

# CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI SALERNO



RELAZIONE AL TERMINE DEL PRIMO ANNO DI PRATICA  
ex art. 7 D.P.R. 101/1990

**Dott. Rocco Agostino**

Libretto di pratica n. 11479

## QUESTIONI GIURIDICHE

### *QUESTIONE N. 1*

#### **LA GARANZIA PER I VIZI DELLA COSA VENDUTA:**

#### **la mancata occasione di una riorganizzazione generale attraverso le indicazioni provenienti dal Diritto Internazionale e Comunitario**

Quello della “garanzia per i vizi della cosa venduta”, è ancora oggi una questione fortemente dibattuta, che continua a porre numerosi interrogativi specialmente riguardo alla distinzione tra le varie tipologie di vendita, ai rimedi esperibili e al relativo decorso dei termini di decadenza e prescrizione. Un' occasione per una generale riorganizzazione della materia, anche alla luce dei nuovi moduli sociali ed economici di produzione e distribuzione dei prodotti, si sarebbe potuta avere in occasione del recepimento da parte del Governo italiano della direttiva 1999/44 CE su “taluni aspetti della vendita e delle garanzie di consumo”; ma l'intervento, auspicato da gran parte della dottrina, che avrebbe potuto contribuire a “limare” le annose dispute in materia, non si è avuto, in quanto il legislatore si è limitato a recepire la direttiva attraverso il d.lgs. 24/2002, introducendo una disciplina settoriale, disciplinata agli artt. 1519 *bis nonies* c.c., inseriti nella sezione II del capo I del titolo II del libro IV del codice civile. La nuova disciplina, infatti, si applica soltanto alle transazioni che hanno per oggetto “beni di consumo”, ossia beni mobili destinati al consumo, effettuate tra il professionista e il consumatore, con l'effetto di aver introdotto una pluralità di discipline secondo il tipo di bene venduto e i soggetti interessati, rendendo ancora più farraginoso il ricorso a tale tutela.

Ad ogni modo, tornando al tema centrale della “garanzia per i vizi della cosa venduta”, esso si trova regolato all'interno del codice civile, agli artt. 1490 e ss. In particolare, norma di apertura è l'art. 1490, che al comma 1 stabilisce: “*Il venditore è tenuto a*

*garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore”.*

Secondo autorevole dottrina ( BIANCA, in *Tratt. Vassalli*, 1972, p. 795 e ss.) sono vizi le “**imperfezioni materiali**” della cosa tali da incidere sulla sua utilizzabilità o sul suo valore e relative ad anomalie del processo di produzione, di fabbricazione, di formazione, di conservazione, etc. Per cui, ragionando *a contrario*, rimangono esclusi da tale disciplina i vizi relativi alla “condizione giuridica” della cosa ( per i quali si applicherebbe la disciplina relativa all'evizione ) e i vizi relativi agli acquisti di “cose immateriali” e di “crediti” (in senso conforme a tale dottrina anche Cass. Civ., Sez II, 19 ottobre 1994, n. 8537; Cass. Civ., sez. II, 12 febbraio 1994, n. 1424; Cass. Civ., sez. II, 27 novembre 1986, n. 6988).

E' spesso assai difficile distinguere concretamente tra presenza di un vizio e **assenza di una qualità essenziale o promessa**, infatti, entrambe le fattispecie attengono alla materialità del bene, in quanto consistono in un'anomalia strutturale del bene stesso. In genere, si ritiene che le qualità essenziali o promesse sono tali che la loro mancanza determina una classificazione del bene in una specie o tipo diversi da quelli dedotti in contratto. In realtà, il confine è molto sottile, in quanto anche la “mancanza di qualità” deriva in genere da un vizio; inoltre, molte volte, la cosa materiale è dotata di qualità essenziali, la cui mancanza non determina il passaggio del bene da un tipo all'altro, ma determina soltanto un'imperfezione della cosa. Per questo motivo in dottrina ( RUBINO, in *Tratt. Cicu Messineo*, 1962, p. 767 e ss. ) si predilige un'indagine caso per caso al fine di stabilire la sussistenza di un vizio o la mancanza di qualità essenziali: nel caso in cui le qualità essenziali siano presenti, ma imperfette ( e solo ove l'imperfezione sia apprezzabile), allora si è in presenza di un vizio. Per quanto riguarda le “qualità promesse”, invece, si tratta di quelle qualità che, anche se non essenziali rispetto al tipo di bene venduto, sono state oggetto di esplicita pattuizione. Tale distinzione, rifletterebbe le sue conseguenze più importanti in relazione al “rimedio” applicabile, in quanto i rimedi tipici in caso di vizi della cosa venduta sono le cd “**azioni edilizie**”, vale a dire l'**azione redibitoria** ( con la quale si domanda la *risoluzione del contratto*) e l'**azione estimatoria** ( con la quale si domanda la *riduzione del prezzo* ); mentre nell'ipotesi di mancanza di qualità essenziali, l'unica azione esperibile sarebbe quella

redibitoria (cfr art. 1497). Alcuni dottrina ( BIANCA, v. *supra* ), però, sostiene la necessità di equiparare a tutti gli effetti la disciplina della tutela del compratore nel caso di presenza di vizi e in quello di mancanza di qualità, e ciò in quanto sia l'azione di risoluzione, sia l'azione di riduzione del prezzo, costituirebbero “rimedi generali” posti a tutela del contraente.

Bisogna distinguere, inoltre, le ipotesi di sussistenza di vizi materiali e quelle di mancanza di qualità essenziali, dalla fattispecie dell'*aliud pro alio*, di creazione giurisprudenziale, che ricorre quando la cosa trasferita al compratore sia *completamente diversa* rispetto a quella pattuita, o perchè attiene a un “genere diverso”, o perchè manca delle qualità necessarie ad assolvere la “funzione economico-sociale” cui è destinata (tra le tante Cass. Civ., sez. II, 23 marzo 1999, n. 2712; Cass. Civ., sez. II, 15 maggio 1998, n. 4899). Fondamentale al fine di distinguere quest'ultima fattispecie è il riferimento alla “funzione economico-sociale”, poiché anche in presenza di una formale coincidenza tra bene oggetto della pattuizione e bene consegnato, qualora la diversità coinvolga tale funzione si è in presenza di un *aliud pro alio*; mentre qualora la diversità non sia determinante in riferimento all'ambiente economico-sociale, si rientra senz'altro nel campo dei vizi o mancanza di qualità. Per quanto riguarda il rimedio previsto per tale fattispecie, consiste nell'azione di risoluzione del contratto, con la particolarità che tale procedimento non è soggetto agli stringenti termini di decadenza previsti dall'art. 1495 nel caso in cui l'azione scaturisca dalla sussistenza di vizi o dalla mancanza di qualità essenziali.

Tali problemi di qualificazione tra le tre fattispecie appena indicate, non sussistono in materia di vendita internazionale di beni mobili e di beni di consumo, perchè nel primo caso è applicabile la Convenzione di Vienna ( ratificata in Italia con la l. 765/1985) e nel secondo la richiamata direttiva CE 1999/44 (recepita in Italia attraverso il d.lgs. 24/2002); entrambe le disposizioni, infatti, hanno unificato le tre ipotesi descritte e permettono al compratore-consumatore di innestare l'azione in base all'unico presupposto della “mancanza di conformità” tra bene venduto e consegnato. La linearità e la semplicità previsti a livello internazionale e comunitario, come già detto in precedenza avrebbero potuto contribuire a rendere meno complicato l'utilizzo dei rimedi

previsti nel codice civile e avrebbero potuto ristabilire lo squilibrio economico sussistente tra venditore e compratore nel rapporto di vendita, ma sull'atteggiamento di mera recezione del legislatore già abbiamo detto in precedenza.

Infine, va sottolineato, come secondo i più, la garanzia dell'art. 1490 riguarda solo i “**vizi preesistenti**” alla vendita, vale a dire vizi insorti dopo la vendita, ma derivanti da cause preesistenti ( in sostanza si tratta di una successiva scoperta di un originario difetto del bene). Se invece il difetto è “successivo al trasferimento” del bene, ma “anteriore alla consegna”, nel caso in cui sia imputabile al venditore costituirà un *inesatto adempimento della prestazione di consegna*, per il quale il compratore potrà agire in risoluzione, riduzione del prezzo e risarcimento del danno (Cass. Civ., sez. II, 15 luglio 1980, n. 4581).

Tradizionalmente, si parla di garanzia per **vizi occulti**, in quanto l'art. 1491 afferma testualmente che: “*Non è dovuta la garanzia se al momento del contratto il compratore conosceva i vizi della cosa; parimenti non è dovuta se i vizi erano facilmente riconoscibili, salvo, in questo caso, che il venditore abbia dichiarato che la cosa era esente da vizi*”.

Secondo la dottrina maggioritaria (BIANCA, RUBINO, *supra*; in senso conforme anche Cass. Civ., sez. III, 9 aprile 1974, n. 990) il vizio è **facilmente riconoscibile**, quando può essere rilevato attraverso uno sforzo di diligenza *minimo*, quindi, anche attraverso un esame superficiale del bene, mentre si tratterebbe di “vizio apparente”, quando sarebbe rilevabile attraverso un *normale* sforzo di diligenza. Altra dottrina ( GRECO, COTTINO, in *Comm. Scialoja-Branca*, 1981, p. 258 e ss. ), invece, ritiene che il vizio sarebbe “facilmente riconoscibile”, quando richiede una verifica più attenta del bene, “apparente”, quando emerge *icto oculi* alla visione della cosa. Mentre dottrina e giurisprudenza appaiono maggiormente concordi nel ritenere che, affinché sia dovuta la garanzia per vizi facilmente riconoscibili, occorre un'*affermazione diretta ed esplicita* del venditore in ordine alla mancanza di vizi, non risultando sufficiente un suo comportamento tacito, né l'esaltazione pubblicitaria del bene ( si veda Cass. Civ., sez. II, 5 settembre 1997, n. 8578 e Cass. Civ., sez. II, 2 aprile 1997, n. 2862).

E veniamo infine ai rimedi previsti dal codice civile agli artt. 1492-1495 in caso di sussistenza di vizi nella cosa venduta: l'azione redibitoria ed estimatoria (c.d. azioni edilizie).

Attraverso l'**azione redibitoria**, la parte domanda la *risoluzione del contratto*, la quale comporta lo scioglimento del rapporto contrattuale da cui consegue: per il venditore, l'obbligo di rimborsare integralmente le somme di denaro versategli dal compratore a titolo di prezzo e rimborsargli le spese e i pagamenti fatti legittimamente per la vendita; per il compratore, l'obbligo di riconsegnare al venditore la cosa viziata, qualora questa non sia perita in conseguenza dei vizi ( cfr. art. 1493). La dottrina maggioritaria ( tra gli altri BIANCA, *ut supra*; GALGANO, in *Enc. Dir.*, XLVI, p. 494 e ss.; LUMINOSO, in *Tratt. Iudica-Zatti*, 1995, p. 152 e ss.: e in senso conforme anche Cass. Civ., sez. II, 19 novembre 1985, n. 5686) ritiene che tale azione, nonostante le differenze esistenti ( che consistono nell'irrelevanza della presenza della colpa del venditore, nell'onere di denuncia del difetto entro 8 giorni e nel periodo di prescrizione abbreviato), non costituisca un rimedio a sé, ma rientri nella disciplina generale della risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1453 e ss.

Attraverso l'**azione estimatoria**, invece, la parte domanda la *riduzione del prezzo*, che consiste in una decurtazione del corrispettivo pecuniario, che dovrà essere operata in ragione della diminuzione del valore o dell'utilità della cosa integra. Di regola, il compratore può scegliere liberamente quale delle due azioni esperire; tuttavia, l'azione estimatoria non può essere esercitata, se dopo essere stata consegnata al compratore la cosa è perita in conseguenza dei vizi; mentre l'azione redibitoria non può essere esperita se dopo essere stata consegnata al compratore la cosa è perita per caso fortuito o per colpa dello stesso compratore, o è stata da quest'ultimo trasformata o alienata a terzi. La scelta, ad ogni modo, diviene irrevocabile quando è fatta con domanda giudiziale e argomentando da tale norma (art. 1492, co. 2) la giurisprudenza ( Cass. Civ., sez. II, 10 aprile 1996, n. 3299) ha affermato che al compratore non è consentito proporre le due azioni edilizie contestualmente e congiuntamente, nemmeno in via alternativa o subordinata l'una rispetto all'altra.

Entrambe le azioni sono soggette a **termini di decadenza e prescrizione** assai brevi e rigorosi.

Al di fuori delle ipotesi in cui l'esistenza del difetto sia stata riconosciuta ovvero occultata dal venditore ( ipotesi nelle quali, a norma dell'art. 1495, la denuncia del vizio non è necessaria), il compratore ha, in primo luogo, l'onere di denunciare al venditore il vizio entro un **termine di decadenza** di otto giorni, decorrente dalla data in cui il vizio è stato scoperto. Più precisamente: nel caso di “vizi apparenti” il termine di otto giorni decorre dal giorno in cui il compratore è stato messo in condizione di esaminare la merce, vale a dire, di regola, dal giorno in cui questa gli è stata consegnata (Cass. Civ., sez. II, 30 gennaio 1995, n. 1082 e Cass. Civ., sez. II, 3 agosto 1994, n. 7202); nel caso di “vizi non apparenti”, vale a dire facilmente riconoscibili, il termine decorre dalla loro scoperta, che si verifica nel momento in cui il compratore abbia acquisito la certezza oggettiva circa l'esistenza dei vizi (Cass. Civ., sez. II, 8 luglio 1995, n. 7541 e Cass. Civ., sez. II, 30 gennaio 1995, n. 1082). Ad ogni modo, come stabilisce il co.3 art. 1495, la denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto l'esistenza del vizio o l'ha occultato.

In secondo luogo, il compratore ha l'onere di esercitare l'azione entro il **termine di prescrizione** di un anno dalla “consegna” della cosa; la giurisprudenza ( Cass. Civ., sez. II, 11 settembre 1991, n. 9510) ha sottolineato che nei casi in cui il compratore ha già la disponibilità del bene, il termine decorre dalla “conclusione” del contratto. Nel caso in cui, però, sia stato il compratore ad esser stato convenuto in giudizio dal venditore per l'esecuzione del contratto, allora egli può esercitare ugualmente i diritti in questione, purchè la denuncia dei vizi sia avvenuta entro un anno dalla consegna del bene.

Infine, bisogna ricordare che il compratore, in aggiunta o anche in sostituzione alle azioni edilizie, può sempre esperire l'**azione di risarcimento danni**, non solo per il danno sofferto per aver ricevuto in consegna una cosa viziata e di conseguenza di valore economico inferiore rispetto a quello previsto nel contratto, ma anche e soprattutto dei “danni che siano derivati dai vizi della cosa”, vale a dire dei danni a persone o cose che si siano verificati a causa del vizio. Circa i termini per l'azione, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ( BIANCA e RUBINO, ut supra; Cass. Civ., sez. II, 26 novembre 1997, n. 11845 e Cass. Civ., sez. II, 30 agosto 1991, n. 9277) sono concordi nel ritenere che, anche se l'azione di risarcimento danni viene proposta in via autonoma, il compratore-consumatore sarà comunque tenuto al rispetto dei termini di prescrizione

di cui all'art. 1495. Per il resto, vale a dire per quanto concerne l'onere della prova, la nozione di colpa e i criteri per la determinazione dei danni risarcibili, si rinvia ai principi generali dell'inadempimento ( secondo la dottrina e la giurisprudenza prevalenti appena richiamate).

## *QUESTIONE N. 2*

### **CONFIGURABILITA' DEGLI USI AZIENDALI: un excursus sui vari orientamenti giurisprudenziali**

Il fenomeno degli <<usi aziendali>> si mostra ancora oggi fonte di equivoci e incertezze. L' ambiguità che li circonda deriva essenzialmente del fatto che non sono disciplinati o riconosciuti in alcuna norma positiva, ma si tratta di *costruzioni di diritto giurisprudenziale*.

La materia viene solitamente trattata tra le fonti di diritto del lavoro, ma in base ai più recenti svolgimenti ha finito per coinvolgere in maniera importante anche la disciplina del diritto sindacale e in particolar modo la fattispecie della contrattazione collettiva.

Secondo il prevalente orientamento della dottrina (L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Gli usi aziendali*, 1965) accolto anche dalla più autorevole giurisprudenza in materia (tra le tante Cass. Civ., sez. lav., 19 aprile 1980, n. 2583; Cass. Civ., Sez un., 30 marzo 1994, n. 3134), per usi aziendali si intende la “reiterazione” di comportamenti favorevoli ai prestatori di lavoro ( per lo più erogazioni patrimoniali ripetute ), adottati dal datore di lavoro nei confronti della generalità dei dipendenti dell'azienda *spontaneamente*, cioè senza adempiere ad alcun obbligo giuridico preesistente.

Quindi, per uso aziendale si intende un **comportamento migliorativo reiterato e spontaneo** posto in essere dal datore di lavoro, e questo risulta essere l' unico dato su cui vi è piena concordia in dottrina e giurisprudenza.

La prima questione rilevante che si prospetta in materia di usi aziendali è quella relativa alla **qualificazione giuridica** degli stessi. Ci si chiede se gli usi aziendali possano qualificarsi come usi normativi ( art. 1374 c.c. e art. 8 disp.prel.c.c. ), usi negoziali o



clausole d'uso (art. 1340 c.c.), usi interpretativi ( art. 1368 c.c. ) o usi individuali ( art. 1362, co. 2, c.c. ). La questione non è di poco conto, se si pensa alle ricadute della qualificazione sull'efficacia degli usi: infatti il problema centrale in tale materia è riuscire a capire come e quando un comportamento reiterato e migliorativo posto in essere dal datore di lavoro diventa “vincolante”, non solo per i diretti destinatari, ma anche per gli altri lavoratori presenti in azienda; non solo nei confronti dei lavoratori attuali (vale a dire presenti in azienda al momento in cui è stato posto in essere il comportamento migliorativo), ma anche di quelli futuri (cioè che verranno assunti in seguito al momento in cui è stata posta in essere tale pratica).

La qualificazione degli usi aziendali come “**usi normativi**” ( Cass. Civ., sez. lav. 29 maggio 1967, n. 1176) ai sensi dell' art. 8 delle disposizioni preliminari del codice civile, li configurerebbe come fonti oggettive di diritto, risolvendo in maniera agevole i problemi connessi alla loro efficacia e vincolatività, in quanto da quest'ultimo punto di vista sarebbero configurati come una <<norma giuridica>> ( e quindi prevalenti sia rispetto i contratti collettivi che individuali e vincolanti *erga omnes*), ma comunque subordinati alla legge ordinaria, in quanto si tratta pur sempre di norme di fonte consuetudinaria. Ma tale orientamento giurisprudenziale assai risalente è stato ormai accantonato, in quanto presenta delle gravi criticità e incertezze specialmente rispetto la “formazione” degli usi stessi ( infatti si ritiene che per la formazione di tali usi, oltre l'elemento materiale della reiterazione, sia necessario anche un elemento psicologico, la c.d. *opinio iuris ac necessitatis*; ma in dottrina e giurisprudenza non vi è stata mai concordia sulla necessità di tale elemento e sulle caratteristiche che lo contraddistinguono).

Tramontata la prospettiva “normativa” verso l'inizio degli anni '80, la giurisprudenza segna una vera e propria inversione di tendenza e aderisce alla c.d. **teoria contrattuale o negoziale**, configurando gli usi aziendali come *clausole d'uso* disciplinate dall'art. 1340 del codice civile ( tra le tante Cass. Civ., sez. lav., 19 aprile 1980, n. 2583; Cass. Civ., sez. lav., 23 dicembre 1986, n. 7864 ). Si tratta di clausole che hanno una “funzione integrativa” e che si intendono automaticamente inserite nel contratto *individuale*, salvo una diversa volontà delle parti. Quindi, sul piano dell'efficacia, tale qualificazione “contrattuale” degli usi aziendali permetterebbe agli stessi solo la

possibilità di integrare il contratto individuale e non anche il contratto collettivo. Per cui, secondo tale orientamento, il meccanismo previsto dall'art. 1340 ( vale a dire l'inserzione automatica delle clausole d'uso nel contratto individuale, salvo diversa volontà delle parti ) comporterebbe che gli usi aziendali-clausole d'uso potrebbero essere modificati soltanto mediante un nuovo accordo tra le parti, mentre il contratto collettivo non avrebbe su di essi alcuna efficacia, potendo intervenire in senso derogativo solo sui contratti di futura stipulazione. Quindi, in tal modo si precluderebbe la possibilità del datore di lavoro e del sindacato di modificare mediante contratto collettivo i trattamenti consolidatisi nella prassi e inseriti, ai sensi dell'art 1340, nel contratto individuale.

Ma le ricadute più importanti si avrebbero anche qui in materia di vincolatività: infatti una costruzione negoziale, può giustificare la creazione del vincolo (anche in maniera tacita) soltanto tra gli effettivi stipulanti, vale a dire tra il datore di lavoro e i diretti destinatari di tali comportamenti reiterati. Tale costruzione non permetterebbe di estendere gli effetti migliorativi degli usi non solo ai non diretti destinatari, ma anche ai futuri dipendenti.

Questi limiti erano già stati segnalati negli anni '60 da Luciano SPAGNUOLO VIGORITA (*ut supra*), che proponeva di tenere separati i due piani sui quali la condotta del datore di lavoro influisce, vale a dire la **dimensione interindividuale e collettiva**. In questo modo è possibile ragionare più correttamente su quale sia la fonte del vincolo obbligatorio nell'un caso e nell'altro.

Infatti il "piano individuale" del rapporto di lavoro riguarda le relazioni tra datore di lavoro e singoli prestatori di lavoro. In questo ambito il problema di cercare la fonte della vincolatività della condotta reiterata e migliorativa del datore di lavoro può risolversi agilmente facendo ricorso agli strumenti della fattispecie negoziale.

Il "piano collettivo" del rapporto di lavoro, invece, riguarda le relazioni tra il datore di lavoro e la pluralità dei lavoratori dell'azienda, ed è questo l'ambito più rilevante in materia di usi aziendali, perchè è qui si può trovare la soluzione su come giustificare la vincolatività di un comportamento nei confronti dei non diretti destinatari e dei futuri assunti. Già nella sua prima opera, Spagnuolo Vigorita, avvertiva che in tale ambito la soluzione non può fondarsi sulle suggestive tesi organicistiche di matrice tedesca ( che

avrebbero permesso di risolvere il problema degli usi aziendali in maniera molto agevole, perché, secondo tali teorie, l'azienda è intesa come una comunità omogenea e il datore di lavoro è obbligato a garantire una parità di trattamento a tutti i lavoratori che rientrano in tale comunità aziendale, e per questo motivo sarebbe obbligato a riconoscere nei loro confronti anche il trattamento migliorativo derivante dagli usi aziendali), in quanto prive di qualsiasi fondamento positivo nel nostro ordinamento; per questo motivo l'ambito privilegiato per trovare una soluzione collettiva in materia di usi aziendali è quello della *dialettica intersindacale*, perché da un lato, permette la tutela degli interessi collettivi, dall'altro permette di salvare il fondamento negoziale e la logica conflittuale del nostro ordinamento.

L'insegnamento di Spagnolo Vigorita è stato ulteriormente sviluppato da Stefano LIEBMAN (*Individuale e collettivo nel rapporto di lavoro*, 1993) che ha tenuto bene presente la bipartizione tra individuale e collettivo e ha posto l'accento su un altro elemento fondamentale in materia di usi aziendali: la *volontà*.

Infatti solo attraverso "un'interpretazione della volontà" del datore di lavoro è possibile individuare se questi si sia voluto vincolare verso i singoli prestatori o verso la collettività degli stessi; quindi la volontà assume un primo rilievo strategico al fine di verificare se la condotta del datore di lavoro rileva sul piano individuale o sul piano collettivo del rapporto di lavoro.

Ma l'importanza della volontà rileva anche su di un piano ben più rilevante, vale a dire quello della "vincolatività" della condotta.

Infatti, se attraverso il comportamento reiterato e migliorativo si accerta l'intento del datore di lavoro di obbligarsi nei confronti dei singoli, allora tale volontà perfezionerà dei **patti taciti individuali**; se, invece, si accerta il suo intento di obbligarsi nei confronti della collettività dei lavoratori presenti in azienda, allora tale volontà perfezionerà un **accordo tacito collettivo**.

Per cui, è all'*autonomia collettiva* in particolar modo che viene attribuito il compito di permettere l'estensione di una condotta favorevole del datore di lavoro a tutti i lavoratori presenti in azienda.

Infatti, lo schema di formazione del vincolo del datore nei confronti dei lavoratori è quello del *contratto collettivo aziendale tacito*, dove la condotta reiterata e migliorativa

del datore di lavoro viene intesa quale una “proposta tacita” rivolta alle rappresentanze sindacali aziendali; nel caso in cui gli organismi sindacali aziendali non manifestino alcun dissenso si perfeziona un “accordo collettivo tacito”.

Tali rilievi proposti dalla dottrina vengono fatti propri anche dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, in una sentenza ritenuta fondamentale in materia di usi aziendali: la **9690 del 1996**, ( Cass. Civ., sez. lav., 6 novembre 1996, n. 9690 ) nella quale viene finalmente superata la prospettiva contrattualistica e viene recepita la distinzione tra piano individuale e collettivo del rapporto di lavoro, fondando la vincolatività del comportamento del datore di lavoro nei confronti della collettività dei dipendenti sul piano della dialettica intersindacale.

Ma accanto ad un indirizzo giurisprudenziale che ha confermato, arricchito e migliorato i rilievi posti nella sent. 9690/1996 ( tra le tante Cass. Civ., sez. lav., 27 novembre 1999, n. 13294; Cass. Civ., sez. lav., 10 novembre 2000, n. 14606 ), si va affacciando recentemente un indirizzo abbastanza ambiguo e fortemente criticato in dottrina. Si tratta del filone giurisprudenziale inaugurato con la sent. Cass. **1773 del 2000**, ( Cass. Civ., sez. lav., 17 febbraio 2000, n. 1773 ) che qualifica gli usi aziendali come “**fonti sociali**”. Nonostante in tale pronuncia la Cassazione dichiarò di voler confermare l’ impostazione assunta nel noto precedente del 1996, nella sostanza dimostra poi di discostarsene: infatti, la Corte, per attribuire natura “collettiva” agli usi aziendali, cerca il loro fondamento positivo lontano dalle <<normali categorie civilistiche>>, bensì all’interno dei “principi propri dell’ordinamento del lavoro”. In base a tali principi gli usi aziendali vengono collocati nella non ben definita categoria delle “fonti sociali”, entro le quali, oltre agli usi aziendali sarebbero ascritti il contratto collettivo e il regolamento aziendale; all’interno di tale categoria gli usi aziendali ricoprirebbero il ruolo di “fatto-fonte”.

Tale sentenza è stata criticata sotto diversi aspetti. Innanzitutto è criticabile per la mancanza di un concreto sostegno positivo: la categoria delle “fonti sociali” è un’invenzione giurisprudenziale; in secondo luogo sembra rimarcare la vecchia qualificazione degli usi aziendali come usi normativi; in terzo luogo, tale sentenza sembra rievocare le tesi istituzionistiche di matrice tedesca.

Quindi, in definitiva, la sentenza è da criticare per la sua diffusa ambiguità, non solo per

il richiamo alla categoria delle fonti sociali, di incerta collocazione nell'ambito delle fonti di regolazione del rapporto di lavoro, ma anche per l'esclusione del fondamento negoziale del contratto collettivo, del regolamento d'azienda e dell'uso aziendale.

Sembra quasi che in tale occasione la Corte avesse ben chiaro il proprio obiettivo ( l'obbligatorietà della prassi ) e si sia affannata a ricercare un fondamento positivo qualsiasi che giustificasse tale scelta. Ma si è spinta troppo in là, fino a fondare il rapporto di lavoro su regole particolari e specifiche della realtà endoaziendale, troppo diverse e distanti dagli strumenti tipici e tradizionali dell'autonomia privata individuale e del contratto collettivo.

Per cui tale sentenza segnerebbe un passo indietro rispetto i progressi derivanti dall'indirizzo inaugurato dalla sentenza 9690 del 1996, perché escluderebbe il rilievo attribuito alla indagine sulla volontà della condotta del datore ai fini della vincolatività del comportamento, e perché escluderebbe l'unica collocazione ritenuta possibile nel nostro ordinamento affinché gli interessi collettivi trovino adeguata tutela, vale a dire quella sindacale.

### ***QUESTIONE N. 3***

#### **IL GIUSTO PROCESSO: LA RAGIONEVOLE DURATA E L'EQUA RIPARAZIONE**

Il principio del “*giusto processo*” è assai risalente nel tempo, infatti si tratta di un istituto di chiara ispirazione giusnaturalistica, già presente nella Costituzione degli Stati Uniti del 1779 ed elaborato inizialmente dalla dottrina giuridica dei paesi di *common law*. In seguito tale principio è si è affermato ed è stato elaborato anche nei paesi di *civil law*, e in particolare può essere individuato a livello comunitario all'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (CEDU), e a livello nazionale all'art. 111 della nostra Carta Costituzionale, così come modificato con l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999.

Un profilo essenziale del giusto processo è quello della “*ragionevole durata*”. Tale principio è stato formalizzato, innanzitutto nella CEDU all'art. 6, rubricato “Diritto ad

un equo processo”, e che al suo paragrafo 1 recita così: “ *Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti*”.

Al fine di dare un'applicazione sostanziale ai diritti processuali presenti nell'art. 6 CEDU, con la l. cost. 2/1999 è stato modificato l'art. 111 della nostra Costituzione; ai primi cinque commi di tale articolo, che parafrasano chiaramente l'art. 6 CEDU, è manifesta la volontà del legislatore di dare piena e concreta applicazione anche nell'ordinamento interno al principio del giusto processo; in particolare, per ciò che riguarda la “ragionevole durata” del processo, rileva il comma 1, dove si afferma esplicitamente che la legge “*assicura la ragionevole durata*” del processo.

Al fine di rendere maggiormente effettiva la tutela delle “vittime” della violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo, il legislatore italiano ha introdotto la l. 89/2001, meglio conosciuta come “legge Pinto”, che prevede un sistema sanzionatorio nel caso di violazione di tale diritto, riconoscendo alle “vittime” la possibilità di ottenere un' “equa riparazione” per il danno derivante dallo stato di ansietà e sofferenza sopportati durante le more del processo. Tale legge all'art 2 rubricato “Diritto all'equa riparazione” dispone: “ *1. Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione.*

*2. Nell'accertare la violazione il giudice considera la complessità del caso e, in relazione alla stessa, il comportamento delle parti e del giudice del procedimento, nonché quello di ogni altra autorità chiamata a concorrervi o a comunque contribuire alla sua definizione.*

*3. Il giudice determina la riparazione a norma dell'articolo 2056 del codice civile, osservando le disposizioni seguenti:*

*a) rileva solamente il danno riferibile al periodo eccedente il termine ragionevole di cui al comma 1;*

*b) il danno non patrimoniale è riparato, oltre che con il pagamento di una somma di denaro, anche attraverso adeguate forme di pubblicità della dichiarazione dell'avvenuta violazione.*

Bisogna sottolineare come lo strumento di equa riparazione previsto con la legge Pinto, altro non è che un “**rimedio nazionale**” per tutelare le “vittime” della violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo; infatti tale procedura si innesta su un precedente strumento di tutela previsto a livello comunitario, che permette all'interessato di adire direttamente la Corte di Strasburgo in caso di violazione dei diritti indicati all'art. 6 par. 1.

Dalla sussistenza di questo doppio grado di tutela, uno a livello comunitario e uno livello nazionale, scaturisce innanzitutto la necessità di individuare il rapporto gerarchico tra i due organi giurisdizionali, con tutte le conseguenze che ne derivano sul piano pratico, vale a dire sul piano delle norme e degli orientamenti giurisprudenziali da preferire al fine di tutelare nella maniera più efficace i diritti dei ricorrenti.

Il modo migliore di operare per rispondere a questi interrogativi è senz'altro quello di esporre la più autorevole e consolidata giurisprudenza in materia.

Innanzitutto, fondamentale per capire i **rapporti tra giurisdizione nazionale e sovranazionale** è senz'altro la sentenza COCCHIARELLA del 29 marzo 2006, dove la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sottolineato l'importanza dell'art. 1 della Convenzione, affermando che:

*“gli Stati contraenti assicurano a tutti i diritti e le libertà definite nella sezione I della Convenzione, attraverso le proprie giurisdizioni. La responsabilità principale per l'attuazione e l'applicazione dei diritti e delle libertà previste dalla Convenzione grava sugli stati nazionali. L'istanza alla Corte Europea è sussidiaria rispetto al sistema nazionale di salvaguardia dei diritti. Questo carattere sussidiario è articolato agli artt. 13 e 35 par. 1 della Convenzione”.*

Tale carattere sussidiario delle giurisdizioni nazionali rispetto la giurisdizione della Corte di Strasburgo è meglio specificato nella sentenza della Cassazione a Sezioni Unite, n. 1339 del 27 novembre 2003, dove di cerca di individuare “**l'effetto legale**” da

attribuire alle sentenze della Corte di Strasburgo, e si precisa che:

*“la l. 89/2001, sanziona le violazioni dell'art. 6 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, quindi spetta all'organo giudiziario preposto a garantire la conformità delle norme previste nella suddetta Convenzione, vale a dire la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, determinare e interpretare il significato di queste disposizioni. Per cui la Giurisprudenza di tale Corte è vincolante nelle Corti interne (italiane) per quello che riguarda l'applicazione della l.89/2001 (quindi le disposizioni della CEDU e le interpretazioni della Corte Europea riguardo la l. 89/2001 sono vincolanti per le corti italiane). In caso contrario si avrebbe una violazione dell'art. 1 della Convenzione (che, appunto, vincola gli stati aderenti a rispettare le norme della Convenzione).*

*La l. Pinto nasce per dare un rimedio giuridico nazionale avverso le violazioni dell'art.6 della CEDU. Tale rimedio risponde al “principio di sussidiarietà”, quindi interviene per garantire una migliore protezione agli individui contro le violazioni della Convenzione; inoltre, nella stessa CEDU, all'art. 13, si afferma che tale protezione deve essere “effettiva” (anche per questo motivo è stato creato un “rimedio domestico”) e deve garantire una “giusta soddisfazione”, come stabilito dall'art. 41 della Convenzione. Nel caso in cui il diritto e i rimedi interni, non riparino o riparino solo parzialmente la violazione, interviene la Corte Europea a tutelare “le vittime della violazione”, in base agli artt. 34 e 41 della Convenzione (come nel caso Scordino) (quindi in queste ipotesi viene meno il principio di sussidiarietà e la Corte Europea interviene direttamente ).*

*Quindi, una interpretazione delle disposizioni della Convenzione operata dai giudici nazionali in difformità rispetto alla giurisprudenza della Corte Europea, consisterebbe in una violazione del principio di sussidiarietà (già nella sent. Scordino [ concernente l'inadeguatezza della protezione garantita dalle corti italiane nell'applicazione della l. 89/2001 ] la Corte Europea aveva dichiarato che in base al principio di sussidiarietà le Corti nazionali devono applicare e interpretare, dove possibile, il diritto interno in conformità con le norme della Convenzione).*

In tale sentenza viene spiegato chiaramente che non solo le disposizioni della “Convenzione”, ma anche la “giurisprudenza della Corte Europea” relative alle stesse disposizioni, sono **vincolanti** per i Giudici dei Paesi contraenti; in caso contrario si



avrebbe una violazione dell'art. 1 della Convenzione, il quale sottolinea l'impegno degli Stati sottoscrittori a rispettare le disposizioni della stessa, e si avrebbe anche una violazione del principio di sussidiarietà, che poi è quello che giustifica il rimedio nazionale previsto con la legge Pinto.

D'altronde sulla vincolatività delle norme della Convenzione per gli Stati contraenti, e quindi anche per l'Italia, già si era pronunciata la Corte Costituzionale con la sentenza 388/1999, nella quale affermò che:

*“la l. 848/1955 ( cioè la legge con la quale è stata ratificata in Italia la Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo ), provvedendo a ratificare e rendere esecutiva la Convenzione, ha introdotto nell'ordinamento interno i diritti fondamentali, aventi natura di diritti soggettivi pubblici, previsti dal titolo I della Convenzione e in gran parte coincidenti con quelli già indicati nell'art. 2 Cost., rispetto al quale il dettato della Convenzione assume una portata confermativa ed esemplificativa”.*

E la stessa Corte con sent. n. 10/1993 ha affermato:

*“le norme della Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo (...) sono state introdotte nell'ordinamento con la forza di legge propria degli atti concernenti i relativi ordini di esecuzione, sono, dunque, vigenti nell'ordinamento italiano e, in quanto derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica, sono, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria.”*

In base alla precedente giurisprudenza, è facile ricavare la giustificazione al principio del **“previo esaurimento dei ricorsi interni”**; infatti, come ha precisato la Corte di Strasburgo nella già citata sent. COCCHIARELLA:

- *La finalità dell'art. 35 par. 1, che enuncia la regola del previo esaurimento dei rimedi interni, è di permettere agli stati contraenti di prevenire o porre rimedio alle presunte violazioni prima che queste siano sottoposte alla Corte Europea ( si cita il caso *Selmouni c. France*). La regola prevista in quest'articolo si basa sul presupposto che vi sia un effettivo rimedio domestico esperibile nel caso di*

*violazione di un diritto individuale previsto nella Convenzione ( si veda Kudla v. Poland ).*

- *Tuttavia, affinché i rimedi possano soddisfare la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni, è necessario che questi siano relativi alle violazioni lamentate, disponibili e adeguati. Tali requisiti devono sussistere ad un grado sufficiente di certezza, non solo in teoria ma anche in pratica, di modo che senza di loro verrebbero meno l'accessibilità e l'effettività volute (si veda Vernillo v. France, Dalia v. France ).*
- *L'Italia ha introdotto la L. Pinto come rimedio compensatorio per i casi di violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo: la Corte ha anche affermato che tale rimedio rispetta il requisito dell'accessibilità e quindi non vi è alcun motivo di dubitare della sua effettività (si veda Brusco c. Italia ).”*

Per cui è in base a tali principi, vale a dire:

- vincolatività delle disposizioni della CEDU e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo,
- principio di sussidiarietà,
- principio del previo esaurimento dei rimedi interni,

che bisogna risolvere ogni eventuale contrasto tra giurisprudenza delle Corti interne e giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Così, non avrebbero senso i numerosi contrasti delle Corti italiane circa la configurabilità o meno del **danno non patrimoniale** nell'ipotesi di violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo. La soluzione deve essere individuata in relazione alla già citata sent. Scordino, la quale, tra l'altro risulta essere correttamente interpretata e applicata in alcune sent. della Cassazione, tra le quali:

- la già citata sent. 1339 del 2003, dove la Corte afferma che:  
*“le corti interne sono tenute a seguire la giurisprudenza della Corte Europea in materia, e in particolare viene ricordata la sent. Scordino ( del 27 marzo 2003), dove la Corte Europea ha stabilito che l'ingiustificato ritardo nel pervenire a una decisione è da considerare come danno non pecuniario (morale o non patrimoniale); che se la*

*violazione continua anche per il periodo successivo alla sent., il ricorrente ha continuato a subire un danno non patrimoniale; che il danno materiale sussiste anche quando la causa non è di valore rilevante”.*

- Oppure la sent. n. 1340, pronunciata anch'essa dalla Cassazione a sezioni unite il 27 novembre del 2003, dove si afferma che:

*“l'ammontare del danno patrimoniale e non patrimoniale deve essere deciso in via equitativa, in base alle disposizioni della l. Pinto e nel quadro di riferimento delle sent. della CEDU per casi simili, ammettendo delle divergenze motivate”.*

- O la fondamentale sent. Cass. Civ., sez. I, 23 aprile 2005, n. 8568, che ha chiarito perfettamente il concetto di “presunzione del danno non patrimoniale”, dove si è affermato che:

*“a) il danno non patrimoniale è la conseguenza normale, sebbene non automatica, della violazione del diritto a un processo in un tempo ragionevole, quindi sarà ritenuto esistente senza che sia necessario apportare una prova specifica (diretta o per presunzione), dato che la violazione viene constatata in maniera oggettiva, salvo che non sussistano circostanze particolari che ne determinino l'inesistenza nel caso concreto.*

*b) Circa la valutazione equitativa del danno non patrimoniale, questa deve avvenire, in base al rinvio fatto dall'art. 2 della l. 89/2001 all'art. 6 della CEDU, nel rispetto della Convenzione e della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (altrimenti si avrebbe una violazione della stessa legge Pinto) e quindi in base alle somme liquidate dalla Corte Europea nei casi simili (ove la conformazione a tali sent. deve essere sostanziale e non soltanto formale), con la possibilità di apportare delle deroghe nel caso concreto, purchè siano motivate, non eccessive e non irragionevoli.*

*c) Una discrepanza nel metodo di calcolo tra le corti interne e la Corte Europea, non intacca la vocazione della l. Pinto a garantire un'equa riparazione per la violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo (vocazione già riconosciuta dalla Corte Europea nella sent. Scordino ), e quindi non determina alcun dubbio sulla compatibilità del rimedio interno previsto dall'Italia e gli impegni internazionali presi dall'Italia con la ratifica della Convenzione Europea e il formale riconoscimento, anche a livello costituzionale, del principio previsto all'art. 6 della Convenzione”.*

In particolare, riguardo all'ultimo punto sub c), nella citata sent. Scordino la Corte di

Strasburgo sottolinea come si verifichi un'eccezione alla regola del previo esaurimento dei rimedi interni, infatti:

*“ nel caso in cui il ricorrente contesta solo l'ammontare della compensazione e la discrepanza tra questo ammontare e l'ammontare che gli sarebbe stato attribuito come giusta riparazione in base all'art. 41 della Convenzione, l'interessato non è tenuto, al fine di soddisfare la regola del previo esaurimento interno, ad adire la Corte di Cassazione contro la decisione della Corte d'Appello. Tale decisione si basa sull'esame di un centinaio di sentenze della Corte di Cassazione; in nessuna di queste la Corte ha rifiutato la ricevibilità del ricorso in base al presupposto che l'importo riconosciuto dalla Corte d'Appello fosse insufficiente in rapporto al pregiudizio lamentato o inadeguato in rapporto alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo”.*

Tra le più recenti sentenze della Cassazione in materia di danno non patrimoniale, che sembrano rispecchiare l'indirizzo di Strasburgo, si possono segnalare la sent. n. 23055 e l'ordinanza n. 2236, emesse entrambe dalla I sezione della Cassazione Civile, il 15 novembre 2010, dove si afferma che:

*“ i criteri di liquidazione applicati dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo non possono essere ignorati dal giudice nazionale, il quale può tuttavia apportare le deroghe giustificate dalle circostanze concrete della singola vicenda, purchè motivate e non irragionevoli. Peraltro (...) l'esigenza di garantire che la liquidazione sia soddisfattiva e non indebitamente lucrativa comporta che la quantificazione del danno non patrimoniale deve essere, di regola, non inferiore a 750 euro per ogni anno di ritardo, in relazione ai primi tre anni eccedenti la durata ragionevole, e non inferiore a 1.000 euro per gli anni successivi, in quanto l'irragionevole durata eccedente tale periodo da ultimo indicato comporta un evidente aggravamento del danno”.*

Un'altra questione concreta su cui vale la pena soffermare l'attenzione riguarda il trasferimento del diritto all'equa riparazione agli **eredi**. Le interpretazioni della nostra Corte di Cassazione sono state discordanti per un bel po' di tempo, anche se la maggioranza di queste si attesta in senso negativo, cioè sulla impossibilità di trasmettere agli eredi il diritto ad ottenere un'equa riparazione per una violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo subita dal defunto, cioè da un soggetto morto prima che la legge Pinto fosse entrata in vigore.

Al riguardo è intervenuta dapprima la Corte di Strasburgo nella sent. BRUSCO, dove si

è affermato che nel caso di cui sopra:

*“ si può fare un'eccezione alla regola secondo cui il principio del previo esaurimento dei ricorso interni deve essere valutato in relazione al momento in cui è stata presentata la domanda. Questa eccezione vale non solo per le domande proposte dopo l'entrata in vigore della legge Pinto, ma anche a quelle precedenti tale data e già presentate dinanzi alla Corte, purchè quest'ultima non abbia già deciso sulla loro ricevibilità”.*

La Cassazione riunita in Sezioni Unite, nella sent. 23 dicembre 2005, n. 28507, sembra recepire tale indirizzo, infatti afferma:

*“che il diritto ad una ragionevole durata del processo è stato introdotto dalla Convenzione del 1955 (...) esso introduce una categoria di diritti riconosciuti ai singoli da una legge pubblica, i quali corrispondono in gran parte a quelli previsti nell'art. 2 della Costituzione. Le Corti interne sono vincolate alla giurisprudenza della Corte Europea in materia e, quindi, non è ammesso un indirizzo differente al riguardo; per cui, in base a tali principi, l'equa riparazione per l'eccessiva durata dei processi, deve essere riconosciuta dalle corti interne anche a favore degli eredi di una “vittima” che sia deceduta prima dell'entrata in vigore della legge Pinto, purchè il soggetto non abbia già proposto ricorso per gli stessi motivi dinanzi la Corte di Strasburgo e tale Corte non si sia pronunciata sull'ammissibilità”.*

Infine, ultima questione di cui tratterò, sarà quella relativa alla possibilità anche da parte delle **persone giuridiche** di ottenere un'equa riparazione in caso di violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo. Al riguardo la Cassazione, sez. I, nella sentenza del 10 settembre 2004, n. 18239, facendo riferimento alla giurisprudenza della Corte Europea nel caso *Comingersoll v. Portugal*, rileva che la giurisprudenza della Corte interna ( si fa riferimento in particolar modo alle già citate sent. Cass. del 27 novembre 2003 ) è in contrasto con quella della Corte di Strasburgo, e in particolare sottolinea che non c'è alcun divieto che impedisca alle persone persone giuridiche di ottenere l'equa riparazione.

**QUESTIONE N. 4**  
**UNA LETTURA DEL T.U. STUPEFACENTI ALLA LUCE DELLA**  
**PIU' RECENTE GIURISPRUDENZA**

La normativa in materia di stupefacenti è stata oggetto di continui interventi legislativi in questi ultimi venti anni. Infatti, il testo di riferimento rimane il D.P.R. 309/1990, novellato dapprima a seguito del referendum dell'aprile 1993 attraverso il D.P.R. 171/1993 e più recentemente attraverso il decreto legge 272/2005 convertito nella legge 49/2006, la cosiddetta legge Fini-Giovanardi.

E' difficile trovare una *ratio* comune che colleghi tutti questi interventi legislativi, anche perchè alcuni di questi sembrano essere più conseguenza delle contingenze del momento e dei governi che a quell'epoca erano al potere, che di un serio programma legislativo, scaturente da un lungo e corposo iter nelle varie commissioni parlamentari e avente non soltanto finalità punitive, ma soprattutto preventive.

Ad ogni modo, lasciando da parte i discorsi legati ai motivi di siffatte “inversioni di marcia legislative”, per cercare di trovare il “bandolo della matassa” in tale materia, si rende necessario far riferimento alla numerosa giurisprudenza, e in particolare alla sua fondamentale “funzione nomofilattica”, cioè di interprete delle leggi, in grado di adattare le “maglie larghe” delle norme, allo “stretto tessuto connettivo” della società. E' pur vero che le speranze riposte nella giurisprudenza non sono sempre ben ripagate, infatti sono molto soventi i continui *revirements* della Cassazione sulle più disparate questioni, ma tra i compiti degli utilizzatori ultimi del diritto (giuristi e avvocati), credo vi debba essere necessariamente anche la capacità di saper individuare quegli indirizzi e quelle sentenze che più di altre possono contribuire alla formazione di un “approccio scientifico” al diritto, inteso in questo senso, non soltanto come un freddo insieme di norme e di interpretazioni, ma come un insieme di principi, valori, idee, persone. In fin dei conti, è pur sempre la ragionevolezza che deve guidare lo studioso di diritto nel suo lavoro; spetta al giurista, in ultima istanza, la responsabilità di fare del diritto qualcosa di concreto e di utile.

Ma lasciando da parte questi discorsi, addentriamoci nel pieno della materia.

Il D.P.R. 309/1990 interviene a sostituzione della precedente legge 685/1975.

La vecchia **legge 685/1975** si basava essenzialmente su tre principi:

- 1) la **non punibilità** dell' "uso personale" di modiche quantità di sostanze stupefacenti o psicotrope e dell' "uso terapeutico" delle stesse, purchè la loro quantità non superasse in modo apprezzabile la necessità della cura in relazione alle particolari condizioni del soggetto ( art. 80);
- 2) l'introduzione della nozione di **quantità modica**, quale parametro quantitativo essenziale per distinguere tra le diverse condotte ai fini della non punibilità e del conseguente trattamento sanzionatorio; in questo modo si attribuiva notevole discrezionalità all'autorità giudiziaria in ordine alla concreta determinazione di tale nozione ( art. 72);
- 3) la punibilità di tutte le condotte comunque destinate all'**uso di terzi** (art. 71).

Tuttavia, nell'applicazione pratica la legge del '75 ha clamorosamente fallito e ciò essenzialmente per due ragioni:

- in primo luogo, perchè la "non punibilità" dell'uso personale di modiche quantità non ha consentito di perseguire efficacemente la finalità della compressione dell'uso di sostanze stupefacenti, soprattutto per le difficoltà che ha creato nell'accertamento giudiziario relativo all'attività di spaccio di sostanze stupefacenti;
- in secondo luogo, per l'estrema genericità del concetto di "modica quantità", che ha portato ad oscillanti e incerte interpretazioni giurisprudenziali.

Il legislatore del 1990 ha tenuto ben presente i limiti e i punti deboli della precedente normativa.

Infatti, a differenza del regime previgente, nel **D.P.R. 309/1990**, si prevede espressamente il "divieto di uso personale di sostanze stupefacenti o psicotrope" e di qualsiasi impiego non autorizzato delle stesse. Inoltre, è stato previsto che la "sanzione" deve essere modulata in base a due profili della condotta illecita: la finalità e il quantitativo di sostanza stupefacente. Riguardo il profilo quantitativo, al fine di evitare i precedenti oscillamenti giurisprudenziali, è stato sostituito il concetto di "modica

quantità” con quello di “dose media giornaliera”, da determinarsi in base di tabelle redatte dal Ministro della Sanità, previo parere dell'Istituto Superiore della Sanità.

Per cui, i principi ispiratori della disciplina del 1990, si possono così riassumere:

- 1) introduzione espressa del **divieto di uso personale** di sostanze stupefacenti o psicotrope, con conseguente superamento della precedente disciplina che preveda la non punibilità per tali condotte (art. 72);
- 2) introduzione del concetto di **dose media giornaliera**, quale parametro quantitativo oggettivo, idoneo a superare le incertezze legate al concetto di “modica quantità”(art. 78);
- 3) applicazione di **sanzioni amministrative** in caso di condotte caratterizzate dall'uso personale (acquisto, importazione o detenzione) aventi ad oggetto un quantitativo non superiore alla dose media giornaliera. In particolare, il sistema di applicazione della sanzione amministrativa, consiste in un primo intervento del prefetto e, in caso di reiterate violazioni, dell'autorità giudiziaria (artt. 75 e 76);
- 4) l'applicazione di **sanzioni penali**, sia in presenza di condotte caratterizzate dalla destinazione della sostanza a terzi, a prescindere dal quantitativo, sia in presenza di condotte caratterizzate dall'uso personale ma aventi ad oggetto quantitativi superiori alla dose media giornaliera (art. 73).

Tale sistema era stato riconosciuto come legittimo dalla Corte Costituzionale, che con sent. 333/1991 aveva affermato che le finalità maggiormente repressive introdotte con il D.P.R. 309/1990 non apparivano arbitrarie, ma risultavano giustificate dall'esigenza di combattere il mercato della droga.

Sulla disciplina introdotta nel 1990 è intervenuto in maniera decisiva il **D.P.R. 171/1993**, introdotto a seguito delle consultazioni referendarie del 18 e 19 aprile 1993. Il sistema introdotto con tale disposizione, prevede essenzialmente una **depenalizzazione** per la fattispecie di “detenzione per uso personale” non terapeutico di sostanze stupefacenti e l'**abrogazione** del concetto di “dose media giornaliera”.

Più precisamente, il sistema normativo dopo gli effetti abrogativi determinati dal referendum, funzionava sulla base dei seguenti principi:



- 1) **divieto penalmente sanzionato** di qualsiasi attività concernente gli stupefacenti non volta all'uso personale, ma alla “destinazione delle sostanze a terzi”;
- 2) **divieto amministrativamente sanzionato** delle attività di importazione, acquisto e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope destinate all' “uso esclusivamente personale”.

Da ultima, è intervenuta a novellare il D.P.R. 309/1990 il decreto legge 272/2005 convertito nella **legge 49/2006**, la cosiddetta legge Fini-Giovanardi.

Si caratterizza per l'inasprimento delle sanzioni relative alle condotte di produzione, traffico, detenzione illecita ed uso di sostanze stupefacenti, e per la contestuale abolizione di ogni distinzione tra droghe c.d. “leggere” e droghe c.d. “pesanti” ai fini dell'applicazione della sanzione penale.

I principi guida di tale legge possono essere così riassunti:

- 1) mantenimento del **doppio sistema di sanzione: amministrativo**, nel caso di uso esclusivamente personale; **penale**, nel caso di destinazione ai terzi;
- 2) viene reintrodotta il **criterio quantitativo** ai fini della rilevanza penale della condotta, e a tal fine rilevano anche altri criteri; più precisamente al comma 1-*bis* aggiunto all'art. 73 del Testo Unico da tale legge è previsto:

*“ e' punito chiunque (...) importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene:*

*a) sostanze stupefacenti o psicotrope che **per quantità**, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero **per modalità di presentazione**, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero **per altre circostanze dell'azione**, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale;*

quindi ai fini della configurabilità dell'utilizzo non esclusivamente personale, e di conseguenza ai fini della rilevanza penale di tali condotte è necessario il superamento di determinate “quantità”, individuate dal Ministero della Salute, che tali sostanze presentino determinate “modalità di presentazione” (tenuto conto del peso lordo e del confezionamento frazionato) e bisogna tener conto anche delle “altre circostanze

dell'azione”;

- 3) l'entità delle sanzioni, penali e amministrative, non viene più modulata in relazione al fatto che si tratti di droghe c.d. “leggere” e droghe c.d. “pesanti”.

Queste sono le disposizioni legislative che si sono succedute in questi venti anni in materia di sostanze stupefacenti. Ora si rende necessaria una rassegna sulla giurisprudenza in materia relativa alle questioni più importanti e interessanti.

La prima questione di rilevanza fondamentale, coinvolge senz'altro il criterio della destinazione ad **uso esclusivamente personale** delle sostanze stupefacenti e psicotrope, in quanto rappresenta lo scrimine per individuare le “condotte penalmente rilevanti” da quelle che non lo sono. Abbiamo visto come la novella del 2006, sembra reintrodurre il “*criterio quantitativo*” ai fini della configurabilità della condotta penale, ma ritenere l'esclusiva rilevanza di tale criterio sarebbe un errore, in quanto la giurisprudenza appare concorde nel ritenere che la rilevanza penale della condotta non può scaturire soltanto dal meccanico superamento dei limiti tabellari, ma bisogna tener conto anche degli altri parametri introdotti dal legislatore nel nuovo testo dell'art. 73 del T.U. Stupefacenti al comma 1-*bis*, vale a dire che bisogna tener conto anche delle “*modalità di presentazione*” e delle “*altre circostanze dell'azione*”.

Inoltre, la giurisprudenza di Cassazione, ha anche precisato che, ai fini della configurazione di una condotta finalizzata ad un uso non esclusivamente personale, non è sufficiente che si riscontri uno soltanto dei predetti parametri, perchè tutti concorrono ugualmente alla determinazione della rilevanza penale della condotta, per cui il giudice dovrà dar luogo nel concreto ad una valutazione generale della condotta tenuto conto di tutti i criteri indicati nella norma di riferimento.

Al riguardo si possono indicare numerose sentenze a partire dalla sent. Cass. Pen., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 17899, in cui la Corte ha affermato che:

*“I criteri per apprezzare la destinazione ad uso non esclusivamente personale della sostanza stupefacente (quantità, modalità di presentazione, altre circostanze dell'azione) non sono autonomi, con la conseguenza che non è sufficiente che si sia accertato uno solo di essi perché la condotta divenga penalmente rilevante”.*

Oppure la sent. Cass. Pen., sez. IV, 21 aprile 2008, n. 16373:

*“Non è sufficiente che vengano superati i limiti più volte ricordati perchè possa affermarsi la penale responsabilità per l'illecita detenzione ma sarà necessario che il giudice prenda in considerazione, oltre a questo superamento:*

*le modalità di presentazione;*

*il peso lordo complessivo;*

*il confezionamento eventualmente frazionato;*

*le altre circostanze dell'azione che possano essere ritenute significative della destinazione ad uso non esclusivamente personale”.*

O ancora la sent. Cass. Pen., sez. IV, 1 dicembre 2009, n. 45916:

*“Non è prevista una presunzione assoluta di detenzione a fini di spaccio della sostanza stupefacente che superi i limiti nella medesima norma indicata. La norma si limita infatti a indicare alcuni elementi sintomatici dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata ad uso esclusivamente personale”.*

La sent. Cass. Pen., Sez. VI, 4 maggio 2010, n. 16834:

*“Ai fini dell'affermazione di responsabilità per detenzione illecita di sostanze stupefacenti, non è sufficiente il superamento dei limiti ponderali, ma sarà necessario - nei casi in cui il mero dato ponderale non sia tale da giustificare inequivocabilmente la destinazione - che il giudice prenda in considerazione anche le modalità di presentazione, il peso lordo complessivo, il confezionamento eventualmente frazionato ed ogni altra circostanza dell'azione che possa risultare significativa della destinazione all'uso non esclusivamente personale”.*

La sent. Cass. Pen., Sez. III, 11 novembre 2010, n. 39733:

*“Il superamento dei limiti tabellari previsti dall'art. 73 comma 1 lettera a) del Dpr n. 309/90 (come modificato dalla Legge n. 49/2006) non determina una presunzione di spaccio a carico del detentore. Infatti, il quantitativo della droga rinvenuta è soltanto uno dei parametri di cui si deve tenere conto per escludere o meno l'uso personale dello stupefacente e l'onere della prova dello spaccio spetta alla pubblica accusa”.*

E da ultima la sent. Cass. Pen., Sez. VI, 23 novembre 2010, n. 41366:

*“Affinchè possa ritenersi fondata l'accusa di detenzione di sostanza stupefacente ai fini di spaccio, non è sufficiente l'elevato quantitativo di droga rinvenuto, in quanto, ai fini della configurabilità del reato di spaccio conta il valore del principio attivo della sostanza indicato negli accertamenti tecnici richiesti”.*

Come si può facilmente evincere, il tema dell'uso esclusivamente personale di sostanze stupefacenti e psicotrope, è strettamente legato alle problematiche inerenti l'**onere della prova**. Infatti, come si è potuto constatare nelle precedenti sentenze, il mero superamento dei limiti quantitativi indicate nelle tabelle ministeriali, non determina alcuna presunzione di attività illecita del soggetto, vale a dire che dal mero dato quantitativo non può derivare una presunzione circa l'attività di spaccio, penalmente rilevante ai fini della presente disciplina. Per cui, come sottolineato più volte dalla Suprema Corte, la sussistenza del mero dato quantitativo non determina alcuna inversione dell'onere della prova in capo all'imputato; spetterà sempre al Pubblico Ministero, secondo gli ordinari principi del processo penale in materia di onere della prova, dover dimostrare che la condotta dell'imputato non è finalizzata ad un uso esclusivamente personale, ma è destinata ai terzi. Nel compiere tale valutazione, la pubblica accusa, non potrà basarsi sul mero dato quantitativo, ma dovrà apprezzare globalmente la condotta del soggetto, tenendo conto anche degli altri parametri indicati dal citato art. 73 novellato.

Si possono segnalare, tra le tante sentenze al riguardo:

la sent. Cass. Pen., sez. VI, 16 ottobre 2008, n. 39017:

*“In tema di sostanze stupefacenti, l'onere della prova ricade, secondo le generali regole di garanzia processuale, sull'accusa ed il giudice deve prendere in esame, oltre alla quantità di principio attivo, tutti gli indici indicati dalla norma (modalità di presentazione, peso lordo complessivo, confezionamento frazionato, altre circostanze dell'azione), con un dovere di più rigorosa motivazione nel caso in cui ritenga che dagli altri parametri normativi si debba escludere una destinazione “ad uso non esclusivamente personale”, pur in presenza del superamento dei limiti massimi indicati nel decreto ministeriale”.*

O ancora la sent. Cass. Pen., sez. III, 24 novembre 2009, n. 45027:

*“Il mero dato quantitativo del superamento dei limiti tabellari previsti dall'art. 73, comma primo-bis, lett. a), d.P.R. n. 309 del 1990, come modificato dalla L. 21 febbraio 2006, n. 49, non vale ad invertire l'onere della prova a carico dell'imputato, ovvero ad introdurre una sorta di presunzione, sia pure relativa, in ordine alla destinazione della sostanza ad un uso non esclusivamente personale, dovendo il giudice globalmente valutare, sulla base degli ulteriori parametri indicati nella predetta disposizione normativa, se le modalità di presentazione e le altre circostanze dell'azione siano tali da escludere una finalità esclusivamente personale della detenzione”.*

E da ultima la sent. Cass. Pen., Sez. VI, 28 febbraio 2011, n. 7578:

*“Non è la difesa a dover fornire dimostrazione di un uso personale dello stupefacente detenuto, ma è pur sempre la pubblica accusa che, secondo i principi generali, deve fornire prova di una detenzione della droga per scopi diversi da quello del consumo personale. Il semplice dato quantitativo del superamento dei limiti tabellari non produce alcuna inversione dell'onere della prova a carico dell'imputato, nè introduce alcuna, presunzione relativa della destinazione della, droga ad una attività cessoria”.*

In particolar modo, riguardo le innovazioni della legge 49/2006 in materia di uso esclusivamente personale di sostanze stupefacenti e psicotrope, l'intervento della giurisprudenza è stato risolutivo, perchè è intervenuta a interpretare in senso maggiormente chiaro, condiviso e concreto, una norma che il legislatore non aveva redatto in maniera impeccabile e che da un punto di vista pratico avrebbe potuto creare non pochi problemi. Infatti la lettura della Corte di Cassazione, deriva anche dalla necessità di porre riparo ad alcune inesattezze che avrebbero consentito ai difensori di avere gioco facile nel dimostrare l'uso esclusivamente personale e di conseguenza non punibile. Infatti, considerando i parametri indicati dal nuovo testo dell'art. 73 come autonomi, la fattispecie penalmente rilevante si sarebbe verificata ogni qual volta sussistesse almeno uno dei suddetti fattori. In questo modo, ad esempio, anche se un soggetto fosse stato trovato in possesso di un quantitativo di sostanze stupefacenti o psicotrope eccedente i limiti tabellari, si sarebbe potuta dimostrare la rilevanza penale di tale condotta, ma la parte avrebbe sempre potuto eccepire che la sua condotta non era

penalmente rilevante in relazione agli altri criteri previsti dalla legge. Si capisce come queste pratiche avrebbero reso molto più difficile per i pubblici ministeri dimostrare l'antigiuridicità di tali condotte. Sarebbe stato senz'altro più vantaggioso per gli avvocati continuare ad avere una normativa poco chiara, ma i giudici, che devono mantenersi equidistanti tra le parti e che devono garantire la parità processuale tra le stesse, hanno saputo tener fede a questi fondamentali doveri attraverso la loro interpretazione.

### **QUESTIONE N. 5**

## **LA RESPONSABILITA' DEGLI ENTI PER GLI ILLECITI AMMINISTRATIVI DIPENDENTI DA REATO**

Il nostro ordinamento è da sempre ispirato al tradizionale principio di “**irresponsabilità penale della persona giuridica**”, riassunto nel noto brocardo *societas delinquere non potest*.

Tale principio – pur non essendovi alcuna norma di diritto positivo che vieti espressamente la soggettività penale delle persone giuridiche – si ricava, innanzitutto, dal dettato costituzionale dell'**art. 27 Cost.**, che al **primo comma** stabilisce che “*la responsabilità penale è personale*” e al **terzo comma** che “*le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione del condannato*”; da tale combinato disposto se ne ricava l'assoggettabilità a sanzione penale delle sole persone fisiche.

Ulteriore argomento testuale si rinviene nell'**art. 197 cod. pen.** che, prevedendo soltanto un' “obbligazione civile di garanzia della persona giuridica” nel caso in cui colui che ha la rappresentanza o l'amministrazione commetta un reato e si trovi in condizioni di insolubilità, conferma – a contrario – che l'ente non può essere soggetto attivo del reato, né, quindi, destinatario della sanzione penale.

In realtà, l'intero impianto sistematico del codice penale è modellato nella prospettiva di un autore del reato inteso come “**persona fisica**”: basti pensare alla necessità, perchè possa configurarsi una responsabilità penale, della sussistenza dell' “elemento soggettivo” del reato in termini di dolo o colpa ( artt. 42-43 cod. pen.).

Già da qualche tempo, però, l'intangibilità del principio di irresponsabilità penale delle

persone giuridiche è stata messa in discussione da parte della dottrina. Ciò fondamentalmente per due ordini di motivi: da un lato, il diffondersi dei fenomeni di criminalità economica all'interno delle imprese; dall'altro, l'influenza degli ordinamenti degli altri Stati comunitari, che contemplan, invece, forme di responsabilità penale delle società ( ad esempio, il *corporate crime* di diritto anglosassone e la responsabilità delle *personnes morales* prevista dal nuovo codice penale francese ).

La problematica è alquanto delicata: infatti, alle innegabili ragioni di opportunità politico-criminale di affermare una responsabilità diretta delle società e degli altri enti collettivi per reati ad essi riconducibili si contrappone, infatti, lo sbarramento normativo rappresentato dall'art. 27 Cost.

La questione è stata per la prima volta affrontata dal legislatore italiano in occasione della ratifica di alcune Convenzioni internazionali (Convenzione sulla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee del 26 luglio 1995, Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione del 26 maggio 1997 e Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 17 dicembre 1997).

Infatti, con la **legge 29 settembre 2000, n. 300**, contestualmente alla ratifica dei suddetti atti internazionali, è stata conferita delega al Governo “per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica”.

In attuazione della suddetta delega, è stato emanato il **D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231**, contenente la disciplina del nuovo sistema di responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato, che rappresenta una vera e propria rivoluzione nel campo del diritto penale d'impresa, anche se il legislatore delegante ha optato per un tipo di “**responsabilità amministrativa**”, anziché per una responsabilità propriamente penale.

Nonostante ciò, il tipo di responsabilità configurata a carico dell'ente, benchè definita “amministrativa”, presenta delle peculiarità, in quanto discende dalla commissione di un reato ed è assistita dalle garanzie del processo penale, divergendo non poco dal paradigma classico dell'illecito amministrativo. Infatti, nella Relazione al decreto legislativo, si parla della nascita di un “*tertium genus*” che coniuga i tratti essenziali del sistema penale e di quello amministrativo.

Per quanto riguarda il contenuto del D.Lgs. 231/2001, esso consta di 85 articoli ed è suddiviso in quattro Capi: il Capo I definisce il sistema di responsabilità amministrativa dell'ente; il Capo II tratta della responsabilità patrimoniale e delle vicende modificative dell'ente; il Capo III concerne il procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni amministrative; il Capo IV è infine destinato alle disposizioni di attuazione e coordinamento.

Fondamentale è la normativa contenuta nella Sezione I del Capo I, che contiene i “principi generali” e i “criteri di attribuzione della responsabilità amministrativa”.

Innanzitutto, l'**art. 1** indica i “*soggetti*” ai quali si applica la normativa, individuandoli negli enti forniti e non forniti di personalità giuridica e le società, ad esclusione dello Stato, degli enti pubblici territoriali, degli altri enti pubblici non economici e degli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale.

Segue il “*richiamo a principi e istituti di matrice penalistica*” , in quanto la responsabilità amministrativa dell'ente è comunque costruita in dipendenza del verificarsi di reati. Sono, quindi, contemplati con gli opportuni adattamenti, in ragione delle peculiarità della materia, il “principio di legalità” (**art. 2**), la disciplina della “successione delle leggi nel tempo” (art. 3) e quella dei “reati commessi all'estero” (**art. 4**).

Il cuore del nuovo sistema è però rappresentato dagli artt. 5,6 e 7, che definiscono i “*criteri di attribuzione della responsabilità dell'ente*”, sia sotto il “profilo soggettivo” (**art. 5**), sia sotto il “profilo oggettivo” (**artt. 6 e 7**).

In particolar modo l'ente è responsabile per i reati commessi “nel suo interesse e vantaggio” da due categorie di *soggetti*: coloro che hanno funzioni di rappresentanza, amministrazione e direzione; coloro che sono sottoposti alla direzione e vigilanza dei vertici aziendali, purchè la commissione del reato derivi dall'inosservanza degli obblighi di direzione e vigilanza.

Molto interessante è stato il meccanismo che il legislatore ha predisposto per configurare la “*colpevolezza dell'ente*”, vale a dire per ricollegare il reato all'ente dal



punto di vista soggettivo: si parla a tal proposito di <<colpa di organizzazione>>, vale a dire che l'ente è colpevole nel momento in cui non adotta o non rispetta determinati “moduli organizzativi” idonei a evitare la commissione di reati da parte delle persone fisiche che operano in nome e per conto dell'ente. Per cui, affinché l'ente vada esente da responsabilità, è necessario che adotti ed attui efficacemente dei “modelli di organizzazione e gestione idonei a prevenire i reati” e aventi specifiche caratteristiche tipizzate con riferimento ai soggetti in posizione apicale (art. 6) o sottoposti all'altrui direzione (art. 7).

Seppur dipendente dalla commissione di un reato, “*la responsabilità dell'ente è configurabile in via autonoma*”, come chiarito inequivocabilmente dalla disposizione di cui all'**art. 8**, posto a chiusura della Sezione I.

Ad ogni modo, l' “accertamento della responsabilità amministrativa dell'ente per gli illeciti dipendenti da reato” e l' “applicazione delle relative sanzioni”, sono attribuiti al **giudice penale** competente a conoscere del reato stesso, secondo le regole generali del codice di procedura penale e le specifiche disposizioni previste nel Capo III del decreto legislativo. Quindi, sostanzialmente, la disciplina della responsabilità degli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato, così come delineata nel decreto legislativo, risulta “omologa” a quella prevista per gli “illeciti penali”. Tanto che in dottrina si è avanzato persino il dubbio che vi sia stato un “mascheramento legislativo” di veri e propri reati indicati come illeciti amministrativi per superare gli ostacoli costituzionali.

La Sezione II del Capo I, invece, contiene la disciplina generale delle “**sanzioni**” applicabili agli enti per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato.

La legge-delega n. 300/2000 individuava tre distinte categorie di sanzioni applicabili: sanzioni pecuniarie, sanzioni interdittive e un *tertium genus* di matrice penalistica, rappresentato dalle due sanzioni della confisca e della pubblicazione della sentenza.

L'art. 11 della citata legge-delega, imponeva al Governo di prevedere sanzioni amministrative “effettive”, “proporzionate” e “dissuasive” nei confronti delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica.

In attuazione dei criteri direttivi della legge-delega, l'**art. 9**, comma 1 del D.Lgs.

231/2001, elenca le sanzioni amministrative irrogabili per gli illeciti amministrativi dipendenti da reato: la *sanzione pecuniaria*, le *sanzioni interdittive*, la *confisca* e la *pubblicazione della sentenza*. Le sanzioni interdittive sono poi specificamente indicate nel successivo comma 2: interdizione dall'esercizio dell'attività; la sospensione o revoca delle autorizzazioni, licenze o concessioni funzionali alla commissione dell'illecito; il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione ( salvo che per ottenere le prestazioni di un servizio pubblico ); l'esclusione da agevolazioni, finanziamenti, contributi o sussidi e l'eventuale revoca di quelli già concessi; il divieto di pubblicizzare beni o servizi.

Le **sanzioni pecuniarie** sono di “applicazione generale”, vale a dire che sono sempre applicate quando sussiste un illecito, mentre le **sanzioni interdittive** si applicano soltanto nei “casi di particolare gravità”, cioè quando ricorrono le condizioni indicate nell'art. 13 del decreto legislativo.

Sotto il profilo sistematico, il regime sanzionatorio attuato in materia di responsabilità amministrativa dell'ente si inserisce indubbiamente nell'ambito del fenomeno di “assimilazione tra il sistema punitivo penale e quello amministrativo” che, nel nostro ordinamento, sta conoscendo una sempre maggiore diffusione, basti citare quali esempi la legge di depenalizzazione 689/1981 o il D.Lgs. 507/1999 di depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio.

Bisogna infine sottolineare, come il sistema sanzionatorio applicato nel decreto legislativo 231/2001, oltre ad assolvere ad una funzione propriamente “punitiva”, risponde, altresì, a finalità “specialpreventive”, in quanto l'applicazione delle sanzioni è congegnata in modo tale da favorire condotte riparatorie da parte degli enti e incentivare l'adozione di una struttura organizzativa idonea a impedire la futura commissione di reati.

## QUESTIONE DEONTOLOGICA

### **“Le tariffe: tra esigenze deontologiche e concorrenziali”**

Una questione che concerne l'ambito della deontologia forense è senz'altro quella delle **“tariffe forensi”**. Le tariffe non sono nient'altro che un sistema per determinare il prezzo di una prestazione professionale: tale sistema prevede dei prezzi minimi e massimi in relazione alle varie attività (distinte per voci) svolte dal professionista. In particolare, per gli avvocati, ogni voce include “onorari”, “diritti” e “indennità” e i prezzi sono modulabili in relazione al valore e alla specificità della causa. In definitiva si tratta di prezzi predeterminati in maniera regolamentare dal Consiglio Nazionale Forense e in seguito approvati dal Ministro di Grazia e Giustizia, sentito il Comitato interministeriale dei prezzi e previa consultazione del Consiglio di Stato.

Questo sistema di determinazione del prezzo delle prestazioni degli avvocati, però, negli ultimi anni è stato al centro di molte polemiche, provenienti soprattutto dalla Commissione Europea e dalla Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato italiana, i quali lamentano che un sistema siffatto, oltre a restringere la concorrenza nel mercato interno, renderebbe più difficoltoso l'accesso al mercato italiano da parte di avvocati provenienti da altri Stati membri, violando in tal modo il diritto alla libera prestazione dei servizi, formalizzato nel vecchio art. 49 del Trattato CE, ora, a seguito delle modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, art. 56 del TFUE (Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea). Addirittura, tali organismi, dubitano che il sistema delle tariffe possa avere a che fare con la “Deontologia professionale”, perchè quest'ultima regolerebbe i principi di buona fede, affidamento della clientela, correttezza, autonomia e responsabilità degli ordini professionali; le tariffe, invece, farebbero parte degli aspetti spiccatamente regolatori dell'esercizio delle professioni, che nulla hanno a che vedere con le questioni di ordini etico rilevanti per la fiducia dei terzi nelle categorie professionali.

Questa diatriba, ha portato delle innovazioni di non poco conto all'interno del sistema delle tariffe e di conseguenza all'interno del Codice Deontologico Forense; modifiche

resesi necessarie anche alla luce dell'intervento del legislatore italiano, che con il decreto legge n. 223/2006 ( il c.d. decreto Bersani ) convertito nella l. 248/2006, ha cercato sia di rispondere alle segnalazioni provenienti dalla Commissione e dall'Antitrust, sia a quelle provenienti dal Consiglio Nazionale Forense. Ne è nato un sistema che potremmo definire “ibrido”, che mantiene il sistema delle tariffe, affiancandogli anche il sistema del pagamento a forfait e quello del patto di quota lite.

Sono dei passaggi molto delicati, che meritano maggiore approfondimento attraverso una piccola rassegna delle varie normative che nel corso degli anni sono intervenute a disciplinare la disciplina delle tariffe, accompagnata da un breve cenno alle relazioni della Commissione Europea e dell'Antitrust, e alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.

Innanzitutto, per quanto riguarda la disciplina italiana delle tariffe forensi precedente alle innovazioni introdotte con il decreto Bersani, si può far riferimento al “**Contesto normativo nazionale**” riassunto in una recente sentenza della Corte di Giustizia del 29 marzo 2011:

*La professione di avvocato è disciplinata in Italia dal regio decreto legge 27 novembre 1933, n.1578, ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore legale (GURI n.281, del 5 dicembre 1933, pag. 5521), convertito, con modificazioni, dalla legge 22 gennaio 1934, n.36 (GURI n.24, del 30 gennaio 1934), come successivamente modificato (in prosieguo: il «regio decreto legge»). In base agli artt.52-55 del regio decreto legge, il Consiglio nazionale forense (in prosieguo: il «CNF») è istituito presso il Ministero della Giustizia ed è costituito da avvocati eletti dai loro colleghi, in numero di uno per ciascun distretto di Corte d'appello.*

3 *L'art. 57 del regio decreto legge prevede che i criteri per la determinazione degli onorari e delle indennità dovuti agli avvocati ed ai procuratori in materia tanto civile, penale quanto stragiudiziale sono stabiliti ogni biennio con deliberazione del CNF. Tali criteri devono essere successivamente approvati dal Ministro della Giustizia, sentito il parere del Comitato interministeriale dei prezzi e previa consultazione del Consiglio di Stato.*

- 4 *Ai sensi dell'art. 58 del regio decreto legge, i criteri di cui all'art. 57 del medesimo decreto sono stabiliti con riferimento al valore delle controversie e al grado dell'autorità giudiziaria adita, nonché, per i giudizi penali, alla durata degli stessi. Per ogni atto o serie di atti devono essere fissati un limite massimo ed un limite minimo dell'importo degli onorari. In materia stragiudiziale occorre tenere conto dell'importanza dell'affare.*
- 5 *L'art. 60 del regio decreto legge stabilisce che la liquidazione degli onorari è fatta dall'autorità giudiziaria sulla base dei citati criteri, tenendo conto della gravità e del numero delle questioni trattate. Tale liquidazione deve mantenersi entro i limiti massimi e minimi previamente fissati. Tuttavia, nei casi di straordinaria importanza, tenuto conto della specialità delle controversie e qualora il valore intrinseco della prestazione lo giustifichi, il giudice può oltrepassare il limite massimo. Viceversa egli può, quando la causa risulta di facile trattazione, fissare onorari in misura inferiore al limite minimo. In entrambi i casi la decisione del giudice dev'essere motivata.*
- 6 *Ai sensi dell'art.61, n.1, del regio decreto legge, gli onorari praticati dagli avvocati nei confronti dei propri clienti, in materia sia giudiziale che stragiudiziale, sono determinati, salvo patto speciale, in base ai criteri di cui all'art. 57, tenuto conto della gravità e del numero delle questioni trattate. Conformemente al n. 2 del medesimo articolo, tali onorari possono essere maggiori di quelli liquidati a carico della parte condannata alle spese se la specialità della controversia o il valore della prestazione lo giustificano.*
- 7 *L'art. 24 della legge 13 giugno 1942, n. 794, sugli onorari di avvocato per prestazioni giudiziali in materia civile (GURI n.172, del 23 luglio 1942), prevede che sono inderogabili gli onorari minimi stabiliti per le prestazioni degli avvocati, a pena di nullità di qualsiasi accordo derogatorio.*
- 8 *L'art. 13 della legge 9 febbraio 1982, n. 31, sulla libera prestazione di servizi da parte degli avvocati cittadini di altri Stati membri della Comunità europea (GURI n. 42, del 12 febbraio 1982, pag. 1030), che recepisce la direttiva del Consiglio 22 marzo 1977, 77/249/CEE, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera*

*prestazione di servizi da parte degli avvocati (GUL 78, pag.17), estende l'obbligo di rispettare le tariffe professionali in vigore agli avvocati di altri Stati membri che svolgono in Italia attività giudiziali e stragiudiziali.*

- 9 *I diritti e gli onorari degli avvocati sono stati successivamente disciplinati da più decreti ministeriali di cui gli ultimi tre sono il D.M. 24 novembre 1990, n. 392, il D.M. 5 ottobre 1994, n. 585, e il D.M. 8 aprile 2004, n. 127.*
- 10 *Conformemente alla deliberazione del CNF allegata al decreto ministeriale 8 aprile 2004, n. 127 (GURI n. 115, del 18 maggio 2004; in prosieguo: la «deliberazione del CNF»), le tariffe applicabili agli onorari degli avvocati si suddividono in tre capitoli, vale a dire il capitolo I, relativo alle prestazioni giudiziali in materia tanto civile, amministrativa quanto fiscale, il capitolo II, concernente le prestazioni giudiziali in materia penale, e il capitolo III, riguardante le prestazioni stragiudiziali.*
- 11 *Per il capitolo I, l'art. 4, n. 1, della deliberazione del CNF vieta qualsiasi deroga agli onorari e diritti stabiliti per le prestazioni degli avvocati.*
- 12 *Per quanto riguarda il capitolo II, l'art. 1, nn. 1 e 2 di suddetta deliberazione dispone che, per la determinazione dell'onorario di cui alla tabella, deve tenersi conto della natura, complessità e gravità della causa, delle contestazioni e delle imputazioni, del numero e dell'importanza delle questioni trattate e della loro rilevanza patrimoniale, della durata del procedimento e del processo, del valore della prestazione effettuata, del numero di avvocati che hanno collaborato e condiviso la responsabilità della difesa, dell'esito ottenuto, anche avuto riguardo alle conseguenze civili, nonché delle condizioni finanziarie del cliente. Per le cause che richiedono un particolare impegno, per la complessità dei fatti o per le questioni giuridiche trattate, gli onorari possono giungere fino al quadruplo dei massimi stabiliti.*
- 13 *Per quanto concerne il capitolo III, l'art. 1, n. 3, della deliberazione del CNF sancisce che, nelle pratiche di particolare importanza, complessità e difficoltà, il limite massimo degli onorari può essere aumentato fino al doppio e quello degli onorari per le*

*pratiche di straordinaria importanza fino al quadruplo, previo parere del consiglio dell'ordine degli avvocati competente. L'art. 9 di tale deliberazione precisa che, nell'ipotesi di manifesta sproporzione, per particolari circostanze del caso, tra la prestazione e gli onorari previsti dalla tabella, su parere del consiglio dell'ordine degli avvocati competente, i massimi possono essere maggiorati anche oltre quanto previsto dall'art. 1, n. 3, della deliberazione in parola e i minimi possono essere diminuiti.*

Circa i **rilievi mossi dalla Commissione Europea e dall'Antitrust**, si può far riferimento alle relazioni che i due organismi hanno elaborato in materia.

In sostanza, quello che si può evincere da tali relazioni, è l'auspicio da parte di entrambi gli organismi, di modificare la normativa italiana sulle professioni riguardante le condizioni di accesso al mercato e la disciplina dell'attività.

Il problema di fondo, nasce dalla diversa concezione di “professione” a livello europeo e a livello nazionale: infatti, a livello europeo, si sottolinea l'aspetto economico dell'attività professionale, che viene definita come un' “attività economica” e come tale deve sottostare alle regole del mercato e in particolare a quelle in materia di concorrenza; nell'ordinamento nazionale, invece, si tende a sottolineare la peculiarità delle attività professionali, che sono certamente delle attività economiche, ma allo stesso tempo contribuiscono a perseguire e a tutelare degli interessi generali della comunità ( si pensi al diritto di difesa che viene garantito attraverso l'attività dell'avvocato).

Per questo motivo, a partire del 2004, l'Antitrust italiana, su invito della Commissione Europea, ha svolto dei c.d. “test di proporzionalità” nei confronti dei vari ordini professionali, al fine di verificare se le presunte violazioni della concorrenza fossero proporzionate e giustificate dal perseguimento di obiettivi di interesse generale.

Secondo l'Antitrust, tra i vincoli all'esercizio dell'attività professionale, la fissazione di tariffe inderogabili minime o fisse appare quella meno riconducibile al perseguimento dell'interesse generale. Le tariffe predeterminate, infatti, da una parte, non sono idonee a garantire la qualità delle prestazioni (nulla, infatti, impedisce al professionista senza scrupoli di offrire comunque servizi di bassa qualità) e, dall'altra parte, non consentono al professionista di gestire la più importante variabile del proprio comportamento

economico.

Al contrario, i rappresentanti degli Ordini hanno rilevato che la tariffa costituirebbe lo strumento tramite il quale il professionista riesce a far comprendere al cliente le varie attività svolte per la realizzazione di un'opera. Inoltre, l'utilità della tariffa sarebbe da ricondurre alle agevolazioni che ne deriverebbero in termini di definizione del compenso, ad esempio nei casi in cui i professionisti non hanno potere contrattuale, come nei rapporti con i grandi clienti. Infine, la tariffa si presterebbe a favorire la qualità della prestazione, anche nella misura in cui scongiurerebbe la fuoriuscita dal mercato dei professionisti più qualificati i quali, per effetto di una concorrenza al ribasso, potrebbero infatti ritenere non appetibile il mercato.

L'Antitrust, dal canto suo, continua a ritenere che tali tariffe non siano necessarie, in quanto si deve tenere conto di un fattore economico molto importante, cioè che la domanda di tali servizi hanno subito una notevole evoluzione nel corso degli anni. Si calcola, infatti, che i principali fruitori di servizi professionali siano le imprese, le quali, evidentemente, costituiscono una clientela più qualificata del semplice consumatore, anche in ragione della presenza di professionisti all'interno delle stesse imprese.

In merito all'argomento per cui la fissazione di "tariffe" sarebbe necessaria a garantire la "qualità" dei servizi offerti, l'Autorità ha più volte osservato che la qualità minima della prestazione dovrebbe essere garantita dalle selezioni previste dalla disciplina dell'accesso alla professione. Al contrario, il meccanismo dei prezzi prefissati fa sì che la qualità non sia una variabile che concorre alla determinazione degli stessi e, quindi, non costituisca né un parametro di riferimento per il cliente/utente che si trova a compiere le proprie scelte sul mercato, né un valido incentivo per il professionista ad offrire servizi qualitativamente migliori di quelli dei propri concorrenti.

Per cui, l'Antitrust conclude che la fissazione delle tariffe, oltre a non essere necessaria per la tutela di interessi generali, non appare neanche proporzionale rispetto agli obiettivi che tramite le tariffe si dovrebbero realizzare.

In particolar modo, con riguardo ai servizi legali, sottolinea che la gran parte delle attività legali professionali sono di tipo stragiudiziale e, quindi, non riservate (ciò vale,



in particolare, per i grandi studi legali per i quali la difesa in giudizio concorre in minima parte a realizzarne il fatturato). Perlomeno per le attività di consulenza che gli avvocati svolgono in concorrenza con altri professionisti, quindi, la ratio dei prezzi minimi inderogabili appare essere quella di evitare confronti concorrenziali tra gli appartenenti alla medesima categoria e non la tutela di interessi della collettività.

Infine, secondo l'Autorità, l'analisi della proporzionalità andrebbe svolta avendo riguardo ai costi che derivano alla collettività dai sistemi tariffari, quindi tenendo conto che i costi dei servizi professionali sostenuti dalle imprese italiane sono sensibilmente superiori a quelli sostenuti per altri fattori della produzione, pur soggetti a regolamentazione (quali, energia, telecomunicazioni, servizi finanziari). Ovviamente, i costi che gravano sulle imprese non possono che ripercuotersi sui consumatori finali in termini di rincaro dei prezzi di acquisto dei beni i cui costi di produzione includono, evidentemente, anche i costi dei servizi professionali.

Queste convinzioni dell'Antitrust italiana, però, non sembrano trovare conforto in due sentenze della Corte di Giustizia Europea, mi riferisco in particolar modo alle celebri sentenze *Arduino* e *Cipolla*.

Nella **sentenza Arduino** del 19 febbraio 2002, *“il giudice a quo chiede sostanzialmente se gli artt. 5 e 85 del Trattato CE, ora art. 5 TUE e art. 105 TFUE, ostino all'adozione da parte di uno Stato membro di una misura legislativa o regolamentare che approvi, sulla base di un progetto stabilito da un ordine professionale forense, una tariffa che fissa dei minimi e dei massimi per gli onorari dei membri dell'ordine, qualora tale misura statale sia adottata nell'ambito di un procedimento come quello previsto dalla normativa italiana.*

*Anche se è vero che, di per sé, l'ex art. 85 del Trattato riguarda esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative o regolamentari emanate dagli Stati membri, ciò non toglie che tale articolo, in combinato disposto con l'ex art. 5 del Trattato, obbliga gli Stati membri a non adottare o mantenere in vigore provvedimenti, anche di natura legislativa o regolamentare, idonei a eliminare l'effetto utile delle regole di concorrenza applicabili alle imprese.*

*La Corte ha dichiarato che si è in presenza di una violazione degli ex artt. 5 e 85 del Trattato quando uno Stato membro imponga o agevoli la conclusione di accordi in contrasto con il vecchio art. 85, o rafforzi gli effetti di siffatti accordi, ovvero tolga alla propria normativa il suo carattere pubblico delegando ad operatori privati la responsabilità di adottare decisioni d'intervento in materia economica*

*Pertanto, in relazione alla procedura di fissazione delle tariffe prevista nell'ordinamento italiano, non si può affermare che lo Stato italiano abbia delegato ad operatori privati la responsabilità di prendere decisioni di intervento nel settore economico, il che porterebbe a privare del suo carattere statale la normativa di cui trattasi nella causa principale. Per i motivi esposti, non gli si può neanche contestare di imporre o di favorire la conclusione di intese in contrasto con l'art. 85 del Trattato o di rafforzarne gli effetti”.*

Per cui, in relazione al sistema italiano di fissazione delle tariffe non era stata individuata alcuna violazione degli ex art. 5 e 85 del Trattato CE.

Nella **sent. Cipolla** del 5 dicembre 2006, invece, oltre a ribadire quanto affermato in relazione alla sent. Arduino, si specifica un'altra questione, quella relativa alla libera prestazione dei servizi.

Infatti, *“il giudice a quo chiede in sostanza se l'art. 49 CE, ora art. 56 TFUE, osti ad una disciplina che vieta in maniera assoluta di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati da una tariffa, come quella di cui trattasi nella causa principale, per prestazioni che sono al tempo stesso di natura giudiziale e riservate agli avvocati.*

*Si deve ricordare che l'ex art. 49 CE impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora tale restrizione si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli di altri Stati membri, quando sia tale da vietare o rendere più difficili le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente servizi analoghi.*

*Ora, il divieto di derogare convenzionalmente ai minimi tariffari, come previsto dalla legislazione italiana, può rendere più difficile l'accesso degli avvocati stabiliti in uno*

*Stato membro diverso dalla Repubblica italiana al mercato italiano dei servizi legali, ed è in grado quindi di ostacolare l'esercizio delle loro attività di prestazione di servizi in quest'ultimo Stato membro. Tale divieto si rivela pertanto una restrizione ai sensi dell'ex art. 49 CE.*

*Il detto divieto, infatti, priva gli avvocati stabiliti in uno Stato membro diverso dalla Repubblica italiana della possibilità di fornire, chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari, una concorrenza più efficace nei confronti degli avvocati stabiliti permanentemente nello Stato membro in questione, i quali dispongono, per tale ragione, di una maggiore facilità di crearsi una clientela rispetto agli avvocati stabiliti all'estero.*

*Allo stesso modo, il divieto citato limita la scelta dei destinatari di servizi in Italia, poiché questi ultimi non possono ricorrere ai servizi di avvocati stabiliti in altri Stati membri che potrebbero offrire in Italia le loro prestazioni ad un prezzo inferiore ai minimi tariffari.*

*Tuttavia, un simile divieto può essere giustificato qualora risponda a ragioni imperative di interesse pubblico, purché sia idoneo a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo”.*

Per cui la Corte ha concluso che la tutela, da un lato, dei consumatori, in particolare dei destinatari dei servizi giudiziali forniti da professionisti operanti nel settore della giustizia, e, dall'altro, della buona amministrazione della giustizia sono obiettivi che rientrano tra quelli che possono essere ritenuti motivi imperativi di interesse pubblico in grado di giustificare una restrizione della libera prestazione dei servizi alla duplice condizione che il provvedimento nazionale di cui si discute nella causa principale sia idoneo a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo medesimo.

Spetta al giudice del rinvio determinare se, nella causa principale, la restrizione della libera prestazione dei servizi creata dalla normativa nazionale rispetti tali condizioni.

Tali posizioni sono state fatte proprie anche dal **Consiglio Nazionale Forense**, come si

può evincere in vari comunicati stampa o nella circolare del 4 settembre 2006 che accompagna il “Nuovo Tariffario Forense” approvato con D.M. 127/2004, ma nonostante tali rimostranze, l'organo rappresentativo degli avvocati ha dovuto modificare il Codice Deontologico Forense a seguito dell'intervento del legislatore con il c.d. **decreto Bersani**, che all'**art. 2**, al fine di tutelare i principi comunitari in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi, prevede l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentari che prevedono “l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime o il divieto di parametrare il compenso al raggiungimento degli obiettivi perseguiti”.

Al fine di armonizzarsi alle novità introdotte con tale disposizione legislativa, il CNF, con deliberazione del 27 giugno 2008, ha previsto la **modifica di alcuni articoli del Codice di Deontologia Forense**.

Circa l' “inderogabilità dei minimi tariffari”, il Codice Deontologico Forense, conteneva in proposito una sola disposizione, all'**art. 43, canone V**, che consentiva all'avvocato di concordare onorari forfettari solo per le prestazioni stragiudiziali, disponendo, a tutela della parte assistita, che essi dovessero essere proporzionali al prevedibile impegno. Quindi poiché tale norma limitava la possibilità di stabilire un compenso forfettario solo all'attività stragiudiziale e poiché poteva essere in contrasto con la facoltà, prevista dal legislatore, di convenire compensi parametrati al raggiungimento dell'obiettivo perseguito, essa è stata abrogata.

Anche l'**art. 45** ha dovuto subire altre modifiche per eliminare il precedente divieto al “patto di quota lite”, che consiste in un patto col quale si stabilisce un compenso correlato al risultato pratico dell'attività svolta e comunque in ragione di una percentuale sul valore dei beni o degli interessi litigiosi.

L'introduzione di tale patto ha reso necessaria anche una **modifica dell'art. 2233 c.c.** che al **co. 3** è stato abrogato, in quanto vietava in maniera categorica agli avvocati di stipulare con i clienti qualsiasi patto relativo ai beni oggetto delle controversie a loro affidate.

Tale patto, ora, risulta legittimo soltanto qualora sia stipulato in forma scritta e non rientri nella previsione di cui all'**art.1261 c.c.**: infatti è rimasta ferma la disposizione di tale articolo, il quale vieta la cessione, in via diretta o indiretta, del credito o del bene litigioso. Per cui, è permesso agli avvocati e ai loro clienti di stabilire il compenso

attraverso un patto di quota lite, cioè attraverso un compenso parametrato all'obiettivo raggiunto, purchè l'avvocato non si renda cessionario di diritti sui quali è sorta la contestazione dinanzi l'Autorità Giudiziaria.

In conclusione, a seguito delle recenti riforme legislative e deontologiche, siamo pervenuti ad un **triplice sistema di determinazione del compenso degli avvocati**:

- attraverso il sistema delle **tariffe professionali**, per le quali non si possono più prevedere limiti minimi o fissi inderogabili;
- attraverso il **pagamento a forfait**, cioè attraverso la stipulazione di un patto tra avvocato e cliente che preveda un compenso fisso per la prestazione globalmente considerata;
- attraverso il **patto di quota lite**, che prevede la possibilità di avvocato e cliente di stipulare un patto con cui si decide di parametrare il compenso all'obiettivo raggiunto.

Tale triplice sistema ha avuto senz'altro il merito di ampliare la scelta degli avvocati e dei clienti circa gli strumenti con cui determinare i compensi. Infatti, se per libera concorrenza si intende la possibilità del mercato di estrinsecarsi in maniera piena ed efficace, senza alcun tipo di ostacolo che limiti l'accesso ad altri concorrenti o che risulti dannoso per il consumatore, allora, molto probabilmente, attraverso tali scelte il legislatore italiano e il Consiglio rappresentativo degli avvocati hanno contribuito a migliorare la concorrenza, piuttosto che a restringerla. Infatti, piuttosto che eliminare un sistema consolidato come quello delle tariffe, si è scelto di abrogare soltanto l'inderogabilità rispetto tale sistema, prevedendo, così, sia la possibilità di continuare ad adottare le tariffe, sia la possibilità di altre forme di pagamento. In questo modo la scelta dei clienti si è ampliata, ma bisogna sottolineare come tale scelta per essere effettiva e realmente concorrenziale, deve essere consapevole, quindi strettamente connesse alle questioni legate alle tariffe, credo che siano anche le questioni legate alle pubblicità e alla trasparenza. E' compito dell'avvocato informare compiutamente il cliente di tutte le varie possibilità che la legge e il codice deontologico offrono per poter determinare il compenso della prestazione; nel momento in cui verrebbe meno a tali obblighi, non solo saremmo di fronte ad un “cattivo” professionista, ma saremmo soprattutto di fronte ad

una “persona” sleale e scorretta, per cui tale comportamento oltre che censurabile dal punto di vista deontologico, lo sarebbe senz'altro anche dal punto di vista delle relazioni umane e sociali, le quali rappresentano quel capitale sociale che dovrebbe sussistere nel DNA di ogni “buon” professionista.