



CONSIGLIO DELL'ORDINE DEGLI AVVOCATI DI SALERNO

RELAZIONE AL TERMINE DEL PRIMO ANNO DI PRATICA

ex art. 7 D.P.R. 101/90

DOTT. SSA MARIANO MARISTELLA

libretto di pratica n. 11339

2009-2010

*All'On.le. Consiglio dell'Ordine
degli Avvocati di Salerno*

La sottoscritta Dott.ssa Mariano Maristella, nata a Praia a Mare (CS), il 10.08.1977 e residente in Tortora Marina (CS) alla Via F.Seminara n°15, iscritto nel Registro dei Praticanti Avvocati tenuto da codesto Ordine a partire dal 03.11.09, esibisce la seguente relazione annuale attestante l'effettivo esercizio della pratica forense presso lo studio professionale dell'Avv. Roberto Lanzi, sito in Cava de' Tirreni (Sa), alla P.zza E. De Marinis, n°2.

La relazione, così come prescritto dall'art. 7 del D.P.R. 101/90, verte sulle attività indicate nel libretto e consta della descrizione dell'attività svolta in un minimo di 10 udienze, dell'approfondimento di almeno 5 questioni giuridiche e di 5 atti, nonché di una questione di deontologia forense.

Con Osservanza

Salerno lì, 04.11.09

Dott.ssa Mariano Maristella

Avv. Roberto Lanzi

QUESTIONI GIURIDICHE:

I° Questione giuridica

L'art. 73 comma 1 bis, lett. a, del D.P.R. 309/90 e l'uso esclusivamente personale di sostanze stupefacenti.

Il Decreto Legge 30 dicembre 2005, n. 272, convertito con modificazioni nella legge 21 febbraio 2006, n. 49, ha apportato notevoli innovazioni alla disciplina in materia di stupefacenti. Le novità principali riguardano l'individuazione di criteri generali che consentono di stabilire quando il possesso dello stupefacente sia per un uso non esclusivamente personale, oltre che l'equiparazione tra droghe pesanti e droghe leggere. Proprio con specifico riferimento ai criteri sopra menzionati, essi sono indicati alla lettera a), comma 1 bis dell'art. 73 D.P.R. 9 ottobre 1990, n.309, che così recita: "Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale".

Assumono, dunque, rilievo la quantità della sostanza; la modalità di presentazione della stessa, con riferimento al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato e le altre circostanze dell'azione. Per molto tempo la tesi giurisprudenziale sanciva che ai fini della configurazione del reato di spaccio di droga fosse sufficiente dimostrare: la centralità e la preponderanza assoluta dell'indicazione del peso dello stupefacente, rispetto agli altri canoni interpretativi e la insuperabilità ed inconfutabilità di tale dato, nell'ipotesi in cui lo stesso eccedesse i parametri normativi indicati dall'art. 73 co. 1 bis dpr 309/90. Di recente la Corte di Cassazione penale, sez. VI, con sentenza del 04.05.2010 n° 16834 ha stabilito che "Ai fini dell'affermazione di responsabilità per detenzione illecita di sostanze stupefacenti, non è sufficiente il superamento dei limiti ponderali, ma sarà necessario - nei casi in cui il mero dato ponderale non sia tale da giustificare inequivocabilmente la destinazione - che il giudice prenda in considerazione anche le modalità di presentazione, il peso lordo complessivo, il confezionamento eventualmente frazionato ed ogni altra circostanza dell'azione che possa risultare significativa della destinazione all'uso non esclusivamente"

personale”. Questa sentenza costituisce un importante e qualificante approdo giurisprudenziale, in relazione alla sempre più avvertita necessità di addivenire ad una soddisfacente qualificazione dei limiti, entro i quali deve operare il criterio della destinazione ad uso non esclusivamente personale dello stupefacente, che il singolo detenga, previsto dal co. 1 bis dell'art. 73, dpr 309/90, introdotto con la L. 49 del 2006. La condotta di possesso materiale della sostanza drogante (e, così, anche la importazione, la esportazione, la ricezione) non deve essere più interpretata e valutata come atteggiamento tipicamente personale, di per sé, necessariamente sintomatico, prodromico e strumentale ad una cessione a terzi. La Corte nella stessa sentenza afferma che “...l'art. 73, comma 1 bis, lett. a), d.P.R. n. 309 del 1990 non prevede una presunzione assoluta di detenzione a fini di spaccio della sostanza stupefacente che superi i limiti indicati dalla medesima norma, ma si limita ad indicare alcuni elementi sintomatici dai quali può trarsi la conclusione che la sostanza non era destinata ad uso esclusivamente personale..”. Tali dati, quindi, non possono, pertanto, venire inseriti nella categoria dei paradigmi probatori (od indiziari) assoluti, cui conferire una valenza quasi fideistica di natura negativa. Da un lato, risulta evidente, come venga superata la originaria interpretazione, che sosteneva come il testo dell'art. 73 co. 1 bis lett. a) dpr 309/90 contenesse al proprio interno la previsione di una presunzione assoluta (*iuris et de iure*) di destinazione del compendio detenuto allo spaccio, laddove la fattispecie concretamente esaminata fosse caratterizzata dalla eccedenza dei limiti normativi stabiliti. Si nega, così, efficacia ad un istituto, quello della presunzione, che in diritto penale, usualmente (ed ovviamente) non dovrebbe trovare cittadinanza, perchè contrario e stridente rispetto ai principi di legalità e di tassatività. Il superamento della concezione cd. *“della presunzione illecita”*, permette di osservare, ulteriormente, che il paradigma, concernente il dato ponderale (da valutare sia qualitativamente, in relazione al principio attivo presente nella sostanza, sia quantitativamente, riguardo il complessivo e lordo peso della stessa) non può più, quindi, risultare di per sé solo scontato e risolutivo, alterando uno stato di pari dignità fra tutti i cd. *“elementi sintomatici”*. Inoltre con il precedente orientamento, di fatto, si verteva in una situazione di astrazione processuale, vale a dire, in una condizione di inammissibile inversione dell'onere della prova, posto che competeva alla difesa tentare di smentire l'assunto presuntivo proposto dall'accusa. Viene, così, ristabilito, il rispetto del principio dell'*onus probandi* in capo all'accusa che intenda sostenere l'illiceità della detenzione. Una volta superata la concezione che riconosceva dignità di prova penale ad una prognosi negativa di illiceità fondata su di una piattaforma meramente presuntiva, l'approccio che logicamente, quindi, si impone da parte della pubblica accusa, in una vicenda che si incentri su di una condotta di detenzione di stupefacenti, non potrà prescindere da due passaggi fondamentali dovrà, innanzitutto ritenere, già in origine, astrattamente possibile una destinazione a fini personali della droga, ove il quantitativo della stessa

non paia esageratamente esorbitante i limiti sanciti *ex lege*. E' di tutta evidenza, che la intrinseca difficoltà di rinvenire parametri razionali e predeterminati, favorisce valutazioni che si possono fondare anche su componenti di carattere empirico e discrezionale. Ciò non toglie che il pm non deve avere il timore a sfatare il tabù in base al quale non si possano detenere quantitativi tutt'altro che minimali di droga, senza che una siffatta situazione implichi – a fortiori – l'esclusione dello scopo di uso personale. Inoltre sarà necessario comparare l'ipotesi di una possibile destinazione della sostanza detenuta ad un uso esclusivamente personale (nonché i cd. elementi sintomatici) con le specifiche risultanze di fatto, per verificare da tale giudizio di bilanciamento, la effettiva sussumibilità della condotta in un alveo lecito od illecito. In questo modo si perviene ad un effettivo rispetto del corretto rapporto fra fatto e diritto.

II Questione giuridica

La responsabilita' medica di un'equipe di sala operatoria.

In un procedimento a carico di un'equipe chirurgica per lesioni colpose gravi causate, a seguito di un intervento di miomectomia, dalla dimenticanza di una garza laparotomica nell'addome di una paziente, veniva sottolineata una questione da molto tempo dibattuta sulla responsabilità penale dei componenti di sala operatoria. Si è così posto il dilemma se ogni membro dell'equipe medica, oltre a doversi attenere al rispetto delle *leges artis* tipiche della propria sfera di preparazione e specializzazione, debba anche ritenersi tenuto all'osservanza di un più ampio obbligo cautelare, afferente il dovere di verifica e sorveglianza dell'operato altrui e, di conseguenza, se debba ritenersi eventualmente responsabile qualora la condotta colposa posta in essere da altro componente l'equipe medica abbia cagionato o concorso a causare eventuali episodi lesivi. L'articolo 40 del Codice penale, dopo aver previsto la necessità di un legame di dipendenza tra la condotta positiva o negativa e l'evento, al secondo comma aggiunge: “*Non impedire un evento, che si ha l'obbligo giuridico di impedire, equivale a cagionarlo*”. Per poter imputare un evento bisogna accertare l'esistenza di un rapporto consequenziale fra un comportamento ed un risultato; ma il soggetto, perché sia ritenuto responsabile, deve essere “giuridicamente obbligato”. La disposizione di cui al secondo comma dell'articolo 40 sta ad esempio a significare che la violazione di un dovere morale, nel compiere l'attività che avrebbe impedito l'evento, non è sufficiente a configurare il rapporto di causalità, in quanto mancherebbe l'obbligo giuridico ad intervenire, cioè l'azione imposta dal diritto. Occorre in altri termini che il soggetto sia costituito “garante” dell'impedimento di quel determinato risultato dannoso. Soltanto tale “posizione di garanzia” dell'individuo, alla quale si

ricollega il dovere di assicurare la conservazione di un dato bene giuridico, può giustificare la sua responsabilità per le conseguenze dannose subite da terzi. Oltre che dal diritto penale e dagli altri rami del diritto, l'obbligo di agire può derivare anche da un vincolo contrattuale. Nell'ampia categoria degli obblighi derivanti da contratto rientra (generalmente) l'impegno a prestare assistenza a persone malate o comunque incapaci a provvedere a se stesse, ma anche l'assumere servizi di vigilanza o l'accettare incarichi di qualsiasi genere. A proposito della sussistenza di una posizione di garanzia penalmente rilevante, una recente sentenza della Cassazione (Cass. pen. sez. III 22-09-2004, n. 40618) ha chiarito alcuni aspetti sintetizzando principi già fissati dalla giurisprudenza e in particolare riguardo all'obbligo giuridico di impedire l'evento, afferma che *“tale obbligo (vuoi di protezione, quale, ad esempio, quello del genitore nei confronti del figlio minore; vuoi di controllo, quale, ad esempio, quello posto a carico dei proprietari di cose o animali pericolosi) deve essere una norma di legge extrapenale o un contratto, sicché in mancanza di una fonte legale o contrattuale non sussiste alcuna posizione di garanzia ai sensi dell'articolo 40, comma 2”*. Facendo riferimento al “principio di legalità-tassatività”, la stessa decisione ha precisato che *“la fonte (vuoi legale, vuoi contrattuale) dell'obbligo di garanzia deve essere sufficientemente determinata, nel senso che deve imporre obblighi «specifici» di tutela del bene protetto: esulano perciò dall'ambito operativo della responsabilità per causalità omissiva ex capoverso articolo 40, del c.p. gli obblighi di legge indeterminati, fosse pure il dovere costituzionale di solidarietà economica e sociale (articolo 2 della Costituzione), che costituisce il generale fondamento costituzionale della responsabilità omissiva, ma per sé stesso non può essere assunto a base delle specifiche responsabilità omissive dei singoli reati”*. Infine, gli stessi giudici hanno ribadito che la condizione di “garante” rispetto a un bene da tutelare e quindi la responsabilità penale dell'omittente, in base alla lettura dell'articolo 40, si fonda *“non solo sull'obbligo, ma anche sul connesso potere giuridico di questi di impedire l'evento: responsabilizzare un soggetto per non avere impedito un evento, anche quando egli non aveva alcun potere giuridico, oltre che materiale, per impedirlo, significherebbe, in vero, vulnerare palesemente il principio di cui all'articolo 27, comma 1, della Costituzione”*. Tuttavia, la giurisprudenza sembra distinguere e differenziare una posizione di garanzia che si qualifica come “generico” obbligo di protezione (es. quello del genitore nei confronti del figlio minore) o di controllo (come ad es. quello di proprietari di cose o animali pericolosi), dalla posizione che viene ad assumere il personale sanitario (medici e paramedici) nei confronti dei malati. Per gli obblighi di garanzia che restano fuori dall'ambito sanitario (sia di controllo che di protezione), è tesi pacifica in giurisprudenza e dominante in dottrina che fonte dell'obbligo deve essere una norma di legge o un contratto e che in mancanza di una fonte legale o contrattuale non sussiste alcuna posizione di garanzia. Per quanto riguarda i trattamenti medico-

chirurgici, per poter fondare un giudizio di responsabilità, ex articolo 40 secondo comma del Codice penale, basato sull'obbligo di garanzia per una condotta colposa omissiva, *“è sufficiente che si sia instaurato un rapporto sul piano terapeutico tra paziente e medico per attribuire a quest'ultimo la posizione di garanzia ai fini della causalità omissiva, e comunque quella funzione di garante della vita e della salute del paziente che lo rende responsabile delle condotte colpose che abbiano cagionato una lesione di questi beni”*. (Cass. pen. sez. IV 28-10-2004, n. 46586). In precedenza la stessa Cassazione aveva chiarito che *“l'individuazione della titolarità di una posizione di garanzia da parte di un medico nei confronti di un paziente non è subordinata alla presenza di rapporti giuridici con la struttura sanitaria ma all'effettivo esercizio dell'attività svolta, anche per atto di volontaria determinazione, che comporti conseguentemente l'assunzione degli obblighi connessi a quella posizione, direttamente scaturenti dalle funzioni di fatto esercitate”*. (Cass. pen. Sez. IV 07-12-2000, n. 12781) Nel 2000, la Corte di Cassazione (Cass. pen. Sez. IV 13-09-2000, n. 9638) ha introdotto il principio (recentissimamente confermato da Cassazione Penale, Sezione IV, Sentenza n. 9739 del 11/03/2005) in base al quale, la cosiddetta *“posizione di garanzia”* essendo *“espressione dell'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto ex art. 2 e 32 cost, nei confronti dei pazienti, la cui salute devono tutelare contro qualsivoglia pericolo che ne minacci l'integrità”* vincola *“ex lege”* tutti gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici. Una recente decisione (Cassazione Penale, Sezione IV, Sentenza n. 9739 del 11/03/2005) che riguarda un fatto accaduto nello Policlinico di Bari, si basa sul principio, che si sta facendo strada anche nella giurisprudenza di merito, in base al quale l'obbligo di solidarietà costituzionalmente imposto dagli articoli 2 e 32 della Costituzione, nei confronti dei pazienti, rende tutti gli operatori di una struttura sanitaria, medici e paramedici, titolari di una posizione di garanzia, che li obbliga a tutelare la salute dei pazienti contro qualsiasi pericolo per l'intero tempo del turno di lavoro. Viene precisato che tale obbligo di protezione comporta il dovere di tenere sotto controllo il decorso post operatorio e di vigilare sul corretto svolgimento delle prestazioni professionali da parte del personale medico e paramedico cui il paziente viene affidato. In realtà la dottrina prevalente, ha stabilito nel tempo che qualora la condotta posta in essere dal singolo sanitario si sovrapponga a quella di altri soggetti, il precetto concreto di diligenza a cui attenersi, nel caso concreto, dovrà fare riferimento al c.d. principio dell'affidamento, in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, atteso che potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie. Il principio sopra delineato impone, pertanto, dei limiti a quel dovere di diligenza che incombe su ciascun sanitario che partecipa all'attività medica in equipe, che si specifica nell'esercizio di costui dal rispetto delle misure dirette a contrastare l'altrui condotta colposa,

andando così ad allineare il principio della personalità della responsabilità penale con il fenomeno peculiare in campo medico della crescente qualificazione e frazionamento del lavoro. Il principio dell'affidamento permette dunque ad ogni sanitario di potersi indirizzare, in maniera esclusiva e con impegno costante, all'espletamento delle proprie mansioni di competenza liberamente e senza essere pressato dalla preoccupazione di dover continuamente verificare l'operato altrui. Nel campo dell'attività medica d'equipe tuttavia, il principio dell'affidamento trova alcuni precisi limiti, individuati, da un lato, nella posizione apicale e gerarchicamente sovraordinata di un sanitario - il c.d. capo equipe - rispetto agli altri, che fa nascere nei suoi confronti un dovere di sorveglianza sull'operato dei suoi collaboratori e, dall'altro, nella sussistenza di un positivo stato di fatto, capace di invalidare l'aspettativa di una condotta altrui corrispondente ai doveri di diligenza, prudenza e perizia, come nei casi in cui, a cagione dell'altrui comportamento colposo, sia già in atto una situazione pericolosa per un paziente, oppure vi sia ragionevole motivo di ritenere che essa possa realizzarsi, in ragione delle reali contingenze di fatto che siano riconoscibili o possano essere percepite dall'agente (come ad esempio le condizioni di salute non buone di un collega, la sua età giovane, la sua inesperienza o la distrazione). In tali casi le limitazioni al dovere di diligenza connesse al principio dell'affidamento divengono non più vigenti: a carico di ogni medico che avrà la cura del paziente si avrà non solo l'obbligo di espletare le proprie mansioni specifiche con diligenza e perizia, ma anche quello di impedire e vanificare l'altrui condotta contraria alle *leges artis* proprie, conseguendo a ciò che nei casi di inefficace o inesatto adempimento di tali doveri cautelari, si potrà configurare a suo carico una eventuale responsabilità penale per le evenienze lesive sopravvenute. La visione della giurisprudenza in relazione ai casi in cui tra più medici e sanitari, tutti concorrenti al trattamento terapeutico di gruppo, intercorrano rapporti di tipo gerarchico, appare più complicata. In tali situazioni, la dottrina più recente ha sostenuto che nei confronti di coloro che si trovano in posizione di vertice, avendo la direzione e il potere di coordinamento dell'attività medica dei propri assistenti, esiste un vero e proprio obbligo di controllo dell'operato altrui. Il capo dell'equipe pertanto, oltre a dovere attuare con cura, diligenza e perizia le funzioni specifiche a lui spettanti, deve altresì coordinare l'attività dei propri collaboratori e verificare la correttezza nell'esecuzione dei compiti loro affidati. A differenza di questi ultimi infatti, egli non potrà trincerarsi dietro il principio dell'affidamento proprio, perché sussiste sempre in capo ad esso un dovere di vigilanza dell'operato altrui, conseguendo a fronte del mancato rispetto di tale dovere una fonte di responsabilità a suo carico per l'evento lesivo eventualmente determinato dalla condotta di alcuno dei partecipanti al lavoro di gruppo, per omesso o insufficiente controllo del suo operato. Peraltro, atteso che le funzioni del capo equipe si ripartiscono in attività prettamente operative e attività di verifica e controllo del lavoro altrui, è apparso alla giurisprudenza

necessario circoscrivere con esattezza tale ambito di controllo, affinché il medesimo capo equipe possa comunque svolgere con precisione e scrupolosità i propri compiti, facendo anche affidamento sulla correttezza dell'operato altrui. Il dovere di controllo pertanto, non dovrà essere inteso in senso continuo e costante, ma determinato in maniera tale da non annullare la divisione delle mansioni tra i vari sanitari. Il principio dell'affidamento, pertanto, nei confronti del sanitario che occupa posizioni di vertice, dovrà ritenersi parzialmente attenuato - ma non completamente eluso - dovendosi altrimenti considerare detto medico comunque e sempre responsabile per ogni evento lesivo conseguente ad interventi medico-chirurgici nei quali abbia preso parte dirigendo le varie attività. Ma è importante sottolineare che il concetto dell'affidamento non può costituire strumento per ribaltare su altri colleghi la propria colpa professionale, laddove si dimostri che il medico che affidi ad altri un determinato compito abbia assunto in precedenza una condotta colposa. Tale evenienza è stata analizzata dalla Giurisprudenza con sentenza del 2003 nella quale si afferma che *se colui il quale si affida ad altro sanitario, secondo il principio dell'affidamento sia già in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omissso determinate condotte e ciò nonostante confidi che altri che gli succede nella stessa posizione di garanzia elimini la violazione e ponga rimedio all'omissione, non potrà invocare legittimamente l'affidamento nel comportamento altrui*. Premesso quanto sopra detto circa il principio dell'affidamento, è indispensabile precisare che la Cassazione penale, accanto e talvolta in alternativa a tale principio ha valorizzato l'istituto della cooperazione colposa, in virtù del quale se un evento dannoso è cagionato da più persone, ciascuna di esse può essere chiamata a rispondere per colpa. In una pronuncia del maggio del 2004 (Cass.Pen. Sez IV n 39062), viene espresso con chiarezza quest'ultimo concetto, in un caso di colpevole dimenticanza nell'addome, per grave negligenza, di un ferro chirurgico, cui è seguito il decesso del paziente; i Giudici affermano in tal caso che i componenti di un'equipe chirurgica, non possono risultare esenti da responsabilità perché, ad intervento chirurgico ultimato, aderendo ad una prassi che rimetteva esclusivamente al personale infermieristico l'incombenza di provvedere alla conta dei ferri, non si siano curati di verificare che nessuno di detti ferri risultasse mancante e non abbiano potuto rendersi conto che uno di essi fosse rimasto nel corpo della paziente. In sostanza se è vero che la conta delle pezze laparoromiche ed il controllo dei ferri chirurgici utilizzati in corso di intervento è compito tradizionalmente affidato alla ferrista, è pur vero che i medici, conservano sull'attività degli ausiliari un dovere di diligenza, che nel caso di specie era stato omissso. Dunque se i vari componenti di un'equipe vengono coinvolti in responsabilità connesse a mansioni affidate a precise figure professionali (ad esempio alla ferrista), appare evidente l'esistenza di un contrasto tra l'odierna giurisprudenza e la normativa vigente, con particolare riguardo alle leggi n° 42 del 26/02/1999 e n° 51 del 10/08/2000 che

conferiscono al personale paramedico una completa autonomia nell'esecuzione delle mansioni ad esso affidategli e che dovrebbero consentire di stabilire quale componente di un'equipe chirurgica sia penalmente responsabile di un eventuale evento dannoso.

III° Questione giuridica

La revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale.

Le misure alternative alla detenzione sono dirette a realizzare la funzione rieducativa della pena, quale prescritta dall'art. 27 Cost; esse incidono sulla fase esecutiva della pena principale detentiva e sono previste e disciplinate, quanto ai presupposti ed alle modalità d'applicazione, dalla legge n. 354 del 26 luglio 1975. E' bene precisare che queste misure, di fatto, si sostituiscono alle pene detentive e consentono al condannato con sentenza definitiva di partecipare alla vita di relazione attraverso la possibilità di svolgere una regolare attività lavorativa da cui poter trarre i propri mezzi di sostentamento. La competenza a deliberare sull'applicazione di queste misure è affidata al Tribunale di Sorveglianza, organo di natura collegiale e mista composto di magistrati togati e di esperti in pedagogia o psichiatria. In particolare l'affidamento in prova al servizio sociale è la misura alternativa alla detenzione più ampia che si svolge totalmente nel territorio e intende evitare alla persona condannata i danni derivanti dal contatto con l'ambiente penitenziario e dalla condizione di privazione della libertà. È regolamentata dall'art. 47 della legge sull'Ordinamento Penitenziario, così come modificato dall'art. 2 della Legge n. 165 del 27 maggio 1998 (Legge Simeone - Saraceni) e consiste nell'affidamento del condannato al Servizio Sociale, fuori dall'istituto di pena, per un periodo uguale a quello della pena da scontare. Per poter essere ammessi a tale misura è necessario che la pena detentiva inflitta, o anche residuo pena, non sia superiore a tre anni; nel caso di detenuto: sarà necessaria una relazione "di sintesi" che preveda che la misura alternativa, anche attraverso le prescrizioni, contribuisca alla rieducazione del condannato e assicuri la prevenzione del pericolo che egli commetta altri reati; nel caso di persona libera, quest'ultima deve aver tenuto un comportamento tale, dopo la condanna, da consentire lo stesso giudizio di cui sopra, anche senza procedere all'osservazione in istituto. Il Centro di Servizio Sociale dovrà, se il condannato è in libertà, svolgere l'inchiesta di servizio sociale richiesta dal Tribunale di Sorveglianza; se il condannato è detenuto, partecipare al gruppo per l'osservazione scientifica della personalità e dare il suo contributo di consulenza per elaborare collegialmente la relazione di sintesi da inviare al Tribunale di Sorveglianza. In entrambi i casi il Centro di Servizio Sociale svolge un'inchiesta per fornire al Tribunale di Sorveglianza o all'Istituto di pena elementi, oggettivi e

sogettivi, relativi al condannato con particolare riferimento all'ambiente sociale e familiare di appartenenza ed alle risorse personali, familiari, relazionali ed ambientali su cui fondare un'ipotesi di intervento e di inserimento. L'affidamento viene concesso con provvedimento di ordinanza: se il condannato è in libertà, dal Tribunale di Sorveglianza del luogo in cui ha sede il pubblico ministero competente dell'esecuzione ; se il condannato è detenuto, dal Tribunale di Sorveglianza che ha giurisdizione sull'istituto penitenziario in cui è ristretto l'interessato al momento della presentazione della domanda. E avrà inizio dal momento in cui il condannato, previa notifica da parte degli organi competenti dell'ordinanza, sottoscriverà il verbale di determinazione delle prescrizioni, con l'impegno a rispettarle. Il verbale delle prescrizioni, disposto dal Tribunale di Sorveglianza con l'ordinanza di ammissione della misura, detta le prescrizioni che il condannato in affidamento dovrà seguire. Si tratta di prescrizioni inerenti ai rapporti con il Centro di Servizio Sociale; alla dimora; alla libertà di movimento; al divieto di frequentare determinati locali; al lavoro; al divieto di svolgere attività o di avere rapporti personali che possono portare al compimento di altri reati. Durante il periodo di affidamento tali prescrizioni potranno essere modificate dal Magistrato di Sorveglianza, tenuto conto anche delle informazioni del Centro di Servizio Sociale. Quest'ultimo dovrà aiutare il condannato a superare le difficoltà d'adattamento alla vita sociale, al fine di favorire il suo reinserimento; controllare la condotta del condannato in ordine alle prescrizioni; svolgere azione di tramite tra l'affidato, la sua famiglia e gli altri suoi ambienti di vita, in collaborazione con i servizi degli Enti Locali, delle A.S.L. e del privato sociale; riferire periodicamente, con frequenza minima trimestrale, al Magistrato di Sorveglianza sull'andamento dell'affidamento ed inviare allo stesso una relazione finale alla conclusione della misura; fornire al Magistrato di Sorveglianza ogni informazione rilevante sulla situazione di vita del condannato e sull'andamento della misura (ai fini di un'eventuale modifica delle prescrizioni, etc.). L'affidamento si conclude con l'esito positivo del periodo di prova, che estingue la pena ed ogni altro effetto penale. In questo caso il Tribunale di Sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo in cui la misura ha avuto termine emette l'ordinanza di estinzione della pena. Ma se nel corso dell'affidamento sopraggiunge un nuovo titolo di esecuzione di altra pena detentiva il Direttore del Centro di Servizio Sociale informa il Magistrato di Sorveglianza, che dispone la prosecuzione provvisoria della misura se il cumulo delle pene da espiare non supera i tre anni e trasmette poi gli atti al Tribunale di Sorveglianza, che dovrà decidere entro venti giorni la prosecuzione (o la cessazione) della misura. Il Magistrato di Sorveglianza sospende l'affidamento e trasmette gli atti al Tribunale di Sorveglianza per le decisioni di competenza nei seguenti casi: quando il Centro di Servizio Sociale lo informa di un nuovo titolo di esecuzione di altra pena detentiva, che fa venir meno le condizioni per una prosecuzione provvisoria della misura (residuo pena inferiore a tre anni) oppure quando l'affidato ha

comportamenti incompatibili con la prosecuzione della prova (trasgredendo alle prescrizioni, o commettendo dei reati) e in ogni caso tali da determinare la revoca della misura. In questi casi il Tribunale di Sorveglianza che ha giurisdizione nel luogo in cui l'affidato ha la residenza o il domicilio, emette l'ordinanza di revoca e ridetermina la pena residua da espiare (nel primo caso, anche valutando quanta parte del periodo trascorso in affidamento possa essere computato come pena scontata). Con il determinarsi della revoca dell'affidamento in prova al servizio sociale si pone inoltre il problema della computabilità o meno, ai fini del calcolo del periodo di pena detentiva da scontare, del periodo trascorso in regime di misura alternativa. Dal momento che nessuna indicazione è stata data dal legislatore riguardo alla detraibilità o meno della pena di tale periodo di prova, che a seguito della revoca dovrà essere espiata dal condannato, le soluzioni possibili e prospettate dalla dottrina e dalla abbondante quanto controversa giurisprudenza sono tre: computabilità di tutto il periodo anteriore al provvedimento di revoca; computabilità del solo periodo utilmente trascorso in prova, cioè fino al momento della violazione che ha comportato la revoca; non computabilità. La giurisprudenza della Corte di Cassazione nel tempo ha sostenuto a più riprese l'una o l'altra delle sopra citate soluzioni, formando il proprio convincimento su assunti di partenza ogni volta diversi. In realtà spetta alla Magistratura di sorveglianza dover stabilire il quantitativo di pena da scomputare e quella residua da espiare, godendo in tal senso di un notevole potere discrezionale; in tale sede il tribunale di Sorveglianza dovrà valutare la natura e la gravità delle violazioni commesse, il momento in cui si sarebbe verificato il fatto revocante, il comportamento tenuto durante l'affidamento. Tutto ciò può sicuramente creare le condizioni per un'oggettiva violazione dei principi contenuti nell'art.3 della nostra Costituzione, perché ciascun tribunale di sorveglianza può concretamente valutare in maniera difforme comportamenti e situazioni simili. Altra questione riguarda il caso in cui nonostante il divieto di concessione di benefici penitenziari previsto dall'art. 58-quater, comma secondo, L. 26 luglio 1975, n. 354 il quale stabilisce al comma 1 che l'assegnazione al lavoro all'esterno, i permessi premio, l'affidamento in prova al servizio sociale, nei casi previsti dall'articolo 47, la detenzione domiciliare e la semilibertà non possono essere concessi al condannato che sia stato riconosciuto colpevole di una condotta punibile a norma dell' articolo 385 del codice penale, e al comma 2 che la disposizione del comma 1 si applica anche al condannato nei cui confronti è stata disposta la revoca di una misura alternativa ai sensi dell'art. 47, comma 11, dell'art. 47-ter, comma 6, o dell'art. 51, primo comma, sia possibile richiedere l'affidamento terapeutico di cui all'art.94 del DPR 309/90 nel caso di tossicodipendente o alcooldipendente. In particolare la Corte di Cassazione, Sez. I, con Sentenza dell' 11-10-2010, n. 36251, richiamando numerose decisioni giurisprudenziali, ha affermato che l'art. 58 quater o.p., elenca in modo tassativo le singole misure alternative oggetto di previsione preclusiva e tra queste

non menziona l'affidamento terapeutico che si differenzia da quello ordinario per le diverse finalità e per la particolarità della disciplina applicativa.

IV Questione giuridica

La prescrizione dei reati secondo la L.251/2005 nei procedimenti pendenti.

L'intero istituto della prescrizione ha subito una radicale modifica per effetto dell'art. 6, L. 5.12.2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla L. 26.7.1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione). In particolare, con la sostituzione integrale dell'art. 157, relativo al tempo necessario a prescrivere il reato, ha fatto il suo ingresso una nuova filosofia di carattere generale volta a ricollegare il tempo necessario a prescrivere, a criteri di carattere assolutamente automatico, evitando che la pronuncia giudiziaria in ordine al rilievo di eventuali circostanze attenuanti e agli effetti del giudizio di bilanciamento determini la prescrizione del reato. Si è inteso, in altri termini, scongiurare che l'esercizio del potere discrezionale del giudice possa influire, oltre che sul terreno naturale della determinazione della pena, altresì sul piano della estinzione o meno del reato.

L'art. 157c.p. è stato integralmente riscritto. Mentre il codice del 1930 aveva convenzionalmente raccordato il termine prescrizionale alla gravità astratta del reato, con correzioni volte a garantire l'aderenza del termine alla gravità del fatto ritenuto nella sentenza di condanna, con conseguente rilievo attribuito alle circostanze attenuanti, il nuovo sistema fa coincidere il termine prescrizionale con la pena edittale massima stabilita per ciascun reato, con il limite minimo di sei anni per i delitti e di quattro per le contravvenzioni. Conseguenza da ciò che per queste ultime la disciplina attuale è meno favorevole di quella antecedente (quattro anni contro i tre o i due contemplati dal previgente art. 157, 1° co., n. 5 e 6). Pertanto, essa è applicabile solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge, senza alcuna conseguenza sui procedimenti in corso. Per i delitti la nuova disciplina potrà risultare, di volta in volta, più favorevole o meno favorevole. In questo secondo caso sarà applicabile solo ai fatti commessi dopo l'entrata in vigore della legge.

La disciplina generale della successione di leggi penali del tempo, regolata dall'art. 2 c.p., trova una deroga nell'art. 10 della nuova legge, peraltro riformata dall'intervento del giudice costituzionale. Nell'impianto originario della riforma, infatti, il principio dell'applicazione della legge in concreto più favorevole trovava una deroga nell'art. 10, 3° co., L. 5.12.2005, n. 251, in base al quale le nuove disposizioni non si sarebbero comunque applicate ai processi già pendenti in primo grado, ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché ai processi già pendenti in grado di

appello o avanti la Corte di Cassazione. Tuttavia, la Corte Costituzionale, con la sentenza C. Cost. 23.11.2006, n. 393, ha ritenuto di dover cogliere, in tale limitazione del principio del *favor rei* nell'ambito della successione delle leggi penali nel tempo, una irragionevole disparità di trattamento, con la conseguente violazione del dettato dell'art. 3 Cost. La Corte, è così intervenuta abrogando le parole «dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché», estendendo, di conseguenza, l'applicazione del principio della legge più favorevole a tutti i fatti per cui non è stata ancora pronunciata sentenza di primo grado e per i quali, al momento dell'entrata in vigore della legge, non sia ancora decorso il termine di impugnazione dinanzi al giudice di appello. Va al riguardo sottolineato che l'intervento della Corte Costituzionale è stato motivato, sul piano dell'impatto processuale, facendo proprie le perplessità della dottrina per la mancata previsione, nel testo impugnato, di qualsiasi richiamo ad un termine applicativo riferito ai riti speciali. Era stato peraltro osservato che la disciplina transitoria non poneva problemi particolari per quanto riguarda il patteggiamento ed il decreto penale di condanna, mentre forti critiche erano già emerse riguardo al rito abbreviato, in cui manca formalmente la dichiarazione di apertura del dibattimento, e che nell'attuale fisionomia assume le caratteristiche di una forma alternativa di giudizio ordinario. Ciò determinava senz'altro, alla luce dell'originaria formulazione dell'art. 10, una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina prevista per il giudizio ordinario, risolvibile in maniera opposta: o con l'ulteriore incongruenza rappresentata dallo spostamento del limite applicativo della *lex mitior* al rito pendente in appello o in Cassazione - e dunque una disparità di trattamento a favore di chi accedeva ai riti speciali; o, in via interpretativa, al momento introduttivo del rito alternativo: problema risolto, una volta per tutte, dalla corte costituzionale. Sul tema di diritto transitorio relativo alla non applicabilità della nuova disciplina ai processi già pendenti avanti la Corte di Cassazione, la Suprema Corte di Cassazione si è immediatamente pronunciata (C., Sez. VI, 12.12.2005), dichiarando manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 10, 3° co., L. 5.12.2005, n. 251 per contrasto con gli artt. 3, 25, 101 Cost. In relazione al preteso contrasto con l'art. 3 Cost., la Corte, richiamando la C. Cost. 31.5.1990, n. 277, ha rilevato che il principio di irretroattività della legge penale successiva favorevole ha rilievo solo nel caso in cui sia intervenuto un mutamento favorevole nella valutazione legislativa del fatto tipico oggetto del giudizio, restando altrimenti al legislatore la facoltà di graduare nel tempo e differenziare in relazione ai diversi stati e gradi dei procedimenti e dei processi pendenti l'applicazione di nuovi, più favorevoli, termini di prescrizione dei reati, senza per questo violare il canone dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge penale. Né la norma denunciata viola l'art. 25, 2° co., Cost., perché essa non concerne la norma incriminatrice destinata a essere applicata nel giudizio. Né viola l'art. 101 Cost., poiché la legge è ben precisa nel fissare una

linea di demarcazione in ordine all'applicazione dei nuovi termini prescrizionali. L'estensione della nuova disciplina a tutti i procedimenti ancora pendenti dinanzi al giudice di primo grado, avvenuta a seguito della richiamata sentenza C. Cost. 23.11.2006, n. 393 valorizza il profilo della irragionevole fissazione del termine derogatorio della disciplina dell'art. 2 al momento dell'apertura del dibattimento. Tale termine, contenuto nella formulazione originaria dell'art. 10, L. 5.12.2005, n. 251, è stato considerato inidoneo a correlarsi significativamente con l'istituto della prescrizione, poiché la sua *ratio*, nella logica processuale, si colloca altrove. Al riguardo, nel determinare il momento in cui si verifica la pendenza del giudizio in appello, la giurisprudenza non è concorde. Secondo un primo orientamento, che appare al momento prevalente, esso si verifica con la pronuncia della sentenza di primo grado (C., Sez. IV, 26.5.2008, n. 31702; C. 20.11.2007-11.1.2008, n. 1574; C., Sez. VII, 2.10.2007, n. 41965). Di parere diverso quell'orientamento secondo cui, la "pendenza" del giudizio di appello coincide con quello della iscrizione del processo nel registro della Corte d'Appello, in quanto il momento centrale e fondamentale del passaggio da una fase processuale all'altra è rappresentato, rispettivamente, dalla trasmissione e dalla ricezione del fascicolo (C., Sez. III, 15.4.2008, n. 24330). Recentemente, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno sposato il primo orientamento, riconoscendo pertanto nella pronuncia della sentenza di condanna di primo grado il momento a partire dal quale pende il giudizio d'appello (C., S.U., 29.10.2009).

V Questione giuridica

L'applicazione dell'indulto nel reato continuato.

L'indulto e la grazia, insieme all'amnistia, si configurano tradizionalmente come le primarie forme moderne del potere di clemenza, il quale, originariamente spettante al sovrano assoluto, si è perpetuato nel passaggio ai regimi parlamentari con il trasferimento agli organi elettivi del potere di adottare i provvedimenti clemenziali ad efficacia generale - indulto e amnistia - e il mantenimento fra gli atti sovrani di prerogativa regia del potere di grazia, sino alla successiva e definitiva attrazione di quest'ultimo, con l'avvento dell'attuale regime costituzionale, fra le attribuzioni presidenziali. L'art. 79 della nostra Costituzione disciplina la concessione dell'amnistia e dell'indulto. Nell'originario assetto costituzionale, il potere di concedere l'una e l'altro era attribuito al Presidente della Repubblica, su legge di delegazione delle Camere. Nel suo testo attuale (modificato con L. Cost. 6.3.1992, n. 1), l'art. 79, 1° co. prevede che l'amnistia e l'indulto sono concessi con legge deliberata a maggioranza dei due terzi dei componenti di ciascuna Camera, in

ogni suo articolo e nella votazione finale, nell'evidente tentativo di assicurare all'approvazione della legge clemenziale un'ampia condivisione fra le forze politiche parlamentari e, di conseguenza, un fondamento presumibilmente serio e non strumentale alle più svariate esigenze di parte. L'art. 79, 2° e 3° co. della Costituzione prevede che la legge di concessione dell'amnistia o dell'indulto stabilisce il termine per l'applicazione del beneficio clemenziale, ma, in ogni caso l'amnistia e l'indulto non possono applicarsi ai reati commessi successivamente alla presentazione del disegno di legge.

Il disposto costituzionale, dunque, assorbe ora quello dell'art. 151, 3° co. c.p. - il quale, in virtù dell'espresso richiamo contenuto nell'art. 174, ult. co.c.p. è applicabile anche all'indulto - secondo cui l'estinzione del reato, per effetto dell'amnistia, e della pena, per effetto dell'indulto, è limitata ai reati commessi a tutto il giorno precedente la data del provvedimento di concessione. La possibilità che quest'ultimo contenga una data diversa - possibilità prevista dal citato art. 151, 3° co. - è da ritenersi ancora ammissibile, nel limitato senso che, nel rispetto del principio costituzionale di ragionevolezza, il legislatore può anticipare ulteriormente, rispetto alla data di presentazione del disegno di legge, il limite di applicabilità del provvedimento di clemenza.

Si suole distinguere fra indulto proprio - che interviene nella fase esecutiva rispetto a una sentenza di condanna passata in giudicato - e indulto improprio, applicato al momento della pronuncia della sentenza di condanna dal giudice di cognizione. L'applicazione dell'indulto in fase esecutiva è disciplinato dall'art. 672 c.p.p., a norma del quale il giudice dell'esecuzione procede secondo le modalità stabilite dall'art. 667, 4° co., c.p.p., ossia senza formalità, con ordinanza comunicata al pubblico ministero e notificata all'interessato. Il pubblico ministero che cura l'esecuzione della sentenza di condanna può disporre provvisoriamente la liberazione del condannato detenuto ovvero la cessazione delle sanzioni sostitutive e delle misure alternative, prima che essa sia definitivamente ordinata con il provvedimento giudiziale (art. 672, 3° co., c.p.p.). A norma dell'art. 174, 1° co. l'indulto condona in tutto o in parte la pena inflitta con la sentenza di condanna ovvero la commuta in un'altra di specie diversa. In entrambi i casi l'indulto, quale causa estintiva della pena, opera sul concreto rapporto punitivo modificandone, quantitativamente o qualitativamente, le modalità di attuazione. L'estinzione può riguardare tanto le pene detentive, quanto le pene pecuniarie; ove siano state applicate l'una e l'altra, essendo il delitto punibile a pena congiunta, il condono le estinguerà entrambe, nei limiti e alle condizioni di cui alla legge di concessione.

Per espressa disposizione dell'art. 174, 1° co., seconda parte, l'indulto non estingue le pene accessorie. La preclusione trova fondamento nella considerazione che a tali pene è affidata la soddisfazione di interessi di ordine generale che il legislatore non ha ritenuto opportuno sacrificare, in via di principio, mediante l'estinzione conseguente a condono. È fatta salva, comunque, la possibilità che la singola legge di concessione disponga diversamente. L'indulto non estingue gli

altri effetti penali della condanna. Quest'ultima, dunque, ancorché la pena sia stata interamente condonata, deve essere valutata per la declaratoria della recidiva e delle forme qualificate di pericolosità e può costituire ostacolo, ricorrendone il caso, alla concessione della sospensione condizionale della pena. A norma dell'art. 210, 2° co., l'indulto che estingue interamente la pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza, ovvero ne fa cessare l'esecuzione già eventualmente iniziata. L'applicabilità dell'indulto, in caso di reato continuato, può rivelarsi problematica laddove il beneficio sia applicabile a taluni soltanto dei reati compresi nella continuazione, perché per gli altri il provvedimento di concessione stabilisca una espressa esclusione o perché una parte dei reati avvinti dall'unicità del disegno criminoso sia stata commessa anteriormente al limite temporale di efficacia del provvedimento di clemenza. Un più risalente orientamento della Suprema Corte riteneva che, a differenza dell'amnistia, l'indulto - che non opera sul reato, bensì sulla pena inflitta - fosse applicabile in caso di reato continuato, per il quale la pena è da considerarsi unica e inscindibile, solo quando tutte le pene avvinte dalla continuazione risultassero concretamente ricomprese nel provvedimento di clemenza (C., Sez. II, 28.2.1986; C., Sez. II, 21.6.1985; C., Sez. III, 4.3.1983; C., Sez. I, 6.12.1982; C., Sez. VI, 3.6.1980). La giurisprudenza più recente è orientata, invece, nel senso dell'applicabilità del condono ai singoli reati compresi nel provvedimento di clemenza, previo scioglimento del cumulo (C., Sez. I, 24.11-30.12.2009, n. 49986; C., Sez. I, 16.3.2005; C., Sez. I, 21.10.2004; C., Sez. I, 17.6.1991; C., Sez. I, 1.2.1991; C., S.U., 16.11.1989; C., Sez. II, 3.6.1983). Il reato continuato va scisso anche nel caso di continuazione tra violazioni per le quali è prevista l'applicazione dell'indulto in misura ordinaria e violazioni le cui pene sono condonabili in misura ridotta (C., Sez. II, 23.3.1985). Peraltro, una volta operata la scissione del reato continuato al fine di procedere all'applicazione dell'indulto, ciascun reato riacquista la propria autonomia, onde è possibile che quelli commessi successivamente al termine di efficacia del provvedimento di clemenza integrino causa di revoca del condono applicato alle pene inflitte per quelli commessi in precedenza (C., Sez. I, 28.3.2003; C., S.U., 24.1.1996).

In caso di reati uniti nel vincolo della continuazione, alcuni dei quali, compreso quello più grave, siano stati commessi entro il termine fissato per la fruizione del beneficio ed altri successivamente, la pena rilevante ai fini della revoca dell'indulto va individuata, con riguardo ai reati-satellite, nell'aumento di pena in concreto inflitto a titolo di continuazione per ciascuno di essi e non nella sanzione edittale minima prevista per la singola fattispecie astratta (C., S.U., 23.4.2009, n. 21501). In ogni caso, il giudice dell'esecuzione che debba valutare l'applicabilità dell'indulto a ciascuno dei singoli reati avvinti dalla continuazione è vincolato alla qualificazione degli stessi operata nel provvedimento irrevocabile e alle circostanze formalmente ritenute dal giudice della cognizione (C., Sez. I, 29.11.2007).

QUESTIONE DEONTOLOGICA:

La pubblicità informativa: l'avvocato tra libero professionista e imprenditore.

I profili deontologici della professione forense rivestono una importanza fondamentale nella formazione di un praticante avvocato, in quanto la loro violazione incide sul corretto esercizio della funzione professionale. Per deontologia si intende, pertanto, quel complesso di regole e di valori ai quali deve riferirsi la condotta dell'avvocato e che sono individuati nella formula del nostro giuramento secondo concetti di lealtà, onore e diligenza. Gli art. 17 e 17 – bis contengono la disciplina di uno degli argomenti ritenuti maggiormente delicati e che, certo, hanno dato luogo alle maggiori discussioni e cioè la pubblicità informativa. La formulazione originaria dell'art. 17, cod. deont. forense, approvato dal Consiglio Nazionale Forense il 17 aprile 1997, prevedeva il divieto di pubblicità per gli avvocati, in linea con il tradizionale atteggiamento di chiusura dimostrato dall'ordinamento professionale italiano. La norma stabiliva il divieto di *qualsiasi pubblicità dell'attività professionale*. Erano consentite solo:- l'indicazione nei rapporti coi terzi (carta da lettera, rubriche professionali e telefoniche, repertori, banche dati forensi, anche a diffusione internazionale) di propri particolari rami di attività;- l'informazione agli assistiti e ai colleghi sull'organizzazione dell'ufficio e sull'attività professionale svolta;- l'indicazione del nome di un avvocato defunto, che avesse fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo avesse espressamente previsto o avesse disposto per testamento in tal senso, ovvero vi fosse il consenso unanime dei suoi eredi. L'attività di informazione consentita doveva, in ogni caso, essere attuata in modo veritiero e nel rispetto dei doveri di dignità e decoro. Successivamente, però, le istanze in seno alla Comunità Europea, rivolte alla liberalizzazione dei mercati, spinsero per un radicale cambiamento della materia. Infatti, l'art. 49 del trattato CE vieta ogni restrizione alla libera circolazione di servizi, tra i quali è ricompresa l'attività libero-professionale. La direttiva sui servizi, successivamente adottata, prevede una rilevante apertura sulla pubblicità informativa stabilendo la soppressione di ogni divieto in materia pubblicitaria. L'art. 24 della direttiva, nel consentire la promozione dell'attività professionale, si riferisce esplicitamente alle professioni regolamentate, prevedendo, però, un temperamento che richiede la conformità delle informazioni rese ai terzi alle regole professionali, tenendo conto della specificità della professione, nonché dell'indipendenza, dell'integrità, della dignità e del segreto professionale. Sono dunque ammesse limitazioni, purché non siano confliggenti con i principi di non discriminazione e di proporzionalità e siano giustificate dall'interesse generale. Infine, il codice deontologico europeo, approvato da ordini ed associazioni

forensi aderenti al CCBE, in tema di pubblicità informativa si limita a raccomandare criteri di correttezza e veridicità, nel rispetto della riservatezza e del segreto professionale, indipendentemente dallo strumento impiegato per la diffusione. Nonostante tali innovazioni l'Italia era rimasta uno dei pochi paesi europei a prevedere un divieto assoluto di pubblicità per gli avvocati. La modifica dell'art. 17 del codice deontologico forense, attuata con delibera del CNF in data 16/10/1999, ha parzialmente eliminato, il divieto assoluto di pubblicità, consentendo all'avvocato di fornire "*informazioni sull'esercizio professionale*". Mentre la vecchia formulazione della norma permetteva al professionista di dare informazioni sulla propria attività ai soli colleghi e clienti - soggetti già sostanzialmente informati - a seguito della modifica l'avvocato italiano aveva la possibilità di dare *informazioni sulla propria attività professionale* anche a *potenziali* clienti, secondo correttezza e verità, nel rispetto della dignità e del decoro della professione e degli obblighi di segretezza e di riservatezza, inoltre, venne previsto l'elenco dei "mezzi di informazione" utilizzabili, tra i quali furono inseriti anche "i siti web e le reti telematiche (Internet), purché propri dell'avvocato o di studi legali associati o di società di avvocati, nei limiti della informazione e previa segnalazione al Consiglio dell'ordine". Nonostante l'avvenuta riforma e l'abrogazione del divieto di pubblicità, la norma continuava a distinguere tra *pubblicità* - che ha scopo meramente promozionale e considerata non attinente al decoro della professione - e *informazione* - che mira, invece, ad esternalizzare l'attività professionale con fini promozionali indiretti. Il Codice deontologico prescriveva, infatti, il necessario rispetto dei tre canoni essenziali, in tema di "Informazioni sull'esercizio professionale": - correttezza e verità;- rispetto della dignità e del decoro della professione;- segretezza e riservatezza. La c.d. *pubblicità informativa* dell'avvocato doveva, pertanto, concretizzarsi in un'attività finalizzata a fornire ai potenziali clienti informazioni corrette e veritiere sull'attività professionale, che fossero utili nell'interesse di questi ultimi. Era consentita, infine, l'utilizzazione della rete Internet e del sito web per l'offerta di consulenza nel rispetto dei seguenti obblighi quali: indicazione dei *dati anagrafici, partita IVA e Consiglio dell'Ordine di appartenenza*; l'impegno espressamente dichiarato al *rispetto del codice deontologico*(nel sito avrebbe dovuto essere riprodotto il testo del codice deontologico ovvero precisati i modi o mezzi per consentirne il reperimento o la consultazione); l'indicazione della *persona responsabile*; la specificazione degli estremi della eventuale *polizza assicurativa*, con copertura riferita anche alle prestazioni on-line e indicazione dei massimali; l'indicazione delle vigenti *tariffe professionali* per la determinazione dei corrispettivi. In linea con il dettato della norma, la giurisprudenza deontologica successiva all'abrogazione del divieto di pubblicità, pur timidamente, consentì all'avvocato di ricorrere ad un'informazione attiva circa la sua attività professionale. Da un rapido *excursus* della giurisprudenza del Consiglio Nazionale Forense emerge, pacificamente, la tendenza

a sanzionare i comportamenti considerati in violazione dell'art. 17 del Codice deontologico con l'avvertimento o con la censura, ovvero con misure che, comunque, non incidono sull'attività del professionista. La giurisprudenza deontologica ha considerato lesive dell'art. 17 alcune fattispecie quali: - divieto di indicare specializzazioni o qualifiche soggettive: salvo i titoli previsti dalla Legge (titolo accademico, diploma universitario, dottorato di ricerca), i titoli rilasciati da privati per i quali non vi è garanzia pubblica di veridicità tali, pertanto, da considerarsi informazioni fuorvianti ed equivoche circa le effettive capacità professionali del professionista; - le informazioni false; - la pubblicità in violazione dei principi di decoro e dignità professionale; - la pubblicità di altri prodotti; - la pubblicità occulta a mezzo stampa e rapporti con la stampa; in tale ambito il Codice deontologico si è ispirato a criteri di riserbo e di misura per evitare il sovrapporsi indebito tra i piani della discussione politica e dello spazio giudiziario, rilevando inoltre che una pubblicità indiretta va a danno delle pari opportunità e della legale concorrenza tra colleghi; - la spendita del nome del cliente e diritto di riservatezza; con tale divieto si intende tutelare il *"diritto ad esser dimenticati"*, il diritto alla riservatezza oltre ad evitare che vengano diffuse false notizie sulla clientela; - divieto di accaparramento di clientela (art. 19 Codice deontologico), se verificatesi con mezzi ritenuti illeciti e contrari ai principi deontologici. Il decreto Legge 4 luglio, n. 223 ("decreto Bersani"), conv. in Legge 4 agosto 2006, n. 248, introduce all'art. 1 il riferimento *"all'improcrastinabile esigenza di rafforzare la libertà di scelta del cittadino consumatore e la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, anche al fine di favorire il rilancio dell'economia e dell'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro"*, ed all'art. 2 l'esigenza *"di assicurare agli utenti un'effettiva facoltà di scelta nell'esercizio dei propri diritti e di comparazione delle prestazioni offerte sul mercato"*, infine, alla lett. b), dello stesso articolo, statuisce l'abrogazione delle disposizioni legislative e regolamentare che prevedono il divieto, anche parziale, di svolgere pubblicità informativa circa i titoli e le specializzazioni professionali, le caratteristiche del servizio offerto, nonché il prezzo e i costi complessivi delle prestazioni secondo criteri di trasparenza e veridicità del messaggio il cui rispetto è verificato dall'ordine. La finalità della legge è chiara: ogni divieto di diffusione della pubblicità informativa, negli ambiti enunciati dalla legge, è abrogato, con un unico temperamento: il messaggio deve rispondere ai criteri di veridicità e trasparenza. Conseguentemente, si è reso necessario modificare il testo dell'art. 17, in aderenza al disposto normativo, prevedendo che il contenuto e la forma dell'informazione dovessero essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e dovessero rispondere a criteri di trasparenza e veridicità, il rispetto dei quali doveva essere verificato dal competente Consiglio dell'Ordine, mentre i canoni II e III del medesimo art. 17, il primo dei quali prevede che sia vietato offrire, sia direttamente che per interposta persona, le

proprie prestazioni professionali al domicilio degli utenti, nei luoghi di lavoro, di riposo, di svago e, in generale, in luoghi pubblici o aperti al pubblico ed il secondo dei quali fa divieto all'avvocato di offrire, senza esserne richiesto, una prestazione personalizzata e, cioè, rivolta a una persona determinata, sono stati inseriti nell'art. 19, che concerne il divieto di accaparramento della clientela. L'art. 17 bis è stato, innanzi tutto, modificato nella rubrica, che ora titola "*Modalità dell'informazione*" e non più "*Mezzi di informazione consentiti*", essendosi provveduto, in sede di modifica, ad eliminare le limitazioni concernenti i mezzi di informazione utilizzabili, fermo restando, ovviamente, che questi dovranno essere adeguati al decoro della professione. Inoltre, e coerentemente, è stata abolita la analitica elencazione tassativa dei mezzi di informazione consentiti, ma sono state conservate, come obbligatorie, quelle indicazioni che possono essere effettivamente utili, se non necessarie, a fornire notizie che possano agevolare la scelta del professionista, quali la sede, l'Ordine di iscrizione, il luogo di esercizio, i titoli, le specializzazioni, i settori di attività prevalente, e così via. Con la delibera del CNF del 18 gennaio del 2007 l'art.17 ha subito ulteriori modifiche e attualmente recita:

ART. 17. - Informazioni sull'attività professionale.

L'avvocato può dare informazioni sulla propria attività professionale.

Il contenuto e la forma dell'informazione devono essere coerenti con la finalità della tutela dell'affidamento della collettività e rispondere a criteri di trasparenza e veridicità, il rispetto dei quali è verificato dal competente Consiglio dell'ordine.

Quanto al contenuto, l'informazione deve essere conforme a verità e correttezza e non può avere ad oggetto notizie riservate o coperte dal segreto professionale. L'avvocato non può rivelare al pubblico il nome dei propri clienti, ancorché questi vi consentano.

Quanto alla forma e alle modalità, l'informazione deve rispettare la dignità e il decoro della professione.

In ogni caso, l'informazione non deve assumere i connotati della pubblicità ingannevole, elogiativa, comparativa.

I - Sono consentite, a fini non lucrativi, l'organizzazione e la sponsorizzazione di seminari di studio, di corsi di formazione professionale e di convegni in discipline attinenti alla professione forense da parte di avvocati o di società o di associazioni di avvocati.

II - E' consentita l'indicazione del nome di un avvocato defunto, che abbia fatto parte dello studio, purché il professionista a suo tempo lo abbia espressamente previsto o abbia disposto per testamento in tal senso, ovvero vi sia il consenso unanime dei suoi eredi.

A seguito di tali modifiche l'attività professionale, che è, e nasce intellettuale (artt. 2229 e ss. c.c.), sembrerebbe destinata ad una lenta ma inesorabile assimilazione all'attività d'impresa, da sempre considerata, nel codice civile e nell'ordinamento giuridico italiano, distinta e diversamente regolamentata dalle professioni intellettuali c.d. protette. Ma di recente, nella seduta del 12 giugno 2008 il CNF ha modificato alcuni articoli del codice deontologico, a seguito dei rilievi formulati dalla Autorità per la Concorrenza e il Mercato, nell'ambito dell'indagine conoscitiva sugli Ordini professionali. L'art. 17 bis, nella parte in cui autorizza l'utilizzazione di siti web con dominio proprio dell'avvocato, è stato modificato nel senso che l'avvio del sito deve essere tempestivamente comunicato al Consiglio dell'Ordine, con soppressione della preventiva autorizzazione. L'art. 18, che riguarda i rapporti con la stampa, è stato modificato in senso analogo, ed il parere preventivo del Consiglio dell'Ordine nel caso di rubriche su organi di stampa o televisive è sostituito da una semplice comunicazione. Questi due articoli dopo la delibera del CNF del 12 giugno 2008 stabiliscono:

ART. 17 bis. - Modalità dell'informazione.

L'avvocato che intende dare informazione sulla propria attività professionale deve indicare:

- la denominazione dello studio, con la indicazione dei nominativi dei professionisti che lo compongono qualora l'esercizio della professione sia svolto in forma associata o societaria;
- il Consiglio dell'Ordine presso il quale è iscritto ciascuno dei componenti lo studio;
- la sede principale di esercizio, le eventuali sedi secondarie ed i recapiti, con l'indicazione di indirizzo, numeri telefonici, fax, e-mail e del sito web, se attivato;
- il titolo professionale che consente all'avvocato straniero l'esercizio in Italia, o che consenta all'avvocato italiano l'esercizio all'estero, della professione di avvocato in conformità delle direttive comunitarie.

Può indicare:

- i titoli accademici;
- i diplomi di specializzazione conseguiti presso gli istituti universitari;
- l'abilitazione a esercitare avanti alle giurisdizioni superiori;
- i settori di esercizio dell'attività professionale e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attività prevalente;
- le lingue conosciute;
- il logo dello studio;
- gli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità professionale;

- l'eventuale certificazione di qualità dello studio; l'avvocato che intenda fare menzione di una certificazione di qualità deve depositare presso il Consiglio dell'Ordine il giustificativo della certificazione in corso di validità e l'indicazione completa del certificatore e del campo di applicazione della certificazione ufficialmente riconosciuta dallo Stato;
- i settori di esercizio dell'attività professionale e, nell'ambito di questi, eventuali materie di attività prevalente;
- le lingue conosciute;
- il logo dello studio;
- gli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità professionale.

L'avvocato può utilizzare esclusivamente i siti web con domini propri e direttamente riconducibili a sé, allo studio legale associato o alla società di avvocati alla quale partecipa, previa comunicazione **tempestiva** al Consiglio dell'Ordine di appartenenza della forma e del contenuto in cui è espresso.

Il professionista è responsabile del contenuto del sito e in esso deve indicare i dati previsti dal primo comma.

Il sito non può contenere riferimenti commerciali e/o pubblicitari mediante l'indicazione diretta o tramite banner o pop-up di alcun tipo.

ART. 18. - Rapporti con la stampa.

Nei rapporti con la stampa e con gli altri mezzi di diffusione l'avvocato deve ispirarsi a criteri di equilibrio e misura nel rilasciare interviste, per il rispetto dei doveri di discrezione e riservatezza.

I. Il difensore, con il consenso del proprio assistito e nell'esclusivo interesse dello stesso, può fornire agli organi di informazione e di stampa notizie che non siano coperte dal segreto di indagine.

II. In ogni caso, nei rapporti con gli organi di informazione e con gli altri mezzi di diffusione, è fatto divieto all'avvocato di enfatizzare la propria capacità professionale, di spendere il nome dei propri clienti, di sollecitare articoli di stampa o interviste sia su organi di informazione sia su altri mezzi di diffusione; è fatto divieto altresì di convocare conferenze stampa fatte salve le esigenze di difesa del cliente.

III. E' consentito all'avvocato, previa comunicazione al Consiglio dell'Ordine di appartenenza, di tenere o curare rubriche fisse su organi di stampa con l'indicazione del proprio nome e di partecipare a rubriche fisse televisive o radiofoniche.

In tale sede, anche il canone IV dell'art.24 è stato modificato premettendo le parole “ai fini della tenuta degli albi” prima dell'obbligo di comunicazione della costituzione di associazioni e dell'apertura di studi e recapiti. Nell'art. 45 è stato precisato che in caso di pattuizione di compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi (patto di quota lite) resta fermo il principio dell'art. 2233 del codice civile. Apparentemente si tratta di modifiche di scarsa rilevanza; però dall'esame della relazione del CNF, dai rilievi dell'Autorità garante e soprattutto dalle modifiche richieste e non apportate, si evince, in maniera chiara che le prime due modifiche tendono a ridurre il potere di controllo dei consigli dell'ordine e a lasciare maggior libertà agli avvocati. Dai rilievi dell'Autorità garante emerge, anche, che quest'ultima tendeva a liberalizzare ogni forma di pubblicità, in linea con la riforma Bersani, e addirittura la richiesta era quella di eliminare il riferimento al rispetto e al decoro della professione, nonché il divieto di pubblicità comparativa ed elogiativa. Ancor più specificamente, l'autorità chiedeva la modifica dell'art. 17 nella parte in cui vieterebbe una forma di pubblicità autoreferenziale. Secondo l'autorità, pertanto, ogni avvocato dovrebbe avere la possibilità di farsi pubblicità come un'azienda commerciale, utilizzando anche il classico *dolus bonus* e cioè presentandosi sul mercato come il migliore, il più preparato, il più vincente, senza motivazione. La resistenza del CNF, davvero lodevole, punta all'interesse generale che l'informazione data risponda a correttezza e verità, evitando che gli iscritti all'albo compiano azioni di promozione o propaganda che possano pregiudicare la dignità della professione. In particolare, il CNF individua l'informazione pubblicitaria come un'attività finalizzata a fornire utilità ai clienti, e non come un'attività motivata dall'interesse economico del professionista. L'informazione, infatti, è ammessa nei limiti in cui è data per favorire la conoscenza pubblica di notizie utili a far conoscere l'esistenza e l'identità del professionista ed il luogo ove svolge l'attività, oltre che il tipo di prestazioni che egli è in grado di garantire, ma non può eccedere tale funzione perché, se ciò si ammettesse, l'informazione sarebbe almeno in parte motivata dall'interesse economico del professionista a promuovere le proprie prestazioni, anche a prescindere dalla loro necessità o dalla utilità che esse possono avere per il cliente. Per le ragioni sopra succintamente esposte, il CNF non ha accolto i rilievi finalizzati ad una semplificazione dell'art. 17 bis e non ha fatto alcun riferimento, nella nuova versione, ai prezzi delle prestazioni offerte. Occorre sottolineare, in modo definitivo, che tra i liberi professionisti e gli imprenditori vi sono differenze sistematiche di fondamentale importanza, poiché ai secondi è richiesto, molto più dei primi, di rispettare regole di natura etica nel loro comportamento, regole che spesso sono anteposte al loro interesse economico. La legislazione

più recente, e in particolare la legge Bersani, sembra invece andare nella errata direzione di una totale equiparazione tra professionisti ed imprenditori. Senza un mutamento di rotta da parte del legislatore, che giustifichi la sopravvivenza delle regole deontologiche ed il loro autogoverno, ogni limite etico è destinato a cadere, con conseguenti danni irreparabili a carico della collettività e dei singoli utenti.

Dott.ssa Mariano Maristella

Avv.Roberto Lanzi