

QUADRIMESTRALE EDITO DALL'ORDINE AVVOCATI DI LECCO

Anno XXIX - N.1/2019







La collaborazione con Toga Lecchese è aperta a tutti gli operatori del diritto che intendano inviare saggi, interventi, provvedimenti giudiziari, note a sentenza e cronache di vita forense.

Gli articoli, le note, le osservazioni – firmati o siglati – esprimono unicamente l'opinione del loro autore.

TOGA LECCHESE

Fondatore e Direttore Responsabile RENATO COGLIATI

Stampa:

MAPER - RENATE (MB)

Autorizzazione n. 2/91 del tribunale di Lecco



SOMMARIO			
Il saluto del nostro nuovo Presidente	11	3	
Incarichi del Consiglio Ordine 2019-2022	11	4	
Quattro domande all'Avv. Francesco Facchini	и	5	
C.D.D. Consuntivo attività quadriennale	11	6	
A rischio della vita	ıı	7	
Kelsen e la riforma del processo penale	ıı	7	
In claris non fit interpretatio	ıı	10	
La legge n. 219/2017 ad un anno dalla sua entrata in vigore	"	10	
Influssi romanistici nel Concordato e nella Costituzione in tema di rapporti fra Stato e Chiesa	11	14	
Natale secondo la cassazione	ıı	15	
Un mercante che la sapeva lunga	"	16	
Deontologia	"	16	
Nulla la cessione di credito	ıı	18	
Cerco / Offro	ıı	20	
Calendario Mostre 2019 nel comune di Lecco	"	21	
In Giro per Mostre e anteprime	"	22	



Il saluto del nostro nuovo Presidente

Carissimi Colleghi.

il Consiglio dell' Ordine, come sapete, mi ha in questi giorni nominato Presidente.

Desidero innanzitutto ringraziare i Colleghi della consigliatura uscente per l'impegno profuso nello svolgimento dell'incarico e per i positivi risultati conseguiti.

Sento la responsabilità e l'orgoglio di essere chiamato a rappresentare l' Avvocatura lecchese in un momento delicato della nostra professione, anche in ragione del generale mutamento in atto nella società.

Il ritorno alla sede storica del nostro Tribunale costituisce per me una priorità ed ho subito attivato gli opportuni contatti per verificare lo stato dei lavori all'edificio di Via Nullo (il "Cereghini") che, come sapete, era stato realizzato ed inaugurato all'inizio degli anni quaranta del '900 grazie al preponderante contributo, anche economico, dell'Avvocatura lecchese.

Vi assicuro il massimo impegno per conseguire nei tempi più solleciti tale obiettivo e allo stesso modo mi adopererò per ogni altra esigenza di comune interesse, che vi invito a rappresentare a me ed ai Colleghi del Consiglio.

Un cordialissimo saluto

Francesco Facchini Presidente



Incarichi del Consiglio Ordine 2019-2022

- Avv. Francesca Amoroso
- Avv. Elia Campanielli
- Avv. Simona Maria Crippa
- Avv. Francesco Facchini
- Avv. Raffaella Gianola
- Avv. Marilena Guglielmana
- Avv. Andrea Maggioni
- Avv. Elisa Magnani
- Avv. Paolo Motta
- Avv. Giovanni Priore
- Avv. Andrea Spreafico

Presidente

Avv. Francesco Facchini

Segretario

Avv. Elia Campanielli

Tesoriere

Avv. Raffaella Gianola

Commissioni e deleghe ai consiglieri

Commissione parcelle e tentativi di conciliazione

Coordinatore Avv. Andrea Maggioni

Civile - Amministrativo

Avv. Andrea Maggioni

Avv. Paolo Motta

Penale

Avv. Simona Maria Crippa

Avv. Andrea Spreafico

Commissione praticanti

Coordinatore Avv. Paolo Motta

Avv. Francesca Amoroso

Avv. Elia Campanielli

Avv. Elisa Magnani

Avv. Paolo Motta

Commissione formazione permanente

Coordinatore Avv. Francesca Amoroso

Avv. Francesca Amoroso

Avv. Simona Maria Crippa

Avv. Francesco Facchini

Avv. Elisa Magnani

Commissione patrocinio a spese dello Stato

Coordinatore Avv. Francesca Amoroso

Avv. Francesca Amoroso

Avv. Simona Maria Crippa

Avv. Raffaella Gianola

Avv. Andrea Maggioni

Mediazione - conciliazione delle controversie civili e commerciali

Coordinatore Avv. Giovanni Priore

Avv. Raffaella Gianola

Avv. Giovanni Priore

Avv. Andrea Spreafico

Commissione rapporti con i magistrati

Coordinatore Avv. Francesco Facchini

Avv. Elia Campanielli

Avv. Francesco Facchini

Avv. Marilena Guglielmana

Avv. Elisa Magnani

Avv. Giovanni Priore

Commissione pari opportunità

Coordinatore Avv. Marilena Guglielmana

Avv. Francesca Amoroso

Avv. Simona Maria Crippa

Avv. Marilena Guglielmana

Difese d'ufficio

Coordinatore Avv. Andrea Spreafico

Avv. Elisa Magnani

Avv. Andrea Spreafico

Referente informatico – Sito internet e Processo Telematico

Coordinatore, referente informatico e referente per la

transizione al digitale Avv. Andrea Spreafico

Avv. Elia Campanielli

Avv. Andrea Spreafico

Responsabile anticorruzione

Avv. Giovanni Priore

Biblioteca

Avv. Raffaella Gianola

Avv. Marilena Guglielmana

Rapporti con enti, istituzioni e associazioni

C.N.F. — Avv. Francesco Facchini e Avv. Elia Campanielli

CASSA FORENSE - Avv. Elia Campanielli e

Avv. Raffaella Gianola

U.L.O.F. (Unione Lombarda Ordini Forensi) –

Avv. Francesco Facchini, Avv. Elia Campanielli,

Avv. Marilena Guglielmana

CAMERA CIVILE – Avv. Paolo Motta

CAMERA PENALE e LA.P.E.C. – Avv. Elisa Magnani e

Avv. Giovanni Priore

A.I.A.F.: Avv. Raffaella Gianola

Commissione di studio

Nuova legge professionale, regolamenti attuativi e codice

deontologico

Coordinatore Avv. Francesco Facchini

Avv. Francesca Amoroso

Avv. Simona Maria Crippa

Avv. Francesco Facchini

Avv. Marilena Guglielmana

Avv. Giovanni Priore



Quattro domande all'Avv. Francesco Facchini in merito all'esperienza nel C.D.D.

Laureato presso l'Università state di Milano, l'avv. Francesco Facchini è iscritto all'Albo degli Avvocati di Lecco dal 10.04.1979 ed a quelli patrocinanti avanti la Suprema Corte di Cassazione dal 22.06.1995.

Svolge l'attività professionale prevalentemente in ambito civile.

Ha assunto negli anni diverse cariche istituzionali: quale Consigliere dell'Ordine e Vice Pretore Onorario.

Componente del Consiglio Distrettuale di Disciplina dalla sua istituzione al dicembre 2018.

Hai deciso di non ricandidarti al Consiglio Distrettuale Forense di Milano per il quadriennio 2019/2022; quali motivi alla base della decisione?

Mi è parso sufficiente l'impegno profuso nel corso del primo quadriennio, che ha visto peraltro l'avvio del nuovo processo disciplinare, con le inerenti problematiche; ed ho ritenuto opportuno "lasciare spazio" ad altri colleghi.

La mia è stata un'esperienza di notevole impegno, che considero largamente positiva.

Che esperienza hai tratto nel corso della Consigliatura conclusa?

Un'esperienza, come ho già detto, di estremo interesse, grazie alla quale ho avuto modo di approfondire la conoscenza delle regole sostanziali e procedurali della funzione disciplinare.

Mi ha colpito, in particolare, l'"impatto" con casi di violazioni disciplinari di rilevante gravità.

Ritieni che sia stata positiva la creazione dei Consigli Distrettuali di Disciplina cui è affidata una parte rilevante dei compiti prima di pertinenza dei Consigli dell'Ordine?

Si, perché ritengo abbia posto rimedio, in larga misura, ai limiti della cd. "giustizia casalinga", anche se talvolta ho rilevato il permanere di atteggiamenti – a mio avviso – di eccessiva comprensione verso i colleghi incolpati.

Sarebbe al riguardo auspicabile un'attenta e rigorosa selezione nella fase dell'elezione dei componenti dei Consigli Distrettuali di Disciplina.

La professione forense ha oggi, a tuo giudizio, ancora un fascino sotto il profilo del prestigio del ruolo dell'avvocato nella tutela dei diritti primari dell'individuo?

Ha certamente un fascino attenuato rispetto al passato ed il suo prestigio è generalmente meno percepito.

Ritengo che ciascuno di noi debba, nel quotidiano, impegnarsi per recuperare credibilità alla professione, realizzandone in concreto la funzione, che è quella di garantire al cittadino l'effettiva tutela dei diritti.

A cura di R. Cogliati





C.D.D. Consuntivo attività quadriennale

Al termine della consigliatura 2015 – 2018 del Consiglio Distrettuale di Disciplina per gli Avvocati iscritti negli ordini forensi della Corte d'Appello di Milano, il suo Presidente Avv. Attilio Villa, (Toga Lecchese n. 3/2018) ha predisposto una relazione inerente l'attività del quadriennio trascorso rappresentante una evoluzione dell'organismo che, sorto nel 2015, ha iniziato, giorno dopo giorno, ad operare nella sua piena legittimità ed autonomia.

Tale relazione è stata approvata all'unanimità all'adunanza plenaria dei Consiglieri in data 17 dicembre 2018.

PROSPETTO DELL'ATTIVITA' DEL CDD NEL QUADRIENNIO ED UNA ANALISI DEI DATI PROPOSTI

	ANNI			COMPLESSIVI	
	31/12/15	31/12/16	31/12/17	17/12/2018	2015-2016-
					2017-2018
VOCI					
PERVENUTI	2280	1178	1187	1579	6224
IN FASE PRELIMINARE (dato	1275	670	676	1264	1264
di flusso)					
ASSEGNATI (dato di flusso)	803	1090	1666	1213	1213
ARCHIVIATI	239	662	608	719	2246
IN FASE DIBATTIMENTALE	10	15	27	28	28
(dato di flusso)					
DEFINITI CON DECISIONE	6	26	42	55	129
RICHIAMI VERBALI	5	45	111	201	362
SOSPENSIONI EX ART. 54	0	0	28	15	43
RICORSI AVVERSO	0	2	9	11	22
DECISIONI DISCIPLINARI					
ADUNANZE PLENARIE	10	9	9	7	35

Il Presidente Avv. Attilio Villa ha nella sua relazione sottolineato che il dato riferito al primo anno di attività è relativo non solo alla trattazione dei fascicoli pervenuti a mezzo di esposti depositati dopo il 1° gennaio 2015, ma anche i fascicoli pendenti avanti il COA a quella data.

Alla data del 31/12/2015 sono infatti pervenuti alla segreteria del CDD n. 2280 fascicoli dei quali 218 relativi a procedimenti disciplinari già aperti avanti i COA precedentemente competenti nei quali, con buona approssimazione, possono essere considerati altri 800 fascicoli relativi ad esposti anteriori al'1/01/2015.

L'Avv. Attilio Villa ha sottolineato come il dato numerico non attesta un ulteriore problema organizzativo consistente nel fatto che tutti i fascicoli con procedimento già aperto non erano "scansionati" nel sistema operativo e così pure una parte dei fascicoli con esposti pervenuti prima dell'1/01/2015; ciò creava ulteriore disagio per gli istruttori negli spostamenti in sede per la loro consultazione.

Vi è stato poi un ulteriore elemento preliminare da considerarsi, ossia quello che attiene al fatto che nel corso dell'anno 2018 vi è stato un incremento di quasi 400 fascicoli rispetto ai due anni precedenti che si pensava invece fossero quelli nei quali si potesse stabilizzare il numero dei fascicoli pervenuti.

In realtà occorre tener anche conto che ciclicamente perverranno al CDD i fascicoli relativi al mancato raggiungimento dei crediti formativi triennali.

L'Avv. Attilio Villa ha sottolineato come la fredda analisi dei dati statistici dei flussi in

entrata ed in uscita dei fascicoli come attestatisi nel corso del 2018, consente di poter affermare con soddisfazione che la fase preliminare della valutazione sulla manifesta infondatezza degli esposti è ormai posta in essere in tempo reale.

Il Presidente ha sottolineato che tale circostanza consente di dire che il CDD è in linea con una risposta immediata alla necessità di definire o di assegnare il fascicolo per la sua valutazione istruttoria.

Ciò appare di ancor maggior rilevanza se si pone mente al fatto che, a seguito della sentenza Cassazione Sezioni Unite 20.06.2018 n. 16993- che ha ritenute soggette ad impugnazioni anche le archiviazioni in sede plenaria — le proposte di archiviazione devono contenere una motivazione di non poco conto.

Parimenti ha segnalato ancora il Presidente Avv. Villa si sono come si siano incrementate le definizioni: il dato aggregato costituito da archiviazioni, decisioni e richiami verbali appare superiore al dato dell'anno precedente (infatti nell'anno 2017 è stato pari a 761 fascicoli definiti, mentre nell'anno 2018 è stato di 761 fascicoli).

Alla data del 17 dicembre 2018 (adunanza plenaria CDD in composizione 2015 – 2018) sono aumentate le udienze disciplinari fissate e le pendenze sezionali attuali sono pari al 40% del pervenuto al netto delle riunioni dei procedimenti.

Tale risultato è sufficiente assicurazione perché nel futuro, pur in presenza di un breve periodo di stasi determinato dall'assunzione delle funzioni da parte del nuovo CDD, si possa sperare in un ulteriore, anche significativo, miglioramento.

Concludendo, l'Avv. Attilio Villa ha sottolineato un dato che dimostra la grande professionalità dei membri del CDD di Milano: solo 22 decisioni sono state impugnate.

Ciò significa che sia gli incolpati, sia gli altri enti aventi il potere di impugnazione, hanno ritenuto, nella stragrande maggioranza dei casi, la decisione assunta equa e legittima.

E ciò, ha concluso il Presidente Avv. Attilio Villa, è motivo di grande soddisfazione.



A rischio... della vita

Quelli di noi che hanno svolto la pratica o la professione forense nei primi anni '80 dello scorso secolo ed anche prima, lo hanno fatto, sino all'incirca alla metà degli anni '90, addirittura a rischio... della vita.

Prima dell'avvento del "contributo unificato", occorreva infatti applicare sulle copie autentiche, una marca (quando iniziai, nel 1985, il costo di ciascuna di esse era di 700 Lire) ogni quattro pagine.

Soggiungo che sugli originali di comparse e memorie occorreva, sempre ogni quattro pagine, pure la "marca scambio" e che, fino ad un certo punto, necessitò altresì corredare l'atto con una sorta di particolare "francobollo", non a scopo tributario, ma previdenziale forense: il "Cicerone", chiamato così perché vi campeggiava l'immagine del famoso nostro collega dell'antica Roma.

Per gli atti del giudizio ordinario di cognizione non sorgevano tuttavia particolari problemi, perché l'apparato di marche ed affini veniva allestito in studio, da solerti segretarie, oppure da noi giovani professionisti, con adeguati strumenti tecnici, quali tubetti di colla e simili.

La questione si faceva invece di una certa complessità, per i decreti ingiuntivi, all'atto della loro emissione.

Come sappiamo tutti, l'originale del provvedimento monitorio resta depositato in cancelleria, dal che la necessità di almeno due copie autentiche, per la notifica.

Si doveva dunque, innanzitutto, estrarre appunto le copie, attraverso la fotocopiatrice dell'Ordine, con contestuale pagamento in contanti e, successivamente, recarsi in un particolare ufficietto, per pagare, pure in contanti, i diritti e farsi rilasciare una "bollettina" di quietanza.

Un inciso: lo studio, all'inizio della mia avventura professionale, mi aveva fornito, quale contenitore di soldi e marche, una borsetta di color giallo canarino che mi appariva orrenda, anche per tale tonalità cromatica.

Il rapporto che v'era allora, in genere, soprattutto tra praticanti e capo dello studio, significativamente chiamato "dominus", vale dire "padrone", sconsigliava però pure una flebile protesta, anche sotto questo banale profilo.

Si riportava poi - ho ripreso la descrizione dell'iter riguardante il decreto ingiuntivooriginale e copie in cancelleria, dove, in caso di richiesta urgente, l'attestazione di autenticità veniva rilasciata subito, altrimenti dopo alcuni giorni.

Nell'uno e nell'altro caso necessitava tuttavia l'operazione veramente pericolosa, vale a dire l'apposizione delle marche.

Non sempre, invero, si aveva l'accortezza di recare con sé una spugnetta o il tubetto di colla e si ricorreva allora senza indugi... alla lingua.

Quando il decreto era uno, non sorgevano particolari guai, ma quando i provvedimenti di cui far copia si presentavano parecchi, veniva ad essere tutt'altra faccenda.

Ci si ritrovava infatti spesso nella situazione più anomala per un avvocato o aspirante tale: avere proprio la lingua impastata.

Sorgeva anche una certa paura che la sostanza appiccicosa delle marche potesse essere nociva e provocare persino, quantomeno in casi estremi, addirittura la morte, così come da trama di gialli del passato.

Per fortuna, non si sono mai avute notizie di decessi per tale cagione e dato che, da quei tempi, sono trascorsi alcuni decenni, comincio ad essere ottimista sotto questo profilo, ma, per la verità, non del tutto.

Mi sorge infatti il dubbio di qualche possibile effetto letale, a "scoppio ritardato" e temo dunque che per la mia pensione, venga ad applicarsi, già dal primo percepimento, l'istituto della reversibilità.

Naturalmente sto scherzando, forse almeno.

ENRICO RIGAMONTI

Kelsen e la riforma del processo penale

Ai tempi dell'Università ero suggestionato dalla concezione kelseniana del diritto.

Mi affascinava quell'idea del diritto "puro": entità dionisiaca, imperturbabile e incorruttibile, indifferente alle convulsioni della quotidianità politica, dei relativismi ideologici e culturali. Una visione che, nella sua estrema coerenza applicativa, aveva portato lo stesso Kelsen, ebreo fuggito dalla Germania per evitare le ben note.... incomprensioni con i conterranei, ad affermare che lo Stato nazista era un vero Stato di diritto! Credo che allora capissi poco di quello che egli aveva scritto nel suo testo fondamentale (Lineamenti della dottrina pura del diritto), ma mi inebriava la sua teoria nella quale intravedevo, innanzitutto, una forte tensione morale. Adesso, ammetto. I'ho molto ridimensionato nel valore reale della sua "intuizione". Ora mi rendo conto che questa sua elaborazione dottrinale nasceva, non da una "folgorazione " ideale astratta, non da una esigenza di teorizzazione dogmatica, ma dal "bisogno" concreto di dare ordine e punti di riferimento sicuri a un disordine politico e sociale sempre più avvertito: un disordine già tremendamente sperimentato con la tragedia della prima guerra mondiale e con gli sconquassi conseguiti, ma anche già pronto a riesplodere, per la inettitudine fisiologica dei "politici", per la loro miopia, per la ineliminabile, universale propensione agli intrallazzi e per la implacabile sete di potere. Kelsen era sospinto dal "bisogno" di individuare, nella drammatica incertezza degli accadimenti dinanzi alle minacciose nubi nuovamente incombenti sui destini del mondo occidentale (quello stesso mondo occidentale per il quale l'immenso Spengler - coevo di Kelsen aveva già sancito, nei primi del Novecento,



l'inesorabile "tramonto"!), elementi di certezza almeno in quello che costituisce, in assoluto, il cardine fondamentale su cui poggiare un senso di società e di futuro: il diritto. E mi dava soddisfazione sapere che un personaggio del pensiero nostrano, Norberto Bobbio, di cui avevo grande considerazione (di lui non mi erano noti, allora, né la sua adesione alle infami leggi razziali fasciste, né l'avere approfittato delle loro ripugnanti conseguenze, ottenendo l'assegnazione di una cattedra universitaria rimasta vacante a Siena, a causa della "cacciata" del suo titolare, il prof. Aldo Ravà, ebreo), sostenesse il costrutto kelseniano. In questo mio "innamoramento" culturale per Kelsen, irridevo, quasi, alla visione dell'italico Santi Romano, siciliano purosangue, il quale aveva elaborato una idea radicalmente diversa rispetto a quella dell'austroungarico: l'idea che il "diritto" non fosse una "turris eburnea" aristocraticamente indifferente ai subbugli della vita quotidiana, ma fosse una creatura viva, senza "a priori" fissi e immodificabili - la famigerata "grundnorm"-, una creatura palpitante e pronta, anzi, a sentire e a subire i continui rivolgimenti, senza punti fermi definitivi, ma nella realizzazione dell'eterno processo triadico della tesi - antitesi - sintesi quale espressione universale del "panta rei" eracliteo. Insomma, vedevo il rapporto fra Kelsen e Romano quasi come quello fra Wagner e Verdi; ma a differenza del campo musicale, in cui non ho mai amato la musica di Wagner e ho sempre amato quella di Verdi, con i due giuristi accadeva il contrario: amavo Kelsen e non amavo Romano.

Ma l'esperienza professionale e i vari approfondimenti culturali che ho condotto dopo gli studi universitari, in quasi un cinquantennio di studi e di attività forense, mi hanno fatto cambiare il mio originario parere su Kelsen e sulla sua "dottrina pura del diritto". Adesso sono convinto che avesse ragione il suo contraddittore, il palermitano Santi Romano, il quale esprimeva una concezione più... reale e viva del diritto, più "mediterranea". Una concezione che, sfuggendo alla inebriante ma astratta mistica della "purezza" (la "purezza del diritto", dell'ebreo Kelsen, che

ha una sinistra assonanza con la "purezza della razza ariana" di hitleriana memoria e la "purezza" della ricerca musicale wagneriana: quella della "purezza" era proprio una "fissazione" austroungarica!), voleva che il "diritto" vivesse e si contaminasse con i problemi della quotidianità, li introitasse e ne interpretasse il valore o il disvalore sociale, sulla base dei quali parametrare e modellare il sistema penale. Il sistema penale del Santi Romano, quindi, rifiutava qualsiasi "fissità" iperurania ma, anzi, sarebbe dovuto essere un sistema "plastico" e duttile e tanto più avrebbe espresso positivamente il suo valore e la sua funzione, quanto più fosse capace di operare questi "adattamenti" in sintonia col modificarsi dei costumi e dei valori di riferimento. Da questa mia evoluzione critica nasce la valutazione della prospettiva (pericolo?), esecrata o temuta dai più: ossia che il nostro "parlamento" (volutamente... minuscolo) vari un nuovo modello processuale penale. In questa mia attuale prospettiva, l'idea di un nuovo progetto di codice processuale penale, appare sbagliata e dovrebbe davvero preoccupare; "cambiare" un codice, ha senso soltanto se si intende modificare in modo significativo la precedente filosofia di impostazione. Se non fosse così, sarebbe sufficiente intervenire con aggiustamenti dello strumento esistente. Cambiare un codice significa introdurre un modello imposto dall'alto, sulla base di dogmatismi magari anche pregevoli, ma elaborati fuori dalla "trincea" del meccanismo giudiziario e rappresenterebbe una frattura col sistema in essere e non, invece, la sua graduale evoluzione. Evoluzione la quale, naturalmente, comporterebbe di innestare delicatamente, sul corpo esistente, solo quelle modifiche giustificate dal cambiamento dei costumi, maturata nel tempo. Oserei dire che l'inserimento, sul corpo "antico", di parti nuove, dovrebbe costituire evento normale di ogni realtà codicistica e sarebbe sintomo di vitalismo del sistema e frutto di quella "revisione permanente" idonea a rendere il corpo stesso, il più possibile in armonia con l'humus sociale da cui trae legittimazione e ne rappresenterebbe una preziosa e tempestiva rigenerazione!

In realtà occorre considerare che proprio questo è quanto sta accadendo da alcuni decenni a questa parte, in Italia; non solo con riferimento al sistema processuale penale, ma anche con riferimento al dettato costituzionale e al sistema del diritto penale sostanziale. Parlare di un prossimo "progetto di riforma del codice di procedura penale" come si trattasse di un fatto futuro ed eccezionale, fa anche un po' sorridere: dal 1989, anno del varo del "nuovo" codice di procedura penale (quello della commissione presieduta da Giandomenico Pisapia), questo "regolamento condominiale" del processo penale ha subito, in un moto inarrestabile, tali e tante modifiche, che si può certamente affermare come mai un testo legislativo sia risultato, nel tempo, così ampiamente e freguentemente ritoccato, fino a stravolgerne il contenuto iniziale. Noi siamo proprio al trionfo della concezione di Santi Romano! Siamo agli antipodi dell'idea kelseniana del diritto! Siamo alla applicazione del principio secondo cui il "diritto" è essenzialmente "diritto vivente", ossia "diritto" che rifugge da principi immutabili e cristallizzati, ma si modifica con la stessa velocità con cui si modifica la realtà sociale in cui deve operare. E poiché questa realtà è caratterizzata da modifiche di valori e di esigenze sempre più accelerati e ciò che valeva ieri, già domani potrebbe risultare invalidato, ecco che il sistema processuale penale - ma anche quello sostanziale - non dovrebbe sottrarsi all'obbligo di registrare i cambiamenti di questi valori, intervenendo con sollecitudine, al fine di orientare adeguatamente la prua del "vascello sociale" verso le nuove rotte imposte dalle mutate condizioni della navigazione.

Naturalmente non si tratta di mettere la "legge" in balìa di qualsiasi istanza revisionista provenga dalla collettività, ma soltanto di adattarla a quelle istanze le quali, e per la grande condivisione sociale e per il contenuto eticamente apprezzabile dei principi evocati (qui il tema richiederebbe una approfondita digressione che, però, ci porterebbe molto lontano dall'obiettivo di questo modesto scritto), apparissero meritevoli di considerazione.

E' evidente che un sistema giuridico

TL

e giudiziario, civile o penale che sia, non potrebbe avere senso qualora procedesse registrando, regolando e imponendo valori non più sentiti dalla cultura e dai costumi che è chiamato a considerare. Questa dissociazione fra realtà viva e realtà desiderata o imposta, sarebbe possibile solo in quella condizione "nazista" apprezzata da Kelsen, in una società fondata su valori che si pretendono – ingenuamente - assoluti; non sarebbe neppure immaginabile nella realtà proteiforme e quasi anarcoide prodotta dalla democrazia disastrata, cialtrona e inadeguata quale è la nostra (anche se nel resto del mondo la progressione degenerativa dei sistemi democratici sembra un fatto ineluttabile, a conferma della validità universale della antica, ma sempre valida, concezione platonica sulla fatale corruzione delle forme di governo; in particolare della democrazia, destinata a degenerare nella "oclocrazia", ossia nel governo dei peggiori). Anche se questa nostra parodia di democrazia è una realtà oramai "fuori controllo", nella quale, purtroppo, l'idolatria insensata verso un concetto tragicomico di libertà di parola e di opinione, spesso tragicamente priva di un sottostante pensiero, reclama e impone l'arrogante ascolto del.... nulla. Una realtà in cui il profluvio di mezzi di comunicazione e di informazione a disposizione di chiunque voglia fare sentire la propria voce, disarticolata dalla ragione, frantuma qualsiasi decente certezza, rende tutto opinabile e attribuisce apparente dignità a sprologui di ogni genere, ascoltati da un uditorio sempre più frastornato, fuorviato e incompetente, ma pronto a tifare per sentirsi felicemente schiavo di qualche padrone, secondo l'impietosa ma tragicamente vera sentenza nietzscheana!

Quindi non deve essere visto quale fatto di per sé negativo, che si voglia mettere mano a un sistema penale, per renderlo più adeguato ai tempi e ai mutati valori espressi dalla collettività: non appare accettabile, invece, che questo desiderio conduca a fissare, d'imperio, nuovi canoni valutativi ed operativi volti a costruire, dall'alto di pur dignitose teorizzazioni - così come è stato per il codice del 1989 - un

modello processuale avulso dalla cultura giuridica e dalla pratica forense vigenti. Ma vi è di più! Quello che preoccupa, dinanzi alla ipotesi di una radicale riforma codicistica, è che in un sistema politico quale l'attuale, appare impossibile raggiungere un risultato soddisfacente. Infatti, a parte il maggiore o minore valore dei componenti la commissione incaricata, occorre considerare che la elaborazione di un corpo normativo, che mal si concilia col sistema "democratico" delle decisioni, troverebbe un ulteriore ostacolo dinanzi ad un quadro politico confuso e disorientato di cui, alla fine, finirebbe per essere espressione! II sistema democratico è, per definizione, incapace di soluzioni tempestive ed ottimali, perché fondato sul principio secondo cui prevale non la qualità, ma la quantità. Prevale quella <<....imbecille supremazia del numero...>> che, come splendidamente ha scritto Marguerite Yourcenar, inesorabilmente milita <<....contro l'uomo...>>.

Il timore, assai giustificato è, quindi, che venga elaborato un codice, non solo "imperfetto" (il che sarebbe il minore dei mali, posto che non esiste il testo normativo "perfetto"), ma peggiorativo di quello attuale: in tal caso, l'unica magra consolazione sarebbe considerare, secondo il noto principio.... ottimistico di Leibniz, che esso rappresenterebbe, comunque, il "migliore dei testi possibili"! Anche all'epoca del progetto di riforma del codice "Rocco", molte erano le voci autorevoli di giuristi e di operatori forensi che invitavano a desistere dall'ideare un modello procedurale completamente innovativo e, in certo senso, rivoluzionario rispetto allo "status quo". Si affermava che sarebbe stato sufficiente modificare o sostituire alcune parti del vigente sistema, senza una radicale rimodellazione di principi e di regole positivamente consolidati e via via introdotti od emendati dalle decisione della Corte costituzionale. Ma, per ragioni politiche, prevalse la scelta del cambiamento radicale che pure, allora, aveva una qualche giustificazione ideale, poiché il codice vigente era di matrice fascista e si avvertiva, da molti, l'esigenza di avere un codice oramai sganciato da quella "etichettatura" che lo legava ad una tribolata e tragica fase della storia d'Italia. Prevalse la scelta affascinata dal metodo del processo" adversary": come sia andata a finire, tutti lo sappiamo! Il grande Agostino Viviani scrisse, in un libretto dal titolo emblematico (Il nuovo codice di procedura penale: una riforma tradita), un infervorato anatema, denunciando clamorosi errori pratici e concettuali del testo normativo. Ma oramai il codice era legge dello Stato e toccò, subito, allo stesso legislatore, alla Corte costituzionale, alla Corte di cassazione e ai giudici di merito, mettere mano a numerosi interventi correttivi di quel modello, interessante per alcuni strumenti innovativi, ma molto problematico nella pratica operatività e, soprattutto, non "sentito" dal mondo giudiziario che lo avrebbe dovuto mettere in pratica.

Scardinare, adesso, "ex abrupto", come fece il legislatore del 1989, un intero firmamento di prassi e di principi accumulatisi e modificatisi fisiologicamente durate un trentennio di applicazione "sul campo", appare operazione troppo drastica e anche troppo difficile, soprattutto nella nostra fase sociopolitica, caratterizzata da riferimenti etici e valori culturali decisamente confusi, per non dire di peggio.

Con buona pace di Hans Kelsen e per la soddisfazione di Santi Romano, nel momento storico che vive la nostra società, è preferibile un "aggiustamento" del codice attuale, già fortemente modificato da quel lontano 1989 e in gran parte oramai metabolizzato nelle sue linee essenziali. E' preferibile una sorta di "restyling" che, salvando quello che l'esperienza ha dimostrato valido o facilmente emendabile, elimini solo l'inaccettabile e adequi la struttura codicistica e le sue disposizioni, alle mutate indicazioni provenienti dalla realtà giudiziaria e dalla realtà sociale: quelle stesse indicazioni generate dall'infaticabile processo della civiltà, nel suo continuo divenire e nel suo vacillante e, spesso, delirante incedere verso le mete indefinibili della esistenza umana.

RENATO PAPA



In claris non fit interpretatio

Questo antico broccardo che sancisce l'inutilità dell'interpretazione nelle questioni chiare, mi è stato ricordato, di recente, da un amico, peraltro non giurista, nel corso di una conversazione in argomento.

Il mio interlocutore si scagliava infatti contro la "peste" costituita, a suo dire, appunto dall'interpretazione, frutto avvelenato, secondo la conclusione cui perveniva, solo della non chiarezza delle leggi italiane.

Confesso di aver cercato di attaccare l'inossidabilità del suo assioma, citando quanto ci veniva insegnato a "Filosofia del Diritto" e cioè che una norma, poiché frutto della compresenza di parole, non può, ontologicamente, presentare un'univocità di significato.

Mal me ne incolse: al sentire il sostantivo "Filosofia" a proposito del Diritto, Lui si è infatti esibito in una sorta di filippica, a riguardo di tale accostamento che considerava pressoché blasfemo.

L'episodio- che non ha per nulla portato alla fine di un'amicizia- mi fornisce il

destro per una breve riflessione a voce alta proprio sul tema, peraltro assai antico, dell'ermeneusi delle leggi,.

L'Imperatore Giustiniano – che dalla mole della normativa romana trasse "il troppo e 'l vano" (Dante - Paradiso- Canto VI), stabilì l'applicazione addirittura della pena prevista per i falsari a chi avesse osato interpretare il suo "Corpus luris Civilis".

Considerato che la sanzione per questo tipo di reato era la deportazione, con confisca dei beni, si può ben comprendere come fosse pericoloso violare simile draconiano divieto.

Eppure interpretazione vi fu, sia vivente l'Imperatore, sia dopo che questi ebbe raggiunto, sempre per stare a Dante, "il cielo di Mercurio".

Anzi divenne una specializzazione giuridica, soprattutto nel Medioevo.

Certo, l'ermeneusi legislativa, pur ineliminabile — e mi perdoni l'amico se insisto in questo convincimento- ha i propri rischi, evidenti, anche ai nostri giorni.

Tra i tanti criteri adottati, uno mi pare

particolarmente insidioso, vale dire quello "sistematico-costituzionalmente orientato", perché, in sé, capace- utilizzo una nota parossistica gergalità- "di far dire alla Bibbia che Dio non esiste", in quanto tendente a sottovalutare la lettera della legge, o quantomeno, a non attribuirle importanza decisiva.

Beninteso, sto parlando di interpreti in buona fede (la stragrande maggioranza), senza tuttavia ignorare che, in taluni limitati contesti extragiudiziari, l'attribuire particolari significati ad una norma può essere frutto di intendimenti non proprio cristallini.

Col consueto disincanto con cui descriveva il costume italico, Giovanni Giolitti affermava infatti, ironicamente: "Le leggi si applicano, per gli amici s'interpretano".

E, sempre per indulgere al "latinorum" da parte mia: de hoc satis.

ENRICO RIGAMONTI

La legge n. 219/2017 ad un anno dalla sua entrata in vigore

Il 31 gennaio 2018 è entrata in vigore la legge 22 dicembre 2017, n. 219 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"). La normativa in questione ha rappresentato una svolta storica in materia di disposizioni anticipate di trattamento, intervenendo a disciplinare le DAT dopo anni di dibattiti.

In realtà non si può dire che, prima di allora, mancasse qualsiasi fonte legislativa: la legge 20 maggio 2016, n. 76 ("Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze") aveva sancito — con una previsione tanto asistematica quanto rilevante — la possibilità, per il "convivente di fatto", di nominare l'altro convivente quale "rappresentante con poteri pieni o li-

mitati [...] in caso di malattia che comporta incapacità di intendere e di volere, per le decisioni in materia di salute" (cfr. art. 1, comma 40, lett. a). Di fatto, si era così introdotto l'istituto della rappresentanza vo-Iontaria nella manifestazione del consenso ai trattamenti terapeutici, anticipando la più organica disciplina contenuta nella legge n. 219/2017. Quest'ultima non ha abrogato l'art. 1, comma 40, legge n. 76/2016, che, quindi, deve considerarsi complementare alla disciplina successiva (tra l'altro, sulla base di una lettura costituzionalmente orientata, sembra che tale disposizione della legge n. 76/2016 enunci un principio generale e non limitato ai soli conviventi, come parrebbe invece dal testo della norma).

Prima di occuparsi specificamente delle disposizioni anticipate di trattamento nell'art. 4, la legge n. 219/2017 dedica ampio spazio al consenso informato, cristallizzando quanto era già da ritenersi pacifico in materia, sia nel nostro ordinamento che a livello internazionale. Al consenso informato è attribuito un ruolo centrale nella costruzione dell'intero rapporto tra medico e paziente. Ai fini della validità del consenso, esso deve essere - appunto -"informato", ovvero assistito da un'idonea informazione resa dal medico. Tale concetto si può far risalire, almeno nella sua attuale formulazione (ma si veda già il caso inglese del 1767 Slater v. Baker and Stapleton), ad alcune pronunce giurisprudenziali statunitensi dell'inizio del Novecento (cfr.

TL

Mohr v. Williams della Suprema Corte del Minnesota, 1905), nonché, soprattutto, al processo di Norimberga e, in particolare, alla formulazione del Codice di Norimberga con i suoi postulati sulla sperimentazione scientifica.

Il consenso informato, nell'ambito del rapporto intercorrente tra medico e paziente, non è tanto l'elemento perfezionativo di un accordo, quanto piuttosto un atto unilaterale per mezzo del quale il paziente, esercitando il proprio diritto di libertà di cura, autorizza il medico all'intervento (cfr. Pizzetti, Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona, Milano, 2008, 188 ss.).

In stretta relazione con il consenso informato si pongono le disposizioni anticipate di trattamento, conosciute anche come "direttive anticipate di trattamento" o "dichiarazioni anticipate di trattamento" oppure, ancora, sotto il nome, improprio ma estremamente comune, di "testamento biologico". Le espressioni appena citate, benché possano considerarsi come equivalenti, presentano differenti sfumature di significato.

L'espressione "dichiarazioni anticipate" (adottata anche dal Comitato Nazionale per la Bioetica nel proprio parere del 2003 sulle tematiche del "fine vita" e dall'art. 38 del Codice di deontologia medica del 2014) appare quasi asettica rispetto ai profili di efficacia delle dichiarazioni medesime.

Invece, "direttive anticipate di trattamento" è un'espressione dotata di maggiore forza, poiché — come si è correttamente rilevato (cfr. Sartea, *Biodiritto. Fragilità e giustizia*, Torino, 2012, 126 s.). — "evoca l'efficacia di un'ingiunzione e la perentorietà di un comando".

L'espressione "testamento biologico" è senza dubbio quella più utilizzata, tanto da essere entrata nel linguaggio popolare. Il vocabolo "testamento" viene mutuato dalla terminologia giuridica e, più precisamente, dall'art. 587 c.c.; tuttavia, emergono in modo evidente le differenze del testamento mortis causa rispetto alle DAT, prima fra tutte l'efficacia post mortem del testamento propriamente detto, che si contrappone alla finalità precipua delle DAT, rivolte a regolare il fine vita del disponente. Del resto, "testamento biologico" non è altro che una traduzione (quasi) letterale dall'inglese "living will" (precisamente: "testamento di

vita") espressione che viene adottata per la prima volta - a quanto consta - nel 1969, in ambito statunitense (cfr. Kutner, Due Process of Euthanasia: The Living Will, A Proposal, in Indiana Law Journal, 1969, vol. 44, 539 ss.). Comunque, la locuzione "testamento biologico" non è eccessivamente fuori luogo, laddove si consideri la sua intrinseca capacità di comunicare con efficacia la funzione del moderno strumento delle DAT. Infatti, analizzando il tradizionale uso dell'istituto testamentario, si può notare che dal XIII al XVIII secolo il testamento è stato impiegato per esprimere i pensieri profondi, la fede religiosa, l'attaccamento a persone e a beni, nonché per trasmettere le decisioni finalizzate ad assicurarsi la salvezza dell'anima. Attraverso il testamento non venivano solamente compiute attribuzioni patrimoniali: l'atto mortis causa costituiva una modalità di manifestazione del pensiero dell'individuo al di fuori della sfera patrimoniale (cfr. Rossi - Foglia, Testamento biologico, in Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Agg. IX, Torino, 2014, 638 ss., spec. 669 s., che riprendono le parole di Ariès, Storia della morte in Occidente, Milano, 1998, 56). Solo a partire dal XVIII secolo il testamento si laicizza e la presenza di disposizioni per la propria anima si fa via via più rara. Quindi, l'espressione "testamento biologico" evocherebbe la funzione assunta per secoli dal testamento mortis causa quale strumento di manifestazione dei pensieri più profondi della persona. In altri termini, il "testamento biologico" rivelerebbe l'identità del soggetto disponente, travalicando l'ambito prettamente giuridico.

Infine, l'espressione "disposizioni anticipate di trattamento", ormai definitivamente consacrata anche nella legge n. 219/2017, è dotata di maggiore precisione rispetto a "testamento biologico" e, allo stesso tempo, si colloca nel solco della tradizione codicistica. Infatti, il concetto di "disposizione" si ricollega al diritto di proprietà (art. 832 c.c.: "Il proprietario ha diritto di ... disporre delle cose ...") e agli "atti di disposizione del proprio corpo" (art. 5 c.c.).

Inoltre, il termine "disposizione" consente di mantenere quel parallelismo, sopra enunciato, rispetto al testamento *mortis causa*: è lo stesso art. 587 c.c., nel fornire la definizione dell'istituto testamentario, a utilizzare il verbo "disporre". Pertanto, le

"disposizioni" relative alla fase finale della propria vita richiamano le "disposizioni" concernenti il regolamento degli interessi nell'epoca successiva alla morte. Se il parallelismo può considerarsi improprio da un punto di vista squisitamente giuridico (tenuto conto delle differenze ontologiche tra i due istituti), esso acquista rilievo se osservato da un'angolazione attinente alla sfera dei sentimenti del soggetto, oltre che da una prospettiva sociale fondata sulla comune percezione delle DAT quale atto destinato ad avere rilevanza in una fase terminale dell'esistenza, immediatamente precedente alla morte. Tali aspetti non possono essere certamente trascurati in ambito biogiuridico e, anzi, assurgono al ruolo di riferimenti centrali, al di là delle valutazioni puramente civilistiche.

Ancora, la parola "disposizioni" implica che le DAT non rappresentano mere dichiarazioni dall'incerta efficacia, bensì vere e proprie manifestazioni di volontà in grado di esplicare effetti giuridici vincolanti nei confronti dei terzi, non diversamente dalle disposizioni contenute in un testamento mortis causa. In proposito, l'art. 4, comma 5, legge n. 219/2017 prevede che "il medico è tenuto al rispetto delle DAT, le quali possono essere disattese, in tutto o in parte, dal medico stesso, in accordo con il fiduciario, qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente ovvero sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di vita".

Benché, come si è visto, la portata innovativa della legge n. 219/2017 riguardi soprattutto le disposizioni anticipate di trattamento, nell'ultimo anno i provvedimenti giurisprudenziali si sono concentrati non tanto sulle DAT, quanto piuttosto sui poteri e sui limiti dell'amministratore di sostegno nella manifestazione del consenso alle cure o del rifiuto delle medesime nell'interesse del beneficiario dell'amministrazione.

Il rapporto tra amministrazione di sostegno e manifestazione del consenso informato è stato oggetto di numerosi interventi nel corso degli ultimi cinque lustri (l'evoluzione è sinteticamente illustrata da Trib. Modena, decr. 23 marzo 2018, in www.personaedanno.it).

A seguito della legge 9 gennaio 2004, n. 6, la possibilità, per l'amministratore



di sostegno, di esprimere il consenso o il rifiuto alle cure in vece del beneficiario non era pacifica. A fronte di un orientamento maggioritario (a partire da Trib. Roma, 19 marzo 2004, in Notariato, 2004, 249 ss. e Trib. Modena, 28 giugno 2004, in *Dir. e giust.*, 2004, fasc. 30, 75 ss.), favorevole ad attribuire all'amministratore di sostegno poteri di rappresentanza nei casi in cui il beneficiario non fosse in grado di esprimere un consenso consapevole, si erano registrate pronunce di segno opposto (ad esempio, Trib. Torino, 26 febbraio 2007, in *Fam. e dir.*, 2007, 721 ss.).

Comunque, la protratta mancanza di una disciplina legislativa in tema di disposizioni anticipate di trattamento ha favorito l'utilizzo dell'istituto dell'amministrazione di sostegno in funzione attuativa delle volontà del beneficiario circa i futuri trattamenti terapeutici. Sulla questione è poi intervenuta anche la Cassazione, avallando l'interpretazione prevalente e precisando che l'amministratore di sostegno designato, oltre ad essere vincolato alle indicazioni manifestate in condizione di capacità dal paziente e che non siano state revocate, "ha il potere ed il dovere di esternarle, senza che si ponga la necessità di ricostruire la volontà attraverso atti e/o fatti compiuti in stato di capacità" (Cass., 20 dicembre 2012, n. 23707, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, I, 421 ss.). Si è così realizzata, attraverso l'elaborazione giurisprudenziale, la congiunzione tra amministrazione di sostegno, consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento.

In questo contesto si è inserita la legge n. 219/2017, "eliminando ogni residua incertezza" (così Trib. Modena, decr. 23 marzo 2018). L'art. 3 della legge (rubricato "minori e incapaci") stabilisce che, laddove sia stato nominato un amministratore di sostegno con previsione dell'"assistenza necessaria" o della "rappresentanza esclusiva in ambito sanitario", il consenso informato viene espresso o rifiutato "anche dall'amministratore di sostegno ovvero solo da quest'ultimo, tenendo conto della volontà del beneficiario, in relazione al suo grado di capacità di intendere e di volere" (comma 4). Nel caso di contrasto tra amministratore di sostegno e personale medico circa la valutazione di appropriatezza e necessità delle cure mediche proposte, la decisione è rimessa al Giudice tutelare (comma 5).

Due provvedimenti giurisprudenziali relativi alle situazioni di urgenza terapeutica hanno preso in considerazione l'art. 1, comma 7, legge n. 219/2017 (cfr. Trib. Modena, decr. 18 gennaio 2018, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, l, 1276 s. e Trib. Venezia, decr. 26 febbraio 2018, ivi, 1277 s., sui quali ci si soffermerà *infra*). Ai sensi di tale comma, "Nelle situazioni di emergenza o di urgenza il medico e i componenti dell'equipe sanitaria assicurano le cure necessarie, nel rispetto della volontà del paziente ove le sue condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla".

Sulle nozioni di emergenza e di urgenza può essere utile richiamare le indicazioni del Coordinatore della Prima sezione del Tribunale di Mantova, che ha dettato linee quida per l'uniforme applicazione della legge n. 219/2017 all'interno dell'ufficio giudiziario (Trib. Mantova, 13 aprile 2018, in www.ilcaso.it). In tale documento di indirizzo si precisa che l'emergenza ricorre quando l'intervento sanitario è "indifferibile"; per urgenza deve intendersi "la situazione di pericolo attuale - e cioè imminente, non essendo tale un pericolo eventuale o futuro – di un danno grave alla persona [...] nonché di grave pregiudizio circa la possibilità di effettuare utilmente in un momento successivo un accertamento sanitario indispensabile per la cura della persona".

Una volta delineati i concetti di emergenza e urgenza terapeutica, è possibile meglio comprendere quanto stabilito da Trib. Modena, decr. 18 gennaio 2018, secondo cui, in presenza di uno stato di necessità, compete alla responsabilità del personale medico-sanitario assicurare al paziente le cure necessarie alla sopravvivenza, senza che il consenso informato della persona possa essere sostituito e surrogato dall'amministratore di sostegno. Nella vicenda portata all'attenzione del Giudice modenese un amministratore di sostegno, al quale non era stato conferito nel decreto di nomina alcun potere di sostituzione o assistenza in ambito medico-sanitario, presentava ricorso onde "conseguire autorizzazione ai medici" per operare una tracheotomia sul beneficiario. affetto da distrofia miotica di Steinert in fase avanzata e con cui non era possibile interloquire. L'istanza veniva rigettata. poiché si riteneva sussistente uno "stato di necessità"; ricorrendo tale presupposto,

i medici devono assicurare al paziente le cure necessarie ed effettuare l'intervento "salvavita" a beneficio del paziente, senza che l'amministratore di sostegno possa esprimere il consenso informato per conto del beneficiario. La decisione del Giudice tutelare di Modena è anteriore di pochi giorni rispetto all'entrata in vigore della legge n. 219/2017, ma fa comunque riferimento a tale normativa nella propria motivazione e deve, pertanto, essere considerata a tutti gli effetti quale frutto dei principi giuridici che caratterizzano la nuova disciplina legislativa.

Analogamente, Trib. Venezia, ord. 26 febbraio 2018 ha deciso che, se la situazione in cui si trova il beneficiario di a.d.s. è di urgenza terapeutica ai sensi dell'art. 1, comma 7, legge n. 219/2017, i medici devono assicurare le cure necessarie, nel rispetto della volontà del beneficiario ove le condizioni cliniche e le circostanze consentano di recepirla, indipendentemente dal coinvolgimento dell'amministratore di sostegno. Nel caso di specie, un amministratore di sostegno provvisorio, cui era stato attribuito il potere di sola assistenza della beneficiaria nelle scelte terapeutiche, aveva rivolto al Giudice tutelare istanza per ottenere l'autorizzazione a prestare il consenso all'inserimento di sondino PEG, al fine di permettere la regolare alimentazione della paziente. Rilevate le lacune che affliggevano il ricorso, il Giudice dettava gli opportuni provvedimenti per i casi in cui la situazione dovesse oppure non dovesse ritenersi di urgenza terapeutica, stabilendo, per la prima ipotesi, che i medici assicurassero le cure necessarie, indipendentemente dal coinvolgimento dell'amministratore di sostegno.

La decisione veneziana ripercorre i principi fondamentali espressi nella legge, giungendo a distinguere le situazioni di urgenza da quelle in cui l'urgenza terapeutica non sussiste, con conseguente differenziazione dei compiti e dei ruoli dell'amministratore di sostegno nelle due ipotesi. La prima parte della motivazione presenta un limpido inquadramento della ratio legis attraverso l'enunciazione dei seguenti punti: riconducibilità della nutrizione e dell'alimentazione artificiale nell'ambito dei trattamenti sanitari (art. 1, comma 5), da cui derivano la competenza e responsabilità dei curanti in materia; ne-

TL

cessità di adeguata informazione e di coinvolgimento del paziente nelle procedure che lo riguardano (artt. 1 e 3); diritto del paziente di rifiutare qualsiasi trattamento (art. 1, comma 5), con l'attivazione, in caso di rifiuto, di cautele quali il sostegno del paziente "nell'ambito di una strategia della persuasione, perché il compito dell'ordinamento è anche quello di offrire il supporto della massima solidarietà concreta nelle situazioni di debolezza e di sofferenza" (così, testualmente, il Giudice tutelare); coinvolgimento dei pazienti con scadimento delle funzioni cognitive nel percorso di cura, in modo adeguato alle proprie residue capacità; nei casi di urgenza, somministrazione, da parte del responsabile della cura, delle cure necessarie al paziente, nel rispetto delle sue volontà e preferenze (art. 1, comma 7 e art. 3, commi 1 e 4); appropriatezza e proporzionalità delle decisioni che riguardano i pazienti privi in tutto o in parte di autonomia, al fine di tutelare la salute psicofisica e la vita nel rispetto della loro dignità (art. 1, comma 1 e art. 3, comma 1).

Valorizzando la responsabilità del personale sanitario, i due provvedimenti del Giudice tutelare modenese e di quello veneziano limitano il ruolo dell'amministratore di sostegno sotto il profilo della sostituzione del beneficiario nella prestazione del consenso informato: in presenza di una situazione d'urgenza, non vi è bisogno che l'amministratore sia coinvolto nell'espressione del consenso informato (l'amministratore non viene però privato del potere di vigilanza).

Nel primo anno di applicazione della legge le maggiori discussioni sono state certamente generate da Trib. Pavia, ord. 24 marzo 2018, in Nuova giur. civ. comm., 2018, I, 1118 ss., che ha ravvisato un contrasto tra gli artt. 2, 3, 13, 32 Cost. e l'art. 3, commi 4 e 5, legge n. 219/2017 nella parte in cui tali commi stabiliscono che l'amministratore di sostegno - la cui nomina preveda l'assistenza necessaria o la rappresentanza esclusiva in ambito sanitario - possa, in assenza delle disposizioni anticipate di trattamento di cui all'art. 4, rifiutare, senza l'autorizzazione del Giudice tutelare, le cure necessarie al mantenimento in vita dell'amministrato. Pertanto, il Giudice pavese ha ritenuto non

manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale.

Le argomentazioni dell'ordinanza non risultano convincenti, poiché, nel sistema delineato dalla legge n. 219/2017, personale medico e amministratore di sostegno sono tenuti alla collaborazione e a un reciproco controllo nell'interesse del beneficiario: tale cautela permette di considerare infondati i dubbi di illegittimità costituzionale. Come i primi commentatori dell'ordinanza del Tribunale di Pavia hanno puntualmente rilevato, nessun rappresentante legale (genitore, tutore, amministratore di sostegno munito di poteri di rappresentanza) o volontario ha mai un potere incondizionato di rifiutare una cura. Se vi è accordo con il personale medico, si compie un'"individuazione condivisa della strategia terapeutica più appropriata e ragionevole per quel paziente (anche incapace), con assunzione di responsabilità da parte del rappresentante del paziente e del personale sanitario" (Piccinni, Decidere per il paziente: rappresentanza e cura della persona dopo la I. n. 219/2017, in Nuova giur. civ. comm., 2018, I, 1118 ss.). Se vi è contrasto, si attiva il rimedio previsto dall'art. 3, comma 5, della legge.

Proprio con riguardo alla disposizione da ultimo menzionata, il Tribunale di Vercelli ha fornito importanti precisazioni (cfr. Trib. Vercelli, 31 maggio 2018, in www. personaedanno.it). Infatti, l'art. 3, comma 5, pare limitare il proprio campo di applicazione, e la conseguente possibilità di rivolgersi al Giudice, all'ipotesi di rifiuto (da parte dell'a.d.s.) delle cure proposte dal sanitario. Secondo il Tribunale, si deve però ritenere che il Legislatore sia incorso in un'emendabile svista, consistente nel non aver previsto un analogo meccanismo al ricorrere dei casi di adesione del rappresentante alle cure proposte, per l'evenienza in cui il rappresentato-paziente ossia proprio il soggetto della cui salute e della cui autodeterminazione si discute intenda contestare la scelta terapeutica. Tale possibilità deve e può essere riconosciuta in capo al beneficiario (rectius, in capo a qualsiasi persona incapace di agire, purché capace di discernimento) sulla scorta di un'interpretazione costituzionalmente conforme della legge, oltre che dell'applicazione estensiva dell'art. 410 r r

Infine, il Tribunale di Mantova ha fatto applicazione del più volte citato art. 3, comma 5, in un caso di contrasto fra l'amministratore di sostegno e la struttura sanitaria circa la necessità di immediato posizionamento di sondino PEG al paziente (cfr. Trib. Mantova, 6 dicembre 2018, in www.ilcaso.it). In particolare, l'amministratore di sostegno aveva motivatamente negato il consenso; il Giudice, rilevando che non ricorreva una situazione di emergenza o di urgenza (nella quale eventualità la struttura sanitaria deve assicurare le cure necessarie ai sensi dell'art. 1, comma 7, legge n. 219/2017) e che la decisione sull'eventuale posizionamento di sondino PEG avrebbe potuto essere differita al peggioramento delle condizioni del paziente, ha ritenuto fondato il rifiuto opposto dall'amministratore di sostegno. Secondo il Giudice, il rinvio del posizionamento di sondino PEG a un momento successivo avrebbe garantito al paziente (ospitato per diverse ore al giorno in una struttura assistenziale e, quindi, continuativamente assistito da personale specializzato) migliori condizioni di vita senza pericolo per la salute, scongiurando il rischio di trasferimento in una diversa e più Iontana struttura e consentendo al beneficiario di intrattenere più frequenti rapporti con i propri familiari, facilitati nelle visite e nella sua assistenza.

Volendo trarre un bilancio del primo anno di applicazione giurisprudenziale della legge in materia di consenso informato e DAT, si può notare che in varie occasioni è stata colta la ratio della nuova normativa; tuttavia, si è anche registrata una voce dissonante, rappresentata dal Tribunale di Pavia. In proposito, si dubita che la Corte costituzionale ravviserà i medesimi profili di illegittimità evidenziati nell'ordinanza pavese. Infatti, un'interpretazione coerente della legge n. 219/2017 consente di ricavare una regola generale: gualora una delle parti coinvolte nella relazione di cura assuma preponderanza nel processo decisionale, le altre parti sono tenute a svolgere un'indispensabile funzione di controllo, con possibilità di azionare sempre una verifica ad opera dell'autorità giudiziaria.

DAVIDE TESSERA



Influssi romanistici nel Concordato e nella Costituzione in tema di rapporti fra Stato e Chiesa

- Come in tutti i settori del diritto, anche in tema di rapporti fra Stato e Chiesa, l'esperienza giuridica romana offre elementi di conoscenza e di riflessione che meritano approfondimenti ed indagini.
 - In limine, sia precisato che i rapporti fra autorità civile e autorità religiosa, sotto lo specifico profilo delle reciproche sfere di autonomia, non si esauriscono, come è ovvio, nella vicendevole compresenza, nell'uno o nell'altro ordinamento, di elementi di ciascun sistema, bensì nell'atteggiamento, singolarmente mutevole nel corso dei secoli, dell'esercizio di un potere, laico o religioso, nell'ambito dell'ordinamento giuridico destinato a regolare i rapporti fra i consociati.
- 2. Nel nostro ordinamento di rango costituzionale, pur nella consapevolezza della laicità dello Stato, affermata dall'art. 3, in virtù del quale "tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono uguali davanti alla legge senza distinzione ... di religione", nonchè dall'art. 8 che sancisce come "tutte le confessioni religiose sono ugualmente libere di fronte alla legge", emerge con chiarezza una prevalenza della religione cattolica, come è attestato, oltre che in modo implicito dal secondo comma ("Le confessioni religiose diverse dalla cattolica hanno diritto di organizzarsi secondo i propri statuti, in quanto non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano") e dal terzo comma dello stesso articolo ("I loro rapporti sono regolati per legge sulla base di intese con le relative rappresentanze"), dalla esplicita stipula di accordi che regolano i rapporti fra lo Stato e la Chiesa, riconducibili ai Patti Lateranensi del 1929 e, di fronte alla necessità di revisione delle norme concordatarie per armonizzarle ai principi costituzionali del 1948, all'"Accordo di modificazione del Concordato Lateranense" del 18 febbraio 1984 (l.

- 25.3.1985 n. 121). Ne fa espresso cenno, del resto, il secondo comma dell'art. 7 della Costituzione, in base al quale i rapporti fra Stato e Chiesa "sono regolati dai Patti Lateranensi", precisando che "le modificazioni dei Patti accettati dalla due parti, non richiedono procedimento di revisione costituzionale.".
- 3. In linea generale, la prevalenza della religione cattolica nelle fonti giuridiche dello Stato italiano trova esplicita conferma nel dettato del primo comma dell'art. 7 della Carta costituzionale. che sancisce come "Lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e sovrani". Affermazione che, quantomeno sotto il profilo formale, consente a ciascuna della due istituzioni di stabilire in autonomia, nell'ambito delle rispettive giurisdizioni, la regolamentazione dei comportamenti tenuti dai cittadini sottoposti al potere temporale o a quello spirituale. Con la conseguenza che, non traendo autorità l'una dall'altra, i due ordinamenti attengono, quello della Chiesa, alle vicende spirituali e religiose; quello dello Stato ai rapporti materiali e laici.
 - Opzione interpretativa, quest'ultima, riconosciuta e rafforzata anche nelle disposizioni del cd. Nuovo Concordato del 1984 che, infatti, all'art. 1 prevede che "La Repubblica e la Santa Sede riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno del proprio ordine, indipendenti e sovrani, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti ed alla reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese".
- 4. Un'indagine sull'esercizio del potere giurisdizionale nell'esperienza giuridica romana e sulle influenze che quel sistema ha avuto sull'esperienza contemporanea offre all'operatore del

diritto opzioni interpretative idonee ad individuare reciproche influenze fra le rispettive sfere giuridiche, quale obiettivo riflesso dell'atteggiarsi dei rapporti fra autorità statale e potere religioso.

Al riguardo, il periodo storico di maggiore interesse nell'esperienza giuridica romana, dal quale prendere le mosse, è certamente il IV secolo dopo Cristo, nel corso del quale, l'attività normativa offre testimonianza di interventi legislativi che costituiscono i capisaldi della generale riflessione in materia.

Infatti, nella storia dei rapporti fra Stato e Chiesa, un ruolo centrale assume, come è noto, l'editto di Milano dell'anno 313 d.C., in virtù del quale gli imperatori Costantino e Licinio, sulla scia di quanto stabilito dal predecessore Galerio, concessero ai cristiani la più ampia libertà di culto, dichiarando il Cristianesimo quale "licita religio", accolta al pari delle altre religioni ammesse, disponendo a favore dei sudditi la restituzione dei beni confiscati durante il regno di Diocleziano. Si trattava - ed era il riflesso - di una radicale modificazione dei rapporti fra il sovrano e la Chiesa, destinata ad influenzare, anche sotto il profilo formale, il culto imperiale: Costantino, infatti, pur non potendosi più considerare dominus et deus, mantenne fede alla tradizionale funzione del governo romano, che si concretizzava nel mantenimento della pax deorum, con il deliberato scopo di garantirsi la benevolenza degli dei verso l'impero, assumendosi, in quanto imperatore, la responsabilità di assicurare ai sudditi dell'impero il favore e il sostegno della divinità suprema: sentimenti certamente radicati in lui che. come è noto, riteneva di essere stato personalmente prescelto ed elevato alla porpora imperiale da Dio.

Secondo il racconto di Lattanzio (*De mort. Pers.*, 44.5), infatti, alla vigilia della



decisiva battaglia di Ponte Milvio, Costantino sarebbe stato avvertito in sogno di far contrassegnare gli scudi dei suoi soldati con il monogramma cristiano e di dare battaglia contro il suo avversario Massenzio nel nome di Cristo.

Ancora, il biografo dell'imperatore, Eusebio di Cesarea (*Vita Const.* 1,28-30) aggiunge al sogno anche una visione celeste, che sarebbe consistita nel segno luminoso

di una croce recante la celebre iscrizione "in hoc signo vinces" (con questo segno vincerai).

Era questo, del resto, l'adito per l'emanazione, nell'anno 380, da parte dell'imperatore Teodosio, dell'editto di Tessalonica, nel quale il Cristianesimo assume il ruolo di religione ufficiale, come risulta da una celebre costituzione imperiale, raccolta del Codice Teodosiano, nel titolo *De fide* catholica (CTh. 16.1.2): si trattava, in sostanza, di dare corpo ad un principio efficacemente reso con l'espressione "cuius regio eius religio", che imponeva ai sudditi dell'Impero la religione del sovrano, attribuendo a quella cattolica il rango di religione di Stato.

Federico Pergami

Natale secondo la cassazione

Anche il Supremo Organo decisorio non trascura, sotto certi aspetti, di lasciarci "qualche regalo" sotto l'albero o vicino al presepe, nel contempo dispensandoci qualche utile consiglio.

Se qualcuno in preda a qualche mania di grandezza o meglio abbia intenzione di render veramente memorabile questo giorno, eviti di collocare nel proprio o altrui giardino delle renne.

La recente decisione n. 50137/2018 avverte che indipendentemente dall'eventuale pericolosità dell'animale e dalla cura amorevole che ad esse concediamo, possedere o semplicemente detenere questo animale costituisce reato per la salute e l'incolumità pubblica. Infatti la l. 150/1992 nell'art. 6 stabilisce che il predetto comportamento è da considerare un reato di pericolo presunto e commina una sanzione penale dell'arresto sino a 6 mesi o con l'ammenda da e. 15.000 a e. 30.000, certamente non un bel regalo!

Già che ci siamo, ricordiamo anche che dire a un bambino che Babbo Natale non esiste, facendo adirare i genitori, potrebbe avere conseguenze di rilevanza penale. E' il caso accaduto a un o una centralinista di un call center e affrontato non molto tempo fa dalla Cassazione e prima ancora dalla Questura, a cui si erano rivolti i genitori di quel bambino, che, a seguito appunto, di quella conversazione ha avuto un turbamento d'animo così grande da arrivare agli onori della cronaca giudiziaria. Certamente l'operatore telefonico non c'è andato leggero: il tenore della telefonata con il bambino è stata "marmocchietto, passami la mamma o il papà o vengo a prenderTi, tanto Babbo Natale non esiste". Non contento della reazione accusata dal minore, proseguiva minacciando che anche la Befana non porta regali e non esiste". La minaccia è tale e rimane tale anche se é rivota ad un adulto. La sentenza della Cassazione n. 42653 dell'anno 2010 ha confermato la condanna di un tale che, previa affissione alla bacheca sindacale del luogo di lavoro, ha affisso un avviso che riportava offese che gettavano in estremo ridicolo il collega, come appunto le seguenti "non esiste alcun Babbo Natale o Befana che concedono regali a personaggi come te".

Se, poi, non vogliamo, superato indenne

il giorno di Natale, crearci problemi all'Epifania é bene ricordare che dare della
Befana a qualcuno non vale la pena, in
quanto può costituire e integrare il reato
di molestie, secondo l'orientamento
adottato dalla decisione della Cassazione
n.2597/2013 per la quale inoltrare s.m.s.
con parole offensive, come appunto dare
della befana a un'altra persona, non può
passare inosservato sotto l'aspetto penale.
In altri casi rivolgere a una donna un tale
epiteto è foriero di una condanna per ingiuria come ha stabilito la decisione del
Tribunale di S. Maria Capua Vetere n. 1642
del 2009.

Se, poi, quanto sopra accaduto a quella signora si verificasse in sede lavorativa, oltre la sanzione penale si rischia anche quella disciplinare. Ciò è quanto stato oggetto di esame da parte del T.a.r. della regione Campania con la sentenza n. 839/2015, che ha visto coinvolto un carabiniere il quale durante l'orario di lavoro, si era rivolto nei confronti di una cittadina chiamandola Befana.

Luigi Tancredi



Un mercante che la sapeva lunga

Devo al giornalista Nicola Porro la scoperta di un originale personaggio del 1400: Benedetto Cotrugli, mercante, diplomatico ed umanista, che descrisse la partita doppia venticinque anni prima del suo ,inventore', Luca Pacioli.

Console a Napoli della repubblica marinara di Ragusa (l'odierna Dubrovnik) e poi Gran Maestro della Zecca nella città partenopea, Cotrugli nacque fra il 1410 e il 1416 e scrisse nell'italiano dell'epoca e non in latino, come si usava, il ,*Libro de l'arte de la mercatura'*.

Ora è stato publicato da Rizzoli, ,tradotto' in italiano corrente da Vera Ribaudo e con prefazione dell'imprenditore Brunello Cucinelli, con un nuovo titolo: "Arricchirsi con onore – Elogio del buon imprenditore". L'edizione è a cura di Alessandro Wagner, che descrive minutamente le vicissitudini, che non è qui il caso di ricordare, del testo originale, travisato nella prima edizione a stampa del 1573.

Nell'opera sono spiegate le quindici regole d'oro per arricchirsi con onore: dalla partenza (oggi scriveremmo *start up*) alla tenuta di una contabilità precisa e ordinata (ecco qui la partita doppia), dalla necesità di capire e usar bene la finanza al modo di vestire, dal perseguimento della qualità alla cura dela famiglia e così via.

E poi ci sono i tanti aforismi originali o in voga nel quattrocento o tratti dai testi classici e biblici. Ne cito solo due, che mi paiono molto significativi e attuali: ,/ sovrani e i governi non hanno mai capito né capiscono i mestieri relativi all'amministrazione del denaro' e ,Quando ti avanza tempo, leggi!'.

Ma cosa può aver colpito un avvocato italiano del ventunesimo secolo, tanto da sentire il bisogno di scriverne su ,Toga lecchese'? Scrive il Cotrugli proprio nel primo consiglio, che tratta della ,partenza' dell'attività del mercante: "Ma, soprattutto, le attività andrebbero avviate in luoghi in cui vi è certezza delle

leggi e in cui l'amministrazione della giustizia è rapida e efficiente, perché per il mercante sono una difficoltà non da poco le dispute dei giuristi, nemici della sua borsa, e perché le cose mercantili necessitano di rapidità d'attuazione".

Si potrebbe dire ,*nihil sub sole novi* . Ma più di mezzo millennio fa un ,mercante' lo sapeva e lo predicava, mentre oggi i nostri illuminati governanti (non solo italiani) non lo ricordano o, peggio, non lo sanno.

Ci siamo incartati in una normativa sempre più farraginosa e contradditoria. Vogliamo normare tutto: dalle tariffe al calibro dei piselli, dalla deontologia alla tutela della *privacy*, dall'informativa medica a quella legale.

E' certo che ci abbiamo tutti messo del nostro facendo i furbi e cercando di non sottostare alle norme che ci danno fastidio o che non ci consentono di fare quello che vogliamo sia nei comportamenti personali che nell'attività professionale. Purtroppo le regole che ci siamo dati non solo hanno peggiorato la situazione, perché ci hanno dato l'illusione di poter governare rigorosamente i nostri comportamenti, ma hanno scatenato il fenomeno più grave della giurisdizionalizzazione del sistema in cui viviamo. A cui si è aggiunta la burocratizzazione della magistratura, che vuole esercitare il potere enorme che gli è stato conferito senza dover subire controlli e assecondando più gli interessi corporativi che quelli generali della comunità.

C'è rimedio? Ci sarebbe, ma non vedo chi ha oggi, in Italia e in Europa, la volontà e la capacità di riportare il buon senso nella forma e nella sostanza della legificazione e della giurisdizione evitando di aspirare allo stato etico di non rimpianta memoria. Quel buon senso che emerge dall'opera di un ,mercante' del quindicesimo secolo.

Se vi avanza tempo, leggete!

CARLO DOLCI

Deontologia

Incarico professionale tramite agenzie o procacciatori d'affari

Pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante l'avvocato che assuma pratiche per il tramite di un'agenzia e svolga attività professionale senza ricevere il mandato diretto della parte assistita così ponendo in essere un'ipotesi di non consentito accaparramento della clientela.

(C.N.F. pres. Mascherin, rel. Picchioni, sentenza del 12 settembre 2018, n. 10)

L'inadempimento delle obbligazioni dell'Avvocato nei confronti dei terzi

Commette e consuma illecito deontologico l'avvocato che non provveda al puntuale adempimento delle proprie obbligazioni nei confronti dei terzi e ciò indipendentemente dalla natura privata o meno del debito, atteso che tale onere di natura deontologica, oltre che di natura giuridica, è finalizzato a tutelare l'affidamento dei terzi nella capacità dell'avvocato al rispetto dei propri doveri professionali e la negativa pubblicità che deriva dall'inadempimento si riflette sulla reputazione del professionista ma ancor più sull'immagine della classe forense. E ancora più grave risulta essere l'illecito deontologico nel caso in cui il professionista, non adempiendo ad obbligazioni titolate, giunga a subire protesti, sentenze, atti di precetto e richieste di pignoramento, considerato che l'immagine dell'avvocato risulta in tal modo compromessa agli occhi dei creditori e degli operatori del diritto quali giudici ed ufficiali giudiziari.

(C.N.F. pres. Mascherin, rel. Logrieco, sentenza del 6 novembre 2017, n. 157)



Intempestiva fatturazione dei compensi percepiti

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

(C.N.F. pres. f.f. Logrieco, rel. Logrieco, sent. 24 novembre 2016 n. 337)

La rilevanza deontologica prescinde dalla liceità civile o penale

Nell'autonomia riconosciuta dall'Ordinamento per la definizione dell'illecito deontologico, lo stesso ben può sussistere pur non costituendo illecito né civile né penale. Infatti, le ragioni e i principi che presiedono al procedimento disciplinare hanno ontologia diversa rispetto a quelli che attengono al governo dei diritti soggettivi, riguardando la condotta del professionista quale delineata attraverso l'elaborazione del codice deontologico forense e quale risultante dal dovere di correttezza e lealtà che deve informare il comportamento dello stesso; diversi sono i presupposti e le finalità che sottendono all'esercizio disciplinare e che con il provvedimento amministrativo si perseguono; diversa è l'esigenza di moralità che è tutelata nell'ambito professionale. L'illiceità disciplinare del comportamento posto in essere dal professionista deve, infatti, essere valutata solo in relazione alla sua idoneità a ledere la dignità e il decoro professionale, a nulla rilevando anche l'eventualità che tali comportamenti non siano configurabili anche come illeciti civili.

(C.N.F. pres. Mascherin, rel. Secchieri, sentenza del 1° dicembre 2017, n. 199)

L'intensa attività lavorativa non esime dal dovere di formazione

L'obbligo di formazione continua sussiste per il solo fatto dell'iscrizione nell'albo e non subisce deroga né attenuazioni nel caso di impegni professionali ritenuti tanto assorbenti da precludere -in thesi- la stessa possibilità materiale di acquisire i "crediti formativi" richiesti giacché, diversamente ragionando, detto obbligo finirebbe per dover essere adempiuto con le modalità regolamentari previste solo dall'iscritto all'albo che svolga la propria attività in modo marginale, episodico e discontinuo (Nel caso di specie, il professionista non aveva acquisito nessun credito formativo nel triennio. In applicazione del principio di cui in massima, il CNF ha ritenuto congrua la sanzione disciplinare della censura).

(C.N.F. pres. f.f. Logrieco, rel. Baffa, sentenza del 1° dicembre 2017, n. 204)

Limiti al trattenimento di somme pervenute da cliente o da terzi

All'avvocato non è consentito trattenere somme di competenze del cliente, neppure a titolo di compensazione con un proprio credito professionale in difetto del consenso (specifico e dettagliato quindi consapevole) del cliente, ovvero di una liquidazione operata con sentenza a carico della controparte, ovvero ancora di una richiesta di pagamento espressamente accettata dal cliente.

(C.N.F. pres. f.f. Salazar, rel. Pardi, sentenza del 12 settembre 2018, n. 102)

Limiti deontologici alla pubblicità professionale

1^ Massima: "Il codice deontologico, anche a seguito della entrata in vigore delle norme che prevedono la possibilità di dare informazioni sull'attività professionale, non consente una pubblicità indiscriminata ed

elogiativa, intrinsecamente comparativa in quanto diretta a porre in evidenza caratteri di primazia in seno alla categoria, perché incompatibile con la dignità e il decoro della professione e, soprattutto, a tutela dell'affidamento della collettività (Nel caso di specie, l'avvocato aveva pubblicizzato nel quotidiano cittadino ed in alcuni manifesti murali informazioni sulla propria attività professionale, affermando che il suo studio legale si occupava di infortunistica stradale "seriamente", senza "spese di istruttoria" e con "totale supporto in ogni fase del procedimento", lasciando così intendere un quid pluris rispetto agli obblighi invece connaturati al corretto esercizio della professione forense)."

2[^] Massima: "I principi in tema di pubblicità di cui alla legge 248/2006 (c.d. Decreto Bersani), pur consentendo al professionista di fornire specifiche informazioni sull'attività e i servizi professionali offerti, non legittimano tuttavia una pubblicità indiscriminata avulsa dai dettami deontologici, giacché la peculiarità e la specificità della professione forense, in virtù della sua funzione sociale, impongono, conformemente alla normativa comunitaria e alla costante sua interpretazione da parte della Corte di Giustizia, le limitazioni connesse alla dignità ed al decoro della professione, la cui verifica è dall'Ordinamento affidata al potere dovere dell'ordine professionale."

(C.N.F. pres. f.f. Picchioni, rel. Savi, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 208)

Omessa restituzione della documentazione al cliente

L'omessa restituzione al cliente della documentazione ricevuta per l'espletamento del mandato va deontologicamente sanzionata, atteso che ai sensi degli artt. 2235 c.c., 42 c.d. (ora, 33 ncdf) e 66 del R.d.l. n. 1578/33, l'avvocato non ha diritto di ritenere gli atti e i documenti di causa, né può subordinarne la restituzione al pagamento delle spese e dell'onorario.

(C.N.F. pres. f.f. Salazar, rel. Vannucci, sentenza del 18 dicembre 2017, n. 213)



Un parere del CNF

Il COA di Modena chiede se l'Avvocato debba consegnare al Curatore del fallimento del cliente tutta la documentazione relativa all'attività svolta a favore dello stesso e, in caso affermativa, come tale obbligo possa conciliarsi con il dovere di segreto professionale.

La commissione, dopo ampia analisi, osserva che, al fine di esprimere un motivato parere in ordine al quesito formulato, si debbano prendere in considerazione: i) le funzioni e la qualità attribuite al Curatore; ii) l'obbligo di "riserbo e segreto professionale" imposto all'Avvocato dalla legge e dall'art. 28 del C.D.F.

Il succedersi di riforme della legge fallimentare ha progressivamente fatto prevalere la figura del Curatore "pubblico ufficiale" (art. 30 L. F.) anziché quella di rappresentante dei creditori o sostituto del fallito; i suoi poteri/doveri sono minuziosamente previsti nei tredici articoli che la legge fallimentare dedica alla figura del Curatore.

I suoi poteri vanno dall'amministrazione del patrimonio fallimentare, al compimento delle operazioni che ritiene più opportune od utili (seppure sotto la vigilanza del G. D. e del Comitato dei Creditori), alla predisposizione delle relazione particolareggiata di cui all'art. 33 L. F. "su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale".

E' intuitivo come il potere di indagine del Curatore trovi ben pochi ostacoli nei confronti del fallito, ma non possa estendersi, con le medesime caratteristiche, all'attività svolta dal difensore, vincolato al segreto professionale, che trova tutela anche nell'ambito dell'azione penale (artt. 103 e 200 c.p.p.).

Ovviamente l'opponibilità del segreto professionale va valutata, in concreto e caso per caso, ma non appare dubitabile che l'avvocato sia legittimato a mantenere il riserbo imposto dall'art. 28 C.D.F. sulle notizie inerenti a fatti "personalissimi" del cliente od a circostanze che potrebbero essere ritenute rilevanti in suo danno, sotto il profilo penale.

Così l'avvocato potrà e dovrà relazionare circa lo stato delle cause attive o passive affidategli, attinenti all'attività d'impresa, ma non sull'andamento delle causa di separazione o divorzio (salva espressa autorizzazione – magari scritta – del cliente), né sugli atti compiuti dal fallito che possano concretizzare comportamenti di rilevanza penale o comunque pregiudicare gli interessi del proprio assistito, seppure fallito.

Il segreto professionale è uno dei principi e dei doveri fondamentali cui deve ispirarsi l'attività dell'avvocato e sul quale il cliente deve essere certo di poter contare, al pari, od ancor prima, della probità, dignità, decoro ed indipendenza; il legislatore ne ha preso atto persino nell'ambito del processo penale, notoriamente finalizzato alla tutela pubblica; il Curatore non può non conoscere tali limiti, né pretendere che l'avvocato li superi.

Ad analoghe conclusioni si perviene allorché ci si chieda se l'Avvocato debba consegnare la documentazione in suo possesso, affidatagli dal cliente: tutto ciò che è "pubblico", siccome agli atti di un processo attinente all'attività d'impresa, può e deve essere consegnato, al pari di quanto avverrebbe nell'ipotesi di revoca del mandato e nomina di un nuovo difensore (artt. 33 e 48 co. 3° C.D.F.); la documentazione e la corrispondenza che esulino dai "processi" o attengano a "causa personalissime", va singolarmente valutata a tutela ed in ossequio al principio di riservatezza.

(C.N.F. rel. Amadei, parere del 18 aprile 2018, n.16)

Sentenza

Nulla la cessione di credito

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE TERZA SEZIONE CIVILE

Composta dagli III.mi Sigg.ri Magistrati:
Dott. GIACOMO TRAVAGLINO - Presidente Dott. MARIO CIGNA - Consigliere Dott. LUIGI ALESSANDRO SCARANO

- Consigliere -

Dott. FRANCESCA FIECCONI - Consigliere - Dott. ANNA MOSCARINI- Rel.Consigliere - ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

Sul ricorso 1992-2017 proposta da: CG, elettivamente domiciliato in ROMA, VIA DEGLI SCIPIONI 268-A, presso lo studio dell'Avv. ALESSIO PETRETTI, rappresentato e difeso dall'Avv. ADAMO DE RINALDIS giusta procura in calce al ricorso;

Ricorrente -

contro

Z, in persona del procuratore speciale dott. MM, elettivamente domiciliata in ROMA, LARGO UGO BARTOLOMEI 5, presso lo studio dell'avvocato GIUSEPPE FLAMMIA, rappresentata e difesa dagli avvocati LABERTO FRANCHI, CARLO CLEMENTINI giusta procura in calce al controricorso;

Controricorrente -

avverso la sentenza n. 2281/2016 della CORTE D'APPELLO di MILANO, depositata il 07/06/2016;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 19/06/2018 dal Consigliere Dott. ANNA MOSCARINI;

FATTI DI CAUSA

MC, a seguito del danneggiamento della propria autovettura causata da una grandinata verificatasi in Alzate Brianza in data 13/07/2011, presentò denuncia di sinistro alla compagnia di assicurazioni Z, a seguito

TL

TOGA LECCHESE

della quale i danni vennero quantificati in e 7.886,65. A causa della mancata tempestività della compagnia nel liquidare il danno, il C cedette il proprio credito all'Avv. Carelli conferendogli contestuale mandato a provvedere alla riparazione dei danni subiti. L'Avv. Carelli citò la X davanti al Tribunale di Como per sentir accertare l'esistenza del diritto di credo del C nei confronti della convenuta e l'efficacia della cessione, con condanna della compagnia a pagare l'importo dovuto.

La compagnia, costituendosi in giudizio, eccepì l'invalidità dell'atto di cessione ai sensi dell'art. 1261 c.c. stante la natura litigiosa del credito, chiese il rigetto della domanda o, in via subordinata, l'accoglimento in misura ridotta. Il Tribunale di Como, con sentenza del 2014, condannò la Z a pagare l'importo di e 6.737,09, oltre interessi legali e spese del grado.

La Corte d'Appello di Milano, adita da Z, con sentenza n. 2281 del 07/06/2016, per quel che ancora rileva in questa sede, ha accolto l'appello ritenendo che il credito ceduto fosse qualificabile quale credito litigioso e non cedibile ai sensi dell'art. 1261 c.c., da estendersi a tutti i crediti sui quali fosse insorta una qualunque controversia anche se non ancora sfociata in controversia giudiziale. Nel caso di specie il C aveva sia operato una cessione del credito al C, sia conferito al medesimo un mandato professionale di consulenza ed assistenza legale, con procura alle liti perché lo presentasse in giudizio nei confronti di Z. Sulla base di questi presupposti il giudice ha ritenuto essere più confacente alla ratio dell'art. 1261 c.c. un'interpretazione estensiva della disciplina travalicante il dato testuale che ne limita l'efficacia ai soli crediti sui quali sia già sorta una contestazione davanti l'autorità giudiziaria. Dichiarata la nullità dell'atto di cessione, ha pertanto rigettato la domanda di C nei confronti di Z, con le conseguenze sulle spese del doppio grado del giudizio.

Avverso la sentenza l'avv. C propone ricorso per cassazione affidato ad un unico motivo. La z resiste con controricorso, illustrato da memoria.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Con l'unico motivo il ricorrente de-

nuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 1261 comma 1 c.c., 12 e 14 disp. Prel. c.c., in relazione all'art. 360 n. 3 cpc nella parte in cui la sentenza ha interpretato estensivamente l'art. 1261 c.c. affermando la natura litigiosa del credito ceduto, anche in assenza di una controversia già incardinata davanti all'autorità giudiziaria.

L'interpretazione estensiva della norma ai crediti per i quali non sia ancora insorta controversia avanti all'autorità giudiziaria sarebbe illegittima, sia per contrasto con la lettera e la *ratio* dell'art. 1261 c.c., sia per contrasto con il divieto di analogia delle norme eccezionali di cui all'art. 14 disp. Prel. c.c. quale quella, contenuta nell'art. 1261 c.c., relativa alla incedibilità dei crediti.

1.1ll motivo è infondato, La sentenza appare pienamente conforme alla *ratio* dell'art. 1261 c.c. che consiste nell'evitare che, attraverso la cessione del credito per il quale è sorta contestazione davanti all'autorità giudiziaria, si possa creare una situazione di conflitto di interessi tra il cedente ed il cessionario.

E' vero che la giurisprudenza di questa Corte richiede che sia sorta una specifica controversia davanti all'autorità giudiziaria con riguardo a quel credito (Cass., 3, n. 11144 del 16/07/2003) ma è altresì del tutto coerente con la ratio della disposizione che il caso in esame sia sussunto nella fattispecie dell'art. 1261 c.c. Come evidenziato dalla Corte territoriale l'Avv. C si è reso cessionario di un credito litigioso avendo accettato, oltre alla cessione del credito, anche una specifica procura alle liti per avviare l'azione di recupero di detto credito presso la compagnia di assicurazioni morosa. Ne consegue che l'interpretazione del sintagma "diritti sui quali è sorta contestazione" disposta dalla Corte d'Appello di Milano in modo estensivo, è coerente con il cumulo, nella stessa persona, della qualità di cessionario del credito e di legale incaricato del recupero del medesimo in sede giudiziaria e con la ratio legis dell'art. 1261 c.c. diretta ad impedire la speculazione sulle liti da parte dei soggetti in essa contemplati.

La Corte d'Appello ha correttamente utilizzato il criterio dell'interpretazione estensiva che, lungi dal determinare l'applicazione analogica della disciplina di un caso regolato ad un caso no regolato connotato da una somiglianza rilevante, resta nei limiti dell'interpretazione secondo la ratio legis, cioè secondo l'intenzione del legislatore che può essere estesa o ristretta dall'interprete sulla base della peculiarità del caso sussunto.

E' noto che l'interpretazione della *ratio legis*, o dello scopo della disposizione o dell'intenzione del legislatore è criterio previsto dall'art. 12 disp. Prel. c.c. quale complemento indefettibile dell'interpretazione letterale o secondo il significato delle parole, non essendo l'interprete libero di fermarsi al solo criterio dell'interpretazione letterale ma essendo vincolato ad attribuire, alle parole utilizzate dal testo della disposizione, il senso che risulta dall'intenzione del legislatore, tra i due criteri non sussistendo alcuna gerarchia ma piena osmosi.

Conclusivamente il ricorso va rigettato; ricorrono particolari ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio di cassazione. Si dà atto, ai sensi dell'art. 13, co. 1 quarter del d.P.R. n. 115 del 2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art.13.

P.O.M.

La Corte rigetta il ricorso e ritiene sussistere particolari ragioni per compensare tra le parti le spese del giudizio di cassazione, Si dà atto, ai sensi dell'art. 13, co. 1 quarter del d.P.R. n. 115 del 2002, della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato parti a quello dovuto per il ricorso, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio della Terza Sezione Civile del 19/06/2018.



Cerco/Offro

Studio Legale a Lecco, Corso Martiri, offre l'uso di stanze, cablate e munite di linea telefonica e fax, stampante/fotocopiatrice, con possibilità di usufruire di una sala riunione e spazi comuni.

Per maggiori informazioni contattare: Avv. Agnese Massaro tel. 0341/288662

* * *

Studio legale a Lecco mette a disposizione di un avvocato e/o diverso professionista luminoso locale ad uso ufficio oltre a spazi condivisi e servizi comuni, zona Piazza Manzoni. Per informazioni rivolgersi a Studio Avv. Rosa Tel 0341362016 - 335 324056

• * *

Cercasi Professionista per condivisione Studio di Avvocato zona Lecco centro — Studio Avv. Anghileri Tel. 0341364090

* * *

Lo studio legale Cervati cerca collaboratori (avvocati o praticanti) da inserire nel proprio organico.

Tel. 0341 933005 Mail: info@studiolegalecervati.com



Calendario Mostre 2019 nel comune di Lecco

Palazzo delle Paure

Mostra Periodo

Nuove acquisizioni fondo fotografico 24 febbraio – 14 aprile - Inaugurazione sabato 23 febbraio

Berenice Abbott fotografa aprile — settembre

Il Divisionismo ottobre — gennaio 2020

60 anni di alpinismo lecchese rivissuto 10 maggio — 2 giugno

60 anni di alpinismo lecchese rivissuto 10 maggio – 2 giugno Attraverso le cartoline delle spedizioni

(piano terra)

9° Mostra di Presepi e diorami (piano terra)

Dicembre – gennaio 2020

Torre Viscontea

Lucrezia Roda

Mostra Periodo

I santi della porta accanto 12 – 25 gennaio - Inaugurazione venerdì 11 gennaio ore 17.30 Santità nei giovani

Umanità in viaggio. Nuove rotte per 9 – 16 febbraio - Inaugurazione venerdì 8 febbraio ore 18.00

condividere il mondo

"Steel Life" Fotografie industriali di marzo – maggio

Liberi di respirare: amianto killer giugno

Mediterraneo Sacro. Fotografie di giugno – luglio

Davide Pagliarini

Mostra fotografica legata al tema del viaggio settembre – ottobre

E delle culture nell'ambito del festival Immagimondo

Tra lago e monti ottobre – novembre

Arte in volo novembre – dicembre

Palazzo Comunale

Mostra Periodo

Tutela e valorizzazione degli ex edifici marzo — maggio Industriali lungo il torrente Gerenzone

Anteprima mostre 2020 a Palazzo delle Paure

Mostra Periodo

Manzoni nel cuore. Manzoni e i Promessi febbraio – marzo Sposi nelle collezioni private lecchesi

Vivian Maier. Autoritratti aprile – settembre

I Macchiaioli ottobre – gennaio 2021

10° Mostra di Presepi e diorami (piano terra) dicembre – gennaio 2021





In giro per mostre...

A cura di Renato Cogliati

ROMANTICISMO

Museo Poldi Pezzoli

Milano

dal 26 ottobre 2018 al 17 marzo 2019

info: www.museopoldipezzoli.it

Tel. 02 79 4889/6334

DA MONET A BACON

Palazzo Ducale

Genova

dal 17 novembre 2018 al 3 marzo 2019

info: www.palazzoducale.genova.it

Tel.: 010 554095

SALVADOR DALI' LA PERSISTENZA **DEGLI OPPOSTI**

Sassi di Matera

Matera

dal 2 dicembre 2018 al 30 novembre 2019

info: www.daliamatera.it Tel. 3774448885

L'AMORE MATERNO **ALLE ORIGINI DELLA** PITTURA MODERNA DA PREVIATI A BOCCIONI

Galleria d'Arte Moderna Achille Forti

Verona

dal 7 dicembre 2018 al 10 marzo 2019

Info:

www.gam.comune.verona.it Tel.: 045/8001903

ANIMALI NELL'ARTE. **DAL RINASCIMENTO A CERUTI**

Palazzo Martinengo

Brescia

dal 19 gennaio 2019 a 9 giugno 2019

Info:

www.itineraribrescia.it Tel. 320/0130694

L'ALCHIMISTA DEGLI **ANNI SESSANTA**

Ville reale

Monza

dal 25 gennaio 2019 al 28 aprile 2019

Info: www.villarealedimonza.it

Tel. 039/2240024

L'ARTE DELL'ITALIA TRA HAYEZ E **SEGANTINI**

Musei San Domenico

Forli

dal 9 febbraio 2019 al 16 giugno 2019

Info:

http://www.cultura.comune.forli.fc.it Tel.: 0543 712 659

BOLDINI E LA MODA

Palazzo dei Diamanti

Ferrara

dal 16 febbraio 2019 al 2 giugno 2019

info:

http://www.palazzodiamanti.it/

Tel. 0532 244949

SOGNO D'AMORE

Basilica di santa Maria Maggiore alla Pietrasanta

Napoli

dal 15 febbraio 2019 al 30 giugno 2019

info: www.polopietrasanta.com

Tel. 081 192 30



DENTRO LA PITTURA

Palazzo Reale

Milano

Dal 21 febbraio 2019 al 2 giugno 2019

info: http://www.palazzorealemilano.it

Tel.0288445181

VERROCCHIO, IL MAESTRO DI LEONARDO

Palazzo Strozzi

Firenze

dal 9 marzo 2019 al 14 giugno 2019

info:

www.palazzostrozzi.org Tel. 055 2645155

GIORGIO DE CHIRICO. IL VOTO DELLA METAFISICA

Palazzo Ducale

Genova

dal 29 marzo 2019 al 7 luglio 2019

info:

www.palazzoducale.genova.it Tel.: 010 554095

IL MONDO LO VEDO MEGLIO CAPOVOLTO

Galleria dell'Accademia

Venezia

dal 7 maggio 2019 al

info:

http://www.gallerieaccademia.it/ Tel.: 041 522 2247

CON NUOVA E STRAVAGANTE MANIERA

Palazzo Ducale

Mantova

dal 6 ottobre 2019 al 6 gennaio 2020

Info:

www.mantovaducale.beniculturali.it Tel. 0376 224832

PEREGOLIBRI

