

temi ROMANA

quadrimestrale
anno LIII n 1-2
gennaio/agosto 2005

Avv. Alessandro CASSIANI	EDITORIALE: UNA RAGIONE DI VANTO PER L'AVVOCATURA	1			
	DOTTRINA				
Avv. Giovanni CIPOLLONE					
Avv. Andrea MELUCCO	ALCUNE RIFLESSIONI SUL NUOVO PROCESSO SOCIETARIO	3			
Avv. Alessia SERINO	IL NUOVO CODICE DELLE ASSICURAZIONI PRIVATE E IL SUO SISTEMA SANZIONATORIO.	6			
Avv. Flavia LOZZI	LA "INDENNITÀ EUROPEA" DEGLI AGENTI (ART. 1751 C.C.) OVVERO LA "CHIMERA DEGLI AGENTI DIVENTA REALTÀ"	18			
Dott. Alberto ANGELONI	IL PIANO DI RISTRUTTURAZIONE PARMALAT ALLA VIGILIA DEL				
Dott. Enrico BERTI	VOTO DEI CREDITORI SUL CONCORDATO.	26			
Avv. Riccardo CHILOSI	LA TRANSAZIONE NEL DIRITTO DEL LAVORO	33			
Avv. Marco Valerio SANTONOCITO	ASPETTI E PROSPETTIVE DEL "TESTO UNICO C.D. BERLUSCONI" SULL'EDILIZIA Seconda parte.	59			
Avv. Antonella ROBERTI	DIRITTO DI ACCESSO E DIRITTO ALLA PRIVACY NEI CONCORSI PUBBLICI.	63			
Avv. Andrea LUBERTI	NOTE CRITICHE SUL RECENTE INTERVENTO LEGISLATIVO IN MATERIA DI ESAMI DI ABILITAZIONE PROFESSIONALE	72			
Avv. Filippo Maria SALVO	LA DESTINAZIONE DEL PATRIMONIO AD UNO SPECIFICO AFFARE E LA PARTECIPAZIONE A PROCEDURE DI PROJECT FINANCING: LE RAGIONI DEL "NO".	84			
Avv. Mario SCIALLA	BREVI CONSIDERAZIONI SUL DECRETO - LEGGE N.17/2005, RECANTE MISURE URGENTI IN MATERIA DI IMPUGNAZIONE DELLE SENTENZE CONTUMACIALI E DEI DECRETI DI CONDANNA.	89			
Prof. Avv. Giuseppe MARAZZITA	OSSERVATORIO COSTITUZIONALE	93			
	GIURISPRUDENZA CIVILE				
CORTE DI CASSAZIONE	II sezione - sentenza 30 luglio 2004 n.14597 - /04 21/1- 30/7/2004. Con commento dell' Avv. Ferdinando CARBONE: Il conflitto di interessi avvocato - cliente	101			
CORTE D'APPELLO DI ROMA	II sezione - sentenza 15 luglio 2004 n. 3331 Con commento dell' Avv. Ilaria NAPOLITANO: Riflessioni sulla responsabilità professionale notarile.	114			
TRIBUNALE DI ROMA	III sezione – Sentenza 1 febbraio 2005, n.2527 Con commento dell' Avv. Andrea MELUCCO: Le preclusioni endofallimentari del procedimento di formazione dello stato passivo e la declaratoria sopravvenuta di illegittimità costituzionale	126			
TRIBUNALE DI ROMA	II sezione - sentenza 10 settembre 2004, n. 24972 Con commento dell' Avv. Aldo AREDDU e Avv. Barbara PANNUTI: Interessi per ritardo pagamento nella'appalto di opere pubbliche	138			
TRIBUNALE DI ROMA	III sezione - ordinanza 5 agosto 2004 Con commento dell' Avv. Andrea SCANDURRA: La tutela cautelare ante causam nell'ipotesi di revoca degli amministratori in una società a responsabilità limitata	149			
TRIBUNALE DI ROMA	VI sezione - sentenza 9 luglio 2004 Con commento della Dott.ssa Maria Antonietta DE LUCIA: Gestione di affari altrui e solidarietà sociale.	157			
TRIBUNALE DI ROMA	III sezione - ordinanza 6 Luglio 2004 Con commento dell' Avv. Andrea ORDINE: Sulla applicabilità del controllo giudiziario ex art. 2409 c.c. nelle s.r.l. riformate.	166			
TRIBUNALE DI ROMA	Sezione lavoro - sentenza 24 maggio 2004				
					Con commento dell' Avv. Antonella ROBERTI: Scorrimento delle graduatorie nei concorsi pubblici - idonei
TRIBUNALE DI ROMA	VI sezione - sent. 19 febbraio 2003 Con commento dell' Avv. Dott. Pasquale MERLINO: La novazione, cessione e risoluzione del contratto di locazione in relazione alla ripetibilità delle somme indebitamente versate dal conduttore	189			
TRIBUNALE DI ROMA	VI sezione - sentenza 10 febbraio 2003 n.4664 Con nota dell' Avv. Dott.ssa Gemma RODORIGO	212			
GIUDICE DI PACE DI CIVITAVECCHIA	Sentenza 16 Febbraio 2005 Con commento dell' Avv. Dott. Diego BIANCHI FASANI: Brevi riflessioni sugli art. 126 bis e 180 co.8 C.d.s.	216			
GIUDICE DI PACE DI ROMA	VI sezione – sent. 23 novembre 2004 Con commento dell' Avv. Dott.ssa Daniela BIANCHINI: Il contratto atipico di parcheggio: alla ricerca delle norme applicabili, fra autonomia negoziale e tutela dei consumatori.	222			
	GIURISPRUDENZA PENALE				
CORTE DI CASSAZIONE	Sezioni unite penali - sentenza 15 dicembre 2004 n.28 Con nota dell' Avv. Domenico LOMBARDO	231			
CORTE DI ASSISE DI ROMA	I Sezione - 19 maggio 2005 , n. 6 Con commento dell' Avv. Dott.ssa Antonella DE BENEDICTIS: Sulla richiesta della difesa di P.C. di qualificare il fatto di cui al capo B come tentato omicidio con trasmissione del relativi atti al P.M.	240			
TRIBUNALE DI ROMA	Giudice dell'Udienza Preliminare, Ordinanza 21 giugno 2005. Con commento dell' Avv. Sonia TIBERI: Inutilizzabilità degli atti non depositati né trasmessi al Giudice dell'udienza preliminare.	252			
TRIBUNALE DI ROMA	I Sezione Misure di prevenzione - Decreto 25 ottobre 2004, n. 130 II Corte di Appello di Roma, III Sezione Penale - Ordinanza 22 marzo 2005. Con commento dell' Avv. Avv. Sonia Tiberi: Sanzione: finalità e adeguatezza ai principi costituzionali. Incidenza sullo stato di pericolosità del soggetto.	260			
	GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA E TRIBUTARIA				
CONSIGLIO DI STATO	VI Sezione – Sentenza 1 marzo 2005, n.820 Con commento dell' Avv. Piero SANDULLI: In tema di onorari dell'avvocato amministrativista (ovvero l'applicazione al processo amministrativo della legge n. 794 del 1942)	269			
T.A.R. VENETO	I sezione – Ordinanza 16 febbraio 2005 n.164 Con commento dell' Avv. Marco Valerio SANTONOCITO: Finalmente riconosciuta anche agli avvocati la facoltà di circolare con la propria vettura durante i blocchi della circolazione.	276			
T.A.R. LAZIO	II sezione bis – Sentenza 4 gennaio 2005, n.53 Con nota dell' Avv. Andrea LUBERTI	278			
T.A.R. LAZIO	I Sezione – 25 giugno 2004 n.6329 Con commento dell' Avv. Marco Valerio SANTONOCITO: Come e perché i giudici di pace, G.O.T. e vice procuratori sono magistrati di serie "B" secondo il T.A.R. Lazio.	285			
T.A.R. LAZIO	II sezione bis sentenza 12 marzo 2003 n.1874 II sezione bis – sent. 26 febbraio 2003, n.1552 Con commento dell' Avv. Marco VALERIO SANTONOCITO: il giudizio di ottemperanza ed i poteri del commissario ad acta in materia edilizia	289			

COMMISSIONE TRIBUTARIA PROVINCIALE DI ROMA	LIII sezione – Sentenza 11 gennaio 2005 n° 492 Con commento dell' Avv. Alice COGLIATI DEZZA: L'obbligo di apposizione delle cd. "marche scambio" alla luce delle modifiche intervenute nella disciplina della tariffa dell'imposta di bollo sugli atti e i provvedimenti giurisdizionali.	295
<hr/>		
DEONTOLOGIA		
SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE	Sezione unite civili – Sentenza 4 febbraio 2005 n. 2197 Con commento dell' Avv. Prof. Piero SANDULLI: in tema di "giusto processo" disciplinare per gli avvocati	301
<hr/>		
DIRITTO ECCLESIASTICO E CANONICO		
CONSIGLIO DI STATO	IV sezione – Sentenza 10 maggio 2005 n. 2234 Con commento del Dott. Pietro PULCINI: Limiti alla legittimità dei provvedimenti espropriativi di beni ecclesiastici destinati alla professione del culto. Sull'interpretazione dell'art. 831 comma 2 c.c. e dell'art. 5 del Concordato tra Stato Italiano e Chiesa del 1985 e sulla corretta interpretazione del canone 1208 c.j.c.	315
<hr/>		
I CONVEGNI DEL FORO DI ROMA		
LA CONCILIAZIONE STRAGIUDIZIALE DELLE CONTROVERSIE		
	Palazzo di Giustizia Piazza Cavour	
	Prima sessione: 29 gennaio 2005	325
	Seconda sessione: 5 febbraio 2005	345
	Terza sessione: 12 febbraio 2005	370
"DAI TRATTATI DI MAASTRICHT E DI AMSTERDAM ALLA COSTITUZIONE EUROPEA – NUOVE PROSPETTIVE"		
	Roma 6 ottobre 2004 Aula Occorsio del Tribunale Ordinario di Roma Piazzale Clodio	408
COMMEMORAZIONE DEL PROF. AVV. FILIPPO VASSALLI NEL CINQUANTENARIO DELLA MORTE		
	Roma 13 giugno 2005 alle ore 16.00 Auditorium della Cassa Nazionale Forense	417
"IL FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA E DEL SUO TRATTATO COSTITUZIONALE"		
	14 luglio 2005 ore 10.00 Aula Giallombardo Palazzo di Giustizia Piazza Cavour	440
<hr/>		
ATTUALITA' E RECENSIONI		
Dott.ssa Daniela BIANCHINI	IL PROCESSO A DANTE	445
Avv. Giovanni CIPOLLONE	UNA INCOSTITUZIONALE DISPARITÀ SANZIONATORIA SULL'USO DELLE CINTURE DI SICUREZZA (ART. 172 COD. STR.)	448
Avv. Giorgio VECCHIONE	LA DIGITALIZZAZIONE E LA PUBBLICAZIONE DELLE SENTENZE IN FORMATO DIGITALE	450
Avv. Filippo Maria BERARDI	IL DOMINIO: DALLE ORIGINI ALLE TIPOLOGIE, NELLA SUA EVOLUZIONE DOTTRINALE E GIURISPRUDENZIALE	456
Avv. Pasquale LANDOLFI	LA CORTE COSTITUZIONALE E LE LIMITAZIONI ALLA RESPONSABILITÀ DEL VETTORE MARITTIMO	465
Avv. Fiorenzo GROLLINO	IL FUTURO DELL'UNIONE EUROPEA E DEL SUO TRATTATO COSTITUZIONALE	469
<hr/>		
DIRITTO COMUNITARIO ED INTERNAZIONALE		
LA MOTIVAZIONE SULLA DECLARATORIA DI "IRRICEVIBILITÀ" NELLE DECISIONI DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO		
		473

CORTE DI GIUSTIZIA SENTENZA 9 DICEMBRE 2003 – IN CAUSA C-129/00		
	con un commento del Dott. Nicola ZITO: Il principio del bis in idem e la convenzione di applicazione del trattato di Schengen	477
<hr/>		
CORTE DI GIUSTIZIA CE, SEZ. V, SENTENZA 10 MARZO 2005 – IN CAUSA C469/03		
	Con commento dell' Avv. Nicoletta SCATTONE: La ripetizione dell'indebito e il principio di effettività del diritto comunitario	487

MASSIME		
Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – due franchigie temporali – applicazione congiunta – in presenza dei correlativi presupposti – legittimità		
		138
Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – modifica al termine ivi previsto apportata dall'art. 4 della l. 10 dicembre 1981, n. 741 – applicazione ai contratti in corso – configurazione – limitazione legata all'importo del contratto di appalto ex art. 1 della stessa legge – esclusione		
		138
Appalto di opere pubbliche – Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici (d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063), art. 35 – interessi per ritardo nei pagamenti - applicazione della rivalutazione monetaria – esclusione		
		138
Avvocato – Obbligo di diligenza – contenuto – Fattispecie		
		101
Beni Ecclesiastici - Regime giuridico proprio degli edifici di culto - pertinenze – art.5 del Concordato – art.831 cod.civ. – Intesa con l'autorità Ecclesiastica – Necessità – Limiti		
		315
Circolazione stradale – Limiti – Blocchi della circolazione – Avvocati – Esenzione – Sussistenza – Fattispecie		
		276
Codice della strada - Infrazioni – Art.180 comma ottavo – Flotte aziendali - Obbligo di identificazione dei conducenti dei veicoli – Insussistenza – Mancata identificazione – Mera comunicazione negativa – Sufficienza – Sussistenza – Fattispecie		
		216
Edilizia ed Urbanistica - ottemperanza al giudicato - concessione - diniego - annullato dal Tar - obbligo di rilascio - nonostante nuovo P.R.G - sussiste - limite		
		289
Edilizia ed Urbanistica - ottemperanza al giudicato - ius superveniens - effetti - anche ai fini del risarcimento - dopo L.21/7/2000 n.205		
		289
Fallimento e procedure concorsuali – Formazione dello stato passivo – Preclusioni – Situazioni giuridiche irrevocabili – Sussistenza – Esclusione – Illegittimità costituzionale sopravvenuta – Insinuazione tardiva – Ammissibilità		
		126
Gestione di affari – Effetti – In capo al gerito – Sussistenza – Fattispecie		
		157
Gestione di affari altrui – Forma scritta – Necessità – Sussistenza – Contratto di locazione – Sufficienza – Sussistenza		
		157
Giustizia amministrativa – Procedimento giurisdizionale – Compenso del difensore – Liquidazione giudiziale - art. 28 legge n. 794 del 1942 – Applicabilità - Sussistenza		
		269
Imposte e tasse – Marche per atti giudiziari – Marche scambio – Obbligo di apporre marche scambio per quante sono le parti e i procuratori costituiti - Art. 31 della tariffa allegata al d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 642 - Nuova formulazione dell'art. 20 della tariffa allegata al D.M. 28 agosto 1992 - Abrogazione per incompatibilità - Obbligo di apposizione solo nei confronti delle parti con cui il difensore dichiara di voler scambiare - Sussiste		
		295
Imputabilità – Vizio di mente – Criteri valutativi		
		240
Imputabilità - Incapacità per infermità mentale di percepire azione controlli di polizia - Rilevanza – Incidenza sulla "attualità" della pericolosità – Sussistenza		
		260
Locazione – immobile uso abitativo – trasferimento immobile locato – successione diritti e obblighi- separazione dei rapporti contrattuali – Sussistenza		
		197
Locazione – Indebito – Azione di ripetizione – termine di decadenza – Decorrenza – Cessazione del rapporto – Esclusione – Materiale riconsegna – Sussistenza		
		197
Locazione – Risoluzione del rapporto – Effetti – Obbligo di corresponsione del canone – Sussistenza – In misura legale – Sussistenza – Eventuale eccedenza degli importi versati – Ripetibilità – Sussistenza		
		197
Locazione – Uso diverso dall'abitazione - Mancata concessione di autorizzazioni per l'esercizio dell'attività – Clausola di esonero dalla responsabilità dei locatori – Volontà comune dei contraenti – Responsabilità per vizio della cosa locata ex art. 1578 c.c. – Sussistenza - Esclusione		
		212

Locazione – Uso diverso dall’abitazione - Manutenzione – Clausola di esonero da spese per la manutenzione – Responsabilità del locatore per inadempimento ex art. 1575 c.c. – Sussistenza - Esclusione	212
Magistrato – Onorario – Collegamento c.e.d. cassazione – Gratuito – Da domicilio – Non spetta – Fattispecie	285
Magistrato – porto d’armi – Senza autorizzazione di polizia – Estensione ai magistrati onorari – Sussistenza – Esclusione	285
Misure di prevenzione – Esigenze di difesa sociale - Infermità mentale del proposto - Irrilevanza - Pericolosità sociale – Sussistenza	260
Misure di prevenzione – Infermità mentale e pericolosità sociale del proposto ex artt. 88 e 89 C.p. – Ininfluenza	260
Notaio - Responsabilità professionale – Obbligo consulenza – Insussistenza specifico mandato – Esclusione - Azione responsabilità professionale – Danno – Insussistenza – Esclusione	114
Procedimento civile – Procura al difensore conferita in primo grado – Ampia formulazione – Intero giudizio – Estensione	114
Procedimento civile – Rito societario – Revoca amministratori ex art. 2476 c.c., 3° comma – Ricorso ante causam ex art. 669-ter, 671,700 c.p.c. e art. 23 D.lgs. n.5/2003 – Ammissibilità	149
Procedimento disciplinare – Natura amministrativa – Sussistenza – Principi fondamentali della giurisdizione – Applicazione – Necessità – Mutamento capi d’inculpazione – Ammissibilità – Esclusione	301
Procedimento penale - Giudizio abbreviato condizionato – Ammissibilità - Oggettiva ed effettiva necessità dell’integrazione probatoria richiesta – Necessarietà	240
Procedimento penale - Indagini preliminari – Avviso di conclusione delle indagini preliminari ai sensi dell’art. 415 bis c.p.p. – Omesso contestuale deposito integrale degli atti – Inutilizzabilità degli stessi – Insussistenza – Richiesta consecutiva di rinvio a giudizio – Nullità	252
Procedimento penale – Reati commessi in danno di un giudice onorario – Competenza speciale – art.11 cpp – Applicabilità – Sussistenza	231
Procedimento penale - Udienza preliminare – Formazione del fascicolo – Omessa trasmissione di atti di indagine preliminare – Nullità - Inutilizzabilità – Insussistenza	252
Pubblico impiego – Contratti d’opera professionale simulati – Nullità accertata – Conseguenze – Diritto alla retribuzione – Sussistenza – Art.2126 cod. civ. – Applicazione – Conseguenze – Trattamento economico dei lavoratori a tempo indeterminato – Spettanza - Esclusione	114
Pubblico impiego – procedure di riqualificazione del personale interno – nuovo concorso – riservato in via esclusiva ai dipendenti della p.a. – principio del pubblico concorso ex art.97 cost. – violazione – sussistenza – illegittimità - sussistenza	278
Reato – Aggravanti– Motivi abietti e futili – Giudizio personalizzato – Necessità.	189
Reato - Premeditazione – Elemento cronologico e psicologico – Valutazione- -Motivi abietti e futili – Giudizio personalizzato – Necessità -	240
Risarcimento danni - contratto di parcheggio – danni alla vettura – responsabilità contrattuale – sussistenza – esclusione - art. 2051 cod.civ. – applicabilità – conseguenze - fattispecie	222
Società di capitali – Società a responsabilità limitata – Collegio sindacale obbligatorio – Ricorso ex art.2409 cod. civ. – Ammissibilità - Sussistenza	166
Unione Europea – Repubblica Italiana – Legislazione nazionale - Presupposti per la ripetizione dell’indebito tributario – Art. 29, II c., legge n. 428/1990 – Imposte indirette - Presunzione di riversamento a valle dell’onere fiscale – Onere probatorio eccessivo a carico dell’istante - Sussistenza – Violazione degli obblighi incombenti in virtù del trattato – Sussistenza	487
Unione Europea – Trattato di Schengen – Convezione di applicazione – Art.54 – Principio del bis in idem – Applicazione – Condizione - Fattispecie	477

UNA RAGIONE DI VANTO PER L’AVVOCATURA

Giovanni Cipollone, Andrea Melucco, i componenti il Comitato Scientifico meritano tutta la riconoscenza del Consiglio.

Dal loro impegno Temi Romana ha tratto nuova linfa vitale e nuova energia. Sfogliando la rivista sembra impossibile che abbia corso il rischio di essere chiusa. Chi, come me, ha sostenuto che la rivista, per i suoi contenuti e per la sua storia, deve esser considerata la bandiera dell’Avvocatura Romana, non può non gioire. Ancora una volta i fatti e soprattutto la buona volontà degli uomini hanno dimostrato che le bandiere non si ammainano e che l’onore di una Istituzione non si misura in termini di spese da contabilizzare in bilancio.

Temi Romana appare come una delle più positive realizzazioni del Consiglio che ho l’onore di presiedere.

La conferma si trae dall’esame dei numeri pubblicati nel biennio. Si tratta di volumi nei quali è contenuta la giurisprudenza delle Corti del Lazio, la elaborazione dottrinarica sui più diversi argomenti e – non da ultimo – i mirabili interventi e le relazioni tenute nei numerosissimi convegni organizzati dal Centro Studi su tante fondamentali tematiche.

Insomma, una palestra di idee che testimonia la vivacità del dibattito che ferve all’interno dell’Avvocatura Romana. E, inoltre, uno strumento di consultazione destinato alla scrivania degli Avvocati piuttosto che alle loro biblioteche.

Il cammino percorso è costante e in continuo miglioramento come testimoniato dal fatto che in questo numero troverete non solo una nuova sezione dedicata all’approfondimento anche scientifico della deontologia ma anche dalla reintroduzione di una sezione dedicata al diritto canonico ed al diritto ecclesiastico riprendendosi in tal modo una tradizione che aveva contrassegnato anni gloriosi della nostra rivista.

Nell’esprimere il mio compiacimento, non posso far altro che chiedere agli amici della Redazione di continuare per questa strada. Il loro sacrificio sarà compensato dalla riconoscenza dei Colleghi e dalla soddisfazione di aver relazionato e raccolto elaborati e sentenze che testimoniano il lavoro e l’impegno dell’Avvocatura Romana.

Alessandro CASSIANI

Avv.
Giovanni CIPOLLONE
e Andrea MELUCCO

Alcune riflessioni sul nuovo processo societario

(D. Lgs. 17.01.2003 n. 5)

Se il ricordo è corretto, Manzoni sosteneva che “non tutto ciò che viene dopo è progresso”.

Un esempio emblematico può essere costituito dalla recente introduzione del processo societario.

La nuova normativa, costituente legge speciale, in parte si discosta dal codice di rito e da alcuni principi generali che sono alla base di un corpus unitario che preveda una necessaria correlazione tra istituti e norme di diverso valore contenutistico.

In verità, l'art. 12 della Legge delega (Legge 3 ottobre 2001 n. 366), non autorizzava il legislatore delegato a introdurre un nuovo rito speciale di cognizione.

La palese estensività della normativa ha fatto sì che il processo societario sia stato più correttamente denominato “processo commerciale”. Va, infatti, subito precisato che il legislatore ha anche ampliato il campo di applicazione della legge.

Si fa riferimento alle controversie che riguardano i rapporti di intermediazione mobiliare, i rapporti finanziari, quelli intercorrenti tra le banche o che hanno per oggetto il credito per le opere pubbliche.

Vi è stata poi una modifica (art. 1 a) con cui si è previsto che il nuovo processo possa trovare applicazione anche per i giudizi contro il soggetto incaricato della revisione contabile per i danni derivanti da inadempimenti o da fatti illeciti commessi nei confronti della società che ha conferito l'incarico e, perfino, nei confronti dei terzi danneggiati.

L'art. 1.5 stabilisce inoltre che il nuovo processo riguarda tutte le controversie “connesse”, disciplinate dagli artt.li 31, 32, 33, 34, 35 e 36 del codice di procedura civile e quindi in aperto contrasto con le norme generali che caratterizzano il codice di rito.

Si ritiene che dovrebbero rientrare nell'ambito applicativo del nuovo processo, anche le controversie in materia di diritto industriale e di proprietà intellettuale.

In realtà, sembra che il legislatore voglia in alcuni casi contenere i poteri delle parti, ampliando quelli del giudice, e in altri casi, si prefigga l'esatto contrario.

In una prima fase si lascia piena autonomia alle parti e ai loro difensori, mentre il ruolo del giudice è quello di arbitro, nella giusta applicazione della legge.

Si può affermare che la norma risente delle contrastanti opinioni sulla applicabilità del modello privatistico, piuttosto che pubblicistico.

La “privatizzazione” del processo è evidente, laddove dà pieno potere alle parti di essere arbitre di formulare le eccezioni derivanti dalla inosservanza di ter-

mini o altre eccezioni che potrebbero impedire lo svolgimento del processo.

Sulla scia di alcune regole che caratterizzano la normativa processualistica penale (che come si sa tende ad evitare inutili lungaggini che prevedibilmente non consentirebbero di raggiungere la prova della responsabilità dell'indagato), si è completamente rivoluzionata la disciplina della contumacia.

Se una parte mostra disinteresse all'esito del processo, l'altra parte è esonerata dal provare i fatti costitutivi del proprio diritto. Infatti, in caso di mancata notifica della comparsa di risposta nel termine previsto dalla legge, l'attore regolarmente costituitosi, potrà presentare istanza di fissazione dell'udienza, rendendo quindi acquisiti e dimostrati i fatti descritti in citazione e il Tribunale potrà decidere, in base "a fatti concludenti".

Per quanto concerne gli sviluppi del processo, mentre la prima parte è sottratta all'intervento giurisdizionale e rimessa alla disponibilità delle parti, la seconda parte è destinata alla trattazione delle questioni da sottoporre al giudice.

In verità, anche nell'ordinario processo di cognizione il "thema probandi" è rimesso alla disponibilità delle parti ma la nuova normativa è del tutto innovativa nel prevedere che le parti possano decidere quante volte replicare e quale termine concedere alla controparte e, soprattutto, decidere quando a loro avviso l'intero accertamento istruttorio sia completato per chiedere l'intervento definitivo del giudice.

Ma la innovazione di più rilevante importanza è forse costituita dalla introduzione di due nuovi procedimenti alternativi: il sommario e l'abbreviato che richiamano alla mente –come prima precisato– gli istituti innovativi in campo processualistico penale.

Il giudizio sommario costituisce una via alternativa al giudizio ordinario che si attaglia ai casi di agevole soluzione e comporta una pronuncia giudiziale non necessariamente indirizzata al conseguimento della "cosa giudicata". Il giudizio abbreviato non è che una variante del giudizio ordinario. Il giudice può ritenere matura la decisione e anticipare la sentenza, in caso di proposizione di una domanda cautelare. La sentenza così decide nel merito assorbendo la pronuncia cautelare.

La riforma legislativa ha inoltre previsto due modelli processuali in Camera di Consiglio.

Il primo disciplina quei procedimenti senza controparte nei quali il ricorrente chiede l'autorizzazione a compiere alcuni atti, oppure richiede al giudice l'espletamento di alcune attività, quali ad esempio la nomina di un perito.

Il secondo procedimento in Camera di Consiglio sembra ricalcare il procedimento di controllo di cui all'art. 2409 cod. civ. poiché dà la facoltà alle parti, mentre è in corso il contraddittorio, di emettere una pronuncia che avrà poi incidenza sulla posizione processuale principale.

Un discorso a parte merita l'arbitrato.

Il principio della arbitrabilità delle liti societarie coinvolge anche i diritti indisponibili, sinora esclusi in ragione della stessa natura "transattiva" che caratterizza il fenomeno arbitrale.

Per quanto concerne la clausola compromissoria quest'ultima vincola non solo la società ma tutti i soci, compresi quelli la cui qualità di socio è oggetto di controversia. Pertanto sono arbitrabili, ad esempio, anche le dispute in materia di esercizio del diritto di recesso. Secondo l'art. 34 comma 4°, della normativa, gli atti costitutivi possono prevedere la clausola compromissoria che abbia ad oggetto controversie "promosse da amministratori, liquidatori e sindaci, ovvero nei loro confronti e in tal caso a seguito della accettazione dell'incarico, è vincolante per costoro".

Il successivo art. 35 prevede che il lodo sia vincolante anche per la società, facendo riferimento ai casi in cui la società non è parte dell'arbitrato che si svolge tra soci o anche tra soci e amministratori.

E' noto come – oltre che dei critici e degli esegeti – sulla normativa si siano appuntati anche gli strali di chi è stato chiamato ad applicare una normativa a dir poco controversa. Per di più, all'indomani dell'entrata in vigore, sono giunte puntuali le censure di legittimità costituzionale, relative sia all'eccesso di delega, sia alla violazione del giusto processo, sia alla violazione del principio di uguaglianza. Nell'ultimo anno, a tal punto numerose sono state le ordinanze di rimessione alla Consulta di questioni di legittimità costituzionale delle norme (ben cinque tra novembre 2004 e giugno 2005) che un attento ed autorevole studioso ed interprete (il Prof. Sassani, Italia oggi, 28 luglio 2005) ha parlato di "Magistratura in guerra con al riforma".

Pur rispettando per definizione ogni opinione e apprezzando senz'altro lo sforzo dei sostenitori di questa riforma di farne comprendere lo spirito e i benefici che ne potrebbero a loro avviso derivare, ci pare di poter da un lato condividere il giudizio di infondatezza di gran parte delle censure (salvo, forse, per quelle relative alla indeterminatezza della delega e quello di eccesso di delega che meriterebbero particolare approfondimento) ma al contempo conservare una posizione fortemente critica nei confronti di una riforma che è piuttosto apparsa da subito in guerra con sé stessa. Già negli scorsi fascicoli abbiamo infatti cercato di dare conto degli innumerevoli problemi irrisolti e di complesse (e talora) inestricabili questioni processuali che si venivano a creare a cagione di una disciplina tanto apparentemente schematica quanto in realtà farraginoso e lacunoso. E poi, pur non mancando spunti e novità assolutamente positive, non ci stancheremo mai di evidenziare la contraddittorietà ideologica di un processo che dovrebbe costituire un modello di celere definizione del procedimento, ma che posticipa oltre ogni ragionevole limite il contatto tra causa e giudice, cioè il momento in cui – introducendosi le questioni rilevabili d'ufficio – viene finalmente a definirsi il thema decidendum, con ciò allontanandosi ancor più dagli schemi dell'ordinario processo di cognizione.

Sarà dunque ancora una volta il futuro a chiarire se il nostro legislatore sia stato oculato e lungimirante.

Avv.
Alessia SERINO

Il nuovo Codice delle assicurazioni private e il suo sistema sanzionatorio.

Il 1° gennaio 2006 entrerà in vigore il Codice delle Assicurazioni, intervento normativo con il quale è stato operato tanto il riassetto della legislazione vigente del settore assicurativo, quanto il rinnovamento della materia stessa¹.

Sotto il primo profilo, esso raccoglie in un unico testo la disciplina del settore assicurativo per soddisfare un'esigenza da tempo sentita di chiarezza, conoscibilità ed organicità, superando gli inconvenienti derivanti da una disciplina caratterizzata in materia da una grande frammentarietà².

Accanto a questa razionale esigenza di riassetto normativo, sotto il secondo profilo è stata, inoltre, riformata la disciplina vigente, nell'ottica del più generale obiettivo di contribuire al processo di consolidamento delle istituzioni finanziarie, di rafforzare le garanzie di mercato, la competitività e la protezione degli assicurati, secondo un modello di regolazione già disegnato nel campo bancario-finanziario; in tale quadro, il Codice apporta radicali cambiamenti nella materia assicurativa, con maggiore garanzia e trasparenza per i consumatori, una semplificazione delle procedure, nonché un allineamento della disciplina entrante rispetto al testo unico bancario e a quello finanziario (d'ora in poi TUF E TUB³).

L'opera di codificazione, peraltro - in assenza di un espresso principio di delega - non ha riguardato la disciplina del contratto di assicurazione, che continua ad essere regolata dal codice civile, e l'ordinamento dell'Isvap, l'Autorità di vigilanza del settore, che rimane disciplinato dalla legge n. 576/82 (cosiddetta legge istitutiva dell'Isvap).

Gli evidenziati due aspetti di riordino e di riforma si riscontrano anche nell'ambito delle misure sanzionatorie in materia, che assurgono qui a vero e proprio sistema. Prima del Codice in parola, la normativa sanzionatoria si basava su un insieme disomogeneo di disposizioni, fra cui si ricordano in particolare i decreti legislativi di derivazione comunitaria (d.lgs. nn. 174/95 e 175/95), il precedente testo unico del 1959, n. 449, le leggi istitutive dell'albo degli agenti di assicurazione (legge n. 48/79, cosiddetta legge agenti), dei mediatori (n. 792/84, cosiddetta

legge broker), del ruolo dei periti assicurativi in materia di r.c. auto (n. 166/92), la legge n. 57/01 (disposizioni in materia di apertura e regolazione dei mercati), la legge istitutiva dell'Isvap sopra richiamata (legge n. 576/82), il d.P.R. n. 385/94 (sulla semplificazione dei procedimenti) e la legge n. 689/81 (sulla depenalizzazione).

Avuto riguardo ad una siffatta pluralità e disomogeneità di norme, significativo è pertanto l'impatto di un riordino normativo, con relativo adeguamento alle finalità di potenziamento della vigilanza assicurativa, in vista del perseguimento dei sopra evidenziati obiettivi di maggiore garanzia del mercato e di allineamento con la disciplina bancaria e finanziaria.

Nel regime sanzionatorio riformato dal Codice delle assicurazioni, la normativa prevede sanzioni penali, sanzioni amministrative pecuniarie e sanzioni disciplinari. I soggetti passibili di sanzioni sono numerosi, quali: le imprese di assicurazione ed i loro amministratori; gli agenti, i brokers ed i periti nonché ogni altro operatore economico che eserciti l'attività assicurativa o di intermediazione senza essere munito della relativa autorizzazione.

Nel nuovo Codice, il ruolo cardine svolto dalla sanzione amministrativa viene rafforzato: essa, infatti, viene riordinata ed innovata negli aspetti sostanziali ed applicativi, aumentata negli importi ed ampliata nelle fattispecie.

Si è assistito, in particolare, ad una politica legislativa sanzionatoria innovativa che ha portato, da un lato, alla configurazione di nuove fattispecie sanzionatorie o alla loro elevazione di rango (da amministrativo a penale), dall'altro, alla depenalizzazione di alcune sanzioni penali.

Qui di seguito saranno esaminate le maggiori novità del nuovo sistema sanzionatorio (anche con un rapido raffronto con la precedente normativa), distinguendo, in base al tipo di violazione perpetrata, in "attività abusivamente esercitata", "impedimento alle funzioni di vigilanza", "abuso di denominazione assicurativa". Ulteriore attenzione sarà dedicata alle sanzioni della r.c. auto, alle modifiche apportate all'irrogazione delle sanzioni amministrative e disciplinari nonché all'impugnazione delle sanzioni pecuniarie e disciplinari.

Attività abusivamente esercitata

Nel regime normativo precedente al nuovo Codice, il fenomeno dell'abusivismo è punito con una sanzione amministrativa pecuniaria⁴, salva la più grave diversa sanzione, ove ne sussistano i presupposti, prevista per il generico reato di esercizio abusivo della professione, contemplata dall'art. 348 c.p..

Nel dettaglio, le fattispecie di abusivismo nel settore assicurativo erano in passato previste, relativamente all'esercizio abusivo dell'attività assicurativa ed alla sua intermediazione, dall'art. 114 del richiamato testo unico del 1959 (con una sanzione pecuniaria commisurata ai premi dei contratti stipulati e intermediati, in misura

¹Tale aspetto distingue e caratterizza l'intervento legislativo in parola rispetto a quello operato in materia bancaria, con il testo unico del 1993, d.lgs n. 385, e in materia finanziaria, con il testo unico finanza del 1998, d.lgs 58.

² Già nel 1959 la materia assicurativa era stata unificata in un testo unico delle assicurazioni (D.P.R. 13 febbraio 1959, n. 449) a cui è succeduto un disordinato esercizio dell'attività legislativa "a fogli sparsi".

³ In particolare, i maggiori interventi di riassetto di disciplina con carattere innovativo riguardano le seguenti materie: l'assunzione di partecipazioni al capitale delle imprese di assicurazione e di riassicurazione, il gruppo assicurativo, le misure di salvaguardia, il risanamento, la liquidazione delle imprese di liquidazione, la protezione del consumatore e, infine, come si evidenzierà, il sistema sanzionatorio.

⁴ Nell'anno 2004 sono stati avviati dall'Autorità di vigilanza 16 procedimenti relativi all'intermediazione abusiva.

pari al doppio degli stessi), mentre, relativamente all'esercizio abusivo dell'attività di agente di assicurazione, di broker e di perito, rispettivamente dall'art. 21 della legge agenti (con un minimo di euro 258 ed un massimo di euro 1.291), dall'art. 9 della legge broker (con una sanzione proporzionale ai premi mediati), dall'art. 13 della legge sui periti assicurativi (con una sanzione da euro 258 ad euro 2.582).

L'art. 305 del nuovo Codice introduce in modo sistematico per la prima volta, nel sistema assicurativo, una sanzione penale per "chiunque eserciti attività assicurativa, riassicurativa e di intermediazione in assenza di autorizzazione". Tale scelta è da collegare soprattutto all'esigenza di operare un allineamento con il TUF che prevede all'art. 166, rubricato "Abusivismo", la parallela sanzione penale per gli operatori del mercato finanziario. La *ratio* della nuova disposizione del Codice risponde anche alla necessità di chiarire la specialità della sanzione e di offrire una disciplina omogenea con maggiore garanzia per il funzionamento del sistema.

Lo stesso art. 305 introduce al comma 3 una novità significativa, allo stesso modo di come previsto per la Consob dall'art. 166, comma 3, del TUF, prevedendo la possibilità per l'Autorità di vigilanza assicurativa, se vi è fondato sospetto che una società svolga attività assicurativa o riassicurativa in modo abusivo (o di intermediazione della stessa), di ricorrere al Tribunale per l'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 2409 c.c. ovvero di denunciare i fatti al pubblico ministero allo stesso fine⁵.

Il Codice assicurativo conferma, altresì, anche nei confronti delle compagnie assicuratrici che si avvalgono di intermediari non iscritti, una sanzione amministrativa. L'importo della sanzione nella circostanza è stato però notevolmente aumentato, in funzione di una maggiore deterrenza (in particolare, si passa dalla previsione dell'art. 21, comma 2, della legge agenti, che commina una sanzione da 516 a 782 euro – salva la fattispecie di incarico doloso, per cui l'importo è fissato in 10.329 euro - a quanto stabilito dall'art. 324 del nuovo Codice, che prevede in ogni caso una sanzione da 10.000 a 100.000 euro)⁶.

Impedimenti alle funzioni di vigilanza

Nel regime pre codice le funzioni di vigilanza assicurativa sono tutelate dalla disposizione, contenuta nella legge istitutiva dell'Isvap, all'art. 5, comma 3, riferita all'inottemperanza alle richieste dell'Isvap, ove è contemplata una sanzione penale

per amministratori, sindaci, revisori o direttori generali di imprese di assicurazione o di enti compresi nel ciclo assicurativo⁷ che non ottemperano alle richieste e non si uniformano alle prescrizioni dell'Isvap (arresto fino a tre mesi ed ammenda da euro 1.032 ad euro 20.658)⁸.

Accanto a questa disposizione occorre poi tener conto della più generale previsione di cui al novellato art. 2638 del codice civile, in base al quale l'ostacolare consapevolmente le funzioni della vigilanza (da parte di amministratori, direttori generali, sindaci, liquidatori ed altri soggetti sottoposti per legge alle Autorità di vigilanza o tenuti ad obblighi nei loro confronti) configura un'ipotesi delittuosa, soggetta alla reclusione da uno a quattro anni⁹.

In questo quadro, il nuovo Codice rivisita radicalmente la materia. La norma di cui all'art. 306, circoscritta l'applicazione della stessa "al di fuori dei casi dell'art. 2638 c.c.", contempla, al primo comma, la sanzione penale della reclusione fino a due anni e la multa da euro 10.000 ad euro 100.000, per il caso di impedimento alle funzioni di vigilanza attuato mediante il rifiuto dell'accesso ai locali o il diniego dell'ordine di esibizione della documentazione assicurativa opposto ai funzionari dell'Isvap incaricati di accertare la violazione dell'attività abusiva.

Per i restanti casi di inottemperanza alle richieste dell'Autorità di vigilanza o di ritardo all'esercizio delle sue funzioni viene invece depenalizzata la fattispecie penale prevista dalla legge istitutiva dell'Isvap, elevando però l'importo della sanzione amministrativa, rispetto ai valori sopra cennati, con un minimo di 10.000 euro ed un massimo di 100.000 euro.

Le disposizioni concernenti l'inottemperanza alle richieste dell'Isvap vanno poi coordinate con quelle specifiche sanzioni amministrative - che il Codice riordina in un unico corpus normativo - riguardanti l'architettura degli obblighi di comunicazione in capo agli organi di controllo di un'impresa, alla società di revisione, all'attuario revisore ed all'attuario incaricato, laddove questi ultimi si rendano responsabili di omissioni rispetto ai loro doveri nei confronti dell'Autorità di vigilanza.

Abuso di denominazione assicurativa

La legislazione antecedente al Codice delle Assicurazioni in commento non contempla la figura dell'abuso di denominazione assicurativa quale illecito; di con-

5 Con riferimento all'applicabilità dell'art. 2409 c.c. alle imprese di assicurazione, si rammenta che essa era reputata dubbia per le imprese sottoposte a controllo amministrativo; la mancata esclusione dell'art. 152 del testo unico finanza (nella sua interezza) aveva imposto di considerare le imprese assicuratrici non quotate - al pari di quelle quotate - soggette al controllo giudiziario, aprendo in tal modo interrogativi circa la relazione fra il controllo amministrativo ed i relativi poteri di intervento previsti dagli artt. 6 bis e 7 della legge istitutiva dell'Isvap. Il nuovo Codice esclude espressamente il

ricorso a tale strumento da parte degli organi di controllo delle imprese di assicurazione, statuendo la possibilità di denunciare le irregolarità gestionali all'Autorità di vigilanza chiamata a decidere con provvedimento motivato (art. 238).

6 La stessa sanzione trova applicazione anche per i casi in cui la compagnia accetti mediazioni assicurative da parte di mediatori di assicurazione non iscritti all'albo, fattispecie sanzionata in precedenza dalla legge broker all'art. 9, con una sanzione proporzionale ai premi mediati.

7 La vigilanza dell'Isvap, ai sensi dell'art. 4 della legge istitutiva, ha ad oggetto anche "enti comunque soggetti alle disposizioni che disciplinano l'esercizio dell'attività assicurativa, anche nel caso di organizzazioni che in forma singola, associata o consortile svolgano funzioni parzialmente comprese nel ciclo operativo delle imprese di assicurazione". Il Codice conferma e rafforza la visione settoriale della vigilanza, che investe tutti gli operatori del mercato, imprese, strutture di outsourcing, intermediari, gruppi assicurativi, per regolarne il comportamento in punto di sana e prudente gestione, efficienza, buon funzionamento del sistema assicurativo, trasparenza, affidabilità e trasparenza nei rapporti con l'utenza (cfr art. 5 del nuovo Codice).

8 Va a tale proposito rilevato che la sanzione per inottemperanza alle richieste dell'Autorità di vigilanza è posta a tutela dell'interesse amministrativo specifico dell'Autorità di vigilanza alla tempestiva acquisizione dei dati e notizie sui vigilati; in tal senso, si osservi che se la portata lesiva di un comportamento siffatto risulta chiara in caso di omissione, essa va valutata in concreto secondo criteri di ragionevolezza nell'ipotesi di mera incompletezza

9 L'introduzione, con il d.lgs. n. 61/2002, della norma in questione aveva creato problemi di raccordo con la più specifica previsione di cui al cennato art. 5 della legge istitutiva dell'Isvap, che prevedeva una sanzione inferiore.

seguenza, la repressione di tale condotta è stata indirettamente perseguita applicando di volta in volta, nei limiti del possibile, altre norme non esattamente in termini.

Il nuovo Codice introduce, invece, espressamente uno strumento punitivo in caso di abuso di denominazione, a garanzia del regolare ed ordinato funzionamento del mercato, prevedendo all'art. 308 – in linea con quanto analogamente statuito all'art. 133 del TUB e dall'art. 188 del TUF - una sanzione pecuniaria connotata dalla specificità del settore assicurativo e da un'autonoma configurazione.

La norma in esame stabilisce una sanzione pecuniaria da euro 2.000 ad euro 20.000, dopo aver contemplato il divieto di utilizzare, nella denominazione sociale o in qualsiasi comunicazione al pubblico, parole o locuzioni idonee a trarre in inganno circa la legittimazione allo svolgimento dell'attività assicurativa per i soggetti diversi da quelli autorizzati.

Le singole ipotesi in cui, per l'esistenza di controlli amministrativi o in base ad elementi di fatto, le parole o le locuzioni indicate possono essere utilizzate, sono rimesse ad una specifica determinazione dell'Isvap, in ossequio al principio del nuovo Codice, per il quale viene rinviata all'Autorità di vigilanza gran parte della regolamentazione attuativa. Si tratta, in altri termini, di definire con normativa secondaria, demandata all'Isvap, le prescrizioni di dettaglio, in modo tale che i contenuti possano essere modificati nel tempo in costante adesione ai mutamenti dei contesti di mercato e della prassi commerciali.

Sanzioni amministrative in materia di r.c. auto

Il Codice ha apportato modifiche (con gli artt. 148, 149, 150 e 315) anche alla complessa ed articolata normativa di cui all'art. 3 della legge n. 39/77, modificato dall'art. 5 della legge n. 57/2001, posta a tutela della tempistica della liquidazione dei sinistri per la responsabilità civile derivante dalla circolazione stradale da parte delle compagnie.

Il sistema in argomento, incentrato su obblighi – secondo una puntuale tempistica¹⁰ - di comunicazione dell'offerta (o dei motivi della mancata offerta), nonché di corresponsione della somma offerta, è sanzionato nella normativa precodice - nel caso di offerta successiva al termine ultimo previsto dalla legge, ma comunque non oltre il centoventesimo giorno da quest'ultimo - con sanzioni pecuniarie proporzionali alla somma offerta, ed al tempo di ritardo; mentre superato il termine dei 120 giorni, la sanzione diventa a misura fissa¹¹.

Il nuovo Codice, conservata la modalità e la tempistica della procedura liquidativa preesistente, ha modificato, invece, le sanzioni per i casi di offerta proposta con un ritardo non superiore ai centoventi giorni dal termine ultimo previsto, dispo-

nendo un sistema con sanzioni in misura fissa e secondo intervalli di tempo diversi dalla precedente normativa¹².

Relativamente alla sanzione per casi in cui sia stato superato il 120 giorno dal termine utile, senza che sia stata formulata l'offerta – o la comunicazione dei motivi del diniego – è stato mantenuto il sistema a misura fissa, mentre sono stati aumentati i relativi importi¹³.

Il nuovo sistema sanzionatorio sopra descritto risulta poi esteso anche alle fattispecie relative al sistema di indennizzo diretto introdotto con il nuovo Codice.

Procedimento sanzionatorio - modifiche sostanziali e procedurali

Anche le modifiche di carattere sostanziale e procedurale apportate al procedimento sanzionatorio dal nuovo Codice impattano sul regime preesistente, regolato direttamente dalla legge 689/1981, che fissa in generale agli artt. 13 e 14 modalità e termini per l'accertamento e la notifica dell'illecito, all'art. 16 la facoltà di conciliazione e all'art. 18 i termini per la presentazione sia degli scritti difensivi che per l'audizione personale. Tale normativa trovava applicazione in raccordo con la legge istitutiva dell'Isvap, modificata dal d.lgs. 373/1998, che stabilisce e distingue, in deroga alla normativa generale, che l'istruttoria sui ricorsi e la tenuta delle audizioni è di competenza dell'Isvap, cui spetta di presentare successivamente la proposta sanzionatoria al Ministero delle attività produttive, cui è attribuito il potere di emanare le ordinanze-ingiuntive o di archiviazione.

Nel dettaglio, la regolamentazione cennata è integrata dalla procedura disciplinata dalla Circolare Isvap n. 367/1999.

Relativamente ai soggetti destinatari della sanzione, secondo la sopra delineata normativa pre Codice, le irregolarità commesse dalle compagnie di assicurazione sono contestate e le sanzioni vengono irrogate agli organi di vertice dell'impresa nonché all'impresa stessa, che risulta chiamata a rispondere in solido della sanzione, con conseguente diritto di regresso dell'impresa - che ha provveduto al pagamento - nei confronti dell'autore della violazione.

Al riguardo, il Codice innova, individuando all'art. 325 quali destinatari delle sanzioni pecuniarie (con esclusione delle sanzioni disciplinari) le imprese e gli intermediari, ad eccezione delle sanzioni nominatamente irrogate a persone fisiche per violazione dei doveri nei confronti dell'Autorità di vigilanza, e salvo che l'impresa, al fine di evitare la sanzione, dimostri che il responsabile ha agito con abuso dei doveri d'ufficio e per trarne personale vantaggio. In questo ultimo caso, l'impresa o l'intermediario risponde civilmente con diritto di rivalsa.

La disposizione, giustificata dalla disciplina relativa alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche introdotta con il d.lgs 231/2001, semplifica certamente l'esercizio della funzione sanzionatoria.

¹⁰ In particolare, 60 giorni dalla richiesta di risarcimento, ridotti a 30 qualora il modulo di denuncia del sinistro sia stato sottoscritto dai conducenti coinvolti nel sinistro ed aumentati a 90 giorni in caso di lesioni non solo alle cose, ma anche alla persona.

¹¹ Cfr art. 3 sopra richiamato che prescrive in tali casi "un minimo di 10 milioni di lire ed un massimo di 60 milioni"; in caso di danni a persona oltre il quarantesimo giorno, la sanzione è invece maggiore "da 15 milioni di lire a 240 milioni".

¹² Vedi lettere a), b), c), d) dell'art. 315, comma 1, del nuovo Codice.

¹³ Vedi art. 315, comma 2.

Va segnalato, inoltre, il requisito dell'offensività dell'illecito amministrativo richiesto - con una disposizione particolarmente innovativa - dall'art. 326 del nuovo Codice, allorché viene stabilito che l'Isvap provvede alla contestazione degli addebiti nei confronti dei possibili responsabili della violazione, ad eccezione dei casi di assoluta mancanza di pregiudizio per il tempestivo esercizio delle funzioni di vigilanza o per gli interessi degli assicurati e degli altri aventi diritto a prestazioni assicurative. La sussistenza del pregiudizio derivante dall'illecito amministrativo si caratterizza per la novità rispetto al sistema sanzionatorio pre Codice, in cui la relazione fra violazione della norma e irrogazione della sanzione è maggiormente diretta.

Tornando al procedimento di irrogazione delle sanzioni amministrative prima del Codice, l'Isvap, accertato tramite i propri Uffici l'illecito, contesta con un apposito verbale di contestazione, la violazione riscontrata; a seguito di tale contestazione, nel caso in cui il soggetto al quale è stata contestata la violazione non intenda avvalersi della facoltà del pagamento in misura ridotta, potrà proporre reclamo avverso la contestazione stessa. In tal caso, le ulteriori funzioni istruttorie di accertamento a seguito del reclamo spettano, in base alle disposizioni interne dell'Autorità di vigilanza (predisposte a seguito del trasferimento di competenze in materia attuato con il predetto d.lgs. n. 373/98), ad un Organo collegiale interno - la Commissione Valutativa per le Sanzioni- incaricata di presentare la proposta sanzionatoria al Ministero delle attività produttive.

In particolare, la Commissione provvede ad esaminare il reclamo, valutando la fattispecie di illecito sotto il profilo oggettivo e soggettivo, e determinando, in caso di conferma della sussistenza dell'illecito, la misura della sanzione entro i limiti di legge, secondo la graduazione consentita dal ricorrere delle circostanze (gravità dell'illecito, eventuale eliminazione delle relative conseguenze, personalità e condizioni economiche del trasgressore). In alternativa, la Commissione stessa può proporre l'archiviazione in caso di accertamento dell'insussistenza dei presupposti di sanzionabilità di ordine sostanziale o procedurale.

Il Codice assicurativo non muta la procedura descritta, limitandosi a prevedere la costituzione e composizione della Commissione di cui sopra, non più come organo interno dell'Isvap, bensì, a maggiore garanzia della neutralità della procedura, come organo esterno, nominato dallo stesso Ministero e composto da un presidente (da scegliersi fra un magistrato anche in pensione, con qualifica non inferiore a consigliere della Corte di Cassazione o qualifiche equivalenti ovvero un docente universitario di ruolo, anche a riposo) e da due altri componenti (un dirigente del Ministero delle attività produttive e un dirigente dell'Isvap).

E' previsto, che la procedura innanzi alla Commissione venga disciplinata dall'Isvap, ove la stessa opera; in base al nuovo art. 326 del nuovo Codice, il Ministero delle attività produttive decide sulle risultanze della proposta della Commissione con decreto dirigenziale, successivamente comunicato dall'Isvap alle parti del procedimento.

Un'ulteriore novità nell'ambito della procedura di applicazione delle sanzio-

ni amministrative pecuniarie è data dalla scomparsa del beneficio dell'oblazione per molte sanzioni pecuniarie¹⁴. Una più celere definizione del procedimento è consentita dal nuovo codice in quei casi in cui il beneficio dell'oblazione è ancora ammesso, qualora la parte rinunci espressamente alla facoltà di reclamo; il procedimento si estingue in tal caso con il contestuale pagamento di una sanzione pari all'importo dell'oblazione, maggiorato del 10% (art. 328).

Il Codificante, nell'occasione, ha ritenuto, inoltre, opportuno inserire nell'articolo del Codice una norma generale (art. 327) che consenta l'irrogazione di una sanzione unica nel caso in cui si verifichi l'accertamento simultaneo di più violazioni della stessa disposizione codicistica, per le quali è prevista l'applicazione di sanzioni pecuniarie attraverso una pluralità di azioni o omissioni che potrebbero evidenziare un impianto organizzativo scorretto o inadeguato dell'impresa o dell'intermediario, a condizione che questi ultimi si impegnino a rimuovere le cause dell'inefficienza entro un periodo di tempo perentorio. In tal modo, si permette un ravvedimento da parte dell'impresa, chiamata ad adottare misure correttive per porre fine ad una carenza organizzativa¹⁵.

Una novità significativa nella materia de qua è data anche dall'introduzione dell'istituto della sospensione del procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative, prevista dall'art. 326, comma 1, del nuovo Codice, che permette di procedere alla sospensione del procedimento fino ad massimo di novanta giorni, qualora l'impresa dimostri che sono in corso accertamenti dovuti ad un fondato sospetto di frode.

Di rilievo, in analogia a quanto è disposto nel TUF e nel TUB¹⁶, è la previsione - del tutto nuova nel sistema sanzionatorio assicurativo - costituita dalla pubblicazione delle sanzioni pecuniarie. Infatti, ai sensi dell'art. 326, comma 8, i decreti ministeriali che infliggono le sanzioni pecuniarie e le sentenze dei giudici amministrativi che decidono i ricorsi vanno pubblicati nel Bollettino dell'Isvap¹⁷; a ciò si aggiunga la possibilità che il Ministero delle Attività produttive, su richiesta dell'Isvap, possa stabilire ulteriori forme di pubblicità del provvedimento.

14 Il beneficio dell'oblazione viene espressamente escluso dal nuovo Codice nei seguenti casi: incarico conferito da parte di imprese ad intermediari non iscritti; abuso di denominazione assicurativa; attività oltre i limiti consentiti; condizioni di esercizio; assetti proprietari; vigilanza supplementare; regole di comportamento. Si osservi, in proposito, che nell'anno 2004 per 6.778 su 7665 (88,4%) procedimenti di contestazione di illeciti amministrativi, gli interessati si sono avvalsi della facoltà di conciliare la pena pecuniaria; per altri 516 procedimenti sanzionatori, gli interessati non si sono avvalsi della facoltà di conciliazione ed hanno presentato le proprie controdeduzioni avverso le contestazioni dell'Istituto di vigilanza (cfr Relazione annuale dell'Isvap per l'anno 2004).

15 Anche in questo caso il Codice si caratterizza per l'introduzione di elementi particolarmente innovativi sul piano della politica sanzionatoria, laddove

la sanzione viene resa "elastica" fino ad annullarsi con l'effetto della rinuncia al carattere punitivo della stessa, in funzione del più immediato ripristino della situazione di legittimità.

16 L'art. 195 del TUF prevede la pubblicità sul Bollettino della Banca d'Italia o della Consob del provvedimento della sanzione amministrativa, stabilendo in alternativa anche l'utilizzo di modalità ulteriori, che in funzione di *investor education* possano incrementare il grado di consapevolezza della comunità finanziaria e dei risparmiatori in ordine alla illiceità di determinati comportamenti.

17 Si osservi che anche la sanzione disciplinare della radiazione sarà soggetta in base al nuovo Codice alla pubblicazione nel Bollettino dell'Isvap (art. 331, comma 7).

Mediante tali previsioni, pertanto, anche l'applicazione della sanzione amministrativa di carattere assicurativo sarà segnata da un maggior grado di afflittività dato dal clamore che si determina nel mercato e dalla reazione dell'ordinamento alla violazione delle regole di comportamento degli operatori dello stesso.

Da notare che, in assenza di una positiva disposizione della normativa pre Codice, le sanzioni in parola non sono mai state pubblicate, tenuto anche conto della necessità che un siffatto peculiare aspetto della disciplina sanzionatoria fosse oggetto di regolazione primaria¹⁸.

Nella materia in parola, di rilievo risulta, infine, l'art. 9 del nuovo Codice, in base al quale le illustrate novità saranno oggetto di un regolamento - che l'Autorità di vigilanza dovrà adottare - al fine di disciplinare i procedimenti relativi all'accertamento delle violazioni ed all'irrogazione delle sanzioni nel rispetto dei principi generali fissati dal Codice stesso¹⁹.

Sanzioni disciplinari

Accanto alle sanzioni amministrative, il nuovo Codice ha ridisciplinato anche le sanzioni disciplinari, cioè quelle sanzioni che vengono irrogate a seguito del procedimento disciplinare, avente ad oggetto la valutazione della condotta dell'intermediario o del perito di assicurazione sotto il profilo della deontologia professionale, in quanto non conforme all'etica, alla dignità ed al decoro professionale; specifici sono da ritenersi la natura e gli scopi del procedimento de quo che persegue, sotto tale aspetto, finalità di corretto esercizio dell'attività assicurativa.

Sulla base della normativa pre Codice, risultante dal combinato disposto delle leggi agenti, broker e periti e del richiamato d.lgs n. 373/98, le sanzioni disciplinari²⁰ sono irrogate dall'Isvap.

Al fine di garantire nell'esercizio dell'attività sanzionatoria maggiore neutralità, indipendenza ed imparzialità, l'Isvap ha costituito al proprio interno un organo consultivo, il Collegio di Garanzia per la disciplina degli albi degli agenti di assicurazione, dei mediatori di assicurazione e riassicurazione e del ruolo dei periti assicurativi, che - formato da soggetti esterni - ha il compito di valutare le violazioni disciplinari segnalate dall'Isvap e di formulare al Presidente dell'Autorità di vigilanza una proposta sul provvedimento (o sull'archiviazione da

disporsi dall'Isvap medesimo)²¹.

Il nuovo Codice assicurativo, se da un lato, conferma sia la tipologia delle sanzioni disciplinari prevista dall'art. 329, sia il Collegio di Garanzia (questa volta con una norma di rango primario di cui art. 331), dall'altro, nell'accentuare i tratti caratterizzanti la peculiarità dell'accertamento (quali i principi del contraddittorio, di difesa e di partecipazione procedimentale), modifica la struttura del procedimento disciplinare.

Come in passato, anche nel Codice l'Autorità di vigilanza del settore, investita del potere disciplinare, adotta i provvedimenti sulla base della proposta deliberata dal Collegio di Garanzia; tale delibera, come nel regime pre Codice, riveste natura di parere obbligatorio e di atto endo-procedimentale²².

In particolare, il Codice stabilisce all'art. 331 che il Presidente dell'Isvap, ricevuta la "proposta" dal Collegio - che deve essere "motivata" - decide con decreto; a tale proposito si osserva che il nuovo Codice non riproduce la norma che consentiva la facoltà per il Presidente dell'Isvap di chiedere il riesame al Collegio di Garanzia.

Rispetto alla precedente procedura disciplinare, il Codice apporta novità significative. Infatti, l'introduzione del termine, prima mancante, di 120 giorni (180 se il soggetto risiede all'estero) entro il quale l'amministrazione procedente ha l'obbligo di accertare la sussistenza dell'infrazione, comporterà per i soggetti coinvolti tempi certi circa il periodo entro il quale sarà valutato ed eventualmente aperto il procedimento disciplinare. Altro elemento nuovo è costituito dalla facoltà di reclamo da parte dell'interessato avverso l'atto di contestazione, da esercitarsi entro il termine di 60 giorni - ove oggi è prevista solo la facoltà di presentare memorie e scritti difensivi almeno 20 giorni prima della data di adunanza del Collegio - che consentirà una più celere definizione del procedimento.

Con riferimento ai destinatari delle sanzioni disciplinari, in conseguenza del nuovo obbligo di iscrizione al registro di tutti gli intermediari di assicurazione, ivi compresi i produttori diretti ed i collaboratori degli agenti e dei broker²², viene disposto che l'applicazione delle sanzioni disciplinari riguardi anche tali soggetti. L'art. 329, al comma 2, introduce il principio della cancellazione della società di intermediazione²⁴ dal registro nel caso in cui alla persona fisica - che opera nella società di intermediazione medesima - venga applicata la sanzione disciplinare della radiazione, se trattasi di casi di particolare gravità o di sistematica reiterazione dell'illecito disciplinare.

18 In ossequio doveroso al principio di legalità, eventuali divulgazioni disposte dall'Autorità amministrativa in assenza di disposizioni di legge abilitanti, si configurerebbero come esercizio di un potere affittivo aggiuntivo non conferito dal legislatore e come tale inammissibile (cfr Consob, Relazione per la Commissione della Divisione Affari Legali, Ufficio Normativa e Consulenza, del 24 settembre 1999 "Pubblicazione del decreto di applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria: forme di pubblicità ulteriori rispetto alla pubblicazione sul Bollettino della Consob").

19 Con il nuovo Codice il potere regolamentare dell'Isvap viene notevolmente rafforzato e puntualmente

definito secondo i principi di: proporzionalità dell'atto regolamentare rispetto agli obiettivi; coerenza fra i fini di vigilanza e le esigenze di competitività; preventiva consultazione dei destinatari della normativa da emanare (cfr artt.9 e 191).

20 Le sanzioni disciplinari in materia assicurativa per tutte le tre categorie di soggetti (agenti, broker e periti) sono, a seconda della gravità della violazione, richiamo, censura e radiazione. Sul tema si noti la diversità rispetto alla parallela disciplina del TUF, ove per i promotori finanziari è contemplata anche la sanzione temporanea della sospensione, accanto alla sanzione del richiamo e a quella amministrativa.

21 Si veda relativamente al funzionamento del Collegio di Garanzia il Provvedimento dell'Isvap n. 1338/99.

22 Ne discende per le ragioni descritte che la delibera del Collegio di Garanzia non è suscettibile, ora come per il regime pre Codice, di essere autonomamente impugnata.

23 Cfr art. 109 del nuovo Codice assicurativo.

24 In passato, risultando iscritte all'Albo agenti esclusivamente le persone fisiche e non quelle giuridiche, la sanzione poteva essere irrogata soltanto nei confronti dei primi. L'iscrivibilità anche delle persone giuridiche, prevista dalla nuova disciplina, ha consentito di superare tale limite. Lo stesso problema non si poneva invece per le società di brokeraggio, risultando la loro iscrizione anche nell'albo dei mediatori di assicurazione.

Sulla composizione del Collegio di garanzia sopra richiamato, formato, in base alla normativa pre Codice, da un magistrato (anche in pensione) con qualifica non inferiore a consigliere della Corte di cassazione o equiparato, e da due esperti in materia assicurativa, il Codice innova, prevedendo la possibilità di nominare in alternativa ad un magistrato un docente universitario di ruolo; rimane confermata, invece, la nomina dei membri da parte dello stesso Istituti di vigilanza.

Ulteriore novità in tema di sanzioni disciplinari si registra all'art. 329, laddove il Codice riconosce l'autonomia della sanzione disciplinare rispetto a quella amministrativa, stabilendo la sussistenza della prima "anche nei casi puniti ai sensi dell'art. 324", ossia anche nel caso di fattispecie oggetto di sanzione amministrativa. In tal modo è stata superata la problematica circa il rapporto fra le sanzioni amministrative e quelle disciplinari nei confronti degli agenti di assicurazione, mentre era già positivamente prevista relativamente ai mediatori di assicurazione dalla legge broker.

Con un'ulteriore novità in materia, disposta dall'art. 329, la recidiva e la gradualità della sanzione assurgono a criteri generali da osservare nell'applicazione delle sanzioni disciplinari.

Impugnazione delle sanzioni amministrative pecuniarie e disciplinari

In materia, necessaria e significativa risulta la previsione, nel corpus normativo del Codice, dell'art. 326, comma 7 (ricorsi avverso i decreti ministeriali che applicano la sanzione), e dell'art. 331, comma 6 (ricorsi avverso le sanzioni disciplinari), in base ai quali, le relative controversie sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²⁵, con conferma della nota disposizione di cui all'art. 6 della legge 5 marzo 2001, n.57.

Tale ultima norma supera ogni dubbio²⁶ riguardo alla paventata possibilità che la nota sentenza della Corte Costituzionale, n. 204 del 2004, dichiarativa della parziale incostituzionalità dell'art. 33 del d.lgs 80/98, relativo alle controversie in materia di pubblici servizi, abbia potuto in qualche modo coinvolgere il citato art. 6²⁷.

Conclusioni

Come si è evidenziato, la tendenza del nuovo Codice, anche nell'area sanzionatoria, è quella di portare nel settore assicurativo un allineamento alle discipline

bancarie e finanziarie. Tale omogenizzazione in alcuni casi non è avvenuta, specie quando più forte è stata l'esigenza di recepire nuove disposizioni. Ad esempio, in ambito procedurale, il Codice conferma con qualche modifica la Commissione consultiva ed il Collegio di Garanzia, mentre nelle altre discipline non si rinviene l'esistenza di tali organi consultivi. La circostanza, in ogni caso, pur se limita l'allineamento in parola, va a favore della maggiore garanzia ed imparzialità del procedimento.

Viceversa, in un altro caso, la neo disciplina codicistica, discostandosi dai testi unici cennati e recependo la più recente novità data dal nuovo diritto penale d'impresa, ha introdotto – come detto - la responsabilità amministrativa direttamente in capo alle compagnie assicuratrici.

Anche in campo sanzionatorio, pertanto, ove l'introduzione di innovazioni sostanziali riveste particolare importanza, si coglie la modernità dell'ispirazione del nuovo Codice, che ha in sé rilevanza di novità ordinamentale.

25 Da segnalare, sul tema della giurisdizione in caso di impugnazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, l'intervento della Corte di Cassazione in materia di intermediazione finanziaria con la sentenza n. 1235 del 23 settembre 2004, in base alla quale "Va proposta al giudice ordinario l'opposizione contro la sanzione amministrativa pecuniaria, per violazione delle norme sull'intermediazione finanziaria, applicata dal Ministero del tesoro (ora dell'economia e finanze) su proposta della Consob, ai sensi dell'art. 195 d.leg. 24 febbraio 1998, n. 58".

26 In verità, la specialità della norma sanzionatoria e la mancanza di un espresso riferimento all'esercizio di un potere estensivo della Corte su norme non oggetto del giudizio di costituzionalità, pacificamente inducevano ad escludere questo dubbio.

27 A tale proposito vedasi il parere del Consiglio di Stato reso in data 14 marzo 2005, n. 2094/05, in ordine al Codice in questione.

Avv.
Flavia LOZZI

La "indennità europea" degli agenti (art. 1751 c.c.) ovvero la "chimera degli agenti diventa realtà"?

1. Il caso.

Con ordinanza interlocutoria n. 20410 del 18/10/2004, la Corte di Cassazione ha rivolto alla Corte di Giustizia comunitaria due quesiti relativi all'interpretazione degli artt. 17 e 19 della c.d. "direttiva Agenti" (86/653/CEE), le cui disposizioni sono state attuate nell'ordinamento italiano attraverso la riformulazione dell'art. 1751 del codice civile.

Va rilevato che gli accordi economici collettivi del 2002 stipulati fra le associazioni di categoria delle ditte preponenti e degli agenti si autodefiniscono attuativi della direttiva comunitaria e dell'art. 1751 c.c..

La soluzione dei quesiti posti dalla Corte di Cassazione potrebbe invece far emergere il contrario, con rilevanti conseguenze in termini di applicabilità della contrattazione collettiva.

I quesiti formulati nell'ordinanza sono testualmente i seguenti:

"Tanto premesso, si ribadisce che, ai fini della definizione del presente giudizio, appare necessario un chiarimento interpretativo circa vari punti correlati della disciplina delineata dalla direttiva in questione.

Più specificatamente, appare necessario comprendere se, alla luce del tenore e della finalità dell'art. 17 della direttiva e, eventualmente, dei criteri che esso offre riguardo alla quantificazione dell'indennità dal medesimo prevista, il successivo art. 19 è interpretabile o meno nel senso che la normativa nazionale di attuazione della direttiva può consentire che un accordo (o contratto) collettivo (vincolante per le parti di determinati rapporti) preveda, invece che un'indennità dovuta all'agente nel concorso delle condizioni previste dal paragrafo 2 dell'art. 17 e liquidabile secondo criteri desumibili dal medesimo, un'indennità che, da un lato, sia dovuta all'agente a prescindere dalla sussistenza dei presupposti di cui ai due trattini della lett. a) di detto paragrafo 2 (e, per una parte dell'indennità stessa, in ogni caso di risoluzione del rapporto) e, dall'altro, sia quantificabile non già secondo i criteri ricavabili dalla direttiva (e, ove del caso, nell'ammontare massimo dalla medesima precisato), ma secondo i criteri predeterminati dall'accordo economico collettivo. E cioè un'indennità che sia determinata (senza alcun riferimento specifico all'incremento degli affari procurato dall'agente) sulla base di determinate percentuali dei compensi ricevuti dall'agente nel corso del rapporto, con la conseguenza che l'indennità stessa, anche in presenza nella misura massima, o in misura elevata, dei presupposti cui la direttiva collega il diritto all'indennità, in molti casi dovrebbe essere liquidata in misura inferiore (anche molto inferiore) a quella massima prevista dalla direttiva e,

comunque, a quella che avrebbe potuto essere stabilita in concreto dal giudice, se egli non avesse dovuto attenersi ai parametri di calcolo di cui all'accordo economico collettivo, invece che ai principi e ai criteri di cui alla direttiva.

E' necessario anche un chiarimento interpretativo specifico circa le modalità di quantificazione dell'indennità. In particolare appare necessario comprendere se il calcolo dell'indennità deve essere compiuto in maniera analitica, mediante la stima delle ulteriori provvigioni che l'agente presumibilmente avrebbe potuto percepire negli anni successivi alla risoluzione del rapporto, in relazione ai nuovi clienti da lui procurati o al sensibile sviluppo da lui procurato degli affari con clienti preesistenti e la applicazione solo successiva di eventuali rettifiche dell'importo, in considerazione del criterio dell'equità e del limite massimo previsto dalla direttiva; oppure se siano consentiti metodi di calcolo diversi e, in particolare, metodi sintetici, che valorizzino più ampiamente il criterio dell'equità e, quale punto di partenza dei computi, il limite massimo specificato dalla direttiva".

2. Breve storia dell'art. 1751 c.c.

Appare essenziale, al fine di inquadrare l'ordinanza interlocutoria in tutta la sua portata, premettere una ricostruzione della "storia" normativa e giurisprudenziale delle disposizioni di cui all'art. 1751 c.c.

Va quindi rilevato in via preliminare che giurisprudenza e dottrina italiane sono ancora divise per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 1751 del codice civile, nonostante siano decorsi 19 anni dalla emanazione della Direttiva Comunitaria relativa agli Agenti di Commercio (86/653/CEE) e 12 anni dal 01/01/1993, data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 303 del 10/09/91, con il quale l'Italia ha dato applicazione alla suddetta Direttiva

L'art. 1751 c.c. ha avuto sin dall'origine una "storia difficile": basti rilevare che la prima formulazione della norma contenuta nel decr. leg.vo 303/91 è stata ritenuta non conforme alla Direttiva da parte della Commissione Europea che, per questa ragione, ha avviato un procedimento di infrazione nei confronti dello Stato italiano. Condannata dalla Corte di Giustizia comunitaria, l'Italia ha finalmente - con il Decr. leg.vo 65/1999 - modificato il testo dell'art. 1751 c.c., che attualmente, come noto, dispone:

"Indennità in caso di cessazione del rapporto. All'atto della cessazione del rapporto, il preponente è tenuto a corrispondere all'agente un'indennità se ricorrono le seguenti condizioni: l'agente abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi derivanti dagli affari con tali clienti; il pagamento di tale indennità sia equo, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, in particolare delle provvigioni che l'agente perde e che risultano dagli affari con tali clienti. (...) L'importo dell'indennità non può superare una cifra equivalente ad un'indennità annua calcolata sulla base della media annuale delle retribuzioni riscosse dall'agente negli ultimi cinque anni e, se il contratto risale a meno di cinque anni, sulla

media del periodo in questione. (...) Le disposizioni di cui al presente articolo sono inderogabili a svantaggio dell'agente".

Rispetto alla iniziale formulazione dell'art. 1751 c.c., la modifica introdotta dal decr. leg.vo 65/99 che in questa sede maggiormente rileva consiste nel fatto che le due condizioni per il riconoscimento all'agente della suddetta indennità sono diventate, da alternative, concorrenti.

Va rilevato che l'approccio delle organizzazioni sindacali all'indennità di origine comunitaria non è stato entusiastico. Le associazioni di categoria delle preponenti erano preoccupate delle conseguenze di carattere economico, nel senso di maggiori oneri per le mandanti, che intuivano sarebbero derivati da tale "nuova" indennità; le associazioni di categoria degli agenti invece guardavano con timore all'abbandono del sistema della "indennità di clientela" (o "indennità suppletiva di clientela") di origine pattizia, che costituiva da sempre un punto fermo nella disciplina dei rapporti fra le parti.

Pertanto le parti sociali si sono affrettate, con i cosiddetti "accordi ponte" del novembre 1992, a ribadire l'applicazione del consolidato sistema pattizio di liquidazione delle indennità, basato sulla corresponsione all'agente dell'indennità di clientela (determinata sulla base di percentuali fisse, in relazione alle provvigioni liquidate all'agente nel corso del rapporto) e dell'indennità FIRR (Fondo Indennità di Risoluzione Rapporto), determinata con criteri analoghi all'indennità di clientela, che la preponente accantona presso l'Enasarco nel corso del rapporto o che, in difetto, ha l'obbligo di corrispondere all'agente alla cessazione del mandato.

Precisamente si legge negli Accordi Ponte: *"Le parti confermano che le presenti disposizioni collettive in materia di trattamento di fine rapporto di agenzia, applicative dell'art. 1751 c.c., costituiscono complessivamente una condizione di miglior favore rispetto alla disciplina di legge. Esse sono correlative e inscindibili tra di loro e non sono cumulabili con alcun altro trattamento".*

In dottrina, prima ancora che in giurisprudenza, sono sorti numerosi dubbi in ordine al rapporto che la contrattazione collettiva ha voluto instaurare fra la disciplina pattizia e quella legale: la contrattazione collettiva infatti, dichiarandosi non solo applicativa, ma addirittura di miglior favore per gli agenti rispetto alla norma di legge e non cumulabile con altri trattamenti, si poneva come disciplina potenzialmente in grado di "emarginare" l'art. 1751 c.c. dai rapporti fra agenti e preponenti, relegando la sua applicazione ai soli (rari) casi in cui gli AEC non fossero applicabili al rapporto inter partes.

In merito alla legittimità o meno di una siffatta disciplina pattizia si sono formate in giurisprudenza due correnti di segno opposto.

Il dibattito si è incentrato sulla disposizione dell'ultimo comma dell'art. 1751 c.c., che stabilisce l'inderogabilità delle sue norme "a svantaggio dell'agente": conseguenza di tale statuizione è che una diversa disciplina, che fosse riconosciuta peggiorativa per l'agente rispetto a quella legale, sarebbe illecita e quindi nulla. La divergenza di opinioni ha riguardato il metodo per confrontare la disciplina legale con

quella pattizia e per accertare l'eventuale carattere peggiorativo della deroga alla prima da parte della seconda.

Secondo una prima interpretazione giurisprudenziale (Cass. 11189/2002), tale valutazione deve essere condotta *ex post*, ossia confrontando le indennità che concretamente spetterebbero all'agente alla cessazione del rapporto in base all'applicazione dell'una e dell'altra disciplina: per effetto della disposizione dell'ultimo comma dell'art. 1751 c.c. sopra richiamato, l'agente avrebbe in ogni caso diritto all'indennità di importo più elevato, fermo restando l'onere della prova, a suo carico, in ordine alla ricorrenza dei presupposti legali per ottenere l'indennità codicistica.

Secondo un'altra posizione della Cassazione (Cass. 11402/2000, 15726/2003, 2383/2004, 6162/2004), la valutazione comparativa non può essere effettuata *ex post*, bensì necessariamente *ex ante*, trattandosi di operare un raffronto fra norme da cui dipende la validità di clausole contrattuali. In sostanza, si dice, non è consentito, specie in un rapporto di durata, giudicare la validità delle clausole del negozio costitutivo - che costituisce un prius logico e giuridico - alla luce del risultato economico in concreto conseguibile alla cessazione del rapporto stesso, in applicazione del regime legale o convenzionale.

Sulla base di una valutazione *ex ante* fra norme, parte della giurisprudenza e della dottrina sono inclini a giudicare la normativa pattizia di miglior favore rispetto a quella legale, evidenziando che la prima non impone all'agente un onere della prova gravoso come quello di cui all'art. 1751 c.c. ed offre altresì criteri certi ed univoci per la quantificazione delle indennità spettanti all'agente, a differenza dell'art. 1751 c.c., che si limita a fissare un tetto massimo per l'indennità dallo stesso prevista.

Tuttavia, partendo dal raffronto *ex ante* delle norme interessate, si è anche sostenuto che non è possibile effettuare una valutazione in termini di deroga della disciplina pattizia rispetto a quella legale, atteso che le due norme sono fondamentalmente diverse nella struttura e soprattutto nello spirito: la disciplina legale di origine comunitaria, infatti, ha inteso introdurre una indennità di carattere "meritocratico", ossia premiale nei confronti degli agenti meritevoli, carattere che esula completamente dalla indennità di origine pattizia, che sembra piuttosto rispondere alla regola del "poco a tutti". Tra le due indennità, quindi, non sussisterebbe un rapporto di deroga, in quanto l'indennità di clientela di origine contrattuale spetterebbe a tutti gli agenti nella misura percentuale prefissata dagli AEC, mentre l'indennità *ex art.* 1751 c.c. rappresenterebbe un premio riservato ai soli agenti meritevoli, i quali diano prova di aver integrato le due condizioni previste dalla legge (aumento della clientela e/o del fatturato con persistenti vantaggi per la mandante, equità).

3. I "nuovi AEC" del 2002.

In ogni caso, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sviluppatosi intorno alla indennità *ex art.* 1751 c.c. ha indotto le parti sociali a rivedere la formulazione degli AEC anche nella parte in cui disciplinano le indennità di fine rapporto. I nuovi accordi economici collettivi firmati nel 2002 hanno in qualche modo "rece-

pito" il concetto di "indennità meritocratica" introducendo, accanto alle "storiche" indennità di risoluzione del rapporto (FIRR) e indennità suppletiva di clientela, una terza indennità (denominata espressamente "indennità meritocratica" nell'AEC del settore Commercio), legata al verificarsi dell'incremento della clientela e/o del fatturato.

Tuttavia non sembra che gli AEC - nonostante le dichiarazioni di principio in essi espresse - costituiscano una reale e concreta applicazione dell'art. 1751 c.c.

Va rilevato infatti, in primo luogo, che gli accordi economici collettivi hanno arbitrariamente scelto di assegnare "in via esclusiva" la funzione equitativa alla indennità suppletiva di clientela: l'equità invece, come si è detto, costituisce a pieno titolo condizione per il diritto all'indennità ex art. 1751 c.c., in via concorrente con l'incremento della clientela e/o del fatturato.

Non solo. Ad una migliore disamina della indennità meritocratica pattizia emerge che in realtà i criteri di calcolo della stessa non si basano nemmeno sull'incremento della clientela e/o del fatturato e permanenza dei vantaggi per la preponente, ma unicamente sulle provvigioni percepite dall'agente: l'indennità meritocratica si riduce in effetti ad una percentuale, prefissata dagli AEC, delle provvigioni percepite dall'agente.

Ne consegue che l'indennità meritocratica introdotta dagli AEC è difforme nei presupposti dalla indennità di cui all'art. 1751 c.c..

Inoltre, con riguardo ai criteri di calcolo dell'indennità meritocratica, non ci si può esimere dal rilevare che gli AEC prevedono calcoli talmente complicati e difficili che si deve ricorrere ad un programma informatico per poterli eseguire!

Tanto maggiore è pertanto la delusione quando, superate le difficoltà di tali "alchimie matematiche", si scopre che l'indennità "meritocratica" si riduce in concreto ad importi miserevoli, addirittura inferiori all'indennità suppletiva di clientela!

In base ai rilievi sopra effettuati, risuonano stonate le dichiarazioni profuse negli AEC relativamente alla "piena ed esaustiva applicazione" che la contrattazione collettiva avrebbe inteso dare all'art. 1751 c.c., come pure al rispetto "della lettera e dello spirito" della Direttiva comunitaria e dell'art. 1751 c.c..

E' invece evidente che la contrattazione collettiva non rispetta né i presupposti (la lettera) né le finalità (lo spirito) della normativa di origine comunitaria, prescinde completamente dall'equità e mortifica la sostanza della norma attraverso la minimizzazione dei risultati concreti.

4. L'ordinanza interlocutoria.

a) legittimità della disciplina delle indennità secondo gli AEC

Sul punto è recentissimamente intervenuta la Suprema Corte di Cassazione che, con ordinanza interlocutoria n. 20410 del 18/10/2004, ha sottoposto alla Corte di Giustizia comunitaria alcuni quesiti interpretativi in merito alla c.d. "direttiva agenti" (86/653/CEE).

Attraverso tali "chiarimenti", la Corte di Cassazione mira, da un lato, a risolvere definitivamente il problema dei rapporti fra disciplina normativa e disciplina pattizia e, dall'altro, ad individuare i criteri per un corretto calcolo dell'indennità ex art. 1751 c.c. in base alla direttiva.

Ciò che in via preliminare deve essere evidenziato è che, dalle risposte ai quesiti posti dall'ordinanza può dipendere la "sopravvivenza" stessa degli AEC *in parte qua*, ossia in relazione alla disciplina delle indennità di fine rapporto.

Per comprendere la formulazione dei quesiti effettuata dalla Corte di Cassazione, si deve tenere presente che la Corte di Giustizia non può giudicare della validità o meno degli AEC, che sono pattuizioni di carattere privato, sia pure collettivo. Per questo, il primo quesito che viene formulato è se la direttiva (e specificatamente gli artt. 17 e 19 che riguardano l'indennità di fine rapporto) sia interpretabile o meno nel senso che la normativa nazionale di attuazione possa consentire che un accordo collettivo preveda una indennità con determinate caratteristiche, che la Suprema Corte specificatamente individua, attraverso un puntuale esame delle disposizioni pattizie.

E' interessante evidenziare le valutazioni che la Corte di Cassazione esprime in merito all'indennità pattizia, posta in raffronto con la direttiva:

- 1) l'indennità pattizia prescinde dai presupposti previsti dalla direttiva;
- 2) l'indennità pattizia diverge altresì dai criteri di quantificazione ricavabili dalla direttiva;
- 3) l'indennità pattizia, in concreto, eroga agli agenti importi inferiori o molto inferiori alla misura massima prevista dalla direttiva, anche in presenza, in misura massima o in misura elevata, dei relativi presupposti;
- 4) l'indennità pattizia risulta comunque di importo inferiore a quella che il Giudice potrebbe in concreto stabilire se non fosse vincolato ai parametri di calcolo degli AEC.

Con riferimento a quest'ultimo punto, appare evidente l'interesse che, anche sotto un profilo pratico, l'ordinanza interlocutoria riveste, soprattutto per gli agenti. E' evidente infatti che le disposizioni della contrattazione collettiva, se saranno riconosciute non conformi alla direttiva comunitaria, non potranno più essere applicate in quanto illegittime. Il Giudice per primo sarebbe tenuto a disapplicarle.

Di conseguenza, gli AEC perderebbero qualsiasi rilevanza ed efficacia per quanto riguarda la disciplina delle indennità di fine rapporto e l'unica norma applicabile sarebbe l'art. 1751 del codice civile.

b) modalità di quantificazione della indennità ex art. 1751 c.c.

Il secondo quesito posto dalla Corte di Cassazione riguarda le modalità di quantificazione dell'indennità ex art. 1751 c.c. e specificatamente se il calcolo debba essere effettuato secondo un metodo "analitico" o "sintetico". Per comprendere il quesito si deve fare riferimento alla parte in diritto dell'ordinanza, nella quale la Corte di Cassazione richiama la Relazione della Commissione delle

Comunità europee del 23/07/1996 sull'applicazione dell'art. 17 paragrafo 6 della direttiva.

Tale relazione infatti è stata effettuata dalla Commissione allo scopo di chiarire la genesi della norma comunitaria e di fornire agli Stati membri elementi utili per la sua corretta applicazione. La Commissione ricorda che l'art. 17 della direttiva rappresenta un compromesso normativo tra gli Stati membri, avendo lasciato a ciascuno di essi la facoltà di scelta fra il sistema della "indennità", di matrice tedesca e quello della "riparazione", di matrice francese. Il sistema dell'indennità è quello che è stato più largamente adottato dagli Stati membri, compresa l'Italia. La Commissione dichiara espressamente che il sistema di indennità si ispira all'art. 89b del codice commerciale tedesco, che ha dato luogo ad un'ampia giurisprudenza in merito al calcolo di tale indennità ed afferma che "tale giurisprudenza e la prassi da essa derivante dovrebbero fornire un aiuto di grande portata ai Tribunali degli Stati membri nell'interpretazione delle disposizioni dell'art. 17 paragrafo 2 della direttiva". Con tale intento, la Commissione richiama quindi sia i presupposti dell'indennità tedesca (che coincidono con quelli prescritti dalla direttiva), sia i criteri di calcolo adottati e le relative prassi dei Tribunali tedeschi. Pur senza scendere troppo nei particolari, è opportuno evidenziare che il sistema di calcolo tedesco è di tipo "analitico". Il Giudice cioè analizza e quantifica una serie di fattori legati all'incremento della clientela o degli affari con i clienti già esistenti e al permanere dei vantaggi per la preponente e da queste operazioni ricava l'importo dell'indennità. La cifra così ottenuta viene poi eventualmente rettificata in considerazione del criterio dell'equità, che è parametrato a specifici fattori enucleati dalla prassi dei Tribunali. L'importo risultante viene infine raffrontato con il tetto massimo previsto dalla direttiva ed eventualmente ricondotto entro il suddetto limite.

La Corte di Cassazione chiede alla Corte di Giustizia se, in alternativa a tale metodo analitico, sia consentito adottare metodi di calcolo diversi, di carattere "sintetico", che valorizzino più ampiamente il criterio dell'equità e che prendano come punto di partenza del computo il tetto massimo specificato dalla direttiva. In sostanza, applicando il metodo sintetico, il Giudice determina subito l'importo massimo dell'indennità (una annualità delle provvigioni mediamente percepite dall'agente negli ultimi 5 anni) e poi opera su tale importo eventuali riduzioni basate sui risultati concretamente conseguiti dall'agente e quindi sulla percentuale di incremento della clientela e/o del fatturato, sulla permanenza dei vantaggi per il preponente (intesa come percentuale di perdita dei clienti dopo la cessazione del rapporto), ecc. Va segnalato che questo metodo è quello di fatto adottato dai Giudici nazionali che finora hanno fatto applicazione dell'art. 1751 c.c. ed è anche il sistema utilizzato nei precedenti gradi del giudizio che ha dato origine all'ordinanza interlocutoria in esame.

5. Conclusioni

Per quanto sopra esposto, è evidente che i quesiti posti dalla Corte di

Cassazione contengono un potenziale dirompente rispetto agli AEC (in quanto mettono a rischio la sopravvivenza stessa della disciplina pattizia delle indennità di fine rapporto), mentre alimentano le aspettative di quanti vorrebbero vedere applicata la disciplina comunitaria delle indennità trasposta nell'art. 1751 c.c. e invocano dalle istituzioni comunitarie chiarimenti di carattere pratico-operativo per consentire la corretta applicazione della suddetta norma.

Non resta che concludere queste brevi riflessioni con l'auspicio che l'ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione possa avere un rilievo incisivo nella storia giuridica dell'ordinamento italiano.

Dott.
Alberto ANGELONI

Dott.
Enrico BERTI

Il Piano di ristrutturazione PARMALAT alla vigilia del voto dei creditori sul Concordato¹.

Alla vigilia del voto che sarà espresso dai creditori ammessi ed ammessi con riserva al passivo delle sedici società del *Gruppo Parmalat* in Amministrazione straordinaria sulla proposta di Concordato, si pongono alla nostra attenzione alcuni spunti di riflessione. Ferma restando l'ammirazione che si prova dinanzi all'immane lavoro svolto fino ad ora da tutti gli organi della Procedura, è d'uopo svolgere alcune considerazioni sul Piano di Concordato approntato dal Commissario Straordinario, unico ed innovativo nel suo genere, perlomeno in Italia, che sarà sottoposto al voto dei creditori ammessi e legittimatisi, ai sensi del punto 8 dell'art. 4 bis della L. 18 Febbraio 2004, n. 39².

In breve, la ratio della Legge Marzano, naturale evoluzione storica del D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270, nonché della L. 3 aprile 1979 n. 95 (ovvero, le cosiddette leggi "Prodi bis" e "Prodi"), trae ispirazione, perlomeno nei passaggi più esotici, dalla procedura concorsuale statunitense di *reorganization*, contenuta nel *Chapter 11* del Titolo 11 dell' *U.S. Code*.

Per quanto possibile, appare opportuno, per economicità di redazione, soffermarsi su alcuni di quelli che ci sembrano essere i passaggi maggiormente problematici del Piano.

1. *Le posizioni intercompany*; 2. *La postergazione*; 3. *I recovery ratio*;
4. *La mancata divisione in classi dei creditori e differenziazione di trattamento*.

1 Le posizioni *intercompany*

Nel Programma di Ristrutturazione, redatto ai sensi dell'art. 4, comma 2 del D.Lgs. 347/03, così come approvato dal Ministro delle Attività Produttive, nella determinazione dei *recovery ratio*, si legge che "nel trattamento dei rapporti di debito e credito tra società del Gruppo Parmalat sono state adottate le seguenti linee guida

generali [...] quando il debitore è una società comunitaria, il debito si considera postergato al ricorrere dei presupposti di cui agli artt. 2467 e 2497 *quinques c.c.* [...]".

Gli articoli artt. 2467 e 2497 *quinques c.c.*, a detta dell'Amministrazione, sarebbero applicabili ai crediti intercompany, con il conseguente azzeramento delle posizioni debitorie di Parmalat nei confronti dei soggetti facenti parte del *Gruppo*.

A parere degli scriventi, l'applicabilità di detti articoli al caso di specie difficilmente sarebbe ipotizzabile *ab origine*, poiché, a ben vedere, gli artt. 2467 e 2497 *quinques c.c.*, così come testé formulati, sono stati introdotti nel nostro Codice Civile dal D. Lgs. 17 gennaio 2003 n. 6 che, per espressa previsione dell'art. 43 dello stesso, è entrato in vigore a far data dal 1° gennaio 2004.

L'interpretazione dell'Amministrazione Straordinaria di Parmalat, appare, pertanto, di difficile lettura, risultando essere oltremodo innovativa rispetto alla giurisprudenza di legittimità di riferimento.

Il Legislatore, invero, in sede di modificazione del diritto societario, ha esplicitamente fissato la data di entrata in vigore del testo normativo *de quo* (prevedendo, tra l'altro, una *vacatio legis* di ben oltre i 15 giorni ordinari). Allo stesso modo, sul punto, si potrebbe richiamare l'art. 11 delle disp. prel. al cod. civ., che testualmente dispongono come "la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo" e, pertanto, "[...] per il principio di irretroattività della legge, non può trovare applicazione in relazione a rapporti sorti anteriormente alla sua entrata in vigore"³.

Sulla stessa linea di pensiero, la giurisprudenza della Suprema Corte ha ritenuto che "il principio della irretroattività della legge (art. 11 disp. prel. c.c.), che è applicabile anche alle norme di diritto pubblico, preclude l'applicazione della nuova normativa non soltanto ai rapporti giuridici già esauriti, ma anche a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita [...]"⁴.

Ancora, al fine di poter applicare la previsione normativa superveniens a fattispecie antecedentemente venute in essere, sempre la giurisprudenza di Cassazione ha rilevato che "in conseguenza del principio generale di irretroattività della legge, dettato dall'art. 11 delle disposizioni preliminari al codice civile, l'eventuale retroattività di una legge o di altra fonte normativa di grado inferiore deve risultare da una espressa o quanto meno non equivoca dichiarazione del legislatore, dovendosi ritenere, in caso di incertezza, che la norma non disponga che per l'avvenire e non abbia quindi effetto retroattivo [...]".

Dunque, appare essere consolidato che "[...] giacché il principio di irretroattività della legge è stato elevato a dignità di precetto costituzionale nel campo delle sanzioni penali", in materia civile "è derogabile" solo "mediante altre norme ordinarie"⁵.

¹ L'articolo che pubblichiamo è giunto in redazione pochi giorni prima della pubblicazione in G.U. n. 49 del 1° marzo 2005 del Decreto Legge n. 22 del 28 febbraio 2005. Sulla base del su detto decreto, il Commissario dott. Enrico Bondi ha ritenuto opportuno apportare modifiche sostanziali al Piano di Ristrutturazione della Parmalat che, come emergerà

dalla lettura, erano state brillantemente messe in evidenza anzitempo dagli autori (Il R.C.)

² D.L. 23 dicembre 2003, n. 347 (G.U. 24.12.2003, n. 298), c.d. *Decreto Marzano*, convertito con modificazioni, in L. 18 febbraio 2004, n. 39 (G.U. 20.02.2004, n. 42), modificata dal D.L. 3 maggio 2004, n. 119, convertito con modificazioni in L. 5 luglio 2004, n. 166.

³Cass., 21 aprile 1990, n. 3347.

⁵ Cass., 01 agosto 2003, n. 11737..

⁴ Cass., 18 luglio 2002, n. 10436

La norma in esame, poi, estesa dal Legislatore ai Gruppi societari, aggirando *in toto* la realtà normativa delle società per azioni, avendo natura innovativa ed eccezionale, fonda le proprie premesse su un presupposto di fatto sostanziale. Tale fatto presuppone che, la parificazione del capitale di debito al capitale di rischio può realizzarsi solo ed esclusivamente in forza di una norma imperativa che espressamente lo preveda⁶, potendosi difficilmente sostenere, la tesi adottata da Parmalat, secondo cui i “prestiti” concessi dai soci alla società possano essere “riqualificati” *ex post*.

Proviamo, adesso, ad analizzare la “*natura*” del finanziamento richiamato dall’art. 2467 c.c.. Invero (lo ribadiamo, limitatamente a fattispecie successive al 1° gennaio 2004), detta norma sarebbe applicabile qualora il finanziamento preso in esame risulti essere stato concesso in un momento in cui vi sia stata una situazione di squilibrio finanziario tra capitale di debito e capitale proprio⁷, nonché in un momento in cui sarebbe stato più *ragionevole* un conferimento.

È importante notare come la norma in esame non ponga alcun criterio oggettivo ai fini dell’individuazione della sussistenza o meno dei presupposti che comportano l’applicazione delle limitazioni al rimborso sui finanziamenti.

Stante quanto sopra, ai fini dell’applicabilità della norma, sarà necessario dimostrare: **i.** l’avvenuto rimborso di un finanziamento riconducibile al novero dei finanziamenti soci, diretti od indiretti; **ii.** la sussistenza, alla data in cui il finanziamento era stato effettuato, delle condizioni di squilibrio finanziario previste dal comma 2 dell’art. 2467 c.c.⁸; **iii.** il mancato rispetto dell’obbligo di postergazione del rimborso rispetto al soddisfacimento degli altri creditori.

Di contro, l’insussistenza degli estremi (o di uno di essi) per l’applicazione dell’art. 2467 c.c., ne renderà inutilizzabile la fattispecie⁸.

A ben vedere, l’art. 2497 *quinques* c.c. disciplina esclusivamente il caso del finanziamento effettuato dalla controllante alla controllata, tralasciando di regolamentare il diverso caso in cui i finanziamenti siano stati erogati dalla controllata (quand’anche indiretta) a favore della controllante. Detta lacuna normativa, data la sua portata, non riteniamo che possa essere colmata *de plano* attraverso qualsivoglia interpretazione analogica¹⁰, secondo cui possa essere estesa anche ai finanziamenti provenienti “*dal basso verso l’alto*”.

6 Cfr, sul punto, G. B. PORTALE, *Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. COLOMBO e G. B. PORTALE, 1***, Torino, 2003, p. 43 e ss. e p. 143 e ss..

7 La nuova regola dell’art. 2467, invero, affronta un tema da tempo noto sul piano comparatistico, ma che nel nostro sistema non aveva fin qui trovato un esplicito inquadramento legislativo: il tema cioè dei finanziamenti effettuati dai soci a favore della società che formalmente si presentano come capitale di credito, ma nella sostanza economica costituiscono parte del capitale proprio.

8 L’eccessivo squilibrio dell’indebitamento rispetto al patrimonio netto si ha, stando ai principi delle scienze economico - aziendali, allorché il c.d. “*indice di indipendenza finanziaria*”, risultante dal rapporto aritmetico tra patrimonio netto ed indebitamento (*rectius*: capitale acquisito), sia inferiore a 0,30 - 0,35. Sul punto, cfr M. IRRERA, in *Il nuovo diritto societario*, Zanichelli, 2004, 2**, p. 1791.

9 G. REBECCA e E. ZANETTI, *La nuova disciplina del finanziamento soci nella s.r.l.*, in *Impresa* c. i., 4/2004, 607

11 M. IRRERA, *op. cit.*, 2004, 2***, p. 2215..

Al contrario, *la ratio* della norma è del tutto evidente: la stessa, infatti, è stata prevista dal Legislatore della riforma al fine di evitare il fenomeno della “*sottocapitalizzazione*” delle società controllate da parte di soggetti capogruppo restii ad investire le risorse necessarie ad assicurare il corretto svolgimento dell’attività di queste società¹¹.

2 La postergazione

La *ratio* dell’istituto della postergazione si ravvisa nella *rinuncia* momentanea al pagamento dell’obbligazione vantata, con riserva di realizzare successivamente quello che potrà residuare, dopo che si sarà provveduto al pagamento di tutti gli altri creditori chirografari¹².

In particolare, approfondendo il tema della natura giuridica della postergazione, si rileva che si configurerebbe una dichiarazione di rinuncia alla *par condicio creditorum*, soggetta alla condizione risolutiva dell’integrale soddisfacimento di tutti gli altri crediti, di un *pactum de non petendo ad tempus*, di una remissione di debito sottoposta alla condizione sospensiva del soddisfacimento di tutti gli altri creditori.

Stante quanto sopra, l’applicabilità della postergazione non può assumere una connotazione permanente, atteso che in tal caso si incorrerebbe in una vera e propria illegittimità costituzionale di una norma che impedirebbe al creditore di far valere le proprie ragioni durante tutta la vita della società¹³.

Al contrario, seguendo le tesi innovative a cui l’Amministrazione Straordinaria fa riferimento, il credito dei soggetti *intercompany*, quand’anche dovesse e potesse soggiacere al combinato disposto degli artt. 2467 e 2497 *quinques* c.c., non si potrebbe soddisfare neppure in un momento successivo al pagamento degli altri creditori chirografari, atteso che detti soggetti verrebbero irrimediabilmente scartati *ab origine* dalla compagine sociale della nuova Parmalat (od Assuntore s.p.a., ovvero la società le cui azioni altro non saranno se non i debiti della vecchia Parmalat, convertiti in *equity*), con la logica conseguenza che il credito vantato nei confronti di Parmalat, in tal modo, non sarebbe solamente postergato ma, verosimilmente, definitivamente azzerato.

3 I recovery ratio

L’Amministrazione Straordinaria, al fine di soddisfare i creditori chirografari delle sedici società del Gruppo sottoposte al Piano di Concordato, ha previsto la *trasformazione*, previa falcidia, dei crediti (*rectius*: dei debiti di dette società) in azioni della nuova Parmalat, od Assuntore, che dir si voglia, secondo delle percentuali di *swap* differenziate a seconda della società presa in esame, con il conseguente azze-

11 Cfr *La Riforma del diritto societario: quali opportunità per le imprese?*, anno XI, n. 2, Aprile 2004, a cura di D. PISELLI.

FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1995, 207, nota 2; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 2237.

12 CAMPOBASSO, *I prestiti postergati nel diritto italiano*, in *Giur. comm.*, 1883, I, p. 121 ss.:

13 G. LO CASCIO, in *La riforma del diritto societario*, 8, p. 69 e ss..

ramento delle sofferenze passive.

A ben vedere, leggendo il Piano, la complessa operazione di cui sopra dovrebbe essere fondata sulle risultanze “[...] del rapporto tra massa attiva e massa passiva di ciascuna società oggetto di concordato. Da tali recovery ratio (recentemente ribattezzati participation ratio, ndr) deriva il numero di azioni dell’Assuntore che sarà assegnato ai creditori chirografari di ciascuna società oggetto di concordato”.

In ottemperanza al Piano approntato dall’Amministrazione Straordinaria, poi, detti recovery “sono frutto di una ricostruzione non definitiva in quanto, a seguito del procedimento di cui all’art. 4 bis, comma V della legge, potranno intervenire modifiche nelle masse passive delle società oggetto di concordato che, a loro volta, potrebbero avere impatto anche sulle masse attive di altre società oggetto di concordato (creditrici dirette od indirette delle prime”. Inoltre, “in virtù di ciò, nonché di altre circostanze che potrebbero modificare il rapporto tra masse attive e masse passive [...] è previsto che nel tempo più breve dalla pubblicazione degli elenchi dei creditori ammessi, ammessi con riserva ed esclusi, verranno pubblicati i recovery ratio definitivi”.

Dal quadro sopra prospettato, si potrebbero verificare degli attriti con la natura concorsuale della procedura, che, a ben vedere, potrebbero generare differenziazioni di trattamento dei creditori: sembrerebbe che il Concordato, infatti, nel prevedere percentuali di cambio tra i crediti chirografari e le azioni della costituenda Assuntore, preveda uno swap risolutivo, come se, ad oggi, sia possibile prevedere il definitivo quantum passivo, gravante sulle società oggetto di concordato, tramite la risultanza algebrica della frazione tra attivo e passivo.

In particolare, come si evincerebbe dal Piano, la massa passiva (denominatore necessario per il calcolo dei concambi), sarebbe “composta principalmente: **i.** debito finanziario diretto v/terzi (i.e. prestiti bancari, public bonds, bonds collocati attraverso private placements, derivati, promissory notes, etc.); **ii.** debito finanziario v/terzi derivante da garanzie «senior» rilasciate nell’interesse di società del gruppo Parmalat a favore di creditori finanziari; le garanzie subordinate, per la loro stessa natura, non sono state considerate. Sono state considerate tutte le garanzie, sia che: **a.** esse siano state rilasciate dalla società in A.S. a favore di società ad oggi in stato di insolvenza; **b.** esse siano state rilasciate dalla società in A.S. a favore di creditori di società ad oggi non in stato di insolvenza; **iii.** debito commerciale v/terzi chirografario; **iv.** debiti finanziari e commerciali intercompany”.

Stante quanto sopra, quindi è di tutta evidenza che, se da un lato l’attivo è verosimilmente individuabile, dall’altro lato, l’accertamento del passivo, in quanto tutt’ora sub iudice e calcolato sui bilanci del dissesto, è di difficile quantificazione.

4 La mancata divisione in classi dei creditori e differenziazione di trattamento.

Un’ultima considerazione: il Piano, nella parte relativa alle “Classi di creditori e trattamenti differenziati all’interno della stessa classe” prevede: “[...] Con

specifico riferimento al soddisfacimento dei creditori chirografari la proposta di concordato prevede la costituzione di un’unica classe per tutti i creditori chirografari di tutte le società oggetto di concordato ed il trattamento differenziato degli stessi a seconda delle condizioni patrimoniali di ciascuna società cui si riferiva originariamente il credito. Nella distribuzione delle azioni dell’Assuntore verranno pertanto determinate percentuali differenziate per i creditori chirografari di ciascuna delle società oggetto di concordato, determinate prendendo a riferimento il rapporto tra massa attiva e massa passiva delle società debitorie. La percentuale del credito eccedente la percentuale concordataria determinata con riferimento ai creditori chirografari di ciascuna società oggetto di concordato, costituirà la falcidia subita da tali creditori”.

L’art. 4 bis della Legge, dal canto suo, prevede che: “Nel programma di ristrutturazione il commissario straordinario può prevedere la soddisfazione dei creditori attraverso un concordato, di cui deve indicare dettagliatamente le condizioni e le eventuali garanzie. Il concordato può prevedere: a) la suddivisione dei creditori in classi secondo la posizione giuridica ed interessi economici omogenei; b) trattamenti differenziati fra creditori appartenenti a classi diverse [...]”.

Nella medesima logica, il comma 8 dell’art. 4 bis della Legge prevede che “Il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima”.

Il programma di Concordato, così come strutturato dall’Amministrazione Straordinaria, prevede trattamenti differenziati per i creditori chirografari. Il Piano, approntato dall’Amministrazione, infatti, prevede ben trentadue differenti rapporti di concambio (due differenti recovery ratio per ognuna delle sedici società ammesse al Concordato, uno per i creditori terzi ed uno per i creditori intercompany). Nell’adottare tale legittima impalcatura, a rigor di norma, l’Amministrazione Straordinaria, avrebbe dovuto anche prevedere una pluralità di classi, tante quanti sono i differenti trattamenti previsti.

In concreto, alla luce dell’art. 4 bis della Legge, il trattamento differenziato dei creditori, ai fini dell’approvazione del Piano, richiederebbe il voto favorevole di ogni singola classe, oltre al voto favorevole dell’intera compagine creditoria.

Diversamente, sembrerebbe che l’Amministrazione Straordinaria, al momento, non abbia previsto diverse classi di creditori, optando per la classe unica¹⁴.

15 Sul punto, cfr. A. MAFFEI ALBERTI, *Atti del Convegno internazionale di studi “La Legislazione Concorsuale in Europa: esperienze a confronto”*, in *Quaderni di Giurisprudenza*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE 267, 7, Giuffrè 2004, ove si legge, sulla distinzione dei creditori in classi, che “[...] è sicuramente una soluzione che è stata non soltanto già da tempo adottata negli Stati Uniti, nel Chapter 11, all’interno della procedura di reorganization, ma anche introdotta

in Europa nelle recenti riforme delle procedure concorsuali” essa può “profilare un pericolo: quello che l’eventuale eccessiva frammentazione di queste classi, di queste categorie di creditori porti ad un contenzioso sull’appartenenza all’una piuttosto che all’altra categoria - e quindi sull’effettivo raggiungimento delle maggioranze necessarie per l’approvazione - che potrebbe finire per rallentare i tempi della procedura” rappresentando “un pericolo di burocratizzazione”.

Avv.
Riccardo CHILOSI

La transazione nel diritto del lavoro

Premessa

Il codice civile, in linea generale, non disciplina espressamente l'istituto della rinuncia a diritti scaturenti da rapporti contrattuali, lasciando a ciascuna parte la facoltà e la libertà, in genere senza particolari vincoli di forma, se non quelle previste dal contratto o dalla natura dell'atto, di disporre dei propri diritti e quindi di rinunziarvi senza contropartita (con atto unilaterale recettizio ex art. 1324 c.c.) o compiere concessioni nell'ambito di un contratto transattivo (ex art. 1965 c.c. al fine di porre fine ad una lite già incominciata o prevenire una lite che può sorgere).

Come ogni contratto, il rapporto di lavoro subordinato è fonte di diritti e di doveri delle parti.

Il lavoratore, come parte del contratto, non ha, se non per alcuni diritti (non inderogabili) od a particolari condizioni, la facoltà di compiere rinunzie e transazioni. La ragione di tale sistema di tutele risiede nella circostanza che il lavoratore subordinato è considerato parte debole del rapporto e quindi potenziale oggetto di pressioni, di incapacità o di errori che possono condizionare una corretta gestione dei suoi interessi.

Trattasi di una presunzione di vizio del consenso connessa alla situazione di soggezione del prestatore nei confronti del datore.

Secondo l'attuale normativa l'efficacia immediata delle rinunzie e delle transazioni è possibile esclusivamente in ipotesi di procedure conciliative poste in essere, con particolari forme e procedure, ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 c.p.c. e cioè in sede giudiziale, amministrativa e sindacale.

Evoluzione storica dell'Istituto

A quel tempo, il vigente Codice civile del 1865, impostato sulla base del codice napoleonico, pur soffermandosi su aspetti peculiari dei rapporti contrattuali, non si preoccupava di articolare un sistema di tutela per posizioni di debolezza socialmente considerate, come quella della classe lavoratrice (spesso ignorante, debole e incapace di una corretta gestione dei propri diritti) ed annoverava i rapporti di lavoro alla stregua di ordinarie ipotesi contrattuali.

Lo stesso, al pari del codice di commercio del 1882, prendeva in considerazione, regolandole, anche in modo minuzioso, varie fattispecie contrattuali, prevedendo, ma solo in linea generale, i classici istituti di invalidità del rapporto, quali la simulazione, la risoluzione per eccessiva onerosità, la rescissione per lesione, la determinazione giudiziale dei compensi, ecc.

Tale disciplina giuridica del rapporto di lavoro, considerato una "*locatio operarum*", faceva sì che le rinunzie e le transazioni effettuate dal lavoratore, ancorché generiche, avessero pieno effetto estintivo dei diritti oggetto delle dis-

Ad avviso degli scriventi, pertanto, non si potrebbe beneficiare di un'unica classe, chiamata a votare in un *unicum*, con la conseguenza pratica di evitare il doppio grado di approvazione, per classi e plenaria, se non prevedendo un trattamento uniforme per la sola classe implementata.

Il Piano, al fine di funzionare correttamente, nel prevedere trattamenti differenziati tra i creditori chirografari, dovrebbe suddividere gli stessi in classi, "*secondo la posizione giuridica e gli interessi economici omogenei*", sottostando, perciò, al comma 8 dell'art. 4 *bis* della Legge.

Del resto, *ad adiuvandum*, anche la procedura concorsuale del Chapter 11 prevede una pluralità di classes di creditori, i cui partecipanti sono riuniti da interessi sostanzialmente simili: ricevono lo stesso trattamento e nominano un *Committee* con poteri rappresentativi e di coordinamento dell'intera classe.

posizioni, con una meramente teorica possibilità dello stesso di dedurre e farne valere l'inefficacia con i mezzi generali all'uopo predisposti dal codice stesso in tema di vizio della volontà.

La classe lavoratrice, già in difficoltà sociale ed economica nell'ottenere giustizia con istituti legali tipici, non aveva, quindi, neppure una specifica normativa legale che, sul piano contrattuale, la aiutasse ad affrancarsi dalla posizione di soggezione sociale in cui si trovava.

Solo dopo il 1880 venne così ad impostarsi un primo sistema di procedure conciliative alternative al ricorso ai tribunali, creato sostanzialmente per motivi pratici.

Tipici di tale sistema di procedure conciliative furono i Collegi probivirali istituiti con legge 15 giugno 1893 n.295 (ed operanti in realtà solo in aree industrializzate), costituiti, per determinate materie previste dalla legge, nell'ambito delle Camere di Commercio, con partecipazione paritetica di industriali ed operai.

Caratteristica di tali collegi probivirali era quella di compiere un preventivo, ed obbligatorio, tentativo di conciliazione nel quale le parti, con l'assistenza dei rappresentanti della propria categoria, potevano efficacemente comporre conflitti individuali.

L'esperienza di tali collegi, in assenza di una compiuta disciplina di tutela dei lavoratori, fu di particolare importanza per l'identificazione dei basilari diritti degli stessi e delle soglie delle rinunzie cui si poteva giungere in sede conciliativa.

In effetti, con l'esperienza scaturita in anni di conciliazioni e di arbitrati, i collegi probivirali riuscirono a creare una stratificazione di principi desunti da regole contrattuali e da usi locali, con innegabile funzione sostitutiva del potere legislativo.

Nel contesto dei collegi probivirali, e soprattutto nella realizzazione di accordi transattivi, ci si rese conto che i singoli lavoratori, vuoi per ignoranza, vuoi per soggezione, non fossero in grado, da soli, di gestire i propri interessi, tenuto anche conto dell'inveterata abitudine dei datori di lavoro di definire le controversie facendo più che ampiamente valere la loro superiorità culturale e sociale.

Fu così giocoforza che i collegi probivirali, ove chiamati ad occuparsi di un caso, dovessero intervenire al fine di "riequilibrare" le posizioni, creando così, tra gli altri, il sentimento, inizialmente più sostanziale che formale, della "irregolarità" di accordi raggiunti dalle parti senza l'intervento di un organo collegiale di controllo.

I collegi probivirali vennero meno con la riforma corporativa fascista. Questa, non intendendo privilegiare il ruolo del cittadino (anche lavoratore) "singolo", limitò il ricorso alla giustizia privata, valorizzando il ruolo delle organizzazioni sindacali e delle corporazioni nella soluzione di conflitti individuali e collettivi, istituendo comunque per le controversie di lavoro la Magistratura del lavoro, istituita con la Carta del Lavoro deliberata dal Gran Consiglio Fascista il 21 aprile 1927.

Intervenire, in quegli anni il RDL 1825 del 13 novembre 1924 sull'impiego privato, il quale, all'art.17, affermava "Le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto contrario"

Era la prima sanzione di inderogabilità della norma riferita ad una serie di precetti posta a tutela dell'impiegato (regolamento disciplinare, assunzione a termine da effettuarsi per iscritto, periodo di prova, pagamento di un retribuzione minima, conservazione del posto in caso di chiamata alle armi, gravidanza e puerperio, ferie, preavviso)

Corollario di tale riconoscimento fu l'indisponibilità del relativo diritto, deducendosi logicamente che come non era possibile agire in contrasto con la legge, *così non si sarebbe potuto transigere un diritto derivato dalla legge stessa.*

Ciò rendeva però scarsamente pratico il sistema perché impediva la soluzione di conflitti in termini transattivi.

La Giurisprudenza, e segnatamente, Cass. 17.12.1931 e Cass. 21 marzo 1935 ebbe così ad elaborare un sistema che considerava derogabile il diritto nel corso del rapporto e ne consentiva la rinuncia a rapporto finito.

La stessa giurisprudenza estese il principio dal settore impiegatizio al settore operaio e considerò comunque valide le conciliazioni che, pur formatesi nel corso del rapporto, fossero state raggiunte in sedi particolari, avanti il magistrato o in sede corporativa.

In tale periodo si sviluppò la disciplina corporativa con un sistema che vedeva una presenza determinante delle organizzazioni di categoria.

Due furono poi gli interventi legislativi che contribuirono alla genesi del nuovo sistema, l'uno (Legge 3 aprile 1926 n.563 e R.D.1 Luglio 1926 n. 1130) calibrato sulle controversie collettive concernenti l'interpretazione e l'applicazione dei contratti collettivi, l'altro (R.D.26 febbraio 1928 n.471) relativo alle controversie individuali, devolute tutte, a prescindere da criteri di valore o di materia, alla cognizione dell'organo giurisdizionale specializzato¹.

L'idea di fondo che permeava il sistema fascista era quella, in forza dell'inderogabilità delle norme, di mantenere in vita, ove possibile, il ricorso preventivo a procedure conciliative, incanalando il contenzioso del lavoro entro binari controllabili e condizionabili, in modo da evitare eventuali "fughe in avanti" non condivise dall'"*establishment*" politico e industriale.

Nel periodo fascista (nel corso del quale il paese, nell'affrancarsi da una dimensione quasi esclusivamente agricola, vide un considerevole sviluppo dell'occupazione industriale), si sviluppò così un sistema che prevedeva la composizione delle controversie di lavoro con l'intervento di organi corporativi o avanti il Tribunale del Lavoro.

Ciò rafforzò il convincimento, nei lavoratori, che la loro posizione contrat-

¹ Formalmente, i Collegi Probivirali, al pari delle Commissioni per l'impiego privato vennero soppressi dall'art.1, comma 1°

del citato regio decreto 471/1928.

tuale, pur nell'etica fascista, potesse avere un sostegno di natura collettiva, rendendoli conseguentemente diffidenti a soluzioni di natura individuale.

Il sistema delineato dalla riforma del 1928, anche in ragione del frequente raggiungimento di accordi transattivi, ebbe sufficiente fortuna, tanto da essere sostanzialmente trasfuso nel codice di procedura civile approvato con R.D. 28 Ottobre 1940 n.1443.

Caratteristica peculiare di tale preventivo esperimento conciliativo era la sua "obbligatorietà", confermata dalla sanzione dell'improcedibilità della domanda ove tale preventivo esperimento non fosse stato perseguito.

La privilegiata ricerca di una soluzione transattiva della controversia era ricavabile dalla previsione (contenuta nel secondo comma dell'art. 432 c.p.c.) che, in caso di mancato accordo, i rappresentanti delle associazioni dovevano indicare la soluzione nella quale eventualmente concordassero, precisando, ove possibile, l'ammontare del credito ritenuto spettante a una delle parti.

L'impostazione sistematica che imponeva alle parti, come norma, quella di risolvere le controversie di lavoro esclusivamente con l'intervento delle organizzazioni di categoria, fu nei fatti trasfusa nell'art. 2113 del nuovo codice civile del 1942² che, testualmente recitava: *"Le rinunzie e transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili di legge o da norme corporative non sono valide. L'impugnazione deve essere proposta a pena di decadenza entro tre mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Resta salva, in caso di controversia, l'applicazione degli articoli 185, 430 e 431 del codice di procedura civile"*.

Tale norma riconfermava una tutela di "diritto civile" per atti abdicativi compiuti da una categoria ritenuta socialmente debole. La stessa tuttavia, imponendo, in via obbligatoria, il preventivo esperimento della procedura conciliativa in sede corporativa, vincolava palesemente lo spirito di tale tutela alla logica del regime.

Pur se la disciplina legale così delineatasi sopravvisse solo parzialmente alla caduta dell'ordinamento fascista e allo scioglimento del sistema sindacale corporativo, attuato col d.lgs. del 23 novembre 1944 n. 369, la previsione di cui all'art. 2113 c.c. venne sostanzialmente mantenuta, continuandosi, anche nel dopoguerra a ritenere invalide le rinunzie e transazioni effettuate al di fuori della sede giudiziaria o amministrativa (Uffici Provinciali del Lavoro)³.

Fu solo in un periodo successivo che l'inoppugnabilità delle conciliazioni (e la deroga all'art. 2113 c.c.) fu ritenuta dalla giurisprudenza applicabile anche alle

conciliazioni raggiunte in sede sindacale.

La formulazione della norma in esame, pur frutto di un'elaborazione politico-normativa propria dell'etica fascista, finalizzata a garantire al lavoratore una gestione "assistita" dei suoi interessi da parte di un organismo istituzionale, "di regime", ha quindi accompagnato i rapporti di lavoro anche a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione Repubblicana.

I lavoratori (e tutti i lavoratori, anche se dirigenti, laureati o comunque pienamente capaci di gestire i propri interessi, paradossalmente anche se assistiti da uno stuolo di avvocati) hanno continuato, per la soluzione transattiva di contrasti, ad essere considerati, in nome della tutela del loro "status" di categoria socialmente debole, "ingabbiati" nelle dorate maglie dell'obbligatoria assistenza giudiziale, amministrativa o sindacale.

Va detto, ad onor del vero, che, nel regime repubblicano, la sede conciliativa, pur obbligatoria ex art.2113 c.c., non ha mai costituito, come nel periodo corporativo, una forma di ingerenza nella gestione dei diritti dei singoli, essendo compito degli attuali organi conciliativi non tanto di "orientare" la conciliazione, bensì quello di verificare l'effettiva intenzione e consapevolezza del lavoratore a compiere determinate rinunzie.

Ciò non toglie tuttavia che il "cittadino" lavoratore, pur se costituzionalmente "libero" ed affrancato da vincoli di natura personale nella gestione della propria vita secondo il suo piacimento⁴, sia comunque ancor oggi, e solo se lavoratore subordinato, obbligatoriamente tenuto, nella definizione di rapporti con il datore di lavoro, ad una gestione "assistita" dei propri interessi.

La risposta a tale contraddizione può essere rinvenuta nella lettura che, in periodo repubblicano, è stata data alla normativa legale corporativa, spesso interpretata in chiave collettiva ed applicata tout court come riferibile al sindacato, con sintomatica sovrapposizione alla tutela statutale a quella sindacale.

Il ricorso esclusivo e ad organi conciliativi (conservati al fine di garantire l'inoppugnabilità immediata delle transazioni) non è stato così eliminato, in quanto non vi è stata alcuna forza politica che ha denunciato il sospetto di incostituzionalità che la norma fascista portava con sé.

Si è anzi manifestata, nella legislazione sul lavoro, viepiù condizionata dalle forze sindacali postcorporative (i cui rappresentanti sono stati obbligatoriamente inseriti nelle commissioni conciliative non giudiziali), una sempre più marcata spinta a rafforzare la gestione eterodiretta dei diritti dei singoli.

Ciò è evincibile anche dalla conservazione della normativa nella vigenza dello Statuto dei Lavoratori del 1970 che, secondo le intenzioni del legislatore, era intesa ad accrescere la dignità e libertà dei lavoratori.

2 Approvato con R.D.16 marzo 1942 n.262

3 Le norme di rito (segnatamente gli artt.431 e 432 c.p.c.), a seguito dell'implicita abrogazione degli art.430 e 433 c.p.c. (riferentisi espressamente all'obbligatorietà

dell'intervento delle associazioni di categoria dei denunzianti), furono considerate applicabili alle conciliazioni raggiunte avanti gli uffici del lavoro (art.3 d.lt. 15 aprile 1948 n.381 e art. 12. L. 22.7.1961 n.628).

4 Appare oggettivamente incomprensibile come, sussistendo variegata e possibili forme di assistenza tecnica privata o sistemi di tutela legale, il lavoratore non possa, ai

sensi dell'art. 13 e segg. della Costituzione repubblicana, formalizzare un accordo transattivo inoppugnabile in forma diversa da quella imposta dalla normativa pubblica.

Ne ha costituito, peraltro, conferma la circostanza che la norma, nella riformulazione avvenuta con la legge 11.8.1973 n.533, non è stata minimamente scalfitata per gli aspetti connessi all'inoppugnabilità, risultando, anzi, rinforzata la tutela conseguente al termine decadenziale dell'impugnativa (divenuto semestrale) per le conciliazioni intervenute senza l'assistenza di un organo conciliativo.

Un ulteriore elemento di rafforzamento della tutela eterodiretta è rinvenibile nella previsione di obbligatorietà del tentativo di conciliazione per tutte le controversie giudiziarie sancito dalla nuova formulazione dell'art. 412 bis c.c.⁵, che, curiosamente, se non significativamente, ha ripristinato il regime di giurisdizione condizionata, originariamente previsto dalla legislazione fascista.

Tale complesso di norme ha, così, rafforzato la dimensione conciliativa "corroborata" dall'intervento sindacale.

L'interesse del sindacato e la sua presenza sui tavoli conciliativi, non ha in effetti mancato di far sentire il suo peso, sia per l'esercizio delle forme di tutela istituzionale dei lavoratori, sia per evitare che le conciliazioni si traducessero in abdicazioni di diritti ritenuti inderogabili o letture della normativa o dei contratti collettivi non coincidenti con la loro visione o i loro interessi.

In tal modo, gli organi conciliativi hanno contribuito alla definizione di alcune soglie di "transigibilità", scoraggiando, se non addirittura impedendo, soluzioni, a volte complesse od originali, prospettate loro dalle parti, ingabbiando i titoli conciliativi in ristrette fattispecie o comunque ammettendo, anche in contrasto con la volontà dei lavoratori, solo soluzioni ritenute "giuste".

Particolare attenzione delle commissioni di conciliazione è stata posta, ad esempio, nell'evitare che le conciliazioni spacciassero per "transattive" delle mere erogazioni di somme dovute, ovvero, al fine di evitare il pagamento di contributi, si prefiggessero di configurare come autonome delle situazioni di fatto riconducibili alla subordinazione.

Pur a fronte di tali perplessità e incongruenze, la materia, a differenza di altre, non ha trovato, negli ultimi tempi, motivi di particolare dibattito dottrinale o giurisprudenziale, essendo, anzi, stati sufficientemente definiti, senza significativi contrasti, i confini della disciplina.

Rimane aperta attualmente la questione della non ammissibilità del ricorso agli arbitrati in materia di lavoro, invocati soprattutto al fine di snellire l'insopportabile carico giudiziale per le controversie di lavoro.

E', infatti, innegabile che l'ammissibilità di un patto compromissorio per il deferimento ad arbitri si scontrerebbe con l'attuale regime di indisponibilità dei diritti dei lavoratori imponendo una fondamentale riforma dell'attuale disciplina dell'art. 2113 c.c.

La disciplina delle transazioni ex art. 2113 c.c. come novellato dalla legge n 533/1973

Come sopra si è visto, l'attuale testo dell'art. 2113 c.c. è quello emanato dal legislatore del 1942, modificato dall'art. 6 della Legge. n. 533/73.

MODIFICHE

- 1) Ha sostituito il precedente riferimento del codice alle norme corporative con quello ai contratti o accordi collettivi,
- 2) Ha esteso, la tutela sulle rinunzie e transazioni a tutti i rapporti di cui all'art 409 c.p.c. (quindi anche al rapporto di agenzia e ai cosiddetti rapporti di lavoro parasubordinato)
- 3) Ha allungato il termine dell'impugnazione di disposizioni pregiudizievoli per il lavoratore sino a sei mesi, a fronte dei tre originariamente previsti.

Inderogabilità e indisponibilità

I due principali mezzi di tutela del lavoratore nell'esercizio del potere di transigere una vertenza o compiere una rinunzia sono:

- a) l'inderogabilità delle norme che attribuiscono al lavoratore diritti soggettivi
- b) il regime di indisponibilità (o relativa indisponibilità) che assiste i diritti stessi.

In specie, l'inderogabilità delle norme che regolano il rapporto di lavoro è riferibile ad un complesso di diritti soprattutto afferenti il momento genetico. Al lavoratore assunto deve essere infatti attribuito il trattamento economico e normativo prescritto dalle norme di legge non modificabili in pejus dalle parti. In questa fase, ogni atto dispositivo di tale trattamento (in senso peggiorativo) è affetto da nullità (art. 1418 c.c.) ovvero da annullabilità (art. 1425 c.c.), con la sostituzione *ope legis* delle norme inderogabili alle clausole contrarie del contratto individuale⁶. La Suprema Corte, con sentenza 18.11.2000 n. 14952, ha affermato che *il disposto dell'art. 2113 c.c. prevede un'ipotesi di indisponibilità che non può identificarsi con la nullità, attesa la necessità di un'impugnazione da esercitarsi, a pena di decadenza, entro il termine di sei mesi.*

L'ipotesi di transigibilità riguarda diritti già entrati nel patrimonio del lavoratore e non diritti non ancora acquisiti nel patrimonio del rinunziante. (Cass. 8 novembre 2001 n. 13834)

Quanto all'indisponibilità, in primo luogo, va osservato che essa attiene alla fase successiva alla costituzione del rapporto, fase in cui i diritti da esso derivanti sono ormai entrati nella sfera giuridica del lavoratore e per i quali lo stesso potrebbe accettarne la limitazione o la soppressione per mezzo di rinunzie e transazioni.

Ciò è possibile quando oggetto di tali atti dispositivi siano diritti considerati

⁵ Avvenuto con l'art. 39 del D.Lgs.31.3.1998 n.80.

⁶ Secondo Cass.11.3.1970 n. 631 "La impugnativa ex art.2113 c.c. si aggiunge e non si sostituisce ai normali mezzi di impugnazione dei contratti (e cioè alle normali

azioni di nullità e di annullabilità) con riguardo a rinunzie e transazioni riferentisi ad un percorso rapporto di lavoro.

disponibili. Differentemente, quando la rinuncia o la transazione ha ad oggetto diritti derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dagli accordi collettivi, l'art. 2113 c.c. ne sancisce l'invalidità stabilendo l'annullabilità dell'atto dispositivo.

E' discussa in dottrina l'individuazione degli specifici diritti cui applicare l'art 2113 c.c.. Il concetto di norma inderogabile postula infatti intrinsecamente l'intento protettivo o garantistico di condizioni minimali (mediante la fissazione di limiti minimi ai vantaggi e di limiti massimi a sacrifici); di talché restano fuori da questo schema di inderogabilità, propri dell'autonomia normativa negoziale, gli atti dispositivi di determinazione di istituti non previsti dalla legge come soglia di garanzia, i quali, attribuendo vantaggi superiori ai minimi o imponendo sacrifici inferiori ai massimi, concretizzano condizioni individuali o collettive più favorevoli di quelle assicurate dalle norme imperative.

Ciò avviene sia in fattispecie di attribuzione di superminimi, *di assegni ad personam, di indennità aggiuntive a quelle disposte dai contratti collettivi, di premi di produzione, sia in caso di effettuazione di atti di previdenza volontari del datore di lavoro o di assicurazione di condizioni di lavoro, latamente intese, superiori a quelle previste dai ccnl di categoria.*

In tali casi, la trattativa individuale è assolutamente compatibile con il regime di indisponibilità, che riemerge tuttavia allorché il lavoratore sia chiamato a disporre di istituti che, pur originariamente non previsti come legalmente dovuti, vengono a costituire, su base contrattuale (formalizzata in uno strumento scritto o attuata per facta concludentia), delle componenti giuridiche positive dovute per tutte le successive fasi del rapporto.(scrivi nota)

Un'eventuale rinuncia nel corso del rapporto di tali diritti, sarebbe comunque vietata ex art. 2103 c.c., e rientrerebbe, in quanto disposizione

e contraria a norma inderogabile, nella portata dell'art. 2113 c.c

Concludendo sul punto, possiamo dire che, in materia, si presentano tre distinte discipline:

a) quella delle rinunzie e transazioni relative a diritti indisponibili, sanzionata da nullità ex art. 1966 c.c. e 1418 c.c.

b) quella delle rinunzie e transazioni relative a diritti inderogabili che, determinando un trattamento inferiore al minimo garantito, è caratterizzata dall'annullabilità ex art. 2113 c.c.;

c) quella delle negoziazioni afferenti a condizioni economiche e normative di maggior favore rispetto a quanto previsto dalla legge e dai contratti collettivi, che diventano indisponibili solo allorché vengano a far parte del rapporto contrattuale.

Trattasi di un'ipotesi di annullabilità e non di nullità.

Trattasi di una forma particolare di annullabilità, che non deve raggiungere effetti caducanti della transazione con sentenza, ma che derivano automaticamente dalla comunicazione della volontà del lavoratore di rimuoverli

Ambito di applicazione della disciplina delle rinunzie e transazioni

Rapporti giuridici oggetto della tutela

Leggendo l'art 2113 ci si rende subito conto che la norma è applicabile non solo ai rapporti di lavoro subordinato, ma anche ai rapporti di lavoro contemplati dall'art. 409 del codice di procedura civile¹². Di conseguenza, l'art 2113 cod. civ. si applica ai rapporti di agenzia, ai rapporti derivanti dai contratti agrari, ai rapporti di lavoro degli enti pubblici economici e degli altri enti pubblici, sempreché la legge non devolva la materia ad altro giudice, nonché ai rapporti di collaborazione coordinata e continuativa di cui al numero 3 dell'art 409 c.p.c. contratti a progetto.

Risulta chiaro, invero, che il nuovo testo dell'art. 2113 cod. civ. supera l'ambito del lavoro subordinato ed estende la sua applicazione anche ai rapporti di lavoro autonomo o associato indicati nell'art. 409 cod. proc. civ.¹³. agente persona fisica.

In tale ottica, il riferimento alla figura del "prestatore di lavoro", in virtù della genericità del rinvio, viene a coincidere con quella di lavoratore in senso ampio e atecnico, idoneo a comprendere, pertanto, tutte le fattispecie di cui all'art.409 cod.proc.civ.

L'innovazione più significativa è l'estensione dell'art.2113 cod.civ. alla c.d. parasubordinazione, cioè ai rapporti di lavoro autonomo caratterizzati dalla continuità e personalità della prestazione e dal suo coordinamento con l'attività dell'impresa committente. Lo scopo di tale estensione va individuato nella circostanza che anche i suddetti lavori si trovano in una situazione di inferiorità economica e di debolezza contrattuale e, pertanto, sotto tale profilo, sono stati considerati dal Legislatore simili ai lavoratori subordinati.

Non rilevano, nelle sfere individuali, le rinunzie collettive, stipulate dalle OOSS con riferimento ad una generalità di lavoratori, a meno che i lavoratori abbiano conferito espresso mandato o che abbiano successivamente ratificato l'accordo (Cass. 27 febbraio 1995 n. 2244)

Esame delle singole situazioni giuridiche oggetto di tutela

L'art 2113 c.c. si riferisce alle rinunce e transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro "derivanti da disposizioni inderogabili della legge, dei contratti o accordi collettivi".

Limitandosi a considerazioni pratiche, la proposizione normativa richiamata si riferisce, da un lato, solo ai diritti ormai acquisiti e, dall'altro, solo a quelli previsti da disposizioni inderogabili di legge o da quelle, sempre purché inderogabili, di contratti o accordi collettivi, con esclusione quindi dei trattamenti che presuppongono, per il loro sorgere anche nel corso del rapporto, di una pattuizione specifica bilaterale.

E' stato ritenuto rinunziabile, ad esempio, il diritto a fruire di giorni di per-

messo, o allo svolgimento di lavoro straordinario. E' stata parimenti ritenuta rinunciabile la qualificazione subordinata del rapporto⁷.

Si può transigere, con i limiti di cui all'art. 2113 c.c., ogni diritto di natura retributiva e risarcitoria che trae origine dalla legge e dal contratto collettivo e che non leda i diritti fondamentali della persona (diritto alla salute, alle ferie, alla previdenza, che rimangono soggetti al regime delle nullità ex art. 1418 c.c. abbia oggetto tutto, ma con il vincolo della mancata impugnazione.

Diritti irrinunciabili, per i quali si potrebbe sostenere la annullabilità dei negozi con cui si disponga di essi, possono essere oggetto di transazione.

Esempi: i diritti alla salute, al riposo settimanale, alle ferie, alla previdenza ed assistenza che l'art 36 Cost. dichiara irrinunciabili⁸.

Diritti rinunciabili ex 2113 c.c.

E' tuttavia rinunciabile il diritto al risarcimento connessi agli stessi diritti e, in generale, a tutte le rivendicazioni aventi natura retributiva e risarcitoria,.

Tra essi è ricompreso il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato.

Cass. 24.01.1987, n. 672 (Cort.Cost. 20.03.1974, n. 77 che ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale dell'articolo in esame sollevata con riferimento all'art.36 Cost.), o, ancora, il diritto alla qualifica e al relativo trattamento, corrispondente alle mansioni svolte, con riferimento al quale l'art. 2103 c.c. dispone che ogni patto contrario è nullo, riferendosi tale disposizione alle patteggiamenti preventivi.

Parimenti, rientrano nell'ambito dell'art. in commento gli atti di disposizione relativi alle conseguenze patrimoniali del mancato o irregolare versamento dei contributi, mentre la nullità comminata dall'art 2115 u.c. si riferisce al patto con il quale si esima, direttamente o indirettamente, il datore di lavoro dall'obbligo di versamento dei contributi agli enti previdenziali. (Cass. 12.02.2004, n. 2734)

Diritti comunque rinunciabili

Al contrario, vi sono diritti di cui il lavoratore può liberamente disporre con atti che si sottraggono alle norme in commento. Oltre ai negozi di trattamenti migliorativi previsti dal contratto individuale, l'articolo in parola non si applica a qualsivoglia atto relativo al recesso del datore di lavoro o del lavoratore.

D'altronde le stesse dimissioni del lavoratore subordinato sono riferibili ad

un diritto disponibile del lavoratore e, quindi, sottratte alla disciplina dell'art 2113 cod.civ., salvo che non siano state poste in essere nell'ambito di un atto negoziale complesso, il cui contenuto investa anche altri diritti del prestatore derivanti da disposizioni inderogabili di legge o dall'autonomia collettiva, atto che, quindi, risulta soggetto al precetto posto da detta norma in relazione all'intero suo contenuto. (Cass. 06.08.1998, n. 7730).

Parimenti non è stata ritenuta impugnabile la risoluzione del rapporto per mutuo consenso (Cass. 28.11.1992, n. 12745⁹), anche se preceduta da licenziamento previamente revocato (Cass. 83/4667).

La rinuncia o la transazione infatti conclusa tra dipendente e datore di lavoro, avente ad oggetto la risoluzione del rapporto di lavoro, non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 2113 c.c. in quanto, anche quando è garantita la stabilità del posto di lavoro, questa garanzia dipende da leggi e disposizioni collettive mentre l'ordinamento riconosce al lavoratore il diritto potestativo di disporre negozialmente e definitivamente del rapporto di lavoro stesso, in base all'art. 2118 c.c. (Cass. 4780 del 28.3.2002),

Tali esclusioni trovano la loro ragione, in sintesi, nel fatto che l'interesse alla prosecuzione del rapporto resta nel campo del disponibile, giusta la facoltà di recesso ad *nutum* che la legge riconosce al lavoratore, la possibilità di risoluzione consensuale anche del contratto di lavoro e la possibilità di consolidamento degli effetti di un licenziamento illegittimo per mancanza di una tempestiva impugnazione.

Analogamente, è stata esclusa l'invalidità dell'accordo transattivo che ponga fine al rapporto, senza prevedere l'erogazione dell'indennità di mancato preavviso, stante in ultima analisi, la possibilità di scioglimento immediato del rapporto per mutuo consenso.

Da altro punto di vista, si è esclusa l'applicabilità dell'articolo in commento, in caso di accettazione del lavoratore del provvedimento di sospensione dal lavoro costituente alternativa al licenziamento (Cass 19.07.1994, n. 6723)

Le Rinunzie, le Transazioni e le Quietanze a saldo

Letteralmente l'art 2113 c.c. si applica alle rinunce e alle transazioni.

In genere gli interpreti dell'istituto considerano separatamente i due istituti, ritenendo preliminare stabilire cosa debba intendersi per rinuncia e per transazione, all'uopo ricollegandosi, in termini applicativi, alle trattazioni generali degli studiosi del diritto privato.

Un simile approccio non ha una motivazione esclusivamente scolastica. Ad

7 In tal senso Cass. 29 dicembre 1977, n. 5750, che ha ritenuto corretta la decisione di merito che aveva desunto la natura autonoma del rapporto, così escludendo l'obbligo contributivo in contestazione nel successivo giudizio, dalle dichiarazioni inserite in una transazione precedentemente sottoscritta per la composizione delle reciproche pretese derivanti dal cessato rapporto di lavoro; Cass. 30 maggio 1996, n. 5019, secondo cui, detto in altre parole, l'efficacia della

confessione va concepita non già come frutto dell'autonomia delle parti, ma come effetto di una dichiarazione di verità riconducibile ad un fatto di autoresponsabilità; Cass. 14 febbraio 1996, n. 1102). 24.03.2004, n. 5940

8 PERA, op.cit., pag 37. In giurisp. V. C 98/12556, relativa al diritto al risarcimento dei danni conseguenti alla violazione del diritto al riposo.

9 "Il lavoratore licenziato ingiustamente per esserne stata disattesa l'opzione per la prosecuzione del rapporto di lavoro ai sensi dell'art. 6 del D.L. 22 dicembre 1981 n. 791, convertito con legge n. 54 del 1982, può agire in sede giudiziale limitando la propria pretesa al risarcimento del danno, senza chiedere anche la propria reintegrazione; l'una e l'altra domanda presuppongono, peraltro, l'illegittimità dell'interruzione del rapporto di lavoro, la

quale non può più farsi valere nel caso in cui -secondo un accertamento di fatto riservato al giudice del merito - risulti che il lavoratore, sia pur attraverso un comportamento concludente, abbia rinunciato alla prosecuzione del rapporto o abbia aderito alla risoluzione consensuale del medesimo, restando esclusa l'applicabilità in tali casi (come in quello di dimissioni) della norma dell'art. 2113 cod. civ. (nel testo sostituito dall'art. 6 della legge n. 533 del 1973)".

esso è sotteso un preciso scopo pratico, ad esempio per l'ipotesi in cui, a seguito di un licenziamento, il datore di lavoro contrapponga alla rivendicazione di illegittimità del recesso da parte del lavoratore un documento (quietanza liberatoria), cui vorrebbe attribuirsi portata di accettazione della cessazione del rapporto, non impugnata nel termine previsto.

Senonché si è sostenuto che un simile documento non comproverebbe affatto l'avvenuta rinuncia o transazione ben dovendosi respingere l'eccezione di decadenza e, quindi, la piena proponibilità della rivendicazione.

In dottrina si è dubitato della necessità di distinguere l'un negozio dall'altro, ricercando i rispettivi dati caratteristici, ritenendosi l'espressione "rinunce e transazioni" una semplice endiadi, significativa di un solo concetto, volto ad individuare qualunque rinuncia, anche parziale, intesa in senso sostanziale. Il minimo indispensabile affinché possa scattare il meccanismo della norma, è che nella manifestazione di volontà si concretizzi una rinuncia, almeno parziale, rispetto al totale dei diritti rivendicabili.

Interessante rilievo potrebbe essere quello relativo alla impossibilità di definire un atto di rinuncia con le caratteristiche di inoppugnabilità, posto che l'articolo 410 e 411 c.p.c. contemplano solo ipotesi conciliative e non di mera rinuncia, nel senso che la accettazione dell'ablazione di propri diritti potrebbe essere considerata ammissibile solo in presenza di un qualche vantaggio per il lavoratore.

La valutazione circa la interpretazione di una dichiarazione liberatoria (e così di un contestato atto di rinuncia o transazione) compete al giudice del merito e si sottrae al sindacato di legittimità se sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici o giuridici (Cass., 5.12.1997 n. 12374; 1.2.1988 n. 879).

La rinuncia: natura giuridica e forma

La rinuncia ha natura di un negozio unilaterale, a forma libera. Essa è diretta alla dismissione, con efficacia abdicativa o traslativa, di un diritto soggettivo da parte del titolare. E' dubbio, invece, se sia un negozio recettizio o non recettizio, anche se sembra doversi preferire la tesi della non recettività, perché l'effetto incrementativo nel patrimonio del proprietario non è un effetto immediato, ma solo indotto della rinuncia, la quale, di per sé, ha un'efficacia puramente dismissiva del diritto. Pertanto, per la sua efficacia, non è necessario che la rinuncia sia indirizzata o portata a conoscenza né del diretto beneficiario, né di terzi.

La rinuncia deve contenere la indicazione della coscienza di avere dei diritti ed una chiara manifestazione di volontà di rinunziarvi (Cass.13 giugno 1998 n. 5930)

L'oggetto della rinuncia deve essere un diritto determinato o determinabile. Per il giudice è irrilevante, in quanto ha un valore meramente interiore, la spinta psicologica che induce il titolare a dismettere un proprio diritto. Tuttavia, secondo la giurisprudenza, non si devono confondere i motivi che inducono alla rinuncia con la conoscenza del valore del bene rinunciato.(Cass. 8 novembre 2001 n. 13834)

In generale per aversi rinuncia la giurisprudenza richiede, con espressioni

costanti una manifestazione di volontà chiara e consapevole di privarsi di specifici e determinati o determinabili diritti, pur non rilevando che il dichiarante abbia una esatta rappresentazione, sotto il profilo naturalistico o normativo, dell'oggetto, salvo l'errore essenziale di fatto o di diritto. Pertanto, si può affermare che è l'elemento volitivo a differenziare la rinuncia come negozio giuridico da altri atti aventi effetti analoghi.

La legittimazione alla rinuncia spetta al titolare del diritto soggettivo, cui la rinuncia si riferisce, pertanto, va escluso che la facoltà o il potere di rinuncia venga riconosciuto ad un soggetto diverso.

La rinuncia è atto a forma libera, a meno che non sia richiesta la forma scritta per il compimento di atti a cui la rinuncia si riferisce. Si considerino i diritti derivanti da un contratto di lavoro a tempo determinato o da un contratto di lavoro in prova. Parte della dottrina, però, critica l'orientamento secondo cui, per la rinuncia ad un diritto, occorrerebbe adottare le stesse forme richieste per la sua costituzione, sulla base della considerazione che i casi in cui la legge configura la rinuncia come atto formale, costituiscono eccezioni al principio della libertà di forma, tassativamente stabilite (art.1350, n.5, cod civ.).

Le rinunzie tacite

Si è visto come per la rinuncia non siano richiesti particolari requisiti di forma; di conseguenza si ritiene ammissibile la rinuncia tacita o per fatti concludenti.

Ciò del resto è prefigurato dall'ultimo comma dell'art.2937 cod. civ, secondo cui "*la rinuncia può risultare da un fatto incompatibile con la volontà di valersi della prescrizione*". Sulla base di tale previsione, una parte della dottrina ritiene ammissibile, anche ai fini dell'art. 2113 cod. civ., la rinuncia tacita durante lo svolgimento del rapporto di lavoro.

Larga parte della dottrina giuslavoristica ammette tuttavia con disfavore un simile approccio.

V'è da considerare che, nella concreta realtà dei fatti, tenuto conto della posizione di debolezza del lavoratore, possono ipotizzarsi diverse circostanze e situazioni, anche meramente psicologiche, che possono indurre il lavoratore al silenzio o alla non tempestiva rivendicazione dei propri diritti, senza che questo suo comportamento attesti, per massima d'esperienza sociale, una volontà abdicativa ai diritti.

Una parte della dottrina esclude radicalmente la possibilità di una rinuncia tacita del lavoratore, traendo argomento dal fatto che l'articolo 2113 c.c. consente l'impugnazione della rinuncia solo entro un termine perentorio, risultando così implicitamente necessario un atto scritto, che è il solo a poter essere datato.

Se il lavoratore deve impugnare la rinuncia con una manifestazione di volontà effettuata entro una certa data (solo rispetto ad un momento preciso è affermabile, ovviamente, la decorrenza di un termine di per sé perentorio di decadenza), ciò

implica logicamente che non vale la rinuncia purchessia, ma solo il negozio abdicativo formalmente identificabile, datato, pervenuto nella sfera della controparte e così sicuramente impugnabile.

Si poverrebbe altrimenti ad ipotizzare la rilevanza temporale di un comportamento abdicativo concludente, che di per sé non sarebbe definibile né agevolmente collocabile temporalmente, al pari dell'impugnazione tacita che risulta un concetto meramente teorico e che egualmente non risponde alla testuale previsione normativa.

Del resto, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha evidenziato che *il silenzio non può essere considerato nell'ambito del contratto di lavoro subordinato con il medesimo metro che vale ad attribuirgli gli stessi effetti del comportamento adesivo negli altri contratti, ciò a causa dello stato di soggezione economica del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, che impedisce di attribuire al silenzio del primo il significato di accettazione delle condizioni impostategli unilateralmente dall'altra parte.*

Si è ad esempio escluso che a seguito della scadenza di un contratto di lavoro a termine considerato nullo, la mancata reazione del lavoratore perdurata anche per anni sia configurabile come rinuncia all'impugnativa (Cass. 02.12.2002, n. 1707 ; Cass. 02 dicembre 2000, n. 15403).

La transazione

Nozione

La transazione, la cui nozione si rinviene nell'articolo 1965 del codice civile, è il contratto diretto, mediante reciproche concessioni, a rimuovere una lite esistente o a prevenirne una eventuale. Nella materia del lavoro, in considerazione della generale sotto ordinazione sociale del lavoratore rispetto al datore di lavoro, si è sempre interpretato in modo ampio il requisito della lite (conflitto giuridico) o delle reciproche concessioni e ciò proprio al fine di ampliare la portata applicativa dell'articolo 2113 del codice civile e la conseguente invalidità e impugnabilità delle disposizioni abdicative dei diritti inderogabilmente previsti da leggi o da contratti collettivi. (Tribunale di Siracusa sentenza 07.06.2001).

Per la Cassazione, perché si definisca Transazione sono necessari - *la res litigiosa o dubia rappresentata nel potenziale diritto del lavoratore a far valere diritti acquisiti successivamente alla cessazione del rapporto di lavoro;* - *le reciproche concessioni rappresentate ad es. nell'erogazione di somme di danaro e per il ricorrente nella rinuncia a far valere diritti successivamente alla cessazione del rapporto;* un oggetto determinabile rappresentato da tutte le potenziali liti che il ricorrente poteva far valere e nella sostanza riconducibile al precedente rapporto di lavoro; - *la manifesta volontà del lavoratore rappresentata dalla rinuncia ad ogni diritto derivante dal precorso rapporto e "inoltre" all'impugnativa del licenziamento;* - *la manifesta consapevolezza del ricorrente di conoscere il contenuto del verbale accordo sindacale ove era espressamente previsto che il lavoratore che avesse beneficiato dell'incentivo all'esodo avrebbe sottoscritto una concilia-*

zione ex art. 411 c. p.c. "contenente ampie rinunzie ad ogni pretesa o azione comunque riferibile al precorso rapporto di lavoro... ed alla sua risoluzione" e quindi tutti gli elementi determinativi della sua validità, oltre che della sua portata (Cass.19.08.2004, n. 16283)

Essenziale per la configurabilità di un contratto transattivo è l'esistenza di un'incertezza soggettiva, che si esprime in un conflitto attuale o potenziale tra le parti, qualificato da opposte pretese. Perché ricorra la fattispecie in esame è necessario che le parti risolvano tale conflitto mediante reciproche concessioni (*aliquid dare e aliquid retinere*). In tal senso Cass. 6663/2002). Se la concessione fosse infatti unilaterale, se cioè una sola delle parti rinunciava, totalmente o parzialmente a propri diritti o alle proprie pretese, non avremmo una transazione, ma una rinuncia.

Mediante le reciproche concessioni le parti possono :

- ◆ incidere sul rapporto che è oggetto della lite, modificandolo (transazione semplice);
- ◆ sostituire integralmente la situazione preesistente (transazione novativa);
- ◆ creare, modificare o estinguere i rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti (transazione mista).

Il legislatore, quindi, ha voluto predisporre una disciplina di particolare tutela dal lavoratore ed ha stabilito che le rinunzie e le transazioni possono essere dal medesimo impugnate, entro un termine perentorio, così introducendo una ulteriore figura di annullabilità oltre alla azione generale prevista dagli artt. 1425 e segg. c. c. Questa esigenza di tutela, collegata al rischio che la volontà del lavoratore possa essere coartata ed indirizzata ad un risultato contrario ai suoi interessi, non sussiste, peraltro, quando la conciliazione si realizza in una delle forme previste dagli artt. 185, 410 e 411 c. p.c.

In particolare, poiché il terzo comma dell'art. 2113 c. c. richiama tutto l' art. 411 c. p.c., ai sensi del terzo comma di quest'ultimo articolo anche le rinunzie e le transazioni concluse in sede sindacale, al pari di quelle concluse in sede giudiziale o davanti alle commissioni conciliative istituite presso l'ufficio del lavoro, sono sottratte alla impugnazione di cui si discute.

Più specificamente, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 2113 c. c., il negozio transattivo stipulato in sede conciliativa, giudiziale o stragiudiziale, è assoggettato a un regime giuridico derogatorio della regola generale -stabilita dai commi secondo e terzo della predetta norma- dell'impugnabilità nel termine decennale di sei mesi, perché l'intervento del terzo investito di una funzione pubblica (giudice, autorità amministrativa o associazione di categoria) è ritenuto idoneo a superare la presunzione di non libertà del consenso del lavoratore (Cass. 12 giugno 1995 n. 6611).

Infatti, in carenza di forme specifiche l'atto transattivo è inefficace e l'accordo non produce effetti ed è nullo, quindi liberamente impugnabile dal lavoratore (Cass. 6 gennaio 1984 n. 3700)

Disciplina

Secondo i normali canoni giuridici di diritto privato, non è ammessa la transazione in materia di diritti sottratti alla disponibilità delle parti, come, ad esempio, quelli che attengono allo stato, alla capacità delle persone o ai rapporti di famiglia.

E' nulla la transazione relativa a un contratto illecito (art.1972 c.c.): l'illeceità del contratto determinerebbe, infatti, l'illeceità della transazione stessa.

Nel generico regime di invalidità, ancorché soggette al già citato termine per l'impugnativa, rientrano le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni di legge o di contratti collettivi;

Tranne casi tipicamente previsti dall'ordinamento (ad esempio per gli immobili per i quali è richiesta una forma scritta), la transazione richiede la forma scritta *ad probationem*;

Non è annullabile la transazione per errore di diritto (art 1969 c.c.), in quanto in contrasto con la funzione pratica della transazione, che è proprio quella di comporre e prevenire liti, basate per lo più sulla dubbia o erronea interpretazione della legge. Non è possibile, inoltre, l'impugnazione per lesione (art. 1970 c.c.), dato che l'atto ha lo scopo di sostituire la nuova situazione a una situazione di dubbio valore.

Requisiti della transazione

I requisiti del negozio in esame sono:

◆ la lite (*res litigiosa*), ossia il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di un soggetto e dalla resistenza dell'altro. La pretesa deve consistere nell'affermazione di un diritto e non nella mera affermazione di un interesse economicamente apprezzabile;

◆ la *res dubia*, la lite deve presentare anche un connotato di incertezza, anche se la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono che la *res dubia* si identifichi con l'esistenza stessa della lite.

Oggetto del negozio transattivo

L'oggetto del negozio transattivo va identificato non in relazione alle espressioni letterali utilizzate dalle parti, non essendo necessaria una puntuale specificazione delle contrapposte pretese, bensì in relazione all'oggettiva situazione di contrasto che le parti stesse hanno inteso comporre attraverso reciproche concessioni, giacché la transazione, quale strumento negoziale di prevenzione di una lite, è destinata, analogamente alla sentenza, a coprire il dedotto e il deducibile: pertanto, ove il lavoratore in sede di conciliazione giudiziale abbia manifestato il proprio consenso alla risoluzione del rapporto di lavoro, l'efficacia transattiva dell'accordo raggiunto non può che essere riferita, in mancanza di specifiche limitazioni, a tutti i diritti scaturenti dal rapporto che risultino obiettivamente determinabili, quale, ad esempio, la rivendicazione di una qualifica superiore (85/1183).

Nella interpretazione delle conciliazioni intervenute ex art. 410 cpc (in sede amministrativa avanti alla commissione provinciale di conciliazione istituita presso la Direzione provinciale del Lavoro o in sede sindacale) occorre fare ricorso ai normali canoni di interpretazione contrattuale (articoli 1362, 1363, 1364 e 1365 c.c.) che prevalgono su quelli interpretativi – integrativi (articoli 1366, 1367, 1368, 1369, 1370 e 1371 c.c.). Da ciò ne consegue che laddove il senso della scrittura è chiaro non occorre far riferimento ad altri criteri, di talché, ove non emerga che, ove il lavoratore non abbia avuto l'esatta rappresentazione dei diritti che intendeva dismettere in favore del proprio datore, la quietanza di pagamento non può integrare rinuncia. Al più, tale atto può risolversi in una mera dichiarazione di scienza, fondata sul convincimento soggettivo del lavoratore di essere stato soddisfatto di tutti i propri diritti, ma priva di qualsiasi effetto negoziale e, quindi, inidonea a dismettere dei diritti e a precludere la loro difesa giudiziaria (Cass.15371 del 14 ottobre 2003)

L'accertamento è rimesso al giudice di merito, con valutazione che, se congruamente motivata, con accertamento 1) della consapevolezza del lavoratore di essere titolare di determinati diritti 2) di aver inteso scientemente e consapevolmente di rinunziarvi, non può essere oggetto di censura di legittimità (Cass.13.1.2001 n.429)

La Suprema Corte ha affermato che, ove tra le parti sussista contrasto sul punto, oggetto della transazione può essere la qualificazione subordinata del rapporto (cfr. Cass. 288 del 13.1.1984).

Le quietanze a saldo : l'orientamento della dottrina

Le quietanze a saldo sono delle mere dichiarazioni liberatorie, con le quali il lavoratore, alla cessazione del rapporto o nel corso del suo svolgimento, dà atto di aver ricevuto una determinata somma a soddisfacimento delle sue spettanze e di non aver altro a pretendere per qualsiasi causa, titolo o ragione. Riguardo ad esse, nessun problema sorge per la prima parte di tali documenti, in cui l'attestazione di ricevimento di una data somma ha sicuramente valore confessorio. Difficoltà sorgono in ordine alla natura (transattiva o meno) delle generiche dichiarazioni di soddisfazione di saldo, sia per ciò che riguarda la loro natura giuridica, sia per ciò che riguarda la loro efficacia.

La dottrina, per quanto concerne il primo aspetto, non è unanime, ritenendosi che si tratti di negozi di accertamento, secondo alcuni, negozi "liberatori", secondo altri di vere e proprie rinunzie.

Già in linea generale è discussa l'ammissibilità nel nostro ordinamento dei negozi liberatori, dato che manca una disposizione testuale a riguardo.

Inoltre, per quanto concerne la seconda classificazione, sembra difficile parlare di negozio di accertamento con effetti liberatori, di fronte a un documento che attesta un fatto ed è accompagnato da una dichiarazione di valore; ed altrettanto difficile appare il riferimento ad un negozio di accertamento puramente unilaterale.

le, su rapporti in parte sottratti all'autonomia dei singoli e comunque esauriti.

Infine, lo stesso presupposto su cui dovrebbe basarsi il negozio di accertamento – l'esistenza di una situazione di incertezza da rimuovere – potrebbe ricorrere tutt'al più in qualche caso particolare, ma non è certamente un elemento così strutturale della quietanza liberatoria.

Occorre rilevare che la quietanza a saldo è normalmente uno strumento di prova, mentre il negozio di accertamento è diretto a fini sostanziali.

E' opportuno soffermarsi sul problema del valore negoziale o meno che possa attribuirsi a dichiarazioni generiche, se non addirittura di stile.

Si deve osservare al riguardo che, se un documento non rivela né la volontà dell'atto, né la volontà del contenuto, cioè l'intento pratico che la parte persegue e che deve essere sempre presente in ogni negozio giuridico, occorre escludere ogni valore negoziale a tale documento¹⁰.

Potendosi identificare con certezza il solo personale convincimento del soggetto circa la completezza del pagamento (valore di quietanza di ricezione della somma) è evidente che, per i connessi effetti di rinuncia, non si ha né confessione, né accertamento, ma neppure un ipotizzabile altro negozio, essendo privo di quella manifestazione di volontà che dovrebbe caratterizzarlo. Né è sufficiente, a questo fine, che la dichiarazione possa essere rivolta alla produzione di un effetto giuridico, perché non da questo deriva il valore negoziale di un atto.

Ma anche se sono privi di valore negoziale, non vuol dire che questi documenti non possano essere inseriti nello schema di un particolare negozio abdicativo, allorché ricorrano determinate condizioni.

Si ritiene, in dottrina, che in presenza di circostanze non equivocate, questi documenti possano assumere il valore di rinuncia e transazione¹¹.

Tale ipotesi appare di difficile verifica proprio per la presenza delle citate clausole di stile, formulate in modo generico.

Si potrà eventualmente riscontrare nella quietanza una rinuncia, allorché vi siano dichiarazioni e di tal genere da rivelare comunque una volontà abdicativa, ovvero quando siano chiaramente individuabili gli elementi strutturali della rinuncia (oggetto, volontà abdicativa, causa). Parimenti, in caso di transazione, si dovrà accertare che vi sia stata una controversia, che le parti si siano fatte reciproche concessioni, che, in sostanza, la quietanza liberatoria non sia altro che il momento conclusivo di un "conflitto" e, quindi, del raggiungimento di un accordo che essa è semplicemente destinata a certificare¹².

In sostanza, secondo la dottrina, si può riscontrare nella quietanza una rinuncia o una transazione solo quando un complesso di circostanze e di elemen-

ti oggettivi consenta si individuare, al di là della formulazione generica, uno specifico contenuto negoziale ed una non equivoca manifestazione di volontà.

Le quietanze a saldo: l'orientamento della giurisprudenza

Si è già detto che le quietanze a saldo sono dichiarazioni con le quali il lavoratore riconosce di aver ricevuto quanto a lui spettante e di non aver null'altro a pretendere.

Secondo la giurisprudenza tali dichiarazioni sono da considerare di scienza, carenti di volontà dispositiva, cui non si applica l'art. 2113 c.c.

In tal senso, la Corte di Cassazione, in sentenza dell'11 Luglio 2001, n.9407, ha affermato che la quietanza a saldo sottoscritta dal lavoratore, contenente una dichiarazione di rinuncia, formulata in termini generici, a maggiori somme, per pretese in astratto ipotizzabili in relazione al rapporto di lavoro e/o in relazione alla fine dello stesso, intanto può assumere il valore di rinuncia o di transazione (che, quindi, il lavoratore ha l'onere di impugnare nei termini di cui all'art.2113 c.c.), in quanto risulti accertato, sulla base dell'interpretazione del documento o per il concorso di altre specifiche circostanze desumibili *aliunde*, che essa sia rilasciata con la consapevolezza di diritti determinati od obiettivamente determinabili e con il cosciente intento di abdicarvi o di transigere sui medesimi.

Tenuto conto del fatto che enunciazioni di tal genere sono assimilabili a clausole di stile, la mera ricorrenza delle stesse non può ritenersi sufficiente a comprovare l'effettiva sussistenza di una volontà dispositiva dell'interessato¹³. Secondo la Suprema Corte (Sent. del 20 novembre 1997, n 11581) in mancanza di elementi interpretativi che consentano di accertare tale cosciente volontà abdicativa, la quietanza a saldo assume il contenuto di una mera dichiarazione di scienza o di opinione. La giurisprudenza dominante ritiene che le quietanze liberatorie predisposte dal datore di lavoro su moduli standardizzati o a stampa, non abbiano efficacia e non costituiscano né rinuncia né transazione, non potendo, pertanto, assoggettate alla disciplina dell'art. 2113 c.c.¹⁴. In tali casi, il decorso infruttuoso del termine di decadenza di sei mesi non ha alcuna efficacia sanante della quietanza liberatoria sottoscritta dal dipendente. Tale caratteristica non impedisce tuttavia che la quietanza a saldo possa assumere il valore di una confessione stragiudiziale con efficacia probatoria che, però, resta limitata ai fatti (ad esempio, avvenuto pagamento della somma)¹⁵.

Nella pratica, è frequente imbattersi in ipotesi di quietanze a saldo successive all'impugnazione di licenziamento.

13 Secondo Cass. 20 novembre 1997, n. 11581, *Non costituiscono rinunce o transazioni quelle dichiarazioni che hanno un oggetto indefinito e si esprimono in formule generiche di riferimento ad un preesistente rapporto di lavoro, equivalendo esse a mere clausole di stile, prive di riscontro effettivo nella determinazione dei contraenti relativa ai singoli diritti, i cui titoli non sono richiamati, ancorché inserite in atti*

abdicativi o transattivi sottoscritti in sede giudiziale, sindacale o amministrativa.

14 Pretura di Napoli 10 Luglio 1992, in Diritto e pratica del lavoro, 1993, pag. 152.

15 Cass. n.1941 del 1976, in Rivista italiana di diritto del lavoro, 1977, II, pag.493

10 PERA, *Le rinunzie e le transazioni del lavoratore*, Milano,1990,pag.54 e seguenti

a saldo nel diritto del lavoro, Novara,1969

11 JANNI RUBERTO, *Rinunzie e transazioni e quietanze*

12 NAPOLETANO, *le quietanze liberatorie nel diritto del lavoro*, cit, pag 41 e seguenti

Per tali ipotesi si è ritenuta l'inefficacia (Vedi Cass. 2 giugno 1995 n.6189; Cass. Sentenza 12.07.2002, n. 10193) delle stesse a far venir meno gli effetti dell'impugnativa del licenziamento nel presupposto dell'inesistenza di una espressa volontà di accettazione del licenziamento, pur sussistendo la possibilità che, in alcune circostanze, la dichiarazione possa essere interpretata in tal senso¹⁶.

Invalidità delle rinunzie e transazioni e mezzi di impugnazione

Si è già sopra ricordato che l'invalidità statuita dall'art. 2113 c.c., nelle ipotesi sopra sinteticamente descritte, costituisca un'ipotesi non di nullità, ma di annullabilità.

Nella sentenza la Corte di Cass. ha affermato, infatti, che le rinunzie e le transazioni, aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi, concernenti i rapporti di cui all'art. 409 cod.proc. civ., non sono radicalmente nulle, bensì annullabili per mezzo dell'impugnativa entro il termine perentorio previsto dall'art.2113, primo comma, cod. civ., disposizione questa che trova, peraltro, un suo limite di applicazione nella previsione di cui all'ultimo comma, che fa salve le conciliazioni intervenute in sede sindacale. (Cass. 14.12.1996, n.11181)

Si è anche visto che la natura transattiva di un negozio discende dalla qualità dei diritti rinunziati e non dalla utilità per il lavoratore.

La possibilità di impugnare le rinunzie e le transazioni, in quanto dispositive dei diritti del lavoratore, come sopra indicato, non è rimedio esclusivo, aggiungendosi alle normali azioni di nullità ed annullabilità dei contratti¹⁷ (Cass. 83/3758), non avendo, quindi, carattere generale né essendo esperibile in sostituzione dei normali mezzi dei contratti e degli atti unilaterali per altri eventuali vizi.¹⁸ (Cass. 84/368).

Per ciò che concerne i mezzi di impugnazione, soggetto legittimato all'impugnazione è il lavoratore che ha posto in essere la rinunzia o la transazione e non, ovviamente, il datore di lavoro. Egli potrà giovare anche dell'impugnazione effettuata con atto sottoscritto dal legale per suo conto, pur in assenza di una prece-

dente *procura scritta*¹⁹.

Il negozio di impugnazione è personale. A differenza dell'impugnazione del licenziamento individuale, il sindacato, cui appartiene il lavoratore, non ha un'autonoma facoltà di impugnazione dell'atto abdicativo, potendo intervenire per conto del lavoratore solo in base a un mandato conferito secondo le regole della rappresentanza volontaria²⁰.

Si discute se gli eredi o i soggetti di cui all'art.2122 c.c. possano impugnare gli atti dispositivi posti in essere dal de cuius. Mentre in dottrina si è per lo più risposto affermativamente²¹, la giurisprudenza si è dimostrata contraria²².

Si ritiene che il creditore del lavoratore possa esercitare l'impugnazione, con azione surrogatoria, come pure possa, per altro verso, esercitare azione revocatoria, qualora il lavoratore, con il negozio posto in essere, abbia dolosamente occultato il suo credito.

Essendo atto di natura recettizia, l'impugnazione deve essere portata a conoscenza del datore di lavoro²³.

Si discute se, in caso di trasferimento di azienda, un negozio dispositivo concluso con il cedente possa essere impugnato anche nei confronti del cessionario, propendendosi per la tesi affermativa anche nel caso in cui il rapporto sia cessato con la precedente gestione, e ciò in ragione del carattere oggettivo ed impersonale dell'azienda, per la prima ipotesi, e della normale responsabilità solidale dell'imprenditore subentrante, per la seconda.

Come previsto dal testo attuale della norma, con formula identica a quella stabilita dall'art.6, l.n. 604/66, il lavoratore può impugnare il negozio che lo pregiudica con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale. Sebbene la *volontà di impugnazione* possa risultare anche implicitamente, essa deve essere accertata in concreto, non potendo essere ravvisata in qualsiasi pretesa di spettanze derivanti dal rapporto di lavoro (Cass.95/77). Secondo parte della dottrina, l'impugnazione anche stragiudiziale, produce di per sé l'annullamento dell'atto, con la conseguenza che la successiva eventuale azione giudiziaria del lavoratore avrebbe ad

16 Secondo Cass.16.05.1996, n. 4542, " In relazione al principio secondo cui le quietanze a saldo o liberatorie sottoscritte dal lavoratore a seguito della risoluzione del rapporto non implicano di per se', anche se contenenti la menzione del licenziamento, l'accettazione del medesimo, ma possono assumere anche tale valore, in presenza di altre circostanze precise, concordanti e obiettivamente concludenti che dimostrino l'intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo, può essere indicativa di una siffatta volontà dell'interessato - onde la necessità di una adeguata motivazione al riguardo da parte del giudice di merito - la circostanza che la quietanza intervenga a distanza di vari anni da una risoluzione stragiudizialmente impugnata in prossimità dei fatti, rechi la premessa che il rapporto si è risolto per dimissioni e indichi come data di queste ultime e della conclusione del rapporto quella del dedotto, già

contestato, licenziamento"

17 Il disposto normativo va inteso nel senso che l'invalidità scaturisce immediatamente dall'oggetto dell'atto, in quanto investe diritti derivanti da disposizioni inderogabili, e configura non un'ipotesi di nullità del negozio, ma di mera annullabilità (Cass. 5 novembre 1990, n. 10575; Cass. 3 dicembre 1991, n. 12929; Cass. 9 dicembre 1992, n. 12938);

18 I vizi del negozio transattivo, diversi da quello relativo all'oggetto, possono essere fatti valere con le ordinarie azioni di nullità e di annullamento, di risoluzione e di rescissione, senza che l'esperimento di dette azioni possa essere pregiudicato dalla decadenza comminata dall'art. 2113 c. c. (Cass. 26 gennaio 1999, n. 710; Cass. 13 marzo 1992, n. 3093)

19 Secondo Cass. 16.06.1987, n. 5346 " L'impugnazione del lavoratore avverso rinunce e transazioni aventi ad oggetto diritti dello stesso, prevista dall'art. 2113 (nuovo testo) c. c., può essere effettuata anche con atto sottoscritto da un legale per conto del prestatore d'opera, in quanto la possibilità dell'intervento di terzi per conto del lavoratore, prevista dall'art. 6 della legge n. 604 del 1966, trova applicazione anche con riguardo alla fattispecie del detto art. 2113, mentre la necessità della forma scritta richiesta da tale articolo non comporta, ai sensi dell'art. 1392 c. c., che l'atto del legale debba essere preceduto da procura scritta, essendo detta impugnativa atto unilaterale non avente contenuto patrimoniale (art. 1324 c. c.)".

20 Cass.95/77.In dottrina Pera e Cester.

21 Aranguren, la tutela dei diritti dei lavoratori; Ferrara

22 Secondo Cass. 19.02.1987, n. 1805, infatti, L'impugnativa delle rinunzie e delle transazioni di cui all'art. 2113 cod. civ., invalide perché aventi ad oggetto diritti del lavoratore derivanti da disposizioni inderogabili della legge e della disciplina collettiva concernenti i rapporti di lavoro di cui all'art. 409 cod. proc. civ., costituisce - come desumibile dalla ratio e dalla formulazione (in particolare, secondo e terzo comma) del citato art. 2113 cod. civ. - un diritto potestativo concesso soltanto al lavoratore medesimo e non trasmissibile agli eredi, i quali perciò non possono esercitare detta impugnativa (ne iure successiois ne iure proprio) ma solo la normale azione di annullamento per i casi tassativamente previsti dalla legge

23 In tal senso Cass. 06.04.2001, n. 5189

oggetto la tutela dei diritti oggetto del negozio dispositivo, da esercitarsi entro i normali termini di prescrizione propri di ciascuno di essi²⁴. In questo senso si è pronunciata la Cass. (sent. n.1616/99), mentre, secondo un precedente orientamento, (Cass. Sent. n.338/88), una volta manifestata la volontà di impugnare, il lavoratore può agire per l'annullamento dell'atto entro il termine quinquennale di prescrizione o eccepirne l'invalidità in qualunque tempo, se convenuto per l'adempimento ex art 1442 c.c.

L'impugnazione deve avvenire a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla stipulazione del negozio dispositivo, se intervenuto successivamente. Se la transazione deve eseguirsi in un momento successivo a quello in cui è stata conclusa, il dies a quo del termine semestrale è quello della stipulazione dell'atto (Cass. sent.n.2483/80).

In caso di successione di due distinti rapporti tra le medesime parti, e nell'ipotesi in cui l'atto abdicativo si collochi tra la cessazione del primo e l'inizio del secondo, la giurisprudenza ritiene che il termine decorra dalla fine del rapporto originario, cui l'atto si riferisce, non rilevando che tra le stesse parti continui a sussistere un rapporto di lavoro, ciò anche nel caso in cui l'atto impugnato dal lavoratore sia quello con cui è stato novato il rapporto originario.

Secondo una parte della dottrina, in caso di licenziamento nullo, il termine non inizia a decorrere, dovendosi aver riguardo all'effettiva, giuridica, cessazione del rapporto.

Identica soluzione è sostenuta nel caso di licenziamento intimato in costanza di malattia, in virtù dell'efficacia sospensiva di tale situazione, ex art 2110 c.c.

Con riguardo al periodo di preavviso, si distingue l'ipotesi in cui il rapporto abbia normalmente fine con il termine di tale periodo ovvero si accetti, in luogo del preavviso, l'indennità sostitutiva dello stesso, con immediata fine del rapporto, dall'ipotesi in cui il lavoratore, estromesso immediatamente dall'azienda, a tanto non consenta. In quest'ultimo caso, per la cosiddetta efficacia reale del preavviso, il termine si ritiene che inizi a decorrere dalla fine del periodo di preavviso, a cui il lavoratore avrebbe avuto diritto.

La eventuale decadenza dall'impugnazione non può essere rilevata d'ufficio dal giudice, non concernendo materia sottratta alla disponibilità delle parti, ai fini dell'art 2969 c.c.²⁵. Essa deve essere eccepita nella memoria di costituzione in primo grado (art. 416 c.p.c.) e non per la prima volta in appello, stante le preclusioni di cui all'art.437 c.p.c.

Le Conciliazioni valide

24 Secondo Cass. Cass. 28 giugno 1997, n. 5819, *L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dall'eventuale data successiva di sottoscrizione (comma 2), e può avere corso anche stragiudizialmente con qualsiasi atto scritto idoneo ad esprimere la volontà del lavoratore:*

l'impugnazione stragiudiziale impedisce la decadenza dall'azione di annullamento, che può essere, poi, esercitata entro il termine quinquennale di prescrizione, previsto dall'art. 1442, comma 1, c. c.

25 S In tal senso Cass. 25 luglio 1998, n. 7306; Cass. 26 gennaio 1995, n. 908

L'u.c. dell'art.2113 c.c. sottrae al regime di invalidità le conciliazioni intervenute dinanzi al giudice, ai sensi dell'art. 420 c.p.c. o innanzi alla commissione intersindacale di conciliazione costituita presso l'UPLMO ovvero, in sede sindacale, ex art 410 e 411 c.p.c.

Secondo (Cassazione 11.12.1999, n. 13910), il quarto comma dell'art. 2113 c. c. sottrae al regime di impugnabilità tre tipi di conciliazione, definite non direttamente dalla legge sostanziale, ma mediante rinvio formale alla legge processuale (artt. 185, 410 e 411 c. p.c.), caratterizzate tutte e tre dall'intervento, nella conciliazione, di un soggetto terzo, rispettivamente il giudice, la commissione provinciale di conciliazione presso l'Ufficio del lavoro, ed il sindacato, ritenuti dal legislatore idonei a tutelare il lavoratore nel genuino formarsi della sua volontà transattiva o di rinuncia.

La stessa ha parimenti escluso l'inopponibilità per altre forme di conciliazione, interpretando l' art. 2113, quarto comma, c. c. in senso rigoroso, nel senso cioè che soltanto le tipologie conciliative da essa indicate valgono a sottrarre la rinuncia o la transazione del lavoratore al regime della annullabilità sancito dallo stesso articolo (Cass., Sez. Un. 10 maggio 1988, n. 3425), tanto da escludere che le conciliazioni giudiziali in sede non contenziosa previste dagli artt. 321 e 322 previgente c.p.c. (Cass., 3 giugno 1983, n. 3789), ed ora dall'art. 322 c. p.c. vigente, possano essere incluse nella previsione dell'art. 2113 ult. comma c. c.

L'indicazione è tassativa, non estensibile in via analogica ad altre forme di conciliazione. Il fondamento dell'eccezione, come comunemente si rileva, sta nella sottrazione del lavoratore alla condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro, secondo quanto specificato nelle premesse storiche della presente tesi, attraverso la presenza di soggetti qualificati²⁶.

La conciliazione giudiziale

Perché la conciliazione sia giudiziale e, dunque, inopponibile ai sensi della norma in discorso, è necessaria la partecipazione all'atto del giudice, non essendo sufficiente che l'accordo, sia pure formalizzato in un atto processuale, avvenga in penden-

26 Secondo cass. 27.02.1995, n. 2244 *La disposizione di cui all'art. 2213, primo comma, doc. civ., che stabilisce l'invalidità delle rinunzie e transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 cod. proc. civ. - disposizione che è conforme al principio generale sancito dall'art. 1966, secondo comma, cod. civ. in tema di nullità delle transazioni correlate a diritti sottratti alla disponibilità delle parti, per loro natura o per espressa disposizione di legge - trova il suo limite di applicazione nella previsione di cui all'ultimo comma del citato art. 2113 cod. civ. (in rapporto di specialità con la prima), che fa salve le conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 cod. proc. civ., ossia quelle conciliazioni nelle quali la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro. In tal senso anche Cass. S.U. 10/05/1988 3425 Secondo Cass 26.07.2002, n.11107, "La disposizione dell'art. 2213, primo comma, cod. civ., che stabilisce l'invalidità delle*

rinunzie e transazioni aventi per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge e dei contratti collettivi concernenti i rapporti di cui all'art. 409 cod. proc. civ. - disposizione che è conforme al principio generale sancito dall'art. 1966, secondo comma, cod. civ. in tema di nullità delle transazioni correlate a diritti sottratti alla disponibilità delle parti, per loro natura o per espressa disposizione di legge - trova il suo limite di applicazione nella previsione di cui all'ultimo comma del citato art. 2113 cod. civ., che fa salve le conciliazioni intervenute ai sensi degli artt. 185, 410 e 411 cod. proc. civ., ossia quelle conciliazioni nelle quali la posizione del lavoratore viene ad essere adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro per effetto dell'intervento in funzione garantista del terzo (autorità giudiziaria, amministrativa o sindacale) diretto al superamento della presunzione di condizionamento della libertà di espressione del consenso da parte del lavoratore, essendo la posizione di quest'ultimo adeguatamente protetta nei confronti del datore di lavoro.

za della lite (Cass. 72/856). Non è tuttavia necessario che il verbale di conciliazione sia sottoscritto dal cancelliere (Cass.78/2316). Sono, inoltre, sottratte all'impugnazione solo le conciliazioni concluse innanzi al giudice nel corso di una causa di lavoro (Cass. 83/3789). La conciliazione giudiziale ben può avere carattere omnicomprendente e riferirsi anche a pretese estranee alla domanda introduttiva del giudizio. Essa ha natura negoziale, da ciò conseguendo sia che l'indagine sulla volontà delle parti costituisce accertamento di fatto, riservato al giudice di merito ed incensurabile in cassazione, se adeguatamente motivato (Cass. sent.n.3855/81), sia che essa è impugnabile per i normali vizi di un contratto, ivi compresi quelli incidenti sulla formazione del consenso (Cass. sent.n.12929/91) e quelli relativi agli elementi essenziali del contratto²⁷.

La conciliazione avanti la commissione di Conciliazione presso la Direzione Provinciale del Lavoro

Sottratte all'impugnazione sono anche le conciliazioni concluse innanzi alle Commissioni costituite presso le Direzioni Provinciali del Lavoro (già UPLMO), ex art 410 c.p.c., nel testo introdotto dalla legge 533/73, che istituendo tali organi, ha implicitamente abrogato la previgente competenza dell'Ufficio del lavoro, ex art. 12, l.61/628 (Cass. 80/5072). L'intervento della commissione può essere richiesto sia dal lavoratore che dal datore di lavoro, anche oralmente, purché le rivendicazioni vengano successivamente verbalizzate. Non si richiede, ai fini dell'inoppugnabilità della conciliazione, che la Commissione svolga un ruolo attivo, ben potendo limitarsi a registrare una composizione già delineata dagli interessati in trattative libere (Cass. 83/7092; Cass. 04.05.1981, n. 2721²⁸). Anche la conciliazione conclusa dinanzi alla Commissione in parola è impugnabile con le normali azioni di nullità e di annullamento dei contratti (Cass. sent.n.1552/84), quindi, per errore di fatto, per nullità derivante dalla indeterminabilità dell'oggetto o dalla illiceità della causa.

Nel caso in cui le parti abbiano simulato una transazione, dissimulando una rinuncia semplice, questa resta liberamente impugnabile, nel normale termine di cui al c.2 dell'art.2113. Il deposito del processo verbale presso la cancelleria della (ex)pretura (ora Tribunale) a cura di una delle parti o dell'ufficio del lavoro e la dichiarazione di esecutività dello stesso con decreto del giudice, ad istanza di parte e previo accertamento della regolarità formale dell'atto, ex. art. 411 c.p.c., non incide sulla inoppugna-

bilità della conciliazione (Cass. 84/4413).

La conciliazione in sede sindacale

Richiamando l'art. 411 c.p.c., l'u.c. dell'art. in commento fa salve, accanto alle rinunce e transazioni concluse innanzi al giudice, ex art. 185 (*recte*:420) c.p.c., ed alla Commissione intersindacale costituita presso la Direzione Provinciale del lavoro, ex artt. 410 e 411, co.1° e 2°c.p.c., anche le conciliazioni svolte in sede sindacale, *id est* con l'assistenza del sindacato, ex. art 411, co. 3°, c.p.c. (Cass 91/9241), assistenza che può essere, eventualmente, anche disciplinata dai contratti e dagli accordi collettivi, così come espressamente previsto dall'art.410, co.1°, c.p.c. (Cass. 87/5274; Cass. 82/1482).

Il riferimento della S.C. alla eventualità della disciplina da parte dei contratti collettivi delle procedure di conciliazione in sede sindacale risolve il dubbio, espresso in dottrina, in ordine alla possibilità che rinunce e transazioni, inoppugnabili, possano essere concluse in tale sede pur in assenza di disciplina collettiva. Una parte della dottrina ritiene tuttavia che, qualora sussista una disciplina collettiva, solo la conciliazione rispettosa della stessa sia inoppugnabile.

Il riferimento alla sede sindacale non significa che le OO.SS. siano legittimate a stipulare conciliazioni vincolanti per i lavoratori interessati²⁹.

Esse devono essere stipulate personalmente dai lavoratori o a mezzo di mandatarî ad hoc muniti di potere. E' altresì possibile che il lavoratore presti acquiescenza, con comportamento inequivoco, alla conciliazione conclusa da un'associazione sindacale, che la ratifichi esplicitamente ovvero per comportamento concludente, non essendo di per sé necessario che il verbale di conciliazione contenga una specifica approvazione per iscritto³⁰.

Al più risalente orientamento secondo cui, ai fini dell'inoppugnabilità della conciliazione, pur non essendo sufficiente una generica assistenza sindacale, non era necessario un ruolo attivo del sindacato, ammettendosi che questo potesse limitarsi a registrare un accordo già formatosi (tra le altre, Cass. 88/1804;Cass.84/4413), se ne va contrapponendo un altro di contrario avviso, secondo cui è indispensabile l'effettiva assistenza del lavoratore da parte degli esponenti dell'organizzazione sindacale (Cass. 97/11248; Cass.95/908;Cass.91/11167). Differentemente, secondo il Tribunale di Vicenza (sentenza del 31-5-96), il dissenso del sindacato per la conciliazione sottoscritta dal lavoratore da esso assistito, manifestato con il rifiuto di sottoscrizione dell'atto, è irrilevante, avendo il sindacato il ruolo di mero garante della parità di posizione delle parti e non essendo un agente contrattuale. Tale decisione è stata cassata dalla S.C., secondo cui la conciliazione sindacale, per essere tale ai fini degli art. 411 comma

²⁷ Secondo Cass. 03.12.1991, n. 12929

La conciliazione giudiziale in materia di diritti del lavoratore garantiti da disposizioni inderogabili di legge si sottrae all'impugnazione prevista dall'art. 2113 c. c., ma non ai mezzi ordinariamente concessi alle parti di un contratto per farne valere i vizi che possono inficiarlo, ivi compresi quelli incidenti sulla formazione del consenso.(in tal senso anche Sen 19/02/1987 1805)

²⁸ "Secondo l'apprezzamento dello stesso legislatore - implicito nelle disposizioni dell'art 3 di 15 aprile 1948 n 381, dell'art 12 legge 22 luglio 1961 n 628 e degli originari artt 430 e 431 cod proc civ, come dei nuovi artt 410 e 411 dello stesso codice, gli uni e gli altri richiamati, rispettivamente dall'originario e dal nuovo testo dell'art 2113 cod civ -

l'intervento dell'ufficio provinciale del lavoro o della commissione provinciale di conciliazione è di per se idoneo a sottrarre il lavoratore a quella condizione di soggezione rispetto al datore di lavoro che rende sospette di prevaricazione da parte di quest'ultimo le transazioni o rinunzie intervenute nel corso del rapporto in ordine a diritti stabiliti da norme inderogabili. Detti organismi, infatti, adempiono il compito loro affidato dalla legge non solo quando, essendo ciò necessario, partecipino attivamente alla composizione delle contrastanti posizioni delle parti, ma anche quando, null'altro occorrendo nel caso specifico, riconoscano come espressione di una volontà non coartata del lavoratore, e conseguentemente registrino in un proprio atto, una composizione già dagli interessati delineata in trattative dirette".

²⁹ La suprema Corte ha precisato ripetutamente che non è sufficiente una generica assistenza sindacale per integrare la fattispecie di cui all'art. 2113, quarto comma, c. c. (Cass., 17 gennaio 1984, n. 381; Cass., 22 ottobre 1991, n. 11167 Cass. 11.12.1999, n. 13910)

³⁰ Secondo Cass. 22.10.1991, n. 11167, *La conciliazione in sede sindacale prevista dall'art. 411*

terzo comma cod.proc.civ., presuppone che l'accordo sia raggiunto con un'effettiva assistenza del lavoratore da parte di esponenti della propria organizzazione sindacale cioè di quella alla quale egli ha ritenuto di affidarsi. (Nella specie, la S.C. ha cassato la decisione dei giudici del merito che aveva ritenuto comunque sufficiente la partecipazione di un sindacalista alla conciliazione).

Avv.
Marco Valerio
SANTONOCITO

Aspetti e Prospettive del "Testo Unico c.d. Berlusconi" sull'edilizia Seconda parte.

Premessa: il D.lgs. 6/6/01 n.380 entrato in vigore l' 1/7/03

Nella prima parte di questo scritto¹, si è proposto un breve excursus storico della normativa edilizia in Italia e si è illustrata la natura dei titoli edificatori attualmente previsti, rinviando ad una seconda parte l'analisi legislativa dell'attuale normativa del "permesso di costruire" olim concessione edilizia quanto agli aspetti procedurali, sanzionatori, nonché agli effetti.

Ciò viene ad essere oggetto della presente trattazione.

I - Il permesso di costruire: procedimento (art.20 e segg.).

L'attuale procedura per il rilascio del titolo edificatorio (denominato "permesso di costruire") è in gran parte ricalcato sulla struttura del vecchio art.4 L.4/12/93 n.493, sicchè dovrebbe essere già ben noto ai nostri lettori.

Diciamo in sintesi che il legislatore ribadisce la necessità di allegare tutta la documentazione completa alla domanda di rilascio (titoli di proprietà del terreno, elaborati planivolumetrici redatti da tecnico iscritto all'albo, conformità alle norme igienico-sanitarie, anche mediante autocertificazione).

Tale domanda deve essere presentata allo "sportello unico" costituito presso ogni Comune.

Sarà proprio lo "sportello unico" a comunicare al tecnico del richiedente il nome del responsabile (comunale) del procedimento: ciò è attuazione del combinato disposto degli artt. 4 e 5 L.7/8/90 n.241.

Il Tecnico comunale esaminerà la domanda entro 60 gg. dalla presentazione e sempre secondo l'ordine cronologico di presentazione delle domande allo "sportello unico", acquisendo anche il parere della competente A.S.L. nonché dei Vigili del Fuoco (sempre che questi ultimi 2 pareri non siano stati già richiesti ed ottenuti dal richiedente).

Tuttavia il responsabile comunale del procedimento (in questi 60 gg.) può rilevare la necessità di modifiche tecniche al progetto (purchè siano di modeste entità, altrimenti si avrebbe la dichiarazione di non conformità al progetto sic et simpliciter): in tal caso – sempre nel suddetto termine di 60 gg. – inviterà il privato richiedente con invito motivato a cambiare parzialmente il progetto.

Tale invito (ed è questo l'aspetto più importante della procedura) ha effetto sospensivo del termine di 60 gg. sopra ricordato, ma ha anche effetto acceleratorio

3 c.p.c. e 2113 c.c., deve risultare da un documento sottoscritto contestualmente dalle parti unitamente al rappresentante del lavoratore, a dimostrazione della effettiva esistenza di un rapporto di fiduciarità tra l'esponente sindacale ed il lavoratore (Cass.99/13910)³¹.

Sempre in merito ai requisiti richiesti perché la conciliazione avvenuta in sede sindacale possa dirsi inoppugnabile, una parte della dottrina ritiene che le funzioni conciliative possano essere svolte solo dall'appartenente ad uno dei sindacati maggiormente rappresentativi, quale che sia l'istanza della quale è espressione.

Parimenti irrilevante è l'eventuale assistenza di un avvocato. Si ritiene, inoltre, non necessaria la presenza di un rappresentante dell'organizzazione sindacale datoriale.

La Conciliazione in sede sindacale effettuata al di fuori di una procedura prevista dai contratti collettivi è stata comunque considerata valida ove, in base alle concrete modalità di espletamento della conciliazione, sia stata correttamente attuata quella funzione di supporto che la legge nella fattispecie conciliativa (cass. 2 aprile 2002 n. 4730)

Anche per la conciliazione conclusa in sede sindacale, le formalità ulteriori, quali, ad esempio, il deposito del verbale, prima, presso la Direzione Provinciale del Lavoro, poi, presso la cancelleria del Tribunale, il successivo decreto del giudice su istanza di parte, previa verifica della regolarità formale dell'atto, non incidono sulla validità ed efficacia della transazione.

³¹ Del pari irrilevante è il fatto che il rappresentante sindacale del Tagliamonte, pur appartenente al sindacato cui aderiva il lavoratore, non appartenesse alla organizzazione del luogo di lavoro. Osserva, infatti, la Corte che certamente essenziale è che il conciliatore che cura gli interessi del lavoratore sia espressione del suo sindacato. A tale proposito questa Corte suprema (cfr. Cassazione 11167/91) ha sottolineato come non possa prescindere dalla effettiva assistenza del lavoratore da parte di "propri" rappresentanti sindacali perché la conciliazione raggiunta sia valida ai sensi dell'articolo 2113 Cc ed ha posto in risalto come solo i "propri" rappresentanti sindacali (e non quelli appartenenti ad altra organizzazione sindacale dei lavoratori) "sono quelli qualificati ad assistere il lavoratore e a tutelare i di lui interessi, impedendo pertanto quel vizio d'invalidità che altrimenti inquinerebbe l'atto di rinuncia o transazione". Peraltro, questa Corte (cfr. sentenza 4730/02), ha anche affermato che la determinazione delle modalità di composizione dell'organo conciliativo previsto dall'articolo 411, terzo comma, Cpc deve intendersi devoluta alla contrattazione collettiva, non potendo trovare applicazione, in particolare, la disciplina prevista dall'articolo 410 Cpc per le conciliazioni espletate dinanzi alle commissioni provinciali costituite presso l'Ufficio provinciale del lavoro. Pertanto, solo nel caso in cui la disciplina collettiva avesse previsto come indispensabile l'appartenenza del rappresentante

sindacale non solo all'organizzazione cui aderisce il lavoratore (requisito comunque indispensabile per quanto sopra detto), ma anche l'inserimento del primo nella organizzazione locale dello stesso sindacato, avrebbe potuto affermarsi l'annullabilità dell'accordo raggiunto con l'assistenza di un sindacalista di una diversa organizzazione locale. Essendo, infatti, essenziale l'assistenza effettiva dell'esponente sindacale, idonea a sottrarre il lavoratore a quella condizione di inferiorità che, secondo la mens legis, potrebbe indurlo altrimenti ad accordi svantaggiosi, sembrano alla Corte sufficienti, alla realizzazione di tale scopo, a far ritenere cioè la idoneità dello stesso rappresentante sindacale a prestare in sede conciliativa l'assistenza prevista dalla legge, l'appartenenza del rappresentante sindacale al medesimo sindacato e il conferimento da parte del lavoratore dell'incarico necessariamente sottostante all'attività svolta dal primo (cfr. sulla sussistenza di un mandato Cassazione 13910/99 in motivazione). La compresenza del rappresentante sindacale legittimato e dello stesso lavoratore al momento della conciliazione lascia di per sé presumere l'assistenza del primo, tale essendo lo scopo per cui è stato chiamato a prestare opera di conciliatore, sicché sarebbe stato onere del dipendente tempestivamente dedurre e quindi provare che il rappresentante sindacale, pur presente, non abbia prestato assistenza di sorta. (motivazione Cass. 3 settembre 2003, n. 12858)

del procedimento di rilascio, perché il privato richiedente il permesso di costruire, se accetta (depositando le modifiche richieste entro 15 gg. dalla richiesta dell'ufficio comunale), ha diritto a veder ritualmente concluso il procedimento entro il termine prescritto di 60 gg..

Tuttavia possono presentarsi 3 ulteriori evenienze:

a) che il terreno edificando sia sottoposto a vincolo (per es. ambientale, paesistico, demaniale, stradale, ferroviario, cimiteriale, ecc., ecc.). In tale caso gli uffici comunali dovranno indire una conferenza di servizi;

b) che il permesso di costruire rilasciando sia in deroga agli strumenti urbanistici. In tal caso il permesso di costruire potrà essere rilasciato solo per l'edificazione di edifici di pubblica utilità e sempre previa approvazione mediante delibera comunale;

c) che il tecnico comunale responsabile del procedimento rilevi la mancanza di 1 o più documenti rilevanti ai fini del decidere. In questo caso il termine di 60 gg. per l'istruttoria procedimentale resta sospeso fino al giorno della ricezione dei documenti richiesti al privato e depositati da quest'ultimo al competente ufficio comunale.

In tutte e tre queste evenienze il termine finale per l'adozione del provvedimento decorre, rispettivamente, entro 15 gg. o dall'esito della conferenza di servizi o dall'adozione della delibera comunale o dal deposito dei documenti richiesti.

La legge tuttavia prescrive che tali termini siano raddoppiati per i comuni superiori a 100.000 abitanti, sicché avremo:

1) 75 gg. per l'emissione del permesso di costruire (60 gg. d'istruttoria più 15 per l'emissione del procedimento, sempre che non si verifichi nessuna delle evenienze sopra descritte ai punti a), b), e c);

2) 15 gg. in casi di comuni con più di 100.000 abitanti (120 gg., cioè il doppio di 60 gg. per l'istruttoria, e 30 gg., cioè il doppio di 15 gg., per l'adozione dell'atto e sempre tenendo presente le 3 evenienze suddette.

Tali termini sono fondamentali perché il privato richiedente può:

◆ impugnare il silenzio-rifiuto sulla propria istanza edilizia avanti il TAR competente per territorio;

◆ chiedere la c.d. "surrogatoria amministrativa". Tale istituto necessita di una preventiva messa in mora tramite piego raccomandato (cioè senza busta) con avviso di ricevimento da parte del cittadino al responsabile del procedimento (cioè il tecnico comunale), invitando quest'ultimo ad emettere il provvedimento richiesto entro 15 gg. dalla ricezione del piego. In caso di mancata risposta, il privato cittadino può attivare in surrogatoria, la Regione (allegando il piego raccomandato completo di cartolina di ricezione) richiedendo a quest'ultima di sostituirsi al Comune, nominando entro 15 gg. un Commissario ad acta. Il Commissario ad acta regionale, a sua volta, avrà 60 gg. di tempo per emettere il permesso di costruire.

In sintesi, l'istituto della surrogatoria amministrativa regionale per l'emissio-

ne del permesso di costruire in sostituzione del Comune, può esaurirsi anche in poco più di 90 gg. (15 per la formale costituzione in mora al Comune, mediante piego racc. a.r., più 15 gg. per la richiesta alla Regione della nomina del Commissario ad acta, più 60 gg. assegnati al Commissario ad acta regionale per emettere l'atto richiesto).

II -Il Permesso di costruire: effetti (art.11 e segg.)

La nuova normativa considera il permesso di costruire come se fosse un bene patrimoniale, perché il D.Lgs. 380/01 afferma che questo titolo edificatorio può essere trasferito sia mortis causa che tra vivi a titolo oneroso oppure gratuito, a condizione che venga trasferita la proprietà del terreno a cui fa riferimento: in senso lato, si potrebbe sostenere che il titolo ad aedificandum sia diventato res materialis pertinenza del terreno, con l'unico limite del rispetto dei diritti di terzi.

Infatti nei permessi di costruire, così come nelle precedenti concessioni edilizie, viene sempre aggiunto in calce l'inciso che il titolo edificatorio è rilasciato "salvi i diritti di terzi": è ben noto infatti che tutti i proprietari frontisti possono impugnare la concessione (ora permesso di costruzione) avanti il Tar.

III - Il permesso di costruire: sanzioni amministrative e penali (art.30 e segg.).

Il nuovo Testo unico distingue tra lottizzazione fondiaria volta all'edificazione e costruzione abusiva tout court.

Nel primo caso il legislatore ipotizza il frazionamento di un terreno e la realizzazione di opere volte all'utilizzazione edilizia di quest'ultimo. Così si ripropone l'annosa vicenda della "lottizzazione giuridica" (che è perfettamente lecita): ma è sufficiente che un padre ceda ai suoi 3 figli un terreno, dividendolo in lotti uguali però inferiori a 10000 mq per far arrivare a tutti quanti (padre e 3 figli) sia l'avviso di garanzia per abusivismo edilizio che l'ordinanza amministrativa di ripristino per lavori abusivamente intrapresi. Questo perché la legge vede con disfavore il frazionamento dei lotti (art.30 comma 1) e considera automaticamente sospetta la lottizzazione inferiore ai 10.000 mq (art.30 comma 6). L'esempio suddetto del padre generoso con i suoi 3 figli non è scolastico, perché - attualmente - oltre i 2/3 dei casi giudiziari di lottizzazione, sia penali che al Tar, riguardano proprio casi simili a questo. In conclusione il nuovo Testo unico non ha per nulla risolto il problema!

Diverso è il caso della realizzazione di un immobile (o parte di esso) senza il prescritto permesso di costruire, perché il procedimento sanzionatorio è diverso in 2 fasi:

a) fase monitoria: il Comune, accertata la realizzazione abusiva di quanto costruito, ordinerà al contravventore la demolizione ed il ripristino dello status quo ante (art.31 commi 1 e 2)

b) fase esecutoria: decorsi 90 gg. dall'ordine rimasto senza effetto, il Comune acquisisce gratuitamente al patrimonio comunale l'immobile realizzato, oltre ad una porzione

Avv.
Antonella ROBERTI

Diritto di accesso e diritto alla privacy nei concorsi pubblici.

di terreno pari a 10 volte l'area di sedime su cui insiste l'abuso (art. 31 comma 3).

In alternativa il Comune (nella sua intangibile discrezionalità amministrativa) può decidere di demolire con proprie ditte incaricate ed a spese del contravventore quanto realizzato abusivamente (art.31 com.5).

Tuttavia il D.lgs.380 apre uno spiraglio per le opere realizzate solo parzialmente in maniera abusiva (si pensi alla chiusura di un porticato legittimamente costruito con una veranda di metallo e vetri, costruita dopo la realizzazione del portico e senza aver richiesto il permesso); in tal caso infatti il Comune potrà sostituire l'ordinanza di demolizione con una sanzione pecuniaria pari:

- ◆ al doppio del costo di produzione, per gli abusi a scopo residenziali;
- ◆ al doppio del valore venale (determinato dall'Agenzia del Territorio) per gli abusi differenti da quelli aventi scopo residenziale.

Concludiamo questa seconda parte dell'esame del Testo unico 380/01, entrato in vigore l'1/7/03, con le sanzioni penali che possono essere sinteticamente così riassunte in ordine di gravità:

- a) arresto fino a 2 anni e ammenda da 15493 E a 51645 E per i casi di lottizzazione sopra esposta;
- b) l'arresto fino a 2 anni e ammenda da 5164,5 E a 51645 E per la realizzazione totale o parziale di immobile senza permessi di costruzione;
- c) ammenda fino a 10329 E per testualmente "l'inosservanza delle norme, prescrizioni e modalità esecutive previste dal presente titolo, in quanto applicabili, nonché dai regolamenti edilizi, dagli strumenti urbanistici e dal permesso di costruire". Si noti bene che in quest'ultima fattispecie criminosa la prescrizione non è di 4 anni e mezzo, ma solo di 3 anni. Tuttavia ciò che lascia perplessi (data la genericità della condotta criminosa che il legislatore vorrebbe colpire) è il poco chiaro richiamo a tutte le norme del titolo IV (artt. da 27 a 51 T.U.), sicchè – togliendo i casi di aumento di cubatura per difformità parziale del permesso edilizio (dato che rientrerebbero nella lettera b) – forse il legislatore voleva far riferimento alle opere realizzate in difformità del permesso di costruire, che non comportino aumento di cubatura (come i cambi di destinazione d'uso) oppure voleva forse sanzionare le inosservanze "tecniche" durante la realizzazione dei lavori (ma la norma così interpretata sarebbe incostituzionale per eccessiva genericità), sicchè non resta che attendere sviluppi giurisprudenziali chiarificatori, ottenibili solo in un lontano futuro, perché – come dicevamo – la norma è entrata in vigore solo 1/7/03.

Brevi cenni sul diritto di accesso.

Il diritto di accesso, regolato dalla Legge 241/90 in materia di procedimento amministrativo e di accesso ai documenti amministrativi, è il diritto di esaminare ed estrarre copia dei documenti in possesso della pubblica amministrazione.

Criterio ispiratore di tale normativa è il noto principio di trasparenza, che attribuisce ai cittadini un democratico potere di controllo sull'attività della pubblica amministrazione e la rispondenza dell'operato da questa posto in essere alle leggi ed ai principi costituzionali.

L'esigenza di rendere la P.A. una "casa di vetro", facilmente controllabile dall'esterno e dall'interno, è l'obiettivo della L.241/90 (art.1) che, nel contesto della riforme legislative degli anni '90, traccia il profilo di una nuova P.A. moderna, imparziale ed efficiente, rispettosa del principio di legalità ex art.97 Cost. e dei criteri di economicità, efficacia e pubblicità dell'azione amministrativa.

L'accesso ai documenti amministrativi, secondo quanto finora era previsto ai sensi della L.241/1990, era riconosciuto a: "*chiunque vi abbia interesse, per la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti*" (art.22).

La giurisprudenza, ha chiarito che l'articolo in esame intendeva riferirsi solo a quei soggetti, titolari di un interesse legittimo o di un diritto soggettivo o di interessi diffusi, che vantavano un interesse qualificato e differenziato alla tutela della propria posizione giuridica e non un semplice interesse di fatto¹.

Il D.P.R. 352/1992, infatti, quale regolamento esecutivo che disciplina le modalità di esercizio ed i casi di esclusione del diritto di accesso, prevede, ai fini della legittimità della richiesta, che l'interesse dell'istante sia concreto, attuale e personale, restando pertanto escluse richieste immotivate o pretestuose o espresse da soggetti non direttamente interessati dal procedimento amministrativo.

Con l'entrata in vigore della recente L.15/2005, intitolata "*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, concernenti norme generali sull'azione amministrativa*", con gli artt. 15, 16 e 17 sono stati modificati gli artt. 22, 24 e 25, comma 4) della L.241/1990 in tema di diritto di accesso ai documenti, con inevitabili conseguenze anche per il vigente D.P.R. 352/1992, il quale sarà destinato a subire delle integrazioni o modifiche.

Il novellato art. 22 della L.241/90, come recentemente modificato dalla L. 15/2005, ampliando quanto già previsto dal D.P.R. 352/1992, stabilisce che, l'interesse sotteso al diritto di accesso da parte degli "*interessati*" deve essere: "*diritto concreto e attuale e corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e col-*

¹ C.d.S. sez. VI. 16-12-1998, n.1683;

legata al documento al quale è richiesto l'accesso".

Ne restano pertanto esclusi, coloro che sono "estranei" al provvedimento, i quali non possono vantare un interesse diretto, serio, concreto e collegato alla documentazione richiesta, nonché le istanze mirate ad un generale controllo dell'operato della P.A., o atte a soddisfare mere curiosità.

La recente L.15/2005 (art.22), definisce la nozione di *pubblica amministrazione*, da intendersi come l'insieme di tutti i soggetti pubblici e privati che svolgono attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o comunitario nei confronti dei quali è possibile esercitare il diritto di accesso.

Con tale riforma, viene introdotto nel testo normativo anche il concetto di controinteressati (art. 22 lett. c), ossia tutti i soggetti, individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza.

Il diritto di accesso, quale diritto a prendere visione ed estrarre copia dei documenti amministrativi, è esteso ad ogni forma di documento in possesso della P.A. indipendentemente dalla disciplina sostanziale, pubblicistica o privatistica, degli atti stessi (art. 22 lett. d), esercitabile fino a che permane l'obbligo di detenzione dei documenti ai quali si chiede di accedere da parte della P.A. (art.22, comma 6).

Nello spirito della legge di riforma, il diritto di accesso, è espressione di un principio generale posto alla base dell'attività amministrativa, e sembra essere ormai assunto al rango di diritto soggettivo perfetto² la cui negazione rappresenta l'eccezione, esso "attiene ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali", la cui puntuale applicazione e rispetto deve essere garantita su tutto il territorio nazionale, ex art. 117, cost. secondo comma lett. m), salvo i livelli di tutela ulteriore attribuiti alle Regioni e agli enti locali.

La L.241/1990 (art.24), come da ultimo modificata con la L.15/2005, evidenzia nuovi limiti tassativi al diritto di accesso, il cui esercizio è espressamente escluso, tra l'altro, per fini di tutela della riservatezza dei terzi (persone fisiche o persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni) (art. 24, 6° comma lett. d).

In materia di accesso ai documenti amministrativi della P.A., il problema che più frequentemente si pone, è rappresentato dall'esigenza di contemperare il diritto di accesso e il principio di trasparenza dell'attività amministrativa, con il diritto alla riservatezza dei terzi coinvolti nel procedimento amministrativo, alla cui documentazione si intende accedere.

Il giurista, pertanto, è chiamato a valutare, di volta in volta, quale sia tra questi il diritto prevalente, dovendo effettuare un equo bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco entrambi meritevoli di tutela.

Per risolvere questo spinoso dilemma, occorre chiarire cosa s'intenda per diritto alla privacy.

Brevi cenni sul diritto alla privacy.

Il diritto alla riservatezza, meglio noto come diritto alla privacy, è il diritto di essere lasciati soli (*to be let alone*), cioè il diritto all'intimità della propria vita privata.

Nato negli USA, sul finire dell'ottocento, in occasione di un famoso fatto di cronaca a seguito di uno scandalo politico³, il diritto alla privacy ha trovato riconoscimento e tutela nel nostro ordinamento, attraverso gli artt. 2 e 3 della Cost., quale diritto della personalità, oggetto di tutela sia sotto il profilo dei diritti umani, che sotto il profilo delle libertà fondamentali, e in ambito comunitario nella Convenzione Europea n.18/81, che ha rafforzato ed esteso la protezione dei dati personali a tutti gli Stati Membri dell'allora CEE, oggi U.E.

Nella L.675/1996, in recepimento della Direttiva comunitaria 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, il diritto alla privacy, è divenuto il potere di controllo dei dati relativi all'intimità della propria vita privata, contro indebite ingerenze esterne (c.d. data protection).

Con D.Lgs.196/2003, in attuazione della direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, è stato approvato ed è entrato in vigore dal 1° gennaio 2004, il nuovo codice in materia di protezione dei dati personali, che ha abrogato la precedente L.675/1996.

Il D.lgs.196/2003, è stato ispirato dall'esigenza di introdurre delle nuove garanzie per il cittadino, semplificando ed armonizzando le norme esistenti⁴.

Il nuovo codice della privacy, recependo diversi principi di diritto comunitario, fra cui il criterio di stabilimento, ha esteso oltre i limiti del territorio nazionale l'ambito di applicazione della normativa in materia di tutela della privacy, comprendendovi non solo il trattamento dei dati detenuti all'estero, effettuato da "chiunque [sia] stabilito nel territorio dello Stato o in luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato" (art. 5, 1 comma D. Lgs.196/2003), ma anche il trattamento effettuato da parte di "chiunque [sia] stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'U.E. ma che [impieghi] per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato, anche diversi da quelli elettronici, salvo che essi siano utilizzati solo ai fini di transito nel territorio dello Stato" (art. 5, 2 comma, D. Lgs.196/2003).

La recente normativa a tutela della riservatezza dei dati personali, prevede espressamente, che il trattamento dei dati si realizzi alla luce di principio di stretta necessità (art.3 D. Lgs. 196/2003), ossia soltanto quando il trattamento sia effettivamente necessario, e comunque in modo da ridurlo al minimo, se non escluderlo addirittura, quando possa essere effettuato ricorrendo a dati anonimi.

Il nuovo codice della privacy, inoltre, ha recepito la nuova terminologia giuridico - elettronico - informatica di derivazione comunitaria (art.4), ampliando così l'ambito di tutela del trattamento dei dati personali.

2 Cfr. tesi sulla natura del diritto d'accesso inteso quale diritto soggettivo: T.A.R. Lazio, sez. II, decisione 14 maggio 2002 n. 4247, Cons. Stato, n.191, 2001; sulla tesi

opposta del diritto d'accesso quale interesse legittimo: Cons. Stato, sez. IV, decisione 29 novembre 2002, n. 6510, Cons. Stato, n. 3602, 2000;

3 S.D. Warren e L.D. Brandeis, The Right to Privacy, in "Harvard Law Review", 4 (1890), pp.193-220;

4 Cfr. Garante per la protezione dei dati personali. Relazione annuale 9 febbraio 2005 - sito www.garanteprivacy.it, par. 1.1 e ss.;

Da ciò discende, un nuovo sistema di *vincoli e cautele* imposti al *titolare del trattamento* (il *gestore delle banche dati*) ed ai soggetti delegati (il responsabile del *trattamento* e gli *incaricati del trattamento*), siano essi enti pubblici o privati, i quali rivestono un ruolo dinamico nel procedimento di trattamento dei dati, essendo tenuti non solo all'*obbligo di notifica* dell'inizio del trattamento (se i dati appartengono a quelli tipizzati all' art.37 e nei limiti di quanto previsto ai sensi dell' art. 38 D.Lgs. n.196/2003), ma anche alla loro *raccolta, aggiornamento, modificazione, trasformazione in forma anonima* (art.7), e ad occuparsi della *eventuale cessazione del trattamento* (art.16).

Questi soggetti devono perciò interagire con *l'interessato, proprietario dei dati personali*, al quale, salvi i casi previsti dalla legge, devono richiedere la prestazione del *consenso all'utilizzazione o alla modificazione* dei propri dati personali, per le *finalità* previste dalla normativa (art.13).

Il *titolare del trattamento* ha, inoltre, un preciso *obbligo di cura e custodia* dei dati.

Egli, infatti, è tenuto per legge ad adottare tutte le necessarie *misure di sicurezza* protettive dei dati personali in suo possesso (artt.31-35), nonché al rispetto di quanto previsto in materia di *trasferimento dei dati all'estero* (artt.42 e ss.), e di quanto stabilito negli specifici *settori* (artt. 46 e ss.) e dai *codici di deontologia e di buona condotta*.

In caso di inadempienza, il titolare del trattamento può essere chiamato a rispondere (eventualmente con il *responsabile del trattamento dei dati* e con i *soggetti delegati*) dello smarrimento dei dati e del loro uso illegale o difforme dalle finalità per cui erano stati richiesti, sia sotto il *profilo civilistico*, ex art. 2043, 2050 e 2055 c.c., che sotto quello *penalistico*, qualora ricorrano gli estremi degli artt. 595, 596-bis, 615-ter, 615-quater, 615-quinquies, 617-quater, 621, 622, 623, 624, 640-ter e 734-bis c.p, che sotto quello delle sanzioni amministrative.

Il trattamento dei dati deve avvenire in *modo lecito*, secondo *correttezza* (art.11), e per le *finalità* per cui sono stati raccolti (art.13).

Il trattamento è ammesso solo previa *informativa* (art.13) agli interessati, al momento della raccolta, circa le finalità, le modalità del trattamento dei dati e delle eventuali modifiche degli stessi.

L'interessato deve essere altresì *informato*, riguardo all'ambito di diffusione dei dati e soprattutto dei suoi diritti (art.7). A questo soggetto, infatti, deve essere garantito anche oralmente l'esercizio del diritto di accesso ai propri dati ed il diritto di ripensamento e di opposizione al loro trattamento, anche in merito al loro possibile utilizzo da parte di terzi (c.d. *principio del consenso informato*). In alcuni casi, poi, il *consenso espresso* dell'interessato deve essere documentato per iscritto da chi lo riceve (art.23).

Lo speciale regime vincolistico a cui, la L.675/96 prima, ed attualmente il nuovo *codice della privacy*, hanno sottoposto il *trattamento dei dati personali*, ha indotto la P.A. ad una eccessiva cautela nella diffusione di informazioni acquisite in

occasione del proprio ufficio⁵.

Ciò ha richiesto un continuo e puntuale intervento ermeneutico da parte del *Garante della privacy*, l'organo a cui è affidato il controllo sull'applicazione e la corretta interpretazione della legge, per stabilire, caso per caso, la sussistenza o meno del *diritto alla riservatezza*⁶.

Limiti del diritto alla privacy.

Giurisprudenza e pareri del garante della privacy.

Uno dei problemi maggiormente dibattuti in dottrina e giurisprudenza, in materia di *diritto alla privacy*, è rappresentato dal suo continuo relazionarsi con altri diritti, non sempre ad esso subordinati, come nel caso dell'esercizio del diritto di accesso connesso al diritto di difesa.

In merito, sia il dettato normativo della L.241/1990 (art.23 - non modificato dalla recente L. 15/2005), che un consolidato orientamento giurisprudenziale, sono concordi nel riconoscere la preminenza del diritto di accesso sul *diritto alla privacy* di terzi, quando la *richiesta di accesso* agli atti sia motivata dalla necessità di curare e difendere gli interessi giuridici del richiedente⁷.

Al riguardo la L.675/1996, ora abrogata, prevedeva espressamente che, in caso di tutela giudiziaria (art.12 lett. h), si potesse addirittura prescindere dal consenso dell'interessato dei dati personali (art.12).

Il D. Lgs.196/2003 ha ripreso questo *principio di garanzia del diritto di difesa*, stabilendo alcuni limiti applicativi.

La questione non è di poco conto, se consideriamo che, molto spesso, i *responsabili del trattamento* tendono, ancora oggi, a negare il *diritto di accesso* ai documenti, anche a fronte del sottostante interesse del richiedente, alla tutela giudiziaria dei propri interessi protetti dall'ordinamento.

Il punto chiarificatore, è dunque, stabilire quali siano i dati che possono essere trattati facilmente e quali invece necessitino di particolari cautele.

Tra questi ultimi, meritano di essere menzionati, i c.d. *dati sensibili*, ossia quei dati che, per la particolare delicatezza delle informazioni in essi contenute (ad alta potenzialità discriminatoria per l'interessato), non possono, infatti, essere divulgati liberamente, neanche dalla P.A., essendo necessario a tal fine l'espresso *consenso* dell'interessato e l'autorizzazione dell'Autorità Garante della Privacy, salvo quanto stabilito dall'art. 26, 4° comma, D.Lgs.196/2003.

L'art. 22 della L.675/1996, enumerava espressamente tra i *dati sensibili*: "i dati personali atti a rivelare l'origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di

5 Cfr. *Garante per la protezione dei dati personali. Relazione annuale 9 febbraio 2005* par. 2.1, sito www.garanteprivacy.it;

7 Sul punto, Consiglio di Stato - sent. 27- 01-1999. n.65 - "Il diritto di accesso ai documenti amministrativi riconosciuto dalla L.241/90 prevale sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualvolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente"

6 S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*. Bologna 1995, pp. 47 e ss;

altro genere, le opinioni politiche, l'adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale, nonché i dati personali idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

L'art.24 della L.675/1996, menzionava anche i provvedimenti di cui all'art. 686 c.p.p.

Occorre anche ricordare che il D.Lgs. n.135 del 1999, sul *trattamento dei dati sensibili da parte dei soggetti pubblici*, all'art.16, comma 1, lettera e), consentiva esplicitamente, di applicare la normativa *sull'accesso ai documenti amministrativi, anche se questi contenevano dati sensibili*, in presenza di rilevanti finalità di interesse pubblico, previste dallo stesso decreto, ovvero se il diritto da far valere o difendere, fosse di *rango almeno pari* a quello dell'interessato⁸.

Resterebbero pertanto esclusi, dal vincolo della privacy, tutti quei dati "pubblici", che attengono all'ordinario relazionarsi del singolo con la P.A. o con la società in quanto tale, e perciò conoscibili da chiunque, per esempio gli atti anagrafici (art.62), gli elenchi telefonici, ecc.

Tale soluzione, è stata però posta in dubbio, da chi, muovendo dal presupposto che il trattamento dei dati personali da parte della P.A., non operi sulla base del consenso dell'interessato, ma a prescindere da esso, ha ritenuto che gli stessi non siano direttamente consultabili, essendo conoscibili tramite apposite richieste di certificazione o istanze, regolate da specifica normativa, e quindi ancora soggette a regime "autorizzatorio".

Accade così che il confine tra *diritto di accesso*, come *diritto alla trasparenza dell'agire pubblico* ed il *diritto alla segretezza* dei dati degli interessati, sia continuamente messo in discussione, non essendo sempre chiaro dove cominci l'uno e termini l'altro.

In argomento il Garante, già nel 1999, aveva ritenuto che: "...contrariamente all'opinione secondo la quale questo regime particolarmente severo avrebbe ripristinato la prevalenza della segretezza sulla trasparenza dell'agire pubblico, fornendo alle amministrazioni un comodo pretesto per negare ai cittadini la conoscenza di documenti che li riguardano, il Garante ha proseguito sulla strada intrapresa in materia sin dalla sua istituzione..."⁹.

Nella relazione del 2001 il Garante della Privacy, ha ribadito questo stesso concetto, affermando che "...l'esistenza di una specifica normativa sulla protezione dei dati personali non può essere invocata per negare o limitare il diritto di accesso e che spetta all'amministrazione destinataria della richiesta valutare in concreto la sussistenza delle condizioni per accedere ai documenti amministrativi previste dalla legge"¹⁰.

In particolare, con riferimento ai *concorsi pubblici*, nel vigore della L.675/1996, il Garante aveva ritenuto che, le richieste di accesso agli atti avanzate da alcuni concorrenti di un concorso pubblico – relativamente alle certificazioni prodotte da altri concorrenti - non dovessero essere soggette al consenso degli interessati.

In questo caso, infatti, la P.A. avrebbe dovuto soltanto valutare se ricorresse o meno, nel caso concreto, l'esigenza di tutelare la specifica posizione di riservatezza dei terzi, tenendo presente comunque che la comunicazione dei dati, che si realizza attraverso l'accesso ai documenti amministrativi, doveva ritenersi "autorizzata" per legge (in conformità al principio generale di cui all' art. 27, comma 3, della legge 675) stante il disposto della legge 241/1990¹¹.

Anche in questo caso, pertanto, il Garante aveva nuovamente riconosciuto la possibilità per l'amministrazione di esibire, o di consegnare copia di documenti amministrativi, a seguito dell'esercizio del diritto di accesso, ai sensi dell'art. 22 della L.241/1990 e degli artt.1 e 2 del D.P.R. n. 352/1992.

Un ulteriore passo in avanti, nella direzione favorevole alla *preminenza del diritto di accesso* ai documenti amministrativi in ambito pubblico, sul *diritto alla privacy* degli interessati, è dato dall'art. 59 del D.Lgs. n.193/2003.

Questa disposizione, infatti, ha superato i precedenti dubbi in merito, richiamando le disposizioni della legge 241/1990 e la relativa tutela giurisdizionale, statuendo il diritto di accesso ai documenti amministrativi anche nei confronti dei *dati sensibili*, quando *la situazione giuridicamente rilevante, che si intende tutelare con la richiesta di accesso, è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile* (art. 60), *c.d. principio del pari rango*¹².

Inoltre, il novellato art. 24, comma 7 della recente L.15/2005, autorizza espressamente il *diritto di accesso* ai documenti amministrativi, qualora sia finalizzato *alla cura o alla difesa dei propri interessi giuridici*.

Per quanto attiene i *dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale*, l'accesso è consentito quando ciò risulti *indispensabile* e nel rispetto del "*principio del pari grado*", come previsto dal D.Lgs n.193/2003, mentre per i documenti contenenti dati *giudiziari* o *sensibili*, l'accesso è consentito con l'osservanza della sola "*regola dell'indispensabilità*"¹³.

Appare quindi evidente, come dottrina e giurisprudenza, concordino pienamente nel riconoscere il *primato del diritto di accesso* alle istanze presentate dall'interessato in materia di tutela giudiziaria, rispetto ad un non ben motivato *diritto*

8 Cfr. Relazione 2002, *Nuovi diritti, riservatezza, dignità delle persone. A sei anni dalla L.675*, pagg. 21 e ss., sito www.garanteprivacy.it;

Ministri Dipartimento per l'informazione e l'editoria, Roma 1999, p. 9,

9 Cfr. *Garante per la protezione dei dati personali. Relazione per l'anno 1999* – Presidenza del Consiglio dei

10 Cfr. Relazione 2001 – *Nuovi diritti, riservatezza, dignità delle persone - 8 maggio 2002 - A cinque anni dalla legge 675/96*, Roma, 2002, p. 17;

11 Cfr. Parere del 4 novembre 1999 con riferimento ad una richiesta formulata dal Ministero delle finanze al Garante della Privacy, in *Relazione per l'anno 1999*, cit., p.11;

cfr. *Garante per la protezione dei dati personali. Relazione annuale 28 aprile 2004* - par. 19.1 - 19.2, sito www.garanteprivacy.it ;

13 Cfr. M. Atelli, *Rilascio copia dell'atto "graduato" alla privacy*, pag. 93, in Riv. Guida al Diritto, Il sole 24 ore, n.10 - 2005;

12 Cfr. Provvedimento del Garante della Privacy 9 luglio 2003 - c.d. pari rango, sito www.garanteprivacy.it;

alla privacy di terzi, coinvolti nel procedimento amministrativo, richiamato frequentemente a sproposito da parte della P.A.¹⁴.

Strumenti di tutela e profili risarcitori.

Da tutto quanto sopra evidenziato, discende che, non potendo essere considerato il diritto di accesso ai documenti presentati da altri concorrenti di un pubblico concorso, lesivo del diritto alla privacy degli stessi, i pubblici funzionari che neghino ingiustificatamente tale diritto, incorrono in un diverso ordine di responsabilità.

Difatti, da un lato, sotto il profilo penale, l'art. 328 c.p., intitolato *omissione degli atti di ufficio*, sanziona il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che si rifiuti illegittimamente di compiere un atto del suo ufficio, che per ragioni di giustizia deve essere compiuto senza ritardo, ma anche il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, entro 30 giorni dalla richiesta dell'interessato, non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del suo ritardo.

Dall'altro, l'art. 25, 4° comma, della L. 241/1990 come da ultimo modificato con L.15/2005, prevede che a fronte del diniego della P.A. (nella forma di *diniego tacito* per oltre 30 giorni dalla domanda) l'istante abbia la possibilità di iniziare un procedimento contenzioso davanti al giudice amministrativo, o in via alternativa, rivolgersi al difensore civico competente per ambito territoriale, nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, (o al difensore civico competente per l'ambito territorialmente immediatamente superiore, se il difensore civico non sia stato istituito), o alla Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi, per gli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato, che può in casi tassativi, quando l'accesso sia negato o differito per motivi inerenti i dati personali di soggetti terzi, richiedere l'intervento del Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, trascorsi i quali il parere si intende reso.

Il nuovo art. 25 comma 4° della L.241/90, ha introdotto poi, un meccanismo complesso.

Esso prevede che: “Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del D. Lgs. 196/2003, o di cui agli artt. 154, 157, 158, 159 e 160 dello stesso decreto legislativo n.196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi”.

Tale richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, (entro e non oltre quindici giorni), trascorsi inutilmente i quali, il Garante adotta la propria decisione.

L'art. 25, comma 5° prevede infine, la possibilità di proposizione del ricorso per la tutela dell'accesso in pendenza del ricorso per l'annullamento del provvedimento e la rappresentanza diretta delle parti, senza l'ausilio di un difensore (art. 25, comma 5-bis).

La recente riforma, ha sollevato parecchi dubbi in merito alle conseguenze applicative che possono scaturire dall'accrescimento del numero dei soggetti pubblici competenti a pronunciarsi in materia¹⁵.

Nel caso di specie, quindi, sembrerebbe più agevole la strada del ricorso davanti al giudice amministrativo¹⁶, la cui portata come è noto, è stata enormemente ampliata a seguito della sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione, n. 500/1999 e dalla legge 205/2000 di riforma della giustizia amministrativa, che disciplina il diritto al risarcimento del danno da atto illegittimo della P.A., attribuendo al sindacato della giurisdizione amministrativa le relative controversie.

4 Cfr. Provvedimenti del Garante della Privacy 27 giugno 2001 - 4 luglio 2001, in *Relazione 2001*, cit.; Cfr. Provvedimenti del Garante della Privacy -

24 luglio 2001 - 28 settembre 2001, in *Relazione 2001*, cit.;

15 Cfr. M. Atelli, *Rilascio copia dell'atto "graduato" alla privacy*, pag. 94 e ss., in Riv. Guida al Diritto, Il sole 24 ore, n. 10- 2005;

(16) Cfr. M. Lipari, *Il processo in materia di accesso ai documenti (dopo la L.11 febbraio 2005 n.15)*, pag. 6, in Riv. Giust. Amm. n. 2 - 2005, sito www.giustamm.it.

Avv.
Andrea LUBERTI

Note critiche sul recente intervento legislativo in materia di esami di abilitazione professionale

Commento all'art.4, comma 2- bis del DL
115/2005 (convertito dalla legge 168/2005)

1 Il Decreto- legge 115 del 2005, convertito, con modificazioni, dalla legge 168 del 2005 (c.d. *decreto omnibus*) ha, inopinatamente, introdotto una norma che, senza alcun timore di enfasi, può dirsi di portata rivoluzionaria (almeno per il limitato ambito di applicazione) con riferimento al complesso dei principi che governano la tutela del cittadino innanzi agli organi di giustizia amministrativa.

La disposizione in esame è stata introdotta, in modo alquanto discutibile (considerando che costituisce previsione del tutto estranea alla materia dell'articolo in cui è stata inserita), congiuntamente ad una serie di innovazioni alla disciplina legislativa delle elezioni degli organi rappresentativi delle categorie professionali¹.

In particolare, l'incongruenza di tale operazione legislativa appare confermata dalla stessa rubricazione della legge, che fa generico riferimento a "*disposizioni urgenti per assicurare la funzionalità di settori della Pubblica Amministrazione*". E' del tutto evidente, pertanto, la più che discutibile collocazione di un intervento che non mancherà di suscitare forti perplessità tra i cultori del diritto.

Il decreto in esame deve essere attentamente analizzato, in quanto incide in modo particolarmente profondo su un momento essenziale della disciplina non solo della nostra, ma di tutte le professioni "protette" o liberali, che, proprio per il loro prestigio, derivante dalla attinenza a settori estremamente delicati, sono soggette al previo accertamento di rigorosi requisiti di idoneità per coloro che vogliono esercitarle.

Non di rado, peraltro, si riscontra l'insorgenza di numerose voci che vorrebbero (sulla base di un acritica assimilazione dell'attività del libero professionista a quella dell'impresa) abolire qualsivoglia forma di regolamentazione di queste atti-

vià, liberalizzando, da un lato, l'accesso alle stesse (proponendo l'introduzione del c.d. modello spagnolo, cioè di un'abilitazione professionale basata sulla sola verifica cartolare dei requisiti richiesti nonché dell'effettivo svolgimento di un periodo di pratica), dall'altro abolendo il vigente sistema tariffario basato sui minimi inderogabili.

Provvediamo, innanzitutto, a fornire il testo della norma, che sarà oggetto dell'esegesi in questo contributo: "*Conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela*".

Un primo problema concerne la necessità di operare una *actio finium regundorum* al fine di poter verificare l'ambito di applicazione della norma in questione. In effetti, appare sussistere una forte contraddizione tra la rubrica della norma (che fa riferimento, per l'appunto, ad "abilitazioni professionali" nonché al conseguimento di "titoli") ed il testo della disposizione che, invece, sembrerebbe estendere la sua applicabilità anche ai concorsi finalizzati alla costituzione del rapporto di pubblico impiego presso le Pubbliche Amministrazioni².

Ove si ritenesse che l'art.4 del decreto 115 del 2005 sia applicabile anche alla materia dei pubblici concorsi, si determinerebbero una serie di problematiche di non scarso rilievo. In effetti, in questo caso, si ammetterebbe un intervento del giudice amministrativo che, sulla base della tutela cautelare previamente concessa, avrebbe l'effetto di assegnare in via giudiziale al ricorrente un bene della vita il cui conseguimento non sarebbe compatibile con la tutela degli interessi degli altri partecipanti che, in mancanza del provvedimento giurisdizionale, risultassero comunque vincitori del concorso.

Con riferimento al procedimento di esame finalizzato al conseguimento dell'abilitazione professionale, deve essere ricordato che la dottrina più autorevole³ lo inquadra nell'ambito dei procedimenti autorizzatori, in quanto trattasi di attività oggettivamente amministrativa, finalizzata alla rimozione di un limite posto dalla legge alla possibilità di intraprendere una determinata attività professionale. Tuttavia, deve essere precisato che, normalmente, il procedimento di iscrizione ad Ordine professionale (e ciò vale, in particolare, per quel che ci riguarda, anche per il procedimento di iscrizione all'Ordine degli Avvocati), può essere distinto in una duplice fase.

¹ La migliore dottrina (cfr al riguardo MARTINES, Diritto Costituzionale, Milano, 1994, p. 438 ss.), nonché la prassi parlamentare hanno, ormai, superato la teoria che vorrebbe preclusa al Parlamento, in sede di conversione, la possibilità di apportare emendamenti al decreto-legge, sia pure nelle ipotesi in cui tale apporto riguardi disposizioni sostanzialmente estranee al complesso del disegno normativo del decreto. Diverso è il problema concernente la legittimità dell'introduzione di previsioni che, supplementari rispetto al

testo predisposto dall'Esecutivo, non rispettino quei requisiti di necessità e di urgenza indispensabili ai fini del ricorso alla delegazione. In questo caso, infatti, il controllo sui presupposti in esame non diverge, sostanzialmente, dalla verifica della necessità ed urgenza che avrebbe modo di esplicitarsi sul testo originario del decreto. Cfr al riguardo PIZZORUSSO, *I controlli sul decreto legge in rapporto al problema della forma di governo*, in *Politica del diritto*, 1981, p. 301 ss.

² In sede di discussione presso la prima Commissione permanente del Senato, è stato, in effetti, sollevato il problema relativo all'applicabilità di tale norma anche con riferimento alle procedure concorsuali. In particolare, l'obiezione sollevata alla applicabilità del suddetto decreto ai pubblici concorsi è stata superata dal proponente, Sen. D'Onofrio, rilevando che l'esito

favorevole del ricorso avrebbe giovato a soggetti già valutati positivamente sia all'esito delle prove scritte che di quelle orali.

³ Cfr sul punto GIANNINI, in *Diritto Amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, p. 641; VILLATA, in *AAVV, Diritto Amministrativo*, 1998, Bologna, p. 1494.

Nella prima ha luogo l'esame dell'idoneità del candidato e, in sostanza, del possesso di un complesso di competenze necessari per l'esercizio della professione *de qua*.

In tale circostanza, è ben vero che l'organo incaricato di compiere la valutazione (di norma si tratterà di una commissione esaminatrice) non è titolare di una vera e propria discrezionalità (in quanto è del tutto evidente che, ad esempio, la valutazione sulla sufficienza di un elaborato non costituisce ponderazione di un interesse privato con un interesse pubblico), ma di mera discrezionalità tecnica. E' anche vero, però, che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato⁴ ha precisato che, ai fini della spettanza alla giurisdizione del giudice ordinario o di quello amministrativo, non assume rilevanza il criterio della natura vincolata, o meno, della norma, quanto la *causa petendi* dell'azione promossa dal privato, con la conseguenza che dovrebbe riconoscersi la giurisdizione amministrativa nei casi (come nel presente) in cui l'ordinamento tuteli in via primaria un interesse pubblico e non già il diritto del privato.

In un secondo momento, in seguito, evidentemente, ad un riscontro positivo dell'esito degli esami, nonché del possesso degli ulteriori requisiti personali fissati dalla norma, ha luogo l'iscrizione al relativo albo o ordine professionale. In tale sede l'interessato vanta un vero e proprio diritto soggettivo, di modo che un eventuale, illegittimo, diniego di iscrizione sarebbe azionabile innanzi al giudice ordinario, che sarebbe titolare di tutti i più ampi poteri disciplinati dalla normativa processuale, senza dover rispettare gli angusti limiti posti dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo⁵.

2. La possibilità, per il ricorrente, di conseguire il risultato dell'ammissione alle prove orali, passa attraverso la ammissibilità di un sindacato del giudice adito, di sindacare la valutazione operata dalla Commissione d'esame.

Come è noto, solo a partire dalla innovativa sentenza 601/1999⁶ della IV sezione del Consiglio di Stato la giurisprudenza ha iniziato ad ammettere una valutazione di carattere "forte" o intrinseco sui giudizi compiuti da organi della Pubblica Amministrazione che, pur richiedendo una valutazione di carattere tecnico-specialistico, non fossero espresse mediante il riferimento a discipline suscettibili di una esatta valutazione o misurazione. In precedenza, in effetti, era principio consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato che la valutazione "opinabile" o "complessa" della Pubblica Amministrazione fosse oggetto di controllo giudiziale nei soli limiti della coerenza od adeguatezza della motivazione, o della ragionevolezza, o, ancora, nell'ipotesi di difetto assoluto di istruttoria o, infine, nelle fattispecie in cui fosse presente una valutazione palesemente o

manifestamente erronea, suscettibile in quanto tale di essere valutata *ex actis* (si pensi alle ipotesi in cui si reputasse insignificante opera universalmente riconosciuta di particolare rilevanza artistica).

La valutazione che, invece, non fosse sussumibile nell'ambito delle suddette ipotesi, rientrava nell'ambito del merito amministrativo, come tale non sindacabile dal giudice amministrativo.

Il revirement della giurisprudenza è stato, successivamente, confortato dall'intervento del legislatore, che con l'introduzione, ad opera della l. 205 del 2000, dell'istituto della consulenza tecnica d'ufficio anche nell'ambito del giudizio amministrativo, consente ormai anche allo stesso TAR di utilizzare tale strumento per verificare la correttezza della valutazione. Deve, peraltro, precisarsi che è esperienza comune di ogni avvocato che, anche nell'ambito del processo civile, si assiste ad un abuso dello strumento della consulenza tecnica d'ufficio, sovente utilizzata non già per l'ausilio a favore del giudice nell'ambito della valutazione di elementi probatori già disponibili, quanto per sopperire alle incombenze probatorie gravanti sull'attore. Nell'ambito del processo amministrativo, devono ormai valere le medesime considerazioni, in quanto l'introduzione di strumenti probatori modellati sulla falsariga di quelli processualciviltistici dovrà, forzatamente, indurre a riconsiderare la vigenza, anche ai fini risarcitori, del c.d. principio acquisitivo, vale a dire del principio che fa gravare l'onere della prova, quantomeno entro determinati limiti, sulla Pubblica Amministrazione, anche se resistente, in virtù della sua posizione di privilegio.

3. E' di tutta evidenza che il problema della tutela del ricorrente avverso i provvedimenti relativi all'intero procedimento di abilitazione alla professione forense deve, in primo luogo, superare il vaglio del giudice amministrativo con riferimento al provvedimento di non ammissione alle prove orali.

Il che porta, fatalmente, alla verifica del voto espresso dalla stessa Commissione d'esame. La questione, che qui è affrontata con riferimento agli esami di abilitazione forense, ma che è, ovviamente applicabile, *mutatis mutandis*, alle valutazioni concorsuali propedeutiche al pubblico impiego ovvero alle procedure di aggiudicazione degli appalti, ha negli anni suscitato particolari problematiche in ordine alla sufficienza, in sede d'esame, della mera valutazione numerica.

Al riguardo, deve essere osservato che, secondo un primo orientamento⁷ sarebbero affette da invalidità le motivazioni meramente numeriche, in quanto, per le stesse, troverebbe pur sempre applicazione l'art. 3 della l. 241 del 1990 che prescrive l'obbligo della motivazione espressa per i provvedimenti amministrativi.

Di conseguenza, il giudice amministrativo, innanzi al quale sia stato impugnato l'atto, potrebbe ordinare alla commissione esaminatrice di rinnovare la cor-

4 Ad. plen., 5luglio 1999, n.18, in *Consiglio di Stato*, 1999, I, p. 1077.

Italiana, 1995, I, 1, p.234.

5 Cfr SSUU, 2 maggio 1994, n. 4182, in *Giurisprudenza*

6 Cfr in *Foro Italiano*, 2001, III, c.9 con nota di TRAVI.

7 Cfr sul punto TAR Milano, 19 ottobre 1996 n. 990, in *Foro Italiano*, 1997, III, c.54.

rezione degli elaborati, integrando la valutazione con una sia pur sintetica motivazione⁸.

L'orientamento maggioritario, invece, espresso dal Consiglio di Stato⁹, ritiene che la votazione in termini meramente numerici sia del tutto sufficiente, sia per la natura non provvedimentale degli atti in questione, sia per la circostanza che la valutazione numerica garantirebbe in modo sufficiente la possibilità di valutare la correttezza del giudizio in sede di esame, essendo, al massimo richiesto, in modo particolarmente garantista, la doverosità del rinvio ai criteri valutativi già predeterminati da parte della stessa Commissione¹⁰.

In particolare, è ormai consolidato in giurisprudenza l'orientamento che riconosce la necessità di una fase di carattere preliminare, in cui venga effettuata la predeterminazione dei criteri che la stessa commissione intenda rispettare nella fase di correzione degli elaborati, ove non sia espressamente prevista una specifica disciplina sul punto: determinazione che è, peraltro, sindacabile anch'essa sotto il profilo della discrezionalità tecnica¹¹.

Tale orientamento appare sicuramente preferibile, in quanto maggiormente idoneo a coniugare celerità della procedura e garanzia del singolo candidato¹².

In estrema sintesi, si può osservare che la legislazione speciale (ricorrente anche nel RD 37/1934 in tema di esami di abilitazione forense) che prescrive il voto in decimi dovrebbe, in ogni caso, ritenersi prevalente sulla legge 241/90, che costituisce *lex generalis*. Inoltre, è da rilevare che la valutazione di elaborati costituisce una forma di giudizio sintetico non suscettibile di motivazione *ex post*, essendo comunque la tutela del candidato affidata soprattutto alla collegialità della valutazione più che alla sua giustificazione.

In sostanza, non sembra potersi criticare la lezione del Consiglio di Stato, secondo cui, in realtà, la sussistenza di un giudizio numerico conterrebbe, di per sé, la motivazione richiesta dalla norma.

8 TAR Veneto, 19 gennaio 2002, n.237, in *Foro Amministrativo*- TAR, 2003, p.46 con nota di TARASCO e VALENTE; TAR Milano, ordinanza 16 luglio 2003, n.1227, *ibidem*, 2003, p.3180 con nota di ROTIGLIANO.

9 Cfr Cons. Stato, sezione IV, 2 marzo 2001 n.1157, in *Consiglio di Stato*, 2001, I, p.536.

10 Cfr al riguardo l'art. 12 del DPR 9 maggio 1994, n.487, in tema di modalità di svolgimento dei pubblici concorsi, che prevede la fissazione, in sede di prima riunione della commissione, dei criteri valutativi utilizzati per l'assegnazione del voto.

11 TAR Milano, sezione II, sentenza 24 febbraio 1992 n.149, in *TAR*, 1992, I, p.1414.

12 Il TAR Milano, con una serie di ben cinquantanove ordinanze, tra cui vedasi il provvedimento del 29 dicembre 1999, n. 110 (in *Foro Italiano*, 2000, III, c.92) ha reputato non infondata la questione di costituzionalità della l. 241 del 1990 nella parte in cui, secondo il diritto vivente, avrebbe escluso dall'obbligo

di motivazione i suddetti procedimenti valutativi. Tuttavia, la Corte Costituzionale (sentenza 3 novembre 2000, n.466 in *Corriere giuridico*, 2000, p. 1571, con commento di TARASCO, *Il caso della professione forense*) escluse l'ammissibilità della questione, osservando che l'ordinanza del tribunale si risolveva in un tentativo di ricevere avallo di una interpretazione non univoca della norma.

E' da notare che, al contrario, la giurisprudenza della Corte Costituzionale ammette pacificamente la possibilità di sindacato su quello che l'Ascarelli definiva il "diritto vivente", ogniqualvolta la sussistenza di un consolidato orientamento giurisprudenziale determini l'impossibilità di effettuare un controllo sulla costituzionalità della norma, se non in base a quello che risulti essere la costante interpretazione giurisprudenziale. Sul punto cfr PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente*, Milano, 1994. Da ultimo, il TAR Lecce, con ordinanza 1047 del 22 settembre 2004, in *TAR*, 2004, I, p. 3284, ha nuovamente sollevato questione di costituzionalità, sulla base delle medesime considerazioni.

4.E' ben noto che la struttura della misura cautelare come configurata dalla disciplina previgente¹³, alla riforma del processo amministrativo determinava una forte perplessità sull'ampiezza della tutela fornita al ricorrente, in particolare per la decisiva circostanza che la configurazione originaria della legge TAR di questo strumento prevedeva esclusivamente la sospensione del provvedimento impugnato, con conseguente impossibilità di tutela nei confronti dei c.d. interessi pretesivi.

La situazione era aggravata dalla circostanza che, a differenza del giudizio civile, in quello amministrativo la mancanza di una norma analoga all'art.700 c.p.c. ha determinato l'insorgenza del c.d. principio di tipicità delle misure cautelari¹⁴.

La situazione si aggravò, negli anni settanta, anche a seguito della crescita esponenziale del contenzioso amministrativo, con conseguente dilatazione dei tempi processuali necessari alla tutela di tali posizioni soggettive.

Nei confronti della tutela giudiziale degli interessi pretesivi, pertanto, la strada seguita dalla giurisprudenza è stata quella di ammettere l'esperibilità della tutela cautelare in quelle fattispecie in cui un provvedimento amministrativo, pur se formalmente negativo, avrebbe determinato un effetto materiale incidente sulla sfera soggettiva del privato.

Si tratta di orientamento che, a ben vedere, si pone in perfetto parallelismo con quello civilistico che limita l'ammissibilità del ricorso all'art.700 cpc nel caso di tutela di diritti di credito che non si pongano in posizione di strumentalità con diritti fondamentali dell'attore¹⁵.

In altre parole, si è osservato che l'acquisizione di una posizione di vantaggio futura non può essere pregiudicata dall'inosservanza dell'obbligo di cooperazione da parte del soggetto (privato o amministrazione) tenuto ad un determinato comportamento, perchè il medesimo vantaggio potrà pur sempre essere acquisito all'esito del giudizio di merito: al contrario, è suscettibile di pregiudizio la stessa realizzazione dell'interesse del privato, ove non abbia carattere immediato.

I provvedimenti che, più di frequente, hanno costituito oggetto di tale orientamento sono stati, in particolare, i casi di diniego di ammissione a prove di concorsi o di esonero dal servizio militare, allorché un arresto dell'*iter* procedimentale avrebbe potuto determinare il grave pregiudizio, per il ricorrente, di vedere compromessa la situazione di fatto condizionante l'esito positivo della procedura, anche sulla

13 Cfr sul punto CAIANELLO, *Diritto processuale amministrativo*, Torino, 2000, p. 566 ss. Cfr altresì BARBIERI, *Sul giudizio cautelare nel processo amministrativo*, in *Rivista di diritto processuale*, 1986, p. 200; CACCIAVILLANI, *La sospensione del provvedimento impugnato avanti al Tribunale Amministrativo Regionale*, in *Giustizia Civile*, 1974, IV, p.129; CASSARINO, *La recente giurisprudenza in tema di misure cautelari nel processo amministrativo*, in *Foro Amministrativo*, 1978, I, p.1125; FOLLIERI, *Giudizio cautelare ed interessi tutelati*, Milano, 1981; TRAVI, *Recenti orientamenti in tema di tutela cautelare amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1986, p.293; ZEVIANI PALLOTTA, *Considerazioni sui*

possibili contenuti e limiti di operatività delle pronunce cautelari del giudice amministrativo nel processo di primo grado, in *Giurisprudenza italiana*, 1981, IV, p.954.

14 Ma cfr al riguardo la sentenza della Corte Costituzionale 28 giugno 1985 n. 190, in *Foro Italiano*, 1985, I, c. 1881 ss. con note di PROTO PISANI e ROMANO, con cui la stessa Corte ammise nel giudizio amministrativo relativo a diritti soggettivi e, quindi, nelle materie oggetto di giurisdizione esclusiva la possibilità dell'esperimento di tale tutela atipica e residuale.

15 Cfr al riguardo BIANCA, *Diritto Civile*, vol. V, Milano, 1994, p.250 ss.

base della considerazione che, nelle presenti fattispecie, il giudice non avrebbe affatto anticipato il provvedimento definitivo, ma si sarebbe limitato a conservare lo *status quo* necessario al ricorrente per il conseguimento della situazione di vantaggio.

Dopo la novella del 2000, non sussistono cambiamenti rilevanti per la concessione della tutela cautelare con riferimento ai presupposti individuati nella sussistenza del *fumus boni iuris* (requisito che, non originariamente previsto da parte dell'art. 21 legge TAR ma introdotto dall'elaborazione giurisprudenziale, è stato formalmente recepito dalla nuova disciplina) nonché del *periculum in mora*.

Semmai, con riferimento alla valutazione del *periculum*, può essere osservato¹⁶ che nel testo della l.205 del 2000 si fa riferimento ad un "pregiudizio" anziché ad un "danno" grave ed irreparabile.

La volontà del legislatore che, ad una prima lettura, può essere desumibile dall'esegesi del testo della norma, è, con ogni probabilità, quella di prendere atto della diversità di giudizio che deve essere resa con riguardo alla concessione della misura cautelare rispetto alla valutazione in ordine alla sussistenza di un danno risarcibile. Quest'ultima, in particolare, potrà essere compiuta esclusivamente in un giudizio di merito, nell'ambito di una ordinaria azione risarcitoria. In sede, invece, di sospensione del provvedimento impugnato l'unico parametro idoneo ad indicare la forma di valutazione richiesta dal legislatore è costituita dalla presenza della possibilità di un grave pregiudizio nei confronti del ricorrente. Esula, invece, da tale giudizio la ponderazione dell'interesse del cittadino potenzialmente leso dall'attività amministrativa in raffronto all'interesse pubblico che l'atto impugnato è chiamato, in concreto, a curare.

Inoltre, l'espressa previsione della necessaria motivazione dell'ordinanza cautelare ha, indubbiamente, rafforzato il carattere giurisdizionale del provvedimento in esame, anche per la previsione di un giudizio c.d. immediato che si innesta sulla richiesta di concessione della misura interinale.

L'aspetto più innovativo consiste, invece, nella nuova qualificazione della tutela cautelare che, oggi, ha assunto un carattere sostanzialmente atipico, potendo essere richiesta al TAR l'emanazione di qualsiasi misura, ivi compresa l'ingiunzione a pagare una somma di denaro, ove essa appaia, secondo le circostanze, *idonea a mantenere la res adhuc integra* fino alla definizione nel merito della controversia¹⁷.

Come vedremo, la possibilità di configurare una forma di tutela cautelare di carattere anticipatorio assume particolare rilievo con riferimento alla tematica in esame.

In effetti, a seguito di tale previsione, il giudice potrà non solo disporre la cautelativa sospensione del giudizio negativo della commissione, ma anche ordinare in

¹⁶ Cfr al riguardo CARINGELLA, *Corso di diritto processuale amministrativo*, Milano, p. 1019 ss.

¹⁷ Cfr sulla tutela cautelare a seguito della l. 205 del 2000 SANINO, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di CERULLI IRELLI, Torino, 2000.

via temporanea l'immediata ammissione del candidato alla fase successiva della procedura di abilitazione.

5. Il decreto legge in esame sembrerebbe porsi in contrasto con il più recente orientamento, ormai consolidato, del giudice amministrativo sul tema dei rapporti tra giudizio cautelare e giudizio di merito.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha avuto modo di affrontare la questione in esame nel febbraio del 2003¹⁸.

In tale occasione, si era discusso il caso di candidato all'esame che aveva impugnato il provvedimento di esclusione dalle prove scritte, a causa della mancanza di motivazione. A seguito dell'esito positivo del ricorso, l'Amministrazione aveva provveduto alla convocazione di diversa sottocommissione d'esame, che non si era limitata ad integrare la motivazione del provvedimento in oggetto ma aveva nuovamente deliberato sul punto, assegnando al candidato votazione numerica idonea al superamento della prova; nelle more del giudizio di appello, il candidato aveva ottenuto l'iscrizione all'albo.

In tale fattispecie, però, proprio la sostituzione del provvedimento impugnato con altro atto, del tutto autonomo rispetto al primo, aveva consentito ai giudici di Palazzo Spada di rigettare l'impugnativa del Ministero, in quanto la nuova valutazione della Commissione non poteva essere qualificata quale mera esecuzione della decisione di primo grado, ma quale autonoma attività di autotutela.

Nel 2004, il rapporto tra il superamento delle prove orali e il giudizio di merito sul mancato superamento di fasi precedenti della procedura concorsuale è stato oggetto di una serie di pronunce da parte degli organi di giustizia amministrativa.

In particolare, la Sezione IV del Consiglio di Stato¹⁹ a proposito di candidato ad esame di abilitazione forense, escluso dalla prova orale a seguito dell'annullamento della prova scritta ha avuto modo di affrontare tale problematica con riguardo all'ipotesi di esame orale sostenuto nella vigenza della sentenza di primo grado, successivamente appellata dall'Amministrazione.

In seguito, ancora la medesima sezione ha avuto modo di affrontare il caso di candidato al concorso notarile, ricorrente avverso l'esito negativo della preselezione informatica²⁰.

In tale occasione i giudici di Palazzo Spada ebbero modo di precisare che tale

¹⁸ Adunanza Plenaria, 27 febbraio 2003 n.3, in *Consiglio di Stato*, 2003, p. 216.

¹⁹ Consiglio di Stato, sezione IV, 17 febbraio 2004 n. 616, in *Guida al diritto*, n.19/04, p.89: è stato osservato che "nel caso, come quello in esame, in cui il candidato, a seguito della impugnazione della determinazione della commissione (...) venga ammesso, grazie a pronuncia non definitiva (...) a lui favorevole, agli esami orali e li superi, l'ammissione così disposta si limita a consentire la partecipazione dell'escluso alle prove orali, ma non può produrre anche gli effetti ritraibili da una pronuncia

definitiva di merito, la quale, soltanto, rimuovendo dalla realtà giuridica il provvedimento (...) è in grado, da un lato, di restituire al concorrente escluso la pienezza dei diritti e, dall'altro, di costituire l'obbligo per la PA di attribuire allo stesso tutte le posizioni di vantaggio scaturenti dal superamento delle prove d'esame, divenute ormai inattuabili.

²⁰ Consiglio di Stato, sezione IV, 6 maggio 2004 n.2797, in *Guida al diritto*, n.24/2004, p.83 con commento di FORLENZA, *L'esecuzione dell'ordinanza cautelare non cancella la materia del contendere*.

orientamento sarebbe, comunque, rafforzato dall'art.336 cpc, secondo cui "la riforma o cassazione estende i suoi effetti ai provvedimenti e agli atti dipendenti dalla sentenza riformata o cassata".

Di conseguenza, dovrebbero reputarsi cadutati anche i provvedimenti posti in essere dall'Amministrazione in esecuzione della misura cautelare, non potendo gli stessi essere qualificati come atto di acquiescenza alla determinazione del giudice amministrativo. Peraltro, a differenza di quanto accaduto in occasione della citata decisione dell'Adunanza Plenaria, la Pubblica Amministrazione non aveva posto in essere una nuova attività provvedimento, ma si era limitata ad eseguire quanto disposto dall'ordinanza cautelare. In tal caso, pertanto, il Consiglio di Stato ha giudicato che il successivo esito positivo dell'esame si poneva quale una mera situazione di fatto, non idonea a dispiegare effetti sul rapporto processuale intercorrente tra privato ed amministrazione.

Più di recente, la quarta sezione è tornata su tale problematica con la sentenza 4165 del 2005²¹, che ha ribadito l'orientamento tradizionale, osservando che la cessazione della materia del contendere può essere dichiarata nelle sole ipotesi in cui l'Amministrazione annulli o riformi, in senso conforme all'interessato, il provvedimento impugnato, con altro che sia idoneo ad attribuire quel medesimo vantaggio, per cui lo stesso avesse in origine richiesto l'intervento del giudice. Sarebbe stato possibile, pertanto, attribuire tale rilevanza solo a provvedimento con cui la medesima amministrazione avesse, in via di autotutela, caducato il provvedimento.

Infine, è da registrarsi l'intervento sul punto delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²².

La Suprema Corte è intervenuta con riguardo alla vicenda di candidata all'esame di abilitazione forense che aveva impugnato il giudizio negativo sulle prove scritte, ottenendo nello stesso tempo l'ammissione con riserva agli orali (regolarmente superati). Successivamente, nelle more del giudizio di merito, la stessa aveva richiesto l'iscrizione all'albo, accolta in un primo momento dal Consiglio dell'Ordine locale ma successivamente negata da parte del Consiglio Nazionale Forense.

Il Consiglio aveva, infatti, ritenuto di non poter ritenere valido un provvedimento di iscrizione all'albo, subordinato all'accoglimento del ricorso della candidata.

All'esito del ricorso, la Cassazione ha confermato l'impossibilità di iscrivere all'albo la candidata, non già perché non fosse ipotizzabile una iscrizione condizionata (successivamente revocabile all'eventuale esito negativo di un ricorso), quanto per la circostanza che, come riporta il citato orientamento giurisprudenziale, non poteva ritenersi superato l'esame di abilitazione ove gli orali avessero avuto luogo solo a seguito di ammissione con riserva.

²¹ In *Guida al diritto*, n.13/2005, p.96 con nota di FORLENZA, *Dubbio il potere di annullamento delle commissioni esaminatrici*; cfr *contra*, nella stessa rivista,

TAR Lecce, ordinanza 27 luglio 2005 n.864.
²² SSUU, 16 luglio 2004, n. 11750 (non ancora pubblicata)

Il problema più rilevante riguarda il rapporto tra correzione degli elaborati disposta dal giudice, ed attuata in seguito da parte della commissione esaminatrice, e successiva valutazione in sede di esame orale. Se, infatti, si ritenesse assorbente la valutazione positiva delle prove orali, dovrebbe coerentemente ammettersi che, una volta queste siano state superate da parte dell'interessato, non assuma rilevanza il fatto che il provvedimento del giudice amministrativo sia stato, successivamente, caducato.

In effetti, la circostanza che, dal punto di vista numerico, la valutazione complessiva del candidato sia dato dalla somma della votazione complessiva riportata nella prova orale ed in quella scritta potrebbe indurre a ritenere che, di fatto, l'esito positivo dell'esame nel suo complesso discenda, semplicemente, da una verifica, svolta in modo sostanzialmente unitario, del possesso dei requisiti necessari allo svolgimento della prativa forense nonché della cultura giuridica del candidato.

Tuttavia deve essere osservato che la normativa del RD 37/1934 è chiara nel prevedere l'ammissione alla prova orale quale specifica fase del procedimento di abilitazione, con conseguente impossibilità di ipotizzare l'accoglimento di tale tesi, sostenibile, al massimo, nell'ambito dei pubblici concorsi con riferimento alla prova di preselezione, per sua natura destinata all'accertamento dei requisiti culturali dei candidati.

6. E' da rilevare che, nell'ambito della citata giurisprudenza, si è fatto sovente riferimento alla cessazione della materia del contendere quale forma di estinzione del processo per le vicende suddette.

Deve essere precisato, al riguardo, che l'istituto della cessazione della materia del contendere (disciplinata dall'art.23, comma 7, della l. 1034 del 1971) costituisce fattispecie di estinzione applicabile nell'ambito del processo allorché la situazione di fatto presupposta al ricorso venga a modificarsi (di norma, nell'ambito del processo amministrativo, a seguito di provvedimento sopraggiunto della pubblica amministrazione, nel processo civile, invece, in situazioni in cui sia riscontrabile il riconoscimento del diritto da una delle parti, ovvero l'accordo transattivo che ponga fine alla lite²³).

E' da osservare che la figura della cessazione della materia del contendere non deve, invece, essere confusa con la sopravvenuta carenza di interesse, figura di crea-

²² Nel processo civile, a differenza di quanto accade con riguardo al giudizio amministrativo, la figura della cessazione della materia del contendere non è espressamente disciplinata dal codice. Tuttavia, tale figura ha assunto un particolare rilievo per la decisiva circostanza che la pronuncia può accompagnarsi ad una disciplina delle spese in cui assume rilievo la c.d. soccombenza virtuale (il giudice pone le spese a carico della parte che sarebbe risultata soccombente ove non si fosse verificato l'evento in questione). Tuttavia, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che, proprio per tale circostanza, tale forma di

pronuncia possa essere ammissibile solo in presenza di un accordo delle parti sulla sussistenza dell'evento nonché sulla rilevanza delle sue conseguenze giuridiche. Sul punto cfr Cass., 25 febbraio 2000, n.2180, in *Foro Italiano*, 2000, I, c.2556 con commento di SCALA, " *Comportamento delle parti e dichiarazione di cessata materia del contendere: è davvero necessario per la giurisprudenza l'accordo delle parti sul fatto sopravvenuto e sulle sue conseguenze giuridiche?* "; cfr altresì SSUU 28 settembre 2000 n. 1048 e 18 maggio 2000 n. 368, entrambe in *Foro Italiano*, 2001, I, c.954 con nota di SCALA.

zione giurisprudenziale che richiede che l'interesse perseguito dal ricorrente non possa più essere soddisfatto: ciò in quanto il mutamento della situazione di fatto viene a rendere impossibile il perseguimento di quella tutela che lo stesso ricorrente si era prefisso nel momento in cui ha proposto l'impugnazione del provvedimento. Di conseguenza, si determinerebbe una conseguente inutilità della sentenza, anche dal punto di vista dell'interesse meramente morale del privato (ad esempio: l'esecuzione dell'opera pubblica che ha dato luogo alla dichiarazione di pubblica utilità impugnata dal privato viene abbandonata definitivamente).

A seguito delle riforme introdotte dalla l. 205 del 2000, in particolare della possibilità di impugnare il provvedimento sopravvenuto mediante l'istituto dei motivi aggiunti deve ritenersi che la pronuncia in esame possa essere ritenuta ammissibile nelle sole ipotesi in cui sia riscontrabile un effettivo ed integrale soddisfacimento dell'interesse perseguito dalla parte.

In caso contrario, in effetti, il ricorrente potrà proporre nuovi capi di impugnazioni avverso le successive statuizioni della Pubblica Amministrazione.

7. La soluzione prospettata dal legislatore con il decreto in esame presuppone un insolubile contraddizione tra due principi di primaria rilevanza nell'ambito del rapporto tra processo e tutela cautelare.

Il primo è costituito dalla massima secondo cui la durata del processo stesso non può andare a danno dell'attore che abbia ragione; il secondo, invece, che esprime la necessità che la stessa misura cautelare non possa, in alcun caso, determinare effetti più ampi rispetto a quelli che sarebbero ricollegabili all'adozione definitiva del provvedimento giurisdizionale.

Deve osservarsi, al riguardo, che la dottrina che per prima si è occupata dell'esegesi della norma²⁴ ha avuto modo di osservare che essa determina forti dubbi di legittimità costituzionale.

In effetti, è pienamente condivisibile la notazione che la normativa in questione finirebbe per pregiudicare, a danno dell'Amministrazione (e, di conseguenza, dei titolari degli interessi protetti da quest'ultima) lo svolgimento di un procedimento giurisdizionale, attribuendo efficacia definitiva a provvedimento di carattere meramente cautelare, svolto senza le garanzie del giudizio di merito e sulla base di una valutazione sommaria.

In secondo luogo, al fine di evitare la declaratoria di illegittimità, la disposizione introdotta dal decreto in esame deve essere analizzata, secondo quanto osservato dalla citata dottrina, alla luce della riforma della tutela giudiziaria cautelare introdotta dalla l. 205 del 2000.

In altre parole, dovrebbe ricondursi l'ambito di applicabilità della c.d. abilitazione *ex lege* alle fattispecie in cui sussista un vero e proprio provvedimento positivo del giudice che imponga l'ammissione alle prove orali del candidato ovvero un

provvedimento di autotutela della Pubblica Amministrazione, e non già di una mera sospensione del giudizio negativo sugli scritti del candidato.

In tal caso, è del tutto evidente che le fattispecie considerabili sarebbero solo quelle in cui non sussista un mero *fumus* di illegittimità della valutazione, ma una chiara infondatezza della valutazione di fronte alla quale il giudice abbia ritenuto maggiormente conforme alla tutela del candidato non la mera sospensione del provvedimento ma la temporanea ammissione alle prove orali²⁵.

In base a tali considerazioni si può forse, ipotizzare che, in un'ottica che consenta una interpretazione della norma tendente alla sua salvezza, la costituzionalità potrebbe essere argomentata dalla circostanza che, in ogni caso, si tratterebbe nella fattispecie in questione non già del consolidamento degli effetti di una ammissione disposta in via cautelativa, quanto del riconoscimento a favore del candidato che abbia già superato le prove scritte che quelle orali (sia pure, con riferimento a queste ultime, a seguito di provvedimento del giudice) della possibilità di ottenere immediatamente l'iscrizione all'albo di spettanza.

In altre parole: a seguito di un provvedimento del giudice amministrativo che non si limiti a sospendere il provvedimento di esclusione dagli orali, ma ne disponga direttamente l'ammissione, ovvero di attività, svolta in sede di autotutela da parte della Pubblica Amministrazione, che abbia effettuato una nuova correzione²⁶ il candidato potrà sostenere le prove orali del relativo concorso o esame.

Qualora l'esito positivo degli orali pervenga prima della conclusione del giudizio di merito, lo stesso candidato potrà essere dichiarato idoneo ai fini del relativo concorso od esame, sempre che, peraltro, sia in possesso dei requisiti formali ai fini della partecipazione al concorso.

Pertanto, l'intervento del legislatore riconosce la rilevanza giuridica della tutela del ricorrente non alla mera partecipazione alla fase successiva del procedimento, ma al conseguimento dell'abilitazione o alla vittoria del concorso.

Ne deriva una interpretazione che salvaguarda, sostanzialmente, gli interessi dei ricorrenti ma che tutela, nello stesso tempo, le posizioni dei controinteressati, costituiti, nel caso del concorso, dagli altri partecipanti e, nel caso degli esami di abilitazione, dagli organi titolari degli interessi collettivi protetti dalla previsione normativa di un procedimento di valutazione dell'idoneità allo svolgimento di una professione.

²⁵ Deve essere precisato che il riconoscimento, in favore del giudice amministrativo, della facoltà di disporre le misure ritenute più idonee alla tutela del ricorrente non determina la possibilità di assumere una decisione che, in via sommaria, anticipi il provvedimento giurisdizionale definitivo. In altre parole, è pur sempre necessario che l'ordine di ammissione alle prove orali sia disposto per evitare al privato un pregiudizio, derivante dall'eccessivo portarsi del procedimento giurisdizionale (si pensi, ad esempio, al danno da mancato superamento dell'esame per praticante che

abbia intrapreso attività professionale in veste di abilitato).

²⁶ In questo caso, peraltro, con i conseguenti problemi di legittimità dell'operato della Amministrazione, considerando che, da un lato, verrebbe meno l'anonimato del compito corretto in sede di successiva valutazione e che, dall'altro, in un pubblico concorso la decisione di procedere a una nuova correzione dell'elaborato determinerebbe una lesione degli altri partecipanti qui controinteressati.

²⁴ FORLENZA, *Dubbi di legittimità sull'abilitazione ex lege*, in *Guida al diritto*, 35/2004, p. 41.

Avv.
Filippo Maria SALVO

La destinazione del patrimonio ad uno specifico affare e la partecipazione a procedure di project financing: le ragioni del "no".

Parte I

Premessa sistematica.

Si prefiggiamo di esaminare i rapporti che intercorrono tra patrimoni destinati e *project financing*. Sarebbe un lavoro troppo lungo da affrontare in un unico articolo, dunque ci riserviamo di completare il discorso (segnatamente, le ragioni del "sì") in futuro.

Per esigenze di sintesi, si preferisce omettere la descrizione della normativa che disciplina la destinazione di un patrimonio ad uno specifico affare, essendo, peraltro, materia già nota ai lettori della Rivista.

In merito al *project financing* negli appalti pubblici, sia consentito esporre le seguenti, brevi, considerazioni.

1. Il *project financing*.

Il *project financing* è una tecnica di finanziamento di opere o servizi, con la quale è possibile realizzare opere o servizi pubblici o di interesse pubblico, con finanziamenti privati.

La legge 18 novembre 1998, n. 415 (Merloni ter), ha inserito nel testo della l. 11 febbraio 1994, n. 109 gli articoli da 37-bis a 37-nonies; in tal modo, sulla scorta dell'esperienza anglosassone, ha trovato ingresso nel nostro ordinamento l'istituto del *project financing*.

La finalità dell'istituto è di individuare il soggetto che sottoscriverà il contratto di concessione dell'opera pubblica o di pubblico interesse, realizzata con capitale privato.

Nel *project financing*, la procedura di affidamento origina dall'iniziativa del promotore, il quale deve anche incaricarsi di redigere la progettazione preliminare dell'opera.

La disciplina attuale del *project financing*, per sommi capi, presenta le seguenti caratteristiche:

- viene affermata l'autonomia del promotore e nella fase della promozione dell'opera pubblica;
- la forma giuridica più idonea a realizzare un finanziamento di progetto è la concessione di costruzione e gestione;
 - si rimette alla volontà delle parti la determinazione e l'aggiornamento delle tariffe dei servizi previsti nel progetto;
- viene stabilito con precisione il procedimento attraverso il quale si perviene alla scelta del progetto e del concessionario;
 - si riconosce la possibilità di separare giuridicamente e finanziariamente l'iniziativa dalle altre attività degli sponsors, attraverso la società di progetto;
- si stabiliscono adeguate forme di tutela del privato, nel caso di revoca o di inadempiamento dell'amministrazione concedente;
 - si disciplinano le garanzie dei finanziatori.

Gli aspetti qualificanti del *project financing*, dal punto di vista economico, sono la capacità del progetto di autofinanziarsi, la separazione del fabbisogno finanziario del progetto dal bilancio dei promotori, la costituzione a favore dei finanziatori di "garanzie indirette", fondate sugli studi di fattibilità del progetto

È, dunque, necessario che il progetto sia *self-liquidating*, cioè idoneo a realizzare flussi di cassa (*cash flow*) di segno positivo. La capacità del progetto di generare flussi di cassa ha portato a distinguere le opere pubbliche in calde (molto remunerative), fredde (poco remunerative) e tiepide (a remuneratività ridotta).

2. La normativa di riferimento in ambito nazionale.

In ambito nazionale, la normativa in materia di *project financing* è dettata dagli artt. 37-bis e seguenti della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (Legge quadro), come introdotta dalla Merloni ter (l. 415/1998). Nel corso del tempo, si sono susseguiti ulteriori interventi legislativi (e pronunce dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici), volti ad ampliare la portata dell'istituto.

In particolare, l'art. 7 della l. 17 maggio 1999, n. 144 ha previsto, nell'ambito del CIPE, l'istituzione dell'Unità tecnica-finanza di progetto: un organo tecnico, investito del compito di promuovere l'utilizzo del *project financing*.

La legge 24 novembre 2000 n. 340, all'art. 21, ha previsto l'utilizzo del *project financing* anche con riferimento alla realizzazione "di nuove infrastrutture viarie di interesse nazionale per le quali sono utilizzabili sistemi di pedaggiamento".

Successivamente, la legge 21 dicembre 2001, n. 443 ha conferito al Governo la delega per l'emanazione di uno o più decreti legislativi concernenti, tra l'altro (art. 1, comma 2, lett. a), ma cfr. anche lett. c), "la disciplina della tecnica di finanza di progetto per finanziare e realizzare, con il concorso del capitale privato", le infrastrutture pubbliche e gli insediamenti strategici e di preminente interesse nazionale.

Ancora, la legge 1 agosto 2002, n. 166, in materia di infrastrutture e trasporti (c.d. collegato alla finanziaria 2002), all'art. 7, ha introdotto rilevanti novità in

Il presente articolo trae spunto dall'elaborato presentato dalla dott. Fiorina Riccobono (oggi consulente presso lo Studio Legale Salvo - Roma), come prova finale del master per giurista d'impresa tenutosi presso l'Università

degli Studi "Roma 3". La prima parte è stata curata dalla dott. Riccobono; la seconda e la terza parte, dall'Avv. Filippo Maria Salvo.

materia di *project financing*, modificando ancora una volta la legge quadro.

Il promotore è il soggetto cardine della fase di promozione dell'opera pubblica da realizzare. L'art. 37-bis, comma 2, della l. n. 109/1994 dispone che possono presentare le proposte di finanziamento i soggetti di cui agli artt. 10 e 17, comma 1, lett. f), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi, rinviando al Regolamento di attuazione della legge quadro (d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554) l'individuazione delle ulteriori figure di promotore e dei relativi "requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali".

L'art. 99, comma 1, del Regolamento ha sancito che le proposte di cui all'art. 37-bis della Legge quadro possano essere presentate, oltre che da imprese singole o associate, anche da coloro che svolgono professionalmente attività finanziaria, assicurativa, tecnico-operativa, di consulenza e di gestione nel campo dei lavori pubblici o di pubblica utilità o dei servizi alla collettività, sempre che negli ultimi tre anni abbiano partecipato in modo significativo alla realizzazione di interventi di natura ed importo pari a quello oggetto della proposta.

Parte II

1. Le ragioni del "no".

Possono i promotori, nell'ambito di una procedura di *project financing*, evitare di istituire una società di progetto e realizzare un'opera pubblica, mediante la destinazione di un patrimonio?

A tal proposito, vi sono argomenti che depongono sia in un senso che nell'altro. Nel presente elaborato, si prenderanno in considerazione solo le ragioni ostative a tale ipotesi, rinviandosi, per il resto, ad una seconda analisi.

1.1. Le ragioni del no: la presentazione della proposta.

Si prenda, ad esempio, l'art. 37 bis della sopra ricordata l. n. 109/1994.

Detta norma consente la presentazione di proposte di *project financing* ai "soggetti di cui al comma 2" del medesimo articolo, fondamentalmente riconducibili a persone giuridiche ben individuate:

- a) ora aventi natura di organismi di diritto privato (imprese singole, ATI o consorzi di imprese);
- b) ora di organismi di diritto pubblico (le Camere di commercio, le società istituite per la cura di servizi pubblici locali, ex art. 113 del Testo Unico Enti Locali).

In sostanza, quindi, già da un punto di vista formale, pare improbabile che un patrimonio destinato (istituto già di per sé stesso tendenzialmente privo di soggettività giuridica, differentemente dalle società, anche "pubbliche", o dalle Camere di commercio) possa presentare una proposta di *project financing*.

Occorre, però, riconoscere che tale affermazione, se vale ad escludere che il patrimonio destinato possa interagire con la pubblica amministrazione nella prima fase della procedura di *project financing*, non determina, tuttavia, la definitiva esclusione di interazione tra i due istituti.

Potrebbe, in altri termini, darsi il caso che i rapporti tra *project financing* e patrimonio destinato non insorgano nella fase – avanzata – della presentazione della proposta, ma in un momento ad essa successivo, ad esempio, durante la fase realizzativa dell'opera.

1.2. Le ragioni del no: la realizzazione dell'infrastruttura ed il suo sfruttamento economico.

Come ricordato in precedenza, se guardata dal punto di vista del proponente la procedura di *project financing* è, in via estremamente sommaria, suscumbibile in tre sottofasi:

- a) presentazione della proposta;
- b) realizzazione dell'opera/servizio;
- c) sfruttamento economico.

Se nella fase della presentazione della proposta il patrimonio destinato non può prendere parte, occorre domandarsi se sia possibile ricorrere a tale strumento nelle altre sottofasi.

Per quanto riguarda la fase realizzativa, paiono opporsi argomenti di natura interpretativa letterale all'utilizzo del patrimonio destinato. Ad esempio, tali argomenti ostativi si intravedono nell'art. 37 quinquies della più volte ricordata l. n. 109/1994.

Tale norma, infatti, dispone che il bando di gara – relativo alla fase negoziata del *project financing* – debba prevedere la facoltà (e talvolta l'obbligo), per l'aggiudicatario, di istituire la società di progetto, per la realizzazione (o la gestione) dell'opera o dell'infrastruttura oggetto di gara.

In sostanza, dunque, attenendosi strettamente al dettato normativo, l'unica facoltà che il bando di gara può prevedere in favore del soggetto aggiudicatario consiste, essenzialmente, nella creazione di "una società", non di "un patrimonio".

Ma l'argomento che più di tutti sembra deporre, in via definitiva, nel senso di escludere qualunque possibilità di operare in *project financing* mediante l'istituzione di un patrimonio destinato è rinvenibile nel primo comma dell'art. 37 quinquies, ove si dispone che "la società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione al concessionario senza necessità di approvazione o autorizzazione".

Dunque, anche nella fase realizzativa, è solo la "società" (di progetto), non il patrimonio del concessionario a divenire concessionaria dell'infrastruttura.

Tale interpretazione è corroborata anche dalle residue norme dettate dall'art. 37 quinquies sopra ricordato, precisamente, quelle contenute nei commi 1 bis e 1 ter del suddetto articolo (la realizzazione dell'infrastruttura è imputata alla società di progetto, la quale "realizza direttamente" le opere).

1.3. Le ragioni del no: le garanzie offerte dal patrimonio destinato.

Ancora, nel summenzionato comma 1 ter dell'art. 37 quinquies, si rinvengo-

Avv.
Mario SCIALLA

Brevi considerazioni sul decreto - legge n.17/2005, recante misure urgenti

in materia di impugnazione delle sentenze contumaciali e dei decreti di condanna.

no ulteriori spunti che depongono nel senso di escludere l'istituto dei patrimoni destinati dalle procedure di *project financing*.

In particolare, il secondo periodo di detto articolo dispone testualmente che “*nei casi di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti dell'Amministrazione, per l'eventuale rimborso del contributo percepito*”.

Dunque, in base a detta norma, la responsabilità della società di progetto si assomma a quella dei soci, cosa che, pare evidente, è molto distante dalla situazione in cui ci si verrebbe a trovare avvalendosi di un patrimonio destinato.

Dopo oltre venti anni di condanne riportate in ambito europeo, con i casi Colozza, Rubinat, Brozicek e le più recenti sentenze Somogvi del 18/5/2004 e Sejdovic del 10/11/2004, l'Italia sta tentando, faticosamente, di correre ai ripari, non tanto per recepire finalmente le richieste formulate dalla Corte di Strasburgo, quanto semmai per allinearsi, come buona ultima, con gli altri paesi europei, per dare effettività al mandato di arresto europeo.

Questo formidabile sprone ha spinto il Governo, che ha poi incassato il conforto parlamentare dell'opposizione, a dare alla luce il decreto – legge che qui si analizza, con lo scopo sicuramente nobile di colmare una lacuna, ma rischiando, con un intervento limitato e forse modesto nei contenuti, di perdere una occasione importante per affrontare il problema del processo all'imputato assente.

Non basta, infatti, introdurre un meccanismo “effettivo” per garantire il diritto alle persone condannate in contumacia ad ottenere un nuovo processo, in tutti i casi nei quali l'imputato non era stato effettivamente informato del procedimento a suo carico e non abbia rinunciato in maniera certa e consapevole a comparire, come sancito dalla Corte di Strasburgo nella sentenza Sejdovic.

Occorre, infatti, probabilmente, potenziare e rendere effettivo il momento centrale che è quello disciplinato dall'articolo 161 c.p.p., allorché si dichiara o elegge domicilio, tentando di evitare la celebrazione di un processo per molti versi inutile e che in ogni momento può essere posto nel nulla, mediante la purgazione della contumacia.

In buona sostanza occorre, per un problema di civiltà giuridica prima e di efficienza poi, recepire la giurisprudenza europea che chiede di notificare la citazione a giudizio direttamente all'imputato o nella sfera diretta di conoscibilità dello stesso. Ciò non avviene, ad esempio, mediante il meccanismo, per certi versi “perverso”, che consente la celebrazione di un processo a carico di un individuo, spesso straniero, che abbia dichiarato o eletto un domicilio rivelatosi poi inidoneo, mediante la semplice ripetizione della notifica presso lo studio di un difensore di ufficio.

Così operando, presumendo una conoscenza che assai improbabilmente potrà mai verificarsi, si versa nell'inciviltà e non si recepisce affatto il contenuto delle con-

venzioni internazionali.

Più che una migliore adozione della purgazione della contumacia, con modifiche tutto sommato non molto incisive, occorrerebbe allora arare meglio questo campo, essendo necessario, innanzitutto, una migliore sensibilizzazione delle parti processuali e degli operatori del diritto.

E' sicuramente da condividere l'opinione di chi ritiene che l'accusato irreperibile, latitante o evaso non si processa, si ricerca e, se e quando si trova, si processa.

La polizia giudiziaria dovrebbe comprendere che una maggiore e migliore attenzione al momento della dichiarazione di domicilio può garantire, poi, sia la regolarità del giudizio, che l'esecuzione stessa della pena.

Le altre parti processuali ed il giudice in particolare, dovrebbero poi sempre partire dal presupposto che lo scanno vuoto dell'imputato, in un processo accusatorio, è sempre una anomalia sanabile solo laddove si colga, magari dalla difesa tecnica dello stesso, che essa è frutto di una scelta, che potrebbe essere solo momentanea.

Può allora leggersi positivamente il passo del Ddl 5650/C, approvato il 9 marzo alla Camera, che ha previsto che per appurare se il ricorrente davvero non ha avuto effettiva conoscenza del procedimento e non ha volontariamente rinunciato a comparire, l'autorità giudiziaria "compie ogni necessaria verifica" eliminando il pericoloso inciso "se risulta dagli atti", consentendo così un controllo di veridicità di quanto sostiene il condannato in contumacia, anche non ricavabile dalle carte processuali.

Ugualmente opportuna è poi la modifica della legge di conversione che ha eliminato l'inciso "sempre che l'impugnazione o l'opposizione non siano state già proposte dal difensore", consentendo la restituzione nel termine anche nel caso in cui vi sia stata l'impugnazione o l'opposizione proposte autonomamente dal difensore.

Il nostro ordinamento processualpenalistico ha, come noto, una sua peculiarità per quanto riguarda la contumacia dell'imputato che, a differenza che negli altri Stati europei, non è visto negativamente ma anzi come la sublimazione di tutta una serie di garanzie.

Tutto ciò, però, viene meno se manca la base della conoscenza e non si può poi sensatamente porre in essere la scelta se comparire o meno dinanzi al giudice.

Ed allora varrebbe forse la pena di ripensare all'articolo 161 c.p.p. rendendolo magari valido solo per un periodo limitato (uno o due anni a seconda del reato), impegnando chi non abbia nominato un difensore di fiducia a tornare per rinnovare tale dichiarazione, in attesa di una eventuale, successiva, citazione a giudizio che possa così, finalmente, avvenire direttamente o nella immediata sfera di conoscibilità dell'interessato.

Occorrerebbe, cioè, monitorare prima e controllare attivamente poi, tutte le situazioni che hanno in sé i prodromi per la celebrazione di un processo in absentia.

Sarebbe ugualmente utile che i vari apparati della Pubblica Amministrazione si raccordassero meglio tra loro, soprattutto nell'attuale era telematica.

Ad esempio non apparirebbe fuor di luogo che il giudice, prima di dichiarare la

contumacia, avesse compreso tra i vari accertamenti quello del controllo se l'imputato si trovi detenuto e che tale condizione sia intervenuta dopo la citazione a giudizio.

Spesso, infatti, tale status detentionis non è noto neppure al difensore, soprattutto se di ufficio, determinando la instaurazione di un processo a carico di chi non vuole essere assente.

Sarebbe stato più opportuno mettere mano all'intera materia e rivedere anche l'art. 420 bis del codice di procedura penale, nonché il 484, comma 2 – bis, circa la rinnovazione della citazione all'imputato non comparso in caso di semplice probabilità che egli non ne abbia avuto effettiva conoscenza.

Ed allora se durante le indagini non si raggiunge la certezza che l'imputato è consapevole della celebrazione di un processo a suo carico, è il caso di chiedersi se sia opportuno instaurarlo nei confronti di un vero e proprio fantasma che in primo luogo non potrà difendersi e che rischia, poi, di far girare a vuoto la macchina della giustizia, sia perché la pena potrebbe non essere mai scontata, per assenza del condannato, oppure perché potrebbe ripetersi il processo a causa del semplice esperimento di un incidente di esecuzione.

Meglio, forse, sarebbe optare comunque per il completamento delle indagini e la sospensione del processo laddove non si abbia la certezza che l'imputato possa presenziare, come avviene ad esempio in Spagna, per i reati meno gravi, non essendo ivi ammessa la contumacia.

In un sistema così diversamente strutturato potrebbero allora sortire un benefico effetto anche le nuove disposizioni del decreto – legge che qui si commenta, concepite per rendere più celeri e sicure le notificazioni all'imputato non detenuto che abbia nominato un difensore di fiducia, senza provvedere a dichiarare o eleggere domicilio ai sensi dell'articolo 161 c.p.p.

In questi casi, inizialmente, era previsto che le notificazioni avvenissero presso i difensori di fiducia, poi, la legge di conversione ha ripristinato, solo per la prima notificazione, il sistema previgente.

Le successive, ai sensi del comma 8 bis dell'articolo 157 c.p.p, verranno eseguite mediante consegna al difensore stesso.

Ciò però avverrà, mediante modifiche sopravvenute in sede di conversione, salvo che l'imputato non abbia eletto o dichiarato domicilio e che il difensore, avutane conoscenza, dichiari tempestivamente di non accettare la notificazione.

Se si procede, come detto, con la dovuta attenzione e calma nella fase che sopra abbiamo definito centrale e si raggiunge la certezza che l'imputato sia informato dell'esistenza del procedimento fino a nominare poi un avvocato che lo possa adeguatamente catechizzare, può anche accettarsi una successiva maggiore speditezza che non vada ad incidere sulle garanzie.

In effetti abbondiamo di soverchie e talora solo apparenti garanzie che possono, come in questi casi ridursi, anche perché la Costituzione all'articolo 111 parla di ragionevole durata del processo.

E lo stesso Parlamento Europeo ha avuto modo, in un recente passato, di mani-

festare tutta la sua apprensione per il grandissimo numero di casi in cui la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha constatato la violazione da parte dell'Italia del diritto ad un termine ragionevole della durata del processo.

Ritiene il Parlamento Europeo che questa tendenza nuoccia alla fiducia nello Stato di diritto ed ha chiesto all'Italia di adottare tutte le misure necessarie per garantire che i processi si svolgano in un tempo equo.

Pur di mantenere inalterate le innegabili garanzie difensive dettate dal processo contumaciale italiano, magari con le modifiche suggerite, ben si possono affrontare dei modesti sacrifici, sfruttando anche le innovazioni tecnologiche.

In tale ottica ben vengano le notifiche ai difensori a mezzo fax e forse in futuro anche a mezzo posta elettronica, come sembrerebbe far pensare il Ddl 5650/C nella parte in cui al comma 8 bis dell'articolo 157 c.p.p., solo per le notificazioni successive alla prima al difensore, stabilisce che per le modalità delle notificazioni si applicano anche le disposizioni previste dall'articolo 148, comma 2 bis, c.p.p.