



Sommario

Spunti per calcolare un contributo di mantenimento **2**

Emanuela Epiney-Colombo,
Giudice al Tribunale d'appello

Qualche spunto di riflessione sui costi della Giustizia civile con particolare riferimento al nuovo CPC federale **11**

Francesco Trezzini
 Pretore del Distretto di Lugano

Lotta contro il riciclaggio di denaro e nuova legge sulla vigilanza sui mercati finanziari – Modifiche e adeguamenti * **18**

Sabine Kilgus / Pietro Crespi

La Giustizia italiana allo specchio **24**

Roberto Porrello
Avvocato del foro di Busto Arsizio
Direttore della rivista giuridica "THEMIS"

Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale **29**

Grazia Mannozi

Commissione di disciplina **42**

- Decisione no. 361 del 9 settembre 2008
Patteggiamento; la sentenza di patteggiamento non comporta accertamenti costitutivi di responsabilità penale e non è iscritta a casellario giudiziale.
Art. 12 lett. a) LLCA, 40 cpv 2 LAvv.
- Decisione no. 359-362 del 5 maggio 2009
Consegna dell'incarto al cliente; fotocopiatura e costi.
Art. 12 lett. a) LLCA, 14 LAvv, 400 CO.
- Sentenza 11 novembre 2009 della Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello
Conflitto di interessi; conflitto di interessi, con tre possibilità per il patrocinio o la mediazione da parte dell'avvocato.
Art. 12 lett. c) LLCA, 18 CAvv.

Consiglio di disciplina notarile **50**

- Decisione del 12 novembre 2008
Pubblicità del notaio; divieto di insegna di cantiere con l'indicazione di una consulenza notarile.
Art. 12 cpv. 1 LN, 127 cpv. 1 LN.

Impressum **55**

Spunti per calcolare un contributo di mantenimento

Emanuela Epiney-Colombo,
Giudice al Tribunale d'appello

Introduzione

L'evoluzione della dottrina e della giurisprudenza richiede ai giuristi un costante aggiornamento delle proprie conoscenze. È quindi utile riprendere e aggiornare il promemoria sul calcolo di un contributo di mantenimento nel diritto di famiglia, apparso sul fascicolo n. 28 di questa rivista nel dicembre 2004.

Contributo per il coniuge durante il matrimonio

Principi

Durante il matrimonio i coniugi hanno un dovere reciproco di mantenimento, sancito dagli art. 159 cpv. 2, 163 e 164 CC. Il versamento di contributi alimentari tra coniugi dipende dalle disposizioni a tutela dell'unione coniugale fin che dura il matrimonio, anche durante la causa di divorzio¹.

Le decisioni emanate nell'ambito delle misure protettive dell'unione coniugale – come le misure provvisorie – sono misure provvisorie ai sensi dell'art. 98 LTF, contro le quali si può invocare davanti al Tribunale federale solo la violazione dei diritti costituzionali². Le scelte giurisprudenziali dei Tribunali superiori dei vari Cantoni in materia di misure protettive

dell'unione coniugale e di misure provvisorie nella causa di stato sono dunque di fondamentale importanza per la pratica giudiziaria.

Metodo di calcolo

L'entità del contributo di mantenimento si apprezza tenendo conto delle possibilità economiche e dei bisogni rispettivi dei coniugi. Il legislatore non impone un metodo di calcolo all'art. 163 cpv. 1 CC, salvo dire che "i coniugi provvedono in comune, ciascuno nella misura delle sue forze, al debito mantenimento della famiglia". La giurisprudenza ventennale della prima Camera civile del Tribunale di appello del Cantone Ticino si attiene al metodo della ripartizione tra i coniugi, di regola a metà³, dell'eccedenza che rimane dopo aver dedotto dal reddito globale della famiglia il fabbisogno dei coniugi e quello dei figli minorenni⁴. Il Tribunale federale⁵ ha spiegato in numerose occasioni che il metodo della ripartizione dell'eccedenza è conforme al diritto federale.

Una deroga al principio della ripartizione dell'eccedenza è possibile in caso di situazione finanziaria molto agiata, dove il contributo non supera il tenore di vita avuto durante la comunione domestica, o in caso di situazione di ammanco, dove il contributo non può eccedere quanto rimane al coniuge debitore una volta soddisfatto il proprio fabbisogno minimo. Chi sostiene di trovarsi in un caso di eccezione e chiede che il giudice si scosti dal metodo del riparto a metà dell'eccedenza deve addurlo e renderlo verosimile⁶.

Nei casi di situazione finanziaria molto agiata, non è necessario fare il confronto dei redditi e dei fabbisogni se a prima vista il costo supplementare delle due economie domestiche

1 Da ultimo: sentenza della Prima Camera civile (in seguito I CCA) n. 11.2007.141 del 17 agosto 2009 consid. 4, RtiD I-2005 pag. 770 consid. 3.

2 DTF 133 III 393.

3 DTF 123 III 1, 121 III 302 consid. 5b, 114 II 28 consid. 4.

4 RtiD I-2007 pag. 737 consid. 4.

5 DTF 114 II 26, 126 III 8 consid. 3c pag. 9/10; FamPra.ch 2009 pag. 429.

6 DTF 119 II 317 consid. 4b; I CCA dell'11 maggio 1999, pubb. in FamPra.ch 2000 pag. 144.

separate è già abbondantemente coperto⁷ dagli elevati introiti coniugali.

Nei casi di ammanco, quando i redditi della famiglia non sono sufficienti a coprire i fabbisogni, il debitore ha diritto a conservare il suo fabbisogno minimo del diritto esecutivo⁸.

La fine della vita in comune non preclude a un coniuge il diritto di mantenere, se le condizioni economiche della famiglia lo permettono, il tenore di vita precedente⁹. In presenza di redditi familiari sufficienti per finanziare due economie domestiche separate non si giustifica di imputare all'uno o all'altro coniuge un reddito ipotetico, superiore a quello effettivo¹⁰, fissare un contributo potenziale della sostanza¹¹, o non riconoscere spese già esistenti durante la vita comune¹².

Elementi del calcolo

Reddito complessivo della famiglia

Per i dipendenti è determinante, di principio, il reddito effettivamente conseguito al momento del giudizio¹³. In particolari circostanze può entrare in linea di conto il reddito ipotetico, superiore, che la persona interessata potrebbe conseguire effettivamente dando prova di buona volontà. La prova del reddito consiste nella produzione dei conteggi mensili di stipendio o i certificati fiscali rilasciati ogni anno

dal datore di lavoro ai fini fiscali, che comprendono tutte le indennità versate nel corso dell'anno e tutte le deduzioni sociali.

Per gli indipendenti è decisivo il reddito medio degli ultimi 3-4 anni¹⁴, accertato mediante il bilancio e il conto perdite e profitti dell'azienda, oppure sui dati delle dichiarazioni fiscali, salvo il caso di entrate costantemente in ribasso o in aumento, dove si può considerare come reddito determinante l'utile dell'anno trascorso, corretto con gli eventuali prelevamenti privati. L'azionista unico o dominante di una società anonima che è nel contempo dipendente della ditta può vedersi calcolare il reddito effettivo conseguito in virtù dell'identità economica con la persona giuridica¹⁵.

Entra in conto solo il reddito che serviva al mantenimento della famiglia, a esclusione di quello accantonato per risparmio (spetta a chi sostiene questa tesi dimostrare l'esistenza dei risparmi e la quota di risparmio accantonata).

Nella definizione di reddito sono compresi il reddito del lavoro (comprensivo di indennità per vacanze¹⁶, tredicesima¹⁷, ore straordinarie¹⁸, gratifica versata regolarmente¹⁹, bonus²⁰, indennità forfetarie eccedenti il rimborso delle spese²¹, indennità per lavoro su chiamata, se

7 Sentenza del Tribunale federale 5P.138/2001 del 10 luglio 2001, consid. 2bb pubb. in FamPra.ch 2002 pag. 333; I CCA del 25 luglio 2003 in re P, consid. 4.

8 DTF 135 III 66, 126 III 356 consid. 1 a/bb; 127 III 70 consid. 2.

9 DTF 114 II 26.

10 RtiD II-2005 pag. 706 consid. 4c, I CCA n. 11.2003.60 del 27 maggio 2005 consid. 6.1.

11 I CCA n. 11.2003.60 del 27 maggio 2005 consid. 6.1.

12 I CCA n. 11.2008.36 del 4 agosto 2009 consid. 4d ed e.

13 I CCA dell'8 marzo 2002 inc. 11.2002.14.

14 Sentenza del Tribunale federale del 20 dicembre 2001 5P.342/2001; RtiD I-2004 pag. 597.

15 Sentenza del Tribunale federale del 4 luglio 2003 5P.127/2003, pubb. in FamPra.ch 2003 pag. 909; principio dell'identità economica o Durchgriff.

16 I CCA del 7 maggio 2001 inc. 11.1999.129, a meno che il dipendente non abbia usufruito di vacanze nel periodo considerato.

17 Sentenza del Tribunale federale del 6 giugno 2002 5P.172/2002 consid. 2, pubb. in FamPra.ch 2002 pag. 809.

18 Sentenza del Tribunale federale 5P.172/2002 del 6 giugno 2002, pubbl. in FamPra.ch 2002 pag. 809, consid. 2.1.1 con rinvii.

19 Non rientra nel reddito determinante la gratifica versata a titolo eccezionale per l'anniversario di fondazione del datore di lavoro, I CCA del 7 marzo 2002 inc. 11.2001.122.

20 Anche versato in forma di azioni, cfr. sentenza del Tribunale federale del 4 aprile 2003 5C.6/2003 consid. 3.2, pubb. in FamPra.ch 2003 pag. 909; se non è versato regolarmente, il bonus può essere considerato come sostanza del debitore, cfr. DTF 129 III 7.

21 Il rimborso spese che coincide con la media dei costi affrontati dal lavoratore (pranzi, trasferte, telefono, ecc.) non rientra invece nel reddito: cfr. sentenza del Tribunale federale del 27 marzo 2003 5C.282/2002, consid. 2, pubb. in FamPra.ch 2003 pag. 677 e in JdT 2003 I pag. 193; Rep. 1995 pag. 143.

regolari²²), vale a dire lo stipendio mensile netto (ottenuto dividendo per dodici lo stipendio annuo complessivo), gli assegni familiari, il reddito accessorio (a condizione che sia regolare e che sia necessario al mantenimento della famiglia) e l'eventuale reddito in natura. Sono anche un reddito le indennità di disoccupazione²³, le rendite di assicurazioni sociali²⁴, i dividendi, le partecipazioni agli utili, il reddito della sostanza, effettivo²⁵ e ipotetico.

Per i redditi presunti di risparmi la Prima Camera civile si riferisce di regola ai tassi di interesse fissati dal Consiglio federale per gli averi di vecchiaia in materia di previdenza professionale²⁷.

Non rientrano nella nozione di reddito per il calcolo del contributo alimentare le rendite complementari all'AVS/AI²⁸, le prestazioni versate dall'assistenza pubblica, gli assegni integrativi per i figli minorenni³⁰, la partecipazione alle spese domestiche di un figlio maggiorenne³¹. Il valore locativo di un immobile in proprietà è un dato fiscale dal quale il proprietario non trae alcun vantaggio effettivo e di conseguenza non costituisce un reddito³². Qualora il coniuge proprietario occupi per suo comodo un alloggio sproporzionato alle sue

esigenze, se ne terrà conto nella valutazione del fabbisogno.

La ripresa o l'estensione dell'attività lucrativa da parte di un coniuge professionalmente inattivo o attivo solo a tempo parziale³³ può essere pretesa già prima dello scioglimento del matrimonio quando non ci si può più attendere una ripresa della comunione domestica. Anche in questi casi, nondimeno, il metodo di calcolo rimane quello applicabile durante il matrimonio, vale a dire quello del riparto a metà dell'eccedenza. L'unica differenza consiste nell'imputare al coniuge inattivo o parzialmente attivo un reddito. Per il calcolo di un reddito ipotetico, superiore a quello effettivo, occorre considerare due elementi cumulativi: un elemento soggettivo che è la buona volontà e un elemento oggettivo, che è la possibilità concreta di guadagno³⁵ (età³⁶, stato di salute³⁷, presenza di figli e loro età³⁸, possibilità di custodia dei figli da parte di terzi e relativo costo, formazione professionale, assenza più o meno lunga dal mercato del lavoro, situazione congiunturale, ecc.).

Fabbisogno

Per costante giurisprudenza del Tribunale

22 RtiD I-2004 pag. 596, da ultimo I CCA n. 11.2007.192 del 31 luglio 2009.

23 I CCA del 12 febbraio 2003 inc. 11.2002.117.

24 Sentenza del Tribunale federale del 28 gennaio 2003 5C.278/2002, pubb. in FamPra.ch 2003 pag. 433.

25 I CCA dell'11 maggio 1999 inc. 11.1998.74, pubb. in FamPra.ch 2000 pag. 144.

26 RtiD I-2005 pag. 776 consid. 4a, I CCA n. 11.2006.100 del 4 febbraio 2008 consid. 8.

27 Cfr. OPP2 RS 831.441.1.

28 RS.831.30; si tratta di prestazioni sussidiarie alle pensioni alimentari del diritto di famiglia, cfr. sentenza del Tribunale federale del 29 maggio 2002 5P.173/2002 consid. 4, pubb. in FamPra.ch 2002 pag. 806; I CCA del 21 agosto 2002 inc. 11.2001.109, pubb. in RDATA I-2003 pag. 282.

29 Sentenza del Tribunale federale del 4 maggio 2000 5C.38/2000, consid. 2b con richiami; I CCA del 21 agosto 2002 inc. 11.2001.109 pubb. in RDATA I-2003 pag. 282.

30 L'assegno integrativo è sussidiario all'obbligo contributivo dei genitori, RtiD I-2005 pag. 781 consid. 6; prima si calcola il contributo di mantenimento, poi l'assegno integrativo.

31 I CCA del 23 gennaio 2003 inc. 11.2000.5, del 12 febbraio 1999 pubb. in FamPra.ch 2000 pag. 138 consid. 3.

32 RtiD I-2005 pag. 757, I CCA n. 11.2004.111 del 23 ottobre 2007 consid. 4.

33 DTF 130 III 541 consid. 3.2, 128 III 68 consid. 4; RtiD II-2005 pag. 706 consid. 4b e 4c.

34 DTF 128 III 5 consid. 4 a con rinvii, 65 consid. 4; 127 III 138 consid. 2 a, pubb. in SJ 123/2001 I 324.

35 DTF 128 III 4 consid. 4 c/c; una valutazione fondata su dati statistici è arbitraria.

36 DTF 127 III 136 consid. 2 c. pag. 140.

37 DTF 127 III 68, 72.

38 DTF 115 II 6 consid. 3c; valida anche nel nuovo diritto del divorzio, cfr. sentenza del Tribunale federale del 28 agosto 2001 5C.48/2001 consid. 4b, pubb. in FamPra.ch 2002 pag. 145.

federale il metodo di calcolo del fabbisogno è di diritto federale e va quindi applicato d'ufficio dal giudice. Entrambi i coniugi hanno sostanzialmente diritto a condizioni paritarie nel calcolo dei rispettivi fabbisogni³⁹. La parità logistica tra i coniugi deve intendersi in senso qualitativo e quantitativo⁴⁰. Il concetto di uguaglianza non equivale a importi identici.

Il punto di partenza per il calcolo è il fabbisogno minimo del diritto esecutivo⁴¹ (art. 93 LEF), composto di:

- minimo base (comprensivo di vitto, abbigliamento, igiene e salute, elettricità, acqua potabile⁴², gas, telefono⁴³, cultura, abbonamento della televisione via cavo⁴⁴, ecc.),
- spese per l'alloggio⁴⁵: canone di locazione, spese per l'alloggio in proprietà (oneri ipotecari, spese di manutenzione ordinaria, compresa quella del giardino⁴⁶), dedotta la quota dei figli e di eventuali conviventi,
- riscaldamento (acconto spese accessorie e conguaglio),
- indennità per arredamento della nuova abitazione⁴⁷,
- premio di cassa malati (assicurazione di base obbligatoria⁴⁸, assicurazioni complementari⁴⁹) o di altre assicurazioni sociali (in parti-

colare premio AVS/AI per persone senza attività lucrativa),

- contributi di mantenimento o di assistenza,
- spese professionali (comprese quelle di trasferta),
- spese mediche e/o dentarie (compresi gli alimenti speciali necessari a causa di una malattia⁵⁰), in quanto verosimili e durature, ciò che non è il caso per il solo fatto di aver scelto una franchigia annua elevata della cassa malattia⁵¹.

A queste voci, se le condizioni finanziarie lo consentono, si aggiungono per arrivare al fabbisogno allargato ammesso dalla giurisprudenza del Tribunale federale:

- imposte correnti⁵²,
- premi assicurativi correnti (responsabilità civile, assicurazione mobilio, ecc.)⁵³,
- debiti, compreso l'ammortamento del debito ipotecario⁵⁴, nella misura in cui il mantenimento della famiglia è assicurato o se si tratta di spese decise in comune o che sono servite a entrambi i coniugi⁵⁵.

La giurisprudenza ticinese non penalizza il coniuge che abita con un terzo dal profilo del fabbisogno e riconosce per principio a ogni

39 Sentenza del Tribunale federale 5P.101/2001 del 30 aprile 2001, consid. 4.

40 I CCA n. 11.2007.55 del 19 febbraio 2009 consid. 6.

41 Tabella dei minimi di esistenza, edita dalla Camera di esecuzione e fallimenti, disponibile nel sito www.ti.ch/cef/; cfr. anche DTF 126 III 357 consid. bb in fine.

42 I CCA n. 11.2006.22 del 10 marzo 2008 consid. 7c, n. 11.2008.36 del 4 agosto 2009 consid. 4c.

43 Rep. 1994 pag. 297 consid. 5, 1995 pag. 141.

44 DTF 114 II 393; Rep. 1994. pag. 297 consid. 5.

45 Possono essere considerati i costi effettivi che corrispondono alla situazione familiare dell'obligato e alle cifre usuali nella regione in cui abita, cfr. DTF 129 III 526 consid. 2 pag. 527.

46 I CCA n. 11.2008.36 consid. 4e del 4 agosto 2009.

47 A condizione che non sia stato possibile rimediare alla necessità di arredare il nuovo alloggio con la divisione dell'inventario domestico, cfr. I CCA del 15 aprile 1997 nella causa M, massima pubb. in BOA n. 16 pag. 3, e che l'interessato abbia reso verosimile il rifiuto dell'altro coniuge di dividere il contenuto dell'abitazione coniugale, cfr. I CCA del 21 febbraio 1997 nella causa C., consid. 7, massima pubb. in BOA n. 16 pag. 3.

48 Anche la franchigia annuale: DTF 129 III 243.

49 La rinuncia alla copertura complementare si giustifica solo in condizioni finanziarie difficili, R DAT 1999-I pag. 207 consid. 3.

50 Sentenza del Tribunale federale del 23 aprile 2008 5A_664/2007 pubb. In Fam.Pra.ch 2008 954.

51 I CCA n. 11.2007.192 del 31 luglio 2009.

52 DTF 126 III 353 consid. 1 a/aa pag. 356; 127 III 68 consid. 2b pag. 70; Rep. 1994 pag. 298.

53 DTF 114 II 395 consid. 4c.

54 Da ultimo I CCA n. 11.2007.24 del 2 dicembre 2008 consid. 7e.

55 DTF 127 III 289 consid. 2b pag. 292 a metà; Rep. 1994 pag. 302 in basso; SJZ 93/1997 pag. 387 n. 11.

coniuge, indipendentemente dalla pigione pagata effettivamente, il costo dell'alloggio che pagherebbe se abitasse solo⁵⁶. Il fatto che un coniuge convive con terzi non gli nuoce né avvantaggia l'altro⁵⁷. Il Tribunale federale, chiamato a pronunciarsi su tale criterio, lo ha definito "corretto e per nulla arbitrario"⁵⁸.

È indubbio che l'onere fiscale rientra nel fabbisogno minimo dei coniugi⁵⁹. Gli oneri per imposte vanno tralasciati solo in caso di ristrettezze economiche, vale a dire quando non è coperto il fabbisogno di uno dei membri della famiglia⁶⁰.

L'inserimento delle spese di trasferta nel fabbisogno dell'uno o dell'altro coniuge ha dato origine nel corso degli anni a un'abbondante giurisprudenza. Quella ticinese ammette le spese d'uso di un veicolo, a condizione che i mezzi della famiglia dopo la separazione lo consentano, se il coniuge ne aveva l'uso già durante la vita in comune (principio del mantenimento del tenore di vita precedente) o se il bisogno è sorto dopo la separazione quando il coniuge ne ha la necessità per scopi professionali, per motivi di salute o per esercitare il diritto di visita⁶¹. La quota mensile del leasing fino alla scadenza del contratto può essere ammessa se il coniuge non aveva disponibilità liquide per l'acquisto del veicolo e se questo non è inutilmente costoso⁶².

I costi della procedura legale rientrano nei doveri di mantenimento ai sensi dell'art. 163 CC e possono pertanto essere inseriti nel fabbisogno minimo di un coniuge se il bilancio familiare consente di finanziarle⁶³, fermo restando che il mantenimento dei coniugi è prioritario rispetto a tali costi⁶⁴.

Per il fabbisogno dei figli minorenni la giurisprudenza cantonale si ispira da decenni alle Raccomandazioni pubblicate dall'Ufficio della gioventù e dell'orientamento professionale del Canton Zurigo⁶⁵, da adattare di caso in caso⁶⁶. L'importo si calcola separatamente da quello del genitore affidatario⁶⁷ e a seconda delle circostanze concrete potrà essere modificato con supplementi (trasporti, mensa, retta scolastica, spese di custodia, cure mediche e/o dentarie, ecc., eccedenti la media) o con riduzioni (oneri di alloggio inferiori alla media, prestazioni di assicurazioni sociali per il figlio, ecc.).

Il giudice delle misure a protezione dell'unione coniugale (così come quello del divorzio) è competente solo per i contributi dovuti ai figli minorenni (art. 176 cpv. 3 CC) e può estendere oltre i 18 anni la durata del contributo solo se al momento della richiesta il figlio è ancora minorenne (art. 133 cpv. 1 CC)⁶⁸. Il contributo per un figlio maggiorenne è sussidiario rispetto a quello dovuto al coniuge e ai figli minorenni⁶⁹. Può nondimeno essere inserito nel

56 RtiD II-2004 pag. 562 consid. 8 a, pag. 583 consid. 5 a, RtiD I-2006 pag. 667.

57 Rep. 1995 pag. 142, da ultimo I CCA n. 11.2007 4 del 5 agosto 2008.

58 Sentenza del 30 aprile 2001 5P.101/2001.

59 DTF 114 II 393 consid. 4b.

60 Sentenza del Tribunale federale del 9 novembre 2007 5A_383/2007 consid. 2, DTF 127 III 292 consid. 2 a /bb, 127 III 70 consid. 2b, 126 III 356 consid. 1 a / aa.

61 Rep. 1994 pag. 145, 1993 pag. 226.

62 I CCA n. 11.2005.50 del 25 giugno 2008 consid. 4c.

63 I CCA n. 11.2004.11 dell'8 agosto 2007 consid. 8, n. 11.2007.84 del 25 settembre 2007 consid. 8 e 9, n. 11.2007.31 del 26 agosto 2007 consid. 3.

64 DTF 103 I a 101 consid. 4.

65 Tabella dell'edizione 2009 in: www.lotse.zh.ch (parola chiave Unterhaltsbedarf).

66 DTF 128 III 161; 127 III 72 consid. 3; Rep. 1998 pag. 175; Rep. 1994 pag. 298 consid. 5; FamPra.ch 2006 pag. 485, FamPra.ch 2008 pag. 992

67 Amt für Jugend und Berufsberatung, Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, Zurigo 2000, pag. 11 (disponibile al prezzo di circa fr. 10.- presso ifh@ajb.zh.ch).

68 DTF 129 III 55.

69 DTF 132 III 209.

fabbisogno della famiglia se entrambi i genitori sono d'accordo⁷⁰.

Applicazione pratica

Caso normale

Stabilito l'ammontare del reddito complessivo di tutta la famiglia (RC) e dei fabbisogni di ogni singolo membro della famiglia (FC) si può procedere al calcolo della quota di eccedenza (E) che spetta a ogni coniuge seguendo la formula:

$$\text{RC meno FC} = \text{eccedenza} : 2 = \text{E}$$

Il contributo alimentare dovuto al coniuge richiedente si ottiene poi con il calcolo:

$$(\text{fabbisogno personale} + \text{E}) - \text{reddito personale} = \text{contributo}$$

Ammanco

Nonostante le controversie dottrinali il Tribunale federale ha ancora ribadito che in presenza di un ammanco al coniuge debitore deve essere garantito almeno il fabbisogno minimo del diritto esecutivo⁷¹.

Il calcolo del contributo alimentare è pertanto sempre il seguente:

$$\text{reddito personale} - \text{fabbisogno personale} = \text{contributo}$$

Il contributo per il coniuge non è prioritario rispetto a quello del figlio minorenni e l'importo a disposizione viene ripartito proporzionalmente tra tutti i beneficiari⁷².

Situazione molto agiata

Il coniuge che chiede alimenti deve provare (o rendere verosimile, a seconda della procedura applicabile) l'entità del tenore di vita usuale della famiglia⁷³. Di regola si può dimostrare il tenore di vita con la contabilità usuale domestica.

$$\text{Contributo} = \text{tenore di vita}$$

Contributo per il figlio minorenni

Entrambi i genitori devono partecipare al mantenimento dei figli in base alle loro possibilità (art. 276 e 285 cpv. 1 CC). Il contributo di mantenimento deve essere in un rapporto ragionevole con il tenore di vita e la capacità contributiva del debitore alimentare⁷⁴, al quale deve essere garantito almeno il minimo vitale del diritto esecutivo⁷⁵.

Il fabbisogno dei figli si determina, secondo la giurisprudenza ticinese, prendendo come punto di riferimento le tabelle contenute nelle Raccomandazioni pubblicate dall'Ufficio della gioventù e dell'orientamento professionale del Canton Zurigo⁷⁶, da adattare di caso in caso⁷⁷ a dipendenza della capacità contributiva dei genitori, del fabbisogno concreto del figlio e del tenore di vita effettivo della famiglia. A seconda delle circostanze concrete l'importo medio potrà essere modificato con supplementi (trasporti, mensa, retta scolastica, spese di custodia, cure mediche e/o dentarie, ecc., eccedenti la media) o con riduzioni (oneri di alloggio inferiori alla media, prestazioni di assicurazioni sociali per il figlio, ecc.). Il costo effettivo

70 RtiD II-2008 pag. 694 consid. 4 a, RtiD II-2004 pag. 593 consid. 11 a.

71 DTF 135 III 66.

72 I CCA sentenza del 5 dicembre 2003 in re D consid. 7d; sentenza del Tribunale federale del 27 giugno 2002 consid. 3.2.2 con rinvii.

73 Sentenza del Tribunale federale del 4 dicembre 2003 SC.114/2003 consid. 4.1.2, pubb. in FamPra.ch 2004 pag. 345.

74 DTF 116 II 110 consid. 3a pag. 112.

75 DTF 127 III 68 consid. 2c pag. 70; 126 III 353 consid. 1 a/aa pag. 356; 123 III 1 consid. 3 b/bb pag. 5 e consid. 5 pag. 9; 121 I 367 consid. 2 pag. 370 ss.

76 Tabella dell'edizione 2009 in: www.lotse.zh.ch (parola chiave Unterhaltsbedarf).

77 DTF 128 III 161; 127 III 72 consid. 3; FamPra.ch 2006 pag. 485, FamPra.ch 2004 pag. 377, FamPra.ch 2008 pag. 992; Rep. 1998 pag. 175; Rep. 1994 pag. 298 consid. 5.

sostituisce, se è noto, il valore medio della tabella⁷⁸. A titolo di esempio, in una famiglia con due figli minorenni, $\frac{1}{3}$ del costo effettivo dell'alloggio va inserito nel fabbisogno in denaro del primo figlio, $\frac{1}{4}$ in quello del secondo figlio e il resto in quello del genitore affidatario.

L'entità del fabbisogno non va confusa con il contributo, che dipende dai quattro criteri interdipendenti l'uno dall'altro indicati all'art. 285 cpv. 1 CC, ossia i bisogni del figlio (il suo fabbisogno), la situazione e le risorse del padre e della madre (la loro capacità contributiva), i redditi e la sostanza del figlio (per esempio lo stipendio di apprendista, al massimo un terzo⁷⁹) e l'eventuale partecipazione del genitore non affidatario alle cure del figlio. La riduzione del contributo di mantenimento possibile per quest'ultimo criterio esige che il genitore affidatario ottenga un risparmio sensibile sulle spese fisse che affronta per il figlio (quali l'alloggio, l'abbigliamento, le assicurazioni e i costi accessori) grazie al maggior impegno dell'altro genitore⁸⁰.

Gli importi dei contributi di mantenimento per i figli non devono essere calcolati solo in base al reddito dei genitori e in condizioni finanziarie agiate il tenore di vita determinante per il calcolo non è quello che il reddito dei genitori potrebbe sostenere, ma quello effettivamente vissuto⁸¹.

Il giudice deve stabilire d'ufficio, come prescritto dagli art. 145 cpv. 1 e 280 cpv. 2 CC, le disponibilità reciproche di padre e madre (reddito e sostanza eventuali dei due genitori e del

figlio, come pure i rispettivi fabbisogni⁸²), applicando il principio inquisitorio illimitato e la massima ufficiale⁸³, senza essere vincolato alle allegazioni, alle prove offerte e alle conclusioni prese dalle parti⁸⁴, sia in favore del figlio, sia in favore dei genitori. Questo obbligo non è però illimitato e il principio inquisitorio non dispensa le parti da una collaborazione attiva alla procedura, in particolare adducendo i fatti rilevanti per il giudizio e indicando i mezzi di prova disponibili⁸⁵. Il principio inquisitorio impone un intervento del giudice solo se i contributi di mantenimento sono inadeguati⁸⁶.

I contributi alimentari fissati con riferimento alle Raccomandazioni di Zurigo sono già comprensivi delle eventuali prestazioni di terzi in favore dei minorenni (assegni familiari, rendite complementari AVS/AL, rendite di casse pensioni, da assicurazioni contro gli infortuni o da responsabilità civile)⁸⁷. In tale ottica la Prima Camera civile del Tribunale d'appello parte dal reddito del genitore obbligato al mantenimento comprensivo degli assegni familiari e stabilisce contributi di mantenimento per i figli che includono già gli assegni familiari⁸⁸.

Risorse sufficienti dei genitori

Si stabilisce la parte che ogni genitore deve sopportare proporzionalmente in funzione della rispettiva capacità contributiva⁸⁹:

**fabbisogno in denaro del figlio x
disponibilità del genitore
disponibilità totale dei genitori**

78 I CCA n. 11.2008.36 del 4 settembre 2009 consid. 4 a.

79 RtiD II-2004 pag. 604 consid. 6.

80 I CCA n. 11.2005.83 del 3 ottobre 2005.

81 FamPra.ch 2008 pag. 992.

82 DTF 127 III 72 consid. 3; 122 III 408 consid. 3 con riferimenti.

83 DTF 128 III 411 consid. 3.2.1 pag. 413; 127 III 72 consid. 3.

84 DTF 128 III 413, 120 II 231 consid. 1c, 118 II 94, Rep. 1995 pag. 146.

85 DTF 128 III 411 consid. 3.2.1 pag. 413.

86 Rep. 1994 pag. 238, da ultimo I CCA n. 11.2005.147 del 4 agosto 2006 consid. 7.

87 RtiD I-2005 pag. 772 consid. 7; cfr. Empfehlungen zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, Zurigo 2000 pag. 9 e 15.

88 I CCA n. 11.2008.140 del 13 maggio 2009 consid. 2.

89 I CCA, sentenza del 30 ottobre 2002 11.2002.2.

Risorse insufficienti dei genitori

Capita che la capacità contributiva del debitore sia modesta rispetto al numero dei figli creditori. Si parte allora dal minimo vitale del diritto esecutivo, senza gli oneri di mantenimento dovuti ad altri figli⁹⁰. In caso di sufficienti mezzi finanziari del debitore si possono inserire nel suo fabbisogno anche l'onere fiscale e altre voci⁹¹; l'importo disponibile dopo aver dedotto dal reddito il fabbisogno viene in seguito ripartito tra tutti i figli rispettando il principio dell'uguaglianza di trattamento⁹².

Se invece i mezzi finanziari sono insufficienti si parte dal minimo vitale del diritto esecutivo senza l'onere fiscale⁹³ e si suddivide la rimanenza tra i figli, sempre nel rispetto del principio dell'uguaglianza di trattamento.

Contributo per l'ex coniuge dopo il divorzio

Il coniuge che non può ragionevolmente provvedere da sé al proprio debito mantenimento, inclusa un'adeguata previdenza per la vecchiaia, ha diritto a un contributo anche dopo il divorzio, come prevede l'art. 125 cpv. 1 CC⁹⁴. La norma contiene due principi apparentemente contraddittori: quello del "taglio netto" (clean break) secondo il quale ogni coniuge deve sopperire a sé stesso dopo il divorzio e quello della solidarietà, secondo il quale i coniugi sopportano insieme le conseguenze della ripartizione dei compiti concordata durante il matrimonio (art. 163 cpv. 2 CC)⁹⁵.

L'obbligo al mantenimento si fonda sulle

necessità del coniuge richiedente (che deve quindi allegarle e provarle) e dipende dal grado di autonomia che si può pretendere da lei/lui, in particolare dalla sua capacità di intraprendere (o riprendere o estendere) un'attività professionale per far fronte al proprio "debito mantenimento".

Occorre analizzare se ci si trova in presenza di un matrimonio senza ripercussioni negative sull'autonomia economica di un coniuge (per esempio matrimonio di breve durata, assenza di figli), nel quale caso il coniuge richiedente deve ritrovare la situazione in cui sarebbe se non si fosse sposato, ove occorra con un sostegno finanziario temporaneo⁹⁶ dell'altro coniuge o di un matrimonio con ripercussioni negative sull'autonomia economica di un coniuge (per esempio matrimonio di lunga durata⁹⁷, cure dovute ai figli⁹⁸, prolungata assenza dal mondo del lavoro, sradicamento linguistico), nel qual caso entrambi i coniugi hanno il diritto di conservare il tenore di vita goduto durante la convivenza matrimoniale anche dopo il divorzio.

L'obbligo di mantenimento dipende solo dai criteri oggettivi enunciati all'art. 125 cpv. 2 CC:

- la ripartizione dei compiti durante il matrimonio e la sua durata,
- il tenore di vita dei coniugi durante il matrimonio⁹⁹ (salvo nei casi di lunga separazione prima del divorzio¹⁰⁰): il tipo di alloggio (costo e dimensioni), gli autoveicoli e gli elettrodomestici eventualmente a disposizio-

90 DTF 127 III 68 consid. 2c pag. 70.

91 Sentenza del Tribunale federale 5C.127/2003 del 15.10.2003 consid. 4.1.4.

92 DTF 127 III 68 consid. 2c pag. 70; 126 III 353 consid. 2b pag. 357 e rif.

93 DTF 127 III 70; 126 III 353 consid., 1 a/aa pag. 356.

94 Cfr. per un'ampia illustrazione dei criteri e dei parametri necessari : RtID II-2004 pag. 580.

95 DTF 129 III 7 consid. 3.1, 127 III 138 consid. 2a con riferimenti.

96 DTF 129 III 417 consid. 2.2 pag. 420/421; sentenza del Tribunale federale 5P.12/2004 del 1° aprile 2004.

97 Oltre i dieci anni cfr. RtID II-2004 pag. 581 consid. 4c.

98 Sentenza del Tribunale federale del 5 maggio 2008 5A_103/2008 pubb. In FamPra.ch 2008 950.

99 Per un esempio circostanziato cfr. RtID II-2004 pag. 582 consid. 4d e 4e.

100 DTF 129 III 7, 9, consid. 3.1.1.

ne dei coniugi, il tempo libero e le vacanze, le assicurazioni, le imposte, il risparmio, gli animali domestici, ecc.,

- l'età e lo stato di salute dei coniugi,
- il reddito e la sostanza dei coniugi¹⁰¹: l'importo, la composizione, la quota destinata al risparmio¹⁰² (che può essere intaccata per finanziare il mantenimento),
- la cura dei figli,
- la formazione professionale e le prospettive di reddito dei coniugi,
- le aspettative previdenziali (AVS, previdenza professionale, altre rendite assicurative).

Le aspettative ereditarie della persona debitrice del contributo di mantenimento non vanno considerate ai fini del calcolo¹⁰⁴.

Il giudice determina il debito mantenimento di caso in caso, nell'ambito del suo potere di apprezzamento (art. 4 CC), tra il limite minimo (copertura del fabbisogno minimo¹⁰⁵) e il limite massimo (tenore di vita avuto dai coniugi durante la convivenza coniugale, rispettivamente quello vissuto dal coniuge beneficiario durante la lunga separazione precedente la causa¹⁰⁶). Il debitore del contributo ha in ogni caso il diritto di conservare l'equivalente del proprio fabbisogno minimo¹⁰⁷.

Nel caso di un matrimonio che ha influenzato concretamente la vita del creditore alimentare il Tribunale federale¹⁰⁸ ha spiegato che occorre procedere in tre tappe:

1. si determina dapprima il debito mantenimento, il che esige di accertare le condizioni

- di vita delle parti, vale a dire il tenore di vita avuto da ultimo dai coniugi nella comunione domestica comune, maggiorato dai costi supplementari derivanti dal divorzio,
2. si verifica poi come e in che misura ogni coniuge finanzia tale tenore di vita con i propri mezzi (principio dell'autonomia),
3. nel caso in cui uno dei coniugi non può provvedere in modo autonomo al proprio mantenimento, né lo si può ragionevolmente pretendere da lui/lei, bisogna chiarire la capacità economica dell'altro coniuge e stabilire un contributo di mantenimento, fondato sul principio della solidarietà¹⁰⁹.

In questi casi ogni coniuge ha di principio diritto di mantenere il tenore di vita avuto durante il matrimonio, se i mezzi lo consentono¹¹⁰, e in caso di difficoltà economiche ha diritto ad avere almeno un tenore di vita equivalente a quello del coniuge debitore¹¹¹.

Conclusioni

Il calcolo di un contributo di mantenimento, sia esso dovuto per un coniuge, un ex coniuge o un figlio minorenni, può sembrare misterioso o complesso. Non è così. Richiede solo metodo e cura nell'accertamento dei fatti rilevanti. Il Codice civile indica quali sono i criteri pertinenti a seconda del caso concreto e la giurisprudenza federale e cantonale spiega quali sono i metodi di calcolo che vanno usati. Ogni famiglia è però un caso speciale e richiede un trattamento personalizzato. L'avvocato

101 DTF 129 III 7, 9-10: la sostanza dei coniugi può essere intaccata se è stata costituita allo scopo di previdenza.

102 DTF 129 III 7, 11 in fine.

103 Sentenza del Tribunale federale del 23 aprile 2008 5A_664/2007 pubb. In FamPra.ch 2008 954.

104 Sentenza del Tribunale federale del 23 aprile 2008 5A_664/2007 pubb. in FamPra.ch 2008 954.

105 È il caso per una famiglia che ha sempre vissuto ai limiti del minimo esistenziale, anche in caso di matrimonio di lunga durata (convivenza effettiva di 11 anni): I CCA del 5 luglio 2002 n. 11.2001.31.

106 DTF 129 III 7 consid. 3.1.1 pag. 9; DTF 121 III 201 consid. 3 pag. 202-203.

107 Da ultimo DTF 135 III 66.

108 DTF 134 III 145.

109 DTF 127 III 289 consid. 2a/aa pag. 291.

110 DTF 132 III 593 consid. 3.2 pag. 594.

111 DTF 129 III 7 consid. 3.1.1 pag. 8.

deve quindi portare al giudice gli elementi concreti che consentono di calcolare il contributo. Li avrà individuati leggendo le sentenze federali, anche quelle non pubblicate, e soprattutto cantonali. Le sentenze della Prima Camera civili pubblicate su Internet (www.sentenze.ti.ch) e sulle riviste indicano in modo particolareggiato quali sono i criteri decisivi per ogni caso e quali sono i calcoli, talvolta fastidiosi e lunghi ma non complicati, da eseguire. Non rimane che prendere la lista dei criteri da considerare e la calcolatrice (o una tabella Excel), procurarsi i mezzi di prova necessari a dimostrare quanto si afferma e produrli in causa conformemente alle norme di procedura.

Qualche spunto di riflessione sui costi della Giustizia civile con particolare riferimento al nuovo CPC federale

Francesco Trezzini
 Pretore del Distretto di Lugano

1. Rapporto tra giustizia civile e costi della giustizia civile

Il rapporto tra giustizia civile, intesa come la risposta dello Stato ad una richiesta di tutela giurisdizionale avanzata da un soggetto giuridico e riguardante una tematica privatistica, ed i costi di quella giustizia, è complesso. Da un lato vi è la tradizionale riflessione per cui quei costi rappresentano un ostacolo all'accesso alla giustizia e dunque un fatto di potenziale ostracismo rispetto al postulato dell'art. 29a Cost. Dall'altro però i costi della giustizia contribuiscono (paradossalmente) alla sua efficienza e dunque ad una risposta fattiva dello Stato al bisogno di tutela giurisdizionale indirizzatogli, ciò che rientra pure nel concetto di accesso alla giustizia dell'art. 29a Cost.¹ Difatti, è palese che i costi della giustizia rappresentano lo strumento principale per contenerne l'accesso e dunque per evitare d'inondare i tribunali di cause che ne paralizzerebbero il funzionamento o, perlomeno, ne decelererebbero assai l'azione.

2. Meccanismi di contenimento dei costi

Il nuovo CPC federale è portatore di un ideale volto ad allargare le maglie dell'accesso alla giustizia civile. Ne è testimone, in particolare,

¹ NIKOLAOS KAN. KLAMARIS, Das prozessuale Grundrecht auf Justizgewährung, in: Festschrift für Karl Heinz Schwab, Monaco di Baviera, 1990, p. 270 seg.,

la procedura semplificata (art. 243 seg. CPC/CH) che è strutturata partendo dall'idea di renderla accessibile al laico, senza il ricorso al patrocinio di un legale, per evitarne i costi di patrocinio. Sarebbe infatti limitativo, disquisendo di costi della giustizia, di confinarli alle sole spese processuali (art. 95 cpv. 2 CPC/CH)², poiché a queste si aggiungono le spese ripetibili (art. 95 cpv. 3 CPC/CH) e gli onorari del proprio avvocato. Pertanto, incoraggiare il laico ad accedere personalmente alla giustizia (sia in qualità di attore che di convenuto) ha un duplice potenziale di risparmio, che - nell'ottica del legislatore - ne inciterà un ricorso con maggiore frequenza³.

Il legislatore federale si è invece disinteressato del possibile impatto che questo approccio potrebbe avere sull'organizzazione giudiziaria cantonale, escludendo questo tema dalla normativa federale e lasciandolo alle competenze dei singoli Cantoni (art. 3 CPC/CH).

Sembrerebbe allora logico concludere che la sanzione di un'inadeguata organizzazione giudiziaria cantonale non vada ricercata nel CPC bensì all'art. 29 cpv. 1 Cost. relativo alla denegata e ritardata giustizia. Ma in realtà l'art. 124 cpv. 1 CPC/CH codifica a sua volta un principio di speditezza nella direzione del processo ("Beförderungspflicht") che, a mio giudizio, ha valore costitutivo laddove l'attività del giudice non è spedita, ma non lo è a sufficienza per violare l'art. 29 cpv. 1 Cost., ad esempio fissando un calendario troppo dilatato delle udienze volte all'assunzione dei mezzi di prova. In tal caso le parti debbono potersi prevalere della violazione del "Beförderungspflicht" di natura legislativa.

Coesistono in definitiva due livelli di "celeri-

tà", dei quali l'organizzazione giudiziaria dovrà necessariamente tenere conto. Il primo - quello costituzionale - che impone la decisione e la conduzione del processo entro termini ragionevoli e la cui violazione omissiva deve assurgere a "denegata o ritardata giustizia" per essere sanzionata. Il secondo - quello legislativo - che impone una trattazione speditiva del processo, la quale è violata qualora la direzione del processo non risponda ai bisogni di speditezza. Ma se la prima violazione apre la via del reclamo ex art. 319 lit. c) CPC/CHC, la seconda presuppone invece - per potere essere impugnata con reclamo - che questa lentezza generi il rischio di un pregiudizio difficilmente riparabile (lit. b), salvo i casi dove il reclamo è espressamente previsto dalla legge, in quanto ritenuti a priori particolarmente incisivi (lit. a). Detto altrimenti, il legislatore ha voluto inserire anche le modalità di attuazione della direzione del processo fra gli atti impugnabili⁴, ma ha voluto evitare una vigilanza illimitata da parte dell'autorità superiore, che avrebbe significato la sua potenziale intromissione in ogni decisione del giudice che influenza - anche minimamente - la speditezza della causa. La conseguenza sarebbe stata - palesemente - la frammentazione del processo di primo grado, con prevedibili gravi effetti di decelerazione, che l'art. 124 CPC/CH intende per l'appunto evitare.

In sintesi, al giudice civile è chiesta efficienza: non basta che egli non commetta diniego o ritardata giustizia, ciò che rappresenta in verità soltanto una sanzione apicale per situazioni di inefficienza estrema, bensì occorre che garantisca speditezza all'intera trattazione del proces-

2 Ossia: (i) gli esborsi forfettari per la procedura di conciliazione; (ii) gli esborsi forfettari per la decisione (tassa di giustizia); (iii) le spese dell'assunzione delle prove; (iv) le spese di traduzione e interpretariato; (v) le spese per la rappresentanza del figlio.

3 Soprattutto per la tipologia di cause rette dalla procedura semplificata, in particolare per quelle sino ad un valore litigioso di fr. 30'000.- (art. 243 cpv. 1 CPC/CH)

4 Scostandosi dalla loro tradizionale inimpugnabilità, godendo in principio di un regime di privilegio, così come è pure il caso per il CPC/TI (FRITZ BAUR, Richterliche Verstöße gegen die Prozessförderungspflicht, in Festschrift für Karl Heinz Schwab, Monaco di Baviera, 1990, p. 59).

so, il che è assai più esigente⁵. Il giudice dovrà dunque mostrare razionalità e garantire ritmo vivace alla trattazione processuale del caso, ma il singolo Cantone dovrà metterlo in condizione di farlo, inserendolo in un'organizzazione giudiziaria adeguata.

Accanto a questo approccio del CPC, mirato a contenere le spese giudiziarie nella forma dei costi di patrocinio, ve ne è un secondo, assai eloquente, riguardante invece specificatamente le spese processuali. Si tratta dello strumento dell'anticipazione delle spese, codificato all'art. 98 CPC/CH. Al riguardo la prassi attuale (nel nostro Cantone) è quella di chiedere più anticipazioni in diversi stadi di causa, che sommate portano alla totalità degli oneri processuali prevedibili; prassi che (con le riserve che seguono) sarà possibile anche sotto l'egida del nuovo CPC⁶. Interessante è chiedersi se il giudice possa invece rinunciare ad una politica troppo stringente delle richieste di anticipazione, assumendosi così lo Stato il rischio del mancato incasso dei costi fissati nella sentenza (o nella transazione giudiziale) e non integralmente anticipati. La risposta credo debba essere affermativa, alla luce del tenore possibilista dell'art. 98 CPC, che lascia al giudice la possibilità di chiedere o meno anticipazioni e di limitarle o meno ad una copertura parziale delle spese processuali presumibili. Ciò significa che il giudice deve ogni volta adeguare il suo agire alle circostanze concrete, in applicazione di un ampio potere di apprezzamento⁷, mentre la politica dell'anticipazione aprioristica della totalità dei (prevedibili) costi di giustizia - o di una parte importante degli stessi - sarà definitivamente abrogata. Piuttosto, ogni richiesta di

anticipazione dovrà essere ponderata alla luce della garanzia costituzionale di accesso alla giustizia, ragione per cui il giudice dovrà prescindervi o dilazionarla se essa la lede, a dipendenza delle condizioni finanziarie della parte interessata, dei valori in gioco, ecc.

3. Meccanismi di dilatazione dei costi

Alla luce di questi esempi sarebbe tuttavia errato concludere che il nuovo Codice comporterà una riduzione dei costi processuali. Difatti, il rapporto tra costi del processo e accesso alla giustizia non si limita alla sola questione delle spese giudiziarie, ma è più complessa e strisciante. In particolare, è palese che un processo oneroso rischia di minare l'uguaglianza tra le parti, favorendo quella più ricca ed in grado di finanziare un corposo apparato istruttorio ed allegatorio, rispetto a quella più povera⁸. Evidentemente un'allegazione copiosa impone una contestazione altrettanto copiosa ed un'offerta di prove abbondante suggerisce alla controparte altrettanta abbondanza nell'offerta di controprove o di prove del contrario, con conseguenti tempi processuali dilatati.

Certo, il giudice potrà limitare l'istruttoria ai mezzi di prova necessari, ma non potrà censurare le allegazioni, limandone una parte o non ammettendone un'altra, fatto salvo il correttivo eccezionale della prolissità previsto dall'art. 132 cpv. 2 CPC/CH. In sintesi i suoi poteri correttivi appaiono limitati e la procedura civile non rappresenta uno sbarramento a questa logica, tanto che l'esperienza insegna che la presenza al processo di parti finanziariamente forti crea pericolo di un disequilibrio tra i contendenti, qualora l'altra parte non abbia pari disponibilità.

5 In questo senso anche: BAUR, *Prozessförderungspflicht*, p. 55

6 L'art. 98 CPC menziona infatti anche lo scenario dell'anticipo a copertura totale delle spese processuale prevedibili, mentre l'avamprogetto la limitava alla metà.

7 MESS. p. 6665; DTF 130 III 520 consid. 2.2; 104 Ia 105 consid. 5; TF 2C.247/2008 del 21.4.2008

8 PIERRE MARTIN, *Probleme des Rechtsschutzes*, in: RDS 1988, Vol. II pp. 44 e 45

Il nuovo CPC prevede (purtroppo) un istituto processuale potenzialmente in grado (a dipendenza dei casi concreti) di fomentare quest'aberrazione processuale, dettata appunto non dall'aver torto o ragione nel merito, bensì da questioni puramente monetarie. Si tratta del testimone-perito (art. 175 CPC/CH).

Preso a sé stante questo mezzo di prova rappresenta uno snellimento interessante rispetto alla tradizionale perizia giudiziale scritta, con vantaggi a vari livelli: costi, celerità, immediatezza. De facto esso si presta tuttavia ad una strumentalizzazione potenzialmente atta a stravolgere la logica attuale in punto alle perizie di parte. La giurisprudenza ha ribadito a più riprese il dogma della loro neutralità probatoria, siccome emanazione di una parte, rispettivamente di un consulente a lei vicina e come tale assimilabile alle sue stesse dichiarazioni⁹, moderando però questa visione opaca in una recente sentenza del 28 aprile 2008¹⁰. Qui, applicando un ragionamento più vivace, ha infatti ammesso che il fatto che una perizia privata non abbia il medesimo valore di una perizia giudiziale non significa ancora che ogni e qualsiasi riferimento alla stessa renda una sentenza arbitraria. Difatti, può capitare che siffatta perizia non sia contestata su certi punti oppure che appaia convincente, allo stesso modo di una dichiarazione di parte, infine è anche possibile che il perito privato - sentito come testimone - confermi degli elementi di fatto precisi del suo rapporto. Seguendo questa logica, il ricorso al testimone-perito permette di superare il limite rappresentato dagli "elementi di fatto" aprendo la via ad una convalida complessiva di quel referto in sede testimoniale, con tutti i relativi crismi di ufficialità legati a siffatta audizione. Il giudice non potrà allora più denegare valore probatorio alla perizia privata, confermata dal

suo estensore sentito in qualità di testimone-perito, ma dovrà giocoforza introdurla nel processo di apprezzamento, accanto agli altri mezzi di prova raccolti. Ciò detto, se questa sarà la logica futura, verrà forzosamente a crearsi una corsa ed una rincorsa alla perizia di parte, con relativi costi processuali decisamente non trascurabili.

In questa medesima logica di appesantimento dei costi s'innesta infine il principio dell'art. 160 cpv. 3 CPC/CH. Contrariamente a quanto previsto dal CPC/TI, dove i terzi hanno unicamente diritto ad un rimborso delle spese effettive, l'art. 160 cpv. 3 CPC/CH si spinge oltre garantendo ai terzi un adeguato indennizzo, comprendente anche un adeguato indennizzo per il tempo perso o per la perdita di guadagno¹¹. In sintesi, il terzo (in particolare il testimone) ha diritto di percepire un certo risarcimento per l'eventuale pregiudizio causatogli dalla sua partecipazione al processo. Il testo di legge tiene conto, d'altro canto, del fatto che la cooperazione ad un processo civile rappresenta un obbligo civico, che pertanto non può essere monetizzato secondo logiche puramente matematiche ma unicamente secondo riflessioni di equità. E' in questo senso che va compreso il principio dell'indennizzo adeguato, in antitesi ad indennizzo totale, dove l'adeguatezza sarà appunto funzionale ad un giudizio di equità che tenga conto di tutte le particolarità del caso concreto.

Anche questo *monetizzare equitativamente* l'obbligo dei terzi di cooperare al processo ha effetti sull'accesso alla giustizia. Effetti benefici, da un lato, poiché questi costi potrebbero scoraggiare le parti dall'offrire prove meramente dilatorie o di dubbia utilità, ma anche male-

9 TF 5P.217/2004 del 1.11.2004, in: RSPC 2005, p. 265 (con nota)

10 TF 4A_58/2008 del 28.4.2008

11 MESS, p. 6689

fici dall'altro, poiché (i) in questo scoraggiamento potrebbero glissarsi anche testi potenzialmente utili ma troppo cari, (ii) le parti saranno tentate di optare per la rogatoria piuttosto che di fare viaggiare il teste (domiciliato in un altro cantone svizzero) sino alla sede del tribunale del merito, a scapito della celerità del processo. Non va infatti dimenticato che oltre alle due possibilità indicate dagli art. 195 e 196 CPC/CH, ve ne è una terza - quella sicuramente più interessante da punto di vista della celerità - dove a spostarsi è il testimone e non il giudice del merito. Questa facoltà è espressamente codificata all'art. 7 del Concordato sull'assistenza giudiziaria in materia civile, al quale hanno aderito tutti i cantoni svizzeri e che non è compreso nella lista di norme giuridiche abrogate dal CPC federale. I vantaggi di questa comparsa personale del testimone sono evidenti, primi fra tutti il potere raccogliere la sua deposizione *de visu*, da parte del giudice di merito, il quale conosce tutti gli aspetti del contenzioso, evitando d'altro canto la lungaggine legata alla posa delle domande rogatorie, con relative opposizioni, repliche e dupliche, risp. alla fissazione dell'udienza presso il tribunale rogato (a volte assai dilatata).

4. Sintesi

In definitiva volendo sintetizzare una riflessione conclusiva, mi sembra che l'approccio del Codice al problema dei costi di giustizia non sia particolarmente lineare: da un lato propone messaggi chiaramente marcati a contenerli, ma dall'altro racchiude delle logiche volte a privilegiare altre esigenze processuali (in *primis* la celerità e la fattività) che potrebbero confliggere con quel postulato di contenimento. In sintesi, mi sembra di potere concludere che il Codice intende facilitare – anche dal punto di vista monetario – l'accesso alla giu-

stizia da parte dei soggetti giuridici, ma nel successivo sviluppo processuale dell'azione così introdotta propone (anche) meccanismi onerosi dal punto di vista finanziario.

5. Concretizzazione in tema di tasse di giustizia

Questa conclusione è di un certo interesse in tema di tasse di giustizia, dove l'art. 96 CPC/CH, rispondendo ad un'esigenza emersa in procedura di conciliazione, demanda ai Cantoni la competenza per stabilire le relative tariffe. Si legge infatti nel Messaggio¹², che in questa loro attività i Cantoni dovranno rispettare, oltre ai postulati costituzionali di copertura dei costi ed equivalenza, anche gli obiettivi del Codice. Obiettivi che il Messaggio non esplicita ma che, come detto, sono volti a facilitare l'accesso alla giustizia civile anche grazie ad un contenimento delle relative spese processuali (tasse di giustizia in *primis*). Detto altrimenti, le tariffe cantonali dovranno rispettare sia le soluzioni legislative espressamente codificate agli art. 95 CPC/CH, sia l'obiettivo soggiacente di cui si è detto.

Alla luce di queste premesse l'attuale legge sulla tariffa giudiziaria ticinese, cos come concepita, non mi sembra completamente aderente a questo obiettivo. In primo luogo, la scelta di ancorare la tariffa sul valore di causa ha sì il vantaggio di fornire un criterio di facile applicazione, ma d'altro canto si tratta di un parametro inesatto per definire l'entità e la complicazione di una causa, che può prescindere completamente dal suo valore litigioso. La LTG fornisce una risposta a questa riflessione proponendo un sistema a forchetta modulabile in considerazione della natura e della complessità dell'atto o della controversia (art. 3 LTG). Detto altrimenti, essa adotta un sistema basato su di un concetto edulcorato di valore di causa. Non permet-

12 MESS. p 6664

te invece al giudice di scendere al di sotto del minimo previsto, a meno che sia violato il principio dell'equivalenza e della copertura dei costi, né considera differenti tipi di procedura, fatta salva la locazione e l'affitto (art. 19 bis).

Entrambe le limitazioni appaiono problematiche alla luce del nuovo CPC federale. La prima, misconosce in particolare la costellazione dell'azione in accertamento negativo proposta in difesa ad un precetto esecutivo fatto spiccare contro l'attore. L'effettività di questo rimedio difensivo appare infatti del tutto annichilita qualora tornasse applicabile l'art. 17 LTG (con il conseguente regime di anticipazione, seppure indulgente - dell'art. 98 CPC/CH), tanto da creare una perfetta disparità tra i costi assai contenuti di un precetto esecutivo (anche per somme importanti) ed i costi assai importanti di un'azione in accertamento negativo, se tassata in applicazione dell'art. 17 LTG.

La seconda misconosce il postulato del legislatore federale volto a favorire in tutti i modi l'accesso alla giustizia per le controversie sino a fr. 30'000.-, cosicché appare difficilmente spiegabile - sotto l'egida del nuovo diritto processuale - la mancanza di un trattamento differenziato e meno oneroso di quelle cause rispetto ai parametri dell'art. 17 LTG. Detto altrimenti, la soluzione di moderazione codificata all'art. 19bis cpv. 2 LTG dovrebbe imporsi a titolo generale. E' vero che, in taluni casi concreti, ciò significa favorire parti che manifestamente sono in grado di finanziare anche spese processuali assai più importanti, creando anche una disparità di trattamento rispetto a parti assai meno fornite e che avanzano pretese lievemente maggiori, ad esempio di fr. 31'000.-. Tuttavia non va dimenticato che i costi della

giustizia sono primariamente funzionali alla richiesta di tutela giurisdizionale sollecitata allo Stato, mentre la consistenza patrimoniale del soggetto che la sollecita rappresenta al più un fattore di moderazione e non di accrescimento dei costi, anche perché - in definitiva - essi seguono l'esito della causa. Tutela che il nuovo Codice intende appunto favorire sino ad un valore litigioso di fr. 30'000.-, cosicché mi sembra del tutto corretto creare una categoria specifica di tasse per queste pretese.

Infine, una breve riflessione meritano anche i *quantum*. Per quanto riguarda dapprima il principio di copertura dei costi, dovendosi considerare tutti i costi complessivi legati alla giustizia, quale settore amministrativo di riferimento¹³, appare assai improbabile che le tasse percepite in Ticino dai vari organi giurisdizionali eccedano i loro costi. Ciò è forse possibile per singole unità giudiziarie (ad esempio una singola pretura) ma, come detto, il riferimento va fatto sull'intero apparato giudiziario e non su quella singola unità. Piuttosto, è a livello di equivalenza che potrebbero sorgere delle problematiche, segnatamente in presenza di valori di causa assai elevati¹⁴, rispettivamente alla luce della soluzione dell'art. 19 LTG il quale tassa anche le ordinanze processuali.

Difatti, a leggere l'art. 95 cpv. 2 lit. a CPC/CH la tassa di giustizia riguarda unicamente la decisione, intesa come decisione finale (art. 236 CPC/CH), incidentale (art. 237 CPC/CH) o processuale (art. 319 lit. b CPC), in opposizione alle disposizioni ordinarie processuali pure previste in quest'ultima norma. Purtroppo il Codice non definisce l'una e le altre ma l'analisi dell'art. 124 CPC/CH permette di affermare che le disposizioni ordinarie

13 DTF 126 I 180 consid. 3b/cc; MARTIN STERCHI, Gerichts- und Parteikosten im Zivilprozess, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung (und Modelle zur Beschränkung ihrer Kosten), Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/ Band 3, Berna, 2001, p. 13

14 STERCHI, Gerichts- und Parteikosten, p. 17, con rif. a DTF 120 Ia 175 consid. 4, riferita al Canton VD; KARL SPÜHLER/ PETER REETZ, Voraussetzungen und Höhe von Kauttionen, in: Gerichtskosten, Parteikosten, Prozesskaution, unentgeltliche Prozessführung (und Modelle zur Beschränkung ihrer Kosten), Schriften der Stiftung für die Weiterbildung schweizerischer Richterinnen und Richter SWR/ Band 3, Berna, 2001, p. 96

sono prettamente funzionali alla direzione del procedimento, ossia alla preparazione e attuazione spedita dello stesso. Da un lato esse regolano l'avanzamento della causa (ad esempio con la fissazione o la proroga di termini, il rinvio dell'udienza, la nuova citazione di un testimone non comparso, la direzione delle udienze); dall'altro servono a organizzare e strutturare la trattazione del litigio e del tema litigioso, ad esempio tramite l'emissione dell'ordinanza sulle prove (per quanto riguarda la fase istruttoria), oppure di un provvedimento di semplificazione emesso giusta l'art. 125 CPC/CH¹⁵. Per contro, le altre decisioni processuali sono quelle che non sono né finali, né incidentali, né meramente ordinatorie, ma che hanno quale scopo di regolare alcuni aspetti processuali secondari del procedimento, ossia aspetti che pur non toccandone l'essenza stessa possono avere un'incisività assai marcata sulla sua struttura e sulla situazione processuale delle parti (ad esempio il gratuito patrocinio o la cauzione processuale)¹⁶.

In sintesi, questa logica della LTG volta a percepire tasse per ogni decisione del giudice, la quale permette così di potere superare (anche ampiamente) il massimo previsto all'art. 17 LTG, non dovrebbe più trovare applicazione col nuovo CPC per quanto riguarda tutti i provvedimenti ordinatori, in primis l'ordinanza sulle prove, che saranno gratuiti.

In conclusione, l'ideale di pragmatismo e di aderenza ai bisogni della singola controversia, che sorregge nel nuovo diritto l'attività del giudice, deve evidentemente comprendere anche la questione delle tasse di giustizia. Mi sembra allora evidente che nell'applicare la forchetta che dovesse prevedere la nuova LTG il giudice si diparta dal minimo previsto e si chieda se,

tenuto conto delle concrete circostanze, in particolare del tipo di procedura sottopostagli e dell'intensità del suo intervento non s'imponga di scendere al di sotto di questo importo oppure non si giustifichi di andare al di sopra, in applicazione (per entrambi gli scenari) del principio di equivalenza o di accessibilità alla giustizia insita nel nuovo CPC/CH.

Evidentemente il giudice non potrà esimersi dal motivare questo suo percorso intellettuale, sia perché lo stesso non appare (di regola) evidente¹⁷, sia perché il nuovo Codice confina la possibilità di non motivare provvedimenti a quei soli casi dove oggettivamente una motivazione non necessita, tanto il ragionamento del giudice è chiaro: ciò che non è appunto il caso in concreto.

6. Conclusione

In conclusione, gl'ideali del nuovo Codice, primi fra tutti prevedibilità e realismo nell'agire del giudice, come pure accessibilità alla giustizia per i soggetti giuridici, si traducono anche nella trattazione dei costi di quella giustizia. Da un lato il legislatore cantonale non potrà esimersi dal considerare che quei costi rappresentano un potenziale ostacolo a quell'accesso, particolarmente acuto per pretese sino a fr. 30'000.-, cosicché l'orientamento dovrà essere verso il loro contenimento piuttosto che gonfiamento. Dall'altro il giudice, quale garante dei valori del nuovo CPC, dovrà anch'egli fare prova di moderazione nell'esercitare l'apprezzamento concessogli dalla legge in tema di costi, adeguandolo ad ogni singolo caso concreto e rifuggendo invece da sterili apriorismi.

15 JÖRG HÄMMERLI, Die Abänderung und die Anfechtung von prozessleitenden Erlassen, ZH/Diss, 1955, p. 34-37; MESS., p. 6714

16 HÄMMERLI, Prozessleitende Erlassen, p. 37

17 E dunque svincolato, entro questi limiti, dalla motivazione, in applicazione dell'attuale giurisprudenza in tema di tasse, spese e ripetibili: DTF 134 I 159 consid. 2.1.1.; TF 2C_832/2008 del 4.5.2009 consid. 6; 4P.211/2002 del 18.2.2003

Lotta contro il riciclaggio di denaro e nuova legge sulla vigilanza sui mercati finanziari – Modifiche e adeguamenti *

Sabine Kilgus** / Pietro Crespi ***

I. La situazione pregressa

L'ultima revisione della Legge sul riciclaggio di denaro (LRD) è avvenuta pressoché contestualmente con l'introduzione della nuova organizzazione sancita dalla Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari (LFINMA)¹. Al fine di evidenziare talune peculiarità delle disposizioni recentemente entrate in vigore e le loro interconnessioni, occorre innanzi tutto ricordare brevemente qualche aspetto caratterizzante la situazione preesistente all'entrata in vigore delle sopraccitate disposizioni federali (punto I), indi evidenziare talune particolarità della revisione della LRD, che hanno avuto origini e finalità indipendenti dalla nuova organizzazione sui mercati finanziari, ma che sono nondimeno state con essa coordinate (punto II) ed infine accennare alle

novità specificamente derivanti dall'entrata in vigore della LFINMA, rispettivamente dall'istituzione della FINMA (punto III).

1. La Legge sul riciclaggio di denaro

Dalla sua entrata in vigore, avvenuta il 1° aprile 1998, la LRD disciplina l'attività degli intermediari finanziari definiti al suo articolo 2².

Fino al 31 dicembre 2008 la vigilanza sull'ampia e variegata schiera di intermediari finanziari ai sensi della LRD era competenza di autorità separate e, segnatamente, della Commissione federale delle banche (CFB), dell'Ufficio federale delle assicurazioni private (UFAP) e dell'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro (AdC), rispettivamente degli Organismi di autodisciplina (OAD), per quegli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LRD che non erano direttamente sottoposti all'Autorità di controllo³

2. Applicazione della LRD e successivo inasprimento degli obblighi degli intermediari

2.1 L'applicazione della LRD

Nel corso degli anni, le diverse autorità incaricate di applicare la LRD hanno emanato disposizioni autonome disciplinanti in modo specifico l'attività degli intermediari finanziari di loro competenza. Si pensi ad esempio all'ORD-CFB⁴, all'ORD-UFAP⁵,

* Il presente testo costituisce una versione abbreviata e aggiornata del contributo della PD Dr. Sabine Kilgus, LL.M., apparso su *Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht* 1/2009, p. 39 ss.

** PD Dr. Sabine Kilgus, LL.M., avvocato, Consulente Lutz Rechtsanwälte, Consigliere di amministrazione FINMA

*** Dr. Pietro Crespi, LL.M., avvocato e notaio, Vice-presidente OAD FSA/FSN

1 Legge federale concernente l'Autorità di vigilanza sui mercati finanziari del 22 giugno 2007, RS 956.1. Si veda anche il Messaggio del Consiglio federale del 1° febbraio 2006, FF 2006, 2625 ss.

2 Per una visione generale degli obblighi che gli intermediari sono tenuti a rispettare in base alla LRD si vedano fra gli altri: Christoph Graber, *GWG*, 2a ed., Zurigo, 2003; Peter Nobel, *Schweizerisches Finanzmarktrecht*, 2a ed., Berna, 2004, §6, p. 399 ss.; Urs Emch/Ugo Renz/Reto Arpagaus, *Das schweizerische Bankgeschäft*, 6a ed., Zurigo, 2004, p. 103 ss., n. 330 ss.; Sabine Kilgus, *Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht*, Zurigo/San Gallo, 2007, p. 89 ss., n. 168 ss.

3 Per completezza si ricorda che le case da gioco al beneficio di una concessione sono sottoposte alla vigilanza della Commissione federale delle case da gioco (CFCG). Tale competenza non è stata modificata dalla LFINMA.

4 Ordinanza della Commissione federale delle banche relativa alla lotta contro il riciclaggio di denaro del 18 dicembre 2002 (RS 955.022)

5 Ordinanza dell'UFAP sulla lotta contro il riciclaggio di denaro del 26 ottobre 2006 (RS 955.032).

all'ORD AdC⁶ o ai Regolamenti adottati dai differenti OAD.

Per quanto riguarda specificamente l'attività degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LRD, è d'uopo ricordare l'emaneazione da parte dell'AdC della cosiddetta Ordinanza bagattella⁷, rispettivamente la pubblicazione del Commentario dell'AdC intitolato "Il campo di applicazione personale e territoriale della legge sul riciclaggio di denaro nel settore non bancario", la cui ultima edizione, datata 19 ottobre 2008, è stata redatta solo in tedesco ed in francese⁸.

Da un profilo generale il settore della vigilanza sugli intermediari finanziari era caratterizzato da una forte frammentazione sia da un profilo organizzativo, sia da un profilo sostanziale.

2.2 Il graduale e continuo inasprimento delle esigenze negli ultimi anni

Nel corso degli anni le esigenze materiali imposte agli intermediari finanziari in materia di identificazione, di sorveglianza e di obblighi di annuncio hanno subito un graduale inasprimento.

Da un lato ciò è da ricondurre al successivo ampliamento del numero dei reati presupposti al riciclaggio di denaro: ampliamento talvolta dovuto alle pressioni internazionali.

Si pensi ad esempio all'introduzione, rispettivamente riformulazione delle disposizioni penali in materia di corruzione (diciannovesimo titolo: art. 322ter-

322octies CPS) o al divieto del finanziamento del terrorismo (art. 260quinquies CPS). Nel contempo si è però verificato anche un inasprimento delle regole promulgate ed applicate da singole autorità di vigilanza, che ad esempio hanno in parte recepito taluni postulati del GAFI-FATF⁹, prima che gli stessi trovassero riscontro in nuove disposizioni della LRD (si pensi ad esempio alla modifica della ORD-CFB del 20 dicembre 2007, in vigore dal 1° luglio 2008).

Da un profilo generale si è potuto constatare che il continuo innalzamento degli standard nella lotta contro il riciclaggio di denaro, nella conoscenza e nella valutazione del cliente e del beneficiario economico, come pure nel controllo delle transazioni da questi effettuate, si è in un primo tempo realizzato nel settore bancario, per venire successivamente esteso anche a tutti gli altri intermediari finanziari.

II. *Mutamenti nella lotta al riciclaggio nel contesto della revisione della LRD*

1. **Le origini della revisione legislativa**

A livello internazionale il GAFI riveste un ruolo fondamentale nella lotta contro il riciclaggio di denaro e, dal 2001, nella lotta contro il finanziamento del terrorismo. Uno strumento centrale è costituito dalle raccomandazioni che il GAFI emana e che gli stati aderenti sono tenuti a rispettare. Nel 2003 il GAFI ha pubblicato le sue 40+8 raccomandazioni in materia di rici-

6 Ordinanza dell'Autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro relativa agli obblighi degli intermediari finanziari che le sono direttamente sottoposti (Ordinanza AdC sul riciclaggio di denaro), RS 955.16.

7 Ordinanza dell'autorità di controllo per la lotta contro il riciclaggio di denaro sull'esercizio a titolo professionale dell'attività di intermediazione finanziaria nel settore non-bancario del 20 agosto 2002 (RS 955.20).

8 Per il testo intitolato "Praxis der Kontrollstelle für die Bekämpfung der Geldwäscherei zu Art. 2 Abs. 3 GwG" si veda il sito http://www.finma.ch/archiv/gwg/d/dokumentationen/publikationen/gwg_auslegung/index.php (sito visitato il 5 ottobre 2009).

9 Il Groupe d'Action financière (GAFI), rispettivamente Financial Action Task Force (FATF), è un'entità organizzativa dell'OCSE, cfr. www.fatf-gafi.org (sito visitato il 4 ottobre 2009).

claggio¹⁰, cui si è aggiunta la 9° raccomandazione che riguarda la lotta contro il finanziamento del terrorismo¹¹.

Parallelamente il GAFI effettua regolarmente valutazioni della situazione esistente nei paesi aderenti, pubblicando i risultati e indicando in quale misura i singoli paesi hanno applicato le indicazioni da lui fornite. A seguito dei problemi emersi dall'analisi effettuata dal GAFI nel 2005 la Svizzera ha proceduto ad una revisione della LRD, entrata in vigore il 1° febbraio 2009¹².

2. Contenuti sostanziali della revisione

2.1. Il finanziamento del terrorismo

Come appare chiaramente dalla modifica del nome della legge, un primo importante tema di revisione legislativa è stato l'estensione della LRD alla lotta contro il finanziamento del terrorismo. Va in ogni modo ribadito che tale aspetto era già stato disciplinato a livello di Ordinanza da tutte le autorità competenti (CFB, UFAP e AdC).

2.2 Il passaggio da obblighi statici a obblighi dinamici

a. Estensione degli obblighi di identificazione

Mentre storicamente i principali obblighi dell'intermediario finanziario consistevano nel verificare l'identità della controparte e, dove necessario, dell'avente diritto economico, il nuovo art. 3 cpv. 1 LRD prevede pure che, se la controparte è una persona giuridica, l'intermediario finanziario deve prendere atto delle disposizioni della con-

troparte concernenti il conferimento dei poteri di rappresentanza e verificare l'identità delle persone che stabiliscono la relazione d'affari in nome della persona giuridica. Ciò vale anche per la liberazione del capitale nella procedura di costituzione di società.

b. Approccio basato sulla valutazione del rischio della relazione e della transazione

I nuovi articoli 6 e 6a LRD esprimono il principio secondo cui le relazioni con i potenziali partner contrattuali devono essere valutate da un profilo generale e che l'estensione e l'intensità dei chiarimenti dipendono dal rischio insito nella relazione. Anche questo tipo di approccio, basato sulla valutazione del rischio, era già stato recepito ed disciplinato a livello di ordinanze, soprattutto dalla CFB¹³. Da un profilo sostanziale, esso ha marcato il passaggio da una nozione per così dire statica degli obblighi di chiarimento della relazione, ad una valutazione dinamica sia della relazione in generale, sia delle singole transazioni. Con l'entrata in vigore delle nuove disposizioni della LRD questo mutamento di impostazione ha trovato fondamento anche nella legge ed è divenuto pertanto un principio fondamentale unitario per tutti gli intermediari finanziari.

Per quanto concerne la definizione dei limiti quantitativi per la qualifica di un'attività come soggetta alla LRD, l'inserimento della regola *de-minimis* all'art. 7a LRD costituisce senza dubbio un miglioramento istituzionale, sebbene regole analoghe esistessero già precedentemente a livello di ordinanza.

10 http://www.fatf-gafi.org/document/28/0,3343,en_32250379_32236930_33658140_1_1_1_1,00.html (visitato il 4 ottobre 2009). Si rinvia a vari links contenuti nel sito per l'interpretazione delle raccomandazioni.

11 http://www.fatf-gafi.org/document/9/0,3343,en_32250379_32236920_34032073_1_1_1_1,00.html (visitato il 4 ottobre 2009). Si rinvia a vari links contenuti nel sito per l'interpretazione delle raccomandazioni.

12 Legge federale del 3 ottobre 2008 concernente l'attuazione delle Raccomandazioni rivedute del Gruppo d'azione finanziaria (RU 2009 361 367; FF 2007 5687).

13 Art. 7 s. ORD-CFB, rispettivamente ORD-FINMA 1.

2.3 **Novità in materia di obbligo di comunicazione**

a. **Obbligo di comunicazione in caso di interruzione delle trattative per l'avvio di una relazione d'affari**

Il nuovo art. 9 cpv. 1 LRD sancisce un nuovo obbligo di comunicazione per il caso in cui l'avvio di una relazione d'affari viene rifiutato per il fondato sospetto di riciclaggio. Anche quest'obbligo era già previsto dalle sopraccitate Ordinanze.

b. **Anonimità della persona che compie la comunicazione**

Di particolare importanza è la disposizione stabilita dall'art. 9 cpv. 1bis LRD, che prevede la facoltà di non indicare il nome dell'impiegato incaricato del caso. In questo modo la persona fisica viene protetta da eventuali rappresaglie nel caso in cui la comunicazione conduca ad una procedura penale.

c. **Relativizzazione del divieto di informazione**

Giusta il nuovo art. 10a LRD l'intermediario finanziario che procede ad un blocco dei beni può informare dell'avvenuta comunicazione altri intermediari finanziari nei casi previsti dalla legge ed in particolare quando questo è necessario per effettuare il blocco o per garantire l'osservanza di obblighi legali.

d. **Esclusione della responsabilità penale e civile**

Alle condizioni stabilite dal nuovo art. 11 LRD, l'intermediario finanziario che effettua una comunicazione o procede ad un

blocco di beni non può essere tenuto responsabile né penalmente, né civilmente per questo suo atto. Giusta il cpv. 2 tale garanzia è estesa anche agli OAD che effettuano denunce ai sensi dell'art. 27 cpv. 4 LRD.

III. Mutamenti nella lotta al riciclaggio derivanti dalla LFINMA

Da un profilo sostanziale la Legge sulla vigilanza dei mercati finanziari (LFINMA)¹⁴ non comporta cambiamenti nella lotta contro il riciclaggio e il finanziamento del terrorismo, in quanto i cambiamenti di natura materiale sono stati tutti integrati nelle modifiche legislative della LRD descritte al punto precedente. Nondimeno la LFINMA ha introdotto mutamenti di natura formale e tecnica.

1. Cambiamenti organizzativi

Con l'entrata in vigore della LFINMA e l'entrata in funzione della FINMA, i compiti e le facoltà precedentemente spettanti alla CFB, all'UFAP e all'AdC sono state riunite sotto un'unica autorità di vigilanza sui mercati finanziari¹⁵. Giusta l'art. 6 cpv. 1 LFINMA quest'ultima esercita la vigilanza conformemente alle leggi sui mercati finanziari e alla LFINMA medesima¹⁶. Tale vigilanza riguarda di certo gli intermediari finanziari precedentemente oggetto di vigilanza prudenziale da parte di CFB e UFAP. Per quanto concerne invece i compiti fino ad allora svolti dall'AdC, la FINMA vigila sugli intermediari finanziari ad essa direttamente sottoposti e sugli OAD. Al fine di garantire trasparenza la FINMA tiene un elenco degli intermediari finanziari ai sensi dell'art. 2 cpv. 3 LRD

14 Legge federale concernente l'Autorità federale di vigilanza sui mercati finanziari del 22 giugno 2007, RS 956.1

15 Art. 1 e art. 6 cpv. 1 LFINMA.

16 Per quanto attiene agli aspetti organizzativi interni alla FINMA, si veda il sito internet della FINMA medesima: <http://www.finma.ch/finma/organisation/pagine/default.aspx> (sito visitato il 4 ottobre 2009).

affiliati ad un OAD: elenco che è accessibile al pubblico in forma elettronica (nuovo art. 18a LRD). Al riguardo è d'uopo ricordare che, come già prima della revisione, gli avvocati e i notai che esercitano l'attività di intermediari finanziari devono affidarsi ad un OAD e non possono essere direttamente sottoposti alla vigilanza della FINMA (art. 14 cpv. 3 LRD).

Nel mese di agosto 2009 l'organigramma della FINMA è stato modificato.

In particolare la vigilanza sugli intermediari finanziari direttamente sottoposti alla FINMA e sugli OAD è stata ora riunita in un apposito gruppo "Riciclaggio di denaro / intermediari finanziari" organizzativamente situato all'interno nel settore di attività "Mercati"¹⁷.

2. Adeguamenti formali e tecnici

2.1 Revisione "tecnica" delle ordinanze preesistenti con mantenimento dei loro contenuti materiali

Come già rilevato la riunione delle tre autorità preesistenti nella FINMA non ha condotto a mutamenti di natura materiale. Da un profilo formale i contenuti delle Ordinanze promulgate a suo tempo rispettivamente da CFB, UFAP e AdC sono stati ripresi in specifiche ordinanze della FINMA, con i necessari adattamenti a seguito delle novelle legislative introdotte dalla revisione della LRD.

In ogni caso la FINMA ha continuato a trattare in modo separato e con atti legislativi distinti e specifici i vari intermediari finanziari.

In particolare

- l'ORD-CFB è divenuta l'ORD-FINMA 1¹⁸;
- l'ORD-UFAP è divenuta l'ORD-FINMA 2¹⁹;
- l'ORD AdC²⁰ è divenuta l'ORD-FINMA 3²¹;
- l'OAP-LRD è divenuta l'OAIF-FINMA²².

2.2 Applicazione delle regole procedurali e dei rimedi di diritto di carattere generale della LFINMA

a. Le sanzioni amministrative della LFINMA

Al contrario delle differenze esistenti a livello di intermediari finanziari in talune disposizioni materiali in materia di riciclaggio di denaro, le disposizioni procedurali e quelle riguardanti le possibili sanzioni amministrative della LFINMA trovano applicazione per tutti gli intermediari finanziari. In effetti la FINMA può disporre di tutti i cosiddetti "altri strumenti di vigilanza" ai sensi degli art. 29 – 37 LFINMA nei casi di violazione di disposizioni della LRD da parte di intermediari finanziari a lei sottoposti o di Organismi di auto-disciplina. L'applicazione di dette disposizioni unitarie da parte di un'unica autorità potrebbe in futuro condurre a dei mutamenti per talune categorie di intermediari finanziari in precedenza soggetti ad autorità differenti. Accanto a strumenti già conosciuti, sono stati introdotti nuovi istituti, come ad esempio quello della decisione di accertamento di cui all'art. 32 LFINMA o del divieto di esercizio della professione secondo l'art. 33 LFINMA. Per quanto concerne la tutela giurisdizionale, l'art. 54 LFINMA stabilisce che il ricorso contro le

17 <http://www.finma.ch/i/finma/organisation/pagine/organigrammneu.aspx> (sito visitato il 7 ottobre 2009)

18 RS 955.022.

19 RS 955.032.

20 RS 955.16.

21 RS 955.033.0.

22 RS 955.20.

decisioni della FINMA è disciplinato dalle disposizioni sull'amministrazione della giustizia federale. Ciò significa in particolare che giusta i combinati art. 54 LFINMA e 31 e 33 lett. e LTAF²³ le decisioni della FINMA sono impugnabili con ricorso al Tribunale amministrativo federale.

b. Attività di verifica

Il rispetto delle disposizioni in materia di lotta al riciclaggio di denaro viene effettuato per gli intermediari finanziari soggetti a vigilanza prudenziale per il tramite di società di revisione nel quadro di cosiddetto *regulatory audit*, rispettivamente nel quadro dell'esame del gruppo.

Per quanto riguarda il controllo degli intermediari direttamente sottoposti e degli OAD, giusta i rivisti art. 18 e ss. LRD la FINMA può eseguire direttamente controlli oppure incaricare di detto compito società di revisione a ciò abilitate. È d'uopo rilevare che – come in precedenza – i controlli sugli organismi di autodisciplina di avvocati e notai non possono essere effettuati direttamente dalla FINMA ma devono, per legge, essere delegati una società di audit ai sensi dell'articolo 19b LRD: società che a sua volta sottostà al segreto professionale come gli avvocati e i notai²⁴.

c. Disposizioni penali

Nel campo della LRD sono state introdotte le nuove restrittive disposizioni degli art. 44 ss. LFINMA per i casi di contravvenzione alle decisioni della FINMA.

Così ad esempio chiunque, intenzionalmente, esercita senza autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazione un'attività soggetta ad autorizzazione, riconoscimento, abilitazione o registrazio-

ne conformemente alle leggi sui mercati finanziari è punito con una pena detentiva sino a tre anni o con una pena pecuniaria, mentre chi ha agito per negligenza è punito con la multa sino a 250'000.00 franchi.

d. Collaborazione con autorità svizzere ed estere

Gli art. 38 ss. LFINMA prevedono che la FINMA possa garantire assistenza giudiziaria e amministrativa alle autorità amministrative e penali svizzere ed estere.²⁵

Per quanto concerne più concretamente la lotta contro il riciclaggio, il nuovo art. 29 cpv. 1 LRD prevede ad esempio una concretizzazione di questo principio per il fatto che la FINMA, la Commissione federale delle case da gioco e l'Ufficio di comunicazione possono comunicarsi reciprocamente tutte le informazioni e trasmettersi tutti i documenti necessari all'applicazione della LRD. E questo anche online, giusta il nuovo art. 35 cpv. 2 LRD.

Il flusso di informazioni può essere previsto dalla FINMA (e dalla Commissione federale delle case da gioco) verso altre autorità (come ad esempio nel caso del nuovo art. 16 LRD) oppure dall'Ufficio di comunicazione verso la FINMA (come ad esempio nel caso del rivisto art. 29 cpv. 3 LRD). La collaborazione con autorità straniere è disciplinata dal rivisto art. 32 cpv. 2 LRD, che fa riferimento alle leggi e ai trattati internazionali, come pure a disposizioni specifiche.

Un'ulteriore possibilità di scambio di informazioni è prevista dal rivisto art. 27 LRD che regola i rapporti fra FINMA e gli organismi di autodisciplina: rapporti che sono pure precisati nella circolare della FINMA 2008/17.

23 Legge sul Tribunale amministrativo federale del 17 giugno 2005, RS 173.32.

24 Art. 18 cpv. 3 LRD

25 Art. 42 LFINMA

2.3 Prossimi passi

Da un profilo generale è prevista la promulgazione di un'unica ordinanza in materia di riciclaggio che riunisca e sostituisca le tre ordinanze attualmente esistenti.

3. Rilievi finali

Allo stato attuale occorre pertanto ritenere che l'entrata in vigore della LFINMA non ha portato mutamenti alle regole materiali della lotta contro il riciclaggio di denaro. Per contro questa legge ha introdotto importanti novità da un profilo procedurale e per quanto concerne le competenze della FINMA in materia di sanzioni. I cambiamenti delle regole materiali della lotta al riciclaggio entrati in vigore contestualmente alla LFINMA non hanno nulla a che fare con detta legge o con la FINMA, ma dipendono unicamente dalla revisione della LRD.

La Giustizia italiana allo specchio

Roberto Porrello

Avvocato del foro di Busto Arsizio

Direttore della rivista giuridica "THEMIS"

Non so quale eco della giustizia italiana arrivi nel Canton Ticino e più in generale in Svizzera.

Su questo tema nel nostro Paese il livello delle polemiche è molto alto: non manca giorno in cui non si assista a scontri tra politici e magistrati, tra politici e politici, tra stampa e magistrati, tra magistrati ed avvocati, tra gli stessi magistrati e si potrebbe continuare nell'elencazione.

Ovviamente i mass media, che esercitano il diritto di cronaca e di critica, vanno a nozze e dedicano a questo "spettacolo" molto spazio.

In Italia ha suscitato e continua a suscitare molto scalpore "Magistrati l'ultracasta" di Stefano Livadiotti, Bompiani 2009. Già il titolo, lo avrete potuto notare, è significativo. Nel risvolto di copertina si legge *"Quella dei giudici e dei pubblici ministeri è la madre di tutte le caste. Uno stato nello stato, governato da fazioni che si spartiscono le poltrone in base a una ferrea logica lottizzatoria e riescono a dettare l'agenda alla politica..."*. L'autore, che è un noto giornalista de "l'Espresso", uno dei settimanali più prestigiosi e venduti d'Italia, tratteggia in modo impietoso la magistratura italiana senza essere stato smentito. Vale la pena riportare alcuni passi. Capitolo 1 (pag. 25) intitolato "Malagiustizia": *"a Roma si sono tenute settanta udienze di un processo penale con un imputato defunto. In Sicilia una causa sulla proprietà di alcuni terreni è iniziata all'epoca del congresso di Vienna e si è conclusa dopo 192 anni"*. Sempre nel capitolo 1

(pag. 63): *“le nostre toghe si lamentano. Dicono che nei tribunali manca tutto: dalla benzina per le auto alla carta igienica. Eppure i dati dicono che l’Italia spende per la giustizia come per gli altri paesi. Quando non di più. Ma non c’è nessun mistero. Molto semplicemente, i quattrini se ne vanno per i loro stipendi. Il cui costo è cresciuto del 26% in cinque anni”*. Ancora nel capitolo 1 (pag. 75): *“I tribunali tedeschi si autofinanziano per oltre il 45% incassando tasse e diritti. Quelli italiani riescono a recuperare soli 1/12 di quanto speso. Potrebbero reclamare centinaia di milioni di pene pecuniarie e spese processuali. Ma se ne fregano. E lasciano più di un miliardo e mezzo di euro a marcire nei libretti di Poste Italiane S.p.A.”*. Passiamo al capitolo 3 (pag. 147): *“La sezione disciplinare è il binario morto del Csm. Una fabbrica di assoluzioni spesso motivate con sentenza al limite del grottesco. Così le toghe hanno 2,1 possibilità su 100 di incappare in una sanzione. Che comunque, anche nei casi più gravi, è sempre all’acqua di rose. Risultato: in otto anni quelli che hanno perso la poltrona sono stati lo 0,065%”*. Concludiamo questa breve rassegna, meramente esemplificativa di quanto si può leggere nel libro, con il capitolo 4 (pag. 237): *“Chi insegna alle guardie zoofile. Chi tiene corsi di sicurezza marittima o di polizia idraulica. E chi istruisce i colleghi del Terzo Mondo. Le università italiane di ogni ordine e grado pullulano di magistrati che, invece che andare in ufficio, così arrotondano lo stipendio. Con il placet del Csm. Che in dieci anni ha approvato 15.000 autorizzazioni per incarichi extra giudiziari”*.

Al di là delle discussioni, delle legittime opinioni, delle polemiche, qual è lo stato di salute ufficiale della giustizia italiana?

Credo che la diagnosi più attendibile, alla luce anche dei dati ufficiali in suo possesso, sia quella del Primo Presidente della Corte di Cassazione dott. Vincenzo Carbone, il magi-

strato numero 1 in Italia, raffinato giurista, del quale voglio riportare alcuni stralci della Relazione sull’amministrazione della giustizia nell’anno 2008 da lui letta nel gennaio 2009 in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario presso la Corte di Cassazione.

L’alto magistrato, oltre alle cause della crisi, prende in considerazione anche i rimedi culturali ricavabili dal sistema costituzionale, i rimedi organizzativi già adottati e gli ulteriori, possibili interventi in sede di auto-disciplina e di auto-organizzazione.

Per motivi di spazio mi limiterò in questa sede a prendere in considerazione la parte di relazione che riguarda i dati della crisi e le sue cause, con l’ulteriore precisazione che i dati che seguono sono relativi alla giustizia civile.

Un breve accenno ci sarà infine alla giustizia penale.

1. Giustizia non come potere ma come servizio

Il Primo Presidente muove la sua riflessione sullo stato della giustizia in Italia da una premessa: *“la Giustizia va concepita non come “potere”, ma come “servizio” (il “servizio” Giustizia) nel senso più elevato dell’espressione, al quale si chiede, in primo luogo, funzionalità ed efficienza”*. Non si può che concordare. Sta di fatto, però, che se si interrogassero gli Italiani, la stragrande maggioranza di essi sosterebbe che la giustizia in Italia oggi non è concepita come servizio ma proprio come potere. D’altra parte lo stesso Carbone, come vedremo, tra le cause interne sulla crisi della giustizia, individua proprio l’esercizio della giurisdizione da parte di alcuni magistrati come potere.

2. La crisi della Giustizia italiana

a) Il confronto internazionale.

La classifica internazionale forse più attendibile sui tempi processuali – afferma Carbone – proviene dal rapporto Doing Business che la

Banca Mondiale (World Bank) redige per fornire indicazioni alle imprese sui Paesi in cui è più vantaggioso investire. “Nell’ultimo rapporto *Doing Business 2009*, in tema di processo civile, la maggior parte dei Paesi Europei sono tra i primi 50, in particolare la Germania è al 9° posto, la Francia al 10°, il Belgio al 22°, il Regno Unito al 24°, la Svizzera al 32°, la Spagna al 54° posto. L’Italia è al 156° posto su 181, dopo Angola, Gabon, Guinea, São Tome ma – aggiunge Carbone – prima di Gibuti, Liberia, Sri Lanka, Trinidad. Mediamente in Italia per una causa civile per recupero di un credito originato da una disputa di carattere commerciale ci vogliono 1.210 giorni contro i 331 della Francia, i 394 della Germania, i 515 della Spagna, i 316 del Giappone, i 404 del Regno Unito, i 570 del Canada, i 462,7 degli Stati OCSE, i 300 degli USA”.

Carbone fa riferimento anche al secondo Rapporto CEPEJ (European Commission for the Efficiency of Justice) 2008, presentato a Parigi l’8 ottobre 2008: “*l’Italia non si discosta da altri partner europei per il numero delle risorse umane (magistrati e personale amministrativo) destinate alla Giustizia (11 giudici ogni 100.000 abitanti in Italia; 11,9 in Francia; 10,1 in Spagna)*”. Il rapporto CEPEJ colloca, inoltre il nostro paese al primo posto per numero di cause pendenti (in materia civile, oltre 3 milioni e mezzo, seguita dalla Francia con poco più di un milione (1.165.592) di cause; al terzo posto nell’aumento annuale del numero di cause in corso; al terz’ultimo posto nel rapporto tra numero di cause litigioses e non litigioses (ad es. conciliazioni stragiudiziali)”.

b)Le profonde differenze di funzionamento tra le diverse aree del Paese

Dalla relazione del Primo Presidente si apprende che “*l’elevata variabilità dei tempi e del numero dei processi civili per abitante risulta, in media, significativamente superiore nei Tribunali del Mezzogiorno rispetto alle*

altre aree del Paese, anche se non mancano clamorose eccezioni. Da un distretto all’altro lo stesso processo può durare fino a tre volte di più. Se nei distretti del Mezzogiorno i procedimenti durano mediamente 1.209 giorni per la cognizione ordinaria e 1.031 per le controversie in materia di lavoro, al Centro Nord i valori si attestano, rispettivamente, a 842 e 521. Anche considerando la variabile demografica, emerge la diversità tra aree del Paese, con una media nazionale di 1 causa ogni 127 abitanti, nei giudizi a cognizione ordinaria in rapporto ai bacini di utenza, con Napoli al primo posto (1 causa ogni 81 abitanti), seguita da Salerno (1 causa ogni 83 abitanti), Messina (1 causa ogni 88 abitanti), Roma (1 causa ogni 90 abitanti) e Reggio Calabria (1 causa una ogni 96 abitanti). Il divario tra abitanti e giudizi si amplia, poi, man mano che si sale verso il Nord del Paese, quasi allineando, infine, il Nord e il Sud, all’estremità della graduatoria, con Brescia, all’ultimo posto (1 causa ogni 190 abitanti), preceduta da Caltanissetta (1 causa ogni 177 abitanti)”.

In materia previdenziale il 50% del contenzioso si ha in soli tre distretti (il 25% in quello di Bari, il 21% in quello di Napoli, il 10% in quello di Lecce). In particolare, sempre per quanto riguarda il contenzioso previdenziale, il distretto di Bari ha un quoziente di litigiosità pari al quadruplo del quoziente nazionale ovvero a 113 volte il quoziente del distretto meno litigioso (Trento), mentre, con riferimento al rapporto tra giudizi promossi e abitanti del distretto, al primo posto vi è Reggio Calabria con 1 causa previdenziale ogni 30 abitanti, seguita da Bologna con una ogni 62 abitanti, Palermo con una ogni 66 e Caltanissetta con una ogni 76 fino ad arrivare alla virtuosa Trento con 1 ogni 2066 abitanti.

Nel campo delle esecuzioni immobiliari, che vede una media nazionale di 1 causa ogni 1.148 abitanti, il rapporto numerico tra giudizi ed abitanti del distretto vede, invece, una sede

del Nord all'ultimo posto: il distretto di Trento con una ogni 670 abitanti, seguita da quella di Catania con 1 causa ogni 922 abitanti fino ad arrivare a quello di Reggio Calabria con una ogni 1.485 abitanti.

Cosa ne consegue nel campo delle esecuzioni immobiliari? Che nel distretto reggino è molto più problematico eseguire pignoramenti immobiliari rispetto a Trento.

Nei soli giudizi avanti al Giudice di Pace (la cui competenza per valore in materia di risarcimento dei danni prodotto dalla circolazione di veicoli e di natanti è passata a far tempo dal 4 luglio 2009 da €15.493,71 ad €20.000,00) il distretto di Napoli ha avuto nel 2007 una sopravvenienza che rappresenta circa il 43% del totale nazionale. Per quanto riguarda il rapporto numerico, sempre con riferimento ai giudizi in materia di risarcimento dei danni da circolazione di veicoli e di natanti, è in testa il distretto di Napoli con una causa ogni 43 abitanti, seguita dal distretto di Salerno con una ogni 83 abitanti, da quello di Lecce con una causa ogni 142 abitanti fino ad arrivare ai distretti di Trieste e di Brescia con una causa rispettivamente ogni 2.085 e ogni 1.423 abitanti.

c) Costi della legge Pinto

Un ulteriore profilo dei dati della crisi viene individuato dal Presidente Carbone nel costo economico derivante dal risarcimento dei danni per l'eccessiva durata dei processi che lo stesso Presidente della Repubblica ha definito "abnorme" ed "intollerabile": i costi "alla fine del 2006 erano di 41,5 milioni di Euro, in due anni sono 81,3 milioni già sborsati, più almeno altri 36,6 milioni dovuti ma non pagati. Essi sono in parte già oggetto di procedure di pignoramento nei confronti del Ministero della Giustizia che non ha potuto onorare l'ulteriore debito derivante dai provvedimenti di condanna delle varie Corti d'Appello... Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, con la Risoluzione interinale ResDH (2007) riguar-

dante l'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari in Italia, ha, tuttavia, rimarcato i risultati insoddisfacenti, nonostante l'introduzione, nel 2001, della legge Pinto, rivolgendo un appello alle più alte istanze italiane affinché mantengano il loro impegno nel risolvere il problema dell'eccessiva durata dei procedimenti giudiziari. Vale la pena di ricordare come la Corte Europea dei diritti dell'uomo (Grande Camera, Scordino c. Italia del 29/03/2006) sottolinei che "il miglior rimedio in assoluto è la prevenzione" e non il risarcimento dei danni, che può indurre a provocare deliberatamente ulteriori ritardi per conseguire non più una vittoria (ipotetica) nel processo, ma un titolo (certo) per richiedere il risarcimento per il ritardo. Oggi si assiste anche alla c.d. "Pinto sulla Pinto", cioè alla richiesta di risarcimento per il ritardo nella definizione non solo della prima causa, ma anche della causa sul ritardo, in una logica che può ingenerare abusi processuali".

d) Gli effetti della crisi

"La crisi della Giustizia – ammette il Primo Presidente – ha conseguenze che vanno ben al di là dei costi, e degli sprechi, di un servizio inefficiente e si estende alla fiducia dei cittadini, alla credibilità delle Istituzioni democratiche, allo sviluppo e alla competitività del Paese. Proprio perché non deve trattarsi di un potere autoreferenziale, la Magistratura italiana non può ignorare - tra i molteplici effetti esterni del suo operato - il forte calo di fiducia non solo internazionale, ma ora anche interno nei suoi confronti. La crisi di fiducia da parte dei cittadini è la conseguenza più dolorosa dei dati appena esposti e l'incoraggiamento più forte a lavorare per modificarli... Se viene a mancare la convinzione che si possa ottenere Giustizia – in tempi certi, con modalità trasparenti ed efficienti, in misura eguale in tutto il territorio – il rischio è una pericolosa "fuga" verso forme di giustizia "diverse..."

3. Le cause della crisi

Vincenzo Carbone suddivide le cause della crisi in esterne ed interne.

Le prime:

- 1) l'irrazionale distribuzione delle sedi giudiziarie *“che sfugge ai più elementari principi di buona organizzazione degli uffici pubblici”*;
- 2) la scarsità delle risorse, problema che esiste ma *“ non si tratta di quello più grave, in considerazione di quanto accade negli altri Paesi... L'incidenza delle complessive spese per la Giustizia sul bilancio dello Stato oscilla dall'1,11% del 2005 all'1,22% del 2006, all'1,15% del 2007, poi scende all'1,07% del 2008 ed infine all'1,00% del 2009... Ciò che però appare più preoccupante è la rigidità e la burocratizzazione delle forme di utilizzo delle risorse medesime, che spesso non consente di svolgere le pur minime e necessarie funzioni strumentali, né di premiare il personale più meritevole. Sono necessarie regole più flessibili.*
- 3) la mancanza di un *“filtro”* circa la rilevanza e la qualità delle controversie che possono essere portate dinanzi al Giudice, l'abuso del processo per il raggiungimento di scopi diversi dalla soluzione della lite o per conseguire vantaggi economici, come, ad esempio, per dilazionare i tempi nell'adempiimento di obbligazioni. *“Si realizza così, per la Giustizia, come per altri beni pubblici, il fenomeno dei “free riders”, cioè soggetti che usufruiscono di un bene pubblico – il cui costo è sostenuto da tutta la collettività – estraendone utilità private ed aggravando, quindi, il costo per gli altri soggetti”*.
- 4) il numero degli avvocati che in Italia supera i 200.000 (213.081), più del 30% del totale europeo calcolato dal CCBE

(Conseil des Barreaux Europeens – Council of Bars and Law Societies of Europe) mentre gli altri Paesi si attestano ben al di sotto di questa cifra (la Spagna con 154.953, la Germania con 146.910, il Regno Unito con 139.789, la Francia con 47.765 e poi gli altri, tra cui la Svizzera con 8.321, fino a scendere ai 128 del Liechtenstein). In un libero mercato di servizi, la moltiplicazione del numero degli operatori è sempre un dato positivo ma nel caso della Giustizia gli avvocati da un lato offrono un servizio alle parti, dall'altro lo richiedono al sistema pubblico.

Le cause interne:

- a) in più di un caso si è avvertita la carenza, o l'insufficienza, di quello che dovrebbe essere un *“costume comune di tutti i Giudici; che abbia alla sua base la responsabile condivisione di valori etici e comportamenti istituzionali da assumere come propri”*;
- b) le *“tentazioni mediatiche”*;
- c) l'esercizio della giurisdizione considerata, talvolta, come *“potere”*;
- d) le manifestazioni di *“narcisismo autoreferenziale”*;
- e) il rischio di *“carriere parallele”* dato che la disciplina vigente consente di restare collocati fuori ruolo per molti e molti anni;
- f) soprattutto la mancanza nell'ambito della magistratura di una cultura diffusa dell'organizzazione e dell'efficienza che si affianchi alla cultura del Diritto.

4. La giustizia penale

Anche per la giustizia penale è la durata dei processi è l'emergenza maggiore.

“C'è anche la sensazione diffusa di un difettoso funzionamento dei meccanismi processuali, di un uso talvolta improprio delle indagini e delle misure cautelari - afferma Carbone - e, soprattutto, di una scarsa effet-

tività della pena. A questa sensazione si lega un indebolimento della funzione di prevenzione generale che alla pena è innanzi tutto assegnata. Non sempre reati, anche gravi, vengono puniti in modo adeguato e generalmente le pene inflitte solo in parte vengono eseguite; in alcune aree del Paese c'è una criminalità diffusa, organizzata e non, alla quale La Giustizia penale sembra talvolta incapace di dare risposte pronte ed efficaci...

Numerosi altri aspetti sono stati presi in considerazione dalla toga italiana n. 1:

la semplificazione del processo con anche la reintroduzione del patteggiamento in appello, il problema delle intercettazioni il cui *“principale problema risiede nella loro abnorme e poco giustificata reiterazione nel tempo”*, il problema della obbligatorietà o meno dell'azione penale.

Sempre caldi infine i temi della separazione o meno delle carriere tra i Pubblici Ministeri e la Magistratura giudicante, del giusto processo, dell'effettiva parità tra accusa e difesa.

Insomma, come il lettore avrà potuto capire, la “carne al fuoco” non manca.

Nondimeno, ed è doveroso sottolinearlo, non mancano esempi di giustizia celere e di qualità che vengono però messi in ombra dagli episodi di “malagiustizia” a cui si è fatto cenno. Ma questa è un'altra storia. L'eco arriva sempre, purtroppo, solo per i casi negativi.

Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale

di Grazia Mannozi

I delitti di corruzione costituiscono un settore privilegiato di indagine per valutare il contributo che le scienze empiriche possono dare alla conoscenza della criminalità e alla predisposizione di strategie di contrasto efficaci. In particolare, la criminalità corruttiva viene analizzata, in prospettiva di politica criminale, attraverso le chiavi di lettura offerte dall'indagine statistica, dalla ricerca criminologica e dall'analisi economica del diritto.

1. Irrinunciabilità della prospettiva di una «scienza penale integrata»

Quando, ai primi del '900, Franz von Liszt tratteggiava nel celebre Programma di Marburgo il progetto di una “scienza penale integrata”, postulava la necessità che la scienza empirica offrisse al diritto penale una base di conoscenza della dimensione quantitativa della criminalità e delle peculiarità socio-psicologiche del deviante da utilizzare in prospettiva di politica criminale; tant'è che evocava, quali discipline *autonome* ma *funzionali* alla predisposizione di strategie politico-criminali efficaci, l'antropologia, la psicologia e la statistica criminale. Dunque analisi quantitativa nonché indagine personologica del deviante avrebbero dovuto garantire quella base di conoscenza empirico-razionale della cruda “realtà effettuale”, da tradurre in analisi *qualitativa* del crimine, imprescindibile rispetto alla formulazione di ipotesi di contrasto adeguate.

A più di un secolo di distanza, il Programma di Marburgo resta insuperato proprio nella prospettiva teorica della *integrazione tra diritto*

penale e scienze empiriche - autentico “cuore pulsante” della scienza penalistica - la cui trasposizione pratico-operativa, è apparsa tuttavia, nel tempo, complessivamente deludente¹, nonostante l’allargamento del ventaglio delle scienze empiriche astrattamente utilizzabili. Alle tre richiamate da von Liszt - antropologia, psicologia e statistica criminale - si sono aggiunte dapprima la *criminologia*, guadagnando progressivamente autonomia epistemologica; successivamente, la sociologia criminale e, sia pure con funzionalità differenziata per le varie tipologie delittuose, l’analisi economica del diritto.

La sinergia tra diritto penale e criminologia - ma, più in generale, tra diritto penale e scienze empiriche - si colloca in un contesto teorico entro il quale trova la propria definizione il legame bidirezionale che il diritto penale ha con la criminalità: da un lato, il diritto penale si trova in un rapporto di *dipendenza* dalla criminalità, giacché esso trova la sua ragion d’essere in una fenomenologia comportamentale che gli pre-esiste e che viene percepita dalla collettività come disfunzionale alla convivenza pacifica; dall’altro lato, il diritto penale si pone in posizione di *contenimento*: esso si legittima se e in quanto risulta adeguato ed efficace² alla repressione e al controllo del fenomeno ad esso sottostante (la criminalità). La *dipendenza* presuppone dunque un’attività conoscitiva di tipo empirico; il *contenimento* implica invece un raccordo tra *conoscenza e scienza della legislazione* tale che il diritto penale possa formalizzare e perseguire obiettivi razionali e praticabili di politica criminale, evitando le insidie della legislazione simbolica, ineffettiva o, addirittura, ad effetto disnomico.

Un terreno elettivo per dimostrare l’irrinun-

ciabilità di un modello di scienza penale integrata è costituito dai delitti contro la pubblica amministrazione³ - in particolare dai delitti di corruzione -, che necessitano di essere indagati nella prospettiva criminologica, statistica, economica in senso stretto e di analisi economica del diritto. La carenza (cronica) di conoscenza empirico-quantitativa della corruzione può infatti determinare il pericolo che le norme penali subiscano un progressivo “scollamento” rispetto al fenomeno criminale sottostante, peraltro in continua metamorfosi, e si esponga perciò ad un doppio rischio: nel breve periodo, l’*ineffettività* e, nel medio-lungo periodo, la depressione dell’efficacia generalpreventiva, dovuta alla casuale o incerta “conferma di validità”.

La diffusione della corruzione, che rappresenta per certi aspetti lo specchio della democraticità, della salute economico-finanziaria, del ruolo delle istituzioni e della correttezza del rapporto autorità/individuo di un paese, richiede di essere valutata anzitutto sotto il profilo quantitativo (cifra della frequenza dei reati di corruzione e concussione), pur nella consapevolezza che la “cifra nera” - tanto più elevata quanto più la vittima presenta una modesta propensione alla denuncia - può minare la validità euristica del dato statistico.

Alla rilevazione del tasso di criminalità *registrata* - da porre in correlazione con quello della criminalità percepita in modo da poter ottenere una stima, sia pure approssimativa, della cifra nera della corruzione e perciò della criminalità *reale* - va affiancata, passando al versante qualitativo d’indagine, l’analisi criminologica delle forme di realizzazione della corruzione (che può presentarsi come individuale, decentrata, accentrata, sistemica o sfociare,

1 F. Palazzo, Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1997, 712 ss.

2 Sulla dimensione dell’effettività v., per tutti, C.E. Paliero, Il principio di effettività del diritto penale, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1990, 430-544.

3 L’opportunità di un «approccio globale e multidisciplinare» nella lotta alla corruzione è ribadita dalla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, aperta alla firma a Merida, 9-11 dicembre 2003 (Preambolo).

nelle ipotesi più gravi, nella c.d. “*state capture*”⁴), del grado di lesione del bene giuridico protetto e della dimensione del danno individuale e/o collettivo.

Particolarmente feconda si rivela inoltre, riguardo quest’ultimo aspetto, la prospettiva di ricerca sugli effetti economici della corruzione, coerentemente con le preoccupazioni espresse nelle convenzioni stipulate sin dagli anni ’90 dal Consiglio della Unione Europea, dall’OCSE e dalle Nazioni Unite, organismi che hanno sottolineato come la corruzione presenti legami con la criminalità economica, minacci lo «sviluppo sostenibile»⁵, «colpisca tutte le società e tutte le economie», possa «essere pregiudizievole per le istituzioni democratiche, le economie nazionali e lo stato di diritto»⁶ e alteri «le condizioni internazionali in materia di concorrenza»⁷. La consapevolezza della sfera di dannosità economica della corruzione contribuisce a svelare il DNA di siffatta tipologia di illecito, condizionandone di riflesso l’inquadramento dogmatico, che risulta sospeso tra criminalità contro la pubblica amministrazione (lesiva, almeno nel sistema italiano, delle due dimensioni del *buon andamento* e della *imparzialità* di quest’ultima) e criminalità contro l’economia⁸.

Gli studi di *analisi economica del diritto* forniscono infine all’interprete quantomeno due ulteriori, distinti profili di riflessione: da un lato, offrono modelli econometrici di spiegazione del comportamento deviante a partire dal calcolo costi-benefici relativo alla commissio-

ne del reato; dall’altro lato, consentono di formulare stime di impatto sull’ottimizzazione della deterrenza e, in alternativa, di indicare strumenti di repressione della corruzione basati sull’introduzione di elementi di disgregazione interna del *pactum sceleris*, cioè sul venir meno della fiducia reciproca tra gli autori dei reati c.d. “cooperativi”.

Con queste premesse, vediamo dunque più nel dettaglio il contributo che ciascuno dei settori e delle metodiche di indagine sopra richiamati può dare alla realizzazione di una “scienza penale integrata”, piattaforma indispensabile non solo per leggere le complesse dinamiche della corruzione ma, come già anticipato, soprattutto per verificare la congruità delle norme incriminatrici vigenti e per progettare una politica di contrasto razionale ed avveduta.

2. L’indagine quantitativa della corruzione: fonti e parametri

La quantificazione della corruzione in Italia e, di riflesso, la misurazione della capacità di repressione delle forze dell’ordine e della magistratura sono affidate alle statistiche ufficiali sulla delittuosità redatte dall’Istat o acquisibili dalla banca dati del Casellario giudiziale centrale, dalle quali si possono desumere informazioni utilizzabili secondo diverse prospettive di ricerca. Una tassonomia essenziale di queste ultime comprende: (a) lo studio della *cifra della frequenza* del comportamento criminale corruttivo; (b) l’analisi della propensio-

4 Sul concetto di «state capture» cfr. M. Arnone-E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005, 22.

5 Così, la Convenzione penale sulla corruzione conclusa a Strasburgo, 27 gennaio 1999 (Preambolo).

6 In questi termini, Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, cit., (Preambolo).

7 Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (conclusa in ambito OCSE), Parigi 17 dicembre 1997, (Preambolo).

8 S. Seminara, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, Riv. it. dir. Sul concetto di «state capture» cfr. M. Arnone-E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2005, 22.

8 Così, la Convenzione penale sulla corruzione conclusa a Strasburgo, 27 gennaio 1999 (Preambolo).

8 In questi termini, Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, cit., (Preambolo).

8 Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (conclusa in ambito OCSE), Parigi 17 dicembre 1997, (Preambolo).

8 S. Seminara, *Gli interessi tutelati nei reati di corruzione*, Riv. it. dir. e proc. pen., 1993, 951 ss.

ne alla denuncia da parte delle vittime; (c) la stima della cifra nera; (d) la verifica della distribuzione geografica della criminalità; (e) la misurazione dell'effettività dei meccanismi di controllo formale legati all'attività delle forze dell'ordine e della magistratura inquirente, che possono muoversi secondo paradigmi meramente "reattivi" - quando si limitino a raccogliere le denunce da parte di vittime e danneggiati - oppure "proattivi" - quando cerchino autonomamente di scoprire episodi criminosi non denunciati; infine, (f), la misurazione della severità delle risposte sanzionatorie.

3. La corruzione in cifre statistiche

Venendo alle cifre, i risultati dell'osservazione quantitativa della corruzione in Italia, da valutare separatamente quanto all'andamento delle denunce e delle condanne per i peculiari risvolti qualitativi che presentano i due versanti dell'indagine, sono di particolare interesse per il giurista, specie se offerti in modo disaggregato per Distretto di Corte d'Appello.

Monitorate nell'arco temporale che va dal 1983 al 2002⁹, corruzione e concussione mostrano una cifra della frequenza che tende a riprodurre una curva gaussiana. L'andamento delle denunce appare sostanzialmente stabile sino al 1992, poi, in concomitanza con l'esplosione di Tangentopoli, conosce un aumento vertiginoso (si passa dai 235 delitti denunciati nel 1990 ai 1245 nel 1993): il picco di denunce dei delitti di corruzione e concussione si colloca negli anni 1993 e 1994, anno a partire dal quale il numero dei delitti denunciati comincia a decrescere, fino a che, nel 2000, esso torna ai livelli antecedenti all'avvio delle inchieste sulla corruzione e sul finanziamento illecito ai partiti.

In modo analogo all'andamento delle denun-

ce si comportano i dati relativi alle persone denunciate: per la concussione, il picco è nel 1994 (1644 persone denunciate, contro le 168 del 1990); per la corruzione, l'apice è spostato in avanti di un anno, essendosi verificato nel 1995 (1321 persone denunciate contro le 62 del 1990). Il numero di persone complessivamente denunciate inizia il trend negativo nel 1996 e nel 2000 (319 persone denunciate) appare di molto inferiore a quello degli anni 1993-95.

Un osservatore attento alle dinamiche della criminalità dovrebbe chiedersi anzitutto se negli anni 1992-95 vi sia stato un incremento della sola criminalità corruttiva (espressione inclusiva anche dei delitti di concussione) o se invece il fenomeno misurato per la corruzione rispecchi il più generale andamento della delittuosità. Una volta appurato che gli altri tipi di reato non si caratterizzano per una variazione della cifra della frequenza analoga a quella dei delitti di corruzione, è necessario stabilire se tra il 1993 e il 1995 vi sia stato un considerevole aumento della criminalità politico-affaristica reale oppure se, nella costanza del fenomeno reale, vi sia stata una più efficace reazione delle agenzie del controllo formale, che hanno sottratto una quota significativa della corruzione all'opacità della cifra nera.

In estrema sintesi: vi è stata più corruzione o più efficacia del sistema penale?

Vi è ragione di ritenere «che l'aumento vertiginoso degli episodi di corruzione denunciati globalmente registratosi nell'arco di tempo che va dal 1992 al 1995 non derivi da una impennata nella realizzazione di questo tipo di delittuosità, quanto dal fatto che la corruzione a un certo punto è venuta alla luce, attraverso una brusca ed energica contrazione della "cifra nera"»¹⁰. L'ipotesi più realistica è che un ruolo

9 Sia consentito rinviare all'analisi empirica di P. Davigo-G. Mannozi, La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale, Roma-Bari, 2007, dalla quale sono tratti tutti i dati statistici sulla corruzione e la concussione riportati nel testo.

10 P. Davigo-G. Mannozi, op. cit., 31.

decisivo per l'emersione del fenomeno corruttivo sia da riconoscere alle inchieste giudiziarie avviate ai primi del 1992: non sarebbe cioè variata la spontanea propensione alla denuncia bensì la disponibilità a confessare e a chiamare in correità, conseguente al coinvolgimento nelle indagini ed alla sensazione collettiva, sapientemente veicolata anche dai *media*, di iper-effettività degli apparati investigativi e repressivi.

Dal raffronto tra delitti e persone denunciate tra il 1983 e il 2002 emerge inoltre un fenomeno singolare: il numero di persone denunciate cresce in misura maggiore rispetto al numero di delitti denunciati. Una prima ipotesi esplicativa riconduce l'evidente superiorità del numero di *persone* denunciate rispetto al numero di *delitti* denunciati alle articolate dinamiche della corruzione sistemica e non alla natura necessariamente plurisoggettiva della corruzione. Negli scambi corrotti complessi, o gestiti ai più alti livelli, infatti, entra in gioco una schiera di individui che trascende il dualismo ottocentesco corrotto/corrotto: «la corruzione in Italia si presenta come un fenomeno *collettivo*, che in diversi settori dell'amministrazione pubblica coinvolge una pluralità di soggetti (...) in una successione di scambi occulti»¹¹; rilevante è poi l'esistenza di una prassi regolante la spartizione di una stessa tangente tra i vari esponenti dei partiti politici, prassi che ha contrassegnato la fase storica della corruzione, in cui quest'ultima avveniva secondo un'architettura di scambi capillarmente programmati sì da farla diventare «sistemica».

Alla misurazione empirica dell'andamento delle denunce può essere utilmente affiancata la rilevazione dell'andamento delle condanne, parametro che si presta ad almeno tre tipi di interpretazione: in sé medesimo, è lo specchio dell'effettività del sistema penale; se presenta-

to in forma disaggregata per distretto di Corte d'Appello, consente di mappare geograficamente il fenomeno criminale e di valutare l'intensità della risposta ordinamentale per aree che corrispondono sostanzialmente alle realtà regionali italiane; infine, se raffrontato all'andamento delle denunce, consente di misurare la rilevanza dei processi di selezione criminale che spiegano, a loro volta, lo scarto tra criminalità scoperta e criminalità chiarita.

L'andamento delle condanne definitive segue, com'era prevedibile, una curva analoga a quella delle denunce: il picco di condanne per i delitti di corruzione e concussione giudicati con sentenza definitiva è per episodi *realizzati* tra il 1989 e il 1993. A partire dal 1994 il numero di reati commessi e successivamente accertati con sentenza definitiva si riduce drasticamente.

I risultati più sorprendenti dell'analisi quantitativa derivano dalla rilevazione della distribuzione geografica delle condanne per corruzione, che «fotografa» una realtà fortemente disomogenea: mentre alcuni distretti di Corte d'Appello sono caratterizzati da un elevato numero di condanne definitive (si pensi a quelli di Milano, Torino, Lecce e Napoli), molti altri distretti presentano un numero di condanne straordinariamente basso (minimi storici nei distretti di Reggio Calabria, Catanzaro, Caltanissetta, Cagliari, Potenza, livelli assai modesti nei distretti di Firenze, Salerno, Messina). In definitiva, la repressione della corruzione in Italia tra il 1983 e il 2002, nonostante la sovraesposizione mediatica delle inchieste giudiziarie che ha generato la sensazione di una ondata repressiva nazionale, è avvenuta a «macchia di leopardo», interessando significativamente solo alcuni distretti di Corte d'Appello e lasciando completamente indenni altri.

11 Così, A. Vannucci, Il mercato della corruzione. I meccanismi dello scambio occulto in Italia, Milano, 1997, 6 e 37. Cfr. anche T. Padovani, Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1996, 459.

La rilevazione quantitativa delle denunce e delle condanne per corruzione può consentire inoltre la misurazione del processo di selezione criminale (c.d. “*effetto funnel*”), attraverso il quale può essere calcolata la quantità di fatti che sfuggono alla capacità di chiarimento di matrice processuale, alimentando la “cifra grigia” della criminalità.

Il raffronto tra le *notitiae criminis* per corruzione, concussione, finanziamento illecito ai partiti politici e abuso d’ufficio, giunte alla Procura della Repubblica di Milano, e le relative condanne definitive indica che, rispetto alle persone verso le quali è stata esercitata l’azione penale, la condanna definitiva (salvi i fascicoli trasmessi ad altra autorità giudiziaria per competenza), è giunta solo nel 40,03% dei casi. La *prescrizione* è tra gli istituti che incidono più pesantemente sulla selezione criminale, ponendosi, rispetto alle condanne, in un rapporto di proporzione di circa uno a tre: ogni tre condanne per corruzione o concussione, cioè, la magistratura è costretta a pronunciare un proscioglimento per prescrizione. Ma non è da escludere che la ridotta quota di chiarimento sia legata all’attuale formulazione delle norme penali sostanziali e alle dinamiche del processo penale, soggette, nel corso degli anni Novanta, a radicali mutamenti.

4. I livelli di effettività e di severità delle sanzioni per i delitti di corruzione

L’analisi quantitativa della risposta ordinamentale alla corruzione può essere condotta, infine, sul versante della quantità e della qualità delle sanzioni irrogate. La misurazione dell’intensità della risposta sanzionatoria documenta anzitutto uno scarto consistente tra la dimensione della severità degli ambiti edittali di pena e quella delle sanzioni inflitte in concreto. In particolare, la concussione, reato la cui cornice edittale è addirittura superiore, nel massimo, a quella prevista per la partecipazione ad una associazione di stampo mafioso (art.

416-bis, comma 1, c.p.), è stata punita in concreto (dati rilevati per gli anni 1982-2002) con pene improntate ad una estrema mitezza: nel 78% dei casi, sono state irrogate pene al di sotto dei due anni di reclusione; nel 16% dei casi, pene comprese tra due e tre anni di reclusione; infine, 6% dei casi, sono state inflitte pene superiori a tre anni di reclusione. Livelli di severità delle sanzioni non dissimili, se non per un surplus di “indulgenza”, dovuta in parte anche alla più contenuta cornice edittale, caratterizzano il delitto di corruzione propria (art. 319. c.p.): il 93% delle condanne irrogate tra il 1982 e il 2002 è infatti a pene inferiori ai due anni di reclusione.

In prospettiva diacronica, l’analisi quantitativa della severità delle sanzioni permette di verificare quali grandezze di pena siano prescelte dai giudici di merito e se la severità delle sanzioni per determinate tipologie delittuose subisca variazioni nel tempo.

Rispetto alla *dinamica* del sistema sanzionatorio, i dati sulle sanzioni per corruzione e concussione disaggregati per fasce di severità, rivelano un fenomeno singolare: «(...) parallelamente al disvelamento della corruzione, sono aumentate vertiginosamente solo le condanne a pene piuttosto esigue: di molto sono accresciute le pene sino a sei mesi di reclusione; in misura più contenuta sono aumentate le sanzioni comprese tra sei mesi e un anno di reclusione; lievissimo, infine, è stato l’incremento delle sanzioni comprese tra 12 e 18 mesi di reclusione. Si è continuato invece a usare le fasce “alte” di severità delle sanzioni con estrema parsimonia e comunque in modo non dissimile a quanto fosse stato fatto nel corso degli anni Ottanta, anteriormente a Mani Pulite. Per i numerosi reati di corruzione e concussione scoperti attraverso Mani Pulite vi è stato dunque un prevalente ricorso a sanzioni di gravità minima o medio-bassa. Se ne può perciò agevolmente dedurre che la *severità media* delle sanzioni irrogate si sia abbassata proprio quan-

do è stato necessario rispondere ad un incremento massiccio della criminalità corruttiva, che aveva raggiunto livelli quantitativi ma anche qualitativi allarmanti.

Tale fenomeno è confermato peraltro dall'andamento del ricorso all'affidamento in prova e alla sospensione condizionale della pena (...). In breve: *maggiore l'emersione degli illeciti di corruzione e concussione, minore il livello di severità delle sanzioni*¹².

5. Dall'analisi quantitativa all'analisi qualitativa: il profilo

empirico-criminologico della corruzione

Dall'analisi quantitativa sino ad ora richiamata nei suoi risultati essenziali si possono trarre alcune considerazioni atte a illuminare il versante *qualitativo* della corruzione, soprattutto sotto il profilo criminologico, e a consentire, in successione logica, una rilettura dell'effettività e della congruità delle strategie politico-criminali di contrasto a tutt'oggi utilizzate.

(A) In primo luogo, deve considerarsi metodologicamente scorretto assumere che le variazioni statistiche della criminalità *registrata* siano indicative di corrispondenti variazioni nell'andamento della criminalità *reale*¹³. Ad essere dirimente rispetto alla misura di quest'ultima è infatti la quota della cifra nera, che peraltro rappresenta anche la cartina di tornasole dei livelli di effettività degli apparati repressivi.

Per la corruzione, la cifra nera può essere calcolata, per esempio, attraverso il raffronto tra il tasso di delitti denunciati o accertati con sentenza definitiva e le stime sulla percezione della criminalità effettuate mediante inchieste di vittimizzazione, questionari di criminalità

autorilevata, interviste: nella prospettiva che qui interessa, rilevanti sono gli indici di corruzione percepita (CPI) elaborati da *Transparency International*¹⁴, in base ai quali l'Italia appare tra le democrazie occidentali più corrotte (si caratterizza per una performance peggiore solo la Grecia). Il confronto tra il tasso di corruzione registrata in Italia e quello dei paesi europei percepiti come *meno corrotti* in assoluto (si pensi a Finlandia, Danimarca, Svezia o Islanda) dovrebbe consentire una più realistica valutazione dell'attendibilità delle statistiche ufficiali italiane. Se il tasso di condanne italiano risulta del tutto analogo a quello di paesi percepiti, stando alle stime di *Transparency International*, come assai meno corrotti, vuol dire che in Italia la criminalità emersa rappresenta soltanto la punta di un *iceberg*. La prima conseguenza criminologica, perciò, è che la *corruzione è un reato ad alto indice di occultamento*.

(B) In secondo luogo, ma questa è osservazione la cui validità non appare limitata ai soli delitti di corruzione, il *rapporto di proporzione tra delitti e persone denunciate* può essere considerato come lo specchio di variazioni qualitative della criminalità: per esempio della progressiva "complessificazione" delle modalità di realizzazione di un illecito, specialmente qualora tale rapporto aumenti costantemente nel tempo. Dalla crescente divaricazione tra il numero di delitti e il numero delle persone denunciate per corruzione si può dedurre come da forme di perpetrazione "elementari" -caratterizzate dalla presenza di due parti, con scambii "semplici", tendenzialmente rispondenti al modello c.d. "pulviscolare" di corruzione - si sia passati a forme più complesse, in cui la sistematicità del malaffare implica, di fatto,

12 P. Davigo-G. Mannozi, op. cit., 246 e 248.

13 T. Bandini, *Criminologia I*, Milano, 2003, 45 s.

14 Annualmente, *Transparency International* (TI) elabora il c.d. «indice di percezione della corruzione» (Corruption Perception Index: CPI): si tratta di un punteggio numerico (che va da 10 - Paese altamente integro - a 0 - Paese molto corrotto), assegnato a ciascuno degli stati «osservati» da TI, ed è relativo alla percezione della corruzione in determinate categorie professionali che operano all'interno e/o all'estero rispetto al paese cui si riferisce l'osservazione.

una molteplicità di soggetti coinvolti nel reato e la necessità di stabili protezioni politico-burocratiche (paradigma di corruzione c.d. “sistemica”). La seconda conseguenza criminologica è che *la corruzione evolve verso modelli di realizzazione complessi, che la assimilano per certi aspetti alla criminalità economica, per altri alla criminalità associativa.*

(C) In terzo luogo, il tasso particolarmente esiguo delle condanne definitive è indicativo della modesta capacità del sistema di chiarire gli episodi delittuosi denunciati: ne deriva che il livello di *effettività* delle norme sulla corruzione, stante gli elevati livelli di corruzione percepita, sia da considerare decisamente scarso. Lo scarto tra la cifra delle condanne e quella delle denunce, inoltre, rispecchia il grado di intensità del processo di selezione, che in Italia si snoda con le cadenze statistiche già ricordate, dovute essenzialmente al limitato ricorso ai riti processuali differenziati e al “trionfo” della prescrizione sull’esigenza di accertamento dei reati. La terza conseguenza criminologica è che *la corruzione si caratterizza per una percentuale di chiarimento estremamente bassa dei delitti scoperti o denunciati.*

(D) Anche la dislocazione geografica delle condanne per corruzione, che risultano quasi del tutto assenti soprattutto nei distretti di Corte d’Appello connotati da una più significativa presenza della criminalità organizzata, si presta ad una serie di considerazioni di carattere qualitativo. Anzitutto, per le ragioni già viste circa la consistenza della cifra nera, è difficile credere che la corruzione non esista affatto o che venga realizzata sporadicamente e senza assurgere a “sistema” in quei distretti di Corte d’Appello in cui, apparentemente, essa non trova riscontro nelle statistiche ufficiali. È piut-

tosto da credere che laddove è presente massicciamente la criminalità organizzata, quest’ultima finisce con il gestire anche il mercato della corruzione: come dimostrano i risultati delle Commissioni parlamentari di inchiesta sulla mafia avviate in Italia a partire dai primi anni della Repubblica, la criminalità organizzata si avvale tipicamente della corruzione politico-amministrativa¹⁵, che si inserisce nelle modalità di realizzazione di quegli illeciti che ne costituiscono fonte di finanziamento e *modus operandi*¹⁶: appalti, licenze edilizie, assistenza, assunzioni di personale, finanziamento di imprese¹⁷.

E poiché, stando ai dati sulle condanne definitive del Casellario giudiziale, la corruzione non giunge a conoscenza dell’autorità neppure sotto le spoglie dei reati associativi, se ne deve dedurre che essa affiora in misura molto più esigua quando viene posta in essere dalla criminalità organizzata con i metodi di intimidazione e la cultura dell’omertà che ne fanno, rispettivamente, da sfondo e da collante.

La quarta conseguenza criminologica è dunque che *corruzione e criminalità organizzata sono due realtà criminologiche interconnesse, anche rispetto all’indice di occultamento.*

(E) Infine, è da considerare il dato sulla severità delle sanzioni, documentato statisticamente a livelli pressoché minimi se, per i delitti di corruzione e concussione complessivamente perpetrati tra il 1982 e il 2002, sono state applicate, nell’87,63% dei casi, sanzioni fino a due anni di reclusione, generalmente sospese.

Va rilevato, in primo luogo, come la prassi sanzionatoria non rispecchi adeguatamente la diversa gravità dei reati, poiché la concessione pressoché automatica della sospensione condi-

15 Cfr. E.U. Savona, voce Criminalità organizzata, in *Enciclopedia del Novecento*, X, Roma, 1998, 426. Ivi il richiamo ai lavori della Commissione parlamentare antimafia 1991.

16 A. Baratta, *La violenza e la forza: alcune riflessioni su mafia, corruzione e il concetto di politica*, in *Dei delitti e delle pene*, III, 1993, 118.

17 R. Bettini, *Informale e sommerso. Devianza, suppelzanna e cambiamento in Italia*, Milano 1987. Cfr. anche L. Violante (a cura di), *I soldi della mafia. Rapporto '98*, Roma-Bari 1998, IX. V. anche A. Vannucci, *op. cit.*, 163.

zionale della pena opacizza qualsivoglia differenza operata, in fase di commisurazione in senso stretto, tra concussione, corruzione propria e corruzione impropria. La dosimetria sanzionatoria per tali delitti, peraltro, non si sottrae al generale livellamento verso il basso della severità delle sanzioni, dovuto ad un insieme eterogeneo di fattori causali: dai noti anacronismi edittali del Codice Rocco alle esigenze di economicità nella motivazione in punto di pena (quest'ultima non necessaria in forma analitica quando la sanzione da infliggere sia in misura prossima al minimo edittale), dall'influenza del fattore "*white collar crime*" agli sconti di pena derivanti dal ricorso ai riti differenziati.

Sotto il profilo diacronico, i dati statistici registrano infine una flessione della severità delle sanzioni irrogate in conseguenza della massiccia emersione della criminalità corruttiva dei primi anni Novanta. Due, essenzialmente, sono le conseguenze a livello criminologico. Prima conseguenza: *le regole commisurative non garantiscono più la proporzione tra reati e pene* (le sanzioni irrogate non riflettono la diversa gravità dei reati, essendo soggette ad alterazioni e livellamenti di fonte sostanziale e processuale); seconda conseguenza, di carattere più generale: *«il tasso di condanna per un reato e la severità media delle sanzioni irrogate per il medesimo reato sono (tendenzialmente) in rapporto di proporzionalità inversa»*¹⁸.

6. Ruolo delle vittime e propensione alla denuncia

Oltre a far emergere gli aspetti criminologici sopra ricordati, la ricerca empirica evidenzia una serie di peculiarità vittimologiche della corruzione e della concussione - dinamiche comportamentali degli autori di reato, contri-

buto della vittima alla genesi del crimine, propensione alla denuncia - che possono concorrere a chiarire l'eziologia della corruzione e a meglio definirne il paradigma di riferimento.

Partendo proprio dalla disponibilità della vittima a portare il reato a conoscenza dell'autorità, vi è da dire che la scarsa propensione alla denuncia deriva dal fatto che la corruzione è definibile come un reato "*a vittima muta*", caratterizzato cioè dal fatto che manca il tipico vettore della denuncia.

Al riguardo va subito sgombrato il campo da un possibile equivoco: non può certo dirsi che la vittima della corruzione di per sé non esista; le vittime possono essere individuate tra soggetti pubblici (istituzionali) o privati (personali): la stessa società, la pubblica amministrazione, l'economia pubblica possono essere infatti concolcate dal favoritismo corruttivo. La questione di fondo è che la corruzione - almeno nel nostro ordinamento - è un tipico reato-contratto *bilateralmente illecito*, caratterizzato, per di più, dalla massima "privatezza" nella realizzazione e dal convergente interesse al silenzio dei protagonisti del *pactum sceleris*; la sua forza lesiva quanto a beni sovraindividuali dipende inoltre dal cumularsi e dal reiterarsi degli episodi delittuosi, sicché le vittime danneggiate da singoli comportamenti corruttivi tardano a percepire i contorni della condotta illecita e, conseguentemente, il danno subito; tutto ciò finisce dunque con il garantire alla corruzione le note, già illustrate, di una bassissima propensione alla denuncia.

Rispetto alla corruzione, la concussione può essere meglio definita come reato "*a vittima inibita*", laddove per le modalità di realizzazione che caratterizzano l'*iter criminis*, la vittima si trova, per così dire, «a un bivio»¹⁹. La sua condotta oscillerebbe lungo il crinale che sepa-

18 P.Davigo-G.Mannozi, op. cit., 252, cui si rinvia per una più ampia argomentazione di tale enunciato.

19 Lo ipotizza Pelissero, Il ruolo della vittima ad un bivio: il fenomeno della corruzione, in E.Venafro-C.Piemontese (a cura di), Ruolo e tutela della vittima in diritto penale, Torino, 2004, 161.

ra la *corruzione dalla concussione per induzione*, due versanti, cioè, criminologicamente antitetici: nel primo, il privato condivide con il pubblico ufficiale il ruolo di coautore del reato; nel secondo, riveste invece il ruolo di vittima. In entrambi i casi, scarsissimo è l'interesse a denunciare da parte del privato, per il timore della spada della giustizia o per la preoccupazione di subire rappresaglie da parte del concussore.

Quanto all'eziologia della corruzione, la ricerca criminologica propone chiavi di lettura diversificate, sebbene non necessariamente alternative; se ne indica una, per tutte, in considerazione della miglior validità esplicativa di cui la si ritiene dotata: quella delle c.d. "sottoculture criminali".

Il richiamo alla teoria di Cohen²⁰, è d'obbligo: gli individui agirebbero in un contesto sociale ampiamente motivante e arriverebbero alla devianza mettendo in atto una serie di comportamenti progressivamente "adattativi" alle regole o agli schemi comportamentali sottoculturali. Due sono i fattori fondamentali per comprendere la genesi del comportamento criminale, tra loro *negativamente* convergenti: la "situazione" - che si riferisce all'ambiente fisico, economico, sociale in cui ciascun individuo si muove - e il "quadro di riferimento", il "filtro" cioè che il soggetto pone tra sé e il mondo, costituito, in sostanza, dalla propria *Weltanschauung*. Tale paradigma sembra atteggiarsi bene alla criminalità corruttiva, giacché l'opzione criminale appare riconducibile all'operare dei due fattori indicati da Cohen: la "situazione" scaturisce dalla presenza indiscussa di un sistema di mercanteggiamento dei

pubblici poteri ampio, diffuso, radicato²¹ e dall'esistenza di codici linguistici invalsi e noti persino nelle sfumature; il "quadro di riferimento" deriva dalla convinzione comune che sia "lecito", non biasimevole moralmente e socialmente e comunque contingentemente necessario, per il privato, inserirsi in tale "situazione" per trarne, mediante corruzione, un vantaggio. La sinergia tra "situazione" - individuabile nel contesto politico-imprenditoriale in cui prevalgono le definizioni favorevoli alla violazione di alcune norme penali²² - e "quadro di riferimento" - delineato dalla percezione debole dell'antigiuridicità della corruzione e della sua dannosità sociale - innescerebbe la spirale criminosa. Quanto più la corruzione assurge a *praxis* dell'esercizio dei pubblici poteri, inoltre, tanto più la consapevolezza della sua rilevanza penale sfuma, dissolvendosi quasi del tutto, anche per opera del ricorso alle c.d. «tecniche di neutralizzazione»²³ da parte di coloro che alimentano la "pratica della tangente"²⁴.

7. Gli effetti economici della corruzione: *rebound* criminologico

L'evoluzione strutturale delle dinamiche degli scambi corrotti sollecita uno spostamento del baricentro dell'analisi empirica della corruzione dagli aspetti più tradizionalmente legati al comportamento dei pubblici funzionari ai meccanismi che presiedono alla generalizzazione e alla internazionalizzazione delle pratiche corruttive, nonché all'impatto che queste ultime possono avere sui meccanismi del commercio e sull'economia.

La crisi della riconducibilità della corruzione

20 A.K. Cohen, *The Sociology of the Deviant Act: Anomie Theory and Beyond*, in «American Sociological Review», 1965, vol. 30, 5 ss.

21 Cfr. Cass. 19 ottobre 2001, in Cass. pen., 2002, 205.

22 Cfr. E.H. Sutherland-D.R. Cressey, *Criminologia*, Milano, 1996, 118.

23 Cfr. G. Sykes- D. Matza, *Technique of Neutralization: A Theory of Delinquency*, in *American Sociological Review*, 1957, 664 ss.; cfr. anche G. Forti, *L'immune concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 499 ss. (in part. 505 ss.).

24 Sull'inquadramento sottoculturale v. le considerazioni di C.E. Paliero, *L'economia della pena (un work in progress)*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 1386.

ne al “modello mercantile”²⁵, cioè all’idealtipo della “baratteria” descritta da Carrara, e la consapevolezza delle interrelazioni con la criminalità associativa e/o con quella d’impresa, comportano la graduale tendenza a proporre per la corruzione un inquadramento nel contesto della criminalità economica²⁶.

Ciò anche per effetto della progressione criminale attraverso la quale tipicamente si snoda la perpetrazione dei delitti di corruzione, che, se realizzati nell’ambito di attività d’impresa, presuppongono, a monte, comportamenti illeciti per la formazione di fondi extra-bilancio e richiedono, a valle, attività di riciclaggio.

Il binomio corruzione-attività d’impresa - meramente eventuale all’epoca della formalizzazione delle norme da parte del legislatore del 1930, assai più ricorrente nel contesto della corruzione degli anni ’90 - richiede una più attenta verifica degli effetti economici che possono derivare dagli scambi corrotti capillari, diffusi e seriali tipici della c.d. “corruzione sistemica”. Occorre individuare, in altre parole, quali possono essere i riflessi della “prassi delle tangenti” sui mercati, sull’economia, sull’allocazione delle risorse pubbliche e sull’efficienza della pubblica amministrazione.

Al riguardo, la copiosa letteratura economica internazionale documenta una serie di correlazioni - sia *negative*, sia *positive* - tra la corruzione ed una molteplicità di parametri e di indicatori economici, sociali e giuridici, di cui si può proporre qui solo una cursoria ricognizione. Le principali correlazioni di tipo *negativo* segnalano che vi è più corruzione quanto

minori sono: la regolamentazione che favorisce la nascita di nuove imprese (buona governance); la regolamentazione della concorrenza e della competitività delle imprese; il prodotto nazionale lordo; la trasparenza fiscale; gli investimenti diretti esteri; il livello di istruzione dei cittadini; la spesa pubblica per istruzione e ricerca; il grado di legalità e la percezione del rischio penale. Le correlazioni di tipo *positivo* indicano invece che vi è più corruzione quanto maggiori sono: la presenza del crimine organizzato; il costo del capitale; i livelli di rischio negli investimenti; la dimensione del settore pubblico²⁷ e, in special modo, degli investimenti pubblici²⁸.

Quanto agli effetti propriamente economici, vi è accordo nel ravvisare che la corruzione influenza negativamente la crescita economica, produce inefficienza, altera la razionale distribuzione della spesa pubblica, così deprimendo la produttività delle opere realizzate²⁹, incentiva le disuguaglianze sociali per una cattiva redistribuzione delle risorse, crea sistemi fiscali regressivi, scoraggia gli investimenti stranieri. Ce n’è abbastanza per ritenere la corruzione un problema reale, verso il quale si devono indirizzare, in parallelo, strategie preventive a largo raggio e misure repressive efficaci.

8. Il contributo dell’analisi economica del diritto

Gli studi di analisi economica del diritto, infine, forniscono all’interprete indicazioni a più livelli, prevalentemente nella prospettiva costi/benefici, esaminata sia dal punto di vista

25 Cfr. A. Spena, Il «turpe mercato», Milano, 2003, 20 ss. Ampiamente, V. Manes, ‘La frontiera scomparsa’: logica della prova e distinzione tra corruzione propria e impropria, in G. Fornasari e N.D. Luisi (a cura di), La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali, Padova, 2003, 235 ss.

26 S. Manacorda, La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell’indagine penalistica, Napoli 1999, 15.

27 Cfr. G. Sykes- D. Matza, Technique of Neutralization: A Theory of Delinquency, in American Sociological Review, 1957, 664 ss.; cfr. anche G. Forti, L’immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale, Milano, 2000, 499 ss. (in part. 505 ss.).

28 Sull’inquadramento sottoculturale v. le considerazioni di C.E. Paliero, L’economia della pena (un work in progress), in Riv. it. dir. e proc. pen., 2005, 1386.

29 Cfr. A. Spena, Il «turpe mercato», Milano, 2003, 20 ss. Ampiamente, V. Manes, ‘La frontiera scomparsa’: logica della prova e distinzione tra corruzione propria e impropria, in G. Fornasari e N.D. Luisi (a cura di), La corruzione: profili storici, attuali, europei e sopranazionali, Padova, 2003, 235 ss.

del reo, per commettere il reato, sia dal punto di vista dell'ordinamento giuridico, per reprimarlo.

In generale, un reato rappresenta una strategia comportamentale conveniente (o "efficiente") quando il vantaggio che l'agente prevede di ottenere dall'illecito supera lo svantaggio derivante dalla potenziale applicazione della sanzione penale.

La corruzione sistemica degli anni Novanta ha assunto tipicamente le vesti del c.d. "reato efficiente" per diverse ragioni: in primo luogo, la tangente non ha rappresentato per gli imprenditori un "costo" in senso stretto, poiché tale costo è stato agevolmente riassorbito con richieste di varianti in corso d'opera o, in alternativa, traslato sulla collettività attraverso la fornitura di beni o servizi di qualità inferiore al pattuito; in secondo luogo, il rischio penale è stato sempre percepito, tanto dal pubblico funzionario quanto dal privato, come estremamente basso, ad eccezione della breve stagione di "Mani pulite", in cui pare che il prezzo delle tangenti fosse diventato addirittura più elevato proprio per controbilanciare il maggior rischio degli scambi corrotti; infine, del "costo sociale" in senso beckeriano³⁰ dei reati di corruzione non sembra mai essersi curato nessuno, sia per le sottili *tecniche di neutralizzazione* comunicate alla pubblica opinione (tra tutte si ricorda quella secondo la quale la corruzione sarebbe il "costo" della democrazia), sia per una diffusa, scarsa consapevolezza dei guasti derivanti a livello economico (individuale e collettivo) da pratiche sistemiche di malaffare politico-amministrativo.

Alle dinamiche del reato efficiente, inoltre, si avvicina sempre di più il fenotipo della corruzione privata, fattispecie delittuosa non anco-

ra introdotta in via generale nel nostro ordinamento – ad eccezione di alcune ipotesi specifiche, tra le quali la corruzione dei revisori ex art. 174-ter t.u.f. – ma già descritta nei suoi elementi essenziali dalla Convenzione penale sulla corruzione del 1999 (artt. 7 e 8) e dalla convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 2003 (art. 21).

Se il "colletto bianco" – sia esso corrotto o corruttore – agisce in un contesto criminale orientato al calcolo costi/benefici, ci si dovrebbe aspettare che abbia un comportamento tendenzialmente *elastico*, sia cioè motivabile dalla minaccia di pena e, ancor più, dalla percezione del rischio di «*law enforcement*»³¹. La criminalità di impresa in generale e perciò anche quella che si avvale di comportamenti corruttivi sembra tuttavia poter essere meglio ricondotta al paradigma "economico-indifferente"³², laddove tendono a prevalere le componenti sottoculturali e di apprendimento dell'agire criminale illustrate da Sutherland e la «razionalità delle regole» indicata da Aumann³³. In un ambiente diffusivamente corrotto, l'inserimento nella "sottocultura di impresa" può verosimilmente minimizzare l'impatto della minaccia di pena, su cui prenderebbe il sopravvento la prospettiva – prima semplicemente accettata, poi interiorizzata – del reato efficiente.

Muovendo dalla scarsa motivabilità dei protagonisti della corruzione sistemica da parte della norma incriminatrice (quanto mai plausibile nel nostro ordinamento, dove un basso rischio penale si accompagna a risposte sanzionatorie attestatesi, specie dopo Tangentopoli, su minimi storici), alcuni studi di analisi economica del diritto guardano con interesse a meccanismi di prevenzione/repressione del crimine su base "premiata", con ciò implicitamente

30 S. Manacorda, *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Napoli 1999, 15.

31 Si ricorre all'espressione in lingua inglese per la diversa pregnanza riconosciutagli da J.Derrida, *Forza di legge*, Torino, 2003, 52.

32 C.E.Paliero, op. cit., 1381 s.

33 R. Aumann, *Razionalità, cooperazione, conflitto*, Brescia, 2008, 84 s.

postulando che il “corrispettivo” possieda un *surplus* motivante rispetto alla pena, visto il comportamento tendenzialmente anelastico del destinatario.

L’idea non appare del tutto nuova al lettore italiano che ricordi il c.d. Progetto Cernobbio, il quale prevedeva una specifica causa di non punibilità per chiunque avesse denunciato spontaneamente e per primo un episodio di corruzione (propria o impropria) entro tre mesi dalla realizzazione dell’illecito e prima che la notizia di reato fosse stata iscritta nel registro generale a suo nome, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili³⁴. L’ipotesi che ne era alla base si fondava sulla presunta utilità di spezzare *dall’interno* il vincolo di silenzio tra corrotto e corruttore, introducendo un meccanismo analogo a quello del c.d. “dilemma del prigioniero”³⁵.

Nella medesima direzione, sia pure con discutibili varianti legate ad incentivi pecuniari proporzionali rispetto alla pena da infliggere, si colloca la proposta di Cooter e Garoupa³⁶, che muove dalla insufficienza dei tradizionali meccanismi di contrasto alla corruzione - riassumibili nell’incremento della deterrenza attraverso l’inasprimento delle sanzioni, nella modulazione dei salari per disincentivare l’accettazione di tangenti e nel rafforzamento degli *standards* morali collettivi - per giungere a proporre un sistema di incentivi per chi denuncia un episodio di corruzione e raccoglie prove a carico dell’accusato. Anche qui, l’idea di fondo è quella di creare “sfiducia” reciproca tra gli autori dei c.d. “reati cooperativi” e di favorire la denuncia di una delle parti attraverso un meccanismo che risale, negli Stati Uniti, al

False Claim Act del 1863, in base al quale anche il privato può sostenere l’accusa in giudizio e cercare prove a carico dell’accusato, con la prospettiva di beneficiare di una “quota” della sanzione pecuniaria che verrà inflitta a quest’ultimo, in caso di condanna.

Al di là dell’opportunità di ricorrere ad un incentivo economico così strutturato, che nel nostro ordinamento incontrerebbe sacrosanti ostacoli teorici e applicativi, la frattura dell’equilibrio cooperativo è un elemento che merita attenzione, pur nell’estrema prudenza che deve circondare in generale l’uso dei c.d. “*whistle-blowers*”. Ma proprio la disgregazione del vincolo di solidarietà e di omertà è fattore da non trascurare, al di là delle suggestioni che provengono dalla teoria dell’equilibrio di Nash, spesso evocata dagli economisti per sostenere che bisogna cambiare proprio l’equilibrio del “gioco” corruzione spingendo le parti le parti a passare dall’atteggiamento di “cooperazione” a quello di “non-cooperazione”. La storia della legislazione premiale italiana³⁷ suggerisce d’altra parte che i “sistemi criminali” - si pensi al terrorismo interno e alla criminalità organizzata, alla quale può essere paragonata per talune caratteristiche criminologiche anche la corruzione sistemica - si combattono non solo con la pena ma anche con il “corrispettivo”, legato non certo a percentuali sulla sanzione pecuniaria da infliggere, bensì a benefici correlati a condotte antagonistiche dell’offesa o a scelte di dissociazione e/o di collaborazione processuale³⁸.

In definitiva, la sintetica ricognizione del contributo che le scienze empiriche possono offrire alla comprensione della corruzione

34 Cfr. art. 10 delle Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell’illecito finanziamento ai partiti, in Riv. it. dir. e proc. pen., 1994, 1027. Rileva come la soluzione sia scaturita da un complesso e non sempre lineare rapporto tra empiria e scienza della legislazione, F. Palazzo, *Scienza penale e produzione legislativa*, cit., 718 s. Da ultimo, sulla proposta Cernobbio, v. C. Ruga Riva, *Il premio per la collaborazione processuale*, Milano, 2002, 563-566.

35 Cfr. A. Dixit-B. Nalebuff, *Io vinco tu perdi*, Milano, 1993, 97 ss.

36 Cfr. R. Cooter-N. Garoupa, *The Virtuos Circle of Distrust: A Mechanism to Deter Bribes and Other Cooperative Crimes*, Working Paper, 2000.

37 Imprescindibile il rinvio a F. Palazzo, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 200 ss.; 360 ss.

38 D. Pulitanò, *Rigore e premio nella risposta alla criminalità organizzata*, in AA.VV., *I reati associativi*, Milano, 1998, 145 ss.

restituisce informazioni soprattutto sul versante *criminologico* (dove la corruzione emerge nella sua complessità dinamica e nella molteplicità dei legami con la criminalità organizzata), di *effettività del sistema penale-processuale* (prospettiva in cui la corruzione si rivela reato ad elevata cifra nera, con bassa percentuale di chiarimento, sanzionato con pene poco severe) ed economico (ottica che mette in risalto la dimensione macroeconomica del mercato della corruzione e quella microeconomica della propensione a commettere un reato percepito come “efficiente”), nonché in termini di analisi costi/benefici (che sollecita l’esigenza di un’efficace attività di contrasto alla corruzione privata).

Al legislatore, anche sulla scia delle reiterata richieste di fonte sovranazionale e comunitaria, non resta che predisporre strumenti di contrasto verso un fenomeno - qual è quello della corruzione - ormai quasi del tutto sommerso, non sufficientemente riprovato a livello sociale, economicamente pervasivo; con la consapevolezza che la lotta alla corruzione non può essere delegata al solo diritto penale³⁹, al quale tuttavia, forse proprio a partire da questo settore di intervento, dovrebbe essere restituita una quota significativa di effettività e di credibilità.

³⁹ Ma v. l’istituzione, con l. 16 gennaio 2003, n. 3, dell’Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all’interno della pubblica amministrazione.

Commissione di disciplina

- Decisione no. 361 del 9 settembre 2008
Patteggiamento; la sentenza di patteggiamento non comporta accertamenti costitutivi di responsabilità penale e non è iscritta a casellario giudiziale.
Art. 12 lett. a) LLCA, 40 cpv 2 LAVv.

considerato:

- che, con sentenza dell’8 aprile 2008 - inc. n. 18.2007.107 - la Camera per l’avvocatura e il notariato ha abbandonato un procedimento di radiazione dal registro cantonale degli avvocati, aperto nei confronti dell’avv. X, in relazione a un procedimento speciale di applicazione della pena, concluso con una sentenza di patteggiamento del 23 marzo 2007, cresciuta in giudicato il 30 maggio 2007, secondo la quale il Tribunale di Z, Ufficio del giudice per l’udienza preliminare, ha applicato all’avv. X la pena di due anni e due mesi di reclusione per il reato di fatti di bancarotta fraudolenta, contemplato dall’art. 223 della Legge fallimentare, legati a A (doc. CAN 26);
- che la competenza di questa commissione è data dall’art. 25 cpv. 2 LAVv, per l’esercizio, quale istanza inferiore, del potere disciplinare sugli avvocati iscritti nel registro cantonale, per tutte le violazioni da essi commesse alla LLCA, alla LAVv, ad altre leggi cantonali e federali, al regolamento, alle norme deontologiche e allo statuto, tanto nel campo delle funzioni soggette al monopolio, quanto nell’ulteriore attività professionale;

- che nell'ambito della procedura di patteggiamento l'avv. X ha sempre contestato ogni responsabilità penale in relazione ai fatti contestati (cfr. osservazioni a CAN ad 3.5 e doc. CAN 10 e 11);
 - che secondo la Corte Suprema di Cassazione della Repubblica Italiana, la sentenza emessa ai sensi dell'art. 444 CPP (patteggiamento) non comporta alcun accertamento positivo e costitutivo di responsabilità penale, poiché tale tipo di accertamento è legato a una completezza cognitiva del fatto da parte del giudice, che nel rito di patteggiamento è completamente assente (Cassazione penale, sezioni unite, 8.5.1996, n. 11, pag. 3);
 - che la sentenza di patteggiamento si sostanzia nell'applicazione di una pena "senza giudizio", dato che il magistrato giudicante non deve dichiarare la colpevolezza dell'imputato, secondo un accertamento pieno basato sul contraddittorio delle parti, ma fare riferimento all'accordo tra Pubblico ministero e imputato sul merito dell'imputazione (sent. cit. pag. 5) e che quindi, nel cosiddetto patteggiamento, si perviene a una pronuncia giurisdizionale (senza giudizio), sia con riguardo alla fondatezza dell'accusa e della responsabilità dell'imputato, sia relativamente alla conseguente statuizione sulla pena, che non può essere altra se non quella "indicata dalle parti" e non scelta dal giudice, né da lui modificabile (sent. cit. pag. 6);
 - che la sentenza di patteggiamento non è iscritta a casellario giudiziale;
 - che i Commissari OAD FSA/FSN, nei loro controlli periodici dell'8 marzo 2004 e dei giorni 4 e 8 maggio 2006, non hanno ritenuto di muovere rimproveri all'avv. X, in riferimento segnatamente all'identificazione dell'avente diritto economico (doc. CAN 23);
 - che l'avv. X ha da parte sua inoltrato rettivamente una comunicazione di sospetto in data 27 gennaio 2004, conformemente all'art. 9 LRD, fornendo poi tutte le collaborazioni necessarie (doc. CAN 1, 2, 3);
 - che nessuna segnalazione di apertura di un procedimento penale, per gli atti che comunque sarebbero stati commessi in Svizzera, è stata segnalata dal Ministero pubblico della Confederazione o dal Ministero pubblico cantonale, giusta l'art. 40 cpv. 2 LAvv, nonostante il loro coinvolgimento nelle procedure di rogatoria (doc. CAN da 2 a 22);
 - che non vi sono ragioni per procedere a ulteriori accertamenti indipendenti;
si deve concludere
 - che non si possono muovere appunti all'avv. X, nell'esercizio della professione (art. 12a LLCA) e
 - che il procedimento va pertanto abbandonato, senza spese.
- p.q.m.**
- visti gli art. 25, 34 e seg. LAvv
- giudica:**
1. Alla segnalazione 8 aprile 2008 della Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello non viene dato seguito.
 2. Non si prelevano né tasse, né spese.
 3. Intimazione a:
 - Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello, Lugano
 - avv. Y, (per sé e patrocinato)

- Decisione no. 359-362 del 5 maggio 2009
Consegna dell'incarto al cliente; fotocopiatura e costi.
Art. 12 lett. a) LLCA, 14 LAvv, 400 CO.

considerato:

1. (omissis)
2. (omissis)
3. (omissis)
4. (omissis)
5. (omissis)
6. La lite fra l'avv. X e l'avv. Y ha avuto origine in seguito ad una richiesta di Z SA all'indirizzo dell'avv. X, già rappresentante di detta società, dell'intera documentazione in possesso di quest'ultimo (doc. B). L'avv. X ha subordinato la consultazione e la fotocopiatura degli atti all'esborso di un anticipo di fr. 15'000.-- per spese ed onorari (doc. C), posto che alla sua ex cliente erano già stati riconsegnati tutti gli atti in passato. Per quanto traspare dagli atti, in data 10 marzo 2008 si tenne un incontro nell'ufficio dell'avv. X, al fine di poter visionare la documentazione di Z SA in possesso del legale, che però non ha potuto essere effettuata, posto che i documenti erano contenuti in 16 classificatori e che la richiesta formulata dalla sua ex cliente era generica. L'avv. X subordinava altresì la possibilità di consultare gli atti al pagamento di un onorario di fr. 300.-- l'ora e a spese di fr. 2.-- per ogni pagina fotocopiata (cfr. doc. D, E ed F).
7. A norma dell'art. 14 cpv. 2 LAvv l'avvocato è tenuto a restituire all'avente diritto, alla prima richiesta, gli atti che gli sono affidati, siano o meno coperti i di lui onorari. La pretesa ha natura civile (Fellmann, Kommentar

zum Anwaltgesetz, N. 33 all'art. 12) e l'art. 400 cpv. 1 CO impone al mandatario, a richiesta del mandante, di dar conto della sua gestione, come pure di restituire tutto ciò che per qualsiasi titolo ha ricevuto in forza del mandato. L'obbligo di restituire del mandatario concerne tutto quanto gli è stato trasmesso dal mandante in vista dell'esecuzione del mandato, rispettivamente che ha ricevuto da terzi. La legge non precisa l'estensione di questo obbligo, ma la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che esso riguarda tutti quei documenti riferiti alle operazioni che potevano interessare il mandante, ad eccezione di documenti puramente interni, quali note, studi preventivi, progetti e ogni altro materiale scientifico raccolto dal mandatario in vista dell'esecuzione del contratto (DTF 122 IV 322 cons. 3 cc, lett. aa con numerosi rif.). Le spese del mandatario non possono essere considerate come la controprestazione di ciò che deve essere restituito in virtù del mandato e la restituzione dei documenti costituisce un obbligo senza alcun rapporto di scambio con l'obbligo del mandante di pagare l'onorario (art. 82 CO) e il mandatario non può nemmeno esercitare un diritto di ritenzione sui documenti (DTF 122 IV 322 cons. 3b e 3c lett. bb). La Commissione di disciplina ha già avuto modo di ammonire un avvocato che ha lasciato trascorrere tre settimane prima di mettere a disposizione gli atti al proprio cliente. La restituzione deve avvenire incondizionatamente, alla prima richiesta, intendendo con ciò un tempo ragionevolmente breve (CD 106 del 2 dicembre 1992; Soldati, L'applicazione del codice professionale dell'Ordine degli Avvocati del Cantone Ticino in: Il Ticino e il diritto, pag. 636), che la dottrina più accreditata individua in una decina di giorni (Fellmann, op. cit. N. 33 all'art. 12). Parimenti, a norma del disposto dell'art. 25 cpv. 2 CAvv, l'avvocato è tenuto a mettere a disposizione dei colleghi, se

richiesto, copia dei suoi allegati. Stando alle dichiarazioni dell'avv. X, costui aveva già adempito al suo obbligo di restituzione degli originali e dei documenti che aveva allestito per conto della cliente, ben prima della richiesta di restituzione dei documenti. Questo assunto non è stato messo in discussione dall'avv. Y, benché questa circostanza fosse stata evidenziata con la denuncia dell'8 luglio 2008. In assenza di contestazioni specifiche si deve quindi dare atto che l'avv. X aveva assolto al suo obbligo di restituzione (art. 400 CO) e l'obbligazione doveva essere ritenuta estinta ai sensi dell'art. 114 CO. È però ammesso che al mandatario compete la facoltà di conservare talune copie dei documenti da restituire alla ex cliente per difendersi da eventuali rimproveri di negligenza o infedeltà da parte della mandante (Hofstetter, *Le mandat et la gestion d'affaire in: Traité de droit privé suisse*, Vol. VII, T. II,1, pag. 108/109). Si tratta di atti redatti dall'avvocato aventi natura giuridica, di lettere dell'avvocato al cliente, di allegati e di ogni altro documento interno, come le note personali e gli studi che concernevano il mandato (Handakten). A richiesta del mandante, quest'ultimo può controllare questi scritti e, a sue spese, ne può chiedere copia al mandatario (Fellmann, op. cit. N. 35 all'art. 12; Hofstetter op. cit., loc. cit.). In queste evenienze non si può più ragionevolmente ritenere che l'avvocato sia ancora tenuto al rispetto delle norme deontologiche se ha già fatto fronte al suo obbligo in precedenza. La richiesta dell'avvocato di chiedere alla sua ex cliente quale atto intendesse ancora fotocopiare era legittima. Ciò posto, l'avv. X poteva subordinare la copiatura di tutti o di parte dei suoi documenti al versamento di un congruo anticipo, commisurato ai documenti che Z SA voleva fotocopiare. Non compete a questa commissione valutare l'ammontare del costo dell'anticipo richiesto di fr. 15'000.--

per la riproduzione di oltre diecimila pagine di atti (cfr. denuncia pag. 2; osservazioni pag. 3 e Doc. F). L'avv. Y ha precisato quali documenti intendeva chiedere per conto di Z SA, solo il 28 marzo 2008, ovvero dopo l'intervento della presidente dell'Ordine (Doc. H). Si trattava in particolare di documenti relativi [...omissis...]; dei verbali relativi alle sedute del CdA di Z SA (Doc. H e Z). Successivamente a questa precisazione, e dopo un ulteriore intervento della presidente dell'Ordine, in data 15 maggio 2008 l'avv. X ha ridotto la sua pretesa e ha subordinato la consegna dei documenti (390 pagine delle oltre 10'000) che aveva in copia, previo il versamento di una somma di fr. 780 (Doc. AA). I documenti sono stati consegnati brevi manu il 30 maggio 2008 contestualmente al pagamento di fr. 780.-- (Doc. BB). Avuto riguardo alle circostanze, ovvero al mancato versamento dell'anticipo e alla mancata precisazione di quali documenti si volevano fotocopiare prima del 28 marzo 2008, non si poteva pretendere che l'avv. X procedesse con speditezza e senza condizioni a dar corso alla domanda della sua ex cliente, verso la quale aveva già fatto fronte una volta al suo obbligo di restituzione. Costui poteva esigere che le prestazioni fossero adempite contestualmente e vicendevolmente in questa particolare evenienza. Date le particolari circostanze non si fa quindi luogo contro l'operato dall'avv. X. Dagli atti non emergono elementi per ritenere che l'avv. X, con la sua condotta, abbia disatteso quelle regole professionali (art. 12 lett. a LLCA, 14 LAVv. e 400 CO) che governano i rapporti fra l'avvocato e il cliente in tema di restituzione di documenti.

8. (omissis)

9. (omissis)

10.(omissis)

- Sentenza 11 novembre 2009 della Camera per l'avvocatura e il notariato del Tribunale d'appello

Conflitto di interessi; conflitto di interessi, con tre possibilità per il patrocinio o la mediazione da parte dell'avvocato.

Art. 12 lett. c) LLCA, 18 CAvv.

statuendo sui ricorsi 16 ottobre 2009 di avv. X, e dott. iur. Y

contro

la decisione emessa il 17 settembre 2009 dalla Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino nei loro confronti .

ritenuto,

in fatto:

A. A e B hanno deciso a inizio 2008 di divorziare dopo un periodo di separazione durato 8 anni e, avendo trovato un accordo sulle conseguenze accessorie del divorzio, di rivolgersi ad un unico studio legale per ottenere lo scioglimento del matrimonio nel minor tempo possibile, dividendo le spese legali. Hanno pertanto contattato lo studio legale X, presso il quale sono stati ricevuti nel marzo 2008 dagli allora praticanti per un primo colloquio informativo, durante il quale è stata loro spiegata la procedura di divorzio su richiesta comune. Il 21 marzo 2008 lo studio legale ha inviato a A una richiesta di acconto di fr. 538.00. A questo punto A, non essendo intenzionato ad assumersi spesa alcuna, ha rinunciato al patrocinio dello studio legale, per cui unica cliente è rimasta B. Constatato che A non era in grado di patrocinarsi da solo, il Pretore lo ha consigliato di rivolgersi ad un legale. A ha conferito mandato all'avv. Z. Appresa detta circostanza, B ha comunicato al proprio patrocinatore la sua preoccupazione

per il fatto che ella si era a suo tempo rivolta all'avv. Z per la tutela dei propri interessi (cfr. al proposito dichiarazione 28 maggio 2009 dell'interessata). A seguito della segnalazione 25 settembre 2008 del dott. Y, con decisione 5 marzo 2009 la Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (in seguito: Commissione di disciplina) ha inflitto all'avv. Z una multa disciplinare di fr. 500.-. Il ricorso dell'interessato è stato respinto dalla Camera per l'avvocatura e il notariato il 6 maggio 2009. Nel proprio giudizio (consid. 6, pag. 4) la Commissione di disciplina ha ritenuto che il dott. Y avesse denunciato l'avv. Z "*con leggerezza*" poiché non si era accertato che nello studio legale in cui stava svolgendo la pratica c'era un "*per lo meno un documento poco chiaro*", ovvero la richiesta di acconto indirizzata il 21 marzo 2008 a A, e che l'avvocato responsabile della sua formazione era stato "*a dir poco superficiale nel non avvertire l'incongruenza*". Ricevuta la decisione, il dott. iur. Y ha indirizzato il 9 aprile 2009 alla segretaria della Commissione di disciplina uno scritto in cui ha spiegato che il documento definito "*poco chiaro*" consisteva nella richiesta di acconto inviata ad entrambi i coniugi e trovava fondamento nel fatto che essi inizialmente erano intenzionati a presentare congiuntamente un'istanza di divorzio consensuale. Sulla base di questo scritto, la Commissione di disciplina ha notificato il 29 aprile 2009 all'avv. X e al dott. Y l'apertura d'ufficio di un procedimento disciplinare.

B. Con decisione del 17 settembre 2009 la Commissione di disciplina ha inflitto all'avv. X una multa di fr. 1 500.- e al dott. iur. Y un ammonimento per violazione dell'art. 12 lett. c LLCA in relazione all'art. 18 CAvv.

Contro il predetto giudizio l'avv. X e il dott. iur. Y hanno inoltrato ricorso alla Camera per l'avvocatura e il notariato il 16 ottobre 2009, chiedendone la chiusura senza seguito nei loro confronti.

Considerando

in diritto:

1. Secondo l'art. 12 lett. c LLCA l'avvocato evita qualsiasi conflitto tra gli interessi del suo cliente e quelli delle persone con cui ha rapporti professionali o privati. Il divieto di rappresentare e patrocinare interessi contrastanti è un principio fondamentale della professione forense, derivante dal precetto dell'indipendenza (art. 12 lett. b LLCA) e dai doveri di fedeltà e di diligenza (cfr. art. 12 lett. a LLCA; DTF 134 II 108 segg., consid. 3; sentenza 2A.535/2006 del 17 febbraio 2006, consid. 3.1; sentenza 2A.594/2004 del 28 ottobre 2004 in: Pra 2005 n. 46, consid. 1.1; sentenza 2A.293/2003 del 9 marzo 2004, consid. 2). Dal momento che questi obblighi verso il mandante perdurano anche dopo la fine del rapporto contrattuale, l'avvocato deve rispettare l'impegno ad evitare conflitti d'interesse anche quando assume un incarico contro un ex-mandante. Soltanto a queste condizioni sono in effetti realmente rispettate le finalità della normativa, che tutela la fiducia del pubblico nei confronti degli avvocati e garantisce la salvaguardia del segreto professionale (cfr. art. 13 cpv. 1 LLCA). È pertanto in questo senso che va intesa la regola dell'art. 12 lett. c LLCA (FELLMANN/ZIDLER, *Kommentar zum Anwaltsgesetz*, 2005, n. 85 e 108 ad art. 12 LLCA; HESS, *Verbot von Interessenkollisionen bei Prozessvertretungen und bei beratender Tätigkeit*, in: *Anwaltsrevue* 2005 pag. 23 segg., in particolare pag. 24). La sua portata, nonostante la formulazione

dell'indicativo presente, non è quindi limitata a situazioni in cui si tratterebbe di rappresentare nello stesso tempo interessi contrapposti.

Tale interpretazione dell'art. 12 lett. c LLCA è del resto corroborata anche dall'art. 13 del codice svizzero di deontologia, che la Federazione svizzera ha adottato il 10 giugno 2005, riprendendo un'analogia direttiva precedente, allo scopo di contribuire all'interpretazione uniforme delle norme di cui agli art. 12 segg. LLCA (DTF 130 II 270 consid. 3.1.3 e rinvio). Essa corrisponde altresì ad una cognizione ampiamente diffusa – e pertanto significativa (DTF 131 I 223 consid. 3.4; 130 II 270 consid. 3.1.1) – a livello di norme deontologiche cantonali (FELLMANN/ZIDLER, *Standesregeln des Luzerner Anwaltsverbandes vom 5. Mai 1995, 1996, ad art. 25; cfr. anche l'art. 20 del Codice professionale dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino dell'11 novembre 2004, CAvv.*)

2. La possibilità di agire in qualità di patrocinatore contro un ex-cliente deve essere verificata dall'avvocato con la massima diligenza, tenendo conto delle particolarità del singolo caso. In generale, egli può accettare un nuovo incarico soltanto se è escluso che possa avvalersi o debba discutere di circostanze di cui è venuto a conoscenza nell'ambito di un precedente mandato sotto garanzia del segreto professionale. Affinché il nuovo impegno gli sia precluso, è sufficiente che sussista anche solo il pericolo o la possibilità di un uso, persino inconsapevole, delle conoscenze precedentemente acquisite (DTF 134 II 108, consid. 5.2; FELLMANN/ZIDLER, *op. cit.*, n. 108 ad art. 12 LLCA). Deve perciò essere evitata qualsiasi situazione già potenzialmente suscettibile di generare un conflitto di interessi, di cui, in casi dubbi, va pre-

sunta l'esistenza (sentenza 2A.535/2005 del 17 febbraio 2006, consid. 3.2; sentenza 2A.594/2004 del 28 ottobre 2004, in: Pra 2005 n. 46, consid. 1.2 e riferimenti).

Nell'ambito della valutazione di questi aspetti, occorre tenere conto della connessione e del grado di identità tra l'oggetto del precedente e del nuovo mandato. La probabilità di fare capo a elementi appresi nello svolgimento dell'incarico concluso è inoltre tanto più reale quanto più ampia è stata l'attività del legale del primo cliente e, di riflesso, più stretto il rapporto di fiducia instauratosi. Importante è pure il tempo trascorso, benché anche dopo anni possano riaffiorare ricordi di fatti apparentemente dimenticati (FELLMANN/ZIDLER, op. cit., n. 109 seg. ad art. 12 LLCA).

3. Per la Commissione di disciplina, "... *il mandato era sorto con i coniugi al momento della prima riunione con i collaboratori dello studio, ossia l'avv. X con il suo praticante. Dopo aver prospettato ai coniugi l'assunzione del ruolo di mediatori non era loro più possibile patrocinare un coniuge contro l'altro, nemmeno chiarendo da subito chi avrebbero scelto in caso di disaccordo e indipendentemente dalle conoscenze acquisite. Già questa scelta costituisce una preferenza per una delle parti, il che lede il requisito di indipendenza e di imparzialità richiesto al legale che si propone quale mediatore. Ciò vale anche in presenza di chiarimenti esaustivi e di un preventivo accordo scritto*" (consid. 10, pag. 5 seg.).

Nel proprio ricorso l'avv. X precisa dapprima che nel primo incontro informativo erano presenti gli - allora - praticanti e che, pertanto, né lei né il dott. Y avevano ricevuto i coniugi. A suo dire, a quest'ultimo non può essere addebitata responsabilità alcuna.

Prosegue poi rilevando che A non aveva mai conferito mandato alcuno ed il motivo della sua desistenza era riconducibile unicamente ad una questione di spese, non di punti litigiosi. Contesta infine di avere assunto il mandato di mediatrice.

Pure il dott. Y sostiene che con A non si era instaurato mandato alcuno poiché durante il primo incontro i coniugi erano stati informati dai praticanti sulla procedura per un divorzio consensuale, sui relativi costi, sulla richiesta di un primo acconto e soprattutto sul conferimento del mandato con firma della procura. Da qui l'invio della richiesta 21 marzo 2008, a seguito della quale A aveva cambiato idea, comunicando di non voler pagare nulla per il divorzio, e la conseguente rappresentanza della sola consorte B. Il ricorrente a sua volta richiama l'attenzione sul fatto di avere iniziato la pratica legale il [omissis], per cui non poteva essere presente al "famigerato" incontro.

4. Alla luce degli argomenti ricorsuali appare determinante ai fini del presente giudizio non tanto la questione di sapere se il comportamento tenuto dall'avv. X e dal dott. Y sia passibile di sanzione disciplinare, ma piuttosto se quel determinato comportamento, ossia la violazione dell'art. 12 lett. c LLCA, possa loro essere imputato. Ora, che il dott. Y non possa essere stato presente al colloquio del marzo 2008 è sicuro, dal momento che è stato ammesso alla pratica legale con effetto dal [omissis] (doc. H annesso al ricorso). Che l'avv. X, a sua volta, non avesse partecipato, come da lei sostenuto, è questione che può restare irrisolta poiché entrambi i ricorsi meritano accoglimento per i motivi che seguono.
5. Qualora nel contesto di procedure di divorzio consensuale le parti si rivolgono allo

stesso avvocato per ricevere le prime informazioni, dalle quali può scaturire di seguito un patrocinio legale o una mediazione, si prospettano tre possibilità: l'avvocato rifiuta sin dall'inizio il contatto per evitare l'insorgere di un qualsiasi conflitto di interessi e si riserva la possibilità di assumere successivamente il patrocinio di una delle parti; l'avvocato impone alle parti il proprio punto di vista in modo da impedire l'insorgere di un qualunque contrasto e, di conseguenza, non si fa scrupoli sul problema del doppio patrocinio; l'avvocato accetta il colloquio con le parti, le consiglia, assume eventualmente persino un mandato di mediazione (per il quale, stando alla cifra 4.5 delle direttive della FSA in materia di mediazione del 25 gennaio 2005 in vigore dal 1° luglio 2005, necessita in ogni caso il preventivo accordo scritto di tutte le parti), nel qual caso chiarisce sin dall'inizio che nella procedura giudiziaria o non patrocinerà alcuna delle parti oppure indica quale delle due parti assisterà qualora dovessero affiorare interessi contrastanti.

Quest'ultima variante può essere realizzata dall'avvocato solo nel caso in cui, a quel momento, lo stadio dell'assistenza e delle conoscenze legali sulla situazione delle parti nel frattempo acquisite non vi ostino (BENNO SCHNEIDER, *Verbot der Doppelvertretung im Scheidungsverfahren, Entscheid der Anwaltskommission des Kantons Obwalden vom 21. Dezember 2006*, Stichworte: *Scheidung auf gemeinsames Begehren mit umfassender Einigung, Interessenkollision*, in: *Anwaltsrevue* 6-7/2007, pag. 298 segg.; cfr. in tal senso anche: KASPAR SCHILLER, *Schweizerisches Anwaltsrecht, Grundlagen und Kernbereich*, 2009, n. 848, pag. 209).

Questa Camera ritiene di doversi allineare a quest'ultima variante, peraltro fatta propria, seppure con pronuncia di una sanzione

disciplinare, ma per altri motivi, dalla Commissione sugli avvocati del Cantone Obvaldo nella menzionata decisione. Essa è ritenuta non solo conforme alla legge, ma anche di giovamento e di ausilio per le parti da BENNO SCHNEIDER (cit, pag. 299), per il quale, se tra di esse insorgono interessi contrastanti, l'avvocato deve sospendere il patrocinio congiunto e rinviarne una ad altro legale oppure indirizzare entrambi i coniugi ad altri patrocinatori se l'assistenza ha assunto un'intensità tale che la continuazione a favore di una sola delle due parti non solo non sarebbe atta a eliminare il latente conflitto di interessi, ma lo potrebbe persino acuire.

6. Nel caso concreto è accertato che i coniugi si erano rivolti allo studio legale X intenzionati ad inoltrare una procedura di divorzio consensuale, con un accordo completo sulle conseguenze accessorie, che il primo incontro con i praticanti dello studio era stato unicamente informativo, nel senso che era stato loro spiegato come si sarebbe svolta la procedura, e che il marito A, ricevuta la richiesta di acconto, aveva dapprima deciso di affrontare il procedimento da solo perché non voleva assumere spesa alcuna, salvo poi rivolgersi all'avv. Z su consiglio del Pretore (cfr. al proposito la dichiarazione 28 maggio 2009 di B). Né dal giudizio impugnato né, tanto meno, dagli atti risulta che le conoscenze sulla situazione dei coniugi acquisite durante il primo incontro informativo da chi vi aveva partecipato, ossia gli allora praticanti legali, o dall'avv. X, responsabile per i collaboratori praticanti, avessero raggiunto uno stadio e un'intensità tale da ostare alla prosecuzione del patrocinio di B da parte dello studio legale X. Ne consegue che i ricorsi dell'avv. X e del dott. iur. Y meritano accoglimento. Ciò comporta che l'assunzione delle prove da questi

postulata in questa sede, ossia la propria audizione personale e in qualità di testi dei coniugi si rivela superflua.

Per questi motivi,

pronuncia:

1. I ricorsi dell'avv. X e del dott. iur. Y sono accolti e la sentenza impugnata è annullata.
2. Non si prelevano spese.
3. Intimazione a:
 - avv. X
 - dott. iur. Y
 - Commissione di disciplina dell'OATi

Consiglio di disciplina notarile

- Decisione del 12 novembre 2008
Pubblicità del notaio; divieto di insegna di cantiere con l'indicazione di una consulenza notarile.
Art. 12 cpv. 1 LN, 127 cpv. 1 LN.

ritenuto,

in fatto:

- A.** La Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino ha trasmesso il 5 maggio 2008 al Consiglio di disciplina notarile la decisione emessa il 28 aprile 2008 nei confronti degli avv.ti X e Y. Avendo ravvisato una violazione dell'art. 12 lett. d LLCA riguardante la pubblicità degli avvocati, essa aveva inflitto ai due legali la sanzione disciplinare dell'ammonimento. Dal giudizio in questione risulta, in sostanza, che l'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino (OATi) aveva chiesto con lettera 29 agosto 2007 agli avv.ti X e Y la rimozione o l'oscuramento entro dieci giorni del cartello pubblicitario posato in via z a Z riguardante il progetto immobiliare Residenza A, in particolare della scritta

Consulenza legale e notarile:

Studio legale
Avv. X
Via b
Z

Gli interessati avevano risposto alla diffida il 5 settembre 2007, rilevando che la scritta rispettava perfettamente l'art. 12 lett. d

LLCA poiché si limitava a dare dei ragguagli in ordine alla consulenza concernente la costituzione della PPP, le prenotazioni, gli atti di compravendita e le informazioni per tutti gli interessati all'acquisto di appartamenti. Essi avevano inoltre precisato che il cartello pubblicitario non era di loro proprietà, bensì della A SA, la quale non intendeva rinunciare a un'insegna rispettosa della dignità professionale di un avvocato (cfr. considerando 1 della decisione 28 aprile 2008).

A mente della Commissione, la vicenda poteva avere anche connotazioni notarili (consid. 6 in fine).

- B.** Il Consiglio di disciplina notarile ha notificato il 16 maggio 2008 al notaio X l'apertura di un procedimento disciplinare per violazione del divieto di pubblicità personale e gli ha assegnato un termine di 20 giorni per le osservazioni.

Questi vi ha dato seguito il 4 giugno 2008, confermando dapprima – quale parte integrante delle osservazioni – il contenuto del ricorso inoltrato il 14 maggio 2008 alla Camera per l'avvocatura e il notariato contro la decisione 28 aprile 2008 della Commissione di disciplina dell'Ordine degli avvocati. Ad esso ha aggiunto che l'indicazione contenuta nell'insegna non aveva lo scopo pubblicitario di acquisire clienti, ma solo di conferire serietà e affidabilità all'impostazione dell'operazione, indicando lo studio legale e notarile che assisteva la società immobiliare promotrice. Tant'è che personalmente egli non era mai stato proposto quale possibile consulente degli acquirenti e tanto meno come notaio incaricato per la rogazione degli atti notarili, ma il mandato consisteva nel dare informazioni ai notai scelti dagli acquirenti

riguardo alla costituzione della PPP prima della costruzione e garantire alla società promotrice una uniformità dei successivi contratti di compravendita. A mente del notaio X un'interpretazione restrittiva dell'art. 12 della legge sul notariato sarebbe in contrasto con l'attuale apertura delle varie organizzazioni professionali, quali ad esempio l'associazione dei notai bernesi, la quale avrebbe svolto un'intensa campagna pubblicitaria mediante affissione di insegne e slogan pubblicitari. Per concludere, il notaio ritiene di non poter comprendere come possa essere contraria alla dignità della professione l'indicazione di uno studio legale e notarile che ha studiato e predisposto gli atti di una ben determinata operazione immobiliare per conto dei promotori. Quand'anche si volesse ritenere che l'indicazione in questione non fosse compatibile con l'art. 12 della legge sul notariato, andrà tenuto conto che nessuna diffida gli era pervenuta dall'Ordine dei notai e che l'insegna, esposta per brevissimo tempo, era stata sostituita dalla lista di tutte le ditte incaricate dell'esecuzione dei lavori.

Considerando,

in diritto:

1. Il notaio è un pubblico funzionario incaricato di ricevere e conservare tutti gli atti per i quali la legge o la volontà delle parti richiedono la forma autentica (art. 1 cpv. 1 della legge sul notariato LN). L'art. 12 cpv. 1 LN stabilisce che il notaio deve astenersi dal fare qualsiasi pubblicità salvo gli avvisi destinati ad informare il pubblico dell'apertura o del cambiamento di uno studio notarile. La cifra 6 del Codice professionale dell'Ordine dei notai prevede che il notaio deve evitare tutto ciò che potrebbe suscitare il dubbio che egli voglia farsi pubblicità. La cifra 7 vieta l'accaparramento di clientela e

in particolare di visitare persone allo scopo di raccomandarsi per l'ottenimento di mandati (lett. a), di sollecitare per iscritto o a voce, in forma diretta o indiretta dei mandati (lett. b), di corrispondere provvigioni o altre prestazioni di qualsiasi natura per l'ottenimento di mandati (lett. c) e di stipulare o far stipulare convenzioni che violano il principio della libera scelta del notaio (lett. d). Il notaio può comunicare tramite la stampa l'apertura, il trasferimento dell'ufficio notarile, l'inizio o la cessazione di collaboratori e di soci o un'interruzione dell'esercizio notarile della durata di almeno tre mesi. L'annuncio deve limitarsi allo stretto necessario; non deve apparire nella stampa più di tre volte e non deve contenere indicazioni circa l'attività svolta precedentemente (come quella di giudice, funzionario cantonale, ecc.). Le iscrizioni in elenchi indicatori, annuari telefonici o pubblicazioni analoghe possono essere stampate solo a caratteri normali e senza particolare risalto (cifra 8). Le insegne di studio e le intestazioni sulla carta da lettera non possono contenere nessuna aggiunta, salvo quelle consentite dal Codice professionale dell'Ordine degli avvocati. Le insegne di studio devono avere dimensioni modeste e aspetto dignitoso (cfr. 9).

2. In quanto pubblico funzionario, il notaio, anche se indipendente, non può prevalersi della libertà economica (art. 27 Cost.), quand'anche essa implichi una prestazione di servizi remunerata. La sua attività non sottostà alla legge sul mercato interno (art. 1 cpv. 3; RS 943.02), il cui unico fondamento è la libertà economica privata, né alla legge sui cartelli (RS 251) [salvo sotto forma di raccomandazioni], malgrado sia di natura economica. Il Tribunale federale ha ammesso unicamente l'applicazione della legge sulla sorveglianza dei prezzi riguardo alle tariffe notarili dei notai indipendenti

(Mooser, *Le droit notarial en Suisse*, 2005, n. 53 pag. 25 e n. 417 pag. 198).

3. Al notaio è lecito di farsi della pubblicità personale unicamente tramite la qualità delle sue prestazioni e con pubblicazioni scientifiche. In particolare gli è vietato qualsiasi genere di reclame e qualsiasi invito a potenziali clienti a volersi a lui rivolgere per la stesura di atti pubblici (Brückner, *Schweizerisches Beurkundungsrecht*, 1993, n. 3554 pag. 997). In ogni caso egli deve astenersi da qualsiasi attività, e quindi anche pubblicità personale, incompatibile con la dignità della professione. Incompatibili con la reputazione della professione sono state ritenute, ad esempio: visite a eredi per indurli a un incarico al notaio; l'invio di biglietti di condoglianze all'infuori della cerchia dei conoscenti; la raccomandazione dei propri servizi a segretari comunali, ufficiali dello stato civile o addetti agli inventari; la partecipazione a contratti di compravendita o di appalto mediante i quali le parti si impegnano a sottoporre al notaio tutti i contratti notarili che riguardano una costruzione immobiliare, come pure qualsiasi genere di pubblicità (cfr. Marti, *Bernisches Notariatsrecht*, 1983, n. 11 ad art. 40 della legge sul notariato bernese NG, pag. 113). In genere, l'estensione del diritto di farsi della pubblicità è precisato negli usi e costumi della associazioni cantonali (Mooser, *op. cit.*, n. 417 pag. 198). Nel Cantone Ticino l'art. 12 cpv. 1 LN, come si è visto, vieta qualsiasi pubblicità salvo gli avvisi destinati ad informare il pubblico dell'apertura o del cambiamento di uno studio notarile. Le cifre 6, 7, 8 e 9 del Codice professionale precisano ulteriormente ciò che è consentito e ciò che è vietato al notaio, quale pubblico funzionario.

4. Oggetto del presente procedimento è l'insegna pubblicitaria posta sul cantiere ad opera della A SA, la quale, almeno per qualche giorno, prima della sostituzione, indicava lo studio di architettura che si occupava della progettazione e vendita e l'impresa generale, nonché la

Consulenza legale e notarile:

Studio legale
 Avv. X
 Via b
 Z

Orbene, nella misura in cui tale insegna contemplava la consulenza notarile, essa contraveniva chiaramente all'art. 12 cpv. 1 LN, perché non era visibilmente destinata ad informare il pubblico dell'apertura o del cambiamento di uno studio notarile. Quale pubblico funzionario (art. 1 LN), e pertanto al beneficio di una funzione partecipa alla sovranità dello Stato (Mooser, op. cit., n. 4 pag. 2), il notaio X non doveva permettere né tollerare l'inserimento della menzione “notarile” nell'insegna in oggetto. Non giova al proposito il rinvio alla campagna pubblicitaria dell'associazione dei notai bernesesi perché si tratta di una pubblicità corporativa volta alla tutela della professione (Mooser, op. cit., nota n. 1111, pag. 198, che rinvia a n. 126 pag. 55). La presenza o meno di una diffida dell'Ordine dei notai a voler provvedere all'eliminazione della dicitura “notarile” è dipoi priva di rilevanza ai fini del giudizio. Spettava infatti al notaio stesso di prendere sin dall'inizio i dovuti accorgimenti per il rispetto dell'art. 12 cpv. 1 LN.

5. Per l'art. 127 cpv. 1 LN il Consiglio di disciplina notarile applica inappellabilmente le seguenti pene disciplinari, secondo la gravità della colpa e le conseguenze possibili:

1. l'ammonizione;
2. l'ammenda sino a fr. 5000.-;
3. la sospensione dall'esercizio fino a 1 anno;
4. la proposta al Tribunale di appello di revoca dall'esercizio.

Nella commisurazione della sanzione disciplinare va tenuto conto del fatto che il notaio X non è mai stato oggetto di procedimenti disciplinari e che l'insegna pubblicitaria di cui si è detto è rimasta esposta per un periodo di tempo relativamente breve, ossia all'incirca una decina di giorni. D'altro canto però al notaio si deve imputare la violazione di una norma della LN chiara, univoca e che non dà adito a interpretazioni. In tal senso questo Consiglio ritiene adeguata al grado di colpa e alla gravità della mancanza disciplinare la sanzione più mite dell'ammonizione.

6. Gli oneri del presente giudizio sono a carico del notaio X.

Per questi motivi,

visto per le spese l'art. 30 LTG,

pronuncia:

1. Al notaio X è inflitta la sanzione disciplinare dell'ammonizione.
2. Gli oneri del presente giudizio, consistenti in:

a) taxa di giustizia	fr. 200.-
b) spese	fr. 50.-
	fr. 250.-

sono a carico del notaio X.

3. Intimazione a: avv. X;
 e comunicazione alla Camera per l'avvocatura e il notariato, sede.

Impressum

Editore

Ordine degli avvocati del Cantone Ticino
Corso San Gottardo 54c
6830 Chiasso, Svizzera
tel. 091 682 95 61 - fax: 091 682 95 62
E-mail: info@oati.ch
Website: <http://www.oati.ch>

Comitato di redazione

Commissione del Bollettino dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino

avv. Flaviana Biaggi-Fabio, coordinatrice,
Via Giovannini 16, 6710 Biasca,
N. tel. 091 862 48 20
E-mail: flavianafabio@hotmail.com

avv. Mariagrazia Will-Rossini, membro,
Via Lavizzari 3, 6901 Lugano,
N. tel. 091 923 98 33
E-mail: will-rossini@ticino.com

avv. Lea Kaufmann, membro,
via Belvedere 3, 6976 Castagnola,
N. tel. 091 970 38 03

avv. Nicola Corti, membro,
Corso Elvezia 16, 6901 Lugano,
N. tel. 091 922 04 01
E-mail: nicola_corti@tele2.ch

Distribuzione

Segretariato dell'Ordine degli avvocati del Cantone Ticino
Corso S. Gottardo 54c, 6830 Chiasso

Stampa

Pedrazzini Offset
tipografia-legatoria-edizioni-pubblicità
Via Varenna 7 - 6600 Locarno
tel. 091 751 77 34 - fax: 091 751 51 18

Tiratura

1150 esemplari
2 numeri all'anno: aprile e novembre

Chiusura redazionale

15 marzo / 30 settembre

Abbonamento annuale: CHF 25.00
Numero singolo: CHF 15.00

