

UN LIETO EVENTO ANNUNCIATO

Ieri Giovanni Cipollone e Andrea Melucco mi hanno consegnato la prima bozza di Temi Romana.

Non è stata una sorpresa scoprirla così densa di contenuti e di riferimenti.

Ciononostante, ne sono rimasto molto compiaciuto, anzi felice. Constatare che una Rivista, dopo tanti anni dalla sua nascita, non soltanto vive, ma addirittura si rinnova è cosa veramente esaltante. Vieppiù perché essa, nella nuova veste, costituisce strumento utile a quanti hanno bisogno di conoscere la realtà della giurisprudenza elaborata nel territorio.

Temi Romana, di cui non molti anni fa qualcuno proponeva addirittura la soppressione, è oggi una Rivista giovane perché agile e perché rispecchia i fermenti di una classe forense in continuo miglioramento.

Insieme a tutti i Consiglieri, esprimo quindi la mia gratitudine non soltanto a Giovanni e ad Andrea, ma a tutti coloro i quali per mesi si sono riuniti ed hanno studiato nei minimi particolari l'impostazione e i contenuti della Rivista.

A questi ultimi, e cioè ai Coordinatori e ai loro Collaboratori e ai Componenti il Comitato Scientifico, voglio dire che è stato edificante e fonte di arricchimento vederli all'opera. Infatti sono indimenticabili le riunioni nell'Aula di Via Valadier durante le quali i più prestigiosi Avvocati della Capitale hanno discusso appassionatamente con i più giovani Colleghi alla ricerca della migliore impostazione oppure del materiale da selezionare e da inserire nel primo numero.

E' stato un privilegio entrare in una "palestra" nella quale tutti hanno potuto dare il proprio contributo di idee in un dibattito paritetico e sempre di altissimo livello.

I risultati tra pochi giorni saranno sotto gli occhi di tutti e, ne sono certo, riscuoteranno apprezzamento e gratitudine.

A me non resta che auspicare che il cammino intrapreso prosegua e che, contro le fosche previsioni dei soliti detrattori per partito preso, la nostra amata Temi Romana diventi sempre più strumento di indispensabile consultazione per quanti sentano il bisogno di aggiornarsi e conoscere i principi elaborati dai giudici che operano sul territorio.

Perché questo avvenga è necessario che i più volenterosi si avvicinino al Consiglio ed esprimano l'intenzione di collaborare alla intensa vita culturale che lo caratterizza.

Troveranno sempre porte aperte, anzi "spalancate"!!

Alessandro Cassiani

EDITORIALE	di Giovanni CIPOLLONE	181
<hr/>		
DOTTRINA		
Avv. Prof. Piero SANDULLI	LA LEGGE 17 OTTOBRE 2003, N.280, OVVERO UNA NUOVA GIURISDIZIONE ESCLUSIVA IN MATERIA DI DIRITTO SPORTIVO	182
Avv. Andrea MELUCCO	LEGGE PRODI e AMMINISTRAZIONE "LIQUIDATORIA": IL DESTINO SINGOLARE DELLE AMMINISTRAZIONI STRAORDINARIE EX LEGE 95/1979	193
Avv. Luciano TAMBURRO	MOBBING E CENNI DI TUTELA ORDINARIA E CAUTELARE	208
Avv. Roberto DELLAVALLE	LADIRETTIVA 86/653/CEE RELATIVA AL COORDINAMENTO DEGLI ORDINAMENTI DEGLI STATI MEMBRI CONCERNENTI GLI AGENTI COMMERCIALI INDIPENDENTI. IL RECEPIMENTO E GLI EFFETTI NELL'ORDINAMENTO ITALIANO	220
Avv. Marco Valerio SANTONOCITO	SINTESI GLOSSATA DEL NUOVO CONDONO EDILIZIO	226
Avv. Fulvia TRINCIA	LA CONFIGURAZIONE DELLA DISCIPLINA DEL CONTRATTO DI TRASPORTO E LA SUA ARTICOLAZIONE NEL CODICE CIVILE	230
Avv. Carmelita DE FINIS	RIFLESSIONI SULLA LEGGE N. 40/2004 IN MATERIA DI FECONDAZIONE ASSISTITA	237
Prof. Claudio MOFFA	SULLA POSSIBILE INCOSTITUZIONALITA' DI ALCUNI ASPETTI DELLA LEGGE 154/2001	242
<hr/>		
OSSERVATORIO COSTITUZIONALE A cura del Prof. Avv. Giuseppe Marazzita		
252		
<hr/>		
GIURISPRUDENZA CIVILE		
CORTE D'APPELLO DI ROMA - Sezione lavoro - Ordinanza 11 aprile 2002		
	Con nota di Avv. Anna Lucia VALVO - Gratuito patrocinio e valutazione equitativa dei parametri reddituali di ammissione	258
TRIBUNALE DI ROMA - prima sezione - sent. 16 gennaio 2004		
	Con nota di Avv. Maria Giovanna DE TOMA - Il concorso degli ascendenti al mantenimento dei nipoti	266
TRIBUNALE DI ROMA - sentenza 6 agosto 2003, n. 26488,		
	Con nota di Avv. Luciana FORTE - Gli interessi anatocistici nei contratti bancari	270
TRIBUNALE DI ROMA - sez. seconda - sentenza 30 giugno 2003		
	Con osservazioni di Avv. Andrea MELUCCO - Ultime questioni sul riparto di giurisdizione in materia urbanistica?	280
GIUDICE DI PACE DI ROMA - secondo ufficio - sent. 12 maggio 2003 n.21552,		
	Con nota di Avv. Francesca VALENTINO - Brevi osservazioni in tema di c.d. "danno da vacanza rovinata"	290
<hr/>		
GIURISPRUDENZA PENALE		
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sezione Indagini preliminari - Ordinanza 7 aprile 2004,		
	Con nota di Avv. Prof. Pietro NOCITA - Associazione di stampo mafioso e costituzione di parte civile del privato	298
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sentenza 16 marzo 2004		
	Con nota di osservazioni di SONIA TIBERI	300
TRIBUNALE ORDINARIO DI ROMA - Sezione Indagini Preliminari - Ordinanza 5 Febbraio 2001		
	Con nota di Avv. Maria Concetta MARZO - Intercettazioni in lingua straniera e rito abbreviato	303
TRIBUNALE DI ROMA - Sezione per l'applicazione delle misure di prevenzione - Decreto 23 giugno 2001 n.141		
	Con nota del Avv. Prof. Pietro NOCITA - Misure di prevenzione ed applicazione	

GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA		
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO		
Sezione staccata di Latina - Sentenza N. 567/2003		
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL LAZIO - sezione II Bis - sentenza 4842/03, pag.322		
	con osservazioni di Avv. Marco Valerio SANTONOCITO - La subordinazione al condono dell'ordinanza di demolizione ed il brocardo giuridico "eletta una via non datur recursus ad alteram"	322
<hr/>		
I CONVEGNI DEL FORO ROMANO		
URGENZA DELLA COSTITUZIONE EUROPEA NELL'IMMINENZA DELL'ALLARGAMENTO DELL'UNIONE"		
	Mercoledì 28 aprile 2004, ore 9.30, Sala delle Bandiere del Parlamento Europeo	326
IPOTESI DI RIFORMA DEL DIRITTO DI FAMIGLIA IN MATERIA DI SEPARAZIONE DEI CONIUGI E AFFIDAMENTO CONDIVISO DEI FIGLI",		
	Roma 20 aprile 2004, Biblioteca Consiglio Ordine Avvocati Roma	361
<hr/>		
ATTUALITA' E RECENSIONI		
Avv. C. Ferdinando EMANUELE	IL GIUDIZIO DI APPELLO NEL NUOVO RITO SOCIETARIO	366
Avv. Filippo Maria BERARDI	IL FEDECOMMESSO: CENNI DI DOTTRINA E GIURISPRUDENZA DALLE ORIGINI AD OGGI	368
Avv. Prof. Riccardo CAPPELLO	LA REGOLAMENTAZIONE DELLE PROFESSIONI INTELLETTUALI E LE RAGIONI DEL MERCATO	373
Avv. Giovanni CIPOLLONE	IL GIUDIZIO PREVENTIVO DI INAMMISSIBILITÀ DEL RICORSO PER CASSAZIONE	381
	RECENSIONE A: DOMENICO PAGANO - LINEAMENTI DELLA TEORIA DEL MICRO GIURIDICO - EDITORIALE SCIENTIFICO NAPOLI 2004 A CURA DI PIETRO NOCITA	382
<hr/>		
DIRITTO COMUNITARIO		
COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE - COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE: Relazione sulla concorrenza nei servizi professionali		
	Con una presentazione di Avv. Prof. Riccardo CAPPELLO - LA COMMISSIONE EUROPEA E LA CONCORRENZA NEI SERVIZI PROFESSIONALI: UNA TEMATICA FONDAMENTALE PER IL FUTURO DELLA PROFESSIONE FORENSE	384
<hr/>		
MASSIME		
Competenza e giurisdizione - art. 34 del D. Lgs. 80/1998 - Interpretazione estensiva - legittimità - Esclusione		
<hr/>		
Competenza e giurisdizione - Edilizia ed Urbanistica - Espropriazione e risarcimento per occupazione acquisitiva - Giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo - Sussistenza - Esclusione		
		280
<hr/>		
Contratti bancari - Mutuo fondiario - Stipulato antecedentemente al 1994 - R.D. 16.7.1905 n.646 - Applicabilità - Sussistenza - Interessi anatocistici - Legittimità - Sussistenza		
		270
<hr/>		
Edilizia ed urbanistica - Condono edilizio - domanda - presentazione - successiva emissione di ordinanza di demolizione - illegittimità		
		322

Ingiuria e minaccia aggravata al pubblico ufficiale - differenza	300
<hr/>	
Misure di prevenzione – pericolosità sociale – definizione – Prova di reità – necessità – Esclusione	
<hr/>	
Misure di prevenzione – Applicazione – Condizioni – “Appartenenza al sodalizio” – Reato di associazione mafiosa – Necessità – Esclusione	
<hr/>	
Misure di prevenzione – patrimoniali – Applicazione – Condizioni	
<hr/>	
Misure di prevenzione – Applicazione – Titolarità dei beni – Concetto – Interpretazione ampia – Legittimità	
<hr/>	
Misure di prevenzione – Applicazione – Condizioni – Preventivo esercizio dell’azione penale – Necessità – Esclusione	306
<hr/>	
Obbligazioni e contratti – Viaggi “tutto compreso” – inadempimento – Danno morale – risarcibilità – Sussistenza	290
<hr/>	
Obblighi alimentari – mantenimento dei figli – Onere a carico dei genitori – Limiti – Fattispecie	
<hr/>	
Obblighi alimentari – mantenimento dei discendenti – sussistenza – condizioni	266
<hr/>	
Patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti - Diretta applicabilità della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e della Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione Europea- Sussistenza	
<hr/>	
Patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti - Disapplicazione da parte del giudice ordinario delle norme del diritto nazionale (art. 11, secondo comma della legge 11 agosto 1973, n. 533) contrastanti l'ordinamento comunitario o internazionale – Conseguenze – Determinazione equitativa dei limiti reddituali – Legittimità	258
<hr/>	
Procedimento penale – Azione civile in sede penale – Reati associativi – art.416 bis c.p. – Astratta configurabilità del danno – Sussistenza – Costituzione di parte civile – Ammissibilità	298
<hr/>	
Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Istanza – Condizionata alla trascrizione delle intercettazioni telefoniche e/o ambientali – Inammissibilità,	
<hr/>	
Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Istanza – Condizionata alla trascrizione delle intercettazioni ed alla successiva traduzione – Inammissibilità,	
<hr/>	
Procedimento penale – Giudizio abbreviato – Condizionato all'integrazione probatoria – Nuove prove – Ammissibilità – Fattispecie	303
<hr/>	
Violenza o minaccia a un pubblico ufficiale - Necessità che la condotta sia volta ad impedire o a far omettere al pubblico ufficiale l'atto del proprio ufficio - Sussistenza.	300

Riprende la pubblicazione della nostra gloriosa Temi Romana dopo un necessario periodo di assestamento, caratterizzato dalla profonda aspirazione del rinnovato Consiglio dell'Ordine di ben operare nell'interesse dell'Avvocatura.

La prima riunione del Comitato di redazione ha visto l'entusiastico intervento di tanti illustri colleghi, accorsi al capezzale della Temi Romana, perché la rivista ritorni ai fasti del passato.

Temi Romana, importante rassegna di dottrina e giurisprudenza, che il nostro Ordine Forense pubblica oramai da oltre mezzo secolo, è certamente uno strumento indispensabile per tutti gli avvocati poiché offre un ampio panorama sull'orientamento della giurisprudenza di merito. Con i moderni mezzi tecnici a disposizione, è piuttosto agevole effettuare ricerche giurisprudenziali sulle sentenze della Suprema Corte, ma è certamente molto più difficoltoso conoscere il formarsi delle pronunce giudiziali del Tribunale e della Corte di Appello del Distretto.

Infatti, è davanti ai giudici di merito, grazie alle intuizioni degli avvocati, che prende forma l'aspetto interpretativo della norma che poi costituirà lo stimolo per le decisioni di legittimità della Suprema Corte e che perfino favorisce le modifiche legislative.

Sosteneva acutamente Guido Calogero che la “dottrina” e la “giurisprudenza” non possono distinguersi nel senso che l'una sia la “teoria” e l'altra la “pratica” del diritto. L'una e l'altra sono in pari grado forme di attività intelligente, ordinate allo scopo di rendere più armonica ed efficace l'applicazione delle leggi.

In questo “iter parallelo”, si colloca l'indispensabile filone ermeneutico che, nel suo dinamico divenire, crea i presupposti per la necessaria speculazione intellettuale e per la puntuale e aggiornata esegesi delle singole norme giuridiche.

Infine una precisazione resa doverosa dalle numerose richieste pervenute dai colleghi: con il primo numero dell'anno 2004 saranno finalmente disponibili tutti gli indici annuali di cui nel recente passato si è omessa la pubblicazione

Giovanni Cipollone

Avv. Prof.
Piero SANDULLI

La Legge 17 ottobre 2003, n. 280, ovvero una nuova giurisdizione esclusiva in materia di Diritto sportivo*.

Sommario

1. Posizione del problema. – 2. Il “filtro” previsto dal legislatore prima di proporre l’azione innanzi ai giudici statali. – 3. Il procedimento davanti alla Camera arbitrale del C.O.N.I. – 4. L’autorizzazione a proporre l’azione. – 5. L’arbitrato amministrato del C.O.N.I. – 6. Il perché della giurisdizione esclusiva. – 7. I procedimenti cautelari e la loro competenza. – 8. Il rito del giudizio sportivo. – 9. Conclusioni.

1 – Posizione del Problema.

Con la legge del 17 ottobre del 2003, numero 280¹ è stato convertito, con modificazioni, il decreto legge n. 220 del 2003, che intorno alla metà dello scorso mese di agosto² ha posto fine ad una serie di ingiustificati sconfinamenti di campo del giudice amministrativo nei confronti della cosiddetta giustizia sportiva³.

E’ necessario ricordare, preliminarmente, che l’autonomia dell’ordinamento sportivo viene riconfermata nell’ambito dell’articolo 1 del testo normativo in esame; che con il secondo comma dello stesso articolo chiarisce, inoltre, che “i rapporti tra l’ordinamento sportivo e l’ordinamento della Repubblica sono regolati in base al principio di autonomia, salvi i casi di rilevanza per l’ordinamento giuridico della Repubblica di situazioni giuridiche soggettive connesse con l’ordinamento sportivo”⁴.

Con il secondo comma, parzialmente modificato (rectius: specificato) dalla legge di conversione, il legislatore individua l’ambito delle “situazioni giuridiche connesse”, cui far risalire l’intervento del giudice statale.

Il secondo articolo della normativa in esame chiarisce le competenze affidate all’esclusiva analisi dell’ordinamento sportivo, quindi alla sola valutazione del giudice sportivo.

E’ interessante sottolineare che dall’originario testo dell’articolo contenuto nel decreto legge n. 220 del 2003 siano spariti i riferimenti alla “ammissione ed alla affiliazione alle federazioni di società, di associazioni sportive e di singoli” in precedenza contenuti nella elencazione al punto c) dell’articolo 2; mentre i riferimenti all’organizzazione (all’origine elencati al

punto d) siano stati ricompresi – come vedremo - nel più logico e funzionale punto a) della legge 280/2003.

E’ necessario rilevare, al riguardo, come sia certamente condivisibile la scelta del legislatore di aver voluto estromettere dalla “riserva di giurisdizione sportiva” le questioni relative all’“ammissione e l’affiliazione alle federazioni di società di associazioni sportive e di singoli tesserati”, già contenute nel punto c) del primo comma, dell’articolo 2.

Senza quella esclusione, infatti, si sarebbe realizzato l’aberrante risultato di assoggettare ad una clausola compromissoria alcuni soggetti dei quali si poneva in dubbio proprio il vincolo sportivo, quindi la sussistenza stessa della clausola compromissoria, che discende da un vincolo di affiliazione federale perfetto⁵. Si è evitata, in tal modo, un’evidente incostituzionalità della norma.

Come ricordato, in precedenza, l’eliminazione del punto d) dell’articolo 2 ha portato ad una integrazione e razionalizzazione del punto a). Nel decreto legge n. 220/2003 si individuava, infatti, al punto a) la sussistenza di una “riserva” legata alla materia “del corretto svolgimento delle attività sportive ed agonistiche”, mentre nel successivo punto d) si faceva riferimento all’ “organizzazione e lo svolgimento delle attività agonistiche non programmate ed a programma illimitato e l’ammissione alle stesse delle squadre ed atleti”. Abolito il punto d) la legge di conversione ha modificato il punto a) nel seguente modo: “l’osservanza e l’applicazione delle norme regolamentari, organizzative e statutarie dell’ordinamento sportivo nazionale e delle sue articolazioni al fine di garantire il corretto svolgimento delle attività sportive”.

In tal modo, si è dato contenuto a quanto in precedenza previsto dal punto a), inquadrando esattamente quali norme e regole presiedono al corretto svolgimento delle attività sportive in un più evidente recepimento delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶.

In merito alle materie elencate, non in via esemplificativa, ma esaustiva, dal primo comma dell’art. 2 della legge, il secondo comma chiarisce che sussiste: per le società, le associazioni, gli affiliati ed i tesserati “l’onere di adire gli organi di giustizia sportiva”.

In tal modo, la norma impone il deferimento agli organismi della cosiddetta giustizia sportiva delle liti insorgenti nelle materie previste, in via esclusiva, dal primo comma dell’articolo 2 della legge 280/03 creando per gli affiliati alle federazioni sportive, sopra ricordati, una sorta di arbitrato obbligatorio, la cui costituzionalità appare dubbia, ma questo problema è superabile in base alla considerazione che la clausola compromissoria, che legittima la sussistenza della giustizia sportiva in materia, è sottoscritta personalmente, all’atto della affiliazione, da ogni singolo tesserato e conseguentemente essa integra il prodotto di una espressa manifestazione di volontà.

2 – Il “filtro” previsto dal legislatore prima di proporre l’azione innanzi ai giudici statali.

Con l’articolo 3 della legge n. 280/2003 vengono dettate, dal legislatore statale, alcune importanti regole, in tema di giurisdizione, sulle quali è indispensabile fermare la nostra attenzione.

Il primo comma dell’articolo 3 determina il riparto di giurisdizione, relativamente alla

5 Situazione simile è riscontrabile in materia societaria nella previsione normativa contenuta nell’articolo 34, comma 3, del decreto legislativo n. 5 del 2003 che prevede la vincolatività della clausola anche per coloro dei quali si discute la qualità di socio. In dottrina vedi F. P. LUISO, Appunti sull’arbitrato societario, in www.judicium.it: E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *La convenzione arbitrale nelle*

società dopo la riforma, in Riv. Trim. dir. proc. civ. 2003, p. 960 ss.

6 Cfr. Cass. S.U. 26 ottobre 1989, n. 4399, in Foro It. 1990, I, c. 899; Cass., III sez. civ., 5 aprile 1993, n. 4063, in Foro It. 1994, I, c. 136.

* Testo dell’intervento, con integrazioni e note, svolto al convegno organizzato dalla Società Italiana Avvocati Amministrativisti, il 26 novembre 2003, sul tema: *La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280*.

1 In Gazzetta Ufficiale n. 243 del 18 ottobre 2003.

2 Decreto legge n. 220 del 19 agosto 2003, in G.U. del 20 agosto 2003, n. 192.

3 Di tale situazione ha poi fatto giustizia il Consiglio di Stato

con la decisione del 7 ottobre 2003, n. 5930 (in Diritto e giustizia 2003, n. 39, p. 79) che ha sancito la sola competenza del TAR del Lazio a conoscere, ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge n. 1034 del 1971, del ricorso proposto avverso un provvedimento di una federazione sportiva anche prima dell’entrata in vigore del decreto legge n. 220

4 Vedi, sul punto, E. LUBRANO, *La giurisdizione amministrativa in materia sportiva dopo la legge 17 ottobre 2003, n. 280*, relazione al convegno del 26 novembre 2003 in corso di pubblicazione.

materia sportiva, che è opportuno razionalizzare.

In primo luogo è necessario comprendere a cosa si riferisca la parte introduttiva del primo comma dell'articolo 3 nell'indicare: "esauriti i gradi della giustizia sportiva".

Appare evidente, dalla lettura dell'articolo, che per la materia sportiva (diversa da quella conoscibile soltanto dal "giudice sportivo", a norma dell'articolo 2, comma 1, lettere A e B), si è voluto inserire un "filtro" all'azione innanzi ai giudici statali, che possono essere aditi solo dopo che si sia esperita (e completamente consumata) l'azione innanzi agli organi della giustizia sportiva; è altrettanto chiaro che detta procedura è stata prevista al fine, manifesto, di proteggere l'autonomia della giustizia sportiva, nel tentativo di limitare e possibilmente esaurire il contenzioso all'interno di essa.

I dubbi che scaturiscono da tale analisi sono essenzialmente due.

Il primo è quello che il "filtro", sopra richiamato, determini un allungamento immotivato del momento di inizio dell'azione, innanzi al giudice statale, con il conseguente rischio di incostituzionalità scaturente dalla violazione del precetto costituzionale (art. 111 Cost.) della "ragionevole durata del giudizio".

Ed il secondo è relativo all'identificazione del momento in cui può dirsi concluso il procedimento innanzi agli organi della giustizia sportiva, se cioè esso si esaurisca all'interno di una singola federazione o debba, invece, esperirsi anche il ricorso alla Camera di Conciliazione ed Arbitrato per lo Sport, prevista dall'articolo 12 dello Statuto del C.O.N.I. ed operativa dal 18 settembre 2001⁷.

Il primo dei due quesiti proposti va risolto considerando che detto istituto è stato ideato quale mezzo per garantire alla giustizia sportiva la sua autonomia e per far sì che essa (la giustizia sportiva) assuma un ruolo deflativo del contenzioso ordinario come è avvenuto in un recente passato per altri istituti quali ad esempio la conciliazione obbligatoria in materia di lavoro⁸.

Se si ritiene, infatti, che il completo svolgersi di tutte le fasi del giudizio interno alla giurisdizione sportiva, costituisce un principio idoneo da una parte a garantire l'autonomia di quell'ordinamento, e dall'altra ad ottenere il perseguimento di una soluzione, senza adire necessariamente il giudice ordinario, l'instaurazione di detto filtro non impedisce, per le situazioni giuridiche effettivamente protette⁹, l'esercizio, sia pure differito, dell'azione innanzi ai giudici statali.

A ben vedere, infatti, le materie sottratte dalla legge n. 280 del 2003 alla cognizione del giudice ordinario non danno luogo a situazioni giuridicamente protette, ma a meri interessi semplici¹⁰.

Così inquadrato il tema non può parlarsi di un irragionevole allungamento dei tempi del processo, bensì di un utile tentativo di circoscrivere ed esaurire la lite all'interno del sistema della giustizia sportiva, in coerenza con il dettato dell'articolo 1 della legge, che intende tutelare l'autonomia dell'ordinamento sportivo.

La seconda questione può risolversi in base all'esame del coordinato disposto del testo della prima parte del primo comma dell'articolo 3 della legge n. 280/03 e del secondo comma

dell'articolo 7 del regolamento della Camera arbitrale del C.O.N.I.; il riferimento operato dalla legge n. 280 è "ai gradi della giustizia sportiva" e non ai gradi di giustizia interni alle singole federazioni, porta a ritenere che sia indispensabile, prima di agire innanzi ai giudici statali, esperire il ricorso alla Camera Arbitrale del C.O.N.I., il cui lodo potrà poi essere impugnato davanti al giudice dello Stato.

Nella sua funzione arbitrale¹¹, prevista dall'articolo 7 del Regolamento (approvato il 3 giugno 2001 dal Consiglio Nazionale del C.O.N.I.), la Camera di Conciliazione ed Arbitrato (comma 2, dell'art. 7) può essere adita solo quando si siano "esauriti i ricorsi interni alla Federazione sportiva nazionale ... o comunque si tratti di decisioni non soggette ad impugnazione nell'ambito della giustizia federale".

Appare evidente che il riferimento ai gradi della giustizia sportiva della legge n. 280/03, coordinato con la circostanza, sancita dallo Statuto del C.O.N.I., del rimedio aggiuntivo dell'arbitrato offerto dopo che si siano esauriti i gradi di "giustizia sportiva" interni alle singole federazioni, produce un sistema unitario di giustizia riferita all'ordinamento sportivo, che trova nella Camera di conciliazione e di arbitrato del C.O.N.I. il suo momento di vertice ed, ad un tempo, di chiusura del sistema.

E' facile comprendere come la legge n. 280/2003 finisca, ineluttabilmente, per sancire detta chiusura del sistema assoggettando ad una sorta di "controllo gerarchico" dell'organismo sedente presso il C.O.N.I. qualsiasi decisione della giustizia sportiva interna alle singole federazioni, ciò a totale decremento della autonomia delle stesse, pure sancita e voluta dal decreto legislativo n. 242 del 1999¹² (artt. 15 e 16)¹³.

3 - Il procedimento davanti alla Camera arbitrale del C.O.N.I.

Impostato così il problema vengono offerti all'analisi critica alcuni ulteriori profili di discussione e di valutazione.

L'arbitrato teorizzato dall'art. 12 dello Statuto del CONI e regolamentato da quanto disposto dal Consiglio Nazionale del CONI, con la deliberazione n. 1224 del 3 giugno 2001, è definito rituale dal settimo comma dell'articolo 7, nel quale si legge, inoltre che per quanto non previsto dallo stesso regolamento del C.O.N.I. si applicano le regole dettate dal codice di rito civile con l'articolo 806 e seguenti (art. 7, comma 8)¹⁴.

Se, come la legge 280 del 2003 chiede, la Camera arbitrale del C.O.N.I. costituisce l'ultimo grado della giustizia sportiva interna, cui vengono proposte le doglianze per le quali si sia esaurita la possibilità di ricorso (interno) alle singole federazioni ed alla quale, pure, vengono devolute le questioni "non soggette ad impugnazione nell'ambito della giustizia federale" (comma secondo dell'art. 7 del regolamento), è necessario coordinare detto ultimo grado della giustizia sportiva¹⁵ con l'azione da svolgersi innanzi all'autorità giudiziaria statale (sia essa rappresentata dal giudice ordinario, per i diritti soggettivi patrimoniali; che dal giudice amministrativo, per le altre situazioni giuridicamente protette).

11 Accanto ad essa esiste una funzione conciliativa prevista dal titolo III, articoli 3-6 del medesimo regolamento.

sportivo in Italia, in Riv. dir. sport., 1993, p. 352; C. CECHELLA, *Giurisdizione e arbitrato nella riforma del 1981 sullo sport.*, in Riv. dir. proc., 1995, p. 841.

12 In G. U. n. 176 del 29 luglio 1999.

13 In dottrina, vedi, sul punto: M. SANINO, *Diritto Sportivo*, cit., p. 108.

15 E' da ricordare che il sesto comma dell'art. 7 del regolamento del C.O.N.I. prescrive che "la procedura arbitrale può avere corso solo dopo l'esperimento infruttuoso del tentativo di conciliazione" chiarendo, altresì, che l'istanza di arbitrato deve essere presentata entro 30 giorni dalla data di chiusura della procedura di conciliazione, a pena di inammissibilità.

14 In materia di arbitrato vedi per tutti, in dottrina, C. PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, Padova 2000. Sullo specifico punto dell'arbitrato in materia di diritto sportivo vedi: M. SANINO, *L'arbitrato*

7 Vedi, al riguardo: M. SANINO, *Diritto sportivo*, Padova 2002, p. 153 ss.

della lite, che può avere l'indubbio vantaggio di evitare che da essa si determini l'insorgere di un giudizio.

8 Cfr. Corte Cost. sentenza n. 276 del 13 luglio 2000, in Foro It. 2000, I, c. 2752. In detta sentenza il giudice della legittimità delle leggi afferma che la conciliazione costituisce un istituto di carattere deflativo, con rilevanza pubblica, il cui esperimento non comporta un irragionevole allungamento del momento di accesso al giudice, bensì un utile spazio di razionalizzazione

9 Quelle non assoggettate alla riserva assoluta di giurisdizione sportiva, prevista dal primo comma dell'articolo 2 della legge in esame.

10 Cfr: Cass. S.U. 29 settembre 1997, n. 9550, in Giust. Civ., Mass. 1997.

Sarà necessario, per il futuro, coordinare il regolamento del C.O.N.I., che detta le norme di un arbitrato definito rituale con la nuova funzione di “filtro” di accesso al Giudice statale assegnata dal legislatore a quell’arbitrato.

Detto coordinamento dovrà – a mio avviso – necessariamente passare attraverso una modifica del regolamento della Camera arbitrale del C.O.N.I. al fine di regolare più efficacemente la funzione di snodo dalla “giustizia sportiva”, assegnata dalla legge n. 280 del 2003 a detto organo del Comitato Olimpico.

La possibile soluzione è quella di rendere irrituale (e cioè negoziale) l’arbitrato al fine di consentirne l’impugnazione attraverso la proposizione di una azione innanzi ai giudici di primo grado, senza il vincolo dettato dall’articolo 827 c.p.c.¹⁶

Inoltre, sarà necessario risolvere l’ulteriore quesito legato all’inammissibilità del giudizio arbitrale, non proposto nel termine perentorio di trenta giorni dal momento della chiusura della procedura di conciliazione (articolo 7, comma 6, del Regolamento del C.O.N.I.). In tale circostanza è necessario chiedersi se potrà farsi ricorso al giudice statale o l’inammissibilità dell’arbitrato conduce con se anche la impossibilità di far ricorso ad esso, non essendosi consumato completamente l’*iter* della giustizia sportiva.

Al riguardo è necessario ricordare che il primo comma dell’articolo 3 della legge n. 280 del 2003 richiede, per la proposizione dell’azione, innanzi al giudice statale, che siano “esauriti i gradi della giustizia sportiva”, sia per la proposizione dell’azione innanzi al giudice ordinario “nei rapporti patrimoniali tra società, associazioni ed atleti”, che per istaurare un giudizio innanzi al giudice amministrativo; è, quindi, sufficiente, al fine di esperire l’azione, che non vi sia, al momento della proposizione del giudizio, alcun rimedio possibile da esperirsi innanzi agli organi di “giustizia sportiva” e ciò anche se detto rimedio interno è precluso a seguito di un comportamento omissivo imputabile alle parti.

4 – L’autorizzazione a proporre l’azione.

Altro, necessario, momento di coordinamento deve essere realizzato in relazione a quelle clausole statutarie e/o regolamentari¹⁷ che impediscono al tesserato di agire innanzi al giudice statale, se non dopo avere ottenuto l’autorizzazione da parte della federazione (che spesso è anche la controparte), a pena di sanzioni disciplinari ed economiche. Alla luce delle nuove disposizioni normative tale limite interno imposto dalle federazioni appare totalmente illegittimo e deve essere pertanto rimosso¹⁸.

Invero, il sistema di giustizia sportiva, che scaturisce dalla nuova normativa, prevede alcune materie per le quali non sussiste la giurisdizione statale in quanto su di esse vi è la sola possibilità di rendere giudizio da parte dei giudici sportivi interni alla federazione (è discutibile se su di esse possa essere adita la camera arbitrale del C.O.N.I.), mentre per tutte le altre

materie, non indicate nei punti a) e b) del primo comma dell’articolo 2, è previsto il ricorso al giudice statale (ordinario o amministrativo) una volta esaurito l’iter della “giustizia sportiva”. Tale azione però, non può essere ulteriormente limitata dal consenso della federazione, che a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 280/2003 è divenuto – come detto - illegittimo¹⁹, in quanto non può una norma regolamentare interna limitare un diritto (quello ad esperire l’azione innanzi al giudice statale) sancito da una legge dello Stato²⁰.

5 – L’arbitrato amministrato del C.O.N.I.

Un ultimo profilo di preoccupazione, relativo alla materia dell’arbitrato, cosiddetto amministrato, deriva dall’analisi della decisione del Consiglio di Stato, sezione quarta, del 17 ottobre 2003, n. 6335²¹, la quale nel ribadire che “l’arbitrato non può che essere facoltativo e volontario anche in relazione alla scelta degli arbitri fatta liberamente dalle parti stesse, tanto che, se i componenti di un collegio siano designati con criteri diversi da quelli della libera scelta delle parti, si tratterebbe di un vero organo di giurisdizione speciale (come tale illegittimo)”. Tale decisione del Consiglio di Stato deve necessariamente essere presa in considerazione e valutata in merito al tema in esame, poiché, nel caso di specie, appare evidente che ci si trovi in presenza di un vero e proprio arbitrato amministrato. Dal regolamento del C.O.N.I. (art. 7) emerge che non solo la nomina del presidente (articolo 13, comma 2) sfugge alla volontà delle parti (come avveniva a norma dell’articolo 150 del D.P.R. n. 554 del 1999, che ha dettato il regolamento di attuazione della legge 109 del 1994 in materia di opere pubbliche), ma ad esse (parti) non è consentita neppure una piena autonomia per la nomina degli arbitri di parte, poiché questi, pure essendo indicati dalle parti in lite, vanno individuati in un elenco di persone²² nominate dal Consiglio Nazionale del C.O.N.I. su proposta della Giunta.

E’, però, possibile fugare la preoccupazione di incostituzionalità sopra paventata almeno per due ordini di ragioni: la prima è che la camera arbitrale del C.O.N.I. non sottrae la cognizione della vicenda al giudice statale, pertanto la pronuncia del lodo non determina alcun effetto vincolante e/o preclusivo per le parti e di conseguenza non è possibile ritenere che derivi dall’arbitrato (amministrato) svolto presso il C.O.N.I. alcuna limitazione alle volontà delle parti; la seconda considerazione è determinata dalla circostanza che la manifestazione di volontà delle parti nei confronti della adesione alla clausola compromissoria, contenuta nello Statuto del C.O.N.I. (art. 12) è rinvenibile proprio nella richiesta del tesseramento federale autonomamente operata dalle società, delle associazioni e dai singoli tesserati, che, in tal modo, aderiscono spontaneamente non solo alla singola federazione, ma anche alle regole di giustizia sportiva delle singole federazioni e del C.O.N.I., recependole e rendendole parte della loro volontà legata a diritti disponibili²³.

19 Non vi è necessità di consenso per i punti a) e b) dell’articolo 2 della legge n. 280/03, perché non esiste, per le materie in essi elencate, alcun altro giudice da adirsi. Non vi è possibilità di sopravvivenza di una clausola autorizzativa per le altre materie, perché tale clausola impone una limitazione non più possibile alla luce della legge n. 280 del 2003.

20 Vedi, sul punto, la decisione della sesta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato del 16 settembre 1998, n. 1257 (in Cons. Stato 1998, I, p. 1343) secondo cui il vincolo di giustizia può operare esclusivamente su questioni “tecnico-sportive”, non rilevanti a fini della tutela o su diritti disponibili, ma non può operare nel campo degli interessi legittimi.

21 In Diritto e Giustizia 2003, n. 39, p. 72, con nota di G. CASSANO – M. NISATI.

22 Possono essere individuati gli arbitri tra i cinque componenti fissi della Camera arbitrale ed nell’elenco degli esperti “non superiore a trenta” scelti fra i “magistrati anche a riposo delle giurisdizioni ordinaria e amministrativa, i docenti universitari in materie giuridiche e gli avvocati patrocinanti avanti la Suprema Corte” (articolo 1, comma 2, del Regolamento del C.O.N.I. del 3 giugno 2001).

23 Ad analoghe conclusioni perviene M. SANINO (*Diritto sportivo*, cit., p. 472) che rileva come “l’ingresso dei soggetti nella comunità sportiva avviene contestualmente all’accettazione convenzionale delle regole che gli organismi preposti all’organizzazione sportiva liberamente si sono dati per la definizione di controversie relative a diritti disponibili”.

16 Esaminando il testo dell’articolo 12 dello Statuto del C.O.N.I., del resto, non si rinviene alcuna indicazione circa la natura dell’arbitrato, quindi, l’unica modifica che si rende necessaria è quella del regolamento.

17 A carattere esemplificativo è necessario ricordare che per quanto concerne la Federcalcio l’articolo 27, comma 2, dello Statuto federale prevede: “Tutti i soggetti di cui al precedente comma 1, con l’affiliazione, il tesseramento o l’adesione alla Federazione, nonché tutti gli organi della Federazione, assumono in ragione della loro attività l’impegno ad accettare la piena e definitiva efficacia di tutti i provvedimenti generali e di tutte le decisioni particolari adottati dalla F.I.G.C., dai suoi organi e soggetti delegati nelle materie comunque attinenti all’attività sportiva e nelle relative vertenze di carattere

tecnico, disciplinare ed economico. Salvo motivate deroghe concesse dal Consiglio federale per gravi ragioni di opportunità, ogni violazione o azione comunque tendente alla elusione dell’obbligo di cui al presente articolo determina sanzioni disciplinari sino alla misura della revoca della affiliazione, per le società e le associazioni, e della radiazione per le persone fisiche”.

18 Sul vincolo di giustizia vedi l’ampia ricostruzione di M. SANINO (*Diritto sportivo*, cit., p. 462 ss) che rileva come il vincolo possa ritenersi operativo esclusivamente per le controversie di carattere tecnico disciplinare, mentre non può trovare applicazione per quelle di natura economica o afferenti ad interessi legittimi. Sul punto vedi, inoltre, F.P. LUISO, *La giustizia sportiva*, Milano 1975, p. 45 ss.

Diversa è l'ipotesi in cui si versa nella materia che le lettere a) e b) dell'articolo 2 della legge n. 280/03 sottraggono alla competenza giurisdizionale del giudice statale, lasciandola nella sfera interna della "giurisdizione sportiva" federale con l'unico ultimo correttivo dell'azione presso la Camera arbitrale del C.O.N.I. (articolo 7, comma 2 del regolamento del C.O.N.I.).

In questa ipotesi, però, l'arbitrato non è dato per dirimere una controversia su situazioni giuridiche protette, ma viene, piuttosto, utilizzato come un momento finale di razionalizzazione di materie non patrimoniali, che essendo sottratte alla giurisdizione del giudice ordinario non danno luogo a situazioni giuridiche protette, neppure in via collettiva, ma soltanto ad un interesse semplice di cui i "tesserati" sono portatori. In conclusione neppure in questa ulteriore ipotesi esaminata siamo in presenza di un diritto alla difesa (art. 24 Cost.) conculcato dall'arbitrato amministrato.

6 - Il perché della giurisdizione esclusiva.

Chiariti questi profili preliminari all'istaurarsi del giudizio innanzi al giudice statale è necessario, a questo punto, esaminare il riparto di giurisdizione tracciato dalla legge in esame.

Il criterio seguito dal legislatore (già contenuto nel decreto 220/2003) è stato quello di assegnare: 1) al giudice ordinario la tutela del contenzioso relativo a "rapporti patrimoniali tra società, associazioni e atleti", certamente foriera di diritti soggettivi, e ciò sulla base del tradizionale riparto contenuto nella nostra Carta costituzionale e desumibile dal coordinato disposto degli articoli 103 e 113;

2) mentre per ciò che concerne gli atti del C.O.N.I. o delle federazioni, per i quali non opera la "riserva assoluta" prevista dall'articolo 2²⁴, la giurisdizione "è devoluta, in via esclusiva, al giudice amministrativo" e ciò indipendentemente dal fatto che detti atti diano luogo a lesioni di diritti soggettivi o di interessi legittimi.

La giustificazione, della istituzione di una competenza giurisdizionale assegnata, in via esclusiva, al giudice amministrativo, deve essere ricercata nella mutata natura delle federazioni che sono oggi, dopo il decreto legislativo n. 242 del 1999²⁵, strutture di diritto privato ed il cui operato, basato su norme paritetiche, dà luogo a diritti soggettivi, mentre il C.O.N.I. resta un Ente pubblico ed il suo agire, è basato su atti amministrativi di carattere impositivo, tesi a garantire l'imparzialità ed il buon andamento delle sue attività sportive (art. 97 Cost.) che generano, invece, interessi legittimi.

E' da ritenersi che al fine di evitare parcellizzazioni della tutela, tra diversi giudici, il legislatore abbia inteso uniformarla assegnandola, in via di giurisdizione esclusiva, al solo giudice amministrativo (articolo 103, ultimo comma, della Costituzione). La scelta del legislatore di dar vita a questa ulteriore ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo su diritti soggettivi è da condividere, oltre che per le evidenti ragioni di economia processuale, anche per aver tentato una razionalizzazione della materia, recependo le indicazioni più volte rese dalla Suprema Corte di Cassazione²⁶ e dal Consiglio di Stato²⁷.

Inoltre, l'aver lasciato al giudice ordinario la competenza giurisdizionale in materia "patrimoniale" determinerà all'atto pratico la circostanza che presso il giudice amministrativo verranno convogliati, in prevalenza, giudizi di annullamento.

24 Vedi il paragrafo 2 di questo scritto.

25 Art. 15, comma 2: Le federazioni sportive nazionali hanno natura di associazione con personalità giuridica di diritto privato. Esse non perseguono fini di lucro e sono disciplinate, per quanto non espressamente previsto nel presente decreto, dal codice civile e dalle disposizioni di attuazione del medesimo.

26 Vedi: Cass., S.U. civili, 26 ottobre 1989, n. 4399, in Giust. Civ., Mass. 1989; Cass, I sez. Civ., 5 gennaio 1994, n. 75, in Cons. Stato 1994, II, p. 633.

27 Cfr. Consiglio di Stato, II sez. consultiva, 20 ottobre 1993, n. 612, in Cons. Stato 1995, I, p. 576; Consiglio di Stato, VI sezione giurisdizionale, 30 settembre 1995, n. 1050, in Foro It. 1995, I, c. 275 con nota di G. VIDIRI.

7 - I procedimenti cautelari e la loro competenza

Il secondo comma dell'articolo 3, mentre da una parte ribadisce un concetto già noto e presente nella normativa istitutiva dei tribunali amministrativi regionali (la legge n. 1034 del 1971), quello cioè che le sezioni centrali del TAR del Lazio hanno competenze per quegli atti che hanno rilevanza nazionale (articolo 3, comma 3)²⁸, dall'altra ha, invece, fatto valere un rilievo essenziale, da tempo auspicato dalla dottrina²⁹ per il processo amministrativo, quello cioè che in considerazione della strumentalità del procedimento cautelare il giudice della cautela e quello del merito debbono coincidere dal punto di vista della competenza, qualificabile come funzionale. Il legislatore ha inteso, così, affermare, nella materia sportiva, detto concetto, auspicando che esso trovi applicazione anche per la restante competenza del giudice amministrativo³⁰. Nella giustizia amministrativa è, infatti, necessario che intervenga una norma analoga a quella dettata dall'articolo 669 ter del codice di rito civile, in cui, pur riaffermandosi l'autonomia del procedimento cautelare, se ne ribadisce la strumentalità rispetto al giudizio di merito³¹, proprio per evitare alla parte ricorrente di scegliersi un giudice compiacente che conceda misure cautelari di comodo, sfuggendo al principio costituzionale del giudice naturale (art. 25 Cost.).

Non è, infatti, ipotizzabile, in via teorica e funzionale, sia nel giudizio civile, che nel processo amministrativo, un giudice della cautela diverso da quello chiamato all'esame del merito³².

Va, comunque, rilevato che l'introduzione della giurisdizione esclusiva, in materia di "diritto sportivo", offre anche un ulteriore profilo di tutela avverso gli abusi derivanti dell'utilizzo "improprio" degli strumenti cautelari; infatti, attraverso l'utilizzo del processo dettato dalla legge n. 205 del 2000, nell'ipotesi in cui vi sia giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, si dà piena attuazione, anche nel giudizio amministrativo, al procedimento cautelare uniforme dettato della "novella" del 1990 (legge n. 353 del 1990) per il rito civile; conseguentemente l'utilizzo "improprio" del mezzo cautelare può essere oggetto di reclamo, a norma di quanto disposto dall'articolo 669 terdecies c.p.c.³³.

Del resto dal dettato della normativa resa dalla legge n. 280 del 2003 può desumersi - come detto - una ipotesi di competenza funzionale inderogabile anche per i procedimenti cautelari relativi alla materia dello sport.

8 - Il rito del giudizio sportivo.

L'articolo 3 della legge n. 280/03, con il suo terzo comma prevede che "davanti al giudice amministrativo il giudizio è definito con sentenza succintamente motivata ai sensi dell'articolo 26 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, e si applicano i commi 2 e seguenti dell'articolo 23 bis della stessa legge".

Da tale indicazione legata al rito da attuarsi per la giurisdizione esclusiva, in precedenza definita, emergono alcune riflessioni che impongono il necessario tentativo di razionalizzare la materia.

28 Vedi al riguardo la sentenza del Consiglio di Stato, Sesta Sezione, del 7 ottobre 2003, n. 5930, in Diritto a Giustizia 2003, n. 39, p. 79, con nota di P. FEA.

29 Vedi, sul punto A. PANZAROLA, *Il processo cautelare, in Il processo davanti al giudice amministrativo*, a cura di B. SASSANI - R. VILLATA, Torino 2001, p. 65 ss.

30 Vedi la relazione che ha accompagnato il decreto legge n. 220 del 19 agosto 2003.

31 Vedi, in dottrina: G. ABBAMONTE - R. LASCHENA, *Giustizia*

amministrativa, Padova 1997, p. 270 ss.

32 La decisione della sesta sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato del 7 ottobre 2003, n. 5930 (in Diritto e giustizia 2003, cit.) che ha posto fine al cosiddetto "caso Catania" ha riaffermato il rapporto di strumentalità della misura cautelare richiesta *ante-causam* rispetto al successivo giudizio di merito. Vedi, inoltre, la nota a detta decisione, redatta da P. FEA, in Diritto e giustizia 2003, n. 39, p. 81 ss.

33 Vedi, sul punto, C. CONSOLO, *La tutela*, Padova 2003, p. 290 ss.

Preliminarmente, va ricordato che per quanto riguarda la competenza giurisdizionale del giudice ordinario in materia di “rapporti patrimoniali” il legislatore non detta alcuna norma specifica di carattere processuale lasciando che la materia venga regolata dal processo ordinario di cognizione o in talune circostanze dal rito dettato per i giudizi di natura societaria, a partire dalla entrata in vigore del decreto legislativo numero 5 del 2003, contenente il processo disegnato dal legislatore delegato³⁴ per detta materia.

Al riguardo – come ricordato nel precedente paragrafo n. 3 - sarà, però, necessario coordinare il lodo reso dagli arbitri del C.O.N.I. ed il successivo giudizio di cognizione, che dovrà essere – in base a quanto, sin qui, ricordato – di cognizione piena e non potrà limitarsi alle sole ipotesi di doglianze previste dall’art. 827 c.p.c..

Pertanto, per ciò che concerne la tutela dei rapporti patrimoniali è ipotizzabile l’utilizzazione di un processo di cognizione piena contraddistinto dal doppio grado di giurisdizione di merito (Tribunale e Corte d’Appello) e dal ricorso in cassazione in base ai motivi previsti dall’art. 360 del codice di rito civile.

Diversa è, invece, la costruzione che il legislatore attua per quanto riguarda la materia affidata al giudizio esclusivo del giudice amministrativo.

In questa seconda ipotesi non trattandosi di diritti soggettivi di natura patrimoniale, affidati – come detto – al giudice ordinario, non si è ritenuto di omologare il giudizio in esame, sotto il profilo del rito, alle altre ipotesi di giurisdizione esclusiva regolate dall’articolo 8 della legge n. 205 del 21 luglio 2000³⁵; in questa ipotesi, invece, il legislatore (e prima di lui l’esecutivo) ha ritenuto di volere seguire la strada della procedura più snella relativa alla sentenza in forma abbreviata, prevista dall’art. 26 della legge n. 1034 del 1971 e la riduzione di tutti i termini processuali, ad esclusione di quello per la proposizione del ricorso alla metà (così come ricorda l’articolo 23 bis della legge istitutiva dei TAR).

Inspirandosi cioè al processo dettato per talune ipotesi, specificamente indicate, di giurisdizione esclusiva individuate nell’articolo 4 della legge n. 205 del 2000, che ha modificato, integrandola (art. 23 bis) la normativa relativa ai T.A.R. (legge n. 1034 del 1971)³⁶.

La giustificazione di tale scelta del legislatore sembra debba essere ricercata nella particolare celerità di giudizio che la materia sportiva richiede³⁷, ed anche nel fatto che avendo lasciato alla competenza del giudice ordinario la più delicata e complessa materia dei rapporti patrimoniali, ciò che restava alla competenza giurisdizionale esclusiva del giudice amministrativo poteva essere definito con un rito maggiormente concentrato.

Al riguardo, va ricordato, che la Costituzione italiana, con l’ultimo comma dell’articolo 103, consente al legislatore ordinario la individuazione di materie affidate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che, quindi, al di là di quanto statuito dal riparto di giurisdizione, può divenire anche il giudice dei diritti soggettivi, ma in un contesto, tracciato dal primo comma dell’articolo 24, di piena e totale parità di tutela³⁸. Pertanto, l’istituzione di un nuovo settore di giurisdizione esclusiva, non può consentire al legislatore una limitazione della tutela per quei diritti soggettivi, che vengono affidati alla giurisdizione esclusiva del giudice

amministrativo³⁹.

Alla luce di queste premesse di carattere generale è, quindi, necessario verificare se il portato del terzo comma dell’articolo 3 della legge n. 280 del 2003 integra, con la individuazione del “giudizio reso con sentenza succintamente motivata” o no, una diminuzione della tutela in questo specifico settore.

Al fine di realizzare compiutamente siffatta valutazione occorre muovere dalla analisi del cosiddetto procedimento con sentenza succintamente motivata, come teorizzato dall’articolo 26 della legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali la n. 1034 del 1971, modificata dalla legge di riordino della giustizia amministrativa numero 205 del 21 luglio 2000 (art. 9)⁴⁰.

Alla luce della procedura che emerge dal disposto degli articoli 23 bis e 26 della legge n. 1034 del 1971, così come sono stati introdotti o modificati dagli articoli 4 e 9 della legge n. 205 del 2000 è possibile rilevare che pur nella semplificazione delle forme processuali e nella maggiore sinteticità della pronuncia resa, non viene sminuita la tutela assegnata alle situazioni giuridiche enucleate dalla legge n. 280 del 2003; in quanto pur con forme di natura semplificata e sintetica risulta, comunque, garantito il contraddittorio tra le parti ed appare preservata la terzietà del giudice, così come chiede il coordinato disposto degli articoli 24 e 111 della Costituzione.

Risolto così il problema oggetto della nostra analisi non si può non ricordare come il vero tema insoluto della giurisdizione esclusiva sia quello della effettiva parità di tutela offerta, per i diritti soggettivi, dal giudizio amministrativo. Se cioè essi ricevano, indipendentemente dalla competenza giurisdizionale, identica protezione presso l’uno o l’altro giudice⁴¹.

In definitiva sarà necessario verificare, in ogni ipotesi di giurisdizione esclusiva, se il giudizio amministrativo costruito per la tutela degli interessi (pretesi ed oppositivi), sia funzionale per garantire la tutela dei diritti soggettivi⁴².

Sarà necessario, in sostanza, accertare se il doppio grado di un giudizio di legittimità (T.A.R. e Consiglio di Stato) può essere considerato equiparabile al “giudizio dovuto” in base alla norma costituzionale dettata per la tutela dei diritti soggettivi, che prevede almeno un grado di giudizio a cognizione piena e la possibilità del ricorso in cassazione (art. 111 Cost.)⁴³.

Questa indagine ci porterebbe, però, ad indagare su temi assai complessi e distanti dalla nostra analisi ed è necessario delegarla ad altra occasione di studio, per ciò che ci concerne è possibile rilevare che almeno apparentemente (avendo il legislatore affidato la tutela dei diritti patrimoniali al giudice ordinario) non sono ravvisabili ipotesi di tal genere nel “giudizio sportivo”.

9 – Conclusioni

La legge in esame offre lo spunto per alcune riflessioni di carattere conclusivo.

Utilmente il legislatore ha creato tre diverse ipotesi di tutela, nell’unico intento di enfatizzare l’autonomia della giustizia sportiva; un primo gruppo legato a ciò che può essere definito come materia “tecnico-sportiva” si esaurisce all’interno del sistema della giustizia sportiva, con la sola possibilità, esterna ai gradi di giustizia federale, di adire la Camera di Conciliazione ed Arbitrato del C.O.N.I.; un secondo gruppo di materie afferente la tutela di diritti di carattere

39 Cfr. L. MONTESANO : *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la costituzione*, in Riv. Dir. Proc. 1996, p. 645 ss.

40 Cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino 2000, p. 238 ss.

41 Vedi, al riguardo, B. SASSANI, *La giurisdizione esclusiva, in Trattato di diritto amministrativo* (diritto amministrativo speciale), a cura di S. CASSESE, Tomo IV, Milano 2000, p.

3557 e ss.

42 Vedi sul punto il saggio di L. MONTESANO, *Magistrature – ordinarie e speciali – e arbitri nella giustizia civile secondo la Costituzione*, cit., p. 646 ss.

43 Vedi, sul punto: L. LANFRANCHI, *La roccia non incrinata*, Torino 1999, p. 374 ss.; il quale, nel testo richiamato, pone in essere una serie di approfondite riflessioni al riguardo.

34 Vedi al riguardo : D. AMADEI – N. SOLDATI, *Il processo societario*, Milano 2003. Vedi, inoltre, G. COSTATINO, *Profili processuali: L’impugnazione delle deliberazioni*, in *Le Società* 2003, p. 337 ss. Va ricordato che il decreto legislativo n. 5 del 2003 prevede l’entrata in vigore del nuovo rito societario e finanziario, relativo anche alla materia bancaria e creditizia, il primo gennaio del 2004. Sul punto vedi, anche, C. CONSOLO, *La tutela*, cit., p. 67 ss.

35 Vedi il commento di G. SIGISMONDI all’articolo 8 della legge n. 205 del 2000, in *Le nuove leggi civili commentate* 2004, p. 640 ss.

36 Sul punto, vedi: M. LIPARI, *I riti abbreviati, in Il nuovo processo amministrativo, dopo due anni di giurisprudenza*, a cura di F. CARINGELLA – M. PROTTO, Milano 2002, p. 818 ss.

37 Vedi, al riguardo, la relazione al decreto legge n. 220 del 19 agosto 2003.

38 Vedi, al riguardo: A. POLLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova 2000, p. 179 ss.

Avv.
Andrea MELUCCO

Legge Prodi e amministrazione “liquidatoria”: il destino singolare delle amministrazioni straordinarie ex lege 95/1979

Sommario

1. Premessa - 2. Il dibattito giurisprudenziale a seguito della pronuncia Corte di Giustizia 1 dicembre 1998 - 3. Gli effetti del provvedimento della Commissione - 4. Il quadro di riferimento del legislatore italiano - 5. L'art.7 della legge 273/2002 - 6. L'applicazione della disciplina della L.C.A. - 7. Conclusioni

1. Premessa

Un singolo articolo, il 7, contenuto nel più ampio (46 articoli complessivamente) corpus della legge 12 dicembre 2002 n.273 (“misure per favorire l’iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza”), sembra aver scritto il capitolo finale della complessa e sofferta vicenda normativo-giudiziaria dell’amministrazione straordinaria ex lege 95/1979 (c.d. Legge “Prodi”).

La norma, contenente “*interventi sulle procedure di amministrazione straordinaria disciplinate dal decreto legge 30 gennaio 1979 n.26, convertito con modificazioni dalla legge 3 aprile 1979 n.95*” ha disposto sostanzialmente (in termini assai ellittici e laconici): a) la cessazione a far data dal 12 febbraio 2003 dei Commissari straordinari dal loro incarico b) la nomina nei dieci giorni successivi di un Commissario Liquidatore c) la prosecuzione della “Gestione liquidatoria” secondo le norme della liquidazione coatta amministrativa d) la salvezza “*degli effetti degli atti e dei provvedimenti legalmente adottati nel corso della procedura*” e) l’applicabilità della disciplina di procedure di gruppo previste dall’art.3 della “Legge Prodi” f) la persistente applicabilità dell’art.106 primo comma del D.L. 270/1999.

2. Il dibattito giurisprudenziale a seguito della pronuncia Corte di Giustizia 1 dicembre 1998

La norma in esame costituisce l’ulteriore – e secondo alcune prospettive obbligato – approdo della complessa ed interessante questione degli effetti nel nostro ordinamento dei provvedimenti e delle pronunce adottate in ambito comunitario, con riferimento ai c.d. “Aiuti di Stato”, che hanno avuto come oggetto, in particolare, la previgente disciplina dell’amministrazione straordinaria (legge 95/1979 c.d. “Legge Prodi”) solo recentemente (con il D.L. 270/1999) radicalmente innovata.

Come oramai noto, sulla originaria disciplina della c.d. “Legge Prodi” si sono progressivamente appuntate le osservazioni critiche dapprima della Commissione Europea (che sin dal 1983 richiese chiarimenti ed assicurazioni alle autorità italiane) e successivamente della Corte di Giustizia delle Comunità, chiamata più volte a pronunciarsi sulla natura e sulla compatibilità della disciplina in esame con il mercato comune ed i principi di libera concorrenza.

44 E’ ipotizzabile che innanzi a tale giudice vengano portate anche le doglianze in materia di mutualità Vedi, sul punto, la decisione della Corte Federale della F.I.G.C., del 18-23 dicembre 2003.

In questa sede¹, sarà sufficiente ricordare come, a seguito dell'avvio (con provvedimento 28 luglio 1999) da parte della Commissione Europea del procedimento d'infrazione previsto dall'art.88 par.2 del Trattato nei confronti del regime di cui alla l.95/1979 - iscritta nel registro degli aiuti di stato non notificati - il legislatore italiano provvedeva ad emanare il d. lgs. 8 luglio 1999 n.270 innovando significativamente la struttura e la disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Se non che, la nuova normativa adottava la discutibile (e criticata) soluzione di mantenere le procedure pendenti (cioè quelle apertesi sotto la previgente disciplina) integralmente regolate dalla "Legge Prodi", in virtù del disposto dell'art.106 del d.lgs. 270/99.

Apparve immediatamente evidente come la nuova disciplina - che ad avviso di chi scrive ha operato in violazione della delega conferita²- da un lato non poneva fine al contenzioso apertosi in sede comunitaria e dall'altro non poneva le procedure al riparo dagli effetti dei provvedimenti sanzionatori nei confronti della Legge Prodi³.

Il procedimento avanti la Commissione europea si concludeva infatti con una condanna della disciplina della legge Prodi, pronunciata con provvedimento Commissione CE 16 maggio 2000⁴.

Tale ultima pronuncia - inserendosi in un dibattito già intenso - si prestava però a sua volta ad interpretazioni assai divergenti.

Tale diversità di vedute era a sua volta frutto delle incertezze e delle ambiguità che il dibattito generale sugli "aiuti di stato" aveva generato⁵ ed in particolare dalla persistente incertezza in ordine a quali fossero nel caso della Legge Prodi gli aiuti di stato concessi e/o previsti in violazione della normativa comunitaria: la garanzia da parte dello stato ovvero le altre agevolazioni di cui non godevano le imprese in bonis operanti sullo stesso mercato dell'impresa "beneficiaria", in primis le azioni revocatorie.

Correlativamente, il dibattito - animato attorno alle pronunzie giurisprudenziali che intervenivano nelle more di questo travaglio in sede comunitaria - veniva ad essere orientato ed a dislocarsi con riferimento al più limitato scenario delle ricadute pratiche.

"Luogo" d'elezione del confronto - seppur non sempre espressamente dichiarato - non poteva che concentrarsi sul *punctum dolens* della proponibilità delle azioni revocatorie.

Un primo orientamento, espresso già prima del provvedimento della Commissione Europea (e che trovava ispirazione nella pronuncia Corte di Giustizia 1 dicembre 1998⁶),

riteneva applicabile la revocatoria fallimentare all'amministrazione straordinaria (e pertanto legittimo ed operante il richiamo contenuto nella legge 95/1979), ma a condizione che la procedura avesse esaurito la fase "conservativa" e si trovasse indubitabilmente e irrevocabilmente in fase "liquidatoria" alla stregua di una procedura di fallimento, così come d'altra parte previsto per le nuove procedure di amministrazione straordinaria dall'art.49 del DL 8 luglio 1999 n.270.

Tale orientamento, ritenendo improponibile la domanda sino a quando non fosse quanto

meno scaduta l'autorizzazione ministeriale in favore dei commissari liquidatori per la prosecuzione dell'attività d'impresa (c.d. "gestione provvisoria"), aveva tratto l'ulteriore corollario che - fino a tale momento, trattandosi di improponibilità assoluta - non correva neanche la prescrizione quinquennale⁷.

Il tribunale di Torino ribadiva tale interpretazione nelle successive sentenze 9 aprile 2001⁸ e 10 aprile 2002⁹, seguito dalla Corte di Appello territoriale¹⁰.

In ogni caso, questa interpretazione avrebbe comportato il rigetto della domanda revocatoria proposta prima del passaggio alla fase liquidatoria, trattandosi di improponibilità assoluta¹¹.

La posizione del tribunale di Torino veniva ulteriormente confermata nelle sentenze 6 febbraio 2002 e 4 giugno 2002 (G.U. Caramello), le quali con identica motivazione, pur dando conto dell'intervenuta pronuncia della Commissione europea e pur ritenuta la diretta operatività della stessa nel nostro ordinamento, ritenevano "che debba essere oggetto di disapplicazione da parte del Giudice nazionale soltanto quel complesso di norme che costituiscono il regime degli aiuti di Stato, incompatibile con la normativa europea, considerando invece valide ed applicabili le altre norme contenute nella legge in esame e segnatamente quelle norme che attuano la finalità accessoria del soddisfacimento dei creditori" anche perché la caducazione complessiva della normativa sarebbe stata "foriera di conseguenze paradossali" quali la stessa illegittimità del decreto di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria.

Più in generale, si riteneva che la eventuale declaratoria di inapplicabilità della Legge Prodi dovesse essere il frutto di una valutazione in concreto e nel merito delle agevolazioni di cui aveva goduto l'impresa che agiva in revocatoria: "il Giudice di merito deve accertare le condizioni che hanno determinato l'assoggettamento dell'impresa alla procedura, esaminare il decreto e gli atti conseguenti che hanno previsto vantaggi per l'impresa, comparare gli effetti dell'amministrazione straordinaria con quelli che sarebbero derivati dal fallimento se l'impresa stessa vi fosse stata invece assoggettata. Tale indagine, riguardando l'accertamento e la valutazione di fatti, è esperibile esclusivamente da parte del giudice di merito ed è sottratto a quello di legittimità¹²."

Altro ed opposto orientamento, anch'esso formatosi prima della pronuncia della Commissione, perveniva alla conclusione della diretta inapplicabilità della "Legge Prodi" per contrasto con la normativa comunitaria.

Il Tribunale di Genova - Sezione sesta - con la sentenza 15 novembre 1999 n.12050 ripercorreva analiticamente il procedimento complesso attraverso il quale si è giunti - anche mediante richiesta di chiarimenti alla Commissione europea circa alcuni atti e documenti da questa posti in essere in subiecta materia - alla pronuncia 1 dicembre 1998 della Corte di Giustizia CE¹³ e soprattutto alla sentenza 17 giugno 1999¹⁴.

In tale ultima pronuncia la Corte aveva stigmatizzato la prassi della Commissione volta

1 per ulteriori approfondimenti si veda De Vescovi, Alti e bassi dell'eccezione comunitaria nell'applicazione della Legge Prodi, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2002, 1111 e segg.; Cavalaglio, "Requiem" per la Prodi ... e adesso ?, in Fallimento, 2001, 1168 segg.; G. Tarzia, Disapplicazione della Legge Prodi per contrasto della disciplina comunitaria, in Fallimento, 2000, 513

2 La legge delega infatti prevedeva (alla lettera u) l'adozione di una disciplina transitoria finalizzata alla salvaguardia dell'occupazione e non la mera sopravvivenza della previgente disciplina.

3 in tal senso cfr. De Vescovi, cit., 1115; Montanari, La nuova amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: prosegue il dibattito, Giust. Civ., 2000, II, 168

4 in il Fallimento, 2001, 453

5 cfr. M.T. Cirenei, La riforma dell'amministrazione straordinaria alla luce della disciplina comunitaria degli aiuti: fine di un contenzioso ?, in Dir. Comm. Internaz., 1999, 532 e segg.)

6 in Raccolta, 1998 I-7907

7 cfr. Tribunale Torino 11 settembre 2000, in Dir. e pratica società', 2001 (s.m.)

8 Dir. e Pratica soc., 2002, s.m.

9 G.U. Scovazzo, inedita

10 App. Torino 30 maggio 2001, in Giur. Merito 2001, 2092 con nota di Bertoloni; App. Torino 24 dicembre 2001, in Giur. It. 2002, 1007; App. Torino 23 maggio 2002, in Giur. Merito, 2002

11 ma, in senso difforme, si veda Cass. Sez. Un. 15 giugno 2000, n.437 che afferma la proponibilità della domanda sin dalla

data di nomina del Commissario Straordinario e Appello Bari 22 gennaio 2002 n.89, che ritiene trattarsi di una condizione dell'azione che può realizzarsi anche nel corso del procedimento purchè sussista al momento della decisione di merito

12 così Cass. 11 settembre 1999, n.9681, in Fallimento, 2000, 503

13 in causa C-200/97, Ecotrade, anche in Temi Romana, 1999, 361.

14 in causa C-295/97, Piaggio - Dornier, in Temi Romana, 1999, 721.

a qualificare come “aiuto esistente” la legge n. 95 del 1979, seppur di gran lunga successiva all’entrata in vigore del Trattato CE, e che avrebbe dovuto pertanto essere considerata fra gli aiuti nuovi ai sensi dell’art. 88, n. 3. Tale presa di posizione determinava rilevanti conseguenze con riferimento all’applicabilità della disciplina inerente gli obblighi di notificazione [che debbono essere adempiuti ogniqualvolta si istituisce un regime di aiuto (o si modifica una misura esistente), mentre non operano se l’aiuto sia preesistente all’entrata in vigore del Trattato o sia regolarmente attuato ai sensi dell’art. 88, n. 3].

A seguito della definizione della Legge Prodi quale aiuto nuovo, ad avviso del Tribunale di Genova si apriva pertanto la possibilità per il Giudice nazionale – a fronte della palese violazione dello Stato italiano del divieto di dare esecuzione alle misure di aiuto non notificate – di disapplicare direttamente la norma frutto di tale violazione. E ciò previo accertamento dell’effettiva incompatibilità delle norme della legge nazionale con gli articoli 92 e 93 Trattato CE.

Il Tribunale di Genova riteneva dunque sussistente tale incompatibilità sul presupposto che, nel caso di specie, a) l’impresa attrice rientrava fra i soggetti ai quali – in deroga alle norme vigenti in materia di fallimento – era consentita la prosecuzione dell’attività economica in circostanze nelle quali la stessa sarebbe preclusa in applicazione dell’ordinaria disciplina; b) l’impresa era beneficiaria di una pluralità di vantaggi normativamente stabiliti e indisponibili per altra impresa insolvente assoggettata alla disciplina ordinaria fallimentare; c) la norma di cui alla Legge Prodi rientrava fra gli aiuti di Stato non previamente notificati dall’Italia agli organi comunitari.

La pronuncia appena richiamata, peraltro, si segnala per aver proceduto alla disapplicazione diretta e complessiva dell’intero istituto della revocatoria, senza in alcun modo adombrare la precisazione – pur fatta propria da parte della dottrina – che la detta incompatibilità attenga alla sola fase pre-liquidatoria della procedura di amministrazione straordinaria (cioè fino a quando il soggetto sia operante sul mercato come imprenditore), ovvero fino al momento in cui – secondo altra interpretazione che privilegia l’aspetto inerente la sussistenza e la possibilità di dimostrare il pregiudizio arrecato dall’atto assoggettato a revocatoria – non sia stato depositato lo stato passivo della procedura.

La corrente interpretativa appena cennata, ritenne successivamente di rinvenire un argomento decisivo a fondamento delle proprie tesi proprio nel dato letterale del provvedimento della Commissione europea, che affermava testualmente: “il regime di cui alla legge 95/1979 di conversione del d.l. n.26/79 concernente interventi urgenti per l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, che è stato posto in essere in Italia in favore delle grandi imprese in crisi, è illegittimo e incompatibile con il mercato comune”.

In questo senso si esprimeva sin dal 2001 il Tribunale di Trieste¹⁵, il quale ribadiva e precisava il proprio orientamento con la successiva pronuncia 14 gennaio 2002 n.6.

Ad avviso del Tribunale di Trieste, infatti, non vi era margine per nuove questioni interpretative, poiché la disciplina transitoria avrebbe prodotto un mero richiamo alla norma ritenuta e dichiarata illegittima dalla Commissione Europea, così come la provvisorietà degli effetti, pur destinati a cessare nel tempo, non giustificava una persistente violazione delle norme sulla concorrenza a tutela delle quali gli organi comunitari erano intervenuti.

Su tali presupposti, dunque, ritenendo totalmente inapplicabile la normativa di cui alla Legge Prodi, il Tribunale di Trieste aveva rigettato la domanda volta ad ottenere la revocatoria ex art.67 secondo comma legge fallimentare delle rimesse in conto corrente intrattenuto con istituto creditore.

In questa direzione la pronuncia riteneva di poter superare anche la (allora recentissi-

ma) posizione espressa dal Tribunale di Catania¹⁶, che aveva ritenuto di dover rimettere nuovamente la questione alla Corte delle Comunità per l’esatta interpretazione degli effetti del provvedimento della Commissione, non solo sulla legge 95/1979, ma anche sull’art.106 del DL 270/1999 in quanto recante la disciplina transitoria per le procedure pendenti.

La pronuncia del Tribunale di Trieste si segnalava anche perché si poneva il problema degli ulteriori effetti della affermata generale inapplicabilità della legge per tutte le procedure in corso, concludendo per la rimessione di ufficio, ai sensi dell’art.8 l.f., al Tribunale fallimentare per la dichiarazione di fallimento dell’impresa insolvente.

E, in difetto di una normativa transitoria o di raccordo che disponesse la conversione delle procedure pendenti, la soluzione del Tribunale di Trieste appariva convincente, tenuto conto che si era pur sempre in presenza di procedure nelle quali da un lato era stato già accertato giudizialmente lo stato di insolvenza e che – d’altra parte – l’assoggettabilità al fallimento era una delle condizioni poste dalla “Legge Prodi” per l’ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria: ponendosi dunque l’amministrazione straordinaria come alternativa “speciale” al fallimento ed essendo venuta meno tale alternativa, non restava che la procedura originariamente prevista dal nostro ordinamento.

Ma tale soluzione non poteva porsi come integralmente risolutiva e tranquillante, a fronte dei requisiti soggettivi temporali pur sempre richiesti (non oltre un anno dalla cessazione dell’attività d’impresa) per potersi procedere alla dichiarazione di fallimento.

E nel caso delle amministrazioni straordinarie pendenti, infatti, tale problematica si presentava in numerose ipotesi, anche laddove la decorrenza del termine fosse individuato non con riferimento all’apertura della procedura, ma al momento in cui fosse cessata l’attività produttiva, momento normalmente coincidente con la scadenza dell’autorizzazione alla prosecuzione dell’attività d’impresa.

3. Gli effetti del provvedimento della Commissione CE

Come emerso nella sintesi del dibattito giurisprudenziale, non sono mancati richiami ad una diretta operatività nel nostro ordinamento del provvedimento con il quale la Commissione ha dichiarato la illegittimità della Legge Prodi nel suo complesso.

Secondo tale interpretazione, dal provvedimento discenderebbe una assoluta, radicale ed originaria nullità delle procedure di amministrazione straordinaria apertesi antecedentemente alla riforma del 1999¹⁷.

Un simile orientamento non può tuttavia essere condiviso, perché costituisce una forzatura peraltro di scarso effetto pratico, posto che il risultato della disapplicazione discende aliunde dal complesso delle normative comunitarie applicabili, come peraltro già chiarito.

Il provvedimento della Commissione, viceversa, opera su di un diverso piano, in quanto diretto esclusivamente a costituire un obbligo per l’ordinamento nazionale di adeguarsi ai principi della normativa comunitaria, la cui violazione ha provocato il provvedimento.

Già in passato, alcune pronunzie amministrative avevano evidenziato che “*a differenza di quanto avviene per i regolamenti comunitari ed alcune direttive, che presentano completezza di contenuto dispositivo (self executing), l’obbligatorietà delle decisioni della commissione CEE non ha portata generale ma assume la stessa forza delle direttive rivolte agli Stati non aventi contenuto astratto e ben delineato, e quindi, come tali, non direttamente applicabili; ne consegue che esse obbligano lo Stato destinatario a realizzare il risultato pratico indicato nel caso di specie, secondo gli strumenti propri del singolo ordinamento, senza che il singolo mini-*

¹⁵ sent. 6 aprile 2001, n.326, in Dir e prat. Soc., 2002: sent. 2 maggio 2001, in Fallimento, 2001, 1167 con commento di Cavalaglio.

¹⁷ 2001, cit. 1167, in motivazione.

in tal senso cfr. De Vescovi, cit.1145; Trib. Trieste 2 maggio

stro, di propria iniziativa possa annullare un atto illegittimamente emanato sulla base di una legge tuttora operante, ancorché ritenuta dalla commissione in contrasto con una direttiva CEE, e sussista l'obbligo dello Stato di modificarla in conformità”¹⁸.

Ma e soprattutto, occorre tornare all'art.88 (già 93) del Trattato, il quale chiarisce senza ombra di dubbio che la Commissione (cui è affidato il controllo permanente sugli aiuti di stato – comma 1), qualora ritenga un aiuto incompatibile, “decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale decisione entro il termine stabilito, la Commissione o qualsiasi altro Stato interessato può adire direttamente la Corte di giustizia” (comma 2).

D'altra parte, lo stesso comma terzo, laddove dispone che il regime degli aiuti nuovi non possa trovare attuazione prima dell'autorizzazione della Commissione, viene univocamente interpretato nel senso che non sia previsto né necessario che la disapplicazione – come già sopra chiarito – sia frutto di un provvedimento della Commissione, ma sarebbe il risultato del diretto effetto preclusivo operato dalla normativa comunitaria nei confronti delle norme nuove ed incompatibili, preclusione che avanti al Giudice nazionale assume la forma della disapplicazione della norma nazionale (nuova ed) incompatibile.

Il provvedimento della Commissione Europea, dunque, è diretto allo Stato membro, sotto forma di obbligo di adeguamento dell'ordinamento nazionale. E ciò, peraltro, conformemente al generale principio di esclusione della diretta operatività dei provvedimenti adottati a livello comunitario per i singoli ordinamenti nazionali, rappresentando quindi la “self-executing option” una eccezione che ha richiesto una tutt'altro che agevole elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale.

Una novità ed un chiarimento ulteriore possono comunque trarsi dal provvedimento della Commissione: il richiamo alla Legge Prodi di cui all'art.106 del DL 270/1999 non comporta novazione alcuna, rappresentando mera norma di trasposizione.

Se così non fosse, il provvedimento sarebbe *inutiliter datum*, laddove invece acquista rilevante significato poiché impone al legislatore italiano di rimuovere definitivamente dal nostro ordinamento ogni e qualsiasi meccanismo previsto originariamente dalla Legge Prodi e trasferito – direttamente o indirettamente – in nuovi complessi normativi.

Ciò per quattro ordini di ragioni logiche: a) si è giustamente osservato come il “peccato originale della legge 95/1979 risiede quindi nel fatto che gli aiuti, secondo gli orientamenti comunitari, devono porsi in necessaria relazione funzionale rispetto ad un risanamento effettivamente realizzabile, contemplato in un programma che deve essere preventivamente sottoposto alla verifica della Commissione e deve comunque permettere di ripristinare la competitività dell'impresa entro un lasso di tempo ragionevole”¹⁹;

b) lo stesso provvedimento della Commissione CE 16 maggio 2000 (al §33) contrappone nettamente la finalità del fallimento da quelle dell'amministrazione straordinaria (sottoposta a ben minore controllo giurisdizionale, tanto che il legislatore del DL 270/1999 ha profondamente innovato, sottoponendo tutta la fase di apertura, verifica e autorizzazione al diretto controllo del Tribunale che ha dichiarato lo stato di insolvenza), non reiterando la (più volte da altri) invocata distinzione tra fase di risanamento e fase “liquidatoria”, giungendo a pronunciare una condanna nei confronti non dei singoli aiuti e neppure della sola “Legge Prodi” ma del “regime” introdotto con tale disciplina;

c) inoltre, appare evidente la profonda differenza che corre tra il provvedimento 16 mag-

gio 2000 ed il precedente del 30 aprile 1997 il quale invece precisava il proprio ambito di applicazione imponendo la sospensione immediata delle norme che consentivano di non pagare i debiti contratti con imprese ed enti pubblici;

d) infine, ma non da ultimo, la Commissione europea ha inteso censurare il “regime” di cui alla Legge Prodi adottando un termine che appare intenzionalmente destinato ad un ambito più ampio della normativa in sé considerata (la legge 95/1979);

In conclusione, il provvedimento della Commissione deve essere interpretato come generale e definitiva condanna della complessiva disciplina introdotta nel nostro ordinamento dalla Legge Prodi, anche con riferimento alle possibili (ma illegittime) sopravvivenze, seppur determinate da normative ulteriormente sopravvenute.

In tal senso, dunque, da un lato appare chiaro il mandato imperativo di cui è destinataria il legislatore italiano e – d'altra parte e per le stesse ragioni – sembrerebbe (ma vedi *infra*) venuto meno l'interesse per l'ulteriore rinvio pregiudiziale operato da Tribunale Catania alla Corte di Giustizia per verificare la compatibilità dell'art.106 del DL 270/1999. Se si ritiene, infatti, che l'art.106 primo comma introduca una nuova disciplina, non potrà sottrarsi alle censure che hanno colpito la Legge Prodi; se la si ritiene una norma priva di reale carattere innovativo, l'originaria censura nei confronti della Legge Prodi non può certo venire meno e la disapplicazione della norma richiamata fa venir meno l'efficacia del richiamo.

La conseguenza è comunque la diretta e completa disapplicazione di entrambe le norme.

4. Il quadro di riferimento del legislatore italiano

In buona sostanza, la Legge Prodi, definitivamente qualificata come aiuto di stato nuovo e non notificato – anche alla luce di quanto appena considerato in ordine al provvedimento della Commissione – può (e secondo alcuni deve) essere disapplicata dai Giudici nazionali, anche nella forma di residuale regime ad esaurimento per le procedure in corso.

Se da un lato la Corte di Giustizia, infatti, ha affermato che l'art.92 n.1 del Trattato, relativo agli aiuti esistenti, non abbia effetti diretti, e che i singoli non possano in forza del solo art.92 contestare avanti al Giudice nazionale la compatibilità di un aiuto esistente con il diritto comunitario, né chiedere ai giudici nazionali di pronunciare in via incidentale o principale su un'eventuale incompatibilità²⁰, d'altra parte, nella diversa ipotesi di aiuti *nuovi ex art.93 n.3*, è giurisprudenza oramai consolidata che il Giudice nazionale – sulla base dell'efficacia diretta della norma – possa impedire allo stato membro di attuare un determinato aiuto di stato che non sia stato autorizzato dalla Commissione²¹, in conformità della previsione conclusiva dell'art.92 n.3: “Lo Stato membro interessato non può dare esecuzione alle misure progettate prima che tale procedura abbia condotto a una decisione finale”.

Conseguentemente, ciascun soggetto (concorrente o convenuto richiesto di una prestazione generata dall'aiuto di stato controverso) è legittimato a sollevare la relativa eccezione avanti al Giudice nazionale²².

L'eventuale rilievo della contrarietà della normativa nazionale con i principi dell'ordinamento comunitario, può (*rectius*, deve) produrre l'immediata disapplicazione della norma, ma segue un meccanismo procedimentale differente ed autonomo rispetto a quello di adeguamento della normativa, che è presieduto e governato dalla Commissione.

20 cfr. pronunzia Steinike und Weilig c/ Germania, Foro it., 1977, vol.C, IV-19.

21 cfr. decisione Lorenz c/ Germania, racc. 1973, 1471, pag.1483, par.8; ; Corte Giustizia CE 30 giugno 1992, Raccolta giurispr. 1992, I-4145; per il nostro ordinamento cfr. Corte cost. 170/1984, in Foro it., 1984, I, 2062, che ha affermato come “il

giudice ordinario deve egli stesso provvedere ad assicurare la piena e continua osservanza delle norme comunitarie direttamente applicabili” senza la mediazione della declaratoria di illegittimità da parte Giudice delle Leggi.

22 (sul punto cfr., per una diffusa analisi, la motivazione di Cass. 11 settembre 1999, n.9681, cit., pagg.509 e segg.)

18 così Consiglio Stato, sez. VI, 24 gennaio 1989, n. 30, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1991, 162. Negli stessi termini T.A.R. Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 1991, 200; T.A.R. Sicilia Catania, sez. I, 31 maggio

1989, n. 656, T.A.R. 1989, I,4603

19 in tal senso De Vescovi, cit. 1123

La giurisprudenza nazionale e comunitaria può infatti (rispettivamente) disapplicare ed interpretare ma non può rimuovere la normativa, risultato che può scaturire solo dal meccanismo di adeguamento della legislazione nazionale.

Una volta che la Legge Prodi è stata qualificata come aiuto di stato nuovo non notificato, la Commissione, dunque, doveva e poteva avviare il procedimento finalizzato alla espunzione della norma dall'ordinamento italiano, procedimento che – nell'auspicio del legislatore – avrebbe dovuto concludersi con l'art.7 della legge 213/2002.

Ma, se tale è la funzione del provvedimento comunitario, occorrerà verificare da un lato se tale provvedimento è suscettibile di interpretazione da parte del legislatore nazionale e, ulteriormente, in quali termini il nostro legislatore vi abbia dato attuazione.

In punto di interpretazione, è pacifico che il meccanismo stesso adottato dall'Unione Europea, in linea con la rinuncia alla diretta efficacia dei provvedimenti, consente una elasticità volta a conseguire un adeguamento logico e dinamico degli ordinamenti (oltre che bilateralmente partecipato dalla Comunità e dal singolo stato dell'Unione).

Tale elasticità determina un indubbio margine di interpretazione.

Se non che, nel caso in esame, il margine lasciato al legislatore nazionale si presentava assai esiguo, ridotto – forse – alla sola disciplina transitoria da assegnare alle procedure pendenti, sia per sottrarle ad una disciplina divenuta inapplicabile, sia al contempo per sottoporle ad un regime finalmente privo di incertezze.

Per il resto, non restava che abrogare definitivamente la Legge Prodi.

5. L'art.7 della legge 273/2002

In questo quadro il legislatore nazionale ha deciso di intervenire con la norma oggetto del presente contributo.

La disposizione dovrebbe dunque produrre la (tardiva) espunzione dal nostro ordinamento della Legge Prodi.

Letto in questa ottica, l'art.7 della legge 12 dicembre 2002 n.273 appare prima facie strutturato in modo da ridurre al minimo le ulteriori ricadute problematiche su di una materia tanto delicata quanto recentemente esposta a soluzioni geograficamente assai diversificate (ed il riferimento è ovviamente alle opposte interpretazioni che si sono consolidate in base alle pronunce di cui sopra).

Occorre altresì tenere conto che una ulteriore ricaduta indesiderata delle sopra menzionate incertezze era altresì costituita dal difetto dei requisiti temporali per procedere all'apertura della procedura fallimentare.

La conseguenza, questa davvero singolare, era dunque di restituire l'impresa agli organi sociali perché la potessero in liquidazione volontaria e procedessero in via privata alla soddisfazione dei creditori, sempre che vi fosse il consenso di questi e non si aprisse invece la gara per ottenere soddisfazione mediante esecuzione forzata individuale, con definitiva buona pace del concorso tra i creditori.

Si deve riconoscere che quanto meno la norma consente di evitare il pericolo appena tratteggiato. Di certo, comunque, la norma sembra disegnata per non prendere diretta posizione intorno alla questione della asserita radicale nullità delle procedure.

Ma tale risposta non poteva ragionevolmente attendersi dalla norma, poiché essa viene ad iscriversi nel meccanismo "istituzionale-normativo" che fa capo alla decisione della Commissione, piuttosto che nel dibattito "giurisprudenziale-applicativo" di cui la norma non costituisce articolazione, ma solo – e per il futuro – punto di riferimento.

Tuttavia, il complesso delle disposizioni in cui si articola la norma, non appare scevro da

rilevanti ambiguità.

Da un lato, infatti, si determina l'azzeramento delle procedure "per decapitazione" in un termine peraltro molto ristretto (anche per la presentazione dei rendiconti); d'altra parte si afferma che – con la nomina del Commissario liquidatore – si *prosegue* nella "gestione liquidatoria" applicandosi le norme sulla liquidazione coatta amministrativa.

Il legislatore deve aver ritenuto che solo con la immediata cessazione delle procedure incriminate poteva venir meno l'occasione e la causa dell'ingente contenzioso determinatosi e di cui si è dato conto sopra, mentre – ed al contempo – solo con la consecuzione-prosecuzione tra procedure, poteva assicurarsi continuità all'attività precedentemente posta in essere, specie laddove siano già in corso la dismissione del patrimonio e la liquidazione e ripartizione dell'attivo, che sarebbe comunque illogico e dannoso dover riprendere *funditus*.

Se non che, il legislatore deve aver ritenuto che non vi fosse nessuna residua possibilità di procedere al salvataggio delle imprese assoggettate alla Legge Prodi, se si è escluso in radice che procedure meno risalenti potessero approdare al nuovo regime dell'amministrazione straordinaria di cui al DL 270/1999.

Se infatti si esamina il complesso dei 64 gruppi imprenditoriali sottoposti alla Legge Prodi, si può vedere come circa venti procedure si sono aperte nella prima metà degli anni 90, mentre sei gruppi (Cariboni, Costanzo, Enterprise, I.R.A., Morteo, S.I.P.A.) sono approdati all'amministrazione straordinaria nella seconda metà degli anni novanta.

A ben pensare si è davanti ad una palese ammissione di responsabilità politica del legislatore, il quale dimostra a posteriori di condividere in fatto le stesse considerazioni (l'essere la Legge Prodi uno strumento politico-sociale volto ad introdurre un ammortizzatore sociale ed economico piuttosto che una procedura volta a conseguire il risanamento di imprese di rilevanti dimensioni) che hanno portato gli organi comunitari ad una pronunzia senza appello (in senso letterale, se si considera che lo Stato italiano ha prudentemente ritenuto di non impugnare il provvedimento della Commissione Europea).

Se è consentita una immagine un po' colorita (e crudele, se non si stesse trattando, fortunatamente, di istituti giuridici), sembra quasi che il legislatore italiano abbia voluto sopprimere senza tanti complimenti e con meno clamore possibile un figliolo (divenuto) illegittimo e scomodo perché troppo cresciuto e troppo chiacchierato.

Nella stessa direzione sembra porsi la preoccupazione di regolare la ultrattività degli effetti degli atti compiuti nel corso delle procedure di amministrazione straordinaria con la formula "sono fatti salvi gli effetti degli atti e dei provvedimenti *legalmente* adottati nel corso della procedura".

Tale formula sembra adottare una terminologia già presente nell'art.21 legge fallimentare, che regola gli effetti che conseguono alla revoca del fallimento per accoglimento dell'opposizione alla sentenza dichiarativa.

Orbene, è noto come la disposizione della legge fallimentare sia interpretata nel senso che la revoca del fallimento – anche qualora intervenga per nullità della sentenza dichiarativa – operi sempre *ex nunc*.

Venendo meno la procedura fallimentare, dunque, non vengono meno gli atti compiuti nel suo vigore, in attuazione del principio processuale "*tempus regit actum*".

Assai meno univoca appare l'individuazione di quali siano gli atti idonei a sopravvivere alla revoca del fallimento ma, per le ragioni di cui in appresso, probabilmente, in questa sede non appare decisivo approfondire tale aspetto.

Se non che, nel caso dell'art.21 l.fall., si tratta di conservare gli effetti di un procedimento regolarmente instaurato, ma di cui – a seguito e nel corso dei rimedi giurisdizionali inter-

ni alla procedura – si è accertato il difetto di un presupposto (processuale – nullità della sentenza, omessa convocazione del debitore, incompetenza del Tribunale che ha dichiarato il fallimento – ovvero sostanziale – insussistenza dello stato di insolvenza) previsto dalla *stessa disciplina fallimentare*.

Si procede, dunque, a regolare gli effetti per un vizio *interno* alla disciplina e *da essa previsto*.

L'ipotesi che ne occupa è radicalmente differente.

La ragione della revoca (sub specie di conversione) della procedura risiede nella illegittimità della stessa procedura e deriva da provvedimenti che provengono addirittura da una istituzione sovraordinata e che sul nostro ordinamento produce effetti diretti-indiretti piuttosto complessi.

Nel caso in esame, dunque, non può risolversi il problema, invocando semplicemente il principio *“tempus regit actum”*.

Né può agevolmente affermarsi che ciò sia l'effetto della norma oggetto del presente contributo, perché essa - pur potendo (astrattamente) disporre anche per il passato, introducendo disposizioni a carattere retroattivo - non può in alcun modo “sanare” la violazione dell'art.88 n.3 in cui siano incorse norme ad essa precedenti: una normativa nazionale sopravvenuta non ha la possibilità né di introdurre né di costituire un salvacondotto per un aiuto di stato non notificato (e peraltro già dichiarato illegittimo).

Ragionando in tal senso, si potrebbe affermare l'assoluta irrilevanza della disposizione, perché gli atti compiuti dal Commissario Straordinario non potevano essere “validamente” posti in essere se il legislatore italiano avesse seguito la procedura di cui all'art.88 n.3 (chiedendo l'autorizzazione ed attendendo la pronuncia della Commissione, *prima* di introdurre il regime di aiuti): se non che, occorre sempre ribadire che le procedure, seppur illegittime sul piano comunitario, sono pur sempre astrattamente legittime sul piano interno e nazionale, dato che la legislazione nazionale può essere disapplicata ma non rimossa.

Ne consegue, che la norma non appare in grado di risolvere la questione, se non altro perché il legislatore nazionale ha tardato eccessivamente ad intervenire (e quando è intervenuto ha anche lasciato irrisolta la questione delle procedure pendenti) creando e mantenendo situazioni “di fatto” che non possono da un lato essere utilmente e definitivamente rimosse, dall'altro non possono (perché il complesso normativo comunitario lo impedisce, anche se attraverso lo strumento surrettizio della “disapplicazione”) essere definitivamente “sanate”.

Non si può escludere, dunque, che anche questa norma, unitamente alla successiva (e ben più eclatante) in tema di sopravvivenza dell'art.106 comma I del DL 270/1999 (su cui fra breve), sarà causa di nuove incertezze e nuovi contenziosi.

Vi è tuttavia una soluzione di compromesso che (è bene avvertirlo da subito) non trova tuttavia legittimazione completa ed univoca nella disciplina applicabile.

E tale soluzione sarebbe quella di ritenere salvi gli effetti degli atti compiuti nel corso della procedura che non siano stati precedentemente impugnati ovvero ancora al vaglio della magistratura (dato che che la “pregiudiziale comunitaria” è ritenuta rilevabile d'ufficio) per cause pendenti in cui una delle parti sia una procedura ex Legge Prodi.

Come detto, è soluzione “politica”, perché alla luce di quanto sin qui considerato, anche se la Commissione²³ non ha previsto per lo Stato italiano l'obbligo di recuperare dalle amministrazioni straordinarie gli aiuti effettivamente percepiti, nessuna norma può oggi mettere le “Gestioni liquidatorie” al riparo da domande di accertamento della radicale nullità sia della pro-

cedura precedente, sia degli atti compiuti dai Commissari Straordinari, né prevenire o precludere le conseguenti domande di restituzione di quanto percepito.

Qualunque giudice potrebbe infatti disapplicare sia le norme della Prodi che quelle successive che in qualsiasi modo ne stabiliscono la sopravvivenza, intesa come persistenza diretta ovvero come mera sopravvivenza degli effetti prodotti.

In ogni caso, la disposizione pare chiaramente diretta ad evitare che le procedure siano ritenute assolutamente inesistenti o comunque nulle²⁴: come accennato, non è detto che tale risultato possa essere effettivamente conseguito.

Nello stesso senso depone la previsione che il Commissario Liquidatore *subentra* nei giudizi pendenti in luogo del Commissario Straordinario.

Viceversa non può che destare sorpresa e perplessità la previsione che *“continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all'art.106 comma 1 del DL 270/1999”*.

Sorpresa, perché appare in assoluto ed insanabile contrasto con le pronunzie comunitarie, oltre ad essere previsione inutile visto che le norme della Legge Prodi devono essere in ogni caso disapplicate.

Perplessità perché – non riuscendo a individuare una diversa interpretazione – sembra solo destinata a restituire interesse al rinvio pregiudiziale operato dal tribunale di Catania in tema di applicabilità del predetto 106 comma 1 (in relazione al quale – alla luce del provvedimento della Commissione – si era ragionevolmente sostenuta la cessazione della materia del contendere).

Pur ritenendosi che il legislatore nazionale disponga di un congruo margine per regolare gli effetti derivanti dai provvedimenti assunti in ambito comunitario e da cui derivano obblighi di conformazione dell'ordinamento interno, non si può nascondere che tale disposizione rappresenti una chiara (e, come chiarito, gratuita) violazione delle prescrizioni comunitarie, suscettibile – per di più - di prestarsi quale agevole (ma resistibile) supporto alle interpretazioni “riduzioniste” delle censure comunitarie nei confronti del Regime della Legge Prodi.

In definitiva, il legislatore si è preoccupato di sottrarre la procedura ai suoi potenziali carnefici, trasformandola in un soggetto nuovo, cui si applichino per il futuro norme al di sopra di ogni sospetto²⁵, assumendo una scelta poco evidente ma inequivocabile di trasformazione e prosecuzione della precedente procedura, di cui si tenta una salvaguardia assai discutibile.

Altrettanto significativa la scelta di adottare una soluzione-stralcio delle procedure, le quali – almeno in minima parte, almeno astrattamente – potevano essere assoggettate (o quanto meno dichiarate assoggettabili previa verifica della risanabilità) alla nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria.

Da un lato si è chiaramente preferito mantenere in ambito strettamente amministrativo le procedure, ricorrendo al corpus normativo più prossimo ed al quale già ampiamente attingeva per richiamo la Legge Prodi, ed accennando anche ad una possibile concentrazione nella gestione²⁶, dall'altra parte ha evidentemente pesato la consapevolezza che per tutte le procedure pendenti già da diversi anni, non vi è alcuna possibilità di addivenire ad un risanamento e che non resta che sancire quella che ai più è apparsa da tempo una condizione di identità tra ammi-

24 escludendosi quindi per l'effetto la possibilità di assoggettare a revocatoria pressoché automatica – visto che la sentenza che ha accertato lo stato di insolvenza è a conoscenza di tutti i soggetti percipienti - tutti i pagamenti eseguiti nel corso degli ultimi due anni della procedura.

Cavalaglio, *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2003, 237 e segg., in part. 242.

25 quanto meno per il momento, non mancando voci favorevoli ad una eliminazione tout court dal nostro ordinamento delle procedure “amministrative”: v. da ultimo

26 è noto come ad un certo punto il Ministero avesse anche ipotizzato di concentrare all'interno della struttura amministrativa la gestione diretta delle procedure creando una task force alla diretta dipendenza del Ministro.

23 sulla base della considerazione benevola di aver essa stessa in precedenza ingenerato il dubbio circa la natura di aiuto preesistente della Legge Prodi

nistrazione straordinaria “liquidatoria” e liquidazione coatta amministrativa vera e propria.

Nondimeno, la conversione prevista dalla norma potrebbe trovare degli ostacoli in una preventiva dichiarazione di fallimento (si pensi se, nelle more di promulgazione della legge che ne occupa, il Tribunale di Trieste abbia dato seguito alla pronuncia sopra esaminata, dichiarando il fallimento dell’impresa), in quanto trattandosi di soggetti per i quali non opera una riserva di l.c.a. (altrimenti non sarebbero stati *ab initio* soggetti alla Legge Prodi), vi è concorrenza tra fallimento e l.c.a. ai sensi dell’art.196 l. fallim., con l’ulteriore conseguenza che la dichiarazione di fallimento **preclude** l’assoggettamento a l.c.a.

Infine, la previsione del subentro del Commissario liquidatore in luogo del Commissario straordinario nei giudizi pendenti appare disposizione del tutto inutile: alla luce della vigente disciplina di rito la sottoposizione a concorso collettivo è causa legittima di interruzione del procedimento, che dovrà essere proseguito dal nuovo organo o nei suoi confronti, restando nella esclusiva disponibilità del difensore del soggetto nei confronti del quale si è prodotto l’evento (con norma sottoposta a ripetute censure, a causa delle distorsioni che può determinare), di compierne formale deduzione affinché il Giudice disponga l’interruzione del processo.

Non sembra che nell’ipotesi in esame ci si possa discostare dall’applicazione di tale principio, dovendosi escludere che la norma in esame introduca una qualche novità nella disciplina.

Non a caso, infatti, la norma sembra ancora una volta echeggiare l’omologa disposizione della legge fallimentare (l’art.43), anche se è probabile che il modello del legislatore sia stata piuttosto la recente disposizione di cui all’art.34 del DL 270/1999, che regola la legittimazione processuale nel caso in cui al Commissario Giudiziale subentri il Commissario Straordinario (nel caso di approvazione del programma di risanamento e di apertura della fase “amministrativa” della procedura) ovvero il Curatore (nel caso in cui sia dichiarato il fallimento per mancanza delle condizioni che consentano il risanamento dell’impresa).

Tuttavia, tale ultima disposizione è dettata per la speciale ipotesi della legittimazione relativa al giudizio di opposizione avverso la sentenza dichiarativa dello stato di insolvenza e trova (parziale) giustificazione, laddove si tratti di regolare (almeno nella prima ipotesi) una successione di soggetti alla conduzione della medesima procedura, la quale è articolata secondo una struttura bifasica.

Nella norma in esame, invece, tale esigenza non è in alcun modo presente, di talché si deve concludere che, anche in questa circostanza, si è introdotta una norma sostanzialmente inutile, con tecnica legislativa piuttosto discutibile.

6. L’applicazione della disciplina della LC.A.

La natura parzialmente derivata della Legge Prodi dalla liquidazione coatta amministrativa dovrebbe agevolare – nelle intenzioni del legislatore – la conversione delle procedure.

In realtà, il nostro ordinamento prevede molteplici forme di liquidazioni coatte amministrative, tutte e ciascuna disciplinate dalle rispettive leggi speciali (assicurazioni, istituti di credito, fiduciarie e SIM, cooperative): nel caso in esame ci troviamo di fronte ad una ipotesi di liquidazione coatta amministrativa “pura”, cui dovrebbero invece applicarsi le sole norme della legge fallimentare.

E la circostanza non deve sorprendere, perché in realtà ci troviamo di fronte alla singolare ipotesi di imprese che sarebbero state per definizione, originariamente ed in via esclusiva destinate al *fallimento*, se non fosse prima intervenuta la Legge Prodi e poi la disciplina di cui all’art.7 della l.273/2002.

La fase di accertamento dello stato di insolvenza non pone alcun problema di coordinamento, dato che nell’amministrazione straordinaria disciplinata dalla Legge Prodi aveva le

medesime formalità procedurali, la stessa natura e gli stessi effetti della omologa ipotesi di accertamento preventivo ex art.195 legge fallimentare dell’insolvenza nella L.C.A. (la quale – a differenza della Legge Prodi – contempla anche l’ipotesi di accertamento successivo all’apertura della procedura, art.202 l. fallim), restando in questa sede irrilevante che per la l.c.a. si tratta di un passaggio facoltativo e sovente successivo (potendo l’impresa essere espunta dal mercato per ragioni anche diverse dall’insolvenza), mentre nella Legge Prodi costituiva un passaggio prodromico ed essenziale all’apertura della procedura.

Immutata è parimenti la disciplina della formazione dello stato passivo, sia in via amministrativa che per quanto riguarda i rimedi giurisdizionali.

Anche in tale circostanza, l’opzione verso la forma amministrativa “pura” ha portato ad una riserva di accertamento officioso in sede extra-giudiziale e ciò nonostante che la nuova disciplina della amministrazione straordinaria abbia riportato in sede giurisdizionale (art.53 DL 270/1999) la verifica dei crediti, richiamando le norme in vigore per il fallimento.

Tale opzione, se può dirsi senz’altro irrilevante per le procedure risalenti, nelle quali lo stato passivo è stato già depositato, non può dirsi altrettanto ed appieno giustificata per le procedure più recenti, per le quali non sia ancora stato compiuto il relativo incumbente.

Peraltro, la disciplina della forma officiosa di accertamento dello stato passivo presenta ancora alcune (marginali ma significative) zona d’ombra per le ipotesi di omesso esame da parte del Commissario e di proposizione in via tardiva di parte o di accessorio di un credito già esaminato ed ammesso.

Tali problematiche, pur minori, sono tuttavia il segnale di un incompleto approfondimento del tema dell’accertamento officioso (spesso troppo frettolosamente accomunato o tenuto distinto, per quanto attiene agli effetti, all’accertamento svolto in sede fallimentare) e la mera perpetuazione di una disciplina meritevole di ripensamento (anche al solo fine di chiarire i punti oscuri) non può trovare l’incondizionato consenso sia degli interpreti che degli operatori.

Per quanto attiene agli organi della procedura, la cessazione del Commissario straordinario, comporta anche l’automatica decadenza del Comitato di sorveglianza, che dovrà essere nominato ex novo, alla luce dell’art.198 legge fallim., tenendo conto delle mutate esigenze della procedura.

La Vigilanza è sempre attribuita al dicastero delle Attività Produttive – che con la sua creazione aveva già determinato l’accorpamento delle funzioni di vigilanza prima attribuite separatamente ai dicasteri dell’Industria (lca delle assicurazioni e Prodi) e del Lavoro (lca di cooperative e consorzi).

I poteri del Commissario liquidatore sono sostanzialmente invariati rispetto a quelli del Commissario straordinario, anche perché l’amministrazione straordinaria mutuava la propria disciplina, anche in *subiecta materia*, dalla liquidazione coatta amministrativa, così come identici e quindi immutati appaiono i rimedi avverso i provvedimenti dei Commissari, soggetti al sindacato giurisdizionale avanti al Giudice amministrativo.

Nel passaggio alla disciplina della lca, non si può peraltro escludere che vi sia la possibilità di disporre la prosecuzione dell’esercizio dell’attività d’impresa, ai sensi dell’art.206 legge fallimentare.

A tal proposito non apparirà superfluo osservare come, a differenza dell’art.90 legge fallimentare (che per il fallimento prevede la restrittiva condizione “quando dall’interruzione improvvisa può derivare un danno grave ed irreparabile”), l’art.206 legge fallimentare non prevede condizioni per l’esercizio provvisorio o temporaneo dell’attività.

Questo apparente difetto della norma ha in realtà un duplice ordine di motivi: da un lato

si rimette la disciplina alle leggi speciali, variando sensibilmente le esigenze in relazione al settore imprenditoriale ed alla tipologia del soggetto. D'altra parte, la LCA può essere disposta per ragioni del tutto estranee all'insolvenza e quindi potrebbe non avere senso interrompere senz'altro l'attività d'impresa se questa può essere utilmente proseguita in vista di un trasferimento ad altro imprenditore.

Da quanto sopra consegue che la diretta ed esclusiva applicabilità dell'art.206 legge fallim. potrebbe consentire una prosecuzione a maglie più larghe, sia rispetto alle ipotesi di fallimento delle stesse imprese, sia rispetto alle ipotesi di lca soggetta a normativa speciale, sia alle ipotesi previste dalla nuova disciplina della Amministrazione straordinaria.

In tale situazione potrebbe pertanto giungersi al paradossale risultato (che poteva invece ritenersi scontato) che si perpetui la tanto deprecata prosecuzione abituale dell'esercizio dell'impresa, ritenuto uno degli elementi di maggiore scandalo o almeno quello intorno al quale ruotava l'intero sistema della Legge Prodi²⁷.

Dulcis in fundo (o, *in cauda venenum*), si ritorna al *casus belli*, costituito dalla proponibilità delle azioni revocatorie.

Seppure astrattamente proponibili, sembrano incontrare una complessa serie di ostacoli, in relazione a tre distinte ipotesi.

La prima attiene alla proposizione dell'azione *ex novo*. La domanda appare astrattamente proponibile, nei limiti in cui non sia ancora intervenuta la prescrizione, tenuto conto che il termine dovrebbe correre dalla nomina del Commissario straordinario.

Se non che, viene appieno a riproporsi proprio per tale ipotesi la questione irrisolta del termine di decorrenza della prescrizione per la lca (su cui si segnalano le coeve e contrapposte pronunce delle Corti d'appello di Milano e Torino²⁸ e si attende una parola risolutiva dalla Suprema Corte). Potrebbe infatti da un lato sostenersi che il termine venga a decorrere dalla nomina del nuovo Commissario liquidatore e non decorra quindi dalla originaria nomina del Commissario straordinario, con una ipotesi singolare di remissione in termini anche per diritti apparentemente quesiti. D'altra parte, il nuovo Commissario liquidatore (ed i creditori) potrebbero obiettare come apparirebbe iniquo far decorrere il termine dalla nomina dell'originario Commissario straordinario.

D'altra parte, sebbene la norma oggetto della presente trattazione abbia fatto davvero di tutto per evitarlo, non si può escludere che qualche interprete ritenga assoggettabile a revocatoria tutti i pagamenti compiuti anche dai Commissari straordinari.

In tale seconda ipotesi, tuttavia, essendo l'iniziativa rimessa all'iniziativa del nuovo Commissario Liquidatore, è possibile che resti mera enunciazione teorica e scientifica, priva di concreto seguito (tenuto conto che le iniziative di tale rilievo non avvengono mai in assenza di concerto o istruzioni con la Vigilanza, anche solo sul piano informale ed è ovviamente da escludere che dal Ministero possa provenire una simile indicazione).

Infine, le revocatorie promosse dai Commissari Straordinari e proseguite dai nuovi

Commissari Liquidatori.

Da un lato, la conversione della procedura dovrebbe (salvo indebite persistenze dell'impresa sul mercato) porre definitivamente nel solco "liquidatorio" le procedure, facendo venir meno la "pregiudiziale comunitaria" in tema di illegittimità degli aiuti di Stato. In tal senso si sono già schierate (e ritengo che si possano ancora schierare) quei Giudici di merito (Bari) che la hanno ritenuta una questione la cui sussistenza deve essere valutata al momento della decisione di merito.

D'altra parte, le azioni erano state proposte in condizioni di illegittimità, da una procedura che si avvaleva, in violazione delle norme comunitarie, di strumenti non disponibili per le altre imprese operanti sullo stesso mercato e proprio il recupero forzoso mediante revocatoria costituiva una delle più evidenti distorsioni della libera concorrenza in danno degli altri imprenditori.

Come detto, se una revocatoria fosse stata giudicata prima dell'intervento dell'art.7 della legge 273/2002, non poteva – alla luce della definitiva qualificazione della Legge Prodi come aiuto di stato nuovo e non notificato – che discenderne la disapplicazione e la riezione della domanda proposta dal Commissario Straordinario.

Poiché le norme sopravvenute - sia l'art.106 del DL 270/1999, sia l'art.7 della legge 273/2002 - non hanno la possibilità di sanare tale originario vizio, le azioni revocatorie già promosse, in qualunque stato e grado si trovino (con l'eccezione dunque dei soli giudicati eventualmente formati), dovranno essere rigettate per inapplicabilità della norma che consente al Commissario Straordinario di agire in revocatoria fallimentare.

E tale declaratoria, rappresentando in ogni caso pronuncia di merito, dovrebbe ragionevolmente precludere ai nuovi Commissari Liquidatori la riproposizione della domanda, pur alla luce della mutata posizione della procedura.

Tuttavia, proprio la qualificazione di questione di merito, fa (prudentemente) propendere chi scrive per la tesi che ne afferma la rilevanza in sede di decisione, dovendosi in tale momento valutare se la norma sia applicabile (e restando quindi irrilevante se la norma in precedenza dovesse essere disapplicata).

Né si può sottovalutare che tale risultato appare chiaro obiettivo del legislatore, che – pur ricorrendo a formule ed espressioni poco felici - sicuramente non avrebbe desiderato ricevere la (ulteriore) critica di aver chiarito finalmente la natura "liquidatoria" della procedura, ma averla al contempo privata di uno dei principali strumenti della ricostituzione del patrimonio dell'impresa e della par condicio creditorum.

7. Conclusioni

La normativa dell'art.7 della legge 273/2002 si segnala dunque per un assai modesto livello di consapevolezza delle complesse problematiche anche teoriche che hanno portato all'adozione dei provvedimenti comunitari e, pur sforzandosi di apparire minimalista e votata alla definizione degli aspetti pratici, si rivela iperattiva nello sforzo (tanto vano quanto criticabile) di salvaguardare il più possibile le cessande procedure, laddove sarebbe potuto intervenire con maggiore precisione su aspetti transitori e di raccordo delle normative.

²⁷ In base alla quale prima ed in ogni caso si aveva la prosecuzione dell'attività e solo successivamente si predisponeva il piano di risanamento – cfr. De Vescovi, cit.1118.

²⁸ CORTE APPELLO TORINO - sent.28 maggio 2001 n.656 - Pres. Rel. Gamba - Coop. Agricola Piemonte Polli in lca c/ Banca CRT spa e CORTE APPELLO MILANO - Sent. (non defn.)1362/2001 - Pres. Miccinelli - Rel. Priolo - cons. Agrario interprovinciale Como e Sondrio in lca c/ Banca Monte dei Paschi di Siena spa entrambe su Diritto e pratica delle società, 2002; per la prima il termine quinquennale di prescrizione per la proposizione da parte del Commissario liquidatore

delle azioni revocatorie fallimentari ex art.67 decorre dalla data del decreto di sottoposizione dell'impresa alla procedura concorsuale e di contestuale nomina degli organi della procedura e non già dalla data di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, anche qualora tale accertamento avvenga successivamente; per la seconda il termine quinquennale di prescrizione per la proposizione da parte del Commissario liquidatore delle azioni revocatorie fallimentari ex art.67 decorre non già dalla data del decreto di sottoposizione dell'impresa alla procedura concorsuale e di contestuale nomina degli organi della procedura, bensì dalla data di accertamento giudiziale dello stato di insolvenza, qualora tale accertamento avvenga successivamente.

Avv.
Luciano TAMBURRO

Mobbing e cenni di tutela ordinaria e cautelare*

Cenni di legislazione internazionale - "L'inadeguatezza degli attuali strumenti normativi nazionali"

Il termine "mobbing", sotto il profilo lessicale, appartiene al linguaggio giuslavoristico ed anche alla pratica giudiziaria quale anglicismo di uso comune.

Di derivazione inglese ("to mob" significa "assalire o aggredire in gruppo", laddove "mob", come sostantivo, qualifica la "marmaglia", o anche la "banda criminale") l'espressione¹ è stata utilizzata per la prima volta dall'etologo Konrad Lorenz² e, successivamente, ripresa negli studi di Heinz Leymann³, Harald Ege⁴, Tim Field⁵ e Marie France Hirigoyen⁶, - per citare gli autori più noti - per definire il fenomeno, osservato in natura quale tipo di comportamento animale, dell'attacco concentrico e simultaneo di più esseri contro un altro, al fine di isolare quest'ultimo ed allontanarlo dal gruppo, o dal territorio cui appartiene.

* Sintesi della relazione presentata dall'Avv. Luciano Tamburro al Convegno del 20-21 gennaio 2004, tenutosi presso l'Aula Magna del Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR) di Roma sul tema: Mobbing, Job Harassment, Harcelement Moral - Strategie di intervento e tecniche di prevenzione nel panorama economico e sociale europeo]

¹ Non esiste sul piano internazionale una definizione del "Mobbing" univocamente recepita ed accettata per qualificare la violenza psicologica sul luogo di lavoro. Il termine è fungibile con altri che definiscono comportamenti vessatori che un soggetto assume nei confronti di altri soggetti più deboli. La terminologia più diffusa consta delle seguenti espressioni: "Bosning": (o mobbing verticale) indica le pressioni psicologiche esercitate dall'azienda e dai preposti di essa nei confronti di uno o più dipendenti, sovente al fine di ottenerne le dimissioni o l'accettazione di una dequalificazione. E', in sintesi, una azione persecutoria utilizzata quale strumento attuativo di una politica di organizzazione o di riorganizzazione aziendale finalizzata alla riduzione del personale, o all'esclusione dei lavoratori "scomodi". "Bullying" (bullismo) indica le forme di terrorismo psicologico esercitate non solo nel luogo di lavoro, ma anche in casa, in scuola, nelle caserme, nelle carceri e che si sostanzia in atti di prevaricazione e di prepotenza tra soggetti, non necessariamente tra loro in relazione di supremazia gerarchica. Specifiche norme repressive del fenomeno sono state emesse nei paesi scandinavi (Svezia, Norvegia, Finlandia e Danimarca), nonché negli Stati Uniti ed in Australia. "job harassment" (molestia sessuale). Indica le forme di pressione psicologica a connotazione o sfondo sessuale. "harcelement moral": espressione introdotta dalla studiosa Marie-France Hirigoyen per definire episodi di molestia sessuale o di discriminazione sul luogo di lavoro, ai danni di soggetti in posizione di debolezza. E' attualmente recepita dalla legge francese 17/1/02 sulla Modernizzazione Sociale. CWHCA (acronimo di "Chronic Workplace Hostilities and Corporeale Aggressione") sta ad indicare il complesso delle forme di ostilità cronica sul lavoro e l'aggressione psicologica esercitata strategicamente dal datore di lavoro.

² Psicologo tedesco di notevole fama, autore dei principali studi sul "mobbing" tra cui "Mobbing and Psychological Terror at workplaces" in Violence and Victims 1990 vol. 5 n. 2, "The content and development of mobbing at work", in European Journal of work and organizational psychology 1996 n. 5.

³ L'autore formula le seguenti definizioni: "Il terrore psicologico o mobbing lavorativo consiste in una comunicazione ostile e non etica diretta in maniera sistematica da parte di uno o più individui generalmente contro un singolo che, a causa del mobbing, è spinto in una posizione in cui è privo di appoggio e di difesa e il costretto per mezzo di continue attività mobbizzanti. Queste azioni si verificano con una frequenza piuttosto alta (almeno una alla settimana) e su un lungo periodo di tempo (per una durata di almeno sei mesi)".

⁴ L'autore formula le seguenti definizioni: "Con la parola mobbing s'intende una forma di terrore psicologico sul posto di lavoro, esercitata attraverso comportamenti aggressivi e vessatori ripetuti, da parte di colleghi o superiori".

⁵ L'autore formula le seguenti definizioni: "Il bullying è la manifestazione di una inadeguatezza (sociale, personale, relazionale, comportamentale, professionale) proiettata sugli altri attraverso il controllo, la sopraffazione, il biasimo, l'isolamento ecc. Il bullying viene alimentato dal rifiuto di ammettere la responsabilità (respingere le accuse, contro-accusare, atteggiarsi a vittima) e perpetuato in un clima di paura, ignoranza, silenzio, rifiuto, incredulità, omertà, occultamento e gratificazione (ad es. promozioni) per il colpevole".

⁶ L'autrice formula le seguenti definizioni: "Il mobbing si definisce come comportamento abusivo (gesti, parole, comportamento, atteggiamento ...) che minaccia, con la sua ripetizione o la sua sistematizzazione, la dignità o l'integrità psichica o fisica di una persona, mettendo in pericolo il suo posto di lavoro o degradando il clima di lavoro".

Per usare le prime definizioni desumibili dalla giurisprudenza giuslavoristica italiana, l'espressione mobbing configura "quel comportamento reiterato nel tempo da parte di una o più persone, colleghi o superiori della vittima, teso a respingere dal contesto lavorativo il soggetto mobbizzato, che, a causa di tale comportamento subisce conseguenze negative anche di ordine fisico".

"Esso deve individuarsi in base ai requisiti richiesti dalla psicologia del lavoro nazionale ed internazionale" (così Trib. Forlì 15/3/01 in "Il lavoro nella giurisprudenza" 2002/73).

"Il mobbing aziendale è collettivo e comprende l'insieme di atti, ciascuno dei quali è formalmente legittimo ed apparentemente inoffensivo".

"Sotto l'aspetto soggettivo il mobbing deve contenere il dolo nell'accezione di volontà di nuocere, infastidire, o svilire un compagno di lavoro".

"La fattispecie è, inoltre, caratterizzata dal dolo specifico volto all'allontanamento del mobbizzato dalla impresa" (così Trib. Como 22/5/01 in Orient. Giur. Lav. 2001/1/277, con nota di Quaranta)⁷.

Le definizioni della giurisprudenza sovengono al difetto di una normativa nazionale che qualifichi il fenomeno e ne preveda l'apparato sanzionatorio.

Sul piano normativo, invece, misure specifiche di tutela risultano adottate da tempo in numerose nazioni europee⁸.

In Svezia la tutela contro la violenza morale sul posto di lavoro è stata promulgata con l'ordinanza AFS 1993/17 del 21/9/93, emanata dall'Ente Nazionale per la Salute e la Sicurezza, diretta a precludere "ricorrenti azioni riprovevoli o chiaramente ostili, intraprese nei confronti dei singoli lavoratori in modo offensivo, tali da determinare il loro allontanamento dalla collettività che opera nei luoghi di lavoro". In particolare, l'ordinanza prevede taluni obblighi specifici a carico dei datori di lavoro, segnatamente in funzione preventiva del fenomeno, configurando, così, per l'impresa, un codice comportamentale delle relazioni industriali.

I datori di lavoro sono tenuti ad organizzare il lavoro in modo da prevenire le forme di persecuzione morale, ad informare i lavoratori, attraverso forme chiare e non equivocabili, che eventuali persecuzioni non saranno tollerate; a stabilire procedure idonee ad individuare anche i sintomi di tali fenomeni ed ad impedirli, così come, nell'ipotesi di verifica di essi, ad adottare immediatamente le necessarie contromisure volte ad individuare le carenze organizzative causa del fenomeno ed a prevedere forme specifiche di aiuto per le vittime del mobbing. Norme di fonte legislativa sono state promulgate, invece, dalla Norvegia con la legge 24/6/94 n. 1 che così dispone: "I lavoratori non devono essere esposti a molestie o ad altri comportamenti sconvenienti (...)".

In precedenza la tutela era assicurata da interventi giurisprudenziali⁹.

⁷ Sul piano definitorio sussistono numerose pronunce che configurano il "mobbing" quale sopruso diretto ad isolare e svilire, sul piano della dignità, un lavoratore. Le sentenze di merito recepiscono, in premessa, la definizione del fenomeno quale presupposto del sillogismo decisorio della condanna, inflitta al datore di lavoro per i danni cagionati al dipendente in conseguenza di tale comportamento: ex plurimis Trib. Torino 30/12/99 in Danno e responsabilità 2000/406; Trib. Torino 11/12/99 in Foro it. 2000/1/1555 con nota di De Angelis; Trib. Milano 16/11/2000 in Orient. Giur. Lav. 2000/1/962; Trib. Milano 20/5/2000 Resp. Civ. e Prev. 2001/673; Trib. Forlì 15/3/2001 in Riv. It. Dir. Lavoro 2002/1/1521 con nota di Pargigliani; Trib. Como 22/5/01 cit.; Trib. Pisa 10/4/02; Trib. Milano 11/2/02 in Il lavoro nella giur. 2002/1112; Trib. Torino 21/3/03; in sede di legittimità: Cass. 2/5/2000 n. 5491.

⁸ Per un quadro completo dello stato della legislazione internazionale sul mobbing è rilevante lo studio di Luisa Lerda "Orientamenti di diritto Europeo in tema di Mobbing - L'influsso nell'ordinamento italiano" nel sito <http://www.ergaomnes.net/tesi/documenti/main.asp>, nonché, della stessa autrice, "La tutela giuridica del mobbing in alcuni paesi europei, negli Stati Uniti e in Australia".

⁹ La sentenza della Suprema Corte Norvegese del 27/5/93 definisce il mobbing "fenomeno che concentra tutte le modalità di molestia, tormenti, emarginazioni, tendenze ad infastidire e dileggiare in modo offensivo e umiliante, che si protraggono continuativamente per un certo tempo". Nella specie la condanna risarcitoria conseguentemente inflitta per il danno psicologico subito dal lavoratore discendeva dalla applicazione dei principi di responsabilità personale (dolo o colpa) e di determinazione dell'evento lesivo.

Nel diritto austriaco sussiste esplicito richiamo al mobbing nel "Piano di azione per la parità uomo-donna", approvato il 16/5/98, laddove dispone che "tra i comportamenti che ledono la dignità della donna e degli uomini nel luogo di lavoro vanno annoverati, in particolare, le espressioni denigratorie, il **mobbing** e le molestie sessuali".

In Germania il principio fondamentale della tutela è stabilito, sul piano generale, dagli artt. 1, 2 e 3 della Costituzione, che garantiscono, in sintesi, il rispetto della dignità personale, lo sviluppo della persona e l'eguaglianza.

L'art. 618 del Codice Civile del 1896, prevede che "il creditore ha l'obbligo di predisporre le condizioni affinché il debitore sia protetto contro i pericoli per la vita e la salute nella misura in cui lo consente la misura della prestazione". Di recente il principio risulta, poi, più specificamente recepito con l'approvazione dell' "Arbeits Schutzgesetz" del 7/6/96 che affronta le problematiche del mobbing sotto il profilo indiretto del contrasto verso i difetti di organizzazione del lavoro e le carenze dei rapporti aziendali, che possono sfociare in danni alla salute e, quindi, essere anche configurati dal mobbing.

La normativa in parola è ricettiva, nell'ordinamento tedesco, della direttiva CEE 1989/391 (in Italia attuata attraverso il D.leg.vo 626/94) concernente l'applicazione delle misure dirette al miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori sul luogo di lavoro.

La tutela specifica contro il mobbing è assicurata dal "Betriebsverfassungsgesetz" del 23/12/88 (in acronimo Betr.V.G.) che agli artt. 75 e 80 dispone l'obbligo per il datore di lavoro di tutelare e promuovere la libera espressione della personalità dei dipendenti nell'azienda, verificandone l'effettività anche attraverso colloqui mensili con il consiglio di azienda e, per quest'ultimo, il compito di proporre al datore di lavoro le relative misure che esso è tenuto ad adottare.

L'art. 104 del Betr.V.G. prevede che il Consiglio di Azienda possa pretendere l'allontanamento o il licenziamento del lavoratore che abbia volontariamente e ripetutamente assunto comportamenti di turbativa dell'ambiente di lavoro. Si tratta, in sintesi, di norma idonea alla prevenzione anche del "mobbing orizzontale". Sussiste, altresì, una articolata tutela penale, che reprime i comportamenti vessatori, quando configurano le fattispecie delle lesioni, dell'ingiuria o della diffamazione. In Svizzera, pur difettando una normativa specifica, la tutela del lavoratore è assicurata attraverso l'applicazione di principi generali previsti dal codice delle obbligazioni e dalla legge federale sulla parità uomo-donna.

Nel sistema inglese la tutela contro il mobbing, definito "bullying at work" (tiraneggiamento sul lavoro) è assicurata dal "Protection from Harassment Act" del 21/3/97 laddove all'art. 1) stabilisce che "una persona non deve porre in essere una condotta che possa risultare molesta nei confronti di un'altra persona e di cui egli conosca o debba conoscere il carattere molesto".

Alla stregua del noto pragmatismo inglese, non è necessario, nella specie, che la condotta (la quale, comunque, deve essere ripetuta per almeno due volte) sia conseguenza di un dolo specifico, finalizzato a ledere la salute psichica della vittima, essendo sufficiente, a configurare l'illecito, il fatto che l'agente abbia conoscenza, o ragionevole presunzione di conoscenza, della molestia arrecata alla vittima. La violazione è penalmente sanzionata con la reclusione fino a sei mesi o con una multa, nonché con l'intimazione del Giudice di cessare ogni futura attività vessatoria, sotto pena dell'aumento della condanna.

Indipendentemente dalla condanna la Corte può, in ogni caso, emettere un "protection order" a tutela della vittima, sottoponendo l'imputato a misure di sicurezza, tramite una serie di proibizioni e divieti.

Assai interessante, per l'attenzione rivolta anche dagli studiosi e da taluni settori pubblici italiani, è la normativa francese conseguente alla definitiva approvazione, in data 17/1/02,

della legge 2002/73 sulla Modernizzazione Sociale ("Loi de modernisation Sociale") che consente allo Stato di contrastare il fenomeno del mobbing (definito "harcèlement moral") con uno strumento legislativo specifico¹⁰.

Nel suo testo definitivo, promulgato dall'assemblea nazionale, dopo un lungo rimpallo tra Camera e Senato Francese, indice della resistenza di potenti ambienti di pressione economica ed industriale verso l'introduzione di tale disciplina, l' "harcèlement moral" risulta così di seguito definito, alla stregua dell'introduzione dell'art. 122.49 nel Code du Travail: "nessun lavoratore deve subire atti ripetuti di molestia morale che hanno per oggetto o per effetto un degrado delle condizioni di lavoro suscettibili di ledere i diritti e la dignità del lavoratore, di alterare la sua salute fisica o mentale o di compromettere il suo avvenire professionale".

"Nessun lavoratore può essere sanzionato, licenziato o essere oggetto di misure discriminatorie, dirette o indirette, in particolare modo in materia di remunerazione, di formazione, di riclassificazione, di qualificazione o classificazione, di promozione professionale, di mutamento o rinnovazione del contratto per aver subito o rifiutato di subire comportamenti definiti nel comma precedente o per aver testimoniato su tali comportamenti o averli riferiti".

"Tutte le risoluzioni del contratto di lavoro che ne siano conseguenza, tutte le disposizioni o tutti gli atti contrari sono nulli di diritto" ¹¹.

La legge reprime, pertanto, sia il mobbing orizzontale che quello verticale (bossing). Sul piano sostanziale la disposizione prevede la nullità di diritto degli atti modificativi "in peius" della posizione professionale del dipendente (luogo di lavoro e condizioni, qualifica, mansioni, remunerazione), nonché degli atti risolutivi del rapporto (licenziamento o dimissioni) e delle eventuali sanzioni conservative.

Sul piano processuale, la tutela è rafforzata dalla introduzione di un meccanismo di inversione dell'onere probatorio.

Compete al lavoratore, nella parte assertiva dell'atto introduttivo del giudizio, esporre i fatti rappresentativi, anche sul piano presuntivo, della molestia lamentata, ponendo, così, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare l'inesistenza della molestia e la legittimità dei comportamenti adottati¹².

Tale aspetto procedurale ha costituito oggetto di forti reazioni da parte di movimenti di opinione tradizionalmente collegati alla Confindustria francese, il che ha portato il legislatore a temperare il rigore di tale disposto normativo con la modifica legislativa del 3/2/2003 (la c.d. Loi "Fillon", dal nome del relatore) che introduce a carico del ricorrente, oltre all'onere assertivo, già sancito, anche quello di dimostrazione dei fatti rappresentativi dell' "harcèlement", fermo restando l'obbligo del convenuto di dimostrare la legittimità dei comportamenti adottati, ossia che essi "non costituiscano violenza psicologica e che le decisioni sono giustificate da elementi obiettivi estranei alla violenza psicologica".

10 E' significativo che l'INAIL, si sia riferito alla definizione della legge francese per qualificare il fenomeno del mobbing, come risulta dalla relazione del Prof. Giuseppe Cimaglia resa al Seminario del 10/10/03 in Roma "La tutela del mobbing quali strumenti sul piano medico legale e assistenziale".

11 Il testo originale della disposizione così sancisce: "Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel. Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de

classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement du contrat pour avoir subi, ou refusé de subir, les agissements définis à l'alinéa précédent ou pour avoir témoigné de tels agissements ou les avoir relatés. Toute rupture du contrat de travail qui en résulterait, toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit".

12 La legge sull' "harcèlement moral" del gennaio 2002, ha favorito, in Francia, la proliferazione di giudizi contro gli "harcèleurs". In dottrina è stata criticata l'ampiezza della portata normativa della previsione dell'art. 122.49 "del Code du Travail". Una approfondita indagine anche statistica sul fenomeno è riportata dal "Le Figaro" del 22/9/03, ove risulta che almeno il 10% degli occupati è sottoposto ad atti di "harcèlement moral".

La legge ha previsto l'introduzione nel codice penale dell'art. 222-33-2, che sanziona con la pena della reclusione fino ad un anno, o della multa fino a 15.000,00, "il fatto di molestare gli altri attraverso comportamenti ripetuti, aventi per oggetto o per effetto una degradazione delle condizioni di lavoro suscettibili di ledere i diritti (del lavoratore) e la sua dignità, di alterare la sua salute fisica o mentale, o di compromettere il suo avvenire professionale".

Prima dell'emanazione di tale specifica regolamentazione le Corti Francesi¹³, sul piano processuale, avevano affrontato le questioni di mobbing con l'utilizzazione delle norme repressive dell'"Abuse d'Autorité". Trattasi di disposizioni volte a limitare il potere di eterodeterminazione della prestazione da parte del datore di lavoro, al fine di impedire comportamenti discriminatori verso i dipendenti, per provenienza, sesso, situazione familiare, razza, religione, opinioni politiche e sindacali, stato di salute ed handicap, ovvero per impedire limitazioni ai diritti ed alla libertà individuale o collettiva del lavoratore, non giustificate dalle mansioni assegnate¹⁴. In sede europea esiste una complessa relazione sul fenomeno del mobbing della Commissione occupazione e affari sociali del Parlamento Europeo del 16/7/01 (n. 2001/2339 INI relatore Jan Andersson) cui è allegata la proposta di risoluzione che raccomanda agli Stati membri di imporre alle imprese, ai pubblici poteri, nonché alle parti sociali l'attuazione di politiche di prevenzione efficaci (...) a risolvere il problema". La risoluzione è stata approvata il 20/9/01 (A5-0283/2001).

Certo è che è sensibile l'esigenza di regolamentare il fenomeno in modo congiunto attraverso una direttiva.

In Italia, pur sussistendo una pluralità di disegni di legge per la regolamentazione nazionale delle attività di contrasto del mobbing¹⁵, il primo intervento normativo è stato rappresentato dalla legge Regione Lazio 11 luglio 2002 n. 16, che, istituendo un osservatorio ai fini della rilevazione dell'ampiezza del fenomeno ne ha reso la seguente definizione: "Ai fini della presente legge per "mobbing" s'intendono atti e comportamenti discriminatori o vessatori protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di lavoratori dipendenti, pubblici o privati, da parte di un datore di lavoro o da soggetti posti in posizione sovraordinata, ovvero da altri colleghi, e che si caratterizzano come una vera e propria forma di persecuzione psicologica o di violenza morale. Gli atti ed i comportamenti di cui al comma 1 possono consistere in: pressioni o molestie psicologiche; calunnie sistematiche; maltrattamenti verbali ed offese personali; minacce o atteggiamenti mirati ad intimidire ingiustamente o avvilire, anche in forma velata o indiretta; critiche immotivate o atteggiamenti ostili; delegittimazione dell'immagine, anche di fronte a soggetti estranei all'impresa, ente o amministrazione; esclusione o immotivata marginalizzazione dell'attività lavorativa; attribuzione di compiti esorbitanti o eccessivi, e comunque idonei a provocare seri disagi in relazione alle condizioni fisiche del lavoratore; attribuzione di compiti dequalificanti in relazione al profilo professionale posseduto; impedimento sistematico ed immotivato all'accesso a notizie ed informazioni inerenti l'ordinaria attività di lavoro; marginalizzazione immotivata del lavoratore rispetto ad iniziative formative, di riqualificazione e di aggiornamento professionale; esercizio esasperato ed eccessivo di forme di controllo nei con-

fronti del lavoratore idonee a produrre danni e disagi". Senonché tale formulazione suscitava più di un interrogativo, per l'evidente affanno del legislatore di voler ricomprendere nell'ambito definitorio il maggior numero possibile di ipotetici comportamenti attuativi della condotta mobbizzante, onde essa finiva per sussumere nella fattispecie astratta atti che già illeciti si configuravano per violazione di norme specifiche (si pensi, ad es., al caso del demansionamento, vietato dall'art. 2103 C.C., nonché alle ipotesi configuranti reato, quali le ingiurie, le minacce, la diffamazione) di talché non era dato di ravvisare quale fosse il discrimina che consentiva di rilevare quando fosse in atto una condotta vessatoria caratterizzata da quel "quid pluris" che contraddistingue il mobbing dagli altri illeciti, per così dire, già tradizionalmente sanzionati.

A ciò aggiungasi che tale normativa, coinvolgendo materie che potevano alternativamente ritenersi ricomprese nell'"ordinamento civile" (di competenza esclusiva dello Stato) ovvero nell'ambito della "tutela della salute" e "della tutela e sicurezza sul lavoro" (attribuite dalla nuova formulazione dell'art.117 Cost alla competenza concorrente di Stato e Regioni), si poneva in contrasto con il nuovo sistema di riparto legislativo fra Stato e Regioni, così come determinato a seguito della modifica del Titolo V, parte II della Costituzione.

Sul punto, la Corte Costituzionale si è pronunciata con la recente sentenza resa il 19 dicembre 2003, n° 359, dichiarando incostituzionale la predetta legge regionale sotto il profilo della violazione dell'art. 117 Cost.

Al riguardo, la Corte ha sottolineato come "il mobbing non sia fenomeno esclusivamente italiano, ignoto agli organi comunitari; va evidenziato, infatti, che gli stessi atti comunitari sopra citati portano ad escludere che esso, nei suoi aspetti generali e per quanto riguarda i principi fondamentali, possa essere oggetto di discipline territorialmente differenziate".

Senonché la Corte Costituzionale ha essa stessa individuato e definito i connotati del fenomeno "mobbing" con le seguenti parole: "E' noto che la sociologia ha mutuato il termine mobbing da una branca dell'etologia per designare un complesso fenomeno consistente in una serie di atti o comportamenti vessatori, protratti nel tempo, posti in essere nei confronti di un lavoratore da parte dei componenti del gruppo di lavoro in cui è inserito o dal suo capo, caratterizzati da un intento di persecuzione ed emarginazione finalizzato all'obiettivo primario di escludere la vittima dal gruppo. Ciò implica l'esistenza di uno o più soggetti attivi cui i suindicati comportamenti siano ascrivibili e di un soggetto passivo che di tali comportamenti sia destinatario e vittima. Per quanto concerne i soggetti attivi vengono in evidenza le condotte - commissive o, in ipotesi, omissive - che possono estrinsecarsi sia in atti giuridici veri e propri sia in semplici comportamenti materiali aventi in ogni caso, gli uni e gli altri, la duplice peculiarità di poter essere, se esaminati singolarmente, anche leciti, legittimi o irrilevanti dal punto di vista giuridico, e tuttavia di acquisire comunque rilievo quali elementi della complessiva condotta caratterizzata nel suo insieme dall'effetto e talvolta, secondo alcuni, dallo scopo di persecuzione e di emarginazione. Per quanto riguarda il soggetto passivo si pongono principalmente problemi di individuazione e valutazione delle conseguenze dei comportamenti medesimi. Tali conseguenze, secondo le attuali acquisizioni, possono essere di ordine diverso. Infatti, la serie di condotte in cui dal lato attivo si concretizza il mobbing può determinare: l'insorgenza nel destinatario di disturbi di vario tipo e, a volte, di patologie psicotiche, complessivamente indicati come sindrome da stress posttraumatico; il compimento, da parte del soggetto passivo medesimo o nei suoi confronti, di atti che portano alla cessazione del rapporto di lavoro (rispettivamente: dimissioni o licenziamento), anche indipendentemente dall'esistenza dei disturbi di tipo psicologico o medico di cui si è detto sopra; l'adozione, da parte della vittima, di altre condotte giuridicamente rilevanti, ed eventualmente illecite, come reazione alla persecuzione ed emarginazione".

In sintesi, anche per la Corte il fenomeno è connotato dagli elementi della **intenzionali-**

13 Nel sistema francese non esiste una magistratura togata specializzata nelle controversie di lavoro di primo grado. La relativa giurisdizione è devoluta a collegi denominati "Conseil de proud'hommes" (CHP), composti da giudici non professionali, paritariamente nominati tra dipendenti e datori di lavoro. Ogni "Conseil" consta di 5 sezioni, ciascuna specializzata per un settore di impiego (industria, commercio, ecc.). A capo di ogni sezione vi è un presidente ed un vice presidente alternativamente scelti tra i dipendenti o i datori di lavoro. Le sentenze rese entro il valore di 22.000 franchi (circa 7.500) non sono impugnabili. Sono appellabili dinanzi la Corte di Appello le decisioni per valore superiore.

14 Ex plurimis: Conseil de Proud'hommes (CHP) di Saint Germain en Laye del 18/11/98; ordinanza del CHP di Mont de Marsan 16/6/98; Corte di Appello di Pau 15/2/99; ordinanza del CHP di Parigi del 15/12/99 (per una rassegna sull'argomento vedi il sito <http://perso.club-internet.fr/ltextel/gauche.htm>).

15 Nella XIII legislatura, ex plurimis: Senato: disegni di legge: Tapparo ed altri n. 4265; De Luca n. 4313; Magnalbò e altri 4802; Tomassini e altri n. 4512; XIV Legislatura Senato Ripamonti n. 266; Magnalbò n. 422; Buttafarano e altri n. 924; Tofani e altri n. 986; Montagnino n.1242; Eufemi n. 1290.

tà, della frequenza e della ripetitività delle condotte mobbizzanti, o comunque, dalla permanenza degli effetti pregiudizievoli.

In sostanza, il fenomeno, in difetto di attuale codificazione nazionale, rappresenta un "legal frame work", ossia una intelaiatura al cui interno possono essere ricondotti vari comportamenti, i quali, però, devono risultare connessi tra loro sotto il profilo dell'idoneità di ledere, configurando ciò che in dottrina è qualificato come "abuso di diritto", potendo esso consistere anche in pluralità di atti apparentemente leciti, come correttamente rilevato dalla stessa Corte.

Pertanto, è lecito affermare che il mobbing, nei suoi comportamenti esteriori, si manifesta - quindi - attraverso condotte polimorfe, idonee ad interferire sul piano psicologico con la libertà e la volontà del destinatario delle medesime, ad esempio, e senza alcuna pretesa di voler, così, introdurre una casistica completa, sotto forma di dequalificazione professionale, concretizzata dall'ablazione totale o parziale dei più significativi compiti facenti parte del job mansionario del dipendente, ovvero attraverso la negazione o la compromissione dei diritti insiti nel rapporto di lavoro, mediante l'adozione di trasferimenti, mutamenti di mansioni, dinieghi di permessi, riposi e ferie, sottoposizione a controlli rigorosi ed esasperanti sulle modalità di espletamento delle prestazioni, ovvero mediante l'assegnazione ad esso di mansioni eccedenti, per quantità o qualità, la ragionevole capacità di relativo espletamento da parte del medesimo, attraverso l'esclusione immotivata da corsi di aggiornamento, seminari formativi, da premi e benefici.

E se non sussistono particolari problemi ricognitivi, anche in via, per così dire, sintomatica, dell'illegittimità delle condotte, laddove i comportamenti attuativi del mobbing si configurano, già nella loro esteriorità, quali contrastanti con la rispettiva regolamentazione normativa, difficoltà non indifferenti - segnatamente per le funzioni di contrasto in sede giurisdizionale - ricorrono, invece, in relazione alle forme più subdole, attuative della violenza psicologica, ossia allorché gli atti si estrinsecano in azioni apparentemente legittime, conformi esteriormente alle disposizioni che ne regolano il relativo quadro di riferimento, ma, in realtà, dirette ad ottenere un risultato diverso da quello proprio della causa dell'atto stesso.

Basti pensare all'ipotesi di adozione di trasferimento per così dire "costruito a tavolino", ossia perfettamente rispondente alle condizioni astratte di legittimità previste dall'art. 2103 C.C. (comprovate esigenze tecniche, organizzative o produttive) laddove, invece, la scelta del "trasferendo" ricada su persona sgradita, della cui presenza il datore di lavoro voglia liberarsi e che sia, quindi, adottato in preventiva contemplazione delle particolari difficoltà logistiche, familiari, sociali ed economiche in cui il medesimo si verrà necessariamente a trovare, dopo l'adozione dell'atto, con la consapevolezza, pertanto, che costui, inidoneo soggettivamente o obiettivamente ad affrontarle, finirà, poi, per dimettersi dal posto di lavoro, piuttosto che accettare di essere trasferito.

L'elemento psicologico sottostante, unificatore di molteplici condotte apparentemente legittime, ma sostanzialmente dirette alla attuazione di politiche di mobbing, può, quindi, risultare costituito o dall'abuso di diritto, o dal motivo illecito. Nel primo caso ricorre quella condotta che, non adducendo alcuna utilità all'autore, abbia il solo scopo di nuocere o arrecare molestia ad altri ¹⁶.

Nel secondo caso, alla stregua del combinato disposto degli artt. 1324 e 1345 C.C., che consente l'applicazione delle norme in tema di contratti anche agli atti unilaterali tra vivi (quali ad esempio, quelli attuativi del potere di eterodeterminazione della prestazione da parte dell'imprenditore), il motivo illecito e determinante si identifica con una finalità vietata dall'ordi-

namento, poiché contraria a norme imperative od ai principi dell'ordine pubblico e del buon costume, o perché diretta ad eludere una norma imperativa.

E' appena il caso di ricordare che i diritti che disciplinano le prestazioni di lavoro subordinato sono largamente tutelate da disposizioni imperative di ordine pubblico dell'ordinamento interno ed internazionale.

E' sufficiente richiamare, ad esempio, quelli che trovano fonte nell'art. 36 della Costituzione, sulla qualità e quantità della retribuzione; nell'art. 2112 C.C., sul divieto di licenziamento in caso di trasferimento di azienda a qualsiasi titolo, nel testo introdotto per effetto dell'art. 47 della Legge Comunitaria 29/11/90 n. 428, applicativa della direttiva CEE 14/2/77 e successive modifiche introdotte dalla Direttiva CEE 50/1998; nell'art. 2103 C.C., sul trasferimento e sulle condizioni e limitazioni dell'esercizio dello ius variandi, alla stregua del disposto del relativo IV comma, secondo il quale ogni patto contrario è nullo, alla annullabilità di rinunce e transazioni ex art. 2113 C.C.

In tale contesto, le azioni dirette alla tutela del soggetto vessato psicologicamente, le quali assumono contenuto di merito essenzialmente risarcitorio (per i profili del danno biologico, esistenziale, professionale e morale) non possono prescindere dai seguenti principi, che più volte sono stati affermati dalla Suprema Corte. Occorre preliminarmente osservare che sul datore di lavoro gravano sia il generale obbligo di *neminem laedere*, espresso dall'art. 2043 c.c., la cui violazione è fonte di responsabilità extra-contrattuale, sia il più specifico obbligo di protezione dell'integrità psico-fisica del lavoratore sancito dall'art. 2087 c.c. e, più di recente, dall'art. 4 della Legge 626/94, ad integrazione ex lege delle obbligazioni nascenti dal contratto di lavoro, la cui violazione è fonte di responsabilità contrattuale. Sicché il danno biologico, inteso come danno all'integrità psicofisica della persona in sé considerato, a prescindere da ogni possibile rilevanza o conseguenza patrimoniale della lesione, può in astratto afferire sia all'una che all'altra ipotesi di responsabilità.

Va considerato, al riguardo, che l'integrità psicofisica e morale dell'individuo trova riconoscimento giuridico non solo quale interesse tutelato da leggi ordinarie (si pensi agli artt. 581, 582, 590 e 185 c.p. o all'art.5 c.c.) e da leggi speciali (come l'art.9 dello stat. lav.), ma, vieppiù, da norme di rango costituzionale, quali quelle contenute nell'art.32 Costituzione, che garantisce la salute come fondamentale diritto dell'individuo, nell'art.41, che pone precisi limiti all'esplorazione dell'iniziativa economica privata, stabilendo, fra l'altro, che la stessa non può svolgersi "in modo da arrecare danno alla dignità umana e nell'art. 2, che tutela i diritti inviolabili dell'uomo anche "nelle formazioni sociali, ove si svolge la sua personalità" e richiede l'adempimento dei doveri di solidarietà sociale.

Questi principi, aventi carattere immediatamente precettivo, non solo debbono essere osservati alla stregua di regole inderogabili imposte dall'ordinamento, nello svolgimento di qualunque attività posta in essere, sia al di fuori di qualsivoglia vincolo contrattuale, sia nell'esecuzione di un contratto, ma hanno, altresì, definito i criteri interpretativi da tener presenti di fronte a qualsiasi disposizione di legge o regolamentare.

In tale contesto appare evidente che il contenuto dell'obbligo previsto dall'art.2087 c.c. non può ritenersi limitato al rispetto della legislazione tipica della prevenzione, riguardando, altresì, il divieto, per il datore di lavoro, di porre in essere nell'ambito aziendale comportamenti che siano lesivi del diritto alla integrità psicofisica del dipendente.

E, poiché tale ultimo obbligo si configura di natura contrattuale, come affermato da parte della dottrina e della giurisprudenza, i predetti comportamenti, in quanto lesivi di beni primari della persona umana, possono costituire certamente fonte di responsabilità contrattuale, ma anche aquiliana, ove abbiano per oggetto interessi inerenti alla personalità, purché di tale violazione sia fornita prova da parte del lavoratore, o, comunque, della vittima dell'azione illecita

¹⁶ Sull'abuso di diritto in materia giuslavoristica D.P. Garofalo "Il mobbing nei rapporti di lavoro" in atti del Centro Studi di diritto del lavoro Domenico Napoletano 2003.

(ex plurimis Cass. 3/7/01 n. 9009).

Infatti, la natura contrattuale dell'illecito non comporta che si versi in una fattispecie di responsabilità oggettiva, fondata sul mero riscontro del danno eziologicamente connesso alla prestazione lavorativa, occorrendo pur sempre l'elemento psicologico subiettivo, che accomuna la responsabilità contrattuale a quella aquiliana.

La natura del titolo assume, invece, rilevanza in relazione al particolare regime probatorio, che per la responsabilità contrattuale è quello previsto dall'art.1218 c.c. e non già quello dell'art.2043 c.c., che disciplina la responsabilità extracontrattuale, nonché in relazione all'oggetto della stessa prova; sicché, con riferimento a fattispecie di mobbing, può lecitamente affermarsi che grava sul datore di lavoro l'onere di provare di avere ottemperato all'obbligo di protezione dell'integrità psicofisica del prestatore, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare sia la lesione dell'integrità psicofisica, sia il nesso di causalità tra tale evento dannoso e l'espletamento della prestazione lavorativa (v. sul punto, Cass. 21 dicembre 1998 n. 12763, nonché Cass. 2/5/2000 n. 5491).

Le argomentazioni che precedono trovano applicazione sistematica sicuramente riguardo al pregiudizio di natura biologica. Purtuttavia, deve osservarsi che, in dottrina ed in giurisprudenza, si è ormai realizzato un superamento della tradizionale dicotomia tra la risarcibilità dei danni economico patrimoniali (artt. 2043 e 1218 C.C.) e quelli c.d. morali (disciplinati dall'art. 2059 C.C.), essendo maturata la consapevolezza che anche la privazione di serenità e tranquillità dell'individuo, con il conseguente effetto di provocare a suo carico sofferenza psicologica, configuri, comunque, una privazione di beni personalissimi dell'essere umano, unitariamente considerato quale centro di diritti e di tutele.

In tal senso milita la recente sentenza della Corte Costituzionale dell'11/7/03 n. 233 laddove ha sancito che, quando siano stati lesi interessi garantiti dalla Costituzione (e tale, per esempio, è anche quello al rispetto della dignità nell'attività di impresa ex artt. 2 e 41) il danno non patrimoniale può essere risarcito anche se non dipendente da reato.

Anche espressioni estrinseche della personalità configurano, ormai, beni suscettibili di tutela.

E' immediato il richiamo al danno professionale da privazione di mansioni, rilevante non solo sotto il profilo della perdita economica, ma anche sotto l'angolatura del pregiudizio che il demansionamento arreca alla vita di relazione dell'interessato, influenzando sulla sua dignità, sulla sua libertà di scelta, sulle chances di carriera, sul suo inserimento nella socialità, nella famiglia, nei rapporti interpersonali (di recente sul punto Cass. Sez. Lav. 22/2/03 n. 2763).

Altra ipotesi è quella che, nella dottrina più recente, viene individuata nei danni personali da soppressione di diritti, quali quelli al riposo ed alle ferie, in relazione ai quali anche la giurisprudenza di Cassazione pone l'accento sulla connotazione psichica, oltre che fisica, del pregiudizio (ex plurimis Cass. Sez. Lav. 29/7/2000 n. 9992; Cass. Sez. Lav. 25/5/2000 n. 6904; Cass. Sez. Lav. 26/1/99 n. 704; Cass. Sez. Lav. 24/12/97 n. 13039).

Al riguardo va ricordato che le decisioni che hanno affrontato tale argomento traggono spunto largamente, nel loro sillogismo, dal concetto di "maggiore gravosità della prestazione", quale conseguenza della deprivazione di diritti, valorizzando, così, l'elemento dell'inserimento relazionale dell'individuo nel contesto sociale, quale bene autonomamente risarcibile in caso di lesione.

Da tali considerazioni muove, poi, la dottrina più recente in tema di c.d. danno esistenziale, che, assegnando al titolo II della Costituzione, concernente i rapporti etico-sociali, natura di fonte di diritti soggettivi e non soltanto di principi quadro, ha ampliato l'ambito dei beni oggetto di protezione da parte dell'ordinamento, traendo ad oggetto di tutela privilegiata valori quali la sicurezza, l'integrità psicofisica e la libertà e la dignità, indipendentemente dalla loro

protezione sotto il profilo economico patrimoniale, ed anche al di là della esistenza di effettive conseguenze pregiudizievoli a loro carico.

In tale contesto, solo sommariamente enunciato e senza pretesa di completezza, devono inserirsi le problematiche relative all'adozione di mezzi di tutela risarcitoria e cautelare, funzionale, quest'ultima, alla repressione immediata dei comportamenti di mobbing.

Al riguardo deve osservarsi che le azioni risarcitorie, in materia di mobbing, non si configurano quali idonee ad esercitare una funzione preventiva di dissuasione rispetto a simili pratiche.

L'alea e la lungaggine dei processi, unite al fatto che, specialmente da parte delle imprese più modernamente organizzate, il danno da soccombenza giudiziale è già preventivamente imputato a perdita per importi considerevoli nel budget di previsione annuale (ossia già preventivamente speso ai fini del reddito) costituiscono sicuro depotenziamento della funzione interdittale preventiva dell'azione risarcitoria, che, pertanto, resta limitata (salve eccezioni da valutarsi in relativo, per esempio, con riguardo a piccole strutture imprenditoriali) rilevando, conseguentemente, per i soli aspetti compensativo, risarcitorio o reintegratorio del patrimonio dell'offeso.

Senonché, mentre per le azioni risarcitorie non sussistono particolari problemi circa l'adottabilità delle relative procedure, più complesso è il quadro relativo alla tutela cautelare, diretta a reprimere tali condotte laddove esse risultino ancora in atto. E' pacifico che il ricorso alla tutela cautelare innominata dell'art. 700 cpc ha funzione anticipatoria della definitiva sentenza di merito, allorché si abbia fondato motivo di ritenere che il diritto dedotto ad oggetto di tutela in via ordinaria, possa subire, nelle more dell'azione, una definitiva e prossima compromissione, sub specie di irreparabilità.

Va da sé, che, sotto il profilo sistematico, l'azione di urgenza è esperibile tanto a tutela del bene salute, quanto in funzione della salvaguardia degli altri diritti personalissimi dell'individuo, intesi nella più lata e recente accezione sopra ricordata, quali quelli relativi alla dignità, alla libertà, all'immagine, alla professionalità, alla dignità professionale, alla vita di relazione della persona, tutti accomunati, tra loro, dal medesimo presupposto costituito dalla irrisarcibilità, se non in forma monetizzata, della relativa lesione.

Nella pratica sussiste ormai prevalente orientamento dei giudici di merito in ordine alla utilizzabilità dello strumento della tutela cautelare innominata in funzione interdittiva di condotte di mobbing.

Di recente il Tribunale di Roma, in funzione collegiale con ordinanza del 4/7/02 (in Il lavoro nella giurisprudenza" vol. 10, pag. 979 e segg., anno 2002) ha, infatti, statuito che "può quindi ritenersi sussistente la situazione di pericolo di un danno grave ed irreparabile per interessi di rilievo costituzionale (dignità della persona, diritto al lavoro e il diritto alla salute) che, in quanto attinenti alla sfera della tutela della persona, non sono suscettibili di integrale, effettivo ristoro per equivalente". Senonché, l'azione ex art. 700 cpc, sia qualora diretta a fini inibitori di ulteriori comportamenti illeciti del datore di lavoro, sia laddove finalizzata ad ottenere un effetto ripristinatorio dello status quo ante, ossia funzionale ad interferire sui comportamenti attraverso i quali si sia realizzata una condotta di mobbing, da chiunque posta in essere, si configura anch'essa non perfettamente idonea alla realizzazione dello scopo, in quanto insuscettibile di esecuzione coattiva. Nell'esperienza relativa alle condotte illegittime, in concreto strumentalmente adottate in funzione di comportamento mobbizzante in ambito lavorativo, si verificano, infatti, situazioni nelle quali il contenuto dell'ordine interdittale giudizialmente emesso non risulta eseguibile coattivamente, essendo richiesta necessariamente la collaborazione del soggetto destinatario del provvedimento medesimo per la sua attuazione. E ciò ricorre sia nell'ipotesi in cui il contenuto precettivo dell'ordine tragga ad oggetto un "facere infungi-

bile" che un "non facere infungibile".

Nel primo caso il bene oggetto di tutela non può essere soddisfatto se non attraverso l'attività personale del destinatario dell'ordine.

Nel secondo, del pari, la soddisfazione dell'interesse protetto è rimessa all'astensione personale dell'intimato da taluni comportamenti.

In sintesi il Giudice può disporre, ad esempio, a carico del datore di lavoro che avesse esercitato una azione mobizzante, mediante sottrazione di mansioni proprie della qualifica del dipendente, l'ordine di assegnare a quest'ultimo compiti coerenti con essa e con il livello di professionalità acquisito. Senonchè tale ordine, che trova il suo correlativo titolo nell'art. 2103 C.C., non è suscettibile di coazione, senza la collaborazione dell'intimato, il quale, nella esperienza maturata in una pluralità di casi in termini, ben si guarderà dal conformarsi all'ordine stesso.

Del pari l'ordine di astenersi da comportamenti illegittimi, quali l'assegnazione al lavoratore di compiti dequalificanti, non è suscettibile di esecuzione senza la cooperazione dell'obligato medesimo.

Gli esperimenti giurisprudenziali effettuati con talune decisioni sia rese a norma dell'art. 610 cpc che dell'art. 669 duodecies cpc (quali la nomina di commissari ad acta, la emanazione di prescrizioni puntuali sotto il profilo contenutistico lavorativo) sono stati largamente ritenuti illegittimi sia in dottrina che nelle decisioni di riesame, in quanto implicanti la sovrapposizione di fatto della funzione giurisdizionale a quella imprenditoriale, con compromissione della posizione di terzietà del Magistrato e violazione dei principi dell'art. 41 della costituzione, che riservano al solo imprenditore le scelte organizzative sull'azienda e sul suo funzionamento.

Unico rimedio permane quello della c.d. esecuzione indiretta, costituito dalla denunciabilità in sede penale dei comportamenti renitenti dell'intimato, sotto il profilo dei reati di cui agli artt. 388 e 650 cpc, la cui attitudine afflittiva e di preventiva interdizione risulta assolutamente modesta, segnatamente laddove il soggetto intimato sia impresa di rilevanti dimensioni, con ampia assegnazione di deleghe dai vertici ai dipendenti investiti di funzioni direttive, onde i primi restano abitualmente estranei ad ogni chiamata di responsabilità e, quindi, indifferenti.

Il vuoto legislativo di cui sopra, riconosciuto univocamente nella dottrina processuale italiana, potrebbe, dunque, trovare composizione in sede di recepimento, da parte del legislatore, di una auspicabile normativa sul mobbing.

Tanto è già avvenuto – come si è già sopra cennato – in Francia, con la legge di "modernizzazione sociale" del 17/1/2002 n. 73, che reprime i comportamenti di mobbing, denominati "harcèlement moral".

La tutela del sistema francese è rafforzata, per quanto già richiamato, non solo dal fatto che la normativa, sul piano processuale, ha introdotto un meccanismo di inversione dell'onere della prova, ponendo così a carico del "mobber" l'onere di dimostrazione dell'inesistenza delle molestie, laddove il lavoratore abbia allegato elementi di fatto univoci per lasciar presumere l'esistenza di una pratica di vessazione ai suoi danni, ma soprattutto dal rilievo che tale sistema va a raccordarsi, sul piano dell'esecuzione, con l'ordinaria previsione, nell'ordinamento francese, delle pene civili, ossia del c.d. "astreinte"¹⁷, che assicura l'efficacia effettiva della pronuncia giudiziale, attraverso un valido meccanismo di coazione indiretta, che ben potrebbe trovare applicazione nell'ordinamento italiano, ove fosse recepito in legge.

L'"astreinte" consiste, infatti, in una condanna pecuniaria emessa da parte del Giudice, al fine di costringere il debitore ad adempiere l'obbligazione (nella specie, il facere o il non facere infungibile) tratto ad oggetto della ordinanza cautelare o della sentenza.

Nel sistema francese essa è determinata in misura fissa, o giornaliera, o settimanale, o mensile ed è correlata al perdurare dell'inadempimento nell'esecuzione della prestazione e, laddove l'intimato insista nel rifiutare di ottemperare all'ordine, può aumentare indefinitamente, finché l'inadempimento perduri e ciò, indubbiamente, costituisce severa misura afflittiva idonea a piegare la resistenza del recalcitrante, soprattutto tenuto conto della particolare italica attenzione verso la tasca.

Nessuno dei progetti di legge esaminati, sia del Senato, che della Camera, in materia di vessazioni psicologiche da mobbing, prevede procedure di coazione delle sentenze, né delle ordinanze che fossero rese in funzione anticipatoria, in via cautelare, degli effetti della emananda decisione di merito.

Occorre tener presente, al riguardo, che la situazione psicofisica del soggetto sottoposto ad azione di mobbing, non consente, nella generalità dei casi, di poter neppure ipotizzare un ulteriore permanere in atto della condotta attraverso la quale il mobbing si realizza, vertendosi in situazioni nelle quali lo stress, la depressione, o i fenomeni reattivi in genere, da essa determinati, influenzando sulle difese immunitarie dell'individuo, possono degenerare – come in effetti degenerano nella pratica – anche in fenomeni patologici di eccezionale gravità, tali da porre a repentaglio la stessa vita della vittima (ad esempio per infarto, ictus, suicidio).

Pertanto, a meno che non si voglia resuscitare (ma ciò non appartiene alla nostra cultura giuridica) l'antico fantasma ottocentesco della prigione per i debitori e gli inadempienti, il legislatore dovrà porre mano alla previsione ed alla adozione di adeguate misure coercitive surrogatorie dell'esecuzione forzata dei provvedimenti repressivi della condotta mobizzante, assestando, così, concretezza ed attualità a quell'intervento legislativo che si configura ormai non più dilazionabile e che certo nessun operatore del diritto può augurarsi inutile o inefficace.

¹⁷ (un interessante richiamo è costituito da Trib. Roma 17/1/96 in Foro It. I 2251).

Avv.
Roberto
DELLA VALLE

La direttiva 86/653/CEE sul coordinamento degli ordinamenti degli stati membri concernenti gli agenti speciali indipendenti. Il recepimento e gli effetti nell'ordinamento italiano*

La finalità della Direttiva comunitaria 86/653 CEE risiede principalmente nel semplificare, nel più ampio quadro dell'armonizzazione delle legislazioni nazionali, le operazioni intracomunitarie di gestione dei contratti di agenzia tra parti di differenti Stati membri.

Il Legislatore italiano ha recepito la direttiva dapprima con il D. Lgs.vo 303/1991 e successivamente, stante l'incompleta ed inesatta attuazione della medesima, con D. Lgs.vo 65/1999.

Come è noto tra le innovazioni più importanti introdotte con il D. Lgs.vo 65/1999 in materia di agenzia merita un particolare richiamo quella concernente la disciplina della provvigione e della indennità di cessazione rapporto dovuta all'agente al momento della cessazione del rapporto.

Sul diritto alle provvigioni dopo la cessazione del rapporto

La novella del 1999, che ha modificato radicalmente la materia sul punto, si è occupata in particolare dei seguenti profili:

- A)** presupposti del diritto alla provvigione ossia criteri per individuare gli affari su cui calcolare la provvigione;
- B)** diritto alla provvigione su affari conclusi dopo lo scioglimento del contratto;
- C)** momento di maturazione della provvigione;
- D)** diritto alla provvigione su affari conclusi ma non eseguiti (in tutto od in parte) dalla mandante.

La presente relazione vuole offrire un contributo al profilo richiamato alla lettera B) nonché a quello ulteriore relativo alla efficacia "verticale" della Direttiva nell'ordinamento nazionale.

L'art. 8 della Direttiva 86/653 CEE, stabilisce che " Per un operazione commerciale conclusa dopo l'estinzione del contratto di agenzia, l'agente commerciale ha diritto alla provvigione se l'operazione è dovuta soprattutto al risultato dell'attività da lui svolta durante il con-

tratto e se l'operazione è conclusa entro un termine ragionevole, ovvero se conformemente alle condizioni di cui all'art. 7 della Direttiva (operazione conclusa grazie all'intervento dell'agente commerciale ovvero conclusa con un terzo che lo stesso agente aveva precedentemente acquisito come cliente per operazioni dello stesso tipo), l'ordinazione effettuata dal terzo è stata ricevuta dal preponente o dall'agente commerciale prima dell'estinzione del contratto di agenzia.

Ebbene, nonostante la previsione sopra richiamata, il legislatore nazionale con il precedente D. Lgs.vo 91 ebbe ad introdurre il comma III dell'art. 1748 c.c. che tuttavia non poteva costituire fedele applicazione dei principi espressi dal legislatore comunitario. La citata disposizione stabiliva infatti, sic et simpliciter, che l'agente avesse diritto alla provvigione sugli affari conclusi anche dopo lo scioglimento del contratto se la conclusione fosse stata effetto soprattutto dell'attività dal medesimo svolta.

Di qui la necessità di un ulteriore intervento legislativo, quello realizzato per l'appunto dal D. Lgs.vo 65/99, che ha individuato due diversi criteri temporali per stabilire il diritto alla provvigione dell'agente per affari successivamente conclusi. Da un lato è sufficiente che la proposta sia pervenuta al preponente prima dello scioglimento del contratto di agenzia, in tal caso l'obbligo permane e sono irrilevanti le vicende successive relative alle sorti dell'affare salvo che lo stesso non si perfezioni per causa non imputabile alla mandante. Dall'altro, laddove la proposta pervenga successivamente allo scioglimento, debbono concorrere due condizioni ossia la conclusione dell'affare entro un termine ragionevole e l'imputabilità dello stesso all'attività dell'agente uscente, salvo che da specifiche circostanze risulti equo ripartire la provvigione con il nuovo agente.

La nuova previsione ha quindi notevolmente ampliato e regolato le ipotesi in linea con la prassi contrattuale.

Tali principi sono stati peraltro recepiti anche dalla contrattazione collettiva (art. 6 A.E.C. settore industria 20.03.2002) che determina in quattro mesi il "termine ragionevole".

Il problema si complica con riferimento a quelle case mandanti che concludono contratti ad esecuzione continuata o periodica con soggetti di diritto pubblico ed in forza di aggiudicazioni di appalti.

E' utile osservare infatti come la previsione codicistica o collettiva non può trovare nel caso in questione (limitatamente si intende al criterio ivi indicato - percezione della proposta) automatica applicazione. Ciò in quanto i meccanismi di vendita (rectius di promozione) attivati dall'agente non si traducono materialmente in raccolta di copie commissioni bensì in molteplici contatti preliminari con tali soggetti volti ad illustrare i prodotti ed a orientare il gradimento del potenziale utilizzatore finale (cliente). Il bando di gara dunque, e segnatamente l'aggiudicazione, rappresentano il risultato di una attività prodromica svolta dall'agente rispetto alla quale non può parlarsi di proposta in senso tecnico.

Pare allora, ad avviso di chi scrive, che per tale tipologia di affari debba assumere esclusiva rilevanza il criterio della riconducibilità dell'affare alla prevalente attività dell'agente.

Peraltro il criterio della ragionevolezza del termine (entro cui concludere l'affare) neppure sarebbe invocabile dalla Casa per negare la provvigione all'agente poiché gli effetti obbligatori della conclusione del contratto in capo alla stessa e alla Pubblica Amministrazione nascono per effetto della partecipazione alla gara e all'aggiudicazione; e pertanto le singole forniture che traggano origine dall'aggiudicazione e comunque da un unico contratto costituiscono effetto automatico direttamente riconducibile all'attività dell'agente. In tale ottica quindi nessuna incidenza sulle sorti del futuro contratto può avere l'agente subentrante al quale neppure in via equitativa potrebbe essere riconosciuta parte della provvigione. Che anzi sovente accade che il contratto venga stipulato in epoca successiva all'inizio delle forniture, salvo i casi in

* relazione tenuta nel corso del convegno "L'agente di commercio nell'economia globale" promosso da Fnaarc-Ararc, la maggiore organizzazione italiana degli agenti di commercio il 3 Giugno 2004,

al "Tempio di Adriano" -Auditorium della Camera di Commercio- di Roma, patrocinato da Regione, Provincia, Comune e Camera di Commercio di Roma si è svolto il Convegno).

cui l'aggiudicazione, atto conclusivo del procedimento di gara, tenga luogo essa stessa del contratto.

**EFFICACIA VERTICALE DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA
NELL'ORDINAMENTO NAZIONALE ED ANALISI COMPARATIVA TRA
CONTRATTAZIONE COLLETTIVA E LEGALE CON PARTICOLARE
RIFERIMENTO ALLA INDENNITÀ DI CESSAZIONE RAPPORTO PREVISTA
DALL'ART. 1751 C.C.**

L'articolo 249 (già 189) del trattato CE, con riferimento alle direttive in generale, fa salva la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi da utilizzare purchè sia rispettato il principio di effettività e prevalenza del diritto comunitario nonché quello di leale collaborazione tra le istituzioni comunitarie e gli Stati membri secondo cui questi ultimi adottano tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità (art. 10 già 5 Trattato CE)

**Sulla indennità dovuta all'agente alla cessazione
del rapporto di agenzia**

La Direttiva in commento non fa eccezione posto che il Consiglio d'Europa all'art. 17 n. 1) del capitolo VI della citata Direttiva pone implicitamente l'obbligo agli Stati membri di prendere le misure necessarie per garantire all'agente commerciale dopo l'estinzione del contratto l'indennità prevista al successivo punto 2) lett. a) e b).

Invero la direttiva in questione è stata oggetto, quanto all'ordinamento italiano, di un procedimento di infrazione ex art. 266 già 169 del Trattato promosso dalla Commissione europea per l'incompleta attuazione della direttiva in commento. Ed infatti il nostro legislatore con il primo intervento legislativo di recepimento della Direttiva, per quanto concerne l'indennità ivi stabilita (art. 17) dovuta all'agente per effetto della cessazione del rapporto, aveva scelto la soluzione indicata all'art. 17, par. 2 della direttiva, ispirata alla legge tedesca senza tuttavia riprodurre fedelmente il testo comunitario. Riportiamo per completezza espositiva il testo della Direttiva: *“Gli Stati membri prendono le misure necessarie per garantire all'agente commerciale, dopo l'estinzione del contratto, un'indennità in applicazione del paragrafo 2 o la ripara-zione del danno subito in applicazione del paragrafo 3”*.

Il successivo paragrafo 2.a) stabilisce che “L'agente commerciale ha diritto ad un'indennità se e nella misura in cui:

- ◆ *abbia procurato nuovi clienti al preponente o abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente abbia 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 commerciale perde e che risultano dagli affari con tali clienti..”*

Tale inadeguata attuazione riguardava da un lato la previsione, attraverso la locuzione “se ricorre almeno una delle seguenti condizioni:”, alternativa e non cumulativa dei presupposti previsti per il riconoscimento dell'indennità in questione con inevitabili effetti sul piano processuale oltrechè sostanziale, e dall'altro la mancata previsione nel testo recepito delle parole “nella misura in cui”. La principale obiezione mossa a tale omissione concerneva in particolare la mancanza di una indicazione certamente preziosa per il calcolo dell'indennità semprechè si ritenga che la norma comunitaria nella sua fedele trasposizione nell'ordinamento italiano

intenda offrire un parametro di calcolo dell'indennità. Secondo taluni studiosi tuttavia la omissione non sarebbe casuale in quanto il legislatore italiano non adottando tale locuzione avrebbe deliberatamente lasciato ampia libertà alle parti (individuali e collettive) nella determinazione della indennità.

Quanto precede costituisce un argomento importante in favore di chi milita per la validità degli accordi economici collettivi di settore sottoscritti dalle associazioni di categoria sulla cui applicazione rispetto alla disciplina legale inderogabile si è aperto in dottrina e giurisprudenza un ampio dibattito. Certamente da tale punto di vista è innegabile che i recenti AA.EE.CC.del 2002 (sette commercio ed industria), voluti fortemente dalla F.N.A.A.R.C., rappresentano un apprezzabile risultato volto a colmare il vuoto lasciato dal Legislatore italiano.

Il problema tuttavia dei rapporti e della prevalenza applicativa di entrambe le discipline, quella legale e quella collettiva, permane ed è al momento oggetto di un vivace ed appassionato dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Taluni, affermando la immediata precettività delle disposizioni, sufficientemente precise, contenute nella direttiva, determinerebbero in capo ai soggetti privati situazioni giuridiche soggettive.

Tali disposizioni imporrebbero peraltro al Giudice dello Stato membro di interpretare il proprio diritto nazionale alla luce della lettera e dello scopo della direttiva, onde conseguire il risultato contemplato dall'articolo ut supra del Trattato. Tale operazione ermeneutica sarebbe peraltro possibile essendo la norma interna, per l'equivocità della sua formulazione, suscettibile in astratto di un pluralità di soluzioni. Talaltri escluderebbero tale efficacia verticale affermando che la disapplicazione della norma interna varrebbe solo nei rapporti tra Stato e privati e non in quelli intercorrenti tra privati. Solo in tale ipotesi, (come peraltro è accaduto allorquando la Corte di Giustizia delle Comunità Europee – proced. C-456/98 – dichiarò la nullità della normativa nazionale che subordinava la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo), il Giudice nazionale potrebbe disapplicarla ossia, nel rapporto giuridico dedotto in giudizio, non tenerne conto. Peraltro la tesi della prevalenza della disciplina collettiva fonda tale convincimento sull'ulteriore argomento ricavato dal dato testuale. Ed infatti la previsione di inderogabilità, contenuta nell'art. 1751 c.c., delle disposizioni ivi contenute non sarebbe violata dalla contrattazione collettiva, e da ultimo dalla stipulazione dei nuovi AA.EE.CC del 2002, che garantirebbero comunque a tutti gli agenti e non solo dunque ai più meritevoli, un trattamento economico minimo uniforme affrancando il Giudice nazionale dal ricorso all'equità che in quanto criterio di determinazione (seppur sussidiario) sostanzialmente soggettivo, rispetto ai principali criteri indicati nel primo comma dell'art. 1751 c.c. (incremento di nuovi clienti, ovvero sensibile sviluppo di affari con clienti esistenti e sostanziali vantaggi per la mandante) sarebbe aleatorio.

Per quanto poi concerne la natura della indennità dovuta all'agente alla cessazione del rapporto il Legislatore nazionale sembra aver optato per la scelta intermedia fatta dalla Commissione Europea di un sistema retributivo fondato sulla soluzione compensativa (metodo tedesco) ma al tempo stesso risarcitoria (metodo francese). La previsione di un compenso non collegato direttamente agli affari promossi e regolarmente eseguiti che retribuisca il risultato finale dell'opera complessiva dell'agente depone infatti per natura corrispettiva dell'indennità.

Se da un lato infatti l'art. 1751 c.c., quanto alla indennità dovuta, fermo quanto sopra riportato, prevede al comma IV che *“La concessione dell'indennità non priva comunque l'agente del diritto all'eventuale risarcimento dei danni”*, la Direttiva comunitaria dall'altro ricollega il pregiudizio subito dall'agente all'estinzione del contratto purchè sopraggiunta con i seguenti effetti:

- ◆ che l'estinzione abbia privato l'agente delle provvigioni procurando al tempo stesso al preponente vantaggi sostanziali in connessione con l'attività svolta;
- ◆ che l'agente non abbia ammortizzato gli oneri e le spese sostenute (c.d. sunk costs) dietro raccomandazione del preponente in vista della preannunciata duratura collaborazione.

Diversamente da quanto stabilito per il diritto all'indennità di cessazione rapporto 1751 c.c. la richiesta risarcitoria dell'agente non richiede la sussistenza e quindi la prova di entrambe le condizioni.

L'aspetto fiscale

Passando alla fiscalità degli agenti, occorre distinguere i profili di mero diritto tributario interno da quelli che riguardano in generale il diritto tributario internazionale.

Quanto al diritto tributario interno, sono tuttora sul tappeto, tra l'altro, i seguenti problemi.

- ◆ L'assoggettabilità ad Irap degli agenti che operano senza apporti consistenti di capitale e senza l'ausilio di personale dipendente. Il problema, com'è noto, nasce per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 156 del 2001 la quale, pur avendo salvato il tributo in questione, si è espressa incidentalmente nel senso che “nel caso in cui una attività professionale fosse svolta in assenza di elementi di organizzazione – il cui accertamento, in mancanza di specifiche disposizioni normative, costituisce questione di mero fatto – risulterà mancante il presupposto stesso dell'imposta ... per l'appunto rappresentato dall'esercizio abituale di un'attività autonomamente organizzata diretta alla produzione o allo scambio di beni ovvero alla prestazione di servizi, con la conseguente inapplicabilità dell'imposta stessa”; orbene proprio

prendendo spunto da tale inciso non sono mancati giudici che hanno riconosciuto il rimborso dell'Irap anche a rappresentanti di commercio (v. CTP Parma, 15.11.2001, n. 93 e CTR Emilia-Romagna, Sez. Parma, 3.11.2003, n. 34).

- ◆ L'esercizio in cui vanno dichiarate e tassate le provvigioni a seguito della modifica del comma 4 dell'art. 1748 c.c. che parrebbe aver fatto perdere al momento genetico del diritto dell'agente alla provvigione la sua connotazione unitaria. Sotto il profilo tributario ciò genera perplessità soprattutto quando il termine iniziale e quello finale di cui al predetto quarto comma cadono in periodi d'imposta diversi ed il momento finale (dell'esecuzione, o dell'obbligo di esecuzione del terzo) si manifesti nell'esercizio successivo a quello del momento iniziale (esecuzione, o obbligo di esecuzione del preponente).

- ◆ La deducibilità degli accantonamenti a fronte dell'indennità suppletiva di clientela argomento su cui la Corte di cassazione si è finora espressa contraddittoriamente (per l'indeducibilità v. la sentenza n. 7690 del 2003 ed in senso contrario la sentenza n. 10221 dello stesso anno).

- ◆ L'assoggettabilità ad Iva della c.d. rivalsa agenti che non sembrerebbe poter essere argomentata a contrario dalla sopravvenuta norma di esclusione di cui all'art. 53 del collegato alla finanziaria del 2000 (l. n. 342/2000) secondo cui “non devono ritenersi quali corrispettivi di operazioni rilevanti agli effetti dell'imposta sul valore aggiunto le indennità dovute all'impresa preponente dall'agente che subentra in un preesistente rapporto di agenzia”. Nella rivalsa in questione difetta infatti, secondo l'opinione preferibile, la corrispettività, non vi è alcuna prestazione resa dall'impresa in favore del nuovo agente.

Quanto al diritto tributario internazionale i profili problematici che caratterizzano i rapporti di agenzia transnazionale sono soprattutto i seguenti.

- ◆ Innanzi tutto la territorialità, ai fini Iva, delle operazioni di intermediazione che dipende, com'è noto, da una serie di variabili non sempre di chiarissima percezione. Basti dare uno sguardo all'art. 7 della legge Iva interna (il d.P.R. n. 633/72) ed all'art. 40 del d.l. n. 331/93 (relativo alle transazioni intracomunitarie) per rendersi conto della complessità del problema.

- ◆ Inoltre la configurabilità di un permanent establishment (stabile organizzazione) nel caso di rappresentanti italiani di ditte straniere (ma il problema si pone evidentemente in modo speculare per i rappresentanti stranieri di ditte italiane) soprattutto (ma non solo) allorquando venga in considerazione un c.d. monomandatario. Sono note infatti le tradizionali discussioni al riguardo circa l'independent status dell'intermediario.

- ◆ Infine la ritenuta di cui all'art. 25-bis del d.P.R. n. 600/73 nel caso di provvigioni pagate ad intermediari esteri. Tale ritenuta deve escludersi nel caso di agenti operanti in Paesi coperti da Trattato ove gli stessi non abbiano un *permanent establishment* nel nostro Paese.

Avv.
Marco Valerio
SANTONOCITO

Sintesi glossata del nuovo condono edilizio

I premessa: legge c.d. per saturam

Il recente Decreto Legge 30/09/03 n. 269, convertito nella L. 24/11 /03 n. 326 è un vero e proprio "minestrone" di disposizioni su tutti i più disparati campi e settori dello scibile giuridico: si tratta di ben 53 articoli spalmati su 108 pagine di Gazzetta Ufficiale in materia di servizi pubblici, appalti, concessioni di assegni per il secondo figlio, concordati fiscali preventivi e no, fermi amministrativi di autoveicoli (anche per multe non pagate), modifiche ai procedimenti di invalidità civili avanti il Giudice del Lavoro, ecc. ecc. Si ricordi che il legislatore di diritto romano aveva vietato la presentazione di leggi "per saturam", cioè di un testo legislativo comprendente norme su diverse materie.

Tuttavia visto che l'Impero Romano è caduto nel 476 d.c., il Parlamento ha avuto la brillante idea di produrre un guazzabuglio legislativo in cui è veramente faticoso raccapezzarsi.

Il solo art. 32 sul condono edilizio è composto di ben 49 commi, oltre a 4 tabelle e 2 allegati! Pertanto si rende opportuno glossare in maniera sintetica il nuovo condono edilizio.

Comma 1: Il termine del condono è stato riaperto, giacché il precedente condono previsto dall'art. 39 L. 724/94 faceva rientrare solo le opere completate entro il 31/12/93, di talché ora possono essere sanati gli immobili eseguiti senza concessione/autorizzazione prima del 31/03/03. Oltre tale data non è possibile chiedere la sanatoria.

Tuttavia resterebbe la scappatoia della c.d. "sanatoria per accertamento di conformità" prevista dall'art. 13 dell'abrogata L. 28/02/85 n. 47 ed ora trasfusa nel T.U. 6/06/01 n. 380 entrato in vigore il 1/07/03.

Comma 14: Per le opere abusive realizzate su terreno demaniale occorre preventivamente acquisire il parere dell'Agenzia del Demanio: solo se quest'ultimo sarà favorevole si potrà ottenere il condono.

Comma 15: Nel caso di opere realizzate sul predetto terreno demaniale il condono è subordinato al pagamento di una determinata indennità d'occupazione sine titolo fino al 5° anno precedente a quello in cui si presenta la domanda di condono: la ratio è in perfetta sintonia con l'art. 2947 c.c. secondo il quale le obbligazioni da atto illecito si prescrivono in 5 anni.

L'indennizzo è commisurato alla popolazione del Comune ed alla posizione dell'immobili-

Valori unitari degli indennizzi I valori sono espressi in E. l mq/ anno

Classi dimensionali comuni	A	B	C	D	E	F
1° < 10.000	15,00	10,00	7,50	10,00		
2° 10.001 / 100.000	30,00	20,00	15,00	20,00	5,00	7,50
3° 10.001 / 300.000	60,00	40,00	30,00	40,00		
4° > 300.001	90,00	60,00	45,00	60,00		

le all'interno del territorio Comunale (per es. zona A - centro storico, zona B - completamento ecc.) previste dal singolo PRG. La tabella, peraltro complessa, può così essere riassunta:

Comma 17: Nel caso di aree sottoposte a vincolo paesaggistico-ambientale, storico- archeologico, idrogeologico, sismico, cimiteriale, ferroviario, stradale, ecc. ecc. il condono potrà essere rilasciato solo se l'Amm.re preposta al singolo vincolo rilascerà il prescritto parere obbligatorio. Ciò vuol dire come corollario, che la pratica edilizia resta sospesa finché non giunga la risposta (positiva o negativa) dell'Amm.re preposta al vincolo.

Comma 18: Al contrario, se le aree su cui è sito il sanando immobile sono rientranti nel patrimonio disponibile dello Stato, il richiedente dovrà richiedere, sempre all'Agenzia del Demanio competente per territorio, la vendita dell'area: la relativa procedura di vendita dovrà essere conclusa entro il 31/12/06.

Comma 19: Il prezzo di acquisto delle aree rientranti nel patrimonio disponibile dovrà essere corrisposto in 2 rate entro il 30/06/05 ed il 30/12/05 al prezzo calcolato secondo una tabella, che può essere così semplificata.

Valori unitari degli indennizzi I valori sono espressi in E. l mq/ anno

Classi dimensionali comuni	A	B	C	D	E	F
1° < 10.000	45,00	30,00	22,50	30,00		
2° 10.001 / 100.000	90,00	60,00	45,00	60,00	15,00	22,50
3° 10.001 / 300.000	180,00	120,00	90,00	120,00		
4° > 300.001	270,00	180,00	135,00	180,00		

Comma 19 bis: Questo comma introdotto dalla Legge di conversione stabilisce che le predette aree sono inalienabili per 5 anni. La ratio della norma è evidente: si vuole impedire che il responsabile dell'abuso, una volta sanato, ne voglia profittare, lucrando sulla vendita immediata dell'immobile. Tuttavia, il legislatore (nella fretta di convertire il decreto legge) si è dimenticato di aggiungere la sanzione, in caso di inosservanza del divieto di vendita infraquinquennale. Si tratta di un tipico caso di norma c.d. "telum sine ictu".

Comma 20: Nel caso di terreno esclusivamente demaniale, non potendosi procedere alla vendita (le aree demaniali sono inalienabili ed inusucapibili), verrà rilasciato un parere (favorevole o meno) al mantenimento dell'opera sul terreno di proprietà pubblica: detto parere dovrà essere improrogabilmente rilasciato entro il 31/12/06.

Comma 25: Le domande di condono sono ammissibili a condizione che l'abuso:

- ◆ non rilevi 750 mc. nel caso di ampliamento
- ◆ non superi i 3000 mc. nel caso di nuova costruzione.

Ciò però vuol dire che - ove vengano presentate più domande da parte di più richiedenti - il primo limite può venire superato a condizione che non si superi il secondo. Per es.: palazzina completamente abusiva di 3000 mc (che quindi non può essere sanata dal singolo costruttore), divisa però tra 4 richiedenti la sanatoria, ognuno per i 4 appartamenti di 750 mc. in cui può essere diviso l'immobile. Poiché 750 X 4= 3000, tutta la palazzina diviene sanabile.

Comma 26: Il condono dev'essere corrisposto in 3 rate entro il 31/03/04 (I rata), 30/06/04 (II rata) e 30/09/04 (III rata).

Valori unitari degli indennizzi I valori sono espressi in E. l mq/ anno

Tipologia dell'abuso	Misura dell'oblazione E/mq Immobili non residenziali	Misura dell'oblazione E/mq Immobili non residenziali	Misura dell'oblazione forfait
1. Opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici	150,00	100,00	
2. Opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio, ma conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici	100,00	80,00	
3. Opere di ristrutturazione edilizia realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio	80,00	60,00	
4. Opere di restauro e risanamento conservativo realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio nei centri storici			3.500,00
5. Opere di restauro e risanamento conservativo realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio			1.700,00
6. Opere di manutenzione straordinaria realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo edilizio			

Le somme dovranno essere calcolate secondo una tabella piuttosto complessa che può essere così riassunta. Comma 27:

Tuttavia una serie di interventi edilizi restano esclusi dalla possibilità di sanatoria:

- a) eseguite da proprietario condannato con sentenza definitiva per i reati 416 bis, 648 bis, 648 ter c.p.;
- b) le zone sismiche (con impossibilità d' adeguamento);
- c) area pubblica di cui non sia stata data disponibilità;
- d) realizzate su aree vincolate idrogeologiche, falde acquifere, aree protette ambientali;
- e) immobili dichiarati monumento nazionale;
- f) realizzate su aree agricole o pascoli interessati da incendio doloso;
- g) realizzate su parti od aree di porti o del demanio marittimo di primaria importanza;

Comma 29: Il procedimento di condono comunque rimane sospeso, nei casi di procedimento per i reati di cui agli arti. 416 bis, 648 bis e 648 ter c.p. fino al passaggio in giudicato della sentenza.

Comma 32: Il termine ultimo della domanda di condono è il 31 Marzo 2004

Comma 35: La domanda di condono deve comunque essere completata con l'allegazione di fotografie e di idonea documentazione descrittiva le opere, nonché l'ulteriore documentazione regionale, ove stabilita dalla Regione.

Comma 36: Il pagamento dell'oblazione ed il decorrere di 36 mesi dalla presentazione della domanda di condono comportano:

- a) la prescrizione del diritto da parte dei Comuni a richiedere conguagli ulteriori;
- b) l'estinzione dei reati edilizi quali quelli di cui all'ari. 20 L. 28/02185 n. 47 nonché di cui alla L. 5111171 n.1086.

Comma 37: Obbligatoriamente entro il 30/09/84, occorre allegare alla domanda:

- ◆ la denuncia al catasto
- ◆ la denuncia ai fini dell'ICI
- ◆ la denuncia ai fini della T.A.R.S.U. e/o T.O.S.A.P.

Solo dalla data di effettivo deposito di questi 3 atti decorreranno i 24 mesi previsti per la formazione del silenzio-assenso sulla domanda.

Comma 43: per le aree sottoposte a vincoli (ambientali paesistici ecc.) il richiedente:

- a) dovrà richiedere il rilascio del prescritto nulla-osta all'Amm.ne preposta al vincolo;
- b) dopo 180 gg. dalla richiesta, si forma in questo caso il silenzio rifiuto che può essere impugnato al TAR (ciò difficilmente si verificherà, da quando i TT.AA.RR. hanno adottato un orientamento restrittivo, secondo il quale il silenzio - rifiuto è illegittimo, perché viziato da eccesso di potere per difetto di motivazione, dato che il ricorrente sa solo il "no", ma non sa i motivi del "no", sicché ciò si traduce in una lesione al diritto di difesa del ricorrente, perché quest'ultimo - non sapendo il motivo del rigetto - non è posto in condizione di difendersi, mentre al contrario la P.A. ha sempre l'obbligo di esternare l' iter logico - giuridico seguito per emettere l'atto impugnato: pertanto le PP.AA., da qualche anno, rispondono quasi sempre alle istanze del privato);
- c) in ogni caso il rilascio del parere estingue il reato ambientale;
- d) tuttavia il parere non è richiesto per violazioni inerenti soltanto l'altezza, i distacchi, le cubature o le superfici coperte non eccedenti il 2% delle opere condonando;

Avv. Fulvia TRINCIA

La configurazione della disciplina del contratto di trasporto e la sua articolazione nel codice civile

Nel codice del 1942 il contratto di trasporto è disciplinato in maniera autonoma negli artt. 1678-1702 rinviando al codice della navigazione per quanto attiene il trasporto per via d'acqua o di aria, ed alle leggi speciali in materia di trasporto ferroviario e postale. Tali norme definiscono il GENUS unitario da cui si dipartono specificazioni determinate:

- a) dal mezzo tecnico;
- a) dalla modalità nella quale il trasporto è effettuato;
- a) dall'ambito nazionale o internazionale nel quale la prestazione viene effettuata.

La necessità di tutelare la sicurezza e l'ambiente ha poi indotto il legislatore a predisporre una disciplina differenziata per i c.d. trasporti speciali: merci pericolose, materiali radioattivi, esplosivi, rifiuti, ecc.

Dalla definizione della nozione di trasporto che si ricava dall'art. 1678, si osserva che la configurazione di tale contratto appare molto ampia ed in grado di ricondurre ad unitarietà una serie di fattispecie negoziali diverse che non integrerebbero contratti distinti ma ne costituirebbero soltanto SPECIES diverse, cioè sottotipi di un unico contratto tipico. Infatti il contratto di trasporto, qualificato dall'OPUS di trasferire persone o cose, da un luogo a un altro, ha carattere indubbiamente unitario comprendendo nel proprio ambito ogni forma di trasferimento individuale dell'oggetto di trasporto (persone o cose) o dal mezzo tecnico usato (terrestre, marittimo, aereo), riconoscendo al contratto struttura tipica.

Innanzitutto viene in rilievo la prestazione del vettore che consiste, in ogni caso, nel compimento delle attività necessarie per il trasferimento di cose o persone da un luogo ad un altro, dietro corrispettivo questi non deve essere necessariamente un imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. e non è tenuto ad eseguire personalmente la prestazione.

Il diverso oggetto (di persone o cose) del trasporto comporta una diversa struttura del rapporto sia un diverso regime di responsabilità del vettore, che si riflette sugli obblighi e sui diritti delle parti. La distinzione non è contenuta solo nel c.c., ma è riproposta anche nel codice della navigazione e nelle leggi speciali e nei trasporti ferroviari. Il contenuto della prestazione consiste nel compimento di tutte le attività necessarie per trasferire persone o cose da un luogo ad un altro, con i mezzi forniti dalla parte che si assume l'impegno di compiere la prestazione stessa; consiste in un fare, valutato non in funzione della quantità di energie prestate, bensì, in ragione del raggiungimento del risultato, quale il trasferimento.

Responsabilità del vettore per inesecuzione della prestazione e per ritardo

In tema di responsabilità del vettore si distingue tra inadempimento della prestazione tipica del trasporto quale l'inesecuzione o inesatta esecuzione, il ritardo, e l'inadempimento dell'obbligazione di custodia e quindi la perdita totale o parziale del carico, o avaria dello stesso. Titolare dell'azione nei confronti del vettore è l'avente diritto al carico; per cui titolare è il mit-

tente fino a che la merce non sia arrivata a destinazione ed il destinatario non abbia manifestato l'intenzione di aderire al contratto; dopo tale momento il titolare è il destinatario, oppure il legittimo possessore del duplicato della lettera di vettura, sottoscritto dal vettore, ove tale documento sia stato emesso all'ordine. L'inesecuzione o l'inesatta esecuzione ed il ritardo ricadono, secondo l'opinione prevalente, sotto le norme che regolano la responsabilità per inadempimento delle obbligazioni, ed in particolare è applicabile l'art. 1218 c.c. e la relativa disciplina dell'onere probatorio. Il creditore della prestazione deve provare l'esistenza del contratto e l'inadempimento, mentre il debitore-vettore, dovrà dare la prova negativa che tale fatto non sia a lui imputabile, limitandosi a dimostrare che sono stati impiegati mezzi materiali e personali idonei ed è stata prestata la dovuta diligenza, non richiedendo il codice la più onerosa indicazione positiva della causa esimente la responsabilità come invece previsto nell'art. 1693 in caso di perdita o avaria delle cose.

Rientra nell'esatto adempimento dell'obbligazione di trasportare, anche l'esecuzione delle prestazioni c.d. accessorie, quali ad esempio la pesatura delle merci, l'uso di attrezzi, di gru, l'adempimento di operazioni doganali.

Responsabilità per perdita o avaria

Ai sensi dell'art. 1693 comma 1 c.c., il vettore è responsabile della perdita e dell'avaria delle cose consegnategli per il trasporto dal momento in cui le riceve a quello in cui le riconsegna al destinatario, se non prova che la perdita o l'avaria sia derivata da caso fortuito dalla natura o dai vizi delle cose stesse, o dal loro imballaggio, o dal fatto del mittente o da quello del destinatario.

La responsabilità ha come presupposto indispensabile la consegna della cosa da trasportare ossia il contatto materiale con il bene oggetto dell'obbligo di custodia. Ha inizio nel momento in cui il vettore prende in consegna le cose da trasportare e cessa con l'effettiva riconsegna al destinatario e vi permane anche quando quest'ultimo rifiuti la riconsegna e debba provvedere al deposito, a norma dell'art. 1690 c.c. Se il vettore accetta le cose da trasportare senza riserva, si presume che le cose stesse non presentino vizi apparenti d'imballaggio (art. 1693 comma 2 c.c.).

Per avaria si intende qualsiasi alterazione delle caratteristiche sostanziali e strutturali delle cose trasportate, tale da provocare una diminuzione di utilità o di valore.

La perdita può essere totale quando il vettore non riconsegna le cose ricevute per il trasporto, o parziale, quando nella misura o nel numero delle cose riconsegnate vi sia una diminuzione rispetto alle cose spedite. Chi agisce in responsabilità: MITTENTE o DESTINATARIO deve quindi provare:

- 1) l'esistenza del contratto;
- 2) l'avvenuta consegna della merce (identificata nella qualità, quantità e stato);
- 3) il fatto della perdita e dell'avaria avvenuta durante il trasporto.

Fornite tali prove da parte del creditore, opera la presunzione iuris tantum di responsabilità prevista dall'art. 1693 c.c. a carico del vettore, il quale si libera dimostrando che la perdita o l'avaria, pur essendosi verificate durante il trasporto, sono derivate da un fatto ESTRANEO a lui NON IMPUTABILE positivamente determinato, fatto che deve viceversa essere sussistente allorché si rinvenga dolo o colpa grave del vettore. La prova è un fatto positivo e si basa sul confronto fra qualità, quantità e stato delle cose al momento della consegna ed al momento della riconsegna.

La responsabilità che nasce a carico del vettore per perdita o danno alla merce, è tradizionalmente definita responsabilità ex RECEPTO e dà vita ad una vera e propria presunzione relativa di responsabilità (art. 2727 c.c.). E' PRESUNTA per il solo fatto del verificarsi dell'evento dannoso durante l'esecuzione del contratto di trasporto e non può venire esclusa se non

mediante la prova positiva da parte del vettore della derivazione del danno da una delle cause di esonero espressamente indicate dalla norma e cioè: CASO FORTUITO, NATURA e Vizi delle cose, IMBALLAGGIO, FATTO DEL MITTENTE e del Destinatario. La peculiarità di questo tipo di responsabilità sta nella necessità di individuare positivamente la causa liberatoria, e quindi diversamente da quanto è richiesto dalle norme comuni sulla responsabilità contrattuale in base alle quali il debitore si libera provando negativamente la non derivazione del danno da colpa propria.

E' l'evento assolutamente imprevedibile ed inevitabile che il vettore deve provare per liberarsi. La causa ignota resta perciò a suo carico. In altri termini, il vettore, perché venga esclusa la propria responsabilità non può limitarsi a provare di avere usato, nell'eseguire il trasporto, la diligenza richiesta dall'art. 1176 cod. civ., bensì, deve fornire la prova positiva e specifica che il danno sia dipeso da un fatto, espressamente individuato, estraneo alla sua sfera d'azione.

La responsabilità ex recepto trova la sua origine nel diritto romano e determina un aggravamento della posizione di quegli obbligati che, per il loro grado di professionalità, si distinguono dai comuni debitori e, quindi, devono effettuare la prestazione con un maggior grado di diligenza. Per cui questi hanno o avrebbero l'onere di dimostrare positivamente la causa dell'impossibilità della prestazione e l'adozione di un criterio oggettivo di imputazione de caso fortuito. L'art. 1176, comma 2, cod. civ., infatti, stabilisce che nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di una attività professionale, la diligenza debba valutarsi con riguardo all'natura dell'attività esercitata. La mancata indicazione del valore delle cose da trasportare da parte del mittente, ad esempio, non autorizza il vettore ad una minore diligenza nell'esecuzione del contratto, né può sollevarlo da responsabilità risarcitoria in caso di perdita e di avaria, salvo che deduca e dimostri che quest'ultima sia avvenuta a causa dell'omessa adozione di speciali ed aggiuntive misure di custodia, che avrebbe dovuto assumere, ove fosse stato informato di detto valore.

Trasporto stradale

Nonostante la normativa contenuta nel codice civile sembri applicarsi quasi esclusivamente al trasporto stradale di merci, la disciplina relativa è sottratta progressivamente al diritto commerciale, entrando nell'area del diritto pubblico con la conseguenza che l'autonomia delle parti subisce, proprio in questo settore, forti limitazioni in relazione al limite risarcitorio, che derivano dalla normativa uniforme (in sostanza inderogabile) contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1956 (art. 41 CMR).

Il legislatore di diritto uniforme ha esteso ai rischi del trasporto internazionale su strada di cose criteri di attenuazione della responsabilità del vettore secondo principi simili a quelli operanti in materia di trasporto ferroviario e marittimo anche se cause particolari di esonero della responsabilità del vettore (rischi speciali) previsti in particolari circostanze, di fatto comportano una sensibile attenuazione dell'onere della prova in capo al vettore rispetto a quelli propri della rigorosa disciplina della responsabilità ex recepto.

Il recepimento del limite risarcitorio risponde all'esigenza della tendenziale trasformazione dei rischi dell'attività di impresa esercitata dal vettore in meri rischi assicurativi, facilmente razionalizzabili in funzione della possibilità di commisurare il massimale di copertura ad un limite di indennità determinato.

I principi che sono alla base del limite risarcitorio sono:

- a) CERTEZZA dell'ammontare dell'indennità risarcitoria, per la salvaguardia dell'utente contro i rischi del trasporto, senza pregiudizio per l'impresa vettrice;
- a) ADEGUATEZZA intesa come congruità dell'indennità risarcitoria, nel senso che deve esse-

re garantito un risarcimento non simbolico, mediante il costante aggiornamento del limite risarcitorio agli effettivi valori monetari.

Le peculiarità dell'ordinamento uniforme emergono in modo evidente in relazione a quello interno. Mentre le norme sulla responsabilità del vettore di cui all'art. 17, par. 2, della C.M.R. sembrano corrispondere all'art. 1693 c.c., interviene la legge 22 agosto 1985 n. 450, la quale ha provveduto ad estendere, anche nell'ordinamento interno, per il trasporto di cose su strada, la limitazione dell'obbligazione risarcitoria del vettore. La suddetta legge, modificata dalla legge 162/93 (norme relative al risarcimento dovuto dal vettore stradale per la perdita o avaria delle cose trasportate) riguarda il quantum ossia il limite del risarcimento. Se la limitazione della responsabilità del vettore (la quale trasforma il rischio delle imprese di autotrasporto per la perdita o l'avaria delle merci in costi assicurativi) per un verso, comportava un contenimento dei prezzi del servizio, con benefica ricaduta sui prezzi di mercato delle merci trasportate e quindi sull'interesse generale, per altro verso, se la somma limite non avesse rappresentato un risarcimento adeguato, detto vantaggio sarebbe stato annullato dal costo supplementare che l'impresa utente si sarebbe dovuta accollare per assicurare per proprio conto un congruo indennizzo. Questo costo assicurativo, gravato dall'estensione del limite di responsabilità del vettore all'ipotesi di dolo o colpa grave, avrebbe inciso sulla programmazione dei costi delle imprese utenti e sulla politica dei prezzi, comprimendo la libertà di organizzazione e gestione dell'impresa secondo criteri di economicità, quale elemento della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione.

La dichiarazione di illegittimità costituzionale determinava comunque la cessazione dell'efficacia del limite indennitario della responsabilità del vettore stradale così che la responsabilità medesima veniva nuovamente ad essere sottoposta alla norma generale in materia di trasporto di cose di cui agli artt. 1693 e 1696 c.c.

Come è noto, di grande importanza è la sentenza della Corte Costituzionale del 23 novembre 1991 n. 420, nella quale la Corte dichiarava l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della Legge 22 agosto 1985 n. 450 nella parte in cui nell'ipotesi di trasporto di merci su strada, soggetto a sistema tariffari obbligatorio, non eccettuava dalla limitazione di responsabilità del vettore per i danni derivanti da perdita o da avaria delle cose trasportate, il caso di dolo o colpa grave e pertanto la suddetta sentenza riconosceva e quindi affermava espressamente la decadenza dal beneficio del limite risarcitorio in ipotesi di comportamento doloso o gravemente colposo come principio consolidato dell'ordinamento giuridico.

Pertanto il dubbio di costituzionalità veniva proposto sotto due profili:

- a) in riferimento agli articoli 3 e 41 Costituzione, in quanto la norma denunciata "non prevede il dolo o la colpa grave quale eccezione alla limitazione di responsabilità del vettore";
- b) in riferimento all'articolo 41 Costituzione (come sopra specificato) e all'art. 3 Costituzione "in quanto non prevede che la limitazione di responsabilità si applichi solo nel caso in cui il trasporto sia stato in concreto sottoposto alla tariffa a forcilla".

L'assenza di tali eccezioni nella legge impugnata comportava, in contrasto col principio di eguaglianza, una ingiustificata disparità di trattamento della responsabilità del vettore nel trasporto nazionale rispetto a quello internazionale, con l'effetto di determinare costi aggiuntivi a carico degli utenti e quindi ciò si traduceva in definitiva per essi in un limite della libertà di iniziativa economica risultando aggravato il rapporto costi-benefici nelle rispettive imprese. Detta norma inoltre era illegittima poiché non prevedeva un meccanismo di aggiornamento del massimale prescritto per l'ammontare del risarcimento del danno causato dal vettore.

Equiparazione del dolo alla colpa grave

I limiti di responsabilità di cui alla legge 22 agosto 1985 n. 450, non trovano dunque

applicazione quando sussista dolo e colpa grave del vettore.

E' opportuno pertanto richiamare la definizione di colpa grave e valutarne il contenuto:

l'accezione di colpa grave deve essere intesa con riferimento alla straordinaria ed inescusabile imprudenza, nonché alla omessa osservanza anche della minima diligenza, alla grossolana e macroscopica trascuratezza valutata in senso oggettivo.

La colpa grave si ravvisa dunque in un comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di recare danno ad altri, operi con diligenza, ma cosciente della situazione rischiosa che assume comunque di affrontare, sia accettandone il rischio, sia confidando nella sua abilità, nello stato dei luoghi, o in altre circostanze in base alle quali ritiene di poter evitare il danno.

Dunque non si tratta di un'accettazione del rischio che l'evento si verifichi e quindi di un comportamento eseguito anche a costo di cagionare il danno, poiché altrimenti si tratterebbe di una condotta caratterizzata dal dolo, ma di un comportamento eseguito dal vettore, nonostante si rappresenti l'evento, omettendo comunque di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo di elementare diligenza osservata da tutti e naturalmente rapportata alla professionalità dell'incarico da svolgere.

Tale inquadramento della nozione di colpa grave trova applicazione in numerose sentenze:

- 1) Cass. civile, sez. III, 8 agosto 1996 n. 7293, Soc. Gatto trasporti c/Fall. Soc. Gaeta e altro. Diritto trasporti 1998, 105 nota (Commellini).
- 2) Cass. civile, sez. III, 7 ottobre 1996 n. 8750, Storci c/ Soc. Concab. Riv. Giur. Circol. Trasp. 1998, 224 nota (Meotti).
- 3) Tribunale Cagliari, 25 maggio 1998, Soc. Padana Ass. c/ Soc. trans. Tirreno autotrasp. Diritto trasporti 1999, 973 nota (Romagnoli).
- 4) Cass. civile, sez. III, 21 ottobre 1998, n. 10423, Salis c/ Soc. Demoni. Giust. Civ., Mass. 1998, 2135, ove è stato riconosciuto che l' accertamento della sussistenza o meno della colpa grave del vettore stradale per perdita o avaria delle cose trasportate, costituisce indagine di fatto demandata al Giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, se adeguatamente motivata.
- 5) Cass. civile, sez. III, 21 dicembre 1999, n. 14397. Soc. Siat assicur. c/Soc. Nieddu. Dir. Trasporti 2000, 839 nota (Corona).
- 6) Cass. civile, sez. III, 7 agosto 2000, n. 10360, Soc. Autoindustriale c/Trygg Hans Marine Insurance Co. Ltd. Dir. Maritt. 2002, 920 nota (Fadda)
- 7) Trib. Milano 23 marzo 2000. Soc. Winterthur Assicur. c/Soc. D.H.L. International. Dir. Maritt. 2000, 957.
- 8) Trib. Milano 9 aprile 2001, Soc. Nrg Italia c/ Soc. Ned Lloyd Road Cargo. Dir. Maritt. 2003, 176.
- 9) Corte Appello Trieste, 5 novembre 2001, Soc. Automarocchi c/Versicherung A.G.. Dir. Trasporti 2003, 279 (s.m.). La quale riconoscendo l'efficacia retroattiva della pronuncia della Corte Costituzionale per tutte le situazioni che, pur essendo sorte interiormente alla decisione, sono ancora pendenti in sede amministrativa o giurisdizionale, ha previsto per esse l'applicabilità della decisione della c. Cost. 22 novembre 1985 n. 420, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 L. n. 450 del 1985 nella parte in cui non eccettua dalla limitazione della responsabilità del vettore per i danni derivanti dalla perdita o avaria delle cose trasportate il caso di dolo o colpa grave.
- 10) Corte di Cassazione, Sez. III, 19 novembre 2001, n. 14456, Fabio Terreni c/ Bertolucci & Coluccini S.r.l.. Dir. Mariti. 2003, p. 1300
- 11) Cass. Civile, Sez. III, 4 aprile 2003, n. 5329, Ditta Dilernia Ghiottone c/Ammin. Aut. Monopoli Stato. Giust. Civ. Mass. 2003, f. 4. Ove è stata riconosciuta la responsabilità del vettore in forza dell'articolo 1 128 c.c. per perdita o avaria delle cose consegnate derivata da dolo

o colpa dei dipendenti di cui egli si avvale per eseguire il trasporto.

12) Cass. civile, sez. III, 18 giugno 2003, n. 9703. D&G. Dir. e Giust. 2003, f. 28,107.

13) Cass. civile, sez. III, 12 dicembre 2003, n. 19050, Soc. S.T.S. Transchimica c/Impr. Artig. Autotrasporti. Giust. Civ. Mass. 2003, f. 12.

Giurisdizione

L'articolo 31 della CMR, concerne la determinazione di chi possa conoscere delle controversie derivanti dal contratto internazionale di trasporto di merci su strada. Tale articolo stabilisce i criteri di determinazione della giurisdizione cui spetti di risolvere "tutte le controversie alle quali diano luogo i trasporti soggetti alla presente Convenzione". Il suddetto articolo provvede solo a designare lo Stato che abbia giurisdizione senza che i criteri in esso indicati valgano per la determinazione, all'interno dello Stato, del Foro competente: es. non è detto che risulti territorialmente competente l'organo giudicante del "luogo della presa in carico della merce". Questo parametro identificherà lo Stato, ma non il Giudice al suo interno. Dunque va posto in luce che il n. 1 dell'art. 31 rinvia alla legge nazionale solo per la precisazione della competenza per territorio, per materia o per valore, oltre che per la disciplina del rito in senso lato.

Per radicare la giurisdizione del Giudice italiano sono sufficienti i parametri indicati dall'art. 4 c.p.c. secondo cui lo straniero può essere convenuto davanti al Giudice della Repubblica se la domanda riguarda obbligazioni le quali debbono anche soltanto in parte eseguirsi nel territorio della Repubblica Italiana, indipendentemente dal fatto che l'obbligazione dedotta in giudizio non sia tra quelle che avrebbero dovuto essere adempiute nel territorio del nostro Stato.

Riferita al contratto di trasporto, la giurisdizione del Giudice italiano, sussiste qualora a questo venga richiesta una pronuncia di condanna al risarcimento del danno provocato al mittente da inadempimento del vettore nel trasporto su strada di cosa spedita da località del territorio nazionale con destinazione in Stato estero o viceversa. Le Sezioni Unite hanno avuto modo di affermare più volte che la competenza giurisdizionale a conoscere tale domanda spetta in linea di principio al Giudice Ordinario, quando viene proposta domanda di risarcimento del danno (Seni. n. 3183/89; n. 367/92; n. 6667/92; n. 5477/95; n. 10453/97; n. 1096/98).

La sentenza n. 10453/97 ha in particolare stabilito che la competenza giurisdizionale a conoscere di una domanda di risarcimento del danno spetta, in linea di principio, al Giudice ordinario, poiché la parte istante fa valere in giudizio un diritto soggettivo, quale è il diritto al risarcimento del danno, e pertanto rientra nella competenza di quel Giudice lo stabilire sia l'AN, cioè se tale diritto esista e sia configurabile, quanto se la situazione giuridica soggettiva (dalla cui lesione la parte sostenga esserle derivato un danno), sia tale da determinare a carico dell'autore del comportamento illegittimo, l'insorgere di una obbligazione risarcitoria.

Ne consegue che la questione della natura della situazione soggettiva concretamente lesa e della sua idoneità a connotare il pregiudizio come danno risarcibile, è vicenda che attiene al merito e non alla giurisdizione, e ciò tanto in ipotesi di controversie tra privati, quanto di controversie che vedono contrapposta al privato la P.A. e si discute dell'esercizio da parte di questa, di poteri autoritativi.

La giurisprudenza ha dovuto sovente affrontare simili questioni perché spesso si è adito il Giudice del luogo della presa in carico o del luogo di destinazione, o comunque quello indicato ex art. 31 n. 1 C.M.R., come se questa norma sancisse non solo la giurisdizione internazionale, ma anche la competenza che si determina all'interno dello Stato membro. Problemi delicati si pongono quando la normativa di rito non individua alcun organo competente, nonostante lo Stato abbia la giurisdizione, ciò che si può verificare in particolare per la lettera b) dell'art. 31.

In Italia tuttavia è raro il caso in cui non si rinvenga nemmeno un Giudice competente,

Avv.
Carmelita de FINIS

Riflessioni sulla Legge n.40/2004 in materia di fecondazione assistita

poiché il II comma dell'art. 18 c.p.c. prevede, quale criterio suppletivo, la competenza del Giudice del luogo in cui risiede l'attore: si pensi all'ipotesi del mittente italiano che si avvale di un vettore straniero e potrà con ogni probabilità agire in Italia (luogo della presa in carico) o all'ipotesi del destinatario italiano che radicherà nel nostro Paese il giudizio contro il vettore straniero, per lo meno in forza

del criterio del luogo previsto per la riconsegna. Se il convenuto non ha residenza, né domicilio, né dimora in Italia, ci si potrà rivolgere al Giudice del luogo in cui risiede l'attore, salva anche l'applicazione dell'art. 20 c.p.c., ed anzi a questo proposito va ricordato che la giurisprudenza francese ha ritenuto competente il Tribunale del luogo della riconsegna "per i trasporti all'importazione in quanto Tribunale del luogo in cui è stata eseguita la prestazione del vettore".

Fin dai tempi antichi il desiderio di avere un figlio è stata una aspirazione dell'uomo ed ove ciò gli sia stato precluso, essendo privo biologicamente della possibilità di procreare, egli ha provveduto con strumenti di diritto "mediante l'instaurazione di un rapporto di filiazione civile, con un soggetto biologicamente estraneo" (quale l'adozione).

L'adozione è stata infatti lo strumento nato nell'antichità, attraverso il quale un individuo passava da un gruppo gentilizio all'altro; era conosciuto dai popoli più antichi ed è stato disciplinato giuridicamente presso i Babilonesi - nel codice di Hammurabi sec. XVIII e XVII a.c. - presso gli Ebrei ed i Greci e naturalmente presso i Romani, che disciplinarono articolatamente la materia.

La ricerca ed i progressi scientifici hanno in tempi recenti aggiunto l'ulteriore rimedio della "procreazione artificiale".

Essa permette, "nella versione omologa, con strumenti medici, di esercitare le proprie potenzialità generative (naturalmente inutilizzabili); nella versione eterologa consente comunque, mediante l'utilizzo delle potenzialità generative altrui, la soddisfazione del desiderio del figlio di colui che ne assumerà poi la responsabilità di fronte alla società". Giustificazione di tali tecniche (anche prima dell'emanazione della Legge 40/2004) non possono però considerarsi la scelta del sesso o il "perfezionamento qualitativo del nascituro o, comunque motivi di selezione, come evidenziato dalla quasi totalità dei progetti di legge presentati in Parlamento ed affermato dalla giurisprudenza.

Il Tribunale di Bologna, in proposito, si è pronunciato in data 9/5/2000: "Le tecniche riproduttive artificiali non possono essere considerate come una forma alternativa di procreazione cui le persone possano ricorrere liberamente, bensì come un intervento eccezionale e residuale cui si può incorrere soltanto in particolari situazioni e determinate condizioni. Deve cioè affermarsi che le tecnologie riproduttive vanno qualificate come strumenti volti alla tutela della salute e cioè come particolari forme di terapia che consentono all'individuo di soddisfare il legittimo interesse ad avere un figlio e quindi come diritto riservato alle persone che, per vie naturali, ne sarebbero escluse".

A seguito dei noti eclatanti eventi di fecondazione artificiale su particolari soggetti, come donne ultrasessantenni, "uteri in affitto" o di fecondazione *post mortem*, si è supplito al vuoto normativo perdurante, mediante l'adozione da parte di Organismi Medici di un codice deontologico che ha vietato l'inseminazione in donne sopra i cinquanta anni di età, su single, su coppie omosessuali; ha proibito inoltre l'inseminazione *post mortem* ed il ricorso a "madri surrogate" di qualunque tipo.

Il Legislatore, con la Legge 19 Febbraio 2004 n. 40 ha per la prima volta regolamentato la problematica inerente la fecondazione artificiale.

In precedenza nessuna norma si è mai espressa in merito all'accesso alle tecniche riproduttive, salvo qualche circolare dell'85, dell'87 e del '92 ed ordinanze, come quelle emanate dal Ministero della Sanità, che sancivano il "divieto e la commercializzazione e la pubblicità di

gameti ed embrioni umani ed il divieto di pratiche di donazione umana o animale" (ord. 5/3/97, prorogata limitatamente al divieto di donazione umana) e l'ordinanza del Ministero della Sanità del 25/7/2001 che vietava l'importazione e l'esportazione di gameti ed embrioni umani. Il tutto lasciando inevasa la conseguente tutela del minore. A questo proposito è mutato il principio di "paternità", non legato solo a principi naturali ma a quelli di "assunzione di responsabilità".

Nel caso di "inseminazione eterologa", quindi, è sorto il problema della ammissibilità o meno dell'azione di disconoscimento di paternità ex art. 235 c.c., ove il marito abbia prestato il proprio consenso all'inseminazione della moglie.

La Cassazione, Sez. I, con la sentenza 16/3/1999 n. 2315 ha affermato che in questo caso l'azione per il disconoscimento di paternità non sia ammissibile.

In effetti siamo di fronte ad una assunzione volontaria di responsabilità che non trae origine da fattori biologici, ma che genera una nuova figura di paternità: la "paternità civile" ed il ruolo di "padre sociale" in capo a colui che ha prestato il consenso.

E' quindi il consenso liberamente prestato l'elemento caratterizzante ed imprescindibile della situazione creatasi, la nascita del figlio, che assume da quel momento lo status di figlio legittimo.

Inoltre, tale consenso comporta una legittima aspettativa, da parte della donna e del figlio, che non venga esperita l'azione ex art. 235 c.c. da parte del padre, che si assume così l'impegno al mantenimento ed all'istruzione della prole; in caso contrario saremmo di fronte, secondo parte della dottrina, ad un "abuso del diritto", con la conseguente possibilità di agire per il risarcimento del danno "patrimoniale, morale ed assistenziale".

Si tratterebbe quindi, assume la S.C., di una contravvenzione al divieto di "venire contro factum proprium", che confermerebbe la legittimità del proponimento dell'azione per il risarcimento del danno, causato dal comportamento del "padre" che richieda il disconoscimento della paternità.

L'importanza di tale consenso comporta inoltre che al principio del favor veritatis (ossia rapporto di genitorialità basato esclusivamente sul dato biologico) subentri con maggior rilevanza il favor affectionis, ossia la preponderante volontà di assumersi ogni responsabilità conseguente alla decisione di rivolgersi alla procreazione assistita.

La Giurisprudenza di merito, al contrario, nelle varie decisioni espresse in materia, ha ritenuto per lo più applicabile il principio della Verità Biologica ritenendo ammissibile l'azione di disconoscimento di paternità in assenza del vincolo di sangue tra padre e figlio, attribuendo al "consenso prestato" esclusivamente valore di atto negoziale. (Trib. Roma 30/4/1956; Trib. Padova 16/2/1959; Trib. Napoli 20/7/1988; Trib. Cremona 17/2/1994; C. App. Brescia 10/14/1995; Trib. Rimini 25/3/1995; Trib. Napoli ord. 14/3/1997).

Il Tribunale di Napoli, pur affermando lo stesso principio, ha, però, trasmesso gli atti alla Corte Costituzionale in data 28/2/1997, ritenendo non manifestamente infondata la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. ove non preclude l'azione di disconoscimento della paternità in caso di fecondazione eterologa, rendendo così il figlio privo di una figura paterna e che diventa inoltre il soggetto meno tutelato nei suoi diritti inviolabili di uomo in quella particolare formazione sociale che è la famiglia.

In altre parole il padre sociale "in omaggio al principio di autoresponsabilità non potrà disconoscere il figlio che con la propria volontà ha contribuito in maniera determinate a far nascere".

La Corte Costituzionale con una decisione fondamentale in materia e che ha posto le basi per la successiva legislazione, con la sentenza 26 settembre 1998 n. 347 ha infine ritenuta ammissibile - per contrasto con gli artt. 2, 3, 29, 30 e 31 della Costituzione - la questione di legittimità costituzionale dell'art. 235 c.c. ove consentirebbe l'azione di disconoscimento di

paternità del marito che, affetto da impotenza generandi, abbia prestato il proprio consenso all'AID della moglie, in quanto detta norma si riferisce esclusivamente ai casi in cui la nascita del figlio consegua ad un rapporto adulterino; al di fuori di tale caso, come nella fecondazione eterologa, in cui è del tutto assente la violazione del dovere di fedeltà tra i coniugi, ed è assente qualunque rapporto sessuale con persona diversa dal coniuge, l'azione suddetta non può essere espletata.

La Corte Costituzionale con altra decisione (20 luglio 1990 n. 341) ha sancito, poi, l'illegittimità dell'art. 274 c.c. ove, per il minore di anni 16, non prevede che l'azione da parte del genitore che esercita la patria potestà sia ammissibile solo se risponde all'interesse del minore; ribadendo in tal modo il concetto che la verità biologica non sia meritevole di tutela in via assoluta, essendo preminente l'interesse del minore.

E infatti nel suo interesse che deve essere impedito il disconoscimento effettuato proprio da colui che ha volontariamente e consapevolmente (biologicamente o mediante il consenso) "posto in essere un processo vitale".

Ciò proprio in ossequio al principio di eguaglianza che vuole equiparati i diritti dei minori nati naturalmente a quelli nati da pratiche di inseminazione artificiale omologa od eterologa.

A fronte della situazione preesistente alla legge e dopo un lungo iter parlamentare, iniziato mediante la presentazione in data 30/5/2001 del disegno di legge, relatore On. Giorgetti, la legge è stata definitivamente approvata dalla Camera dei Deputati, dopo un doppio passaggio parlamentare, in data 10 Febbraio 2004.

Recita l'art. 1: "Alfine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.

Il ricorso alla procreazione medicalmente assistita è consentito qualora non vi siano altri metodi terapeutici efficaci per rimuovere le cause di sterilità o infertilità".

L'art. 4: " Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atti medico...."

L'art. 5 recita poi: "Fermo restando quanto stabilito dall'articolo 4, possono accedere alle tecniche di procreazione medica/mente assistita coppie di maggiorenni di sesso diverso, coniugate o conviventi, in età potenzialmente fertile, entrambi viventi".

E' evidente il tentativo da parte del Legislatore di colmare legislativamente una situazione di vacatio legis come sopra illustrata, tentando di adeguare la legislazione italiana a quella di gran parte dell'Europa.

Il Parlamento Europeo (ed il Consiglio d'Europa) già con risoluzioni e raccomandazioni risalenti agli anni 1983 e 1989 ha fissato regole basate sul rispetto della dignità umana, vietando il commercio di embrioni, la ricerca distruttiva su embrioni umani e la produzione di embrioni a fini di ricerca.

La maggior parte dei paesi europei ha una legislazione in materia già da molti anni, sia sulla fecondazione assistita o per lo meno norme sulla tutela dell'embrione, come la Germania, che presenta anzi (per evidenti motivi storici) una legislazione abbastanza severa in particolare su quest'ultimo punto e dove sono previste gravi sanzioni penali, tanto che diviene lecito solo quello che non è sanzionato penalmente. Alcuni Paesi come la Spagna, l'Austria e la Francia hanno applicato un sistema organico e completo; in altri casi il sistema adottato è quello per lo

più proibizionista, come l'Austria, la Svizzera, la Francia e la Svezia, oltre alla Germania, come sopra detto.

Infine, in altri Paesi è stata prevista una normativa molto liberale, che antepone la libertà di scelta della donna alle altre, compreso l'interesse del figlio che dovrà nascere.

In Inghilterra, poi, l'unico organismo preposto a concedere o non concedere l'accesso alle varie tecniche riproduttive è l'apposito "Ente per la fecondazione umana ed embriologia" che decide, caso per caso, di concedere l'autorizzazione richiesta.

Nella legge n. 40 il Legislatore italiano ha dunque accolto una tesi non limitante l'accesso solo alle coppie regolarmente coniugate, ampliando la portata della norma anche a quelle non sposate, maggiorenni, escludendo quindi esplicitamente i singoli, gli omosessuali e la procreazione *post mortem*.

Ciò, in linea con l'orientamento dei Paesi europei, che hanno previsto l'accesso alle tecniche solo alle "coppie (La Norvegia ha però posto un limite: che le coppie siano sposate); Le varie legislazioni prevedono anche una certa stabilità per le coppie non sposate: la Francia richiede che la convivenza perduri da almeno due anni. e quasi tutti i Paesi europei richiedono che le coppie conviventi siano eterosessuali. In Spagna ed in Inghilterra è ammessa la fecondazione anche per le donne singole e quest'ultima pone l'attenzione solo sulla donna come unica destinataria delle tecniche; per l'uomo è prevista solo la funzione di attribuzione della paternità legale.

La normativa di quasi tutti i Paesi europei prevede una funzione residuale alle pratiche di fecondazione assistita; così l'Italia ed anche l'Austria, la Francia e la Spagna; in questi ultimi due casi essa è prevista anche per evitare la trasmissione al figlio di malattie di particolare gravità.

L'art. 4 n. 1 della Legge n. 49/2004 recita: "Il ricorso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita è consentito solo quando sia accertata l'impossibilità di rimuovere altrimenti le cause impeditive della procreazione ed è comunque circoscritto ai casi di sterilità o di infertilità inspiegate documentate da atto medico nonché ai casi di sterilità o di infertilità da causa accertata e certificata da atto medico".

In Italia, come nella quasi totalità dei Paesi europei, è previsto poi che tali tecniche si possano applicare a coppie "in età potenzialmente fertile; la Svezia e l'Ungheria fissano il limite d'età in quaranta anni.

Anche l'inseminazione *post mortem* è stata prevista e vietata in quasi tutti i Paesi come l'Austria, la Norvegia, l'Ungheria, la Svezia, la Francia; in Germania sono previste pene severe; in Spagna e in Inghilterra è invece prevista, seppure con particolari modalità. La fecondazione eterologa è ammessa in alcuni Paesi ove è prevista la piena legittimità del figlio nato dalla coppia il cui marito o convivente debba però prestare il consenso scritto alla inseminazione e tale consenso preclude l'ammissibilità dell'azione di disconoscimento di paternità (Inghilterra, Austria, Francia e Spagna).

A tre mesi dall'emanazione della Legge sono state sollevate molte questioni, in particolare: sul divieto di fecondazione eterologa (art. 4 n. 3), sul divieto di revoca del consenso alla fecondazione dopo la fecondazione dell'ovulo (art. 6 comma 3) e sull'adombrato vizio di costituzionalità della Legge stessa.

Ciò che ha provocato maggiori perplessità è stato il secondo problema che ha portato alla formazione anche di movimenti contrari all'art. 6 suddetto. Secondo autorevoli opinioni (Frosini), saremmo di fronte ad un "altro aspetto di noncuranza legislativa che determina un grave vuoto legislativo". Infatti, nel caso in cui la donna intenda revocare il consenso quando la fecondazione dell'ovulo sia già avvenuta, quale sarebbe l'attività da porre in essere da parte del medico? Egli non può congelare o distruggere l'embrione in quanto l'art. 14 comma 1 lo vieta; potreb-

be forse invocare la deroga prevista dal comma 3 dello stesso art. 14 che recita: "Qualora il trasferimento nell'utero degli embrioni non risulti possibile per grave e documentata causa di forza maggiore relativa allo stato di salute della donna non prevedibile al momento della fecondazione è consentita la crioconservazione degli embrioni stessi fino alla data del trasferimento, da realizzare non appena possibile". Ma se, come nel caso prospettato, la donna non fosse più consenziente, quale sarebbe la destinazione finale degli embrioni?

Sono stati sollevati alcuni dubbi (Frosini) anche sulla costituzionalità della legge per quanto riguarda:

a) il principio della libertà della ricerca scientifica, prevista dall'art. 33 della Costituzione: infatti la legge n. 40 vieta di utilizzare gli embrioni già esistenti, che ammontano oggi a circa 27 mila, e che potrebbero essere usati anche a fini terapeutici;

b) la violazione dei diritti fondamentali della donna, in particolare quello alla salute e quello alla maternità. Sarebbe quindi contraria al dettato costituzionale la norma che "prevede la revoca del consenso della donna all'impianto solo fino al momento della fecondazione dell'ovulo, prefigurandosi così un trattamento sanitario obbligatorio dell'impianto nel corpo della donna di embrione a cui siano state diagnosticate anomalie: in tal caso la donna sembrerebbe obbligata a subire l'impianto, per poi eventualmente ricorrere all'aborto terapeutico (violando così il rispetto alla persona umana quale limite ai trattamenti sanitari ex art. 32 della Cost). Attesa tale problematica, è stata prevista dal Legislatore la possibilità della diagnosi preimpianto nel caso della fecondazione assistita, per esempio quando uno od entrambi i genitori sono portatori di una malattia; gli embrioni prodotti, però, devono comunque essere impiantati (è questo il caso sollevato dinanzi al Tribunale di Catania, in cui il Giudice, applicando la legge - art. 14 n. 1 - ha negato, con la decisione del 3 Maggio 2004, la possibilità di selezionare gli embrioni, e di autorizzare l'impianto solo degli embrioni sani, come era stato richiesto dalla coppia affetta da una malattia genetica).

Sarebbe altresì incostituzionale, secondo il citato autore, la disposizione che vieta l'accesso alla fecondazione assistita alle coppie che hanno problemi a procreare a causa di malattie genetiche, prefigurando così una violazione del principio di eguaglianza, di cui all'art. 3 della Costituzione.

Per una corretta interpretazione della Legge va però precisato che la sua ratio è chiaramente quella di evitare qualunque tipo di selezione "eugenetica, ed anche di soppressione degli embrioni umani.

Inoltre, anche il procedimento per la diagnosi pre-impianto non è certo privo di rischi per il nascituro: dall'embrione, giunto allo stadio di otto cellule, ne vengono prelevate due, previa perforazione della membrana che lo avvolge. L'embrione che ha subito tale "biopsia è comunque ferito e molto spesso muore prima dell'impianto, anche se sano. E' da considerare poi, che la diagnosi preimpianto presenta un margine di errore pari al 5-10%: si possono dunque distruggere embrioni sani, ritenendo che siano malati; infine le malattie genetiche conosciute sono circa 10 mila e di esse solo poche sono diagnosticabili.

Proprio per le problematiche sopra accennate è in avanzata fase la predisposizione delle linee guida, previste dall'art. 7 della L. n. 40, da emanarsi entro tre mesi dalla sua emanazione, intese a meglio chiarificare l'applicazione della Legge stessa. Nella riflessione che accompagna la stesura di tali linee emergerebbe in particolare la possibilità di addivenire da parte della donna al rifiuto dell'impianto dell'embrione sano o malformato, attenuando così una delle maggiori perplessità di possibile incostituzionalità della norma di cui si è detto in precedenza.

Prof.
Claudio MOFFA *

Sulla possibile incostituzionalità di alcuni aspetti della legge 154/2001

Il fatto

“**M**” madre e “P” padre genitori naturali di F figlio minore sono in conflitto. P propone per iscritto in data 18 giugno la separazione tramite sua dipartita immediata dall’abitazione comune, connessa a assegno di mantenimento per F e al suo affidamento congiunto/frequenzamento paritaria. Ma M respinge la proposta, e preferisce la strada del ricorso ex art. 736 bis CPC e 342 bis CC per presunte “violenze” di P nei suoi confronti.

Il giudice designato del Tribunale di Roma, anziché convocare P (dal quale avrebbe appreso una verità opposta a quella del ricorso, ed avrebbe avuto inoltre la prova scritta della dichiarata sua intenzione di abbandonare immediatamente l’abitazione comune, e dunque di por fine al conflitto) preferisce per ignoti motivi intraprendere la via breve dell’ “inaudita altera parte” prevista dalla 154/2001, e emette una ordinanza (depositata il 25 giugno e notificata il 2 luglio) che impone l’allontanamento forzato di P dalla abitazione dove vive non solo M ma anche F. Dopo un’udienza nei termini previsti (10 luglio) nel corso della quale il giudice non fa alcuna domanda a Psui presunti “atti di violenza” all’origine del ricorso (che restano così indagati per tutto il procedimento), e dopo il deposito delle memorie difensive di Pda cui emerge tutt’altra verità dei fatti, il provvedimento cautelare viene infine incredibilmente confermato dallo stesso giudice monocratico, di nuovo senza prove, ma non più “in difesa” di M, ma in quella invece ... di sua sorella e di sua madre, entrambe abitanti a una decina di chilometri di distanza dalla casa del nucleo familiare, nella parte opposta della città. Il decreto conclusivo (9 agosto) comporta peraltro, e anzi soprattutto, l’affidamento di fatto di F a M.

La vita di F (come quella di P) viene così radicalmente cambiata dall’oggi al domani. P propone reclamo sia sulla base dell’assenza di presupposti fattuali legittimanti il ricorso, sia in difesa dei diritti di F, legatissimo a P. Ma poiché il legale di P (avv. Tiziana Parenti) non ha considerato la non applicabilità della sospensione feriale ex art. 4 della 154/2001 integrante l’art. 92 dell’ Ordinamento Giudiziario - R.D. 12 1941, la Corte, invocando il “consolidato orientamento” della propria sezione, respinge il reclamo stesso per ragioni di rito (scadenza dei termini di presentazione), con “decreto motivato non impugnabile” ai sensi dell’art. 736 bis CPC, comma 4.

Tre questioni di incostituzionalità.

Al di là del merito, si pongono tre questioni, tutte relative all’art. 3 L. 154/2001, che ha

introdotto l’art. 736 bis CPC:

I°) se sia incostituzionale l’art. 736 bis CPC comma 3, laddove prevede il meccanismo “inaudita altera parte” per procedimenti che investono, in via spesso definitiva al di là della lettera della legge, non beni, ma la vita affettiva dei cittadini e dei minori in particolare.

II°) se sia incostituzionale l’art. 736 bis CPC, laddove non prevede esplicitamente un intervento del PM nel caso in cui il conflitto fra coniugi o conviventi di cui all’art. 2, L. 154/2001 (che ha introdotto l’art. 342 bis CC), coinvolga nei fatti e sia pure indirettamente anche i figli minori;

III°) se sia incostituzionale la 154/2001 laddove, e nella sola sede civile (art. 736 bis CPC, comma 4) prescrive la non impugnabilità con ricorso per Cassazione del decreto conclusivo ex reclamo.

I°) Sulla incostituzionalità del meccanismo “inaudita altera parte” nell’art. 736 bis CPC, comma 3.

Al di là del caso specifico – in merito al quale non si capisce perché il giudice, senza alcuna prova (tranne un certificato medico di 2 gg. di prognosi, per inesistente “riferita aggressione”), abbia ritenuto opportuno non ascoltare P prima di emettere la sua ordinanza: come già detto, P aveva già dichiarato la sua disponibilità all’abbandono della casa – ci si chiede se non costituisca violazione dei più banali principi del garantismo non prescrivere per legge la convocazione del destinatario della richiesta di ordinanza cautelare, prima dell’emissione di quest’ultima, peraltro permettendo al giudice persino di non assumere informazioni altre che quelle, pretese vere, fornite dall’istante (“assunte *ove occorra* sommarie informazioni”). La gravità dell’inaudita altera parte in contenziosi del genere è evidente, visto che la misura cautelare non riguarda beni di cui si contesta la proprietà, come in altri casi di applicazione dell’istituto in oggetto, ma persone e relativi affetti familiari. Si ha voglia a sostenere che il provvedimento è provvisorio, perché il decreto dura 6 mesi. In realtà è facile ipotizzare (basterebbe una verifica dei casi di applicazione della 154/2001) che la misura cautelare diventi sempre e comunque una via di non ritorno, con immaginabili possibili conseguenze di enorme ingiustizia nei confronti del cittadino che non ha avuto alcuna possibilità di esercitare *ab origine* il suo diritto di difesa, secondo quanto previsto dall’art. 111, comma 2, della Costituzione.

Si pensi al proposito a due casi: l’uno, quello *de quo*, che ha investito non solo i rapporti M-P, ma anche quelli di M e P con F, con conseguente furto di fatto del bambino a Pda parte di M, ingiustizia che P ha potuto contrastare solo ricorrendo ai tempi lunghi del Tribunale per i Minorenni, e con tutti i rischi immaginabili. L’altro, quello di uno dei due conviventi che voglia impossessarsi, in una via “provvisoria” tutta da verificare (nel senso che potrebbe protrarsi lungo i tempi notoriamente lenti della giustizia in Italia) dell’appartamento e dei mobili e beni del convivente o coniuge inventandosi “violenze” ai suoi danni.

Perché dunque non prescrivere per legge la convocazione del destinatario del ricorso cautelare, foss’anche in via urgente e coatta?

II°) Sulla incostituzionalità del non previsto e prescritto intervento del PM nell’art. 3 154/2001 che ha introdotto l’art. 736 bis nel CPC.

La 154/2001 è a rischio di illegittimità costituzionale anche con riferimento all’art 70 CPC: infatti essa:

◆ da una parte (e in generale: vedi le integrazioni in CPP, CC, CPC) riguarda, per quel che concerne le vittime di abusi e i soggetti difesi dal suo dettato, non solo i coniugi o conviventi more uxorio, ma anche qualsiasi convivente nel nucleo familiare ivi compresi i figli, questi ultimi contemplati sia come vittime dirette di abusi, sia come soggetti comunque coinvolti indirettamente dalla misura cautelare/ordine di protezione eventualmente applicato (art. 1: 282 bis CPP;

* Ordinario presso l’Università di Teramo: firmatario dell’appello Per il Padre del prof. Claudio Risé, assieme a Stefano Zecchi (Univ. Milano) Vittorio Sermoniti, Claudio Bonvecchio (univ. Insubria), Giulio Maria Chiodi (Univ. Federico II Napoli), Stefano Serafini (Pontificia Università di Roma), Giovanni Ventimiglia (Univ. Cattolica di Milano), Alberto

Giovanni Biuso (Univ.di Milano), Cesare Galli (Univ. Parma), Ivo Germano (Univ. Bologna), Silvio Restelli (Istit. Reg. per la Ricerca educativa), Guido Milanese (Univ. Sacro Cuore), Aldo Brandirali (assess. Comune di Milano), e altre decine di studiosi, giornalisti, psicologi, etc. il testo e l’elenco completo delle adesioni sono consultabili sul sito internet www.claudio-rise.it

art. 2: 342 bis e 342 ter CC; art. 5; art. 7).

◆ dall'altra, e con particolare riferimento al codice e alla procedura civili di cui rispettivamente all'art. 2 = 342 bis e 342 ter CC; e all'art. 3 = 736 bis CPC, non prescrive esplicitamente l'obbligatorietà dell'intervento del PM nemmeno in caso di coinvolgimento di minori nella vicenda, con due conseguenze:

1) in premessa, ciò è incoerente con quanto previsto nel Titolo IX "Della potestà dei genitori" del CC - Titolo in cui sono stati inseriti i due artt. 342 bis e 342 te - e in particolare nell'art. 336 CC, comma 2, che recita testualmente: "Il Tribunale provvede in Camera di Consiglio, assunte informazioni e sentito il pubblico ministero";

2) in definitiva e fondamentale considerazione, l'attribuzione alla lettera della legge di un carattere non meramente omissivo (del non citato intervento obbligatorio del P.M.) ma esaustivamente prescrittivo (la legge sosterebbe, secondo questa interpretazione, che il P.M. "non deve" intervenire) costituirebbe una violazione dell'art. 70 CPC, come reinterpretato e corretto dalla sentenza additiva della Corte Costituzionale 214 del 25 giugno 1996 per la quale è appunto costituzionalmente illegittimo l'art. 70 CPC "nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nei giudizi tra genitori naturali che comportino 'provvedimenti relativi' ai figli".

E' d'altro canto ovvio che i nuovi articoli introdotti nel CPC dalla 154/2001 non possono essere intesi in contrasto con il complesso della procedura stabilita dal Codice (art 1 CPC e 12 CC, comma 2, e il già citato 336 CC, comma 2), e in particolare coll'art. 70 CPC. Da cui l'esistenza, comunque, di una responsabilità e un errore del giudice civile che le prescrizioni di questo articolo non rispettasse nell'applicazione della misura cautelare ex 154/2001 che coinvolgesse un minore; e inoltre, come corollario, la possibilità di impugnazione per nullità ex artt. 158 e 397 CPC dei relativi provvedimenti da lui adottati. E tuttavia, è altrettanto evidente - ultima considerazione - che l'errore del giudice può essere indotto da una lettera imprecisa e incompleta della 154/2001, che dunque andrebbe revisionata.

A proposito di questo punto, inoltre, sono da sottolineare quattro aspetti, qui elencati in ordine inverso di importanza. *Primo*, il Tribunale civile che ha sollevato d'ufficio la questione incidentale di legittimità costituzionale da cui la sentenza 214/1996 della CC, è lo stesso di cui al caso *de quo*: quello di Roma. *Secondo*, le parti dei tre contenziosi (i due della sent. 214/1996 C. Cost. e il contenzioso qui in esame) sono giuridicamente analoghe, vale a dire due genitori naturali, in quanto tali non legati da vincolo di matrimonio. *Terzo*: tuttavia, è ben più forte la pertinenza dell'art. 30, comma 3 della Costituzione ("la legge assicura ai figli nati fuori dal matrimonio ogni tutela giuridica e sociale, compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima"), al caso in oggetto rispetto a quello esaminato dalla Corte costituzionale nel 1996: infatti, mentre nel procedimento di riferimento della sentenza 214/1996, oggetto del contenzioso era la sola determinazione dell'assegno di mantenimento della prole naturale, nel caso della legge 154/2001 e in particolare dell'art. 3 = 736 bis CPC, l'ordine di protezione cautelare va ad investire frontalmente, globalmente e quotidianamente - vale a dire in modo "totale" - la vita affettiva e l'equilibrio psichico del minore, separato bruscamente da uno dei due genitori, anche nel caso - come quello qui esaminato - in cui vittima del (presunto) abuso non sia lui stesso - che anzi al padre era ed è tuttora legatissimo (come riconosciuto dal Tribunale per i minorenni) - ma l'altro genitore, la ricorrente M. *Infine*, la motivazione della sentenza 214/1996 è (ovviamente: ex Corte Costituzionale) di carattere generale, e fondata sul metodo analogico oltre che deduttivo. Recita essa infatti:

" ... la questione è fondata.

Infatti, il parametro costituzionale (art.30, comma terzo), correttamente invocato, effettivamente postula che ai figli nati fuori dal matrimonio sia assicurata tute-

la eguale a quella attribuita ai figli legittimi, compatibilmente con i diritti dei membri della famiglia legittima (cfr. sentenza n. 55 del 19"). Ora, appunto, l'intervento del pubblico ministero, nei giudizi tra coniugi (separati o divorziati) che comportino provvedimenti relativi ai figli, innegabilmente risponde come del resto già ritenuto con sentenza n. 416 del 1992 - ad una particolare esigenza di tutela degli interessi di questi ultimi. Identica tutela va quindi garantita ai figli naturali, non ricorrendo, nella specie, ragione alcuna di incompatibilità, ostativa ad una siffatta equiparazione.

4.2. Va pertanto dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 70 del codice di procedura civile nella parte in cui non prescrive l'intervento del pubblico ministero nei giudizi tra genitori naturali che comportino l'adozione di "provvedimenti relativi ai figli", nei sensi di cui agli artt. 9 della legge n. 898 del 1970 e 710 del codice di procedura civile (nel testo risultante dalla sentenza n. 416 del 1992).

Per questi motivi la Corte Costituzionale

riuniti i giudizi, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 70 del codice di procedura civile nella parte in cui non prescrive l'intervento obbligatorio del pubblico ministero nei giudizi tra genitori naturali che comportino "provvedimenti relativi ai figli", nei sensi di cui agli artt. 9 della legge n. 898 del 1970 e 710 del codice di procedura civile come risulta a seguito della sentenza n. 416 del 1992.¹

III°) Sulla incostituzionalità della non impugnabilità del reclamo.

La 154/2001 appare priva di legittimità costituzionale anche per quel che attiene la non impugnabilità del reclamo "contro il decreto con cui il giudice adotta l'ordine di protezione o rigetta il ricorso", *in sede di sola procedura civile*, come da art. 736 bis CPC, comma 3.

Infatti:

1) Nella sede civilistica cui si fa qui riferimento, ci si potrebbe porre la questione se un'ordinanza o un decreto che cambiano radicalmente e definitivamente la vita di uno o più cittadini (nel caso in questione non solo P ma anche e soprattutto F, la cui ultima - cronologicamente - richiesta, prima dell'allontanamento forzato di P dalla sua - di F, cioè - casa, era stata: "papà, mi accompagni a scuola?": ingenua richiesta che aveva scatenato la reazione gelosa di M.) non abbiano quelle caratteristiche di *definitività* del provvedimento su cui discetta il Satta-Punzi (*Diritto Processuale Civile*, 279, p. 497), come condizione necessaria per l'ammissibilità del ricorso stesso, in quanto "non sia data altra possibilità di tutela della posizione giuridica della parte". La questione appare qui aperta, e per essa sembrerebbe dunque opportuno il condizionale, visto che lo stesso Satta-Punzi cita in nota alcune ordinanze o decreti non impugnabili che potrebbero richiamare la casistica di cui alla 154/2001.

2) Ma comunque l'art. 111 della Costituzione, comma 6, prevede che "contro sentenze e contro i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso il ricorso in Cassazione per violazione di legge".

3) Ora, è indubitabile che la 154/2001 riguarda e produce "provvedimenti sulla libertà personale", come chiaramente si evince nella sua parte penale, art. 2, comma 2, che inserisce l'articolo (282 bis) nel CPP nel Libro Quarto - Misure cautelari, al Capo II - Misure coercitive, e che conciosamente, non a caso prevede, per i provvedimenti ex questo stesso articolo, i normali due gradi di ricorso, il primo in appello (art. 309 CPP) e il secondo il "ricorso per Cassazione" (art. 311 CPP);

4) Emerge dunque la contraddittorietà assurda della legge 154/2001, che da una parte in sede di procedura penale (art. 1 = 282 bis CPP) offre la garanzia dell'impugnabilità fino alla

Corte costituzionale - Sentenza 14-25 giugno 1996 n. 214 - Presidente Ferri; Relatore Granata - In "Gazz. Uff.", I serie speciale, del 3 luglio 1996 n. 27

Cassazione del provvedimento cautelativo, e dall'altra in sede di procedura civile – peraltro oggettivamente meno adusa a trattare contenziosi a sfondo indubitabilmente penale – e comunque per la *stessa tipologia di situazione* a rischio di reato, nega esplicitamente questo stesso diritto alle parti ricorrente e convenuta.

Considerazioni conclusive.

Al di là di quanto sopra sostenuto, che riguarda una ipotesi di vera e propria incostituzionalità di alcuni aspetti fondanti della 154/2001 (a quelli già elencati se ne potrebbe aggiungere forse un ultimo, l'affidamento al giudice civile di materia penale, da cui una possibile domanda: può questa disposizione da “procedimento speciale” e connessa vera o presunta emergenza, conferire al giudice civile quella caratteristica di “giudice speciale” o “straordinario” vietata dall’art. 102 Cost.?) pare evidente che la legge in oggetto, teoricamente utilizzabile sia dalla parte maschile che da quella femminile, è in realtà fortemente sbilanciata dalla parte della donna e nello stesso tempo è lesiva per più aspetti del diritto di difesa. Come tale, essa riflette due tendenze ideologico-culturali tipiche della nostra epoca: da una parte una “cultura” giuridica che concede ampi e talvolta incontrollati poteri alla magistratura e in particolare alla sua parte giudicante, e dall'altra una visione della donna come la parte sempre e comunque e “debole” e “sincera” della coppia. La legge, è vero, parla di “convivente” o “coniuge” in senso generico, ma pare scontata, nei conflitti familiari e relativi ricorsi e contenziosi giudiziari, la più frequente riferibilità delle misure cautelari e degli ordini di protezione alla parte maschile, e l’attendibilità “certa” delle accuse della donna rispetto all’ inattendibilità altrettanto “certa” e “ovvia” della parte maschile. Un sedimento tipico dell’estremismo femminista degli anni Settanta, commisto paradossalmente ad una mentalità di stampo ottocentesco e cattolico tradizionalista (la donna-mamma sempre “buona”) di cui chi scrive ha avuto prova dalla corrispondenza di altri padri e conviventi/mariti tutti vittime – tranne certo la verifica delle loro esternazioni – non solo delle calunnie delle rispettive controparti femminili, ma anche della parzialità sostanziale dei magistrati incaricati a dirimere i loro casi.

E’ da notare infine, a proposito di quest’ultimo aspetto, la questione della presenza nell’art. 3 della L. 154/2001 (= art. 736 bis CPC), della locuzione: “Il presidente del tribunale designa il giudice a cui è affidata la trattazione del ricorso”. La quale locuzione o è pleonastica (è così per qualsiasi avvio di procedimento) o potrebbe rappresentare, in violazione dell’art. 25 della Costituzione, l’assegnazione di un margine di discrezionalità eccessivo al Presidente del Tribunale/di Sezione competente, non più incaricato solo di “distribuire” il lavoro fra i suoi colleghi ex art. 47-quater O.G. 1941, R.D. n.12, ma appunto di “designare” in via diretta un giudice ad hoc, per giunta per un procedimento già in sé sicuramente delicato, già affidato a giudice monocratico, e a così alto tasso di discrezionalità da prevedere, come già sottolineato, il diabolico meccanismo dell’“inaudita altera parte”.

Peraltro, e di nuovo: perché questa locuzione solo nella parte relativa alla procedura civile, e per una casistica di tipo penale? Forse perché il legislatore proponente era un avvocato civilista, come tale aduso a frequentare più i Tribunali civili che quelli penali?

ALLEGATO 1. LA LEGGE 154/2001

Misure contro la violenza nelle relazioni familiari

Legge n. 154 del 4 Aprile 2001, G.U. n. 98 del 28 Aprile 2001.

Art. 1.

(Misura cautelare dell'allontanamento dalla casa familiare)

1. Dopo il comma 2 dell'articolo 291 del codice di procedura penale è aggiunto il seguente:
"2-bis. In caso di necessità o urgenza il pubblico ministero può chiedere al giudice, nel-

l'interesse della persona offesa, le misure patrimoniali provvisorie di cui all'articolo 282-bis. Il provvedimento perde efficacia qualora la misura cautelare sia successivamente revocata".

2. Dopo l'articolo 282 del codice di procedura penale è inserito il seguente:

"Art. 282-bis. - (Allontanamento dalla casa familiare).

1. Con il provvedimento che dispone l'allontanamento il giudice prescrive all'imputato di lasciare immediatamente la casa familiare, ovvero di non farvi rientro, e di non accedervi senza l'autorizzazione del giudice che procede. L'eventuale autorizzazione può prescrivere determinate modalità di visita.

2. Il giudice, qualora sussistano esigenze di tutela dell'incolumità della persona offesa o dei suoi prossimi congiunti, può inoltre prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati abitualmente frequentati dalla persona offesa, in particolare il luogo di lavoro, il domicilio della famiglia di origine o dei prossimi congiunti, salvo che la frequentazione sia necessaria per motivi di lavoro. In tale ultimo caso il giudice prescrive le relative modalità e può imporre limitazioni.

3. Il giudice, su richiesta del pubblico ministero, può altresì ingiungere il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto della misura cautelare disposta, rimangano prive di mezzi adeguati. Il giudice determina la misura dell'assegno tenendo conto delle circostanze e dei redditi dell'obbligato e stabilisce le modalità ed i termini del versamento. Può ordinare, se necessario, che l'assegno sia versato direttamente al beneficiario da parte del datore di lavoro dell'obbligato, detraendolo dalla retribuzione a lui spettante. L'ordine di pagamento ha efficacia di titolo esecutivo.

4. I provvedimenti di cui ai commi 2 e 3 possono essere assunti anche successivamente al provvedimento di cui al comma 1, sempre che questo non sia stato revocato o non abbia comunque perduto efficacia. Essi, anche se assunti successivamente, perdono efficacia se è revocato o perde comunque efficacia il provvedimento di cui al comma 1. Il provvedimento di cui al comma 3, se a favore del coniuge o dei figli, perde efficacia, inoltre, qualora sopravvenga l'ordinanza prevista dall'articolo 708 del codice di procedura civile ovvero altro provvedimento del giudice civile in ordine ai rapporti economico-patrimoniali tra i coniugi ovvero al mantenimento dei figli.

5. Il provvedimento di cui al comma 3 può essere modificato se mutano le condizioni dell'obbligato o del beneficiario, e viene revocato se la convivenza riprende.

6. Qualora si proceda per uno dei delitti previsti dagli articoli 570, 571, 600-bis, 600-ter, 600-quater, 609-bis, 609-ter, 609-quater, 609-quinquies e 609-octies del codice penale, commesso in danno dei prossimi congiunti o del convivente, la misura può essere disposta anche al di fuori dei limiti di pena previsti dall'articolo 280".

Art. 2.

(Ordini di protezione contro gli abusi familiari)

1. Dopo il titolo IX del libro primo del codice civile è inserito il seguente:

"Titolo IX-bis.

ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO GLI ABUSI FAMILIARI

Art. 342-bis.

(Ordini di protezione contro gli abusi familiari)

Quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, qualora il fatto non costituisca reato perseguibile d'ufficio, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'articolo 342-ter.

Art. 342-ter.

(Contenuto degli ordini di protezione)

Con il decreto di cui all'articolo 342-bis il giudice ordina al coniuge o convivente, che ha tenuto la condotta pregiudizievole, la cessazione della stessa condotta e dispone l'allontanamento dalla casa familiare del coniuge o del convivente che ha tenuto la condotta pregiudizievole prescrivendogli altresì, ove occorra, di non avvicinarsi ai luoghi abitualmente frequentati dall'istante, ed in particolare al luogo di lavoro, al domicilio della famiglia d'origine, ovvero al domicilio di altri prossimi congiunti o di altre persone ed in prossimità dei luoghi di istruzione dei figli della coppia, salvo che questi non debba frequentare i medesimi luoghi per esigenze di lavoro.

Il giudice può disporre, altresì, ove occorra l'intervento dei servizi sociali del territorio o di un centro di mediazione familiare, nonché delle associazioni che abbiano come fine statutario il sostegno e l'accoglienza di donne e minori o di altri soggetti vittime di abusi e maltrattati; il pagamento periodico di un assegno a favore delle persone conviventi che, per effetto dei provvedimenti di cui al primo comma, rimangono prive di mezzi adeguati, fissando modalità e termini di versamento e prescrivendo, se del caso, che la somma sia versata direttamente all'avente diritto dal datore di lavoro dell'obligato, detraendola dalla retribuzione allo stesso spettante.

Con il medesimo decreto il giudice, nei casi di cui ai precedenti commi, stabilisce la durata dell'ordine di protezione, che decorre dal giorno dell'avvenuta esecuzione dello stesso. Questa non può essere superiore a sei mesi e può essere prorogata, su istanza di parte, soltanto se ricorrono gravi motivi per il tempo strettamente necessario.

Con il medesimo decreto il giudice determina le modalità di attuazione. Ove sorgano difficoltà o contestazioni in ordine all'esecuzione, lo stesso giudice provvede con decreto ad emanare i provvedimenti più opportuni per l'attuazione, ivi compreso l'ausilio della forza pubblica e dell'ufficiale sanitario".

Art. 3.

(Disposizioni processuali)

1. Dopo il capo V del Titolo II del Libro quarto del codice di procedura civile è inserito il seguente:

"CAPO V-bis.

DEGLI ORDINI DI PROTEZIONE CONTRO GLI ABUSI FAMILIARI

Art. 736-bis.

(Provvedimenti di adozione degli ordini di protezione contro gli abusi familiari).

Nei casi di cui all'articolo 342-bis del codice civile, l'istanza si propone, anche dalla parte personalmente, con ricorso al tribunale del luogo di residenza o di domicilio dell'istante, che provvede in camera di consiglio in composizione monocratica.

Il presidente del tribunale designa il giudice a cui è affidata la trattazione del ricorso. Il giudice, sentite le parti, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione necessari, disponendo, ove occorra, anche per mezzo della polizia tributaria, indagini sui redditi, sul tenore di vita e sul patrimonio personale e comune delle parti, e provvede con decreto motivato immediatamente esecutivo.

Nel caso di urgenza, il giudice, assunte ove occorra sommarie informazioni, può adottare immediatamente l'ordine di protezione fissando l'udienza di comparizione delle parti davanti a sé entro un termine non superiore a quindici giorni ed assegnando all'istante un termine non superiore a otto giorni per la notificazione del ricorso e del decreto. All'udienza il giudice conferma, modifica o revoca l'ordine di protezione.

Contro il decreto con cui il giudice adotta l'ordine di protezione o rigetta il ricorso, ai sensi del secondo comma, ovvero conferma, modifica o revoca l'ordine di protezione precedentemente adottato nel caso di cui al terzo comma, è ammesso reclamo al tribunale entro i termini previsti dal secondo comma dell'articolo 739. Il reclamo non sospende l'esecutività dell'ordine di protezione. Il tribunale provvede in camera di consiglio, in composizione collegiale, sentite le parti, con decreto motivato non impugnabile. Del collegio non fa parte il giudice che ha emesso il provvedimento impugnato.

Per quanto non previsto dal presente articolo, si applicano al procedimento, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti".

Art. 4.

(Trattazione nel periodo feriale dei magistrati)

1. Nell'articolo 92, primo comma, dell'ordinamento giudiziario, approvato con regio decreto 30 gennaio 1941, n.12, dopo le parole: "procedimenti cautelari," sono inserite le seguenti: "per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari".

Art. 5.

(Pericolo determinato da altri familiari)

1. Le norme di cui alla presente legge si applicano, in quanto compatibili, anche nel caso in cui la condotta pregiudizievole sia stata tenuta da altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente, ovvero nei confronti di altro componente del nucleo familiare diverso dal coniuge o dal convivente. In tal caso l'istanza è proposta dal componente del nucleo familiare in danno del quale è tenuta la condotta pregiudizievole.

Art. 6.

(Sanzione penale)

1. Chiunque elude l'ordine di protezione previsto dall'articolo 342-ter del codice civile, ovvero un provvedimento di eguale contenuto assunto nel procedimento di separazione personale dei coniugi o nel procedimento di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio è punito con la pena stabilita dall'articolo 388, primo comma, del codice penale. Si applica altresì l'ultimo comma del medesimo articolo 388 del codice penale.

Art. 7.

(Disposizioni fiscali)

1. Tutti gli atti, i documenti e i provvedimenti relativi all'azione civile contro la violenza nelle relazioni familiari, nonché i procedimenti anche esecutivi e cautelari diretti a ottenere la corresponsione dell'assegno di mantenimento previsto dal comma 3 dell'articolo 282-bis del codice di procedura penale e dal secondo comma dell'articolo 342-ter del codice civile, sono esenti dall'imposta di bollo e da ogni altra tassa e imposta, dai diritti di notifica, di cancelleria e di copia nonché dall'obbligo della richiesta di registrazione, ai sensi dell'articolo 9, comma 8, della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni.

Art. 8.

(Ambito di applicazione)

1. Le disposizioni degli articoli 2 e 3 della presente legge non si applicano quando la condotta pregiudizievole è tenuta dal coniuge che ha proposto o nei confronti del quale è stata proposta domanda di separazione personale ovvero di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio se nel relativo procedimento si è svolta l'udienza di

comparizione dei coniugi davanti al presidente prevista dall'articolo 706 del codice di procedura civile ovvero, rispettivamente, dall'articolo 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni. In tal caso si applicano le disposizioni contenute, rispettivamente, negli articoli 706 e seguenti del codice di procedura civile e nella legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni, e nei relativi procedimenti possono essere assunti provvedimenti aventi i contenuti indicati nell'articolo 342-ter del codice civile.

2.. L'ordine di protezione adottato ai sensi degli articoli 2 e 3 perde efficacia qualora sia successivamente pronunciata, nel procedimento di separazione personale o di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio promosso dal coniuge istante o nei suoi confronti, l'ordinanza contenente provvedimenti temporanei ed urgenti prevista, rispettivamente, dall'articolo 708 del codice di procedura civile e dall'articolo 4 della legge 1° dicembre 1970, n. 898, e successive modificazioni.