Altro articolo del codice deontologico espressamente dedicato all'avvocato di famiglia è l'art. 56, relativo all'ascolto del minore, il quale deve avvenire, se del caso, solo con il consenso degli esercenti la responsabilità genitoriale sullo stesso, a meno che non sussista un conflitto di interessi con gli stessi.

In particolare, i contatti con i bambini non debbono trovare spazio, se non nelle specifiche ipotesi in cui sia previsto l'intervento dell'avvocato del minore.

Si veda, al riguardo, la decisione del C.N.F. n. 17 del 2008, che ha inflitto la condanna di tre mesi di sospensione all'avvocato che aveva intrattenuto colloqui con i due figli minori della sua assistita, di pochi anni di età, interrogandoli su questioni attinenti la causa di separazione pur conoscendo la delicatissima situazione dei minori, per avere violato il dovere di lealtà e correttezza.

Notate che la violazione dei doveri e divieti previsti in tutti i commi dell'art. 56 c.d. comportano la sanzione della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale da sei mesi ad un anno, che è la sanzione "conservativa" più grave.

Un riferimento ai minori è previsto anche all'art. 18, II comma, Cod. Deont., ove si conferma un particolare rispetto per i minori, nei confronti dei quali l'avvocato "è tenuto in ogni caso ad assicurare l'anonimato"; dovere di anonimato ripreso anche dal successivo art. 57, dettato per i rapporti con gli organi di informazione.

Si diceva prima che solo questi due articoli, il 68 ed il 56, prevedono riferimenti specifici al diritto di famiglia.

Tuttavia sappiamo che il nostro codice deontologico non costituisce, come in altre esperienze giuridiche, un'esasperata sequela di precedenti ma rappresenta, nel nostro caso, una sintesi dei principi e comportamenti generali che debbono costituire la guida della condotta degli avvocati.

Senza dubbio gli articoli che l'avvocato di famiglia deve tenere presente - e con il rigore dovuto alla specialità della materia di famiglia - sono quelli relativi al dovere di probità, dignità e decoro e indipendenza (art. 9 Cod. Deont.) ma ancor più il dovere di lealtà e correttezza (art. 19), il dovere di fedeltà (art. 10), il dovere di diligenza (art. 12) il dovere di segretezza e riservatezza (art. 13) il dovere di competenza (art.14) e di aggiornamento professionale (art. 15).

Ed ancora le regole di condotta nei confronti dei colleghi (art. 38 e seguenti) nei confronti della parte assistita (art. 23 e seguenti), nei rapporti con la controparte, i magistrati ed i terzi.

La "lente" di particolare rigore della giurisprudenza disciplinare allorchè le violazioni riguardino affari di famiglia si ritrova in ogni ipotesi in cui si tratti di questioni familiari, appunto per la specialità e la delicatezza della materia trattata.

Capite allora come l'affermazione iniziale, secondo cui il diritto di famiglia è "campo minato", assume un significato ben preciso: l'avvocato di famiglia deve avere ben presente che il suo dovere di lealtà, di diligenza, di competenza e quant'altro sarà riguardato con particolare rigore, tenendo presente gli interessi in gioco, che coinvolgono altri soggetti da tutelarsi in particolar modo.

La violazione dei doveri deontologici di fedeltà ed indipendenza può rinvenirsi anche nelle ipotesi in cui si

numero 3 2017 bis.indd 40 10/12/17 19:53

approfitti dello stato di fragilità psicologica del proprio cliente per intrattenere relazioni personali intime: in questo senso purtroppo, vi è una fiorente produzione giurisprudenziale.

Ed ancora il C.N.F., nella sua decisione del 11 dicembre 1998 n. 201, ha affermato come "*Pone in essere un comportamento lesivo della dignità e prestigio dell'intera classe forense l'avvocato che trattiene somme di denaro avute in ragione del proprio mandato, ancor più quando le predette somme siano destinate al mantenimento del minore* "(Nella specie il C.N.F. ha confermato la sospensione, per due mesi anziché quattro).

La casistica delle decisioni disciplinari risulterebbe noiosa ed eccessivamente prolissa.

Come "bussola" possiamo comunque considerare che una violazione che in altri campi del diritto potrebbe essere tollerata, diviene invece insopportabile allorchè gli interessi in gioco sono quelli dei familiari coinvolti.

Oltre alle regole deontologiche sopra richiamate, i temi più frequentemente affrontati sono ovviamente quelli della produzione della corrispondenza riservata, disciplinata dall'art. 48 del nostro Codice Deontologico.

L'art. 48 prevede la non producibilità (e non riferibilità) in giudizio della corrispondenza scambiata tra colleghi e che sia espressamente dichiarata "riservata" ovvero che, anche se non qualificata tale, contenga proposte transattive (e quindi ipotesi di definizione del contenzioso tra le parti che, se accettate, possono portare alla chiusura, anche parziale, del contenzioso o alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere).

Lo stesso articolo 48 prevede espressamente due eccezioni - e quindi la producibilità della corrispondenza – in due casi: quando sia stato perfezionato un accordo e quando la corrispondenza assicuri un adempimento.

In materia rileviamo un orientamento piuttosto rigido nell'applicare tale divieto: in sostanza, ogni qual volta un collega ha definito riservata la lettera, vige un divieto assoluto di utilizzarla in giudizio, per entrambe le parti; quindi, anche colui che ha dapprima qualificato come riservata la propria missiva, non può, in un secondo momento, ripensarci e sciogliersi dal vincolo.

Ed ancora, di recente il CNF, con decisione del 11.3.2015 n. 19, ha ribadito che la riservatezza "*colpisce non solo tutte le comunicazioni espressamente dichiarate riservate, ma anche le comunicazioni scambiate tra avvocati nel corso del giudizio (...) a carattere transattivo, ancorchè non dichiarate espressamente 'riservate' "*.

Ebbene, in materia di diritto di famiglia, pur ribadendo la rigidità di tale applicazione, in particolarissime ipotesi, si dovrà fare i conti con i molteplici interessi in gioco e con un maggiore grado di responsabilità a cui noi legali siamo chiamati.

Questo può comportare che, nell'ipotesi in cui la qualificazione della corrispondenza come "riservata personale" possa rivestire i caratteri di abuso di un diritto ovvero di esercizio di un diritto che, comunque, deve valutarsi anche alla luce di agli interessi in gioco, ad esempio, quello dei minori, si possa giudicare in modo diverso il comportamento di chi in modo troppo facile appone la qualificazione di riservata alla propria corrispondenza.

Il nuovo codice deontologico ha, a tale scopo, introdotto un apposito comma all'art. 48, il comma IV, il quale censura appunto l'ipotesi di abuso della clausola della riservatezza, abuso che è ora divenuto un illecito disciplinare tipizzato.

Quindi, va bene il rispetto della clausola di riservatezza nelle missive tra colleghi, ma non il suo abuso.

La questione non è puramente teorica: basti pensare a tutte le volte in cui, ad esempio parlando di quest'ultima fattispecie, si inviano missive qualificandole riservate e contenenti notizie relative alle visite al minore, ad esempio un diniego per una visita prevista a favore del genitore non collocatario.

Ebbene, la qualificazione di tale comunicazione come riservata rientra sicuramente in quell'abuso di clausola di riservatezza per il quale il codice deontologico prevede l'applicazione della sanzione della censura.

Vorrei concludere segnalando anch'io un film che qualche anno fa venne trasmesso alla televisione, in occasione della Giornata Internazionale dell'Infanzia e dell'Adolescenza, che si celebra pressochè in tutto il mondo il 20 novembre di ogni anno, e che inviterei tutti coloro che non l'hanno ancora visto a guardare. Il film è "Il bambino cattivo" di Pupi Avati, che parla della sorte di un bambino undicenne davanti alla disgregazione della sua famiglia.

Ad un certo punto compare anche la figura di avvocato che sotto le sembianze di una "nonna" cerca di carpire informazioni dal piccolo.

Compare anche un altro tipo di avvocato, del tutto supino ai voleri del suo cliente, per nulla attento al minore.

Caratteri cinematografici che ci riportano però a condotte dalle quali un avvocato di famiglia deve sapere prendere le distanze.

Daniela Francalanci

numero 3 2017 bis.indd 41 10/12/17 19:53

segnali di fumo

il diritto preso sul serio
&
il diritto preso sul ridere

Le insidie del latino

In una comparsa di risposta il convenuto si costituiva osservando che la tesi attrice era priva di pregio *"ictu loculi"*. Chi non teme le insidie del diritto e sul diritto si è posto la questione se non fosse nata una nuova causa di interruzione del processo.

Questi astrusi dibattiti dottrinali sarebbero evitati se si avesse cura di fare un uso parsimonioso del "latinorum" negli atti giudiziari. Accadde molto tempo fa che nel redigere un atto un collega precisò la "*causa petendi"*,ma la vecchia e malandata Olivetti fece mal governo di una vocale, delle due *"e"* la seconda.

Il collega avversario, che durante tutta la sua lunga carriera professionale, di recente volontariamente conclusa, non aveva fatto altro che suscitare appendici polemiche di ogni sorta, non seppe trattenersi e, aggrappandosi alla vocale involontariamente evocata, si mise ad irriderne l'autore come se la di lui attività forense consistesse in queste esternazioni con inciampi più o meno lessicali.

L'altro non emise pur sgradevoli riconvenzionali (*reconventio reconventionis*) ma, andato su tutte le furie, portò la questione al Consiglio di disciplina dell'Ordine e sporse querela contro il collega. Invano il Pretore invocò la conciliazione, ma non ci fu nulla da fare. Seguì la condanna del querelato, non della complice Olivetti, anche ai danni, da devolversi ad un Ente di beneficienza.

Non credo che in questi tempi la disputa avrebbe avuto lo stesso epilogo: siamo più lassisti e disincantati.

In primo luogo, a ben vedere, quel linguaggio ha ascendenze dantesche degne di nota *(Inf, XXI, v. 139)*.

E ad ogni modo, sempre esulando dal concerto forense, chi mai si sognerebbe di applicare sanzioni civili o penali ai loggionisti che coprono di fischi i cantanti lirici che prendono una stecca scivolando su un do di petto ?

Frammenti

- E che mi dite di quegli anglofili che scrivono **the** cuius ?

- E che di quel collega che, scrivendo sempre SALVIS JURIBUS in ogni atto e prima della firma, interpellato sul motivo, risponde: "Ma tu come lo saluti il Giudice?".

Riforma delle intercettazioni

Riassunto: la sventurata rispose.
Senza virgolette. [1]

I misteri buffi del *Corpus iuris*

Anche la storia del diritto può essere scritta con rigorosa e "prosaica serietà", non disgiunta da chiarezza didascalica, ma anche con versi scherzosi ed ironici. Tale diversità di approccio corrisponde al sottotitolo di questa rubrica: "Il diritto preso sul serio & il diritto preso sul ridere".

Ed ecco narrato da un illustre docente, bolognese di adozione, il mistero del ritrovamento del *Corpus iuris*.

Scoperta del tutto casuale che ha contribuito in modo determinante a formare i nostri ordinamenti giuridici, con l'arricchimento di glosse apportate dai giuristi della scuola di Irnerio: "Un sottile e fortuito ponte collega il diritto di Roma con la modernità. Del diritto romano si era persa traccia nei secoli precedenti il Mille, sopraffatto dal di-

.....

1 La proposta di legge è caduta, ma lo teniamo fermo. Non si sa mai.

numero 3 2017 bis.indd 42 10/12/17 19:53

ritto longobardo e dai diritti feudali. Ma a Bologna, poco dopo il Mille, accadde che alcuni giuristi scopersero i manoscritti dei Digesta e riconobbero immediatamente "l'immenso valore" – per dirla con Franz Wiecker- "del più grande tesoro di esperienza, specificatamente il diritto civile, che la storia universale del diritto conosca".

"Su come questa scoperta avvenne racconterò allora quanto è di recente emerso. Irnerio ed altri uomini di legge avevano rovistato fra i manoscritti custoditi nel convento adiacente alla chiesa di Santo Stefano, che pare ospitasse anche una scuola di notariato. La chiesa e il relativo convento risalgono al VI secolo. Quei manoscritti narravano le vite dei santi, che i monaci dell'Alto Medioevo, da pazienti copisti, si erano presi cura di riprodurre, in grande quantità di esemplari, per l'edificazione dei fedeli. Ma, non disponendo di sufficiente pergamena, spesso riutilizzavano, scrivendo sul retro, pergamene già in precedenza utilizzate e recanti, sull'altro lato, testi che a loro apparivano insignificanti. Orbene, là c'era, da epoca remota, il diritto di Roma, del quale si era persa traccia, ma che la chiesa di Santo Stefano aveva inconsapevolmente custodito. Senza quei monaci, e senza la scoperta di Irnerio, il diritto romano si sarebbe forse definitivamente estinto.

Irnerio fondò la scuola di diritto a Bologna, che divenne presto la prima università giuridica dell'Occidente, e Accursio, nel 1240, mise assieme una edizione critica del *Corpus iuris* con le glosse, cioè le annotazioni a margine dei giuristi bolognesi." (Francesco Galgano "Dogmi e dogmatica nel diritto" Cedam, 2010, pag. 55).

Ben prima, nel 500 d.c., il giurista bizantino Triboniano, il più importante dell'Impero Romano d'Oriente e del suo tempo, contribuì in modo determinante alla formazione del *Corpus iuris civilis* che, che come appena visto, ha rappresentato per secoli una fondamentale compilazione del diritto romano.[2]

Ebbene, proprio un docente di diritto romano anche lui in terra emiliana, ebbe a prendersi giuoco di questo antico giurista con un poemetto, che ora vi propongo:

"PUER
Mio padre, Triboniano, stava male:
s'era portato a casa un gran volume
(un commento all'Editto provinciale)
e interpolava, di lucerna al lume.

Ma stanco assai per il lavoro ingrato
s'appisolò col tomo sulle gambe.
Io entrai nella sua stanza e, non notato,
nel libro aggiunsi alcune frasi strambe.

Ora so che illustrissimi docenti
s'affannano nell'interpretazione
di quegli incomprensibili frammenti.

Questo m'empie d'orgoglio e d'emozione;
urlerei, se potessi, ai quattro venti:
l'ho fatta io, quell'interpolazione!".

(Pierpaolo Zamorani "Poesie romanistiche", Cedam, pag. 41,ora pubblicato da Giuffrè).

Nella nota in appendice una breve spiegazione: fra i brani giurisprudenziali contenuti nel Digesto se ne trovano taluni così astrusi, scorretti e sconclusionati da fare pensare i moderni interpreti, volta a volta, all'errore di un copista, a una maldestra glossa di un maestro postclassico, all'interpolazione di un non troppo sagace commissario giustinianeo.

Ma perché non pensare a una marachella del figlio di Triboniano, il *Quaestor Sacri Palatii* capo della Commissione incaricata della compilazione del Digesto ?

2 Raffaello Sanzio, 1511 "La Virtù e la Legge" affresco nella Stanza della Segnatura - particolare

Esame di avvocato: per la bocciatura basta il voto numerico

Concludo l'*excursus* della giurisprudenza amministrativa sul tema della legittimità o meno del voto numerico sulle prove scritte degli esami di abilitazione di avvocato.

A chiudere il cerchio è l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 20.09.2017 secondo cui la circostanza che il legislatore con la legge n. 247/2012 abbia ritenuto di innovare il sistema di accesso alla professione, non vale a connotare di illegittimità la previgente disciplina, né può condurre a sospetti di incostituzionalità in ordine alla scelta legislativa di prevedere una norma transitoria che differisca l'entrata in vigore della riforma stessa. Pertanto fino alla entrata in vigore della riforma dell'esame di abilitazione forense, il giudizio di inidoneità delle prove scritte da parte della Commissione esaminatrice deve essere considerato adeguatamente motivato anche quando si fonda su voti numerici, senza necessità di ulteriori spiegazioni e chiarimenti eventualmente a mezzo di correzioni materiali.

E così *de hoc satis*.

Trentino Alto Adige: un esempio di autonomia solidale

Franco Baldessarelli "Futuro Alto Adige – dall'accordo De Gasperi – Gruber alla sfida per il terzo statuto" (Ed. Praxis, 2017, Euro 11,00=).

Franco Baldessarelli è un avvocato iscritto al foro parmense, è un altoatesino che non ha mai nascosto le sue radici a cui è tenacemente attaccato.

Questo lo sapevamo tutti noi, che di lui apprezziamo la vivacità ed empatia.

Un po' meno si sapeva che fosse cultore della materia di Diritto Romano presso il nostro Ateneo e membro del Corpo Docente per la materia Di-

numero 3 2017 bis.indd 43 10/12/17 19:53

ritto Romano e Fondamenti del Diritto Europeo per l'anno accademico 2016/2017 presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali (S.S.P.L.) del Dipartimento di Giurisprudenza, Studi Politici e Internazionali dell'Università degli Studi di Parma.

Ma una vera sorpresa è che sia anche uno scrittore di storia patria, a cui è dedicata questa opera, scritta con competenza e passione.

Si potrebbe osservare che essa ha un interesse "periferico". Non è così perché la storia della faticosa, spesso cruenta, ma sostanzialmente civile conquista dell'autonomia dell'Alto Adige è di insegnamento specie nei tempi odierni. Franco si avvale degli strumenti del suo "mestiere" riandando alla istituzione della province romane, senatorie ed imperiali, in terra italica ed in insediamenti extraitaliani. E ricorda, primo insegnamento, che "la Roma repubblicana ma anche quella imperiale, non dispose quasi mai la soppressione degli usi, della lingua, della religione dei popoli conquistati, e spesso non intaccò nemmeno la loro autonomia amministrativa". Dunque i romani furono i precursori delle "province", delle "autonomie" e dei trattati, i "foedera", da cui discende appunto il "Trattato De Gasperi – Gruber" o "Trattato di Parigi" del 05.09.1946 che fu uno degli epigoni, seppure in un altro contesto storico e sociale.

La narrazione si dipana dall'accorpamento delle Province, quella di Trento e di Bolzano in un'unica Regione a statuto speciale, il Trentino Alto Adige. Da qui la vivace richiesta di una autonomia separata e speciale da quella del Trentino, la contestazione per la mancata sua attuazione, e una vera e propria sovversione finita all'ONU con richiesta persino di riannessione all'Austria. E la lunga serie di attentati dinamitardi ai tralicci ad alta tensione (durata 5 anni 1956-1961), successivamente riferibili ai due gruppi rivali,"italiani" ed "austriaci" (1978-1983). Si ricorda ancora il "maxiprocesso di Milano" (1963-1964) a carico di 91 sud tirolesi, difesi anche da famosi avvocati di lingua italiana come Ettore Gallo, Pietro Nuvolone, e l'appassionato ed irriducibile Sandro Canestrini.

Fortunatamente governi nazionali e regionali con la loro saggezza e pazienza pervennero alla creazione dello secondo statuto di autonomia per l'Alto Adige, approvato con legge costituzionale n.1 del 10.11.1971 a cui seguirono lentamente decreti attuativi diretti a regolare la distribuzione proporzionale tra le due etnie negli impieghi pubblici, le norme sul bilinguismo per quei dipendenti ed altri ancora. Finché il governo austriaco rilasciò la c.d. "quietanza liberatoria" e l'ONU dichiarò chiusa la questione. Oggi con l'art. 116 Cost. le provincie autonome di Trento e Bolzano sono dotate di una autonomia originaria, non più derivata dalla Regione.

Un capitolo è riservato alla mano dell'autore avvocato. Riguarda l'esame delle sentenze della Corte Costituzionale che hanno deciso sui conflitti di attribuzione, tra leggi statuali e leggi delle province a statuto speciale.

In attesa di un nuovo, terzo statuto autonomo, l'autore snocciola cifre significative sul cresecente benessere della Regione Trentino Alto Adige e della provincia di Bolzano, in termini di PIL e occupazione, ben superiori alla media nazionale, di cui una ci interessa particolarmente: "Per quanto concerne alcune libere professioni, il Trentino Alto Adige si trova collocato al secondo posto in Italia, dopo la Valle D'Aosta, con minor numero di avvocati ogni 1.000 abitanti (1,7 contro una media nazionale di 3,8)"; e il più basso numero di dichiarazioni di fallimento degli ultimi 10 anni, il quasi dimezzamento della durata dei processi civili rispetto alla media nazionale (635/1107 gg.), le prescrizioni di processi penali dello 0,4% di carico rispetto alla media nazionale dell'8,6%.

L'insegnamento che Franco trae da queste vicissitudini storiche e politiche a lieto fine sta nella autonomia conquistata senza laceranti e sanguinose secessioni, salvo un non breve tratto di gravi tensioni: "L'Alto Adige Sud Tirol ... è un esempio di convivenza ma anche di efficienza e di benessere diffuso, che – va detto per sfatare i luoghi comuni – non ha fatto e non fa comunque mancare il suo sostegno al ripianamento del debito pubblico del Paese, pur sostenendo oneri e costi relativi a quelle funzioni e a tutte quelle competenze che nelle altre Regioni italiane ricadono sullo Stato. E che ha fatto pure la sua parte in tema di concreti rapporti solidali a fronte di gravi calamità".

"Un esperimento ormai "istituzionalizzato" al punto che non ci consta essercene molti altri nel mondo".

L'autore ha ragione: la solidarietà sarebbe necessaria in altre situazioni ove le aspirazioni egoistiche di alcune Regioni, non solo in Italia, le più ricche contro le più povere, vedono leader fomentare rivendicazioni localistiche se non separatiste.

Le Regioni ricche secedono perché non vogliono pagare quelle più povere.

L'egoismo economico è il peccato mortale del capitalismo europeo. La dissoluzione jugoslava fu originata dalla protesta di Croazia e Slovenia che non volevano pagare più per la Macedonia e per il Kossovo. Quale fu il risultato ? Una guerra civile sanguinosa, con milioni di morti, 5 o 6 nuovi Stati indipendenti che contano pochissimo e che si reggono in piedi solo con finanziamenti internazionali, e con un cordone di truppe, soprattuto italiane, per impedire loro di scannarsi di nuovo.

Il romanticismo che come in Catalogna (terza Regione d'Europa per ricchezza) aizza le folle è colpevole di ingenuità, la rigidità dello Stato centrale è corresponsabile. Per fare poi cosa di questa secessione ? Immaginate quanto questi frammenti di Stato possano di fronte al problema globale del clima quando gli stessi Stati da soli sono impotenti.

Per dirla tutta lo statarello padano ha dato la stura ad un ridicolo sovranismo locale. Ma quando l'obiettivo si è visto precluso, allora la svolta verso l'autonomia fiscale e il populismo montante è stata l'alibi per più fecondi traguardi. Sia pure, *pro quota,*nazionalisti (!). E insieme provinciali.

numero 3 2017 bis.indd 44 10/12/17 19:53

Il populismo contro le "elite": malattia senile della democrazia

L'opera di Franco ci dà lo spunto per chiederci in cosa consista o meglio in cosa consistano gli odierni movimenti populistici post – novecenteschi.

E cosa hanno in comune e infine –e questo è argomento che ci tocca da vicino- quali effetti possono provocare sul piano istituzionale.

Scaturita da una crisi di rappresentanza che si estende alla forma democratica stessa, è una rivolta dal basso non riassumibile nelle categorie del nazionalismo o del socialismo, di destra o di sinistra, e si pone come antagonista delle elite di governo, usurpatrici e corrotte, da combattere e rovesciare, viste come una oligarchia che depaupera ancor più i poveri a vantaggio dei ricchi e sottrae ai cittadini ogni identità.

E' l'antipolitica, che ha bisogno di essere guidata da tribuni carismatici.

Scriveva Thomas Mann nelle sue "*Considerazioni di un impolitico"*che "parlare del contrario di una cosa è un'altra maniera di parlare della cosa stessa, una maniera anzi, che può servire benissimo a capirla concretamente". E più avanti: "l'antipolitica è essa stessa una politica, giacché la politica è una forza terribile: basta solo *sapere* che esiste, e già ci si è dentro, si è perduta per sempre la propria innocenza".

E' opinione comune che questi movimenti derivano dalla globalizzazione industriale e finanziaria che ha prodotto la delocalizzazione della produzione, ha lasciato disoccupazione (le "cinture di ruggine" in USA), ha creato all'estero sacche di sfruttamento del lavoro e la fuga delle multinazionali in paradisi fiscali. In ogni paese mappature elettorali diverse a secondo dello stato occupazionale, tra regioni, tra zone urbane e campagne, tra quartieri della città. In questo panorama globale l'ascesa dei movimenti anti sistema è particolarmente radicato nell'Est europeo su cui pesa una storia di arretratezze, dal nazismo al regime sovietico: un terreno fertile.

Si può dire dunque che essi, pur nelle diversità peculiari, nascono da un sempre maggior distacco tra la ricchezza e la povertà, ma anche dal depauperamento politico e culturale; e dallo sfarinamento del c.d. "mondo del lavoro" frammentato in un caledoscopio di figure e di identità professionali incomunicanti tra loro.

E' connotabile di destra o di sinistra ? Sebbene il lessico e gli slogan siano tipicamente fascisti, persino inculcati nei facinorosi ultrà delle "curve", non si può dire che la deriva sia quella nostalgica. Il fascismo aveva cercato collegamenti culturali con la destra liberale (Alfredo Rocco, Giovanni Gentile, Luigi Pirandello, Mario Sironi ect.), che ne aveva costituito il pilastro. Almeno inizialmente. La democrazia elettorale era bandita come il male supremo, mentre oggi il populismo ne invoca la estremizzazione con la democrazia diretta. Il dirigismo statale è oggi oggetto di contestazione. E persino la negazione dello jus soli avrebbe spazio nella cultura fascista, come sembra risuonare nella canzone popolare "Faccetta nera": "Ti porteremo a Roma liberata, dal sole nostro tu sarai baciata".

La iperdemocratizzazione non regolata porta al totalitarismo, come è vero che il motto "vox populi vox dei" non è compatibile con le Costituzioni occidentali dell'ultimo dopo guerra (G. Zagrebelsky *"Il "crucifige" e la democrazia"*- Einaudi).

Ha scritto Elias Canetti in "*Massa e potere"*: "Nessuno ha mai creduto davvero che l'opinione del numero maggiore in una votazione sia per il predominio di quello anche la più saggia. Volontà sta contro volontà come in guerra".

Mentre Norberto Bobbio non smetteva di ricordare che la democrazia non è una condizione sufficiente affinché uno Stato sia liberale: ci sono paesi dove governano autocrati eletti a furor di popolo, ma dove non sono in vigore elementari tutele democratiche e diritti come la libertà di parola, di espressione, di religione ect. Non solo: la tanto citata democrazia ateniese, madre di tutte le democrazie moderne, era fondata sulla schiavitù (gli schiavi non votavano, così come anche le donne e gli stranieri).

Ci si chiede con Luciano Canfora *("Democrazia, storia di una ideologia"* – Laterza) se ciò che si va spacciando "come governo del popolo" non sia piuttosto "governo sul popolo".

Ma oggi le Costituzioni rappresentano principi fondamentali –tra questi la ragionevolezza- che sovrastano la volontà della maggioranza e della stessa unanimità parlamentare (G. Zagrebelsky *"Il diritto mite"* – Il Mulino; F. Galgano *"La forza del numero e la legge della ragione: storia del principio di maggioranza"* Il Mulino).

Eppure questi movimenti si richiamano fumosamente alla Costituzione, e tuttavia non hanno, riguardo ai diritti civili, il coraggio di saltare l'ostacolo e di rispettare i diversi, e la interpretano in senso illiberale. La verità è che siamo di fronte ad un miscela di pulsioni della "gente", da cui nuovi leader attingono e su cui soffiano. Una adulazione del popolo. Una miscela di destra ma anche di sinistra con apertura al mondo del lavoro[3].

C'è allora chi provocatoriamente chiede di risolvere il problema limitando il voto alle persone istruite. Così il civilista Prof. Peringeri in un recente convegno a Parma; e in USA David Van Reybrouck, che argomenta questa tesi nel suo libro *"Contro le elezioni"* (Feltrinelli).

E come non reagire quando i leader proclamano apertamente di rivolgersi agli elettori non acculturati e con linguaggio diretto a quattordicenni ? Un linguaggio per slogan e per turpiloquio, che scorre sul registro acritico e manipolato della emotività e della protesta, amplificato dal mondo digitale.

Il prof. Carlo Cipolla non sarebbe d'accordo. Nel suo ben noto *"Le fondamentali leggi sulla stupidità umana"* (Il Mulino) scrive che la stupidità abita in pari misura tra le persone istruite e quelle semplici, tra i professori universitari e i bidelli. Ma è una verità tendenziale, venata anch'essa da provocatoria ironia.

3 Significativo di questa miscela lo striscione apparso il 29.10.2017 sul Petitot dopo la partita e dopo essere stato giustamente estromesso dallo stadio Tardini: "Corruzione e disoccupazione figlie di un Governo abusivo. Reati di tortura, leggi fatti su misura, e tutt'Italia parla di un adesivo?".

numero 3 2017 bis.indd 45 10/12/17 19:53

Spiegava molto bene tutto ciò la vignetta del New Yorker, ampiamente diffusa e commentata, in cui il passeggero di un aereo, appoggiato dagli altri, chiedeva di pilotare lui poiché "*quelli spocchiosi dei piloti hanno perso il contatto con noi passeggeri comuni*".

Ecco, l'odio contro le elite di cui si è molto scritto si sta trasformando nell'odio per le competenze. Tutti vogliono sapere di tutto. Di medicina, (vaccini), di scienza (negazionismo del cambiamento del clima) e di Costituzione, quando sui social, dimenticando l'esistenza degli artt. 11 e 117 Cost., si inveisce contro le più alte Istituzioni dello Stato per aver auspicato una parziale cessione di sovranità alla UE, tacciandole di "alto tradimento".

"These smug pilots have lost touch with regular passengers like us. Who thinks I should fly the plane?"

Eppure nel mondo odierno si moltiplicano discipline complesse e specialistiche. Proprio per questo sono state istituite Autorità Indipendenti, in Italia distaccate dal potere esecutivo; che possono anche sbagliare, lo sappiamo bene, ma pur sempre *"terze"* (tendenzialmente) debbono restare, nel rispetto delle procedure istituzionali.

In controtendenza Roland Barthes scriveva: "La prego, mi permetta di non avere un'opinione". E il famoso scienziato Richard Dawkins al tempo del Brexit: "Come osate affidare una decisione così importante a degli ignoranti come me? Né io né la maggioranza delle persone ha il tempo e l'esperienza per fare la dovuta ricerca sulle questioni economiche e sociali estremamente complesse che riguardano il paese in o fuori dall'Europa".

In questo garbuglio mancano le parole di chi per tradizione politica dovrebbe interpretarlo e dipanarlo o perché è passato nell'altro campo o ne ha perso i contatti e vive solo nei palazzi del potere, o addirittura dall'alto di questi palazzi diffonde per calcoli competitivi veleni antisistema (Marco Revelli "*Populismo 2.0*" – Einaudi). I più destabilizzanti.

Per le prossime feste di fine anno, nonostante tutto Auguri di speranze nuove.

Giacomo Voltattorni

numero 3 2017 bis.indd 46 10/12/17 19:53

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

I limiti al sindacato della Cassazione sulle sentenze del CNF

In tema di ricorso per cassazione avverso le decisioni emanate dal Consiglio Nazionale Forense in materia disciplinare, l'inosservanza dell'obbligo di motivazione su questioni di fatto integra una violazione di legge, denunciabile con ricorso alle Sezioni Unite della Corte di cassazione, solo ove essa manchi del c.d. "minimo costituzionale", ovvero si traduca in una motivazione completamente assente o puramente apparente, vale a dire non ricostruibile logicamente ovvero priva di riferibilità ai fatti di causa. Diversamente, si concreterebbe una surrettizia trasformazione del giudizio di legittimità in un nuovo, non consentito giudizio di merito, nel quale ridiscutere analiticamente tanto il contenuto di fatti e vicende processuali, quanto l'attendibilità maggiore o minore di questa o di quella risultanza procedimentale, quanto ancora le opzioni espresse dall'organo di appello non condivise e per ciò solo censurate al fine di ottenerne la sostituzione con altre più consone ai propri desiderata, quasi che nuove istanze di fungibilità nella ricostruzione dei fatti di causa fossero ancora legittimamente a porsi dinanzi al giudice di legittimità (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense - pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi, sentenza del 28 dicembre 2015, n. 223*).

Corte di Cassazione (pres. Canzio, rel. Travaglino), SS.UU, sentenza n. 16691 del 6 luglio 2017

L'illecito disciplinare a forma libera o "atipico": la Cassazione conferma la giurisprudenza del CNF

Il nuovo Codice Deontologico Forense è informato al principio della tipizzazione della condotta disciplinarmente rilevante e delle relative sanzioni, "per quanto possibile" (art. 3, co. 3, L. 247/2012), poiché la variegata e potenzialmente illimitata casistica di tutti i comportamenti (anche della vita privata) costituenti illecito disciplinare non ne consente una individuazione dettagliata, tassativa e non meramente esemplificativa. Conseguentemente, la mancata "descrizione" di uno o più comportamenti e della relativa sanzione non genera l'immunità, giacché è comunque possibile contestare l'illecito anche sulla base della citata norma di chiusura, secondo cui "la professione forense deve essere esercitata con indipendenza, lealtà, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza, tenendo conto del rilievo sociale e della difesa e rispettando i principi della corretta e leale concorrenza" (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato l'istanza di sospensione avverso Consiglio Nazionale Forense - pres. f.f. Picchioni, rel. Del Paggio, sentenza del 30 dicembre 2016, n. 382*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Chindemi), SS.UU, ordinanza n. 17115 dell'11 luglio 2017

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Manna), SS.UU, sentenza n. 17720 del 18 luglio 2017

Il potere del CNF di emanare norme deontologiche

Le deliberazioni con le quali il Consiglio nazionale forense procede alla determinazione dei principi di deontologia professionale e delle ipotesi di violazione degli stessi costituiscono legittima fonte secondaria di produzione giuridica (art. 3, co. 2, disposizioni sulla legge in generale), sicché va in proposito esclusa qualsiasi lesione del principio di legalità, anche perché le tipologie delle pene disciplinari e l'entità delle stesse tra un minimo ed un massimo ove graduabili, sono prestabilite dalla normativa statuale (L. n. 247/2012 già R.D.L. 27 novembre 1933, n. 1578). (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato l'istanza di sospensione avverso Consiglio Nazionale Forense - pres. f.f. Picchioni, rel. Del Paggio, sentenza del 30 dicembre 2016, n. 382*)

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Chindemi), SS.UU, ordinanza n. 17115 dell'11 luglio 2017

NOTA:

In senso conforme, Cassazione Civile, Sez. U., sentenza n. 9097 del 3 maggio 2005 nonché Cassazione Civile, Sez. U., sentenza n. 5164 del 12

numero 3 2017 bis.indd 47 10/12/17 19:53

marzo 2004.

Il divieto di plurime iniziative giudiziali riguarda anche gli atti di precetto

Il divieto deontologico di aggravare con onerose o plurime iniziative giudiziali la situazione debitoria della controparte quando ciò non corrisponda ad effettive ragioni della parte assistita (art. 66 ncdf, già art. 49 cdf) deve essere interpretato nel senso che l'espressione "iniziative giudiziali" si riferisce a tutti gli atti aventi carattere propedeutico al giudizio esecutivo, suscettibili di aggravare la posizione debitoria della controparte, e quindi anche agli atti di precetto, pur non costituenti atti di carattere processuale (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense - pres. f.f. Picchioni, rel. Sorbi, sentenza del 28 dicembre 2015, n. 223*).

Corte di Cassazione (pres. Canzio, rel. Travaglino), SS.UU, sentenza n. 16691 del 6 luglio 2017

La "minaccia" di azioni risarcitorie al giudice della propria causa

Il ritardo del Giudice nell'emissione del provvedimento richiestogli non legittima il difensore a minacciare richieste risarcitorie nei suoi confronti (specie se avanzate in pendenza del giudizio stesso al fine di precostituirsi una ragione di ricusazione), anche in considerazione dei presupposti nonché della legittimazione attiva e passiva che regolano l'azione esperibile nei confronti del Magistrato per asseriti danni derivanti da comportamenti dolosi o gravemente colposi nell'esercizio delle sue funzioni (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato il ricorso avverso Consiglio Nazionale Forense - pres. Mascherin, rel. Losurdo, sentenza del 28 luglio 2016, n. 256*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Manna), SS.UU, sentenza n. 17720 del 18 luglio 2017

L'inadempimento delle obbligazioni nei confronti dei terzi

Commette e consuma illecito deontologico l'avvocato che non provveda al puntuale adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti dei terzi e ciò indipendentemente dalla natura privata o meno del debito, atteso che tale onere di natura deontologica, oltre che di natura giuridica, è finalizzato a tutelare l'affidamento dei terzi nella capacità dell'avvocato al rispetto dei propri doveri professionali e la negativa pubblicità che deriva dall'inadempimento si riflette sulla reputazione del professionista ma ancor più sull'immagine della classe forense. E ancora più grave risulta essere l'illecito deontologico nel caso in cui il professionista, non adempiendo ad obbligazioni titolate, giunga a subire sentenze, atti di precetto e richieste di pignoramento, considerato che l'immagine dell'avvocato risulta in tal modo compromessa agli occhi dei creditori e degli operatori del diritto quali giudici ed ufficiali giudiziari (*In applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato l'impugnazione avverso Consiglio Nazionale Forense – pres. f.f. Logrieco, rel. Calabrò, sentenza del 17 febbraio 2016, n. 8, dopo che Corte di Cassazione -pres. Amoroso, rel. Travaglino, SS.UU, ordinanza n. 4877 del 27 febbraio 2017 aveva peraltro già rigettato l'istanza di sospensione cautelare della medesima sentenza per "evidente mancanza di fumus", giacché "l'organo disciplinare si è premurato di esaminare, del tutto correttamente, e senza incorrere nei vizi denunciati in questa sede, i fatti addebitati"*).

Corte di Cassazione (pres. Maciocce, rel. Scrima), SS.UU, sentenza n. 19163 del 2 agosto 2017

conforme: Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 23 settembre 2017, n. 125

L'art. 91 cpc non deroga al divieto di produrre o riferire in giudizio di corrispondenza riservata

Il divieto assoluto di esibizione in giudizio di corrispondenza con colleghi contenente proposte transattive o comunque riservata (art. 48 ncdf, già art. 28 cod. prev.) non è escluso dall'invito del giudice a transigere ex art. 91 co. 1 cpc, giacché la proposta conciliativa cui fa riferimento detta norma deve essere formulata in giudizio dalla parte proponente, e l'eventuale rifiuto della controparte (che può rilevare ai fini delle spese processuali) sarà insito nella mancanza di accettazione, quindi senza alcun bisogno di divulgare la corrispondenza riservata tra i difensori (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha respinto il ricorso proposto avverso Consiglio Nazionale Forense -pres. f.f. Picchioni, rel. Losurdo- sentenza del 15 dicembre 2016, n. 362*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. De Chiara), SS.UU, sentenza n. 21109 del 12 settembre 2017

I presupposti della "nuova" sospensione cautelare

A differenza della previgente disciplina, la nuova sospensione cautelare può essere deliberata dal C.D.D. competente esclusivamente nei casi previsti dagli artt. 60 Legge Professionale e 32 Reg. CNF n. 2/2014(*), per la durata massima di un anno e a pena di inefficacia ove nel termine di sei mesi dalla sua irrogazione non venga adottato il provvedimento sanzionatorio.

Anche a seguito della riforma professionale, la sospensione cautelare non ha la natura di sanzione disciplinare, ma è un provvedimento amministrativo precauzionale, col quale si intende tutelare il decoro e la dignità della classe forense.

(*Nel caso di specie, in applicazione dei principi di cui alle massime, la Corte ha rigettato l'impugnazione proposta avverso Consiglio Nazionale Forense - sentenza del 25 marzo 2017, n. 23*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Giusti), SS.UU, sentenza n. 26148 del 3 novembre 2017

(*)NOTA:

a) una misura cautelare detentiva o interdittiva irrogata in sede penale e non impugnata o confermata in sede di riesame o di appello;

b) la pena accessoria della sospensione dall'esercizio di una professione o di un'arte ai sensi dell'art. 35 del codice penale anche se con la sentenza penale di primo grado sia stata disposta la sospensione condizionale della pena;

c) una misura di sicurezza detentiva;

d) la condanna in primo grado per i reati previsti dagli articoli 372, 374, 377, 378, 381, 640 e 646 del codice pe-

numero 3 2017 bis.indd 48 10/12/17 19:53

nale, se commessi nell'ambito dell'esercizio della professione o del tirocinio, ovvero dagli articoli 244, 648-bis e 648-ter del medesimo codice;

e) la condanna a pena detentiva non inferiore a tre anni.

Il CDD non è parte del giudizio di impugnazione in Cassazione

Nel giudizio di impugnazione delle decisioni del Consiglio Nazionale Forense dinanzi alla Corte di cassazione, non assume la qualità di parte il Consiglio Distrettuale di disciplina (CDD), trattandosi di soggetto che riveste una funzione amministrativa di natura giustiziale, caratterizzata da elementi di terzietà, ma priva di potere autonomo di sorveglianza sugli iscritti dell'Ordine, sicché, da un lato, non può essere in lite con questi ultimi, pena la perdita della sua imparzialità, e dall'altro, non è portatore di alcun interesse ad agire o resistere in giudizio (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha preliminarmente dichiarato inammissibile il ricorso nella parte in cui notificato e proposto nei confronti anche del CDD*).

Corte di Cassazione (pres. Canzio, rel. Giusti), SS.UU, sentenza n. 26148 del 3 novembre 2017

Il dovere di difesa non giustifica la violazione dei principi deontologici di lealtà e correttezza

Il dovere di difesa non giustifica la commissione di illeciti disciplinari a pretesa tutela del cliente, giacché l'avvocato deve sempre agire nel rispetto dei principi di lealta` e correttezza, che ispirano ogni più specifica previsione deontologica, come il rapporto di colleganza (*Nel caso di specie, il professionista veniva sanzionato disciplinarmente per aver infondatamente richiesto la condanna in proprio del collega avversario per responsabilità processuale aggravata. In applicazione del principio di cui in massima, la Corte ha rigettato l'impugnazione proposta avverso Consiglio Nazionale Forense -pres. f.f. Logrieco, rel. Sica- sentenza n. 10/2017, che a sua volta aveva confermato la sanzione comminata dal Consiglio territoriale*).

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Cirillo), SS.UU, sentenza n. 27200 del 16 novembre 2017

***Favor rei*: il nuovo codice deontologico si applica retroattivamente, se più favorevole all'incolpato**

La nuova disciplina codicistica si applica anche ai procedimenti disciplinari in corso al momento della sua entrata in vigore, se più favorevole per l'incolpato (art. 65 L. n. 247/2012). Tale valutazione è da effettuarsi in concreto ed è pertanto necessario procedere al raffronto tra le disposizioni di cui agli artt. del Codice deontologico precedentemente vigente con le corrispondenti previsioni del nuovo Codice applicabili al caso di specie, al fine di verificare se siano mutati (*in melius*) l'inquadramento della fattispecie ed il regime sanzionatorio.

Corte di Cassazione (pres. Amoroso, rel. Cirillo), SS.UU, sentenza n. 27200 del 16 novembre 2017

CNF
Consiglio Nazionale Forense

La funzione sociale dell'avvocato

L'avvocato esercita funzioni a garanzia del corretto esercizio della professione legale non solo nell'interesse delle parti assistite, ma anche dei terzi e della collettività, a garanzia del corretto esercizio della giurisdizione e dei principi dello Stato di diritto.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 10 maggio 2017, n. 56

I provvedimenti impugnabili avanti al C.N.F. costituiscono un *numerus clausus*

La tipicità degli atti impugnabili non ammette deroga alcuna, sicchè restano impugnabili esclusivamente le decisioni relative alla tenuta degli albi, ai certificati di compiuta pratica forense, ai procedimenti disciplinari, alle elezioni del C.d.O. ed ai conflitti di competenza (Nel caso di specie, il ricorrente aveva impugnato la deliberazione con la quale il Consiglio territoriale aveva rigettato un'istanza, definita incidente di esecuzione, finalizzata alla rideterminazione di una sanzione divenuta definitiva. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha dichiarato inammissibile l'impugnazione).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Merli), sentenza del 14 febbraio 2017, n. 6

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.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 9 marzo 2017, n. 8

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 349, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 8 aprile 2016, n. 55, Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Siotto), sentenza del 7 marzo 2016, n. 29, Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Pasqualin), sentenza del 11 novembre 2015, n. 163, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Sica), sentenza del 23 luglio 2015, n. 118, Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Damascelli), sentenza del 11 marzo 2015, n. 26, Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Salazar, Rel. Sica), sentenza del 13 marzo 2013, n. 37 Consiglio Nazionale Forense (Pres. f.f. Vermiglio, Rel. Tacchini), sentenza del 28 dicembre 2012, n. 204.

La "pubblicità" professionale non deve essere comparativa né

numero 3 2017 bis.indd 49 10/12/17 19:53

autocelebrativa

L'informazione sull'attività professionale, ai sensi degli artt. 17 e 35 ncdf (già artt. 17 e 17 bis cod. prev.), 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, il professionista aveva garantito il "pieno successo" degli incarichi affidatigli, peraltro anche in materie di cui non aveva alcuna competenza professionale*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 9 marzo 2017, n. 8

La violazione del dovere di competenza nell'adempimento del mandato professionale

Integra illecito disciplinare il comportamento dell'avvocato che accetti incarichi che non sia in grado di svolgere con adeguata competenza (art. 14 ncdf, già art. 12 codice previgente) (*Nel caso di specie, il professionista accettato l'incarico in via esclusiva di redigere un ricorso al TAR, senza averne la competenza*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 9 marzo 2017, n. 8

Il mancato, ritardato o negligente compimento degli atti inerenti al mandato professionale

Costituisce illecito disciplinare, per violazione dell'obbligo di adempiere esattamente al mandato professionale (art. 26 ncdf, già art. 38 codice previgente), la decadenza istruttoria che non trovi giustificazione alcuna in valutazioni di strategia processuale concordata con il cliente (*Nel caso di specie, il professionista aveva omesso di citare dei testimoni, senza peraltro darne previa ed adeguata informazione al cliente. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare dell'avvertimento*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Secchieri), sentenza del 9 marzo 2017, n. 11

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

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

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 9 marzo 2017, n. 12

L'inadempimento al mandato per assenza all'udienza

In difetto di una strategia difensiva concordata con il cliente, con relativo onere a carico di chi intenda addurla, pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante ex art. 26 ncdf (già 38 codice previgente) il difensore che non partecipi all'udienza, a nulla rilevando, peraltro, l'eventuale assenza di concrete conseguenze negative per il proprio assistito giacché ciò non varrebbe a privare di disvalore il comportamento negligente del professionista.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Orlando), sentenza del 22 marzo 2017, n. 19

I limiti del diritto di critica dei provvedimenti giudiziari

Il diritto di critica nei confronti di qualsiasi provvedimento giudiziario mai può travalicare i limiti del rispetto della funzione giudicante, riconosciuta dall'ordinamento con norme di rango costituzionale nell'interesse pubblico, con pari dignità rispetto alla funzione della difesa (*Nel caso di specie, fuori della stanza del Giudice ed alla presenza di numerosi avvocati ad altissimo tono di voce a commento della decisione assunta dall'anzidetto Magistrato in merito ad alcune istanze istruttorie, imprecava e proferiva le seguenti espressioni:* "mi ha rigettato la domanda riconvenzionale... sono pazzi" *e, nelle medesime circostanze, mentre scendeva le scale:* "questa è una latrina, vogliono far fallire le aziende". *In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Caia), sentenza del 22 marzo 2017, n. 22

L'appropriazione indebita di somme incassate per conto del cliente

L'avvocato è tenuto a dare immediata comunicazione al proprio cliente delle somme incassate per suo conto ed a fornirgli comunque, senza necessità di particolari inviti e richieste, il rendiconto delle operazioni eseguite in applicazione della obbligazione ricadente sul mandatario, non trovando applicazione il principio della compensazione quando questo sia il frutto di unilaterale appropriazione di somme che egli abbia presso di sé per conto del cliente, quando manchi il consenso di questi (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione della sospensione disciplinare di tre mesi*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Gaziano), sentenza del 4 aprile 2017, n. 38

La responsabilità per fatto di associati, collaboratori e sostituti

L'avvocato è personalmente responsabile per condotte, determinate da suo incarico, ascrivibili a suoi associati, collaboratori e sostituti, salvo che il fatto integri una loro esclusiva e autonoma responsabilità (art. 7 ncdf). (*Nel caso di specie, trattavasi di missiva inviata direttamente alla controparte assistita da legale, in ipotesi estranee a quelle consentite dall'art. 41 ncdf, ma il professionista aveva invocato un esonero di responsabilità*

numero 3 2017 bis.indd 50 10/12/17 19:53

disciplinare asserendo che, di fatto, la pratica era seguita da un suo collega di studio).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 29 aprile 2017, n. 49

Il diretto contatto con la controparte assistita

La ratio dell'art. 41 ncdf, già art. 27 cdf (secondo cui l'avvocato deve astenersi dall'indirizzare la propria corrispondenza direttamente alla controparte, che sappia assistita da un Collega, salvo per intimare messe in mora, evitare prescrizioni o decadenze, ovvero richiedere determinati comportamenti) è quella di riconoscere all'Avvocato la funzione di esclusivo referente del proprio assistito, al fine di preservarlo da eventuali comportamenti inappropriati e sleali della controparte.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 29 aprile 2017, n. 49

"materie di attività prevalente" e "specializzazioni professionali"

"pubblicità" professionale comparativa e autocelebrativa

L'informazione sull'attività professionale, ai sensi degli artt. 17 e 35 ncdf (già 17 e 17 bis cod. deont. previgente) 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

L'avvocato può indicare i settori di esercizio dell'attivita` professionale e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attivita` prevalente, ma l'affermazione di una propria "specializzazione" presuppone l'ottenimento del relativo diploma conseguito presso un istituto universitario

(*Nel caso di specie, in una pagina del proprio sito web, il professionista si definiva "specialista assoluto", enfatizzando altresì le proprie doti professionali, implicitamente negate alla parte restante della categoria professionale*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Picchioni), sentenza del 29 aprile 2017, n. 49

La "nuova" pregiudizialità penale: la sospensione del procedimento disciplinare è ora una (facoltativa) eccezione

Con l'entrata in vigore della L. 247/2012 (art. 54), la c.d. pregiudizialità penale ha subìto una forte attenuazione, giacché ora il procedimento disciplinare "può" essere sospeso solo se ciò sia ritenuto "indispensabile", poiché esso "si svolge ed è definito con procedura e valutazioni autonome rispetto al processo penale avente per oggetto i medesimi fatti" (*Nel caso di specie, in applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha rigettato l'istanza di sospensione del procedimento disciplinare in attesa che fosse definito quello penale*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 10 maggio 2017, n. 56

Anche l'accordo sul compenso deve rispettare il criterio di proporzionalità

Il divieto di richiedere compensi manifestamente sproporzionati (art. 29 ncdf, già art. 43 cdf) è posto a tutela del cliente e prescinde dal consenso di questi. Conseguentemente, l'accordo sul compenso tra avvocato e cliente non può derogare al principio di proporzionalità, dovendo sempre essere correlato all'attività svolta.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Marullo di Condojanni), sentenza del 10 maggio 2017, n. 56

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Gaziano), sentenza del 10 maggio 2017, n. 57

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 ncdf) -che costituisce il presupposto dell'obbligo di aggiornamento professionale previsto dall'art. 13 cdf (ora, 15 ncdf)- 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.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Orlando), sentenza del 1° giugno 2017, n. 62

Espressioni sconvenienti od offensive - provocazione altrui

L'avvocato ha il dovere di comportarsi, in ogni situazione, con la dignità e con il decoro imposti dalla funzione che l'avvocatura svolge nella giurisdizione e deve in ogni caso astenersi dal pronunciare espressioni sconvenienti od offensive (art. 52 ncdf, già 20 c.d.f.), la cui rilevanza deontologica non è peraltro esclusa dalla provocazione altrui, né dallo stato d'ira o d'agitazione che da questa dovesse derivare, che al più, rileva ai soli fini della determinazione della sanzione.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Orlando), sentenza del 1° giugno 2017, n. 63

Nell'ambito della propria attività difensiva, l'avvocato deve e può esporre le ragioni del proprio assistito con rigore, utilizzando tutti gli strumenti processuali di cui dispone, ma il diritto della difesa incontra un limite insuperabile nella civile convivenza, nel diritto della controparte o del giudice a non vedersi offeso o ingiuriato. Pertanto, la tutela del diritto di difesa e critica, il cui esercizio non può travalicare i limiti della correttezza e del rispetto della funzione, non può tradursi, ai fini dell'applicazione della relativa "scriminante", in una facoltà di offendere, dovendo in tutti gli atti ed in tutte le condotte processuali rispettarsi il dovere di correttezza, anche attraverso le forme espressive utilizzate (*Nel caso di specie, l'avvocato aveva affermato che l'iniziativa giudiziaria del collega sarebbe dipesa da "pervicace ignoranza" ed "ignavia", per po-*

numero 3 2017 bis.indd 51 10/12/17 19:53

ter "lucrare sulle spese").

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Orlando), sentenza del 1° giugno 2017, n. 63

La (potenziale) rilevanza deontologica della vita privata del professionista

Deve ritenersi disciplinarmente responsabile l'avvocato per le condotte che, pur non riguardando *strictu sensu* l'esercizio della professione, ledano comunque gli elementari doveri di probita`, dignita` e decoro (art. 9 ncdf, già art. 5 cod. prev.) e, riflettendosi negativamente sull'attivita` professionale, compromettono l'immagine dell'avvocatura quale entita` astratta con contestuale perdita di credibilita` della categoria. Deve conseguentemente ritenersi deontologicamente rilevante il comportamento dell›avvocato che, approfittando dell›altrui stato di bisogno, si offra di prestare denaro contante ad un elevato tasso di interesse (nella specie, 10% trimestrale) ed emetta assegni privi di provvista (In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall›esercizio dell›attività professionale per la durata di mesi dodici).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Allorio), sentenza del 3 luglio 2017, n. 75

L'omessa o tardiva fatturazione dei compensi percepiti

L'avvocato ha l'obbligo, sanzionato dall'art. 16 ncdf (già art. 15 cod. prev.), di emettere fattura tempestivamente e contestualmente alla riscossione dei compensi, restando irrilevante l'eventuale ritardo nell'adempimento in parola, non preso in considerazione né dal codice deontologico né dalla legge statale (DPR 633/72).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Picchioni), sentenza del 3 luglio 2017, n. 76

NOTA:

In senso conforme, tra le altre, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 9 marzo 2017, n. 8, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco), sentenza del 24 novembre 2016, n. 337, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Logrieco), sentenza del 20 ottobre 2016, n. 313, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Salazar, rel. Neri), sentenza del 11 giugno 2015, n. 84, Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Vermiglio, rel. Neri), sentenza del 12 dicembre 2014, n. 181, Consiglio Nazionale Forense (pres. Alpa, rel. Damascelli), sentenza del 8 giugno 2013, n. 96, nonché Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Danovi, rel. Scassellati Sforzolini), sentenza del 27 settembre 1999, n. 133.

Vietato intrattenere rapporti economici con il proprio assistito (diversi da quelli derivanti dal mandato)

Dopo il conferimento del mandato, l'avvocato non deve intrattenere con il cliente e con la parte assistita rapporti economici, patrimoniali, commerciali o di qualsiasi altra natura, che in qualunque modo possano influire sul rapporto professionale (art. 23 ncdf, già art. 35 cod. prev.), fatti salvi gli accordi sulla definizione del compenso ex art. 25 cdf (*Nel caso di specie, approfittando dello stato psicologico-depressivo del proprio cliente, il professionista aveva da questi ottenuto in comodato lo studio professionale ed un'automobile, oltre a farsi rilasciare una procura generale ad negotia per l'amministrazione ordinaria e straordinaria di tutti i suoi beni. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della sospensione dall'esercizio dell'attività professionale per la durata di anni uno*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Salazar), sentenza del 13 luglio 2017, n. 102

conforme: Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Iacona), sentenza del 23 settembre 2017, n. 125

Espressioni sconvenienti od offensive: i limiti di verità, continenza e pertinenza

Nel conflitto tra diritto a svolgere la difesa giudiziale nel modo più largo e insindacabile e il diritto della controparte al decoro e all'onore prevale il primo, salvo l'ipotesi in cui le espressioni offensive siano gratuite, ossia non abbiano relazione con l'esercizio del diritto di difesa e siano oggettivamente ingiuriose; pertanto non commette illecito disciplinare l'avvocato che, in un atto del giudizio, usi espressioni forti per effettuare valutazioni generali attinenti alla materia del contendere e a scopo difensivo (*Nel caso di specie, seppur con esposizione altrimenti esprimibile ma oggettivamente non ingiuriosa né estranea alle esigenze di difesa, il professionista aveva attribuito a controparte comportamenti disdicevoli, che tuttavia avevano trovato effettivo riscontro nei fatti di causa*).

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Picchioni, rel. Gaziano), sentenza del 9 settembre 2017, n. 120

L'interruzione della prescrizione ha effetto permanente solo in sede giurisdizionale

Nel procedimento disciplinare dinanzi al CNF (che ha natura giurisdizionale), l'interruzione della prescrizione ha effetto permanente (art. 2943 cc) mentre, in quello amministrativo dinanzi ai Consigli territoriali, l'interruzione fa iniziare un nuovo periodo di prescrizione (art. 2945 cc), la quale peraltro continua a decorrere anche tra la data dell'udienza dibattimentale nella quale il procedimento è stato trattato o deciso dal Consiglio territoriale e la data del deposito e successiva notifica all'incolpato della decisione stessa.

Consiglio Nazionale Forense (pres. Mascherin, rel. Gaziano), sentenza del 9 settembre 2017, n. 121

Procedimento disciplinare: le norme speciali dell'ordinamento forense prevalgono sul cpc

La formulazione di specifici motivi di appello costituisce condizione di ammissibilità del ricorso al CNF ex art. 59 R.D. n. 37/1934 (richiamato dall'art. 35, co. 1, L. n. 247/2012), sicché non trovano applicazione diretta, né analogica le corrispondenti disposizioni del codice di procedura civile (artt. 342, 348 bis e ter cpc), operazione consentita nel solo caso di lacune della disciplina del processo innanzi al CNF.

Consiglio Nazionale Forense (pres. f.f. Logrieco, rel. Siotto), sentenza del 23 settembre 2017, n. 128

numero 3 2017 bis.indd 52 10/12/17 19:53

note

numero 3 2017 bis.indd 53 10/12/17 19:53

note

numero 3 2017 bis.indd 54 10/12/17 19:53

numero 3 2017 bis.indd 55 10/12/17 19:53

Anno XXVI numero tre (settantasettesimo della serie) ottobre 2017

Questo numero usa il carattere

Georgia

Aa Qq Rr
Aa Qq Rr

a

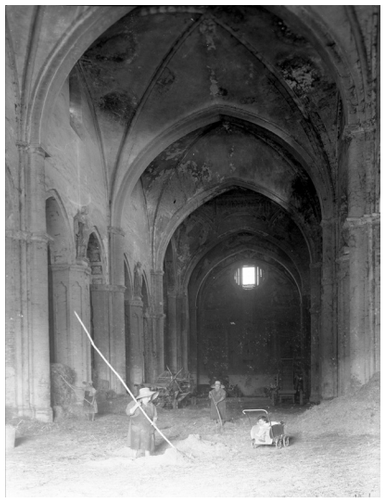
Bobwhite

abcdefghijklm
nopqrstuvwxyz
0123456789

grg

Georgia è un carattere tipografico con grazie progettato nel 1993 da Mattew Carter per Microsoft. È stato specificamente progettato (insieme col Verdana, senza grazie) per essere leggibile su uno schermo anche piccolo (screen-font).
Condivide molte somiglianze con il Times New Roman, differenziandosi in compressione e spaziatura. In generale le grazie del Georgia sono leggermente più larghe e con i tratti terminali più piatti e decisi.

foto in copertina:
Carlo Bavagnoli, interno dell'Abazia di Valserena
Collezioni d'arte della Fondazione Cariparma
donazione Carlo Bavagnoli - inv.F. 3039.4.071
(per gentile concessione)



progetto grafico di Alessandro Riccomini - stampa Cabiria

numero 3 2017 bis.indd 56 10/12/17 19:53